

# Das Ende des stiefmütterlichen Daseins – Zur Auswirkung der Compliance Due Diligence auf M&A-Transaktionen – Teil 1

Dr. Rebekka Krause & Dr. Dirk Lorenz\*, Taylor Wessing

## 1. Einleitung

► Drum prüfe, wer sich ewig bindet! Dies gilt auch bei M&A-Transaktionen und vor allem in Bezug auf Compliance-Themen. Compliance-Verstöße in der Zielgesellschaft können, unabhängig davon, wann sie begangen wurden, sowohl bei der Zielgesellschaft als auch beim Käufer zu einer Haftung führen, die schmerzlich und gar existenzbedrohend werden kann. Im schlimmsten Fall übersteigt der entstehende finanzielle Schaden sogar den gezahlten Kaufpreis. Und dabei sind Reputationsschäden noch nicht berücksichtigt. Daher sollte auch bei M&A-Transaktionen die Bedeutung von Compliance in den Fokus genommen werden.

Ziel dieses Beitrages ist es aufzuzeigen, welchen Einfluss das Thema Compliance auf den Transaktionsprozess hat und warum ihm eine größere Bedeutung zukommt, als ihm oft zugeschrieben wird. Im ersten Teil des Beitrages wird hierzu auf die verschiedenen Phasen in einer Transaktion eingegangen – und zwar vom Due-Diligence-Prozess über das Signing bis zum Closing und der anschließenden Integrationsphase. Im Anschluss daran wird sich der zweite Teil des Beitrages in der nächsten Ausgabe mit der Frage beschäftigen, wie mit den Erkenntnissen aus der Due Diligence auf Ebene der Vertragsgestaltung, Post-Signing oder Post-Closing umzugehen ist.

## 2. Was ist eine Compliance Due Diligence?

Unter einer Due Diligence ist generell die Analyse des zu erwerbenden Unternehmens durch den Kaufinteressenten im Vorfeld des Vertragsschlusses zu verstehen. Sie ist ein elementarer Bestandteil einer jeden M&A-Transaktion und dient der Erlangung von Informationen über die Stärken und Schwächen des Zielunternehmens und damit der Identifizierung von Showstoppnern, der wesentlichen wertbildenden Fak-

toren und der Risiken.<sup>1</sup> Der Prüfungsumfang bestimmt sich jeweils nach den Umständen des Einzelfalls. Während die Bereiche Financial, Corporate, Employment, Commercial und Tax bereits zum Standard einer jeden Due Diligence gehören, wird für spezifische Bereiche im Einzelfall entschieden, ob sie Gegenstand der Untersuchung sein sollen. Dies gilt auch für den Bereich Compliance. Dabei stellt die Compliance Due Diligence allerdings einen bislang wohl eher unterschätzten Teilbereich einer Legal Due Diligence dar.<sup>2</sup> Dies liegt häufig vor allem daran, dass Unwissenheit besteht, was Compliance eigentlich bedeutet. Nicht selten wird nämlich auf die Frage, was Compliance bedeutet, geantwortet: „Compliance ist die Einhaltung von Recht(spflichten)“. Und tatsächlich ist an dieser Übersetzung rechtlich nichts auszusetzen. Wird Compliance in diesem Sinne verstanden, dann ist jede Legal Due Diligence im Rahmen von M&A-Transaktionen quasi eine Art Compliance Due Diligence. Ein Zielunternehmen wird nämlich unter anderem dahingehend überprüft, ob es zum Beispiel gesellschaftsrechtliche, arbeitsrechtliche, datenschutzrechtliche, umweltschutzrechtliche, kartellrechtliche und andere Vorschriften einhält. Bedeutet dies im Umkehrschluss, dass die Compliance Due Diligence gar nicht neu ist? Nein, denn Compliance bedeutet nicht nur die Einhaltung von Recht, sondern unter dem Begriff werden auch die Maßnahmen, Strukturen und Vorgaben verstanden, die in einem Unternehmen umgesetzt werden, damit keine Compliance-Verstöße begangen werden und/oder das Risiko von Compliance-Verstößen minimiert wird. Es geht darum, künftige Compliance-Risiken für das Zielunternehmen und den Käufer abschätzen zu können und die Folgen der Compliance-Risiken nach Möglichkeit

\* Die Autoren danken Frau stud. jur. Julia Fischer für die Unterstützung bei der Verfassung dieses Beitrags.

