

Praxis-Akademie Compliance

Compliance bei M&A-Transaktionen und Joint Ventures

24. Januar 2013

GIBSON DUNN

Brussels • Century City • Dallas • Denver • Dubai • Hong Kong • London • Los Angeles • Munich • New York

Orange County • Palo Alto • Paris • San Francisco • São Paulo • Singapore • Washington, D.C.

Vorstellung der Referenten



Dr. Alexander Jüngling ist Chief Compliance Officer der Bilfinger SE. Er begann seine berufliche Laufbahn als Unternehmensberater bei McKinsey in Berlin. 2003 wechselte er zum Berliner Büro der Kanzlei Wilmer Hale LLP. Die Schwerpunkte seiner anwaltlichen Tätigkeit lagen in den Gebieten Kartellrecht und Compliance. Seit 2010 ist Herr Jüngling bei Bilfinger, wo er seit 2011 die Compliance-Abteilung leitet.



Dr. Benno Schwarz ist Partner bei Gibson Dunn im Münchener Büro und verfügt über langjährige Erfahrung bei der Beratung deutscher und internationaler Unternehmen auf dem Gebiet der Anti-Korruptions-Compliance. Insbesondere berät Herr Schwarz bei der Planung und Durchführung von unternehmensinternen Ermittlungen im In- und Ausland sowie bei der Strukturierung, Implementierung und Bewertung von Compliance-Management-Systemen.



Dr. Eike Grunert ist Rechtsanwalt im Münchener Büro von Gibson Dunn. Er berät Unternehmen in den Bereichen Unternehmenskäufe (M&A), Corporate Compliance sowie Korruptionsprävention. Herr Grunert befasst sich seit mehreren Jahre intensiv mit der Durchführung und Begleitung von weltweit durchgeführten FCPA Monitorships, internen Ermittlungen bei international tätigen Unternehmen, sowie der Planung und Durchführung von Compliance Due Diligence Prüfungen im Rahmen von Unternehmenskäufen.



Übersicht




1. Rechtliche Grundlagen
2. Compliance Due Diligence
3. Vertragsdokumentation
4. Compliance Integration Post-Closing
5. Compliance in Joint Ventures



Bedeutung von Compliance bei M&A- Transaktionen und Joint Ventures

- Über 30% der regulatorischen Maßnahmen von US-Behörden nach dem FCPA haben ihre Ursache in M&A-Aktivitäten des in Haftung genommenen Unternehmens.
- In Hochrisikoländern (z.B. China) sind Joint Ventures (JV) oftmals die einzige mögliche Form des Markteintritts für ein ausländisches Unternehmen:
 - JV mit lokalem Partner als Investitionsvoraussetzung (local content)
 - z.B. Gründung von über 5.000 ausländischen JVs seit 2010 in China
- Joint Ventures sind in vielen Branchen die bevorzugte Organisationsform für Großprojekte
 - Internationales Projektgeschäft (z.B. Energie, Infrastruktur, Bau)

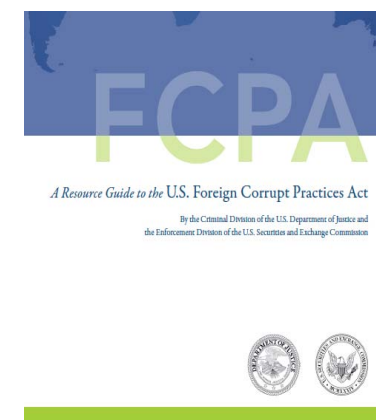
Beispiel Korruption: Rechtsgrundlagen der Verbandshaftung

	 StGB / OWiG	 Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)	 UK Bribery Act
Anknüpfung	<ol style="list-style-type: none"> 1) Inhaber sowie Geschäftsleiter deutscher Unternehmen (Organe, Vorstand, Führungskraft) 2) Deutsche Staatsbürger/Einwohner 3) Vorwerfbares Verhalten in Deutschland (OWiG); für deutsche Staatsbürger auch Auslandstaten (§ 7 StGB) 	<ol style="list-style-type: none"> 1) US Staatsbürger und Einwohner 2) Unternehmenssitz / Börsennotierung in den USA oder Pflicht zur regelmäßigen Berichterstattung an die SEC 3) Personen, die eine Handlung zur Förderung von Bestechung mit Bezug zum Hoheitsgebiet der USA vornehmen 	<ol style="list-style-type: none"> 1) UK Staatsbürger und Einwohner sowie Personen mit “enger Bindung” zu UK 2) Unternehmenssitz in UK, oder Geschäft in UK (carry on business) 3) nicht im UK ansässige Personen, wenn Teile der Straftat in UK begangen werden
Strafbarkeit	<ul style="list-style-type: none"> • Nein, aber: Bußgelder (OWiG) 	<ul style="list-style-type: none"> • Ja 	<ul style="list-style-type: none"> • Ja
Tatbestände	<ol style="list-style-type: none"> 1) Verletzung der Aufsichtspflicht (§§ 9, 30, 130 OWiG) 2) Kontrollpflicht im Konzern (§ 91 Abs. 2 AktG) 3) Compliance Due Diligence (vor Erwerb) zur Schaffung angemessener Informationen im Rahmen der Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) 	<ol style="list-style-type: none"> 1) Tatbestände des FCPA (Antikorruptionsbestimmungen / Buchführungsbestimmungen) 2) Verantwortlichkeit des Mutterunternehmens für Tochterunternehmen 3) Nachfolgerhaftung (einschl. Erwerb von Minderheitsbeteiligungen unter bestimmten Voraussetzungen) 	<ol style="list-style-type: none"> 1) Versagen eines Verbandes, Bestechung zu verhindern (Sec. 7 (1) UKBA: 2) Haftung des Verbandes für Tochterunternehmen (associated persons) 3) UK Proceeds of Crime Act (POCA)
Mittel der Verteidigung	<ul style="list-style-type: none"> • Compliance Management System keine Einrede bei Individual- oder Verbandshaftung (nur Einzelfall) 	<ul style="list-style-type: none"> • Effektives Compliance Management System als Defense definiert (FSG) • Tätiges Bemühen (Good Faith Efforts) bei Minderheitsbeteiligungen 	<ul style="list-style-type: none"> • Haftungsausschluss durch angemessenes Compliance Management System (Sec. 7 (2) UKBA)

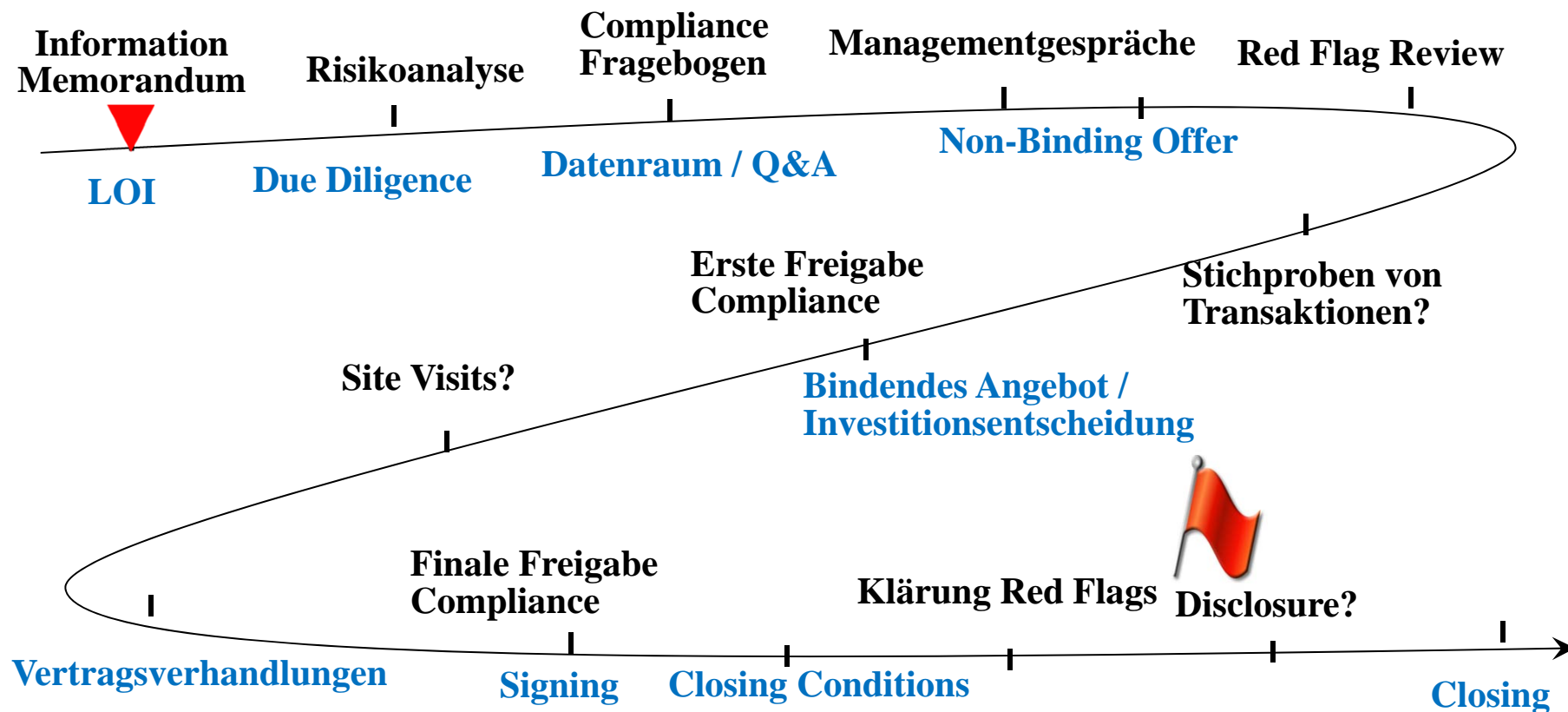
Regulatorische Leitlinien zur Vermeidung der Nachfolgehafung des Erwerbers nach FCPA

- 1) Durchführung einer gründlichen risikobasierten FCPA Due Diligence
 - falls nicht möglich (z.B. öffentliche Übernahme): Aufklärung und Remediation von Fällen binnen ca. 180 Tagen, max. ein Jahr nach Closing (DOJ Opinion Release 08-02)
- 2) Erstreckung des Compliance System des Erwerbers auf das Ziel:
 - zügig („as quickly as is practicable“) und umfassend
- 3) Schulung der neuen Mitarbeiter (auch Geschäftsleitung) und ggf. Dritter
- 4) Durchführung FCPA spezifischer Audits in allen neuen Betriebsteilen
- 5) Offenlegung (Disclosure) von etwaigen Korruptionszahlungen an die Behörden und Zusammenarbeit mit den Behörden

*Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act
(14. November 2012), p. 29*



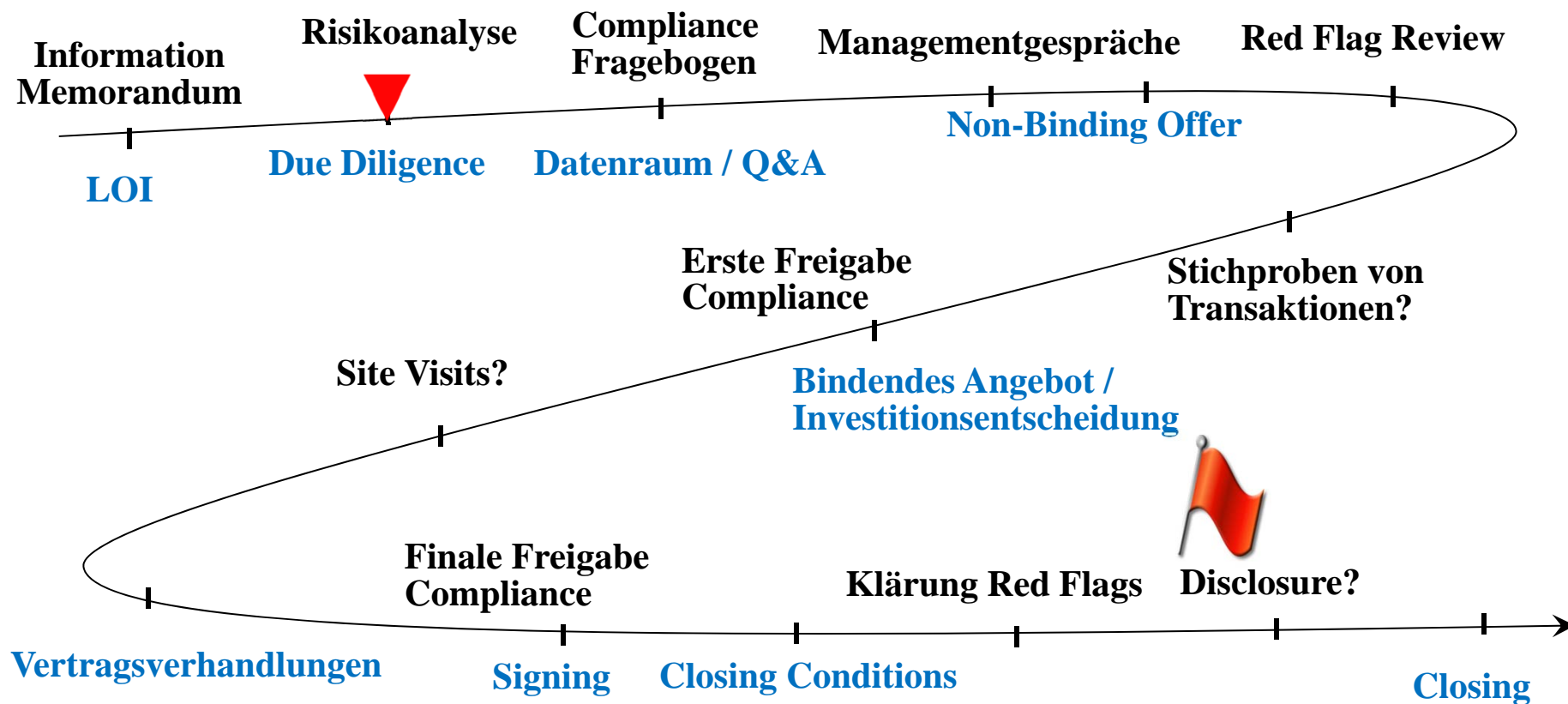
2. Integration der Compliance Due Diligence beim Unternehmenskauf



Flexibler Ansatz der Due Diligence nach Art der Transaktion

Art	Merkmale	Ansatz
Öffentliche Übernahme	<ul style="list-style-type: none"> Regulatorische Hürden beim Informationszugang Hochformalisierter Erwerbsprozess Zielgesellschaft unterliegt vielfältigen Berichtspflichten 	<ul style="list-style-type: none"> (Meist) eingeschränkte oder keine Due Diligence Prüfung aller relevanten Mitteilungen Durchführung von Management-Interviews Identifizierung von Risiken aufgrund Dritter
Auktion / Bieterverfahren	<ul style="list-style-type: none"> Prozessuale Hürden beim Informationszugang Hochformalisierter Erwerbsprozess Eingeschränkte Verfügbarkeit weiterer Informationen 	<ul style="list-style-type: none"> (Meist) eingeschränkte Due Diligence Erweiterte Rechte während des Bieterprozesses Durchführung von Management-Interviews Identifizierung von Risiken aufgrund Dritter
Private Transaktion	<ul style="list-style-type: none"> Frei verhandelter Erwerbsprozess Informationszugang abhängig von Verhandlungsmacht Eingeschränkte Verfügbarkeit weiterer Informationen 	<ul style="list-style-type: none"> Frühzeitige Forderung nach voller Due Diligence Intensität der Due Diligence kann sich im Laufe der Transaktion erhöhen

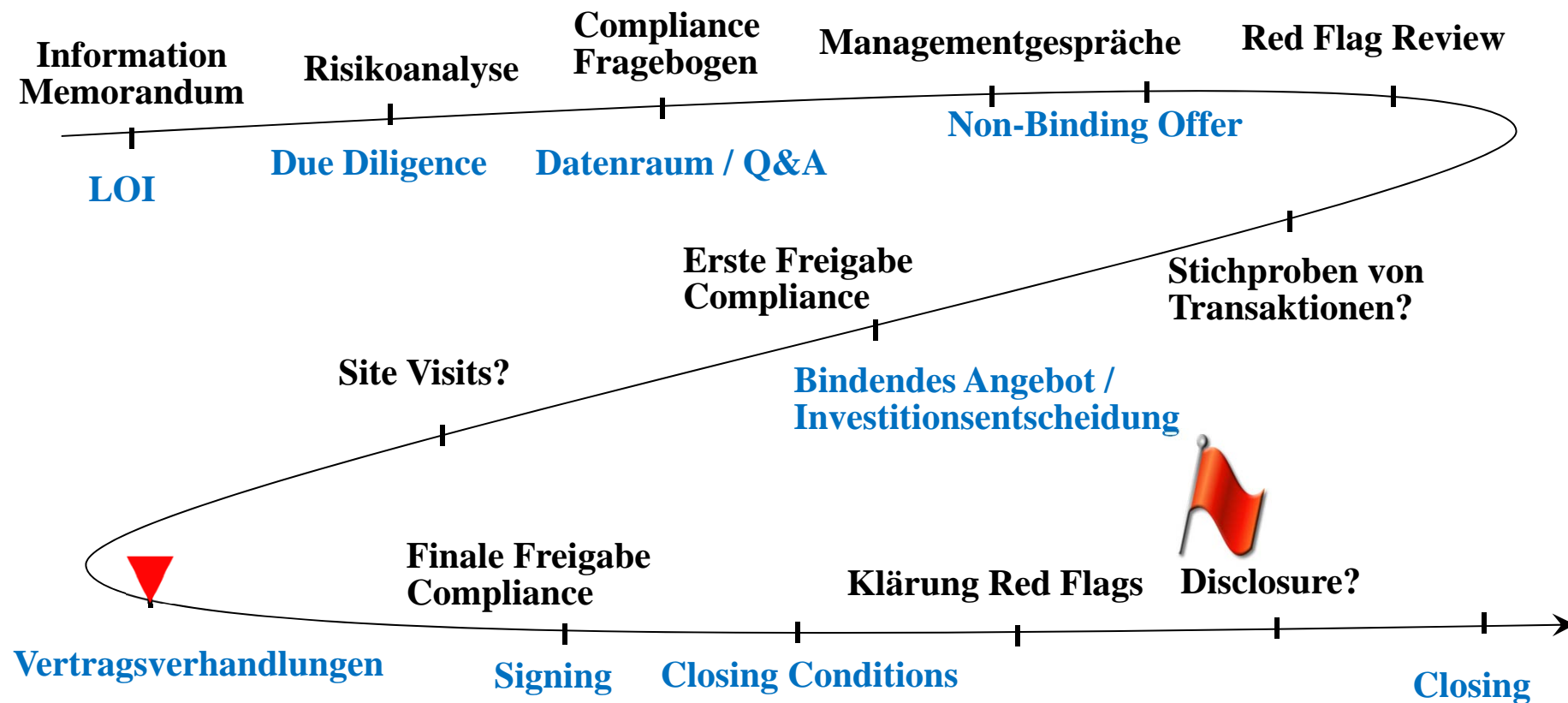
2. Integration der Compliance Due Diligence beim Unternehmenskauf



Risikobasierte Durchführung der Due Diligence

	Abstrakte Risiken	Typische Risiken	Red Flags
Merkmale	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Nicht Target-spezifisch ▪ v.a. Länderrisiken 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Nicht Target-spezifisch ▪ Typische Risiken von Unternehmen in ähnlichem Umfeld 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Target-spezifische Risiken ▪ Verhalten in der Vergangenheit ▪ Integritätsbedenken bzgl. Schlüsselpersonal oder Kultur
Beispiele	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Zielgesellschaft mit operativer Tätigkeit, wichtigen Kunden oder kritischen Lieferanten in Hochrisikoländern 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Industrie ▪ Geschäftsmodell ▪ Kundenbasis ▪ Regulatorisches Umfeld 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Verstöße in der Vergangenheit ▪ Problematische Unternehmenskultur ▪ Konkrete Sachverhalte oder Gerüchte zu Verstößen
Ansatz	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Liste der wichtigsten Schlüsselmärkte, Kunden, Lieferanten und Standorten ▪ Liste jedes Standorts in Hochrisikoländern nach TI CPI 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Prüfung des Geschäfts ▪ Liste typischer Risiken von ähnlichen Unternehmen ▪ Nutzung von Expertise von ähnlichen Unternehmen ▪ Risikobasierte Due Diligence 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Kein 80:20 Ansatz bzgl. Red Flags ▪ Vollständiges Verstehen von konkreten Sachverhalten ▪ Klärung erheblicher Gerüchte ▪ Adressierung von Integritätsbedenken

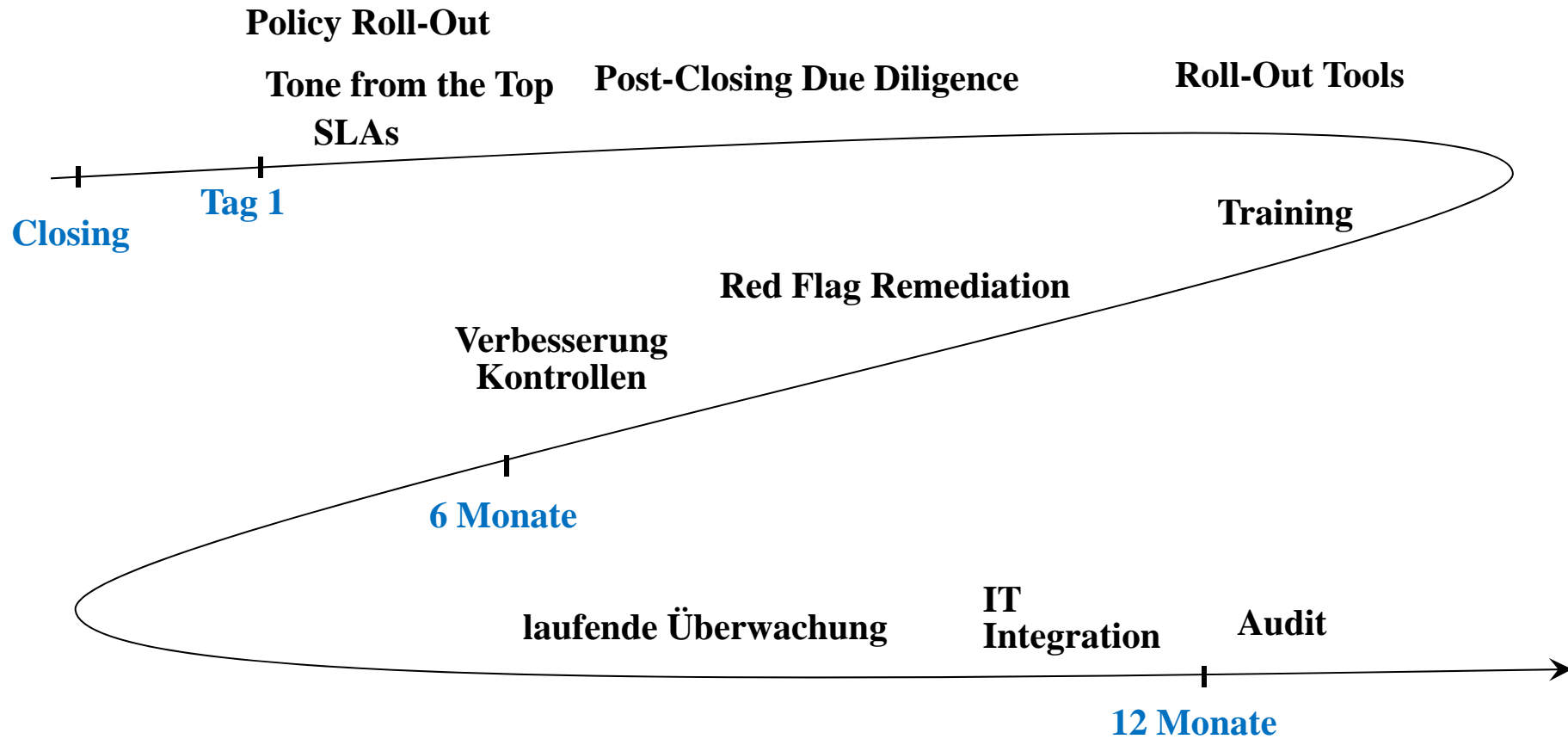
2. Integration der Compliance Due Diligence beim Unternehmenskauf



3. Angemessene Behandlung von Compliance-Risiken in der Vertragsdokumentation - Beispiele

	Abstraktes Risiko	Typisches Risiko	Red Flag
Garantien	Allgemeine Klausel zur Gewährleistung der Unternehmensführung im Einklang mit allen anwendbaren Antikorruptionsgesetzen	Spezifische Klausel, die Besonderheiten des Geschäfts adressiert, die relevant für die Compliance-Risikoanalyse waren	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Spezifische Klausel, die das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen bestimmter Sachverhalte bestätigt ▪ Bestimmung von Schlüsselpersonal als Wissensträger von Compliance-relevanten Sachverhalten
Freistellungen	Allgemeine Klausel zur Freistellung von Käufern von Verlusten und Schäden, die durch eine Verletzung von anwendbaren Antikorruptionsgesetzen verursacht wurden	Spezifische Klausel zur Freistellung von Risiken, deren zugrundeliegenden Problemstellungen nicht vollständig während der Due Diligence geklärt werden konnten	Spezifische Klausel zur Freistellung von Risiken, deren zugrundeliegenden Problemstellungen nicht vollständig während der Due Diligence geklärt werden konnten
Aufschiebende Bedingungen	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Grundsätzlich nicht angemessen ▪ In Ausnahmefällen Carve-Outs vor Closing 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Carve-Out oder Liquidierung von Geschäftsbereichen mit unakzeptablen Risiken vor Closing 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Carve-Out oder Liquidierung von Geschäftsbereichen mit unakzeptablen Risiken ▪ Vollständige Remediation von Verstößen ▪ Offenlegung von Verstößen?

4. Compliance Integration Post-Closing



5. Compliance in Joint Ventures: Typische Problemfelder

Thema	Mehrheits-JV	50/50	Minderheits-JV
Finanzen	<ul style="list-style-type: none"> • Transparenz • Konsolidierung • Idealfall: zentrale Finanzsysteme 	↔	<ul style="list-style-type: none"> • Mangelnde Sichtbarkeit von Einzeltransaktionen in der Bilanz • Gesellschaftsform bestimmt Berichtspflichten • Recht zu Controlling / Audit
Kontrolle	<ul style="list-style-type: none"> • Operative Kontrolle • Besetzung von Schlüsselpositionen in der Geschäftsleitung • Zugriff auf Informationen 	↔	<ul style="list-style-type: none"> • Keine operative Kontrolle • „<u>Good Faith Efforts</u>“, z.B. <ul style="list-style-type: none"> • Compliance Due Diligence • Verpflichtung des JV zu Compliance • Sanktionen bei Nichteinhaltung • Besetzung von Schlüsselpositionen • Reporting im Aufsichtsorgan des JV • Nichteingehung / Kündigung des JV bei Widerstand des JV Partners



Compliance in Joint Ventures: Best Practices

- Vertragliche Absicherung auf Ebene der JV Partner
- Implementierung eines angemessenen Compliance Management Systems
 - Unterstützung des JV mit Tools, Training, Knowhow etc.
- Entsendung von Schlüsselpersonal in das JV (CEO, CFO, CO, etc.)
- Aufsichtsorgan / Beirat des JV:
 - Entsendung qualifizierter Mitglieder, Training dieser Mitarbeiter
 - Regelmäßiges Reporting des JV an das Organ zu Compliance, ggf. auch abstrakte Fallbesprechungen („Lessons Learned“)
 - Wahrnehmung von Informationsrechten
 - Aktives und nachhaltiges Einfordern von Compliance wenn nötig
- Einsetzung eines JV Committees zur Überwachung von Risikobereichen
- Regelmäßige Audits / Zertifizierung des Compliance Systems des JV

Unsere Standorte

Brüssel

Avenue Louise 480
1050 Brussels
Belgium
+32 (0)2 554 70 00

Century City

2029 Century Park East
Los Angeles, CA 90067-3026
+1 310.552.8500

Dallas

2100 McKinney Avenue
Suite 1100
Dallas, TX 75201-6912
+1 214.698.3100

Denver

1801 California Street
Suite 4200
Denver, CO 80202-2642
+1 303.298.5700

Dubai

The Exchange Building 5, Level 4
Dubai International Finance Centre
P.O. Box 506654
Dubai, United Arab Emirates
+971 (0)4 370 0311

Hong Kong

33/F, Gloucester Tower
The Landmark
15 Queen's Road Central
Hong Kong
+852 2214 3700

London

Telephone House
2-4 Temple Avenue
London EC4Y 0HB
England
+44 (0)20 7071 4000

Los Angeles

333 South Grand Avenue
Los Angeles, CA 90071-3197
+1 213.229.7000

München

Widenmayerstraße 10
D-80538 München
Germany
+49 89 189 33-0

New York

200 Park Avenue
New York, NY 10166-0193
+1 212.351.4000

Orange County

3161 Michelson Drive
Irvine, CA 92612-4412
+1 949.451.3800

Palo Alto

1881 Page Mill Road
Palo Alto, CA 94304-1125
+1 650.849.5300

Paris

166, rue du faubourg Saint Honoré
75008 Paris
France
+33 (0)1 56 43 13 00

São Paulo

Rua Funchal, 418, 35° andar
Sao Paulo 04551-060
Brazil
+55 (11)3521.7160

San Francisco

555 Mission Street
San Francisco, CA 94105-2933
+1 415.393.8200

Singapore

One Raffles Quay
Level #37-01, North Tower
Singapore 048583
+65.6507.3600

Washington, D.C.

1050 Connecticut Avenue, N. W.
Washington, D.C. 20036-5306
+1 202.955.8500