

IT als Asset im Unternehmenskauf

Dipl.-Inform. Dr. jur. Marcus Werner Rechtsanwalt , Fachanwalt für IT-Recht Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

WERNER Rechtsanwälte Informatiker, Oppenheimstr. 16, 50668 Köln https://www.werner-ri.de Telefon: 0 221 / 97 31 430 E-Mail: info@werner-ri.de

16. Deutscher Handels- und Gesellschaftsrechtstag, Berlin, 17.09.2021

Ihr Referent

Dipl.-Inform. Dr. jur. Marcus Werner Partner, Rechtsanwalt Fachanwalt für IT-Recht Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht Externer Datenschutzbeauftragter (TÜV-Zertifikat)

WERNER Rechtsanwälte Informatiker Oppenheimstraße 16, 50668 Köln

Telefon 0 221 / 97 31 43 - 0 Telefax 0 221 / 97 31 43 - 99

marcus.werner@werner-ri.de https://www.werner-ri.de





Inhalt

- Tatsächliche und wirtschaftliche Bedeutung von IT
- IT in der Due Diligence
- Besonderheiten beim Asset Deal Vertrag
- Besonderheiten beim Share Deal Vertrag
- Carve-out-Transaktion



- 3 -

16. Deutscher Handels- und Gesellschaftsrechtstag, Berlin, 17.09.2021

Tatsächliche und wirtschaftliche Bedeutung von IT

- Marktzahlen Bitkom e.V. (Stand: Juli 2021 Prognose f
 ür 2021)
 - Ausgaben für IT, Telekommunikation und Unterhaltungselektronik
 - werden 2021 voraussichtlich 178,2 Milliarden Euro erreichen und
 - im Vergleich zu 2020 um 4,0 Prozent wachsen.
 - Informationstechnik (101,8 Mrd. €, plus 6,2 % gegenüber 2020)
 - IT-Hardware (33,3 Mrd. €, plus 10,9 % gegenüber 2020)
 - IT-Services (41,1 Mrd. €, plus 3,7 % gegenüber 2020)
 - Software (27,5 Mrd. €, plus 6,0 % gegenüber 2020)
 - Telekommunikation (67,5 Mrd. €, plus 1,3 % gegenüber 2020)
 - Unterhaltungselektronik (9,0 Mrd. €, minus 4,0 % gegenüber 2020)

WERNER R I

- 4 -

Tatsächliche und wirtschaftliche Bedeutung von IT

- Aktuelle Themenfelder
 - 5G-Ausbau
 - Künstliche Intelligenz
 - Digitalisierung
 - eGoverment-Gesetze
 - IT-Sicherheit
 - Kryptowährungen



- 5 -

16. Deutscher Handels- und Gesellschaftsrechtstag, Berlin, 17.09.2021

Inhalt

- Tatsächliche und wirtschaftliche Bedeutung von IT
- IT in der Due Diligence
- Besonderheiten beim Asset Deal Vertrag
- Besonderheiten beim Share Deal Vertrag
- Carve-out-Transaktion

WERNER R I

- 6 -

IT in der Due Diligence

- IT Due Diligence oder Digital Due Diligence
- Inhalt oder Umfang (Beispiel)
 - Analyse der IT Organisation, IT Strategie, IT Infrastruktur, IT Sicherheit, IT Applikationen und IT Kostenstruktur
 - Analyse und Bewertung der IT Prozesse und Abbildung der Geschäftsprozesse
 - Analyse der Kompetenz und Erfahrung der IT Mitarbeiter
 - Analyse laufender IT Projekte
 - Überprüfung der Übereinstimmung mit gesetzlichen Vorgaben und Best-Practice-Anforderungen und Beurteilung laufender Verträge



- 7 -

16. Deutscher Handels- und Gesellschaftsrechtstag, Berlin, 17.09.2021

IT in der Due Diligence

- Erfassen von Synergiepotentialen, Effizienzpotentialen oder strategischen IT-Assets
- Analyse von komplexen Algorithmen (Data Mining, Predictive analytics) oder automatisierte Entscheidungen
- Risiken: operative Risiken, monetäre Risiken sowie Abhängigkeitsrisiken; Zukunftssicherheit

WERNER R I

- 8 -

IT in der Due Diligence

- Rechtliche Themenfelder der IT
 - Prüfen, ob IT-Systeme auf die Zielgesellschaft rechtlich übertragen werden dürfen (z.B. beim Leasing)
 - Umfang der Nutzungsrechte (Vorsicht bei Miete)
 - Rest-Laufzeiten aller Verträge und Kündigungsmöglichkeiten
 - Gefahren bei "Change-of-Control"-Klauseln



- 9 -

16. Deutscher Handels- und Gesellschaftsrechtstag, Berlin, 17.09.2021

IT in der Due Diligence

- Ergebnis der IT Due Diligence hat aus Auswirkungen auf
 - Kaufpreis
 - Garantien
 - Haftung
 - § 442 Abs. 1 S. 1 BGB Ausschluss der Gewährleistungsrechte des Käufers wenn er beim Vertragsschluss Kenntnis von dem Mangel hatte
 - § 442 Abs. 1 S. 2 BGB Auch, wenn der Mangel dem Käufer infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, es sei denn Arglist oder Garantie

WERNER R I

- 10 -

Inhalt

- Tatsächliche und wirtschaftliche Bedeutung von IT
- IT in der Due Diligence
- Besonderheiten beim Asset Deal Vertrag
- Besonderheiten beim Share Deal Vertrag
- Carve-out-Transaktion



- 11 -

16. Deutscher Handels- und Gesellschaftsrechtstag, Berlin, 17.09.2021

Besonderheiten beim Asset Deal Vertrag

- Mitarbeiterdaten
 - Bei Betriebsübergang, Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO i.V.m. § 613a BGB (nur bestehende Arbeitsverhältnisse) und Art. 6 Abs. 1 lit. c) DS-GVO, soweit Aufbewahrungsfristen bestehen. Verarbeitung aber nur zum Zwecke der Aufbewahrung.
 - Bei besonderen Kategorien nach Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO.
 - Information nach Art. 14 DS-GVO kann mit Information nach § 613a BGB verbunden werden.

WERNER R I

- 12 -

- Kundendaten (Konzept der DSK)
 - Laufende Verträge: Vertragsübernahme mit Einwilligung möglich
 - Bestandkunden (ohne laufenden Vertrag, keinen Vertrag in den letzten drei Jahren): Einwilligung oder gesetzliche Aufbewahrungspflicht
 - Vertragsanbahnungsphase oder letzter Vertrag weniger als drei Jahre:
 Übertragung mit Information und Widerspruchslösung, nicht für IBAN
 - Noch offene Forderung: Wenn Abtretung zulässig, Übertragung nach Art. 6 Abs. 1 Lit. f) DS-GVO
 - Besondere Kategorien nach Art. 9 DS-GVO: Nur mit Einwilligung nach Art. 9 Abs. 2 lit. a), Art. 7 DS-GVO.



- 13 -

16. Deutscher Handels- und Gesellschaftsrechtstag, Berlin, 17.09.2021

Besonderheiten beim Asset Deal Vertrag

- Die DS-GVO als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB?
 - Ist der "Datenschutz" ein Verbotsgesetz und führt ein Verstoß zur Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB?
 - Die Kommentarliteratur lehnt das in der Mehrzahl ab.
 - Es gibt noch keine bekannten Entscheidungen zur DS-GVO, aber mindestens zwei bejahende OLG-Urteil zum alten BDSG, die zum Teil auch die Literatur zur DS-GVO bespricht:

WERNER R I

- 14 -

- Die DS-GVO als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB?
 - OLG Frankfurt, Urt. v. 24.01.2018 13 U 165/16 (nicht veröffentlicht) In Rspr. und Literatur ist anerkannt, dass ein Vertrag, der zur Begehung unlauteren Wettbewerbs verpflichtet, gemäß § 134 BGB nichtig ist [...]. Gleiches gilt für einen Adresshandelsvertrag, der gegen § 28 Abs. 3 S. 1 BDSG verstößt, weil die für eine Datennutzung für Zwecke des Adresshandels erforderliche Einwilligung der Betroffenen fehlt. [...] Ein Verbotsgesetz liegt regelmäßig vor, wenn die betreffende Regelung bezweckt, ein Geschäft als solches zu untersagen, und sich nicht lediglich gegen Umstände seines Zustandekommens wendet ([...]). Der Wortlaut des § 28 Abs. 3 Satz 1 BDSG ("ist zulässig") ist dabei ebenso als Indiz für einen Verbotscharakter zu werten wie der Umstand, dass es sich hierbei um zwingendes Recht handelt ([...])



- 15 -

16. Deutscher Handels- und Gesellschaftsrechtstag, Berlin, 17.09.2021

Besonderheiten beim Asset Deal Vertrag

- Die DS-GVO als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB?
 - OLG München, Urt. v. 22.08.2019 23 U 817/18 (GRUR-RR 2019, 137) In der Literatur wird teilweise vertreten, dass die §§ 4 ff. BDSG a.F. [...] kein die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts auslösendes Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB seien (Staudinger/Sack/Seibl, BGB, 2017, § 134 Rn. 212a; für die Nachfolgeregelungen in der DS-GVO auch Hacker ZfPW 2019, 148, 161f.). § 134 BGB werde durch das spezielle datenschutzrechtliche Sanktionsregime verdrängt (Hacker ZfPW 2019, 148, 161f.), so dass kein Bedürfnis für § 134 BGB mehr bestehe (Staudinger/Sack/Seibl, BGB, 2017, § 134 Rdnr. 212a). Der Senat schließt sich indes der Gegenansicht an, wonach ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 i.V.m. § 28 Abs. 3 BDSG a.F. zur Unwirksamkeit des betroffenen Rechtsgeschäfts gemäß § 134 BGB führt (OLG Frankfurt BeckRS 2018, 723 Tz. 43;[...]).

WERNER R I

- 16 -

- Die DS-GVO als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB?
 - Konsequenz: § 134 BGB: im Zweifel ist das gesamte Rechtsgeschäft nichtig.
 - Bei offensichtlichen Datenschutzverstößen keine Rückerstattung der Gegenleistung (§ 817 BGB, vgl. OLG Frankfurt, NJW-RR 2018, 887)
 - § 134 BGB unterliegt keiner Verjährung, sondern lediglich Einreden aus § 242 BGB (Verwirkung)
 - Einzelvertrag über Datenbestand möglich mit Vereinbarung, dass "Restvertrag" nicht davon abhängt. Dann aber Risiko, dass die Nichtigkeit gesehen wurde. Vorsatz ist Erhöhungsfaktor beim DS-GVO-Bußgeld.



- 17 -

16. Deutscher Handels- und Gesellschaftsrechtstag, Berlin, 17.09.2021

Besonderheiten beim Asset Deal Vertrag

- Lizenzen
 - Alle Lizenzen müssen übertragen werden (insbesondere Cloud-Lizenzen (Miete, § 17 UrhG))
 - Umfasst das Nutzungsrecht auch das Recht zur Übertragung?
 - Lösung:
 - Zustimmung des Rechteinhabers einholen
 - Anwendung der Grundsätze der Rechtsprechung zur "used-Software"

WERNER R I

- 18 -

- Grundsätze der Rechtsprechung zur "used-Software"
 - Bis zur Entscheidung des EuGH vom 03.07.2012 (EuGH, Urteil vom 03.07.2012 Az. C-128/11, MMR 2012, 586 UsedSoft/Oracle) ging die h.M. davon aus, dass beim Erwerb "digitaler Kopien" keine Erschöpfung eintreten könne, weil es an einem physischen Vervielfältigungsstück fehle. Denn bei der Online-Übertragung handle es sich nicht um eine Verbreitung, sondern um eine öffentliche Zugänglichmachung i.S.d. § 69c Nr. 4 UrhG



- 19 -

16. Deutscher Handels- und Gesellschaftsrechtstag, Berlin, 17.09.2021

Besonderheiten beim Asset Deal Vertrag

- Grundsätze der Rechtsprechung zur "used-Software"
 - "Gebrauchte" Software kann vom Zweiterwerber verwendet werden:
 - Wenn der "Hersteller" der Software, also der Inhaber aller Nutzungsrechte des Computerprogramms, für die geplante Nutzung vorher dem Zweiterwerber seine Zustimmung erteilt hat.
 - Wenn folgende Unterlagen und Informationen ausgetauscht wurden:
 - Der Ersterwerber jegliche Nutzung des Computerprogramms beendet hat und dies überprüft werden kann.
 - Der Ersterwerber nachweislich keine Kopien des Computerprogramms mehr auf seinen Rechnern oder Speichermedien (inkl. allen Speichermedien für das Backup) hat.



- 20 -

Besonderheiten beim Asset Deal Vertrag

- Grundsätze der Rechtsprechung zur "used-Software"
 - Wenn folgende Unterlagen und Informationen ausgetauscht wurden:
 - Der Ersterwerber hat alle zusammengehörigen Nutzungsrechte an den Zweiterwerber übergeben.
 - Der Ersterwerber dem Zweiterwerber die Inhalte des Vertrages über die eingeräumten Nutzungsrechte und deren Ein- oder Beschränkungen bekannt gemacht.
 - Der Ersterwerber dem Zweiterwerber die Inhalte eines etwaigen Wartungsvertrages bekannt gemacht.



- 21 -

16. Deutscher Handels- und Gesellschaftsrechtstag, Berlin, 17.09.2021

Besonderheiten beim Asset Deal Vertrag

- Open Source (wörtlich offene Quelle)
- Software, deren Quelltext öffentlich und von Dritten eingesehen, geändert und genutzt werden kann
 - Problem: Vielzahl unterschiedlicher Lizenztypen (z.B. GNU, Public License, GPL)

WERNER R I

- 22 -

Inhalt

- Tatsächliche und wirtschaftliche Bedeutung von IT
- IT in der Due Diligence
- Besonderheiten beim Asset Deal Vertrag
- Besonderheiten beim Share Deal Vertrag
- Carve-out-Transaktion



- 23 -

16. Deutscher Handels- und Gesellschaftsrechtstag, Berlin, 17.09.2021

Besonderheiten beim Share Deal Vertag

- Lizenzen: Grds. Keine Besonderheiten; § 34 Abs. 3 UrhG
- Mitarbeiterdaten: Keine Besonderheiten
- Kundendaten: Keine Besonderheiten

WERNER R I

- 24 -

Unternehmenskaufverträge

Garantien

- Unternehmen verfügt über alle erforderlichen Urheber- oder Nutzungsrechte an den gewerblichen Schutzrechten, welche für den Geschäftsbetrieb von Bedeutung sind.
- Unternehmen verfügt über die notwendigen Genehmigungen zur Nutzung und die entsprechenden Lizenzen, soweit fremdes geistiges Eigentum genutzt wird



- 25 -

16. Deutscher Handels- und Gesellschaftsrechtstag, Berlin, 17.09.2021

Inhalt

- Tatsächliche und wirtschaftliche Bedeutung von IT
- IT in der Due Diligence
- Besonderheiten beim Asset Deal Vertrag
- Besonderheiten beim Share Deal Vertrag
- Carve-out-Transaktion

WERNER R I

- 26 -

Carve-out-Transaktion

- Carve-out-Transaktion
 - Käufer erwirbt ein in das Unternehmen oder den Konzern des Verkäufers eingebundenen Geschäftsbereich
 - Problem mit der IT: Diese lässt sich nicht oder nicht so schnell herauslösen – Konzern-IT



- 27 -

16. Deutscher Handels- und Gesellschaftsrechtstag, Berlin, 17.09.2021

Carve-out-Transaktion

- Transitional Services Agreements
 - Die Parteien vermeiden ein vorübergehend schlechtes IT-System im ausgegliederten und vom Käufer übernommenen Unternehmensteil
 - Leistungen festlegen
 - Qualität festlegen (Service Level Agreement (SLA))
 - Laufzeit
 - Verhältnis zum Unternehmenskaufvertrag regeln
 - Datenschutz

WERNER R I

- 28 -

Ihr Referent

Dipl.-Inform. Dr. jur. Marcus Werner Partner, Rechtsanwalt Fachanwalt für IT-Recht Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht Externer Datenschutzbeauftragter (TÜV-Zertifikat)

WERNER Rechtsanwälte Informatiker Oppenheimstraße 16, 50668 Köln

Telefon 0 221 / 97 31 43 - 0 Telefax 0 221 / 97 31 43 - 99

marcus.werner@werner-ri.de https://www.werner-ri.de





- 29 -