

Tobias Frank

Compliance Risiken bei M&A Transaktionen

Tobias Frank

**Compliance Risiken
bei M&A Transaktionen**

Tobias Frank

**Compliance Risiken
bei M&A Transaktionen**

Tectum Verlag

Tobias Frank

Compliance Risiken bei M&A Transaktionen

Zugl. Diss. Augsburg 2012

Umschlagabbildung: © peepo | iStockphoto.de

Umschlaggestaltung: Heike Amthor | Tectum Verlag

© Tectum Verlag Marburg, 2012

ISBN 978-3-8288-5807-7

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Buch unter der ISBN 978-3-8288-3043-1 im Tectum Verlag erschienen.)

Besuchen Sie uns im Internet

www.tectum-verlag.de

www.facebook.com/tectum.verlag

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde als Dissertation im Jahr 2012 von der juristischen Fakultät der Universität Augsburg angenommen. Sie ist im Wesentlichen auf dem Stand November 2011.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Thomas Barnert für die Betreuung und Anfertigung des Erstgutachtens. Ferner möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Miachel Kort für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Trotz dieser fachlichen Betreuung wäre diese Arbeit ohne Unterstützung von privater Seite so nicht möglich gewesen. Ohne an dieser Stelle Namen zu nennen, bedanke ich mich bei all jenen, die mich durch ermutigende Worte aufgebaut haben und Hilfe durch konstruktiven Diskussionen sowie durch gewissenhafte Durchsicht des Manuskripts leisteten.

Augsburg, Juli 2012

Tobias Frank

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XVII
Einleitung.....	1
A. Ausgangssituation	1
B. Problemstellung	1
C. Zielsetzung und Aufbau dieser Arbeit.....	2
Erstes Kapitel: Bedrohungsszenarien für den Käufer	5
A. Korruptionsverstöße.....	5
B. Kartellrechtsverstöße.....	51
C. Weitere Risiken dieser beiden Compliance-Verstöße	63
Zweites Kapitel: Prävention und Minimierung dieser Risiken	71
A. Vendor Due Diligence	72
B. Buyer Due Diligence.....	86
C. Berücksichtigung eines Risikoabschlags bei der Kaufpreis- findung	110
D. Gesetzliche Haftung des Veräußerers für Compliance- Verstöße.....	111
E. Mögliche vertragliche Vereinbarungen.....	140
F. Versicherungslösungen für Transaktionsrisiken	177
G. Interne Untersuchungen nach dem Closing.....	181
H. Reduzierung der Sanktionen bei Korruptionsverstößen.....	188
I. Reduzierung bzw. Erlass der Sanktionen bei Kartell- rechtsverstößen	189
J. Asset-Deal versus Share-Deal	191
Drittes Kapitel: Zusammenfassung.....	193
A. Bedrohungsszenario.....	193
B. Prävention und Minimierung dieser Risiken.....	195
Literaturverzeichnis	XXIII

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XVII
Einleitung.....	1
A. Ausgangssituation	1
B. Problemstellung	1
C. Zielsetzung und Aufbau dieser Arbeit.....	2
Erstes Kapitel: Bedrohungsszenarien für den Käufer	5
A. Korruptionsverstöße.....	5
1. Definition von Korruption	7
2. Historischer Abriss	8
3. Straf- und bußgeldrechtliche Folgen nach deutschem Recht10	
a. Strafbarkeit nach dem Strafgesetzbuch.....	10
b. Sanktionierung nach dem OWiG	11
aa Geldbuße nach dem OWiG	11
aaa Pflichtverletzung nach § 30 Abs. 1 Alt. 1 OWiG	11
bbb Pflichtverletzung nach § 30 Abs. 1 Alt. 2 OWiG	14
ccc Verjährung	15
ddd Sanktionen.....	16
eee Haftung der Zielgesellschaft	18
bb Verfall.....	19
aaa Verjährung	20
bbb Sanktion	20
4. Strafbarkeit nach internationalen Bestimmungen.....	21
a. FCPA.....	21
aa Persönlicher Anwendungsbereich für deutsche Unter- nehmen	22
bb Strafbarkeit von Unternehmen	24