<sup>1</sup> Rödder/Hötzels/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf – Zivil- und steuerrechtliche Gestaltungspraxis, § 3 Rn. 32; Rieder, in: Inderst/Bannenberg/Poppe, Compliance: Aufbau – Management – Risikobereiche, 3. Aufl. 2017, Kap. 5 Rn. 278.

<sup>2</sup> Schaffner/Ullrich, CB 2017, 289; Brinkmann/Hullot, CB 2018, 452.

zu vermeiden, zu minimieren oder zu verlagern. Oft wird dieser Bereich auch als Corporate Compliance bezeichnet. Unter einer Compliance Due Diligence wird in diesem Beitrag dementsprechend die Prüfung und Ermittlung des tatsächlichen oder potenziellen Risikos von Compliance-Verstößen im Unternehmen sowie der Strukturen und Prozesse im Zielunternehmen, welche erforderlich sind, um die Einhaltung der Compliance-Vorschriften zu gewährleisten, verstanden.<sup>3</sup>

### 3. Durchführungspflicht

Für Unternehmen stellt sich im Vorfeld einer M&A-Transaktion immer öfter die Frage, ob neben den üblichen Bereichen einer Due Diligence auch Compliance-Risiken untersucht werden sollen – und zwar unabhängig vom Volumen der Transaktion.<sup>4</sup> Dies kann unter Umständen nicht nur sinnvoll, sondern sogar dringend geboten sein, da sie einerseits der Vermeidung von Haftungsrisiken und andererseits der Ermittlung des Investitionsbedarfs zur Beseitigung etwaiger Risiken und zur Integration des bestehenden Compliance Management Systems dient.<sup>5</sup>

#### 3.1 Rechtliche Pflicht der Geschäftsleitung

In der Literatur und Rechtsprechung wird über eine Pflicht der Geschäftsleitung des Käufers zur Durchführung einer Compliance Due Diligence diskutiert, welche sich – wie auch generell die Pflicht zur Durchführung einer Due Diligence – aus der Legalitätspflicht (§ 93 AktG, § 43 GmbHG) ergeben und deren Wahrnehmung an der Business Judgement Rule gemessen werden soll.<sup>6</sup> Gemäß der Business Judgement Rule kann sich der Vorstand von der Haftung für die der Gesellschaft entstandenen Schäden freizeichnen, wenn er auf Grundlage von angemessenen Informationen bei einer unternehmerischen Entscheidung in vernünftiger Weise annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Diese Privilegierung kann folglich nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die Kaufentscheidung auf hinreichender Informationsgrundlage beruht und die im Falle von Compliance-Verstößen entstehenden Schäden nicht im Rahmen einer Due Diligence hätten entdeckt werden können.<sup>7</sup> Der im Rahmen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit freilich bestehende Ermessensspielraum kann hierbei überschritten sein, wenn eine Due Diligence gar nicht oder nicht im gehörigen Umfang durchgeführt wird<sup>8</sup>, da sich dann durchaus bezweifeln lässt, ob eine angemessene Informationsgrundlage für eine gewissenhafte und vernünftige Kaufentscheidung vorgelegen hat.<sup>9</sup>

