

Die berufliche Vorsorgeeinrichtung im Rahmen der Due Dilligence bei Mergers & Acquisitions-Transaktionen



Gustavo Scartazzini
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt
Telefon +41 58 258 10 00
gustavo.scartazzini@bratschi-law.ch

Die Vendor Due Diligence (VDD) bietet eine Reihe von praktischen Vorteilen. Beim Verkäufer bildet sie Antrieb zur Verässerung des Unternehmens und damit zur Realisierung eines finanziellen Vorteils, beim Kaufinteressierten fördert sie bei einem Auktionsverfahren die bestehenden Erwerbchancen, indem ihm Einsicht in das Informationsmemorandum gegeben wird. Im Rahmen einer VDD treten der Verkäufer, dessen Berater und der Käufer in ein rechtliches Dreiecksverhältnis. Den Verkäufer und den Käufer verbindet ein Unternehmenskaufvertrag; zwischen dem Verkäufer und dem Berater besteht grundsätzlich ein Auftragsverhältnis betreffend Durchführung der VDD. Die nachfolgende Kurzstudie behandelt die aus der VDD resultierenden Rechtsfragen nach Schweizer Recht und verzichtet auf die Darlegung von Transaktionen, welche einen internationalen Bezug aufweisen.

1. Die VDD im Allgemeinen

Eine VDD ist Ausfluss einer sehr spezifischen Konstellation: Sie kommt grundsätzlich nur bei Unternehmensverkäufen, nicht aber bei anderen Kaufverträgen in Betracht. Dabei ist eine VDD vornehmlich auf solche Unternehmensverkäufe beschränkt, die im Rahmen eines Auktionsverfahrens abgewickelt werden, wobei es bei Unternehmensverkäufen üblich ist, dass auf beiden Seiten spezialisierte Berater den Transaktionsprozess begleiten. Was die Qualifikation des VDD-Mandats anbelangt, erfolgt die Abgrenzung bei einem Gutachtervertrag danach, ob das den Arbeitserfolg darstellende Gutachten nach objektiven Kriterien überprüfbar ist oder nicht. Ist die Richtigkeit des Arbeitserfolgs objektiv gewährleistet, findet Werkvertragsrecht Anwendung. Fehlen dagegen objektive Kriterien für die Beurtei-

lung der Richtigkeit der Analyse, handelt es sich um ein Auftragsverhältnis. Bezüglich der Vertrauenshaftung hat das Bundesgericht in einem neueren Entscheid ein Urteil des Zürcher Handelsgerichts bestätigt, in dem einem im Rahmen einer Kreditfinanzierung erstellten Informationsmemorandum eine besondere Vertrauensgrundlage abgesprochen und eine Vertrauenshaftung aus falscher Auskunft abgewiesen wurde. Dies gilt aber nicht, wenn der Berater – was in der Praxis vorkommt – für das Informationsmemorandum bzw. die VDD eine sog. „reliance“ abgibt.

Seit sich der M&A-Markt ab dem Jahr 2010 etwas erholt hat, wird die VDD in der Schweiz wieder vermehrt als Verkaufsinstrument bei Unternehmensauktionen eingesetzt. In der zweiten Jahreshälfte 2011 ist etwa beim Verkauf des Mobilfunkanbieters „Orange Schweiz“, bei der Verässerung des Sportrechtevermarkters „Infron Sports & Media AG“ sowie bei der Abtrennung des Schweizer Privatbankgeschäfts vom niederländischen Finanzinstitut „ABN AMRO“ eine VDD ausgerichtet worden.

Beim Begriffspaar „Mergers and Acquisitions (M&A)“ handelt es sich um einen übergeordneten Sammelbegriff für die vielfältigen Vorgänge, welche den wirtschaftlichen Erwerb von Unternehmen oder Teilen davon bewirken. Als deutschsprachiges Pendant zu M&A wird häufig das Begriffspaar „Unternehmenszusammenschlüsse und Unternehmensübernahmen“ verwendet. Sowohl Zusammenschlüsse als auch Übernahmen von Unternehmen können durch einen Unternehmensverkaufsvertrag zwischen den bisherigen und den zukünftigen Eigentümern des Zielunternehmens herbeigeführt werden.

Was den Anwendungsbereich einer VDD anbelangt, bringt diese ihre Vorzüge vor allem dann zur Geltung, wenn die Untersuchungsergebnisse einer

Mehrzahl von Kaufinteressenten übermittelt werden, wobei die VDD grundsätzlich bei unterschiedlichen Arten von Unternehmenstransaktionen eingesetzt werden kann. Neben einem Unternehmensverkauf kann auch das Akquirieren von eigenkapitalgebenden Investoren für eine Minderheitsbeteiligung Ausgangspunkt einer VDD sein. Die Suche nach dem geeigneten Investor läuft dann ebenfalls im Rahmen eines strukturierten Auktionsverfahrens ab.

Die Unternehmensbewertung im Einzelfall kann nach verschiedenen Methoden erfolgen. Das Bundesgericht stellt grundsätzlich auf den Gesamtwert eines Unternehmens „unter Einschluss von Substanz- und Ertragswert“ ab, wobei die Gewichtung von den konkreten Gegebenheiten abhängt. Bestehen hinsichtlich der Unternehmensbewertung Unsicherheiten, können die Parteien im Rahmen der vertraglichen Anpassungsregeln einen Ausgleich vereinbaren (Anpassungsklauseln und Bewertungskorrekturen). Kennt der Käufer einen Unternehmensmangel bzw. eine Zusicherungsverletzung, wirkt sich dies auf seine Gewährleistungsansprüche aus. Der Verkäufer haftet nach dispositiver Regel von Art. 200 Abs. 1 OR nicht für Begebenheiten, die der Käufer zur Zeit des Vertragsabschlusses kannte. Für Problembereiche, welche der Käufer bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt hätte kennen sollen, haftet der Verkäufer nur, wenn er eine bestimmte Eigenschaft ausdrücklich zugesichert hat (Art. 200 Abs. 2 OR).

2. Die VDD bei Fragen der Personalvorsorge

Die Analyse des rechtlichen Umfeldes und der Rechtsbeziehungen des Zielunternehmens sowie der daraus resultierenden Risiken wird zu diesem Zweck üblicherweise im Rahmen einer „Legal Vendor Due Diligence“ (LVDD) durchgeführt, wobei gegebenenfalls ein allfälliger Sanierungsbedarf einzuschätzen ist. Im Einzelfall können Abklärungen in Rechtsgebieten, wie etwa die Bewertung einer allfälligen Unterdeckung der Personalvorsorge oder die Angemessenheit der betrieblichen Versicherungen angezeigt sein. Das Untersuchungsergebnis der LVDD ist beispielsweise für den aus rechtlicher Sicht zu favorisierenden Erwerbsweg aufschlussreich. So ist eine Share Deal vorzuziehen, wenn eine Bewilligung des Unternehmensträgers nicht übertragbar ist. Ein Share Deal setzt aber voraus, dass Anteile

am Unternehmensträger bestehen, was jedenfalls beim Einzelkaufmann und bei einer Stiftung nicht der Fall ist.

Mit Blick auf das Verkaufsobjekt kommt eine VDD vornehmlich dort zum Zug, wo die Transaktion und die Datenlage beim Zielunternehmen eine gewisse Komplexität aufweisen. Dies ist insbesondere bei den Rechtsbeziehungen der Fall, die bei einem Unternehmensverkaufsvertrag einerseits zwischen den bisherigen und den zukünftigen Eigentümern des Zielunternehmens bestehen, andererseits zwischen diesen M&A-Vertragsparteien und den Arbeitnehmern sowie den beteiligten Personalvorsorgeeinrichtungen. Eine VDD kommt auch bei Deckungsfragen in der Pensionseinrichtung des gekauften Unternehmens zur Anwendung. Schliesslich sind die Rechtsfragen zur beruflichen Vorsorgeeinrichtung im Rahmen der Due Diligence bei M&A-Transaktionen stets auch aus steuerlicher Sicht zu betrachten, insbesondere weil sich Fragen zur Übertragung von Aktiven und Passiven durch Singularsukzession, zum rechtswirksamen Übergang der einzelnen Rechte und Pflichten und zur Qualifizierung derselben als steuerfreier Kapitalgewinn stellen können.

Zudem sind Prüfungen im Bereich der Personalvorsorge oft auch in Verbindung mit den für die Geschäftstätigkeit des Zielunternehmens weiteren wesentlichen Verträgen durchzuführen. So gilt es, ein besonderes Augenmerk auf Arbeitsverträge mit den Mitgliedern der Geschäftsleitung und weiteren Schlüsselarbeitnehmern, Kündigungsfristen, Abgangsentschädigungen, Gehaltsstruktur samt Gratifikationsregelungen sowie auf allfällige Kokurrenzverbote zu richten.

Zu den Fragen der Personalvorsorge behandeln wir nachfolgend zwei besondere Themen:

a) Schuldnerwechsel nach Absprache

Allgemein ist bei Prüfungen im Bereich der Personalvorsorge zu beachten, dass es bei den Rechtsbeziehungen, die zwischen dem Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer und der Personalvorsorgeeinrichtung bestehen, deutlich zwischen dem Arbeitsvertrag einerseits und dem Vorsorgevertrag andererseits zu unterscheiden gilt. Dieser darf nicht mit dem Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR verwech-

selt oder als Bestandteil desselben angesehen werden. Ohne Rücksicht auf inhaltliche Unterschiede erweist sich diese Abgrenzung schon deshalb als unumgänglich, weil an den beiden Verträgen je verschiedene Rechtssubjekte beteiligt sind. Während sich im Arbeitsvertrag der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber gegenüberstehen, sind am Vorsorgevertrag der Arbeitnehmer und die rechtlich selbstständige Vorsorgeeinrichtung beteiligt.

Im Bereich der freiwilligen beruflichen Vorsorge wird das Rechtsverhältnis zwischen einer Vorsorgeeinrichtung und dem Vorsorgenehmer durch den Vorsorgevertrag begründet, der den Innominatsverträgen (eigener Art) zuzuordnen ist. Als solcher untersteht er in erster Linie den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts. Das Reglement stellt den vorformulierten Inhalt des Vorsorgevertrages bzw. dessen Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) dar, denen sich der Versicherte ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten unterzieht. Dies schliesst nicht aus, dass im Einzelfall vom Reglement abweichende Abreden getroffen werden können. Allerdings bedarf es hierfür einer entsprechenden Vereinbarung zwischen der Vorsorgeeinrichtung und dem versicherten Arbeitnehmer, welchem Erfordernis die alleinige arbeitsvertragliche Abrede wegensgemäss nicht zu genügen vermag.

Da Verkäufer und Käufer am vorsorgevertraglichen Verhältnis grundsätzlich nicht beteiligt sind, eine arbeitsvertragliche Vereinbarung zwischen dem ursprünglichen Arbeitgeber und den Arbeitnehmern für ihn allerdings je nach vorsorglicher Vereinbarung trotzdem zum Tragen kommen kann, empfiehlt sich für beide M&A-Vertragsparteien, aber insbesondere für den Käufer, sich genaue Informationen über den Vorsorgevertrag zu verschaffen.

Die Auslegung des Reglements als vorformulierter Inhalt des Vorsorgevertrages geschieht nach dem Vertrauensprinzip. Dabei sind jedoch die den Allgemeinen Geschäftsbedingungen innewohnenden Besonderheiten zu beachten, namentlich die sogenannten Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregeln. Nach diesen Auslegungsgrundsätzen gilt es ausgehend vom Wortlaut und unter Berücksichtigung des Zusammenhanges, in dem eine streitige Bestimmung innerhalb des Reglements als Ganzes steht, den objektiven Vertragswillen zu ermitteln, den die

Parteien mutmasslich gehabt haben. Sodann sind mehrdeutige Wendungen in vorformulierten Vertragsbedingungen im Zweifel zu Lasten ihres Verfassers auszulegen.

Beispielsweise ist eine von der Arbeitgeberin, im Rahmen des Arbeitsvertrages und im Sinne eines gebundenen Lohnbestandteils, übernommene Verpflichtung, den aus vorsorglicher Sicht dem versicherten Arbeitnehmer obliegenden Einkauf zu finanzieren, als uneigentliche Schuldübernahme im Sinne eines Befreiungsversprechens gemäss Art. 175 Abs. 1 OR zu werten. Damit solche Absprachen nicht nur vorsorgerechtlich bedeutsam werden, sondern extern zu einem Schuldnerwechsel führen und darüber hinaus die entsprechenden Leistungen sowohl vorsorgerechtlich als auch unternehmensvertragsrechtlich zu solchen des Käufers werden, bedarf es nicht nur eines Schuldübernahmevertrages (Art. 176 Abs. 1 OR) zwischen Vorsorgeeinrichtung und Arbeitgeber, sondern einer schriftlichen Änderung des Vorsorgevertrages selbst. Nur diese vermag den Einbezug des Käufers des Unternehmens zu bewirken.

b) Deckungsfragen in der Vorsorgeeinrichtung

Auch bei Sanierungen von Pensionskassen wird der Kaufpreis von den Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit festgelegt. Es geht deshalb nicht an, nachträglich aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise in das vertraglich festgelegte Austauschverhältnis einzugreifen, indem die Höhe des Kaufpreises zum Anlass genommen wird, einer Partei zustehende Gewährleistungsansprüche zu verweigern. Zusicherungen, dass keine weiteren Verbindlichkeiten als die in der Stichtagsbilanz aufgeführten Schulden gegenüber Sozialversicherungseinrichtungen bestehen, sind verbindlich.

Fragen dieser Natur können sich stellen bei der Gewährleistung für nicht offengelegte Unterdeckung der Pensionskasse beim Unternehmenskauf. Auch wenn die Arbeitgeberin in der Regel keine Rechtspflicht trifft, Deckungslücken der Pensionskasse auszugleichen, so sind erhöhte Beiträge des Unternehmens zum Ausgleich der Unterdeckung, sei es aus rechtlicher oder aus faktischer Verpflichtung, absehbar. Dies wirkt sich negativ auf den Unternehmenswert aus. Sichert der Verkäufer dem Käufer

auch für den Bereich der beruflichen Vorsorge die Ordnungsmässigkeit in finanzieller Hinsicht zu, darf der Käufer davon ausgehen, dass keine Deckungslücke in der Pensionseinrichtung des gekauften Unternehmens besteht. Bei der Unterdeckung der Vorsorgeeinrichtung handelt es sich um eine wesentliche Tatsache des Kaufvertrags. Geht die Deckungslücke weder aus der Stichtagsbilanz noch aus den Anhängen des Kaufvertrags hervor, darf der Käufer voraussetzen, dass keine derartige Unterdeckung besteht. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Gewährleistungsansprüche sind in einem solchen Fall zu gewähren, wobei die Wahl zwischen Wandelung und Minderung dem Käufer zusteht (Art. 205 Abs. 1 OR).

Schlussfolgerung

Initiiert der Verkäufer den Transaktionsprozess und interessiert sich eine Mehrzahl von Kaufinteressenten für den Erwerb des Zielunternehmens, mandatiert der Verkäufer zunehmend einen Rechtsanwalt als professionellen Berater, der eine VDD-Untersuchung vornimmt. Der VDD-Bericht dient zunächst der Information des Verkäufers. Darauf wird der Bericht auch an die Kaufinteressenten übermittelt. Aufgrund dieser Weiterleitung an die Kaufinteressenten zeichnet sich der VDD-Bericht durch eine umfassende und neutrale Beurteilung des Zielunternehmens aus. Anhand von zwei Beispielen wurde hier gezeigt, wie es sich einerseits bei den Rechtsbeziehungen zwischen den M&A-Partnern, dem Arbeitnehmer und der Personalvorsorgeeinrichtung verhält und andererseits wie beim Risiko einer nicht offengelegten Unterdeckung der Pensionskasse.

Bratschi Wiederkehr & Buob in Kürze

Bratschi Wiederkehr & Buob, eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 60 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Zürich Bahnhofstrasse 70, Postfach 1130, CH-8021 Zürich
Telefon +41 58 258 10 00, Fax +41 58 258 10 99
zuerich@bratschi-law.ch

Bern Bollwerk 15, Postfach 5576, CH-3001 Bern
Telefon +41 58 258 16 00, Fax +41 58 258 16 99
bern@bratschi-law.ch

St.Gallen Vadianstrasse 44, Postfach 262, CH-9001 St.Gallen
Telefon +41 58 258 14 00, Fax +41 58 258 14 99
stgallen@bratschi-law.ch

Basel Lange Gasse 15, CH-4001 Basel
Telefon +41 58 258 19 00, Fax +41 58 258 19 99
basel@bratschi-law.ch

Zug Industriestrasse 24, CH-6300 Zug
Telefon +41 58 258 18 00, Fax +41 58 258 18 99
zug@bratschi-law.ch

Lausanne Avenue de Mon-Repos 14, CH-1005 Lausanne
Telefon +41 58 258 17 00, Fax +41 58 258 17 99
lausanne@bratschi-law.ch

www.bratschi-law.ch