aaa	Tatbestandsvoraussetzungen.....	24
bbb	Verteidigungsmöglichkeiten des Beklagten	26
cc	Sanktionen.....	28
dd	Fazit.....	29
b.	UK-Bribery Act 2010	29
aa	Persönlicher Anwendungsbereich für deutsche Unternehmen	29
bb	Strafbarkeit von Unternehmen	31
aaa	Tatbestandsvoraussetzungen.....	32
bbb	Exkulpation.....	33
cc	Sanktionen.....	35
dd	Fazit.....	35
5.	Steuerliche Folgen korruptiver Handlungen	36
a.	Ertragssteuerliche Auswirkungen	36
aa	Abzugsverbot für gezahlte Schmiergelder	36
bb	Abzugsverbot für Geschenke.....	37
cc	Abzugsverbot für Geldbußen	38
b.	Umsatzsteuerliche Auswirkungen	39
c.	Folgen der Steuerhinterziehung für das Unternehmen.....	40
6.	Rücknahme oder Widerruf von behördlichen Genehmigungen.....	41
a.	Genehmigung wäre auch ohne Korruption rechtmäßig	41
b.	Genehmigung wurde rechtswidrig erteilt.....	42
aa	Nichtigkeit.....	43
bb	Rücknahme der rechtswidrigen Genehmigung.....	43
cc	Folgen der Rücknahme einer Genehmigung.....	45
7.	Rückabwicklung des Vertrags.....	46

a.	Nichtigkeit des Hauptvertrags	46
b.	Rückgewährung der Leistungen	47
c.	Ausschluss der Rückgewährung	48
8.	Schadensersatzansprüche	50
a.	Schadensersatzansprüche aus c. i. c.	50
b.	Deliktische Schadensersatzansprüche	51
B.	Kartellrechtsverstöße	51
1.	Anwendungsbereich des deutschen und europäischen Kartellrechts	51
2.	Relevante kartellrechtliche Verstöße	53
a.	Kartellverbot	53
b.	Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung	55
aa	Marktbeherrschung	55
bb	Missbrauch	56
3.	Sanktionen	57
a.	Geldbußen	58
aa	Bußgeldrahmen	58
bb	Bestimmung der Bemessung des Bußgeldes	59
b.	Schadensersatzansprüche	60
4.	Haftung Zielgesellschaft bei einem Verstoß gegen das GWB	61
5.	Besonderes Haftungsrisiko der Zielgesellschaft bei Verstoß gegen EU-Wettbewerbs- oder Kartellrecht	61
a.	Haftungssituation bei einem Share Deal	61
b.	Haftungssituation bei einem Asset Deal	62
C.	Weitere Risiken dieser beiden Compliance-Verstöße	63

1. Vergaberechtliche Auswirkungen	63
2. Zeit- und Kostenaufwand	65
3. Auswirkungen auf die Belegschaft	65
4. Reputations- und Imageverlust.....	66
5. Zahlung von zu hohem Kaufpreis	68
a. Multiplikatorverfahren	68
b. Zukunftserfolgsorientierte Verfahren	69
c. Fazit.....	70
Zweites Kapitel: Prävention und Minimierung dieser Risiken 71	
A. Vendor Due Diligence.....	72
1. Begriffserklärung „Vendor Due Diligence“	72
2. Abgrenzung zum „Fact Book“	73
3. Zeitliche Einordnung in den Transaktionsprozess	73
4. Umfang der Vendor Due Diligence	74
5. Rechtliche Bedeutung	74
a. Haftung des Veräußerers	74
b. Haftung des externen Beraters	75
aa Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter	76
aaa Leistungsnähe des Dritten	77
bbb Näheverhältnis des Dritten zum Gläubiger.....	77
ccc Objektiv abgrenzbarer Personenkreis.....	78
ddd Schutzbedürftigkeit des Dritten.....	78
eee Fazit.....	79
bb Non-Reliance-Letter.....	79
cc Reliance-Letter.....	81
dd Grenzen der Haftungsausschlüsse durch das AGB- Recht.....	81