#### 3.2 Faktische Pflicht zur Haftungsvermeidung

Abgesehen von einer möglichen rechtlichen Pflicht der Geschäftsleitung sprechen unter anderem auch haftungsrechtliche und damit wirtschaftliche Erwägungen dafür, eine Compliance Due Diligence durchzuführen. Denn verzichtet der Käufer eines Zielunternehmens auf eine solche, läuft er Gefahr, sich die Compliance-Risiken des Zielunternehmens „einzukaufen“, selbst wenn der Käufer über ein intaktes Compliance Management System verfügt, es aber unterlässt, eine Compliance-Prüfung beim Zielunternehmen vorzunehmen.<sup>10</sup> Insoweit können fehlende oder mangelhafte Compliance-Strukturen sowie nicht aufgedeckte oder abgestellte Rechtsverstöße schwerwiegende Haftungsfolgen für das Zielunternehmen und seinen Käufer sowie dessen Geschäftsführer haben.<sup>11</sup>

Das deutsche Recht beinhaltet zahlreiche Haftungsgrundlagen für Compliance-Verstöße, die nur sehr eingeschränkt bereits durch die Rechtsprechung bestätigt worden sind.<sup>12</sup> Schlussendlich ist es immer eine Frage des Einzelfalls, ob ein Haftungstatbestand erfüllt ist und wer für den jeweiligen Compliance-Verstoß haftet. Demnach kann zum Beispiel die Geschäftsleitung des Zielunternehmens für Compliance-Verstöße im Zielunternehmen haften, sofern kein oder nur ein unzureichendes Compliance Management System besteht. Anspruchsgrundlagen sind hier insbesondere § 130 OWiG, § 93 AktG, § 43 GmbHG, § 823 ff. BGB und Vorschriften aus dem StGB (Haftung für Unterlassen auf Grund einer Garantienstellung i.S.v. § 13 StGB). Eine Haftung kann dabei auch solche Geschäftsführer treffen, die erst im Rahmen der Transaktion hierzu bestellt werden, sofern Compliance-Verstöße nach der Transaktion im Zielunternehmen fortgeführt oder gar neu begangen werden. Auch ist eine Haftung der Geschäftsleitung des Käufers nicht auszuschließen, sofern keine Compliance Due Diligence durchgeführt wurde und sich hieraus eine Aufsichtspflichtverletzung begründen lässt. Das Zielunternehmen und den Käufer selbst könnte eine Haftung treffen, sofern zum Beispiel Haftungstatbestände des Ordnungswidrigkeiten- oder Kartellrechts erfüllt sind. In all diesen Fällen stellt sich, sofern die Haftung nicht den unmittelbaren Täter trifft, stets die Frage, wem der Compliance-Verstoß zugerechnet werden und ob sich der Betroffene exkulpieren kann. Insoweit ist allerdings weder gesetzlich noch durch die Rechtsprechung geklärt, wie eine derartige Exkulpationsmöglichkeit ausgestaltet sein muss. Hieraus ergibt sich eine erhöhte Unsicherheit und oft die Auffassung, dass es unerheblich ist, ob und inwieweit Unternehmen Compliance-Maßnahmen einführen, da

3 Dazu ausführlich Schaffner/Ullrich, CB 2017, 289, 292; Findeisen, BB 2015, 2700, 2702; Militello/Schewe, M&A REVIEW 2017, 232, 236.

4 Ullrich/Hesberg, CB 2015, 233.

5 Schaffner/Ullrich, CB 2017, 289, 291; von Busekist/Timmerbeil, CCZ 2013, 225; Rieder, in: Inderst/Bannenberg/Poppe, Compliance: Aufbau – Management – Risikobereiche, 3. Aufl. 2017, Kap. 5 Rn. 262.

6 von Busekist/Timmerbeil, CCZ 2013, 225, 227 m.w.N.; Mayer, IWRZ 2016, 147.

