

## NKF Client News

22. APRIL 2020

### M&A-Transaktionen in Zeiten von Corona: Legal Due Diligence während und nach COVID-19

Zweck der Legal Due Diligence war, ist und wird das Identifizieren von rechtlichen Risiken im Zusammenhang mit der Zielgesellschaft sein – unabhängig vom SARS-CoV-2-Virus bzw. Corona Virus (COVID-19). COVID-19 bzw. dessen Auswirkungen führen aber zu neuen (Schwer-)Punkten bei der Legal Due Diligence.

Die nachstehende Übersicht ist insofern eine Auswahl von Legal Due Diligence Punkten, die es bereits in der Vergangenheit zu beachten galt (*in schwarzer Schrift*) sowie neuen Punkten mit Bezug auf COVID-19 (*in roter Schrift*). Die Prüfungspunkte sind als Einstieg in eine Due Diligence zu verstehen und müssen, je nach Erkenntnis, im Transaktionsverlauf weiterverfolgt werden.

Bereich	Legal Due Diligence Punkte
Verträge	Bestimmungen zu Konkurrenzverboten, Exklusivitäten, Vertragsstrafen, Mindestabnahmemengen/Mindestliefermengen, Preisabsprachen (z.B. bzgl. Wiederverkaufspreisen), Festlaufzeiten von über 3 Jahren, ungünstige Kündigungsfristen (sehr kurze/sehr lange, insbesondere über 12 Monate), Verfügungsbeschränkungen, Change-of-Control, ungewöhnliche Gerichtsstandsklauseln/Rechtswahl
	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Auswirkungen auf Verträge mit Lieferanten und Abnehmer (z.B. vertragliche Preisanpassungs-/Neuverhandlungsklauseln vs. höhere Gewalt, <i>clausula rebus sic stantibus</i>) bzw. auf deren Rechte und Pflichten; Auswirkungen auf (ausländische) Rechtsordnungen von Lieferanten und Abnehmer</li> <li>— Auswirkungen auf vertragliche Rechte und Pflichten der Zielgesellschaft (d.h. deren Verträge)</li> <li>— Auswirkungen auf laufende Vertragsverhandlungen</li> <li>— Aufrechterhalten von Lieferketten bzw. Verfügbarkeit von Ersatzlieferanten/alternativen Lieferquellen</li> <li>— Beachtung von Schriftlichkeitserfordernissen/Anzeigepflichten</li> </ul>
Miete	Bestimmungen zu ungewöhnlichen Kündigungsterminen und -fristen, Verlängerungsoptionen, Rückbaupflichten, Vormerkungen im Grundbuch, Change-of-Control
	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Behördlich angeordnete Schliessungen (falls ja: Mietverhältnise während der Schliessung)</li> <li>— Eigenmächtige Reduktionen oder gar Einstellungen von Mietzinszahlungen</li> <li>— Zahlungsfristen nach Art. 257d Abs. 1 OR oder Art. 2 COVID-19-Verordnung Miete und Pacht und allenfalls bereits ausgesprochene Kündigungsandrohungen</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Inanspruchnahme von COVID-19 Krediten</li> <li>— Einvernehmliche Vereinbarungen zwischen den Parteien betr. Stundung, Mietzinsreduktion oder Mietzinserslass</li> <li>— Bestimmungen im konkreten Mietvertrag zu höherer Gewalt, umsatzabhängige Miete, enge oder weite Definition des Gebrauchszwecks, Rohbaumiete, Betriebspflicht, nicht von Schliessung betroffene Teilflächen (z.B. Büro, Lager, etc.), Garantien/Solidarbürgschaften als Sicherheitsleistung</li> <li>— Betriebsunterbruchversicherung</li> </ul>
Personal	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Bestimmungen zu Abgangsentschädigungen (<i>Golden Parachute</i>), vertragliche Kündigungsfristen von über 3 Monaten (oder befristete Arbeitsverhältnisse ohne Kündigungsmöglichkeiten), Konkurrenzverbote (mit oder ohne Vertragsstrafen), Bonusklauseln, Zuordnung von geistigem Eigentum</li> <li>— Überstunden-/Überzeitregelung, Arbeitszeiterfassung</li> <li>— Krankheitsfälle</li> <li>— Freelancer/Consultant (arbeitsrechtliche/sozialversicherungsrechtliche Risiken der Qualifikation als Arbeitnehmer)</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Status Kurzarbeit (z.B. welche Betriebsteile und Personengruppen in welchem Umfang) sowie Auswirkungen</li> <li>— Entschädigungen für Eltern, Personen wegen einer Quarantänemassnahme, Selbständigerwerbende</li> <li>— Ausgesprochene oder geplante Kündigungen (Wirksamkeit; allenfalls Massenentlassung/Sozialplan)</li> <li>— Umsetzung "Homeoffice" (sichere Datenverbindung/gesicherte individuelle Zugriffsmechanismen)</li> </ul>
Personalvorsorge	<p>Vollversicherung, teilautonome oder autonome Lösung</p> <p>Auswirkungen auf Zahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen und konkrete Umsetzung bei der Zielgesellschaft (Stundung der Zahlung)</p>
Finanzierungen	<p>Vertragsbestimmungen zu Change-of-Control, Cross-Default, ungewöhnliche Kündigungsfristen, Amortisation, Sicherheiten</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Auswirkungen auf Finanzierungsverträge und -verpflichtungen (mögliche Defaults; Konsequenzen, z.B. Default Interest, Kündigungsmöglichkeiten der Kreditgeber, Break Costs etc.)</li> <li>— Ergriffene Massnahmen (z.B. Waiver Requests betreffend Amortisations- und Zinszahlungsverpflichtungen, Covenant Holidays, etc.) in Bezug auf Finanzierungsverträge und -verpflichtungen und deren Status</li> <li>— Inanspruchnahme von COVID-19 Krediten (falls ja, Zulässigkeit unter bestehenden Finanzierungsverträgen); Prüfung der entsprechenden COVID-19 Kreditdokumentationen, einschliesslich mit Blick auf die geplante Transaktion (COVID-19 Kreditdokumentationen enthalten z.B. in verschiedenen Jurisdiktionen Ausschüttungsbeschränkungen, Verbote zur gruppeninternen Vergabe von Darlehen, etc.)</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Risiken, welche sich aus der Gewährung von Upstream Darlehen ergeben, können sich akzentuieren, wenn sich die wirtschaftliche Lage der Zielgesellschaft verschlechtert</li> </ul>
Daten- schutz/ DSGVO	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Organisatorische und technische Sicherung von Daten</li> <li>— Standort(e) der Server, d.h. wo werden Daten gespeichert</li> <li>— Gibt es einen internen Datenschutzbeauftragten / gibt es einen EU-Bezug und falls ja, wurde ein EU-Vertreter bestellt</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Vermehrtes Sammeln und Bearbeiten von Gesundheits- und Reisedaten betreffend Arbeitnehmer durch die Zielgesellschaft (notwendige Informationen vs. nicht notwendige Informationen sowie fortlaufende Löschung)</li> <li>— Anpassung der Datenschutzerklärung</li> <li>— Meldung von Gesundheits- und Reisedatensammlungen an den EDÖB</li> <li>— Prüfung, ob eine Datenschutz-Folgenabschätzung nach DSGVO vorgenommen wurde (sofern anwendbar)</li> </ul>
Organi- sation	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Aktieneigentum (geschlossene Übertragungskette seit Gründung vs. nur Zession an Verkäufer/Zertifikat nennt Verkäufer)</li> <li>— Hinweise auf Verbindlichkeiten/Probleme in Protokollen (Verwaltungsrat, Geschäftsleitung, Generalversammlung), Revisionsberichten, Lawyers' Letters</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Erfolgte Beschlussfassung von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Generalversammlung (z.B. Einberufung, Teilnahme) gemäss Gesetz, Statuten und Organisationsreglement</li> <li>— Auswirkungen (Beschränkungen) auf (beantragte) Dividendenausschüttungen</li> <li>— Auswirkungen auf pendente Umstrukturierungen</li> <li>— Verfügbarkeit von Handelsregisterämtern und Notaren für pendente/geplante Handelsregistergeschäfte</li> </ul>
Geistiges Eigentum	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Betriebsnotwendige Rechte (Patente, Marken, Domain Namen, Know-how, Urheberrechte an IT-Infrastruktur und Software) für die Zielgesellschaft (lizenzieren oder im Eigentum)</li> <li>— Arbeitsvertragliche Regelung der Rechte an Erfindungen</li> </ul>
	<p>Zusätzliches im Zusammenhang mit einer Neuausrichtung der Betriebstätigkeit infolge der COVID-19 Bekämpfung geschaffenes geistiges Eigentum (bspw. Know-how zur Herstellung von Schutzmasken)</p>
Rechts- streitig- keiten	Hängige, angedrohte oder zu erwartende Streitfälle
	Auswirkungen auf hängige Streitfälle (z.B. Verlängerung der Fristen)
Versicher- ungen	Versicherungsdeckung der COVID-19 Auswirkungen (bereits gestellte/geplante Forderungen gegenüber Versicherungen (z.B. wegen Absage von Veranstaltungen, Geschäftsunterbrechungen))

Sollten Sie zu diesem Thema weitere Fragen und Anregungen haben, wenden Sie sich gerne an Ihren regulären NKF-Kontakt.

#### Autor/Kontakt

Moritz Maurer  
Partner, Corporate/M&A  
[moritz.maurer@nkf.ch](mailto:moritz.maurer@nkf.ch)

Diese Publikation behandelt nicht zwingend jedes wichtige Thema und deckt nicht jeden Aspekt der Themen ab, mit denen sie sich beschäftigt. Sie dient nicht der rechtlichen oder sonstigen Beratung.