ee	Haftung aus dem Deliktsrecht	82
6.	Möglichkeit zur Minimierung der Bedrohungsszenarien.....	83
a.	Analyse des beworbenen Marktes	83
b.	Tochterunternehmen und Joint Ventures im Ausland	84
c.	Wettbewerbsposition	84
d.	Compliance-Organisation	85
7.	Fazit.....	85
B.	Buyer Due Diligence.....	86
1.	Begriffsdefinition	86
2.	Funktionen der Due Diligence.....	87
a.	Gewährleistungs- und Risikoermittlungsfunktion	87
b.	Beweissicherungsfunktion	87
c.	Wertermittlungsfunktion	88
3.	Rechtliche Pflichten zur Durchführung	88
a.	Rüge- und Prüfungspflicht nach § 370 HGB.....	88
b.	Obliegenheit nach § 442 Abs. 1 S. 2 BGB.....	89
c.	Kaufmännische Sorgfaltspflicht des Vorstands/Geschäftsführers	90
4.	Zeitlicher Ablauf einer Due Diligence.....	91
5.	Arten von Due Diligence	92
6.	Compliance Due Diligence/Integrity Due Diligence	93
a.	Begriffserläuterung.....	94
b.	High Level Risikobewertung.....	95
aa	Art des operativen Geschäfts	96
bb	Geographischer Schwerpunkt.....	96
cc	Anwendbarkeit des FCPA/UK Bribery Act 2010	96
dd	Vorhandensein einer Compliance-Organisation	97

ee	Marktkonzentration.....	97
ff	Marktphase	97
gg	Vertriebsstruktur.....	98
hh	Verbandsarbeit	99
ii	Kunden	99
jj	Compliance-Historie.....	99
kk	Fazit.....	100
c.	Risikoorientierte Compliance bzw. Integrity Due Diligence	100
aa	Compliance-Organisation.....	101
bb	Ergänzende Prüfungspunkte	103
aaa	Kritische Länder	103
bbb	Lieferanten	103
ccc	Kunden	103
ddd	Mitarbeiter.....	104
eee	Wettbewerber	104
fff	Business Consultants und Intermediäre.....	105
ggg	Juristische Auseinandersetzungen	106
hhh	Anteilseigner.....	107
d.	Fazit.....	107
7.	Cultural Due Diligence	108
8.	Legal Due Diligence	108
9.	Financial Due Diligence.....	109
10.	Fazit.....	109
C.	Berücksichtigung eines Risikoabschlags bei der Kaufpreis- findung	110

D. Gesetzliche Haftung des Veräußerers für Compliance-Verstöße	111
1. Gesetzliche Gewährleistungsansprüche	112
a. Vorhandensein eines Sach- oder Rechtsmangels.....	112
b. Rechtsfolgen bei Sach- und Rechtsmangel	116
aa Nacherfüllung.....	116
bb Rücktritt.....	118
cc Minderung	119
dd Schadensersatz	121
aaa Der kleine Schadensersatz	121
bbb Der große Schadensersatz.....	123
ee Aufwendungsersatz	124
c. Haftungsausschluss.....	125
d. Verjährung	125
2. Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss (cic).....	126
a. Konkurrenzverhältnis zu den Gewährleistungsrechten ..	127
b. Aufklärungs- und Offenbarungspflichten.....	131
c. Rechtsfolgen	135
d. Fazit.....	137
3. Störung der Geschäftsgrundlage.....	137
4. Probleme der gesetzlichen Regelungen	139
E. Mögliche vertragliche Vereinbarungen.....	140
1. Garantieverprechen	141
a. Unselbständige Garantien.....	141
b. Selbstständige Garantien.....	143
aa Bedeutung des § 444 BGB	144
bb Möglicher Inhalt einer Garantie.....	146

cc	Arten von selbstständigen Garantien	146
dd	Aufbau von Garantieverprechen	148
ee	Rechtsfolgen von Garantieverletzungen	151
aaa	Naturalrestitution	151
bbb	Schadensersatz in Geld	152
ccc	Minderung	154
ddd	Rücktritt bzw. großer Schadensersatz	154
ff	Ausschluss sonstiger Ansprüche	155
gg	Haftungshöchst- bzw. Haftungsmindestbeträge	156
aaa	Haftungshöchstbeträge	157
bbb	Bagatellgrenzen bzw. Haftungsmindestbeträge	158
hh	Verjährungsregelungen	159
ii	Mögliche Schwächen von Garantien	160
jj	Zwischenfazit	161
c.	Fazit	162
2.	Beschaffenheitsvereinbarungen	163
3.	Freistellungen	163
4.	Kaufpreisanpassung	166
a.	Fester Kaufpreis	166
b.	Variabler Kaufpreis	167
aa	Mehrstufiger Unternehmenskauf	168
aaa	Allgemeines	168
bbb	Eignung zur Minimierung von Compliance- Risiken	168
bb	Besserungsoptionsmodell	171
aaa	Allgemeines	171

