

# Betriebs Berater

5 | 2017

Recht | Wirtschaft | Steuern

30.1.2017 | 72. Jg.  
Seiten 193–256

## DIE ERSTE SEITE

**Prof. Dr. Frank A. Immenga**, LL.M. (Emory), RA/Attorney at Law (NY), und  
**Dr. habil. Martin Stopper**, RA

Die UEFA-Regeln zum finanziellen Fairplay im Fokus des Kartellrechts

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Prof. Dr. Daniela Seeliger**, LL.M., RAin, und **Kaan Gürer**, LL.M., RA

Kartellrechtsrisiken in M&A-Transaktionen – neuere Entwicklungen | 195

**Anne Baranowski**, LL.M., RAin, und **Ramón Glaß**, LL.M., RA

M&A im Internet: Transaktionen von Daten und Content | 199

## STEUERRECHT

**Dr. Carsten Höink**, RA/StB, und **Dr. Claudia Hudasch**, LL.M.

Das Spannungsverhältnis – Rückwirkung der Rechnungsberichtigung sowie  
Vorsteuerabzug ohne Rechnung? | 215

**Dr. Daniel Liebchen**, StB, und **Anna Judith Kaiser**, LL.M., RAin

Das Konsignationslager in der ertrag- und umsatzsteuerlichen Betrachtung | 224

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Arbeitskreis „Wertorientierte Führung in mittelständischen Unternehmen“ (AK Wert)**  
**der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V.**

Brauchen Mittelständler einen freiwilligen Beirat oder Aufsichtsrat?  
Vor- und Nachteile | 235

## ARBEITSRECHT

**Dr. Hans-Peter Löw**, RA, und **Hendric Stolzenberg**, LL.M. Eur.

Frauenquote, Erzberger und Brexit: Strukturelle Änderungen nach § 18 Abs. 3 SEBG | 245

auf das Zielunternehmen selbst beschränken, sondern auch die darunter hängende „wirtschaftliche Einheit“ – einschließlich etwaiger Handelsvertreter<sup>50</sup> – umfassen. Auch Geschäftspartner außerhalb der „wirtschaftlichen Einheit“ sollten künftig in die Untersuchung einfließen, da ihre Handlungen dem Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen nach der jüngsten EuGH-Rechtsprechung zugerechnet werden können.<sup>51</sup> Die mit der 9. GWB-Novelle einhergehende Haftungserweiterung im deutschen Recht erhöht auch für rein innerdeutsche Fallgestaltungen künftig das Risikopotenzial deutlich.

Ist eine Kartellbefangenheit des Zielunternehmens einmal entdeckt, stellt sich dem Erwerber häufig die Frage, ob er das Haftungsrisiko im Rahmen der Vertragsverhandlungen abwälzen oder minimieren kann. Einerseits könnte der Erwerber versuchen, den Kaufpreis zu minimieren. Allerdings steht er hier vor der großen Schwierigkeit, die Kaufpreisreduzierung zu beziffern. Die Berechnung eines Bußgeldes hängt sowohl bei der Europäischen Kommission als auch beim Bundeskartellamt von vielen Faktoren ab und beinhaltet einen sehr umfangreichen Ermessensspielraum der jeweiligen Behörde. Eine genaue Schätzung des Bußgeldes ist daher bis zum Beginn konkreter Gespräche mit der Behörde so gut wie unmöglich. Noch schwieriger ist die Bezifferung des Schadensersatzrisikos. Die Schadensberechnung ist sehr komplex und stellt die Zivilgerichte immer wieder vor große Herausforderungen. Andererseits kann der Erwerber versuchen, Klauseln im Kaufvertrag zu vereinbaren, wonach er von der Zahlung einer Geldbuße oder von Schadensersatzforderungen freigestellt wird.<sup>52</sup> Auch wenn der Kartellverstoß bereits beendet ist, kann eine solche Freistellungsklausel sinnvoll sein, da Bußgelder sowohl nach Unionsrecht als auch nach deutschem Recht erst in fünf Jahren nach Beendigung der Tat verjähren.<sup>53</sup> Im Rahmen der 9. GWB-Novelle wird auch die Verjährungsfrist für Kartellschadensersatzansprüche von drei auf fünf Jahre angehoben.<sup>54</sup>

### III. Fazit

Die dargestellten Neuerungen zeigen, dass die kartellrechtlichen Risiken im M&A-Prozess von immer größerer Bedeutung werden. Sie

dürfen daher gerade bei Unternehmenskäufen nicht unterschätzt werden, sondern sollten in jeder Phase des Erwerbsprozesses Berücksichtigung finden. Die potenziellen Bußgelder und Schadensersatzforderungen als Folge von Kartellverstößen können gravierende finanzielle Konsequenzen für die beteiligten Unternehmen haben, einschließlich des Erwerbers. Es ist daher dringend zu empfehlen, jede M&A-Transaktion nicht nur unter fusionskontrollrechtlichen, sondern mehr denn je auch unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten zu begleiten.

**Prof. Dr. Daniela Seeliger**, LL.M. (King’s College, London), RAin, ist seit 2003 Partnerin bei Linklaters und leitet die Praxisgruppe Kartellrecht am Standort Düsseldorf. Sie berät Mandanten zu Fragen des deutschen und europäischen Kartellrechts, einschließlich der Vertretung in Fusionskontroll- und Kartellverfahren vor der Kommission und dem Bundeskartellamt sowie vor Gericht.



**Kaan Gürer**, LL.M. (Universität zu Köln/Bilgi Universität Istanbul), RA, ist Associate bei Linklaters LLP. Er ist spezialisiert auf deutsches und europäisches Kartellrecht, einschließlich Fusionskontrolle.



50 EuG, 15.7.2015 – T-418/10 – Spannstahlkartell, NZKart 2015, 345; *Seeliger/Gürer*, CB 2015, 438.  
 51 EuGH, 21.7.2016 – C-542/14 – VM Remonts u. a., BB 2016, 2696.  
 52 Vgl. *Timmerbeil/Mansdörfer*, BB 2011, 323; ausführlich zum Freistellungsanspruch beim Unternehmenskauf *Hilgard*, BB 2016, 1218.  
 53 Vgl. Art. 25 Abs. 1b VO (EG) 1/2003; § 81 Abs. 8 S. 2 GWB.  
 54 RL 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union.

Anne Baranowski, LL.M., RAin, und Ramón Glaßl, LL.M., RA

# M&A im Internet: Transaktionen von Daten und Content

Vermeht sind Online-Portale, also Webportale, Internetportale, soziale Netzwerke, Plattformen sowie webbasierte Startups, die Apps entwickeln, Gegenstand von M&A-Transaktionen. Dies haben beispielsweise der Erwerb von LinkedIn durch Microsoft oder WhatsApp durch Facebook in der jüngeren Vergangenheit anschaulich gezeigt. Im Vergleich zum klassischen Unternehmenserwerb stellt der Erwerb von Online-Portalen den Rechtsanwender vor besondere

Herausforderungen, da gerade hier häufig nicht schlicht ein Anteil am Unternehmen, sondern oft einzelne Assets erworben werden. Die Problemfelder betreffen regelmäßig den Erwerb von Inhalten, an denen möglicherweise Urheberrechte bestehen, den Erwerb von (personenbezogenen) Nutzerdaten bis hin zur Frage, ob der Erwerb von Daten eine marktmächtige Position begründen oder ausbauen kann.

## I. Kaufgegenstand bei Transaktionen im Internet

Bei jedem Kauf im Rahmen von M&A-Transaktionen stellt sich die Frage, wie der Kauf ausgestaltet werden soll: Werden nur einzelne Vermögensgüter gekauft (Asset Deal) oder werden Anteile am Unternehmen erworben (Share Deal). Während die Übertragung immaterieller Güter wie Apps, Know-how, Urheberrechte und Software im Rahmen von Share Deals relativ unproblematisch von statten geht, weil der Inhaber der jeweiligen Rechte (das Unternehmen) bestehen bleibt und sich lediglich die Gesellschafterstruktur ändert, stellen sich beim Kauf von Online-Portalen im Rahmen eines Asset Deals zahlreiche Probleme.<sup>1</sup>

Hier müssen nämlich die einzelnen Assets (und mit ihnen die entsprechenden Rechte) auf den Erwerber übertragen werden. Kaufgegenstand bei einem Asset Deal ist nicht das Unternehmen bzw. Gesellschaftsanteile am Unternehmen, sondern dessen einzelne Vermögensgegenstände (Assets). Beim Erwerb von Online-Portalen und Know-how<sup>2</sup> mag der Kaufgegenstand tatsächlich zwar relativ einfach identifiziert werden, gekauft wird jedoch nicht ein bestimmter Gegenstand (beispielsweise eine Druckerpresse), sondern ein eigenes Konstrukt aus Rechten, Technik, Wissen und Infrastruktur. Häufig sind nicht nur offensichtliche Rechte oder Assets zu erwerben (beispielsweise eine Marke oder eine Domain), sondern auch versteckte Rechte wie Nutzungsrechte an Urheberrechten (insbesondere im Hinblick auf von Benutzern generierte Inhalte [*User Generated Content*, *UGC*]).

Ferner stellt sich die Frage, ob die dem Asset zugrundeliegenden Daten (beispielsweise die Daten der Nutzer des Online-Portals) problemlos verkauft und übertragen werden können. Auch die Frage, ob Daten künftig einen weiteren Faktor zur Bemessung der Marktmacht eines Unternehmens darstellen – und damit unter Umständen zu einer Anmeldepflicht bei Fusionen und Akquisitionen von Unternehmen bei den Kartellbehörden führen können – gilt es zu klären.

## II. Erwerb und Übertragung eines Online-Portals

Beim dem Kauf eines Online-Portals wird zumeist eine juristische Person als Betreiber des Portal samt der notwendigen IT-Infrastruktur, der Daten von Portalnutzern sowie die auf dem Portal bereitgestellten Inhalte wie Texte, Bilder, Audio- und Tondateien sowie sonstige Applikationen verkaufen. Bei sozialen Netzwerken, wie Facebook, YouTube, Google+, Xing, LinkedIn und Twitter stellen insbesondere Privatpersonen, aber auch Unternehmen Inhalte in das Netz, so genannten User Generated Content.

Bei einem Online-Portal handelt es sich somit um eine zentrale Zugangsseite zu Daten in einem Netzwerk, die häufig über einen redaktionell bearbeiteten Content in Form von Nachrichten oder sonstigen aktuellen Informationen, eine Suchfunktion sowie eine strukturierte Sammlung von Links verfügt.<sup>3</sup>

Nachfolgend wird insbesondere die Übertragung von Nutzerdaten sowie User Generated Content beim Share Deal sowie beim Asset Deal untersucht.

### 1. Übertragung von Nutzerdaten

Sowohl beim Share Deal als auch beim Asset Deal werden in der Regel Nutzerdaten an den Erwerber übertragen, da diese für die Fortführung des Unternehmens eine wesentliche Grundlage bilden. Soweit es

um die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten geht, richtet sich die Zulässigkeit nach dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Personenbezogene Daten sind definiert als Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (Betroffener), § 3 Abs. 1 BDSG. Zu beachten ist, dass auch Einzelunternehmer unter den Begriff der natürlichen Person fallen können.<sup>4</sup> Typische personenbezogene Daten beim Unternehmensverkauf sind zum Beispiel Nutzerdaten in Form von Kontaktdaten (Name, Anschrift, E-Mail-Adresse, Telefonnummer etc.) sowie weitergehende Daten wie zum Beispiel Konto- und Kreditkartendaten, Interessenprofil, Bestellhistorie/Blog oder sonstige besondere Vorlieben des Nutzers. Soweit auch sensible Daten wie z. B. die Angabe der Religion, politische Partei etc. im Portal angegeben werden, ist der Schutz für besondere Arten von personenbezogenen Daten (§ 3 Abs. 9 BDSG) anwendbar, der sich zum Beispiel darin ausdrückt, dass für die Verwendung solcher Daten stets eine ausdrückliche Einwilligung erforderlich ist, § 4a Abs. 3 BDSG.

An den Nutzerdaten eines Portals besteht in der Regel ein großes Interesse, da der Wert eines Portals zumeist in den Nutzerdaten liegt.<sup>5</sup> Diese möchte der Käufer gerne weiterhin verwenden, sodass der Kauf datenschutzrechtskonform zu gestalten ist. Daher ist bei Unternehmenskäufen die Zulässigkeit der Übertragung der personenbezogenen Nutzerdaten, die Integration der Daten aus dem erworbenen Unternehmen und deren Nutzungsmöglichkeit im weiteren Geschäftsbetrieb des Erwerbers zu prüfen.

### 2. Due Diligence bei einem Portal-Kauf

Im Vorfeld einer Transaktion werden Chancen und Risiken grundsätzlich im Rahmen einer Due Diligence beurteilt. Geschäftsführungsorgane sind im Rahmen Ihrer Sorgfaltspflicht für die Gesellschaft (§ 93 AktG, § 43 GmbHG) zur Durchführung einer Due Diligence verpflichtet, vor allem weil die Rechtsfolgen bei einer Transaktion ohne Due Diligence nicht abschätzbar sind.

Ziel des Kaufinteressenten ist es, im Rahmen einer Due Diligence Vorteile und Risiken des Kaufs zu identifizieren („show stopper“ bzw. „deal breaker“), den Kaufpreis, die Datenqualität sowie den Content zu evaluieren und etwaige Transaktionshemmnisse festzustellen. Im Datenraum werden dem Kaufinteressenten eines Portals demnach Informationen zu den wertbildenden Inhalten des Portals wie z. B. Nutzerdaten, Software, Infrastruktur, gewerbliche Schutzrechte, Lizenzvereinbarungen sowie User Generated Content zur Beurteilung bereitgestellt.

Bei dem Kauf eines Portals mit bestehendem Content ist sorgfältig zu prüfen, ob der Content frei von Rechten Dritter ist und ob mit dem Kauf sämtliche Nutzungsrechte für den veröffentlichten Content erworben werden. Inhalte bergen zahlreiche rechtliche Risiken, sodass der Erwerber leicht Zielscheibe für Abmahnungen und Schadensersatzansprüche wird. Dies gilt insbesondere deshalb, weil der gute Glaube, die nötigen Rechte vom Vorbesitzer erhalten zu haben, nicht

<sup>1</sup> Eine ausführliche Übersicht über die verschiedenen Kaufgegenstände sowie eine Auseinandersetzung mit dem Vertragstyp „Bereitstellung digitaler Inhalte“ liefert *Haberstumpf*, NJOZ 2015, 793.

<sup>2</sup> Mit der Umsetzung der Know-how-Schutz-Richtlinie in deutsches Recht werden Unternehmen künftig Schutzmaßnahmen errichten müssen, um ihre Geschäftsgeheimnisse nicht nur wirksam zu schützen sondern um ihnen auch den entsprechenden rechtlichen Schutz zukommen zu lassen. Mehr hierzu *Baranowski/Glaßl*, BB 2016, 2563.

<sup>3</sup> Vgl. *Schmittmann*, in: Hoeren/Sieber/Holzengel, Handbuch Multimedia-Recht, 43. Ergänzungslieferung, Stand: 07/2016, Teil 9 Portalrecht, Rn. 29.

<sup>4</sup> *Beyer/Beyer*, NZI 2016, 241, 242.

<sup>5</sup> *Conrad*, ZD 2016, 1, 1.

ausreicht – es gibt keinen gutgläubigen Erwerb von Rechten an geistigem Eigentum.<sup>6</sup> Soweit die erworbenen Rechte nicht tatsächlich bestehen, werden keine Rechte erworben.

Zur Vermeidung von Abmahnungen und Haftungsfällen ist daher insbesondere zu prüfen, ob die Nutzungsrechte für den erworbenen Content vorliegen, ob bei Fotos die Bildrechte sowie das Recht am eigenen Bild vorliegen, ob der Urheber des Fotos ordnungsgemäß angegeben wird, ob Persönlichkeits- und Namensrechte gewahrt werden, dass keine Verlinkungen auf offensichtlich rechtswidrige Inhalte stattfinden, ob die Impressumsangabe den gesetzlichen Anforderungen entspricht, ob bei einem Angebot an Verbraucher die gesetzlichen Informationspflichten eingehalten werden, ob die AGB unwirksame Regelungen (insbesondere auch zu den Rechten an User Generated Content und Fotos) enthalten, ob für etwaige E-Mail- und Telefonwerbung die entsprechenden datenschutz- und wettbewerbsrechtlichen Anforderungen erfüllt werden, ob sich auf der Webseite irreführenden Angaben befinden, dass keine Titel- und/oder Markenrechte Dritter z. B. bei Logos verletzt werden und vieles andere mehr.<sup>7</sup>

### 3. Due Diligence hinsichtlich personenbezogener Daten

Im Rahmen einer Due Diligence sind folglich die datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Transaktion, die rechtskonforme Gestaltung der Datenübermittlung sowie die anschließende Nutzung der Daten zu prüfen, um Datenschutzverstöße sowie hieran geknüpfte Bußgelder (bis zu 300 000 Euro) zu vermeiden.

Doch bereits bei der Bereitstellung personenbezogener Nutzerdaten im Datenraum einer Due Diligence kann es sich um eine Übermittlung im datenschutzrechtlichen Sinne handeln. Übermitteln ist das Bekanntgeben gespeicherter oder durch Datenverarbeitung gewonnener personenbezogener Daten an einen Dritten in der Weise, dass die Daten an den Dritten weitergegeben werden oder der Dritte zur Einsicht oder zum Abruf bereitgehaltene Daten an den Dritten einsieht oder abrufen (§ 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG). Für eine Übermittlung personenbezogener Daten im Rahmen einer Due Diligence im Datenraum bedarf es datenschutzrechtlich einer gesetzlichen Erlaubnis oder der Einwilligung des Betroffenen (§§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 4 Nr. 3a oder b BDSG).

Bei einem Unternehmensverkauf in Form eines Share Deals ist die Übermittlung von personenbezogenen Nutzerdaten datenschutzrechtlich ohne Weiteres zulässig, da es nicht zu einer Weitergabe von Daten an einen Dritten kommt. Bei einem Share Deal bleibt die Rechtspersönlichkeit des Unternehmens bestehen, lediglich die Anteile des verkaufenden Unternehmens werden an den Erwerber veräußert, die Vermögenswerte und damit auch die Nutzerdaten verbleiben jedoch beim ursprünglichen Rechtsträger.<sup>8</sup> Die Nutzerdaten bleiben also beim gleichen Unternehmen und werden auch nach der Transaktion von diesem verarbeitet. Lediglich die Geschäftsanteile an dem Unternehmen wechseln den Inhaber, die personenbezogenen Daten werden jedoch nicht von einer verantwortlichen Stelle an eine andere übermittelt. Eine Übermittlung von personenbezogenen Daten findet bei einem Share Deal somit nicht statt. Da auch keine sonstige datenschutzrelevante Verarbeitung, Erhebung oder Nutzung erfolgt, bedarf es keiner gesetzlichen Erlaubnis oder Einwilligung nach § 4 Abs. 1 BDSG weder für die Durchführung einer Due Diligence mit personenbezogenen Daten noch für deren Übermittlung an den Erwerber.

Anders verhält es sich bei einem Unternehmensverkauf in Form eines Asset Deals. Sämtliche Vermögenswerte und damit auch die Kundendaten des ursprünglichen Rechtsträgers werden an den erwerbenden Rechtsträger übertragen, sodass die Rechtspersönlichkeit wechselt. Die Kundendaten werden also an einen Dritten weitergegeben, sodass eine datenschutzrechtliche relevante Übermittlung durch den Veräußerer erfolgt. Der Erwerber erhebt zur gleichen Zeit wiederum die übermittelten Daten.<sup>9</sup> Daher bedürfen der Vollzug des Asset Deals sowie die Due Diligence einer datenschutzrechtlichen Rechtfertigung nach § 4 Abs. 1 BDSG.

In der Praxis wird allerdings zumeist weder eine Erlaubnisnorm noch eine vorherige Einwilligung in die Übermittlung der personenbezogenen Daten für eine Due Diligence vorliegen. Zudem wird die Einholung einer Einwilligung der Betroffenen in vielen Fällen weder praktikabel noch verhältnismäßig sein, insbesondere angesichts der Vielzahl von Nutzerdaten eines Portals. Daher sollten personenbezogene Daten, wenn überhaupt, lediglich anonymisiert oder pseudonymisiert im Datenraum zur Prüfung zur Verfügung gestellt werden.

### 4. Datenübermittlung beim Asset Deal

Nach erfolgreichem Abschluss der Due Diligence müssen auch bei dem Vollzug eines Asset Deals die datenschutzrechtlichen Bestimmungen beachtet werden.

Für die Übertragung personenbezogener Daten kommt grundsätzlich die Einwilligung als Erlaubnistatbestand in Betracht (§ 4 Abs. 1 BDSG), allerdings wird diese in der Praxis selten bereits bei der Erhebung der Daten für den Fall der späteren Übermittlung rechtswirksam eingeholt. Die Einwilligung anlässlich des konkreten Asset Deals einzuholen, ist angesichts der Vielzahl der Nutzer in der Regel wenig erfolgsversprechend oder praxisgerecht.<sup>10</sup>

Die Übertragung personenbezogener Daten bei einem Asset Deal ist in der Regel nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG zulässig. Demnach ist eine Übermittlung von personenbezogenen Daten zulässig, wenn sie zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zur Annahme besteht, dass schutzwürdige Interessen der Nutzer überwiegen. Unter die berechtigten Interessen der verantwortlichen Stelle fallen ideelle sowie wirtschaftliche Interessen<sup>11</sup> (z. B. Umstrukturierungen, Effektivitätserwägungen, Neuordnungen, steuerliche Gründe, wenig lukrative oder erfolgreiche Geschäftsbereiche<sup>12</sup>). Hat sich der Verkäufer zur Übertragung der Schuldverhältnisse entschieden, ist die Übertragung der betreffenden Nutzerdaten auch zur Wahrung der Interessen des Verkäufers erforderlich im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG.

In der Praxis wird diese Interessenabwägung meistens zugunsten des die Nutzerdaten übermittelnden Verkäufers ausfallen.<sup>13</sup> Dies gilt auch für den Fall, dass nicht nur die Nutzerdaten, sondern auch etwaige Nutzerverträge veräußert werden.<sup>14</sup> Für die Übertragung der Verträge

6 Vgl. BGH, 3.2.2011 – I ZR 129/08, K&R 2011, 252, GRUR Int. 2011, 439, 441 – *UsedSoft*; BGH, 26.3.2009 – I ZR 153/06, K&R 2009, 712 m. K&R-Komm. *Reinhard*, GRUR 2009, 946, 948 – *Reifen Progressiv*.

7 Vgl. *Reinemann/Remmertz*, ZUM 2012, 216 ff.

8 *Beyer/Beyer*, NZI 2016, 241, 242.

9 *Beyer/Beyer*, NZI 2016, 241, 242.

10 *Pfeiffer*, DSRITB 2015, 245, 249.

11 *Simitis*, in *Simitis*, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 28, Rn. 104.

12 Vgl. *Pfeiffer*, DSRITB 2015, 245, 250.

13 Vgl. *Pfeiffer*, DSRITB 2015, 245, 250; PM des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht vom 30.7.2015, [https://www.lida.bayern.de/media/pm2015\\_10.pdf](https://www.lida.bayern.de/media/pm2015_10.pdf) (Abruf: 11.1.2017).

14 PM des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht vom 30.7.2015, [https://www.lida.bayern.de/media/pm2015\\_10.pdf](https://www.lida.bayern.de/media/pm2015_10.pdf) (Abruf: 11.1.2017).

an den Käufer bedarf es einer Zustimmungserklärung des Vertragspartners zum Vertragsübergang (§ 415 Abs. 1 BGB). Diese Zustimmungserklärung kann zugleich die daten- und ggf. wettbewerbsrechtliche Zustimmung in die Übertragung der Nutzerdaten enthalten. Nach Ansicht des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht überwiegen die berechtigten Interessen des Verkäufers an der Mitübertragung der zu den Verträgen gehörenden Nutzerdaten auch dann gegenüber den schutzwürdigen Interessen der Nutzer, wenn die datenschutzrechtliche Zustimmung nicht zugleich mit der Zustimmung zur Übertragung der Verträge eingeholt wird.<sup>15</sup> Soweit der Vertragsübergang aufgrund der Zustimmung nach § 415 Abs. 1 BGB zulässig ist, kann der Betroffene auch die Übermittlung der personenbezogenen Daten nicht verhindern.<sup>16</sup> Der Nutzer wird in der Regel ein eigenes Interesse daran haben, dass seine Daten dem künftigen Vertragspartner zur Verfügung stehen, damit eine nutzbringende Fortführung des Vertragsverhältnisses möglich ist.

Bei einem Asset Deal sollen die berechtigten Interessen an der Übertragung der Nutzerdaten grundsätzlich auch bei der sogenannten Widerspruchslösung überwiegen.<sup>17</sup> Soweit keine Verträge, sondern nur Nutzerdaten übertragen werden, kann es genügen, die Nutzer auf die bevorstehende Übertragung ihrer personenbezogenen Daten hinzuweisen und ihnen eine angemessene Widerspruchsfrist einzuräumen. Widersprechen die Nutzer der Übertragung ihrer Daten innerhalb der Widerspruchsfrist nicht, kann bei der vorzunehmenden datenschutzrechtlichen Abwägung grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die schutzwürdigen Interessen der Nutzer gewahrt sind.<sup>18</sup> Die Übertragung von personenbezogenen Nutzerdaten zum Zweck der Veräußerung der Nutzerbeziehung ist also im Regelfall nach § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BDSG gerechtfertigt.<sup>19</sup>

Anders könnte es sich verhalten, wenn das Nutzerverhältnis nicht mehr aktiv ist oder das Unternehmen die Daten losgelöst von dem Nutzerverhältnis veräußern möchte. Dann könnte das berechnete Interesse des Verkäufers zweifelhaft sein und das schutzwürdige Interesse des Nutzers, dass seine Daten nicht als bloße Ware an unbekannte Dritte verkauft werden, dürfte überwiegen, sodass die Interessenabwägung für das veräußernde Unternehmen negativ ausfallen würde.<sup>20</sup> Im Übrigen ist zu beachten, dass mangels Konzernprivilegs im Datenschutzrecht die Anforderungen an die Datenübermittlung bei einem Asset Deal auch bei einer Übertragung innerhalb einer Unternehmensgruppe gelten, da es sich auch bei verbundenen Unternehmen um Dritte nach § 3 Abs. 8 BDSG handelt.<sup>21</sup>

## 5. Verwendung für Werbung

Soweit der Erwerber E-Mail-Adressen und Telefonnummern der Nutzer für Zwecke der Werbung verwenden möchte, ist aus datenschutz- sowie aus wettbewerbsrechtlichen Gründen jedoch grundsätzlich die vorherige Zustimmung des betroffenen Nutzers dazu einzuholen<sup>22</sup> (§ 7 Abs. 2 UWG, §§ 4 Abs. 1, 28 Abs. 3 BDSG). Dies gilt nach Ansicht des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht selbst dann, wenn der Nutzer gegenüber dem Verkäufer in die Verwendung für Werbung eingewilligt hatte.<sup>23</sup> Die erteilte Zustimmung soll nämlich nur für die Werbung des Verkäufers gelten und sei nicht auf den Erwerber übertragbar sein. Daher muss der Erwerber bei einem Asset Deal selbst die Einwilligung der Nutzer für die Verwendung der E-Mail-Adresse und der Telefonnummer zu Werbezwecken einholen.<sup>24</sup>

## 6. Einwilligung für sensible Kundendaten

Im Übrigen ist für die Verwendung von sensiblen Nutzerdaten wie Angaben über die ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben datenschutzrechtlich stets die vorherige Zustimmung des Betroffenen erforderlich, § 4a Abs. 3 BDSG.

## 7. Benachrichtigungspflicht gegenüber dem betroffenen Nutzer

Soweit personenbezogene Nutzerdaten erstmals ohne seine Kenntnis gespeichert werden, muss der Nutzer darüber nach § 35 Abs. 1 S. 1 BDSG benachrichtigt werden. Da bei einem Share Deal – wie beschrieben – keine datenschutzrelevante Übermittlung stattfindet, besteht hier auch keine Benachrichtigungspflicht. Anders verhält es sich beim Asset Deal, wo der Rechtsträger der Nutzerdaten wechselt. In diesem Fall muss die verantwortliche Stelle den Betroffenen grundsätzlich über die erstmalige Speicherung informieren. Soweit für die Vertragsübernahme jedoch die Zustimmung des Nutzers eingeholt wird, werden zugleich die Anforderungen nach § 33 Abs. 2 Nr. 1 BDSG, also die Kenntniserlangung auf andere Weise, erfüllt sein, sodass dann auf eine Benachrichtigung verzichtet werden kann.<sup>25</sup> In den übrigen Fällen kann die erforderliche Benachrichtigung auch erst nach der erfolgten Speicherung erfolgen. Sie kann mit anderen Informationen verbunden werden, solange die Benachrichtigung von den Nutzern nicht übersehen werden kann.<sup>26</sup> Da das erwerbende Unternehmen in der Regel ohnehin im Rahmen seiner allgemeinen Nutzerkommunikation auf die veränderten Verhältnisse hinweisen wird, dürfte die Benachrichtigungspflicht in der Praxis keine besondere Hürde darstellen.<sup>27</sup>

## 8. Datensparsamkeit bei Transaktion

Bei einer Transaktion ist des Weiteren der Grundsatz der Datensparsamkeit aus § 3a BDSG zu beachten. Demnach dürfen grundsätzlich nur solche Daten vom veräußernden Unternehmen übermittelt und vom Erwerber gespeichert und verarbeitet werden, die zur weiteren Durchführung der übergewandten Nutzerdaten tatsächlich notwendig sind.<sup>28</sup> Dies folgt aus der Erlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG auch daraus, dass eine Übermittlung von Daten nur zulässig ist, „so weit“ dies zur Interessenwahrung der verantwortlichen Stelle erforderlich ist. Folglich wären Daten, die für die übergewandene Rechtsbeziehung nicht erforderlich sind, demnach zu löschen oder zumindest zu sperren (vgl. § 35 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 und Nr. 3 BDSG).<sup>29</sup>

15 PM des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht vom 30.7.2015, [https://www.lida.bayern.de/media/pm2015\\_10.pdf](https://www.lida.bayern.de/media/pm2015_10.pdf) (Abruf: 11.1.2017).

16 Plath, in: ders., BDSG, 2013, § 28, Rn. 68.

17 PM des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht vom 30.7.2015, [https://www.lida.bayern.de/media/pm2015\\_10.pdf](https://www.lida.bayern.de/media/pm2015_10.pdf) (Abruf: 11.1.2017).

18 PM des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht vom 30.7.2015, [https://www.lida.bayern.de/media/pm2015\\_10.pdf](https://www.lida.bayern.de/media/pm2015_10.pdf) (Abruf: 11.1.2017).

19 Pfeiffer, DSRITB 2015, 245, 251.

20 Pfeiffer, DSRITB 2015, 245, 251.

21 Pfeiffer, DSRITB 2015, 245, 249.

22 PM des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht vom 30.7.2015, [https://www.lida.bayern.de/media/pm2015\\_10.pdf](https://www.lida.bayern.de/media/pm2015_10.pdf) (Abruf: 11.1.2017).

23 PM des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht vom 30.7.2015, [https://www.lida.bayern.de/media/pm2015\\_10.pdf](https://www.lida.bayern.de/media/pm2015_10.pdf) (Abruf: 11.1.2017).

24 PM des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht vom 30.7.2015, [https://www.lida.bayern.de/media/pm2015\\_10.pdf](https://www.lida.bayern.de/media/pm2015_10.pdf) (Abruf: 11.1.2017).

25 Pfeiffer, DSRITB 2015, 245, 261.

26 Pfeiffer, DSRITB 2015, 245, 261; Nink, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2015, § 33 BDSG, Rn. 9.

27 Pfeiffer, DSRITB 2015, 245, 261.

28 Pfeiffer, DSRITB 2015, 245, 260.

29 Pfeiffer, DSRITB 2015, 245, 260.

## 9. Grenzüberschreitende Datenübermittlung

Soweit die Nutzerdaten grenzüberschreitend verlagert werden, sind die Voraussetzungen des § 4b BDSG zu beachten. Bei Zielstaaten außerhalb der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes ist für die Übermittlung personenbezogener Daten ein angemessenes Datenschutzniveau (dazu zählt auch der sog. Privacy Shield) erforderlich, die Einwilligung des Betroffenen oder die Verwendung von Standardvertragsklauseln.

## 10. EU-DSGVO

Die datenschutzrechtlichen Anforderungen bei einer Transaktion werden durch die ab Mai 2018 geltende EU-Datenschutzgrundverordnung („DSGVO“) keinen kardinalen Wechsel erfahren.<sup>30</sup> Die Datenschutzgrundverordnung wird nicht mehr Freiraum für die Normalfälle der Datenverarbeitung schaffen und auch nicht mehr Rechtssicherheit dort, wo spürbare Eingriffe ins Persönlichkeitsrecht erfolgen.<sup>31</sup>

Mit der Datenschutzgrundverordnung werden sich jedoch die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten für werbliche Zwecke ändern. Grundlage für die Beurteilung der Zulässigkeit von Werbung ist in Zukunft weiterhin das Vorliegen einer Einwilligung oder eine Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO. Bei der Interessenabwägung ist das Interesse an der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zweck der Direktwerbung mit den Interessen aus den allgemeinen Grundsätzen aus Art. 5 Abs. 1 DSGVO (z. B. faire Verfahrensweise und angemessene Verarbeitung) abzuwägen. Im Übrigen ist der Betroffene auf sein Widerspruchsrecht hinzuweisen (Art. 21 Abs. 2–4 DSGVO) und es darf kein Widerspruch vorliegen, damit bei berechtigtem überwiegendem Interesse die personenbezogenen Daten für Werbung verwendet werden dürfen.<sup>32</sup>

## 11. Rechtfolgen einer unzulässigen Übermittlung

Sofern die Übermittlung der Nutzerdaten unzulässig ist, können sich folgende rechtliche Konsequenzen ergeben. Zunächst muss der Erwerber die übermittelten Nutzerdaten gemäß § 35 BDSG löschen. Die jeweilige Landesdatenschutzbehörde kann dies auch per Anordnung durchsetzen.

Des Weiteren handelt es sich bei der unzulässigen Übermittlung gemäß § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG um eine Ordnungswidrigkeit, welche gemäß § 43 Abs. 3 BDSG mit einer Geldbuße von bis zu 300 000 Euro gegen den Veräußerer wegen unzulässiger Übermittlung und gegen den Erwerber wegen unzulässiger Erhebung geahndet werden kann. Sofern die unzulässige Übermittlung oder Erhebung vorsätzlich und gegen Entgelt oder in der Absicht erfolgt, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, liegt gemäß § 44 BDSG sogar eine Straftat vor.

Im Übrigen kann der Betroffene wegen einer datenschutzrechtlich unzulässigen Übermittlung von personenbezogenen Daten Schadensersatz verlangen (§ 7 BDSG).

Zivilrechtlich könnte eine unzulässige Übermittlung der Nutzerdaten zu einer Nichtigkeit des Unternehmenskaufvertrages gemäß § 134 BGB führen, insbesondere soweit es sich um sensible Daten handelt. Dies wird allerdings in der Rechtsprechung<sup>33</sup> sowie in der herrschenden Literatur<sup>34</sup> abgelehnt, da die Nichtigkeitsfolge im Fall eines Verstoßes weder notwendig noch geeignet sei. Die Verletzung des datenschutzrechtlich geschützten Rechtsgutes werde durch die datenschutzrechtlichen Rechtsfolgen hinreichend sanktioniert.<sup>35</sup>

## 12. Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich der Kauf eines Online-Portals bei einem Share Deal datenschutzrechtlich anders darstellt als bei einem Asset Deal. Beim Share Deal findet kein datenschutzrelevanter Vorgang statt, beim Asset Deal liegt jedoch aufgrund des Wechsels der verantwortlichen Stelle eine datenschutzrelevante Übermittlung vor. Diese Übermittlung kann in der Regel über die Interessenabwägung nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG sowie durch die Widerspruchslösung legitimiert werden.

## III. Übertragung von Inhalten

Bei dem Erwerb von Portalen werden stets Inhalte übertragen, die rechtlich entweder gar nicht oder teilweise urheberrechtlich (z. B. Texte, Fotos, Tabellen, Software), markenrechtlich (z. B. Logo, Domain), persönlichkeitsrechtlich (z. B. Abbildungen von Personen) und/oder leistungsschutzrechtlich (z. B. Datenbanken) geschützt sind. Sofern die Inhalte keinerlei rechtlichen Schutz erfahren, sind sie frei verfügbar und können ohne Weiteres auf den Erwerber übertragen werden.

### 1. Urheberrechte

Inhalte können dann urheberrechtlichen Schutz genießen, wenn sie eine persönliche geistige Schöpfung im Sinne der §§ 1, 2 Abs. 1 UrhG darstellen, zum Beispiel Texte als Sprachwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG), Fotos als Lichtbildwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG), Audio-Dateien als Sprachwerke oder Werke der Musik zum Beispiel Podcasts (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 UrhG) und Video-Dateien als Filmwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG). Ragt das Werk über das Alltägliche, Handwerkliche, Durchschnittliche hinaus, kann es nach dem Grundsatz der sog. „kleinen Münze“ schutzfähig sein.<sup>36</sup> Soweit die Anforderungen an ein Werk nicht erfüllt werden, kann der Inhalt gegebenenfalls Schutz durch ein Leistungsschutzrecht genießen. Dieses dem Urheberrecht verwandte Schutzrecht schützt Leistungen, auch wenn keine persönliche geistige Schöpfung vorliegt. Geschützt ist die unternehmerische Leistung des Herstellers, also die Investition. So kann User Generated Content ein Leistungsschutzrecht an Bildern (Lichtbild nach § 72 UrhG) und an Datenbanken hinsichtlich sämtlicher eingestellter Inhalte z. B. bei Blogs (nach § 87a Abs. 1 S. 1 UrhG) zustehen.

Bei urheber- und/oder leistungsschutzrechtlich geschützten Inhalten ist zu beachten, dass das Urheberrecht als solches grundsätzlich nicht übertragbar ist (§ 29 Abs. 1 UrhG). Eine wirtschaftliche Verwertung der Urheberrechte erfolgt hingegen vornehmlich durch die Einräumung von Nutzungsrechten (§ 29 Abs. 2 UrhG), welche jedoch grundsätzlich nur mit Zustimmung des Urhebers übertragen werden können (§ 34 Abs. 1 S. 1 UrhG). Von diesem Grundsatz gibt es jedoch bei Unternehmensveräußerungen eine Ausnahme. Das Einholen der Zustimmung aller Urheber (z. B. für den User Generated Content) wird in der Regel als unzumutbar gewertet, insbesondere wenn es sich um eine große Zahl von Urhebern handelt.<sup>37</sup> Dabei ist auch zu be-

30 Conrad, ZD 2016, 1.

31 Conrad, ZD 2016, 1.

32 Vgl. BayLDA, ZD-Aktuell 2016, 05403.

33 OLG Celle, 10.9.2003 – 3 U 137/03, BeckRS 2004, 07985.

34 Cahn, WM 2004, 2041, 2051; Nobbe, WM 2005, 1537, 1544.

35 Beyer/Beyer, NZI 2016, 241, 245.

36 Vgl. Reinemann/Remmert, ZUM 2012, 216, 217.

37 Vgl. Begründung Regierungsentwurf Urheberrecht, BT-Drs. IV/270, 57.

rücksichtigen, dass die Unternehmensveräußerung wegen der Abhängigkeit von den Urhebern deutlich finanziell entwertet würde<sup>38</sup> und dass dem Verwerter Bestandsschutz zu gewähren ist.<sup>39</sup> Des Weiteren wird der Urheber im Grundsatz auch dann nicht als schutzwürdig gesehen, wenn das Unternehmen, das der Urheber als sachlichen Rahmen für die Nutzung seines Werkes akzeptiert hat, veräußert wird.

Deshalb ist nach § 34 Abs. 3 S. 1 UrhG die Zustimmung der Urheber für die Gesamtveräußerung eines Unternehmens (Asset Deal) oder für Unternehmensteile (Share Deal) entbehrlich. Das bedeutet für den Erwerber, dass er urheber- und/oder leistungsschutzrechtliche Inhalte erwerben kann, ohne die vorherige Zustimmung der einzelnen Urheber einzuholen. Gleichwohl kann der Urheber das eingeräumte Nutzungsrecht zurückrufen, wenn ihm die Ausübung des Nutzungsrechts durch den Erwerber nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist (§ 34 Abs. 3 S. 2 UrhG). Auf dieses Rückrufsrecht kann der Urheber nicht verzichten.

## 2. Markenrechte

Soweit mit dem Portalkauf auch Marken-, Titel- und/oder Kennzeichnungsrechte übertragen werden sollen, so ist dies nach § 27 Abs. 1 MarkenG möglich. Es gilt der Grundsatz der freien Übertragbarkeit. Der Verkäufer kann die durch die Eintragung, die Benutzung und/oder die notorische Bekanntheit einer Marke begründeten Rechte auf andere rechtsgeschäftlich übertragen. Gehört die Marke zu einem Geschäftsbetrieb oder zu einem Teil des Geschäftsbetriebs, so wird das durch die Eintragung, die Benutzung und/oder die notorische Bekanntheit der Marke begründete Recht im Zweifel von der Übertragung oder dem Übergang des Geschäftsbetriebs oder des Teils des Geschäftsbetriebs, zu dem die Marke gehört, erfasst, § 27 Abs. 2 MarkenG. Sofern es sich um eine eingetragene Marke handelt, wird der Rechtsübergang auf Antrag in das Markenregister eingetragen. Die Umschreibung im Register ist jedoch keine Voraussetzung für einen wirksamen Markenerwerb. Sie hat lediglich verfahrensrechtliche Bedeutung, da sich an die Eintragung die (widerlegliche) Vermutung der materiellen Rechtsinhaberschaft knüpft (vgl. § 28 Abs. 1 MarkenG).

Soweit der Verkäufer Dritten an verkaufsgegenständlichen Marken eine Lizenz eingeräumt hat, so bleibt diese auch beim Rechtsübergang des Portals bestehen (vgl. § 30 Abs. 5 MarkenG). Der Erwerber erwirbt solche Marken mit etwaigen bestehenden Lizenzen an Dritte.

## 3. Know-how

Auch Know-how kann Gegenstand eines Asset Deals sein; man denke nur an das berühmte Rezept des Apothekers *John Stith Pemberton* zur Herstellung eines „Stärkungstranks“, das nach Erwerb der Rechte an der Rezeptur durch *Asa Griggs Candler* Ende des 19. Jahrhunderts