

Praxisleitfaden M&A Compliance

Transaktionsrisiken –
Erkennen, Bewerten, Vermeiden

von

Dr. Kerstin Waltenberg



C.F. Müller

1. Kapitel

Einleitung

Dieser Praxisleitfaden ist darauf ausgerichtet, lösungsorientierte Anleitung dazu zu 1
geben, wie in Bezug auf Unternehmen,¹ die Ziele von Verschmelzungs- und Erwerbs-
vorgängen (*mergers & acquisitions*: M&A-Transaktionen) sind, mögliche Haftungs-
und Reputationsrisiken aus Wirtschaftsstraftaten als Konsequenz der Transaktion
erkannt und gemindert werden können.

Der Begriff „M&A“ soll in diesem Leitfaden neben (Teil- oder Voll-) Erwerbs- und 2
Verschmelzungsvorgängen (*mergers* und *acquisitions*) im engeren Sinn auch solche
Transaktionen erfassen, im Rahmen derer durch das transaktionswillige Unternehmen
mit einem oder mehreren Dritten Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures, JVs)
gegründet werden.²

Die Formen des Unternehmenserwerbs sind dabei weltweit im Wesentlichen iden- 3
tisch: Zum Erwerb eines Unternehmens kauft eine natürliche oder juristische Person
entweder jenes als Sach- und Rechtsgesamtheit von Einzelwirtschaftsgütern (Asset
Deal), oder es werden auf sie Anteile an einem Unternehmen gegen Geld oder
andere Vermögenswerte übertragen (Share Deal). Der Unternehmenserwerb kann im
Übrigen durch Verschmelzung (Merger) zweier Gesellschaften, die jeweils Rechtsträ-
ger von Unternehmen sind, stattfinden, d.h. ein Übergang des gesamten Vermögens
eines oder mehrerer Rechtsträger auf einen von ihnen oder auf einen neu zu gründen-
den Rechtsträger unter Auflösung des oder der übertragenden Rechtsträger/s gegen
die Gewährung von Anteilen an dem bestehenden oder neu zu gründenden überneh-
menden Rechtsträger. Letztere ist die in der Praxis, neben Übernahmen börsennotier-
ter Unternehmen durch öffentliches Angebot (Takeovers, bspw. nach WpHG), wohl
am häufigsten gewählte Form, gefolgt vom Asset Deal.

Finden M&A-Transaktionen der vorbeschriebenen Arten zwischen international ope- 4
rierenden Unternehmen statt, ist eine Anzahl verschiedener Rechtsordnungen maß-
geblich. Es sind insbesondere diverse nationale Strafgesetze und Strafprozessordnun-
gen gleichzeitig anwendbar, die ggf. miteinander in Konkurrenz stehen. Im Rahmen
der überwiegenden Anzahl dieser Rechtsordnungen kann ein Unternehmen für die in
einem anderen Unternehmen bzw. zu dessen Gunsten begangenen Straftaten ord-

1 Der Begriff „Unternehmen“ wird in diesem Praxisleitfaden durchgehend verwendet für, und bezeichnet jeweils, den Rechtsträger eines eingerichteten und ausgeübten Wirtschaftsbetriebs, d.h. die juristische Person.

2 Der Begriff wird in der Praxis für weit mehr Transaktionsformen und -vorgänge benutzt, s. z.B. Übersicht in Römermann/*Picot* HB GmbHR § 21 Rn. 5: Unternehmenskauf und -verkauf, Unternehmenszusammenschluss, Kooperation, Allianz und Joint Venture, Management-Buy-Out und Management-Buy-In, Going Public/Börsengang (IPO), Private Equity-Beteiligung, Integrations, Umwandlungs- und Restrukturierungsmaßnahmen.

nungs- oder strafrechtlich verantwortlich gemacht werden,³ wenn es jenes andere Unternehmen ganz oder mehrheitlich übernimmt (Nachfolgerverantwortung/*successor liability*).

- 5 „Compliance“ bezeichnet im Rahmen der nachfolgend beschriebenen Prüfungshandlungen in erster Linie gesetzmäßiges Handeln im Sinne eines Nichtbegehens von Wirtschaftsstraftaten, insbesondere Bestechung, Geldwäsche, Betrug, einschließlich Bilanzbetrug, Sanktionsverstößen, und Steuerstraftaten. **Aktive**⁴ Bestechungshandlungen werden bei allen Betrachtungen im Vordergrund stehen, da sie regelmäßig diejenigen sind, die für ein transaktionswilliges Unternehmen insbesondere international eine Nachfolgerverantwortung im o.g. Sinn auslösen können. Risikopotentiale für wettbewerbsrechtliche, insbesondere Kartellrechtsstraftaten, werden regelmäßig im Rahmen einer auf (sonstige) Rechtsrisiken ausgerichteten (Legal) Due Diligence geprüft, Bilanzstraftaten bzw. Straftaten im Zusammenhang mit Buchführungspflichten im Rahmen der auf Finanzrisiken ausgerichteten (Financial) Due Diligence (s. Übersicht unten). Sie finden hier entsprechend an geeigneter Stelle mit fokussierten Prüfungspunkten und –fragen notwendigenfalls Erwähnung, sind aber nicht Schwerpunkte der Darstellung, und finden daher auch in der Auswertung nur eine untergeordnete Beachtung.
- 6 „Due Diligence“ ist, wörtlich übersetzt, die angezeigte bzw. angemessene Sorgfalt.⁵ In der Praxis, in zahlreichen Gesetzeskommentierungen und Anleitungen steht der Begriff gleichbedeutend für die Prüfung bzw. diejenigen Prüfungshandlungen, die im

3 Eine eigene, unmittelbare strafrechtliche Verantwortlichkeit kann nur entstehen, wenn der Handelnde Subjekt des jeweils geltenden Strafrechts sein kann. Dies ist, in Bezug auf juristische Personen, die Rechtsträger eines Unternehmens sind, nur in denjenigen Rechtsordnungen gegeben, die juristischen Personen i.S.e. Unternehmens-/Verbandsstraftsrechts als taugliche Strafrechtssubjekte ansehen, und die Taten natürlicher Personen den juristischen unter bestimmten Voraussetzungen *direkt* zuordnen, wie z.B. USA, Großbritannien und die meisten Länder des Common Law/Commonwealth. In Rechtsordnungen ohne Unternehmensstrafrecht – z.B. Deutschland, Russische Föderation – werden Straftaten natürlicher Personen, die jene (v.a.) zugunsten juristischen Personen begangen haben, nur mittelbar zugeordnet und wird die juristische Person ordnungs- und/oder zivilrechtlich für diese Taten verantwortlich gemacht. Beide Formen, die ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit (wie in Deutschland) und die direkte Strafrechtsverantwortung einer juristischen Person als Täter (Unternehmens-/Verbandsstrafrecht), werden zum Zwecke der Vereinfachung in diesem Praxisleitfaden gemeinsam zusammenfassend als „strafrechtliche Unternehmensverantwortlichkeit“ oder „strafrechtliche Verantwortlichkeit“, juristischer Personen bzw. Unternehmen bezeichnet. Der Begriff „Unternehmen“ oder „juristische Unternehmensperson“ wird auch in diesem Zusammenhang im Rahmen dieses Praxisleitfadens gleichbedeutend mit und für eine „juristische Person, die Unternehmensträger ist“ verwendet; gemeint ist stets die juristische Person.

4 **Aktive** Bestechung bezeichnet hier die Begehungsform als Gewähren, Versprechen oder Anbieten eines Vorteils an einen Dritten aus dem betreffenden Unternehmen heraus, i.S.v. etwa §§ 333, 334, 299 Abs. 1 StGB. **Passive** Bestechung bezeichnet dagegen das Annehmen, Sich-versprechen-Lassen oder Fordern eines Vorteils durch eine Person, vgl. z.B. §§ 331, 332, 299 Abs. 2 StGB.

5 Klumpp/Beisel/Beisel Unternehmenskauf, § 2 Rn. 2: dieser aus der US-amerikanischen Transaktionspraxis herrührende Begriff bedeutet „sorgsame Erfüllung“, „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ und definiert den im Rahmen von geschäftlichen Transaktionen anzulegenden Sorgfaltsmaßstab.

Einzelfall auf eine andere Person (natürlich oder juristisch) anzuwenden sind, um einer der Unternehmensleitung jeweils gebotenen Sorgfaltspflicht bei geschäftserheblichen Entscheidungen zu genügen.⁶

Allgemein bekannt und vielfach besprochen werden im Rahmen von Handbüchern und Kommentierungen zum Gesellschaftsrecht und M&A die Arten der Legal, Tax, Financial, Commercial, Environmental, Technical, Operational und Human Resources Due Diligence.⁷ Deren Inhalte sind weitgehend geläufig⁸ und hier nochmals kurz in der Übersicht zusammengefasst:

Art der Due Diligence	Typische Inhalte
Legal	rechtliche Strukturen, zivil- einschließlich wettbewerbs-/ kartellrechtlicher sowie Risiken aus laufenden Rechtsstreitigkeiten, Vertrags- und Rechtesituation bezogen auf den jeweiligen Einzelfall
Intellectual Property (IP)	Patent- und Schutzrechte, geistiges Eigentum
Tax	Steuersituation und -risiken
Financial	Buchführung, Bilanzierung sowie Verstöße gegen damit verbundene Pflichten bzw. Regeln (IFRS ⁹ usw.)
Insurance	versicherungstechnische/-relevante Risiken
Commercial	Marktposition und -entwicklung
Environmental	Umweltrisiken, insbesondere Altlasten/Sanierungsanforderungen, Haftung als Zustandsstörer; ggf. auch Anlagengenehmigungen/-auflagen und Qualitätssicherung
Technical	Produktionsabläufe und -risiken; ggf. hier (statt Environmental) auch Qualitätssicherung
IT	IT-Systeme/Sicherheit
Operational	Geschäftsbetrieb als solcher, ggf. (insbesondere Ausfall-) Risiken

6 Bsp. Deutschland § 93 AktG, § 43 GmbHG; Ausland: *fiduciary duties* der Unternehmensleitung (*corporate officers*), s. dazu 2. Kap. Rn. 117.

7 S.z.B. van Kann/Keiluweit PraxisHB Unternehmenskauf, Kap. II, Ziff. 2 ebenso Weitnauer HB Venture Capital, § 2; ähnlich: Meyer-Sparenberg/Jäckle/Meurer Beck'sches M&A-Handbuch, § 7 (Praktische Durchführung und Prüfungsschwerpunkte), Abschnitt IV.

8 Dazu und zu den sog. Fairness Opinions, s. IDW/Naumann WP Handbuch, Rn. 51.

9 IFRS – International Financial Reporting Standards, internationale Rechnungslegungsvorschriften, herausgegeben vom International Accounting Standards Board (IASB). Zweck ist die Sicherstellung der Aufstellung international vergleichbarer Jahres- und Konzernabschlüsse. Sie sind in vielen, aber nicht in allen Ländern, und nicht für alle Arten von Unternehmen anwendbar.

Art der Due Diligence	Typische Inhalte
Real Estate	Grundstücks-/Immobilien-situation, i.d.R. vor allem Eigentums-lagen und Belastungen, insbesondere Wege- und Leitungsrechte
Human Resources	Personal, insbesondere Vertragssituation und -risiken (verbunden mit Betriebsübergang, Kündigungsfristen, Abfindungen usw.), arbeitsrechtliche Verstöße gegen Anti-Diskriminierungsvorschriften (AGG usw.), Arbeitsschutz- und/oder Arbeitszeitgesetze und damit verbundene Risiken, regelmäßig auch Geschäftsbeziehungen mit Unternehmensorganen/-angehörigen (<i>Interested Party/Related Party Transactions</i>) ¹⁰
Compliance	Risiko von Wirtschaftsstraftaten, Sanktionsverstößen, Reputationsrisiken

- 9 Dieser Praxisleitfaden spricht den Prüfer direkt an, soll aber auch transaktionswilligen Unternehmen als Referenz für die bzw. bei der Beauftragung eines externen Prüfers¹¹ dienen.
- 10 Der Fokus dieses Praxisleitfadens liegt auf Prüfungshandlungen, die durch ein transaktionswilliges Unternehmen in Bezug auf ein Zielunternehmen durchgeführt werden sollten. „Transaktionswilliges Unternehmen“ bezeichnet hier dasjenige, das mehrheitlich oder in Minderheit Anteile oder einige oder sämtliche assets an einem anderen Unternehmen erwerben, oder ein Joint Venture (JV) mit einem anderen Unternehmen gründen will. Zielunternehmen bezeichnet das jeweils andere Unternehmen in den vorg. Konstellationen.
- 11 Eine Überprüfung von Erwerbsinteressenten durch ein Anteile oder assets veräußerndes Unternehmen (d.h. der umgekehrte Fall zu den vorbezeichneten Vorgängen) mittels derselben Prüfungshandlungen ist ebenfalls empfehlenswert. In diesen Konstellationen werden gleichwohl nicht alle Prüfungshandlungen notwendig sein, da nur ein eingeschränktes Spektrum an Risiken zu vermeiden ist. Es kommen hier insbesondere Betrugs-, Vermögensschaden- und Reputationsrisiken, bspw. durch Verkauf an einen nicht real existierenden, der Übernahme nicht fähigen oder nicht ausreichend

10 Sog. *Interested Party Transaction* – bezeichnet regelmäßig eine Transaktion z.B. zwischen einer *Interested Party*, d.h. einem Anteilseigner, Organ, Tochtergesellschaft eines Unternehmens, und diesem Unternehmen, bzw. *Related Party Transaction* – bezeichnet regelmäßig eine Transaktion zwischen einer Person, die mit einer *Interested Party* im vorg. Sinn geschäftlich/gesellschaftsrechtlich oder verwandtschaftlich verbunden ist, und dem betreffenden Unternehmen. Mitunter werden in der Praxis (bspw. in Unternehmensrichtlinien) die Begriffe auch vermengt, oder es werden unter einem der Begriffe beide Arten erfasst.

11 Zur Haftung des Rechtsanwalts für Fehler bei der Due Diligence-Prüfung s. Klumpp/Beisel/Beisel Unternehmenskauf § 2 Rn. 51 ff.

solventen Käufer in Betracht,¹² ferner auch insbesondere das Risiko der Unterstützung von Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung seitens des Erwerbers oder Verstößen gegen Sanktionsregelungen durch das Eingehen der Geschäftsbeziehung.

Der Kreis der Zielunternehmen ist im Folgenden grundsätzlich nicht in Bezug auf Art, Größe oder Nationalität eingegrenzt. Zu beachten ist jedoch, dass bei reinen Finanzdienstleistern als Zielunternehmen teilweise andere und weitere Prüfungsschwerpunkte, insbesondere in Bezug auf Standards der Bilanzierung und Buchhaltung und Berichtspflichten, gesetzt werden müssen. Diese spezielle Materie soll hier nicht näher eruiert werden, da sie den Rahmen eines Praxisleitfadens mit angestrebt möglichst breiter Anwendungsmöglichkeit sprengen würde. Sie ist auch regelmäßig eher Gegenstand der Financial Due Diligence (s. oben).

Die hier gegebenen Hinweise können im Grundsatz für jedes Waren oder Dienstleistungen herstellendes bzw. anbietendes und vertreibendes Zielunternehmen angewendet werden. Die Prüfungspunkte und ihre grundsätzliche Ausprägung und Durchführung sind universell im Wesentlichen identisch. Auf mögliche individuelle, v.a. aufgrund landesspezifischer Regelungen zu berücksichtigende Abweichungen, wird an geeigneter Stelle hingewiesen. Nicht jeder Prüfungspunkt muss allerdings für jedes Zielunternehmen, vor allem nicht in gleichem Umfang und mit gleicher Tiefe, zur Anwendung kommen. Einen *one size fits all*-Ansatz für eine Prüfung kann es aufgrund der Vielfalt an Unternehmensstrukturen, -größen und -geschäftsmodellen und sich hieraus ergebenden Compliance-Risiken nicht geben. Entsprechende Hinweise werden ebenfalls an geeigneter Stelle in den folgenden Darstellungen gegeben.

Beschrieben wird ausschließlich die Überprüfung auf das Vorhandensein der vorerwähnten möglichen Haftungs-/Verantwortungs- und Reputationsrisiken aus Wirtschaftsstraftaten, die in der Vergangenheit im weitesten Sinne **aktiv durch** das Zielunternehmen **zu dessen Gunsten** begangen worden sind. In Rechtsordnungen mit und ohne Unternehmensstrafrecht ist damit derjenige Fall gemeint, in dem jene Straftaten durch Mitarbeiter, Organe oder (geschäftlich) unternehmensverbundene Dritte im Auftrag, im Namen oder zugunsten des Zielunternehmens begangen wurden.

Nicht schwerpunktmäßig beschrieben werden im Weiteren Prüfungshandlungen zur Aufdeckung solcher Wirtschaftsstraftaten, die womöglich in der Vergangenheit vor den Transaktionsverhandlungen **gegen** das Zielunternehmen als Geschädigten began-

12 Siehe z.B. der Verkauf des Flughafens Hahn an den angeblichen chinesischen Investor Shanghai Yiqian Trading Company (SYT), einem tatsächlich nicht in dieser Form existierenden Unternehmen – wie Fernsehreporter vor Ort zwei Jahre nach dem Kauf 2016 aufdeckten, s. u.a. *Lachmann*, „So lebt der Hahn-Betrüger: Kyle Wang wollte einen Flughafen kaufen – und handelte sich Ärger ein“, Allgemeine Zeitung, 3.2.2018 (www.allgemeine-zeitung.de/politik/rheinland-pfalz/so-lebt-der-hahn-betrueger-kyle-wang-wollte-einen-flughafen-kaufen-und-handelte-sich-aerger-ein_18498434). Über den Verkauf 2016 berichtete unter anderem SPIEGEL vom 6.6.2016 „Konzern aus Shanghai kauft Flughafen Hahn“ (www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/airport-frankfurt-hahn-an-shanghai-yiqian-trading-company-verkauft-a-1096050.html) und die FAZ vom 5.6.2016 (www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/chinesen-kaufen-den-flughafen-frankfurt-hahn-14270903.html), die SYT als Firma, „die in China als Zwischenhändler für die Bauindustrie und den Einzelhandel tätig ist und mit Luftfahrt nichts zu tun hat“ beschrieb. Selbst die „Generalbevollmächtigung“ eines Bernsteinhändlers aus Idar-Oberstein für die SYT hatte 2016 offenbar zunächst niemanden ausreichend stützig werden lassen, um eine Prüfung zu veranlassen, S. FAZ v. 5.7.2016 „Deutscher Bernsteinhändler unterschrieb Kaufvertrag“ (www.faz.net/aktuell/politik/inland/kaufvertrag-fuer-flughafen-hahn-von-bernsteinhaendler-unterzeichnet-14325156.html).

gen worden sind (v.a. Untreue). Andere (nicht Wirtschafts-) Straftaten bzw. Regelverstöße, die ggf. im Unternehmensrahmen ansonsten begangen worden sein könnten (v.a. Verstöße gegen Arbeits- und Anti-Diskriminierungsgesetze), stehen ebenfalls nicht im Fokus. Der Grund dafür ist, dass jene Letztgenannten regelmäßig Teil der HR (*Human Resources/Personalwesen*-) Due Diligence sind (s. Übersicht oben).

- 16 Ein weiterer Grund für den im Wesentlichen auf aktive Wirtschaftsstraftaten und damit verbundene Reputationsrisiken beschränkten Umfang der M&A Compliance Due Diligence ist deren zeitlich und inhaltlich beschränkter Rahmen. Meist gilt es, sich innerhalb weniger Wochen, während andauernder Verhandlungen und anderer Due Diligence-Prüfungen, ein hinreichend umfassendes Bild zu machen. Hinzu kommt, dass ein mit dem Zielunternehmen regelmäßig weder gesellschaftlich noch bereits geschäftlich verbundenes Unternehmen im Zielunternehmen naturgemäß nur einschränkt Prüfungshandlungen durchführen kann. Es sollte sich daher auf die wirklich wesentlichen, d.h. die sich ggf. im Zuge der Durchführung der Transaktion unmittelbar materialisierenden Risiken konzentriert werden. Gänzlich ausgeklammert bleiben andere Risiken derweil trotzdem nicht, da sie vielfach ohne direkt darauf ausgerichtet zu sein, Ergebnis der Compliance Due Diligence und Gegenstand späterer, der Transaktion nachgelagerter Maßnahmen sein können. Entsprechend finden sie auch gleichfalls Erwähnung.
- 17 Eingangs, und auch im Text wird an geeigneter Stelle wiederholt darauf hingewiesen, dass eine Compliance Due Diligence im Rahmen der Vorbereitung einer M&A-Transaktion ein „atmosphärisch“ oft zwischen den Parteien sensibles Thema ist, das seine Basis in der freiwilligen Mitwirkung des Zielunternehmens hat. Es handelt sich nicht um eine Revisionsprüfung (*audit*) oder Untersuchung (*investigation*). Entsprechend ist vonseiten des transaktionswilligen Unternehmens und der von ihm mit der Prüfung Beauftragten während der gesamten M&A-Compliance Due Diligence mit Einfühlungsvermögen, Respekt und Umsicht vorzugehen. Der Eindruck, das Zielunternehmen solle „hart“ dazu gezwungen werden, die geforderten Informationen zu liefern, sollte vermieden werden. Das mag im Einzelfall mehr Zeit und mehr Aufwand bedeuten, wirkt sich aber nachhaltig positiv auf das spätere partnerschaftliche Miteinander der an der Transaktion beteiligten Unternehmen und Unternehmensangehörigen aus.
- 18 Warum sollte das transaktionswillige Unternehmen diesen regelmäßig teuren, nicht immer konfliktfreien und aufwändigen Weg der M&A-Compliance Due Diligence überhaupt gehen?
- 19 Argumente dafür, M&A-Transaktionen gegen Schadensereignisse, (persönliche) Haftungsfallen und negative Presse abzusichern, liegen auch abseits der zu Anfang genannten Beispiele auf der Hand:

Zum einen sind diejenigen Länder, in denen das Risiko mit Korruption in Berührung zu kommen am höchsten ist, auch seit Jahrzehnten mit die attraktivsten Wachstums-

und damit Zielmärkte für Investitionen international operierender Unternehmen.¹³ Häufig sind Expansion und Wachstum nur noch in diesen risikoexponierten *white spots* möglich. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich vor Ort zusätzlich Synergien erzielen lassen, bspw., indem durch die Zusammenarbeit mit einem Partner im Land nicht nur die Produktion lokalisiert wird, sondern auch die Rohstoffe für jene dort geschöpft werden können.

Entsprechend liegen die BRIC-Staaten trotz vieler unerfüllter in sie gesetzten Hoffnungen weiterhin bei Investitionen ausländischer Unternehmen auf vorderen Plätzen,¹⁴ was vor allem auf die o.g. Faktoren zurückzuführen ist: Rohstoffreichtum, potentiell hohes Absatzvolumen durch hohe Bevölkerungszahlen und vergleichsweise niedrige Produktionskosten. Derweil ereignet sich jeder fünfte Bestechungsfall weltweit auf dem Sektor der auf Rohstoffgewinnung ausgerichteten Minen- und Bergbauindustrie, der zusammen mit drei weiteren Branchen: Baugewerbe, Transport und Lagerung sowie Telekommunikation Ereignisbereich von weltweit zwei Dritteln aller Korruptionsfälle ist.¹⁵ Schwache Demokratien, nur eingeschränkt funktionierende staatliche und rechtsstaatliche Strukturen sowie intransparente Verhältnisse begünstigen derweil insbesondere in Schwellen- und Entwicklungsländern ein Klima, in dem auf „kreative“ oder „unbürokratische“, sprich: korrupte Weise schnell die erforderlichen Genehmigungen erlangt werden können, die bspw. erforderlich sind, um eine neue Produktionsstätte zu errichten, Sonderwirtschaftsrechte zu erlangen, oder technische Zulassungen für in dem Land bisher nicht vertriebene Produkte.

Lokale Interessen absichernde Gesetze, die es bspw. erfordern, dass bei einigen Arten des wirtschaftlichen Engagements in einem bestimmten Land ein nationaler Partner (Mehrheits-¹⁶) Teilhaber wird, erzwingen geradezu Neugründungen, Joint Ventures, Übernahmen und Verschmelzungen mit lokalen Gesellschaften durch ausländische Investoren.

Aber auch ohne derartige Zwänge schließen sich täglich überall auf der Welt Unternehmen¹⁷ zusammen, beteiligen sich oder kaufen andere Unternehmen auf. Für 2021 wird ein Rekordjahr für M&A mit einem Investitionsvolumen in Höhe von bis zu 750 Mrd. US\$ allein durch Finanzinvestoren gerechnet.¹⁸ In den vergangenen Jahren

13 Zur Relation des Corruption Perception Index (CPI) von Transparency International (von 2015: www.transparency.org/cpi2015#map-container) zu den Ländern mit den höchsten Exportzahlen, bspw. aus den USA und Deutschland: U.S. Census Bureau, Top Trading Partners, Stand Juli 2016 (www.census.gov/foreign-trade/statistics/highlights/toppartners.html) und Statistisches Bundesamt Rangfolge der Handelspartner im Außenhandel der Bundesrepublik Deutschland, Stand 18.8.2016. (www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Aussenhandel/Handelspartner/Tabellen/RangfolgeHandelspartner.pdf?__blob=publicationFile).

14 The BRICS Post, 29.1.2014, <http://thebricspost.com/total-fdi-into-brics-at-322-bn-in-2013-un/#.V8qNt03ym70>.

15 OECD – OECD Foreign Bribery Report: An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials (2.12.2014); kostenpflichtig – im Internet als Nur-Lese-Version unter: www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/oecd-foreign-bribery-report_9789264226616-en#.V8waHk3ynIU#page24, S. 24.

16 Z.B. in Algerien, bis Ende 2020 auch: VR China.

17 Der Begriff „Unternehmen“ bzw. „juristische Unternehmensperson“ wird in diesem Werk zur Vereinfachung gleichbedeutend mit und für eine „juristische Person, die Unternehmensträger ist“ verwendet; gemeint ist stets die juristische Person.

18 Handelsblatt vom 12.1.2021, „Das Jahr der Megadeals“. Die Prognosen scheinen sich bislang zu bestätigen, s. Handelsblatt vom 30.7.2021, „Das große Fressen“.

verhielt es sich kaum anders. 2015 wurden bspw. weltweit M&A-Transaktionen mit einem Volumen von 5 Trillionen US\$ durchgeführt,¹⁹ in den Jahren davor und danach bewegten sich die Zahlen in ähnlichem Rahmen.²⁰

- 23 Solche M&A-Transaktionen laufen dabei nicht immer in geordneten Bahnen, sondern vielfach reaktiv, situativ und unstrukturiert ab. Schon bei der Auswahl des potentiellen Übernahmekandidaten schauen die meisten Unternehmen vor allem und zuerst auf dessen wirtschaftliche und funktionelle Leistungsfähigkeit.²¹ Auch und gerade wenn diese eher gering ausgeprägt ist, das betreffende Unternehmen aber in einem attraktiven „Wachstumsmarkt“ (sei es regional, sei es produktbezogen) agiert und dort einigermaßen etabliert ist, ist das Interesse oft geweckt. Dass gerade wirtschaftlich instabile Unternehmen für „unorthodoxe“ Praktiken, sprich: sich aus strafbaren Handlungen ergebende Gewinnmöglichkeiten, empfänglich(er) sein können, als stabile, wird dabei oft übersehen, unterschätzt oder verdrängt.
- 24 Mit einem Zusammenschluss oder einem Zukauf können jedoch neben Chancen potentiell auch erhebliche Risiken, ggf. eine direkte Verantwortung seitens des Erwerberunternehmens übernommen werden. Dies kann für das übernehmende Unternehmen existenzgefährdend werden, wenn infolge von, insbesondere Korruptionshandlungen durch das Zielunternehmens erhebliche und zudem die Reputation beschädigende Straf- und Bußgeldzahlungen gegen jenes verhängt werden (zu den gesetzlichen Grundlagen dieser Nachfolgerverantwortung unten im 2. Kap.).
- 25 Dennoch sind geordnete und risikoadäquate Prüfprozesse, die sich insbesondere auf das Aufspüren (korruptions-) strafrechtlich relevanter Sachverhalte beziehen, oft entweder wenig bekannt, oder sie werden nicht oder unzureichend genutzt: Noch 2011 gaben zwei von fünf weltweit befragten Unternehmen an, vor einem Unternehmenserwerb „selten“ eine gesonderte Prüfung auf strafrechtlich relevante Risiken (Compliance Due Diligence) vorzunehmen.²² 2013 betrug der Anteil der Unternehmen weltweit, die „stets“ eine entsprechende Prüfung vor einer M&A-Transaktion durchführten, immer noch nur 22 %; demgegenüber standen fast doppelt so viele Unternehmen, die angaben, „niemals“ eine solche Untersuchung anzustellen.²³
- 26 Nach einem ersten Abwärtstrend bis 2016, bei dem die Anteile derjenigen Unternehmen, die Dritte vor der Eingehung einer Geschäftsbeziehung überprüften, weltweit ab-, und die Anteile derjenigen, die angaben, „niemals“ eine solche Untersuchung anzustellen, zunahmen,²⁴ geht der Trend nun wieder in die andere Richtung: 2020 betrug der Anteil der eine solche Prüfung „stets“ vornehmenden Unternehmen

19 The Atlantic vom 9.1.2016 “2015: A Merger Bonanza – Nearly \$5 trillion worth of deals were announced last year. Why do so many big companies want team up?” (www.theatlantic.com/business/archive/2016/01/2015-mergers-acquisitions/423096). Eine Trillion sind eine Million Millionen.

20 Übersicht s. Römermann/Picot HB GmbH § 21 Rn.1-3.

21 Christensen/Alton/Rising/Waldeck The Big Idea: The New M&A Playbook, Harvard Business Review März 2011.

22 Ernst & Young 11th Global Fraud Survey (2011) “Driving Ethical Growth – New Markets, New Challenges”, www.ey.com.

23 Genau 38 %. Ernst & Young 13th Global Fraud Survey (2013) “Reinforcing the commitment to ethical growth”, www.ey.com.

24 Ernst & Young 14th Global Fraud Survey (2016) “Corporate misconduct – individual consequences”, www.ey.com.

31 %.²⁵ Dass damit dennoch die ganz überwiegende Mehrheit der Unternehmen von einer M&A-Compliance Due Diligence absieht, ist angesichts der schwerwiegenden rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken und medial bekannter (Un-)Fälle, nur schwer nachvollziehbar.

Die Statistik spricht schließlich ebenfalls eine deutliche Sprache: Schon 2007 betrug der Anteil aller US-Ermittlungsverfahren im Zusammenhang mit Korruption, der M&A-Transaktionen betraf, 50 %, ²⁶ in 2009 waren es sogar 66 %.²⁷ Die Anzahl der Fälle, in denen Enforcement Actions (Sanktionen im weitesten Sinne) des US Department of Justice (DOJ) und der US-Börsenaufsicht (Securities and Exchange Commission, SEC) wegen Verstößen gegen Verbote aus dem US-Gesetz gegen Auslandsbestechungen (Foreign Corrupt Practices Act – FCPA)²⁸ vorgenommen werden, ist zudem seit Jahren auf einem konstanten Level.²⁹

Die Frage danach, was eine sorgfältige Überprüfung des Zielunternehmens auf wirtschaftsstrafrechtlich relevante und Reputationsrisiken leisten kann, und welchen Umfang sie vernünftiger Weise haben sollte, hat also hohe rechtliche, wirtschaftliche und praktische Relevanz.

Im 2. Kap. werden die juristischen Grundlagen, aus denen sich eine Haftung für transaktionswillige Unternehmen infolge einer Übernahme, eines Anteilskaufs oder eines Zusammenschlusses ergeben kann, cursorisch erläutert. Der Schwerpunkt dieses Praxisleitfadens liegt darauf, Unternehmen eine **praktische** Anleitung und Hilfestellung zur Durchführung der Compliance Due Diligence zu geben. Die Ausführungen sind entsprechend auf das Minimum der Illustration der gesellschafts- und straf- bzw. ordnungsrechtlichen Grundlagen beschränkt; weiterführende Literatur zu den vielfältigen juristischen Problemfeldern im Zusammenhang mit Mergers & Acquisitions und den damit verbundenen Haftungsrisiken aller Art ist zahlreich verfügbar³⁰ und empfehlenswert zur weiteren Vertiefung.

Ebenfalls im 2. Kap. erfolgt eine Übersicht über einige der bekanntesten nationalen und internationalen Standards für Compliance und deren Relevanz für M&A-Compliance Due Diligences, ferner ein Überblick über die wesentlichen Inhalte einer unternehmensinternen Regelung zu M&A und Compliance.

Im 3. Kap. folgt der eigentliche Praxisleitfaden mit den praktischen Anleitungen, der Darstellung von Verfahrensschritten und Methodik, sowie der Prüfungsinhalte und -schwerpunkte einer M&A-Compliance Due Diligence.

25 Ernst & Young Global Integrity Report 2020 “Is this the moment of truth for corporate integrity?”, www.ey.com – befragt wurden 2.948 Unternehmen.

26 Transparency International UK – Guidance for Anti-Bribery due diligence in Mergers, Acquisitions and Investments, Mai 2012, zum Download auf: www.transparency.org.uk/publications/anti-bribery-due-diligence-for-transactions/.

27 Warin u.a. Nine Lessons of 2009: The Year-in-Review of Foreign Corrupt Practices Act Enforcement, Securities Regulation Law Journal (2010), 38 (41).

28 Foreign Corrupt Practices Act of 1977, Pub. L. No. 95-23-, 91 Stat. 1494, ergänzt durch den International Anti-bribery and Fair Competition Act von 1998, 15 U.S.C. 78dd-1 to 78dd-3,78ff (1999) [IAFCA]; ursprünglich: “Unlawful Corporate Payments Act of 1977” vom 28.9.1977.

29 Auswertung der Stanford University, Stanford Law School, Stand: 13.1.2021 (<http://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html>).

30 Bspw. die Gesamtwerte Meyer-Sparenberg/Jäckle Beck'sches M&A-Handbuch; Weitnauer HB Venture Capital; van Kann PraxisHB Unternehmenskauf; sowie auf Englisch als Gesamtwerk zu M&A in Deutschland: Rosengarten/Burmeister/Klein M&A in Germany.