7 Ullrich/Hesberg, CB 2015, 233; Blassl, CCZ 2017, 37, 41.

8 Findeisen, BB 2015, 2700, 2702.

9 Schwarz, BB 2012, 136.

10 Schaffner/Ullrich, CB 2017, 289, 291.

11 Findeisen, BB 2015, 2700, 2702.

12 Die Frage der Haftung könnte in einem eigenen Aufsatz ausführlich behandelt werden. Daher soll sie in diesem Beitrag lediglich in groben Zügen dargestellt werden. Vgl. auch Rieder, in: Inderst/Bannenberg/Poppe, Compliance: Aufbau – Management – Risikobereiche, 3. Aufl. 2017, Kap. 5 Rn. 279 f.

deren Auswirkung auf eine potenzielle Haftung unklar ist. Wenn allerdings ein Compliance-Verstoß nach einer Transaktion an das Licht kommt und keine oder eine unzureichende Compliance Due Diligence durchgeführt wurde, wird es dem Zielunternehmen, dem Käufer und der Geschäftsleitung stets schwerfallen, sich für die Verstöße zu exkulpieren, auch wenn diese bereits zu einem Zeitpunkt vor der Transaktion begonnen haben. Es sollte insoweit immer eine Rolle spielen müssen, ob der Betroffene nachweisen kann, dass er angemessene Vorkehrungen getroffen hat, um den Compliance-Verstoß zu verhindern beziehungsweise nach begangener Tat zu ermitteln, aufzuklären und für die Zukunft abzustellen.

Neben einer möglichen Haftung nach deutschem Recht kommt auch eine Haftung der Zielgesellschaft, des Käufers und der jeweiligen Geschäftsleitung nach ausländischem Recht, insbesondere nach dem UK Bribery Act und dem Foreign Corrupt Practices Act in Betracht<sup>13</sup>. Beide Gesetze beanspruchen extraterritoriale Geltung und sind daher gegebenenfalls auch für Unternehmen mit Sitz in Deutschland anwendbar. Insoweit ist für eine Haftung weder erforderlich, dass das Zielunternehmen beziehungsweise der Käufer in den USA oder UK einen Sitz hat, noch dass der Compliance-Verstoß in einem der Länder begangen wurde. Es reicht vielmehr ein anderweitiger grenzüberschreitender Bezug aus, wie zum Beispiel eine Niederlassung, obwohl diese mit dem konkreten Compliance-Verstoß nicht im Zusammenhang steht. Sofern der Anwendungsbereich dieser Gesetze eröffnet ist, können die Folgen für die Gesellschaften besonders schwerwiegend sein, da beide Gesetze in der Schärfe ihrer Sanktionen teilweise deutlich über die deutschen Regelungen hinaus gehen.<sup>14</sup>

### 3.3 Faktische Pflicht zur Vermeidung von Reputationsschäden und Ausschlüssen von öffentlichen Aufträgen

Neben materiellen Schäden sind es insbesondere auch der Reputationsschaden sowie der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen, die einen Käufer besonders schmerzlich treffen können. Tritt ein Compliance-Verstoß im Zielunternehmen zu Tage, wirkt sich dies häufig auch auf die Reputation des Konzerns oder der Muttergesellschaft aus. Dies kann erheblichen Einfluss auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage einer ganzen Gruppe haben und sogar existenzbedrohend sein.<sup>15</sup> Aufgrund von Compliance-Richtlinien der Geschäftspartner könnten diese gezwungen sein, die Geschäftsbeziehungen einzustellen. Auch könnten die betroffenen Gesellschaften von öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen werden.

### 3.4 Sorgfaltspflicht aufgrund von Compliance-Richtlinien beim Käufer

Oft ergibt sich eine Pflicht zur Durchführung einer Compliance Due Diligence auch aus den internen Compliance-Richtlinien des Käufers, wonach im Rahmen einer Transaktion stets eine Compliance Due Diligence durchzuführen ist. Erfolgt diese dann nicht, stellt dies zumindest eine Pflichtverletzung der Geschäftsleitung des Käufers dar.