bbb Eignung zur Minimierung von Compliance-Risiken.....	172
cc Fazit.....	174
5. Allgemeine Probleme vertraglicher Vereinbarungen.....	175
6. Fazit.....	176
F. Versicherungslösungen für Transaktionsrisiken	177
1. Verkäufer-Police	178
2. Käufer-Police	179
3. Fazit.....	180
G. Interne Untersuchungen nach dem Closing.....	181
1. Nachgelagerte Due Diligence	182
2. Corporate Internal Investigation.....	182
3. Auswirkungen dieser Ergebnisse	186
H. Reduzierung der Sanktionen bei Korruptionsverstößen.....	188
I. Reduzierung bzw. Erlass der Sanktionen bei Kartellrechtsverstößen	189
J. Asset-Deal versus Share-Deal	191
Drittes Kapitel: Zusammenfassung.....	193
A. Bedrohungsszenario.....	193
B. Prävention und Minimierung dieser Risiken	195
Literaturverzeichnis	XXIII

Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraph
§§	Paragrafen
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
AI	Accountancy Ireland (Zeitschrift)
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
Az.	Aktenzeichen
B.Bl.	Betriebswirtschaftliche Blätter (Zeitschrift)
BayVwVfG	Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BKA	Bundeskriminalamt
BKartA	Bundeskartellamt
BLJ	Bucerius Law Journal (Zeitschrift)
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
Cash	Cash (Zeitschrift)
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CF law	Corporate Finance law (Zeitschrift)
Chr.	Christus
CI	Coal International (Zeitschrift)
cic	culpa in contrahendo
CPI	Corruption Perception Index (Korruptionswahrnehmungsindex)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DOJ	Department of Justice
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
EBIT	Earnings Before Interest and Taxes
EBITDA	Earnings Before Interests Taxes Depreciation and Amortisation
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
Einl.	Einleitung
EOWiG	Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Erg. Bd	Ergänzungsband
ERLJ	Employee Relations Law Journal (Zeitschrift)

EStG	Einkommensteuergesetz
EStR	Einkommensteuer-Richtlinien
EU	Europäische Union
EUBestG	EU-Bestechungsgesetz
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
eventl.	eventuell
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgende
FCPA	Foreign Coruption Practice Act
FD-HGR	Fachdienst Handels- und Gesellschaftsrecht
ff.	fortfolgende
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
Going Public	Going Public (Zeitschrift)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
InBestG	Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung
IStR	Zeitschrift für europäische und internationale Steuer- und Wirtschaftsberatung
JHCC	Journal of Health Care Compliance (Zeitschrift)

Kap.	Kapitel
LG	Landgericht
lit.	Littera (Buchstabe)
M&A	Merger & Akquisition
M&A Re- view	M&A Review (Zeitschrift)
Mio.	Million(en)
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
Mrd.	Milliarde(n)
NJ	New Jersey (Bundesstaat der USA)
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht- Rechtsprechungs-Report
NZG	Neuen Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o. V.	ohne Verfasser
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Develop- ment
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PLC	Practical Law Company (Zeitschrift)
RC&A	Risk, Compliance & Audit (Zeitschrift)
RGBL	Reichsgesetzblatt
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
SEC	Securities and Exchange Commission

SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
sog.	so genannte (r, n)
StGB	Strafgesetzbuch
StGBÄndG	Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze
StraFo	Strafverteidiger Forum (Zeitschrift)
TILJ	Texas International Law Journal (Zeitschrift)
TKG	Telekommunikationsgesetz
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
U.S.S.G.	United States Sentencing Commission's Guidelines
UK-Bribery Act	United Kingdom Bribery Act
Unterkap.	Unterkapitel
USA	United States of America
UStG	Umsatzsteuergesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v. a.	vor allem
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
VP	VersicherungsPraxis (Zeitschrift)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
W&I Insurance	Warranty & Indemnity Insurance (Gewährleistungsver-sicherung)
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht

WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
zfbf	Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSTW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft