

„If you think compliance is expensive, try non-compliance“¹ Die Rolle von Compliance bei der Legal Due Diligence

Von Dr. Ralf Bergjan und Corinna Czermak, P+P Pöllath + Partners, München



Dr. Ralf Bergjan

Dr. Ralf Bergjan ist Partner und **Corinna Czermak** ist Associate bei P+P Pöllath + Partners in München im Bereich M&A/PE. Sie beraten insbesondere bei Unternehmen- und -verkäufen einschließlich Due Diligences, Joint Ventures, Umwandlungsthemen, Restrukturierungen und Bank M&A-Transaktionen sowie der Übertragung von Kredit- und Leasingportfolien.



Corinna Czermak

P+P Pöllath + Partners ist mit mehr als 115 Anwälten und Steuerberatern an den Standorten Berlin, Frankfurt und München tätig. Die Sozietät konzentriert sich auf High-End Transaktions- und Vermögensberatung und hat einen ausgezeichneten Ruf bei M&A-, Private Equity- und Immobilientransaktionen aller Größen. P+P-Partner sind regelmäßig in nationalen und internationalen Rankings als führende Experten in ihren jeweiligen Fachgebieten gelistet.

In den letzten Jahren ist zur Beurteilung der Geschäftsrisiken mehr und mehr die Frage in den Mittelpunkt gerückt, ob und inwieweit das Zielunternehmen eine auf seinen Geschäftsbetrieb angepasste Compliance-Struktur hat. Ein Verstoß kann nicht nur erhebliche Folgen für die Gesellschaft und deren Organe einerseits sondern auch für deren einflussnehmenden Gesellschafter (z.B. aufgrund kartellrechtlicher Verstöße nach EU-Recht) nach sich ziehen. Darauf zu vertrauen, dass ein Unternehmen sich wohl an Recht und Gesetz gehalten hat (wie insbesondere bei ersten Nachfragen nahezu alle Verkäufer „felsenfest“ von sich und ihrem Zielunternehmen behaupten) und daher hier schon „nichts passieren“ wird, ist heutzutage in jedweder Hinsicht fahrlässig und kann auch zu einer Organhaftung der auf Käuferseite agierenden Geschäftsführung führen.

Die Käufer Legal Due Diligence bezüglich des zu erwerbenden Unternehmens (Zielunternehmen) sollte daher im Detail insbesondere hinterfragen,

- welche Compliance-Risiken heute schon konkret und abstrakt bestehen,
- ob und inwieweit (bezogen auf das jeweilige Geschäft des Zielunternehmens) ein ordnungsgemäßes Compliance-Management-System (CMS) besteht und gepflegt wird sowie
- welche Risiken durch ein nicht oder nicht ausreichend vorhandenes CMS unter Berücksichtigung des jeweiligen Geschäftsmodells konkret und abstrakt künftig eintreten können.

Aufgaben der Corporate-Compliance und Inhalt der Compliance Due Diligence

Corporate-Compliance ist der Oberbegriff, hinter dem sich die Sicherstellung der Einhaltung von Normen und Geboten, die im Zusammenhang mit der Unternehmung stehen, verbirgt (vgl. Haas/Ziemons, in Mich-

alski GmbHG, § 43 Rn. 75 d; Fleischer in MünchKommGmbHG, § 43 Rn. 142). Wenngleich ursprünglich aus dem Recht der AG entwickelt, gelten diese Grundsätze entsprechend auch für andere Körperschaften, wie insbesondere der GmbH in Deutschland, bzw. deren Organe wie Geschäftsführung und Aufsichtsrat bzw. Beirat.

Überprüfung der klassischen Compliance-Themen und Bestimmung der konkreten Compliance-Risiken

Dreh- und Angelpunkt ist der Geschäftsbetrieb und das Umfeld des Zielunternehmens; insbesondere eine Länder-, Branchen-, Geschäfts- und Finanzanalyse sowie eine Analyse der Geschäftsabwicklung ermöglichen eine Gesamtschau der Compliance-Themen. Im Rahmen der Länderanalyse kann zum Beispiel der Corruption Perception Index (CPI) von Transparency International hilfreiche Ansatzpunkte liefern. Auch die Größe des Zielunternehmens, die Vertriebsstruktur, die Zusammensetzung der Geschäftspartner und Verdachtsmomente in der Vergangenheit können wichtige Indizien zur Beurteilung des konkreten und abstrakten Compliance-Risikos darstellen.

Typische Compliance-Themen spielen sich insbesondere in folgenden Bereichen ab, wobei hier die einer gesonderten und eigenständigen Due Diligence unterliegenden Themen, wie insbesondere Steuern, Umwelt und Arbeitssicherheit, außen vor bleiben: Kartell (z.B. horizontale und vertikale Absprachen mit Wettbewerbern) – Korruption (Kundenpflege) – unlautere Zuwendungen – Untreue – Datenschutz und ggf. auch Produkthaftung.

Die genannten Elemente und typischen Compliance-Themen bieten Indikatoren für den individuellen Rahmen der Risikoanalyse als Bestandteil der Compliance-Prüfung in der Due Diligence.

Es ist unerlässlich, dass die Risikoanalyse und die darauf aufbauende Compliance-Prüfung eingegrenzt und individuell beurteilt wird, da das Thema Compliance nahezu

Weitere Informationen in der Anzeige am Ende der Rubrik „Nationaler Überblick“

¹ Zugeschrieben Paul McNulty, ehem. U.S. Deputy Attorney General

grenzenlos ist und jedes Unternehmen eigene Kernbereiche aufweist. Gemäß den „Leitlinien für die Tätigkeit in der Compliance-Funktion im Unternehmen (für Compliance Officer außerhalb regulierter Sektoren)“ ist bei der Ausgestaltung der Compliance eine Beschränkung auf solche Compliance-Risiken notwendig und gerechtfertigt, die das Unternehmen als „wesentlich“ ansieht. Wesentlich in diesem Sinne sind zumindest solche Compliance-Risiken, bei denen im Falle der Realisierung des Risikos, insbesondere:

- Gefahren für Leib und Leben von Menschen auftreten können,
- das Unternehmen erhebliche wirtschaftliche Nachteile hinnehmen muss, wobei es jedem Unternehmen selbst überlassen bleibt, ab wann es einen wirtschaftlichen Nachteil als erheblich definiert,
- das Unternehmen einen Reputationsschaden in der Öffentlichkeit erleiden kann und
- Organe, Mitarbeiter oder dem Unternehmen verbundene Dritte nicht nur in geringfügigem Umfang straf- oder bußgeldrechtlicher Verfolgung ausgesetzt sein können.

Erster Zugang zu diesen Themen wird durch eine detaillierte Legal Due Diligence Compliance-Checkliste erlangt, mit der mögliche Compliance-Themen im Rahmen des Due Diligence-Prozesses ganz konkret erfragt, aufgenommen und protokolliert werden sollten. Hierbei zeigt die Due Diligence Praxis leider allzu häufig, dass zu allgemein oder abstrakt gestellte Fragen ohne konkreten Sachbezug – wie z.B. „Gab es in Ihrem Zielunternehmen Korruptionsfälle?“ – auch wegen der Negativität der gestellten Fragen vorschnell verneint werden.

Überprüfung des CMS

Struktur und Grundlagen des CMS im Zielunternehmen

Das CMS muss systematisch auf Grundlage der konkret festgestellten Compliance-Risiken im Zielunternehmen aufgebaut sein. Die drei Grundfunktionen einer funktionierenden Compliance bilden dabei die Maßnahmen zur Prävention, die Aufdeckung von Fehlverhalten und die Reaktion hierauf. (vgl. Moosmayer, Compliance, 3. Auflage 2015, A. Einführung Rn. 4)

Zertifizierbare Standards für ein CMS bieten zum Beispiel der Standard des Instituts der Wirtschaftsprüfer IDW PS 980, der US Resource Guide to the FCPA und die Anlage zum UK Bribery Act.

Gemäß IDW Standard PS 980 muss ein wirksames CMS folgende Grundelemente umfassen: Compliance-Kultur – Compliance-Ziele – Compliance-Risiken – Compliance-Programm – Compliance-Organisation – Compliance-Kommunikation – Compliance-Überwachung/-Verbesserung.

Von besonderer Bedeutsamkeit sind in der Praxis die Aufstellung von internen Verhaltensrichtlinien und die Bestimmung eines zuständigen unabhängig agierenden Compliance-Officers, der diese Richtlinien durchführt und selbständig überwacht. Zusätzlich sollte auch sichergestellt werden, dass auf allen Ebenen des Unternehmens gesetzes- oder richtlinienwidriges Verhalten unverzüglich und ohne Ansehen der meldenden oder gemeldeten Personen angezeigt wird.

Integration des CMS im Zielunternehmen

Das CMS muss in den Geschäftsprozess eingegliedert und auf allen Ebenen des Unternehmens gelebt werden, damit eine zielgerichtete und wirksame Compliance-Struktur entsteht. Die Geschäftsführung hat hierbei eine nicht zu unterschätzende Vorbildfunktion. Strukturen und Werte sollten allen Mitarbeitern im Rahmen ihres täglichen Arbeitsalltags in „Fleisch und Blut“ übergehen und von diesen nicht als zusätzliche Pflichtaufgabe, sondern als Teil ihrer Arbeitsleistung und ihres Arbeitsverständnisses aufgefasst werden. Insbesondere klare und verständliche Verhaltensrichtlinien, regelmäßige Schulungen und Informationen, sowie Ansprechpartner bei Unklarheiten vereinfachen diesen Integrationsprozess.

Exkurs: Corporate Social Responsibility als neuer Teil der Legal Due Diligence

Für Unternehmen, und daher auch im Rahmen von M&A Transaktionen, wird auch der Bereich der Corporate Social Responsibility (CSR) als neue Facette guter Unternehmensführung in Zukunft immer mehr in den Vordergrund rücken. Nicht nur der wirtschaftliche, kulturelle und ethische Kern sind hier von Bedeutung, sondern zunehmend auch rechtliche Fragestellungen und Probleme, die im Rahmen von CSR-Aktivitäten bzw. deren Unterlassen auftreten können. Auch hier empfiehlt es sich, wachsam mit diesen Themen im Vorfeld einer Unternehmenstransaktion (idealerweise

im Rahmen der Legal oder Cultural Due Diligence) umzugehen und gegebenenfalls die Überprüfung dieses Teils der Unternehmensführung in die Due Diligence zu integrieren.

Fazit

Die Legal Compliance Due Diligence hat in den letzten Jahren, insbesondere aufgrund der teilweise uneingeschränkten Haftung des Käufers, im Rahmen der M&A Due Diligence eine unverzichtbare Rolle eingenommen. Prüfung, Inhalt und Umfang müssen individuell anhand von gezielten Fragen und Antworten im Rahmen eines Q&A-Prozesses für jeden Einzelfall geprüft werden. Insbesondere bei Private Equity-Transaktionen, bei denen zwangsläufig ein zukünftiger Exit und eine weitere Legal Due Diligence anstehen, ist die Aufrechterhaltung, Anpassung und Implementierung eines CMS nach dem Erwerb förderlich, um Compliance-Risiken aufzudecken, zu minimieren bzw. ganz auf null zu reduzieren. ■

KERNAUSSAGEN

- Compliance hat unter anderem aufgrund des Haftungsrisikos der Zielgesellschaft, des Käufers als Gesellschafter in EU-Bußgeldfällen sowie der Organe der Zielgesellschaft eine unverzichtbare Rolle in der Legal Due Diligence eingenommen.
- Eine Legal Compliance Due Diligence sollte insbesondere im Q&A-Prozess die Fragen möglichst neutral und detailliert enthalten, welche Compliance-Risiken heute und zukünftig konkret und abstrakt vorliegen sowie ob und inwieweit ein ordnungsgemäßes CMS besteht, implementiert ist und gelebt wird.
- Prüfung, Inhalt und Umfang der Legal Compliance Due Diligence müssen individuell für jeden Einzelfall auf den konkreten Geschäftsbetrieb des Zielunternehmens sowie dessen Umfeld angepasst werden.