### 3.5 Sorgfaltspflicht zur angemessenen Unternehmensbewertung

Aus der Sorgfaltspflicht der Geschäftsleitung eines Käufers ergibt sich, dass diese ermitteln muss, ob sich eine Investition, also der Kauf eines anderen Unternehmens, lohnt. Insoweit ist eine Unternehmensbewertung durchzuführen. Erfolgt diese nicht ordnungsgemäß, kann ein Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht vorliegen. Hierbei stellen Compliance-Risiken einen wertbildenden Faktor dar.<sup>16</sup> Die Unternehmensbewertung kann nämlich durch Compliance-Risiken aufgrund von Compliance-Verstößen und daraus resultierenden Haftungsfällen<sup>17</sup>, Schadensersatzansprüchen, Geldbußen, Strafzahlungen, Anordnungen von Verfall<sup>18</sup>, Aufklärungskosten sowie Reputationsschäden einerseits und Investitionen für Compliance-Maßnahmen, zum Beispiel zur Einführung oder Anpassung eines Compliance Management Systems, andererseits negativ beeinflusst werden<sup>19</sup>. In diesem Zusammenhang dient die Compliance Due Diligence dazu, den Umfang dieser zu erwartenden Kosten herauszufinden und im Rahmen der Unternehmensbewertung zu berücksichtigen.

## 4. Ausgestaltung

Welche Bereiche in welchem Umfang im Rahmen einer Compliance Due Diligence schwerpunktmäßig zu prüfen sind, hängt von dem konkreten Unternehmen, der konkret geplanten Transaktion sowie den Ergebnissen der durchzuführenden Risikoanalyse ab. Insoweit besteht kein Standardprogramm, sondern die Compliance Due Diligence ist immer individuell an ein Unternehmen und die Rahmenbedingungen anzupassen.<sup>20</sup> Dies führt allerdings leider oft dazu, dass von einer Compliance Due Diligence gänzlich abgesehen wird, was, wie aufgezeigt, sicher nicht der richtige Weg ist. Zwingender Bestandteil der Due Diligence sollte insoweit stets die Untersuchung folgender Bereiche sein: Besteht ein Compliance Management System im Zielunternehmen und wie ist dieses ausgestaltet? Sind vergangene Compliance-Sachverhalte bekannt und wie wurden

<sup>13</sup> Ausführlicher hierzu Schwarz, BB 2012, 136, 139.

<sup>14</sup> von Busekist/Timmerbeil, CCZ 2013, 225, 229.

<sup>15</sup> Schaffner/Ullrich, CB 2017, 289, 291; Brinkmann/Hullot, CB 2018, 452, 453.

<sup>16</sup> Schaffner/Ullrich, CB 2017, 289, 291.

<sup>17</sup> Mayer, IWRZ 2016, 147.

<sup>18</sup> Rieder, in: Inderst/Bannenberg/Poppe, Compliance: Aufbau – Management – Risikobereiche, 3. Aufl. 2017, Kap. 5 Rn. 307.

<sup>19</sup> Schaffner/Ullrich, CB 2017, 289, 291; Brinkmann/Hullot, CB 2018, 453.

<sup>20</sup> Brinkmann/Hullot, CB 2018, 452, 454.

diese aufgearbeitet? Wie sehen die konkreten Compliance-bezogenen Risikobereiche des Unternehmens aus?<sup>21</sup>

#### 4.1 Compliance Management System

Zentraler Aspekt ist die Analyse und Bewertung des Compliance Management Systems des Zielunternehmens<sup>22</sup>. Es sollte überprüft werden, ob im Zielunternehmen alle Standard-Komponenten eines Compliance Management Systems vorhanden und wie diese ausgestaltet sind.<sup>23</sup> Die wichtigsten Prüfungspunkte sind unternehmensinterne Regelwerke (Code of Conduct, Korruptionsrichtlinien, Richtlinien zur Arbeitssicherheit) und deren Kommunikation gegenüber den Mitarbeitern beispielsweise durch Trainings und Schulungen, die funktionelle Organisation von Compliance-Abteilungen und die personelle Besetzung (Stellung des Chief Compliance Officers), das Bestehen von Informations- und Meldekanälen für interne Anzeigen von Auffälligkeiten (Hinweisgebersysteme), von organisatorischen Prinzipien (Vier-Augen-Prinzip, Rotation, Funktionstrennung) sowie von Instrumenten zur Überwachung und Überprüfung der Einhaltung der internen und externen Compliance-Vorschriften und die Ausgestaltung der Geschäftspartner-Compliance.<sup>24</sup>

#### 4.2 Ermittlung und Analyse vergangener Verstöße

Grundsätzlich dürften in jedem Unternehmen gewisse Compliance-Risiken bestehen<sup>25</sup>. Daher ist es im Rahmen einer Compliance Due Diligence natürlich von Interesse, wann und wie oft in der Vergangenheit Compliance-Verstöße aufgetreten sind und welche Methodik, Prozesse und Maßnahmen angewandt werden, um Compliance-Verstöße zu ermitteln. Ebenso sollten mögliche bekannte Compliance-Verstöße untersucht werden.<sup>26</sup> Außerdem sollte analysiert werden, wie das Unternehmen nach Aufdeckung eines Verstoßes reagiert hat. Welche Maßnahmen wurden ergriffen? Gab es (arbeits-, zivil-, straf-)rechtliche Konsequenzen für den oder die Beteiligten? Wurde mit möglicherweise involvierten Behörden kooperiert? In vielen Fällen mag diese Art der Due Diligence freilich nur in der Theorie funktionieren – umfassende Aufzeichnungen und Dokumente in Bezug auf begangene Verstöße werden eher seltener existieren, geschweige denn im Datenraum landen.<sup>27</sup> Gleichwohl kommt es durchaus vor, dass Verstöße (erst) durch eine Due Diligence

im Rahmen einer M&A-Transaktion aufgedeckt werden.<sup>28</sup>

#### 4.3 Ermittlung zukünftiger Compliance-Risiken

Wichtig und zugleich problematisch ist die Beurteilung und Abschätzung potenzieller Compliance-Risiken für die Zukunft. Hier können die als riskant eingestuftes Geschäftsfelder und geografischen Tätigkeitsbereiche als Anhaltspunkt dienen. Ist das Unternehmen also mitunter in einem Land tätig, welches generell als korruptionsgefährdet gilt, so empfiehlt es sich, bei der genauen Analyse hierauf das Augenmerk zu richten. Im Bereich Korruption können etwa ungewöhnliche Zahlungsvorgänge, die Einschaltung von Intermediären, Vermittlungsprovisionen, Beziehungen zu Amtsträgern sowie Auslagererstattungen für Mitarbeiter Verdachtsmomente darstellen. Grundsätzlich empfiehlt sich in diesem Zusammenhang also insbesondere, die Buchhaltung genauer unter die Lupe zu nehmen.<sup>29</sup> Daneben geht es auch um die Identifizierung von Risiken, welche sich bislang im Unternehmen noch nicht verwirklicht haben oder deren Verwirklichung nicht aufgeklärt werden kann.<sup>30</sup>

### 5. Phasen

Je nachdem, in welcher Phase der Transaktion sich die Vertragsparteien befinden, wird der Käufer zu unterschiedlichen Informationen Zugang haben. Daher lässt sich die Due Diligence in die drei Phasen „Vor dem Signing“, „Zwischen Signing und Closing“, „Nach dem Closing“ einteilen. In diesen Phasen kann die Prüfung mit unterschiedlicher Intensität erfolgen<sup>31</sup>.

#### 5.1 Vor dem Signing

Da vor dem Signing noch völlig ungewiss ist, ob der Unternehmenskaufvertrag überhaupt unterzeichnet wird, wird der Verkäufer Informationen in Bezug auf Compliance-Risiken nur sehr eingeschränkt an den Käufer weitergeben (wollen), da es sich hierbei um ein sensibles Thema handelt. Insbesondere wird der Verkäufer den Zugang zu nicht öffentlichen Informationen sowie zu seinen Mitarbeitern und deren E-Mails eher restriktiv handhaben.<sup>32</sup> Allerdings sollte der Käufer zumindest im Rahmen einer ersten Risikoanalyse versuchen, ein Risikoprofil für das Zielunternehmen zu erstellen.<sup>33</sup> Hierzu sollte er Informationen über das Zielunternehmen zu Compliance-relevanten Themen sammeln und sich einen ersten Überblick darüber verschaffen, wie die Compliance-Struktur im Zielunter-

21 Rieder, in: Inderst/Bannenberg/Poppe, Compliance: Aufbau – Management – Risikobereiche, 3. Aufl. 2017, Kap. 5 Rn. 286.

22 Militello/Schewe, M&A REVIEW 2017, 232, 238.

23 Liese/Theusinger, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 27 Rn. 60.

24 Vgl. Rieder, in: Inderst/Bannenberg/Poppe, Compliance: Aufbau – Management – Risikobereiche, 3. Aufl. 2017, Kap. 5 Rn. 298; Schaffner/Ullrich, CB 2017, 289, 292.

25 Militello/Schewe, M&A REVIEW 2017, 232, 238.

26 Rieder, in: Inderst/Bannenberg/Poppe, Compliance: Aufbau – Management – Risikobereiche, 3. Aufl. 2017, Kap. 5 Rn. 299.

27 Mayer, IWRZ 2016, 147, 148.

28 OECD Foreign Bribery Report – An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials, November 2014, S. 16.

29 Vgl. Rieder, in: Inderst/Bannenberg/Poppe, Compliance: Aufbau – Management – Risikobereiche, 3. Aufl. 2017, Kap. 5 Rn. 300.

30 Liese/Theusinger, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 27 Rn. 66.

31 Vgl. hierzu auch Militello/Schewe, M&A REVIEW 2017, 232, 233.

32 Schaffner/Ullrich, CB 2017, 289, 292 f.; von Busekist/Timmerbeil, CCZ 2013, 225, 230.

33 Ullrich/Hesberg, CB 2015, 233.

nehmen ausgestaltet ist und in welcher Hinsicht Compliance-Risiken im Zielunternehmen bestehen könnten.<sup>34</sup> Teilweise wird dies auch nur anhand öffentlich zugänglicher Informationen möglich sein. Standard dürfte dabei zumindest eine Recherche zu der Unternehmensgröße, der Branche, in der das Unternehmen tätig ist, dem geographischen Tätigkeitsbereich des Unternehmens und öffentlich bekanntgewordenen Compliance-Verstößen des Zielunternehmens sein.<sup>35</sup> Insoweit ist bekannt, dass Unternehmen schon aufgrund ihrer Tätigkeit in bestimmten Branchen (z.B. dem Baugewerbe) oder Ländern anfälliger für Compliance-Risiken sein können<sup>36</sup> und/oder möglicherweise der Anwendungsbereich des UKBA oder FCPA eröffnet ist, was umfangreichere Compliance-Maßnahmen erforderlich machen kann. Auch können Berührungspunkte mit öffentlichen Auftraggebern sowie die Vertriebsstrukturen auf Compliance-Risiken hindeuten.<sup>37</sup> Dabei ist zu ermitteln, inwieweit das Zielunternehmen in Compliance-Risiko-affinen Bereichen tätig ist.<sup>38</sup> Im Anschluss an diese Risikoanalyse sind die Informationen zu bewerten. Je höher demnach das Compliance-Risiko im Zielunternehmen ausfällt, desto notwendiger ist die Durchführung einer Compliance Due Diligence, um die aufgedeckten Risiken angemessen für den Käufer abzusichern.<sup>39</sup> Sofern sich kein erhöhtes Risiko ergibt, kann der Käufer auch zu dem Ergebnis kommen, von einer weiteren Compliance Due Diligence abzusehen.<sup>40</sup>

Sofern das Ergebnis der Risikoanalyse allerdings ist, dass eine weitere Compliance Due Diligence erforderlich ist, sollte der Käufer dem Verkäufer einen umfassenden Compliance-Fragenkatalog zur Verfügung stellen, damit der Verkäufer das Informationsbedürfnis des Käufers kennt, auch wenn der Verkäufer nicht gewillt sein wird, alle Fragen bereits vor dem Signing zu beantworten. Allerdings sollte es in dieser Phase der Transaktion für den Verkäufer zumindest kein Problem sein, Informationen über die Grundstruktur des Compliance Management Systems, wie beispielsweise zu Richtlinien und Schulungen, zur Verfügung zu stellen. Auch sollten die Dokumente, welche im Rahmen der sonstigen Legal-Due-Diligence-Prüfungen zur Verfügung gestellt werden, aus Compliance-Perspektive geprüft werden.

34 Liese/Theusinger, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 27 Rn. 55.

35 Schaffner/Ullrich, CB 2017, 289, 292.

36 Rieder, in: Inderst/Bannenberg/Poppe, Compliance: Aufbau – Management – Risikobereiche, 3. Aufl. 2017, Kap. 5 Rn. 280.

37 Liese/Theusinger, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 27 Rn. 56 f.

38 Ullrich/Hesberg, CB 2015, 233, 234.

39 Blassl, CCZ 2017, 37, 39; Liese/Theusinger, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 27 Rn. 58.

40 Rieder, in: Inderst/Bannenberg/Poppe, Compliance: Aufbau – Management – Risikobereiche, 3. Aufl. 2017, Kap. 5 Rn. 279.

## 5.2 Zwischen Signing und Closing

Nach dem Signing besteht eine größere Transaktionsicherheit, da die Wirksamkeit meist nur noch von bestimmten Closing Conditions abhängig ist. Die Transaktionen werden auch häufig bereits veröffentlicht. Daher hat der Käufer im Rahmen des rechtlich Zulässigen regelmäßig die Möglichkeit, weitere Informationen auf Grundlage eines ergänzten Fragenkatalogs zu erhalten. Auch kann er möglicherweise bereits erste Gespräche mit Angestellten und Geschäftspartnern des Zielunternehmens führen sowie gegebenenfalls ein E-Mail-Screening durchführen.

## 5.3 Nach dem Closing

Nach dem Closing ist der Käufer nicht mehr auf den Goodwill des Verkäufers angewiesen, sondern hat uneingeschränkten Zugriff auf sämtliche Informationen und kann eine umfangreiche Risikoanalyse auf Basis einer Post-Closing Due Diligence durchführen. Hier können bislang bestehende Lücken geschlossen werden.<sup>41</sup> Insoweit ist eine Überprüfung der Arbeitnehmer, Geschäftspartner und der Buchhaltung im Rahmen des rechtlich Zulässigen möglich. Dies kann der Prüfung dienen, ob das Unternehmen sich im vereinbarten Zustand befindet und ob, falls dies nicht der Fall ist, vertragliche Ansprüche gegen den Verkäufer bestehen.

## 6. Fazit

Im Rahmen der Compliance Due Diligence geht es darum, Compliance-Risiken bei einem Zielunternehmen zu identifizieren, was im Interesse eines jeden Käufers sein muss. Bleibt er untätig, kann dies erhebliche Folgen für den Käufer, das Zielunternehmen oder die jeweilige Geschäftsführung haben. Im Anschluss an eine sorgfältig durchgeführte Compliance Due Diligence ist zu überlegen, wie mit den gesammelten Erkenntnissen im Verlauf der weiteren Transaktion umzugehen ist. Hiermit wird sich der zweite Teil dieses Beitrags in der nächsten Ausgabe beschäftigen. ■

41 von Busekist/Timmerbeil, CCZ 2013, 225, 231.



**Dr. Dirk Lorenz** ist Partner bei Taylor Wessing am Standort München. Er ist spezialisiert auf die Corporate Compliance Beratung und die Vertretung in Organhaftungsfällen. [d.lorenz@taylorwessing.com](mailto:d.lorenz@taylorwessing.com)

**Dr. Rebekka Krause** ist Salary Partner bei Taylor Wessing am Standort München. Sie ist spezialisiert auf die Corporate Compliance Beratung und die Lösung von Compliance Fragestellungen in M&A-Transaktionen. [r.krause@taylorwessing.com](mailto:r.krause@taylorwessing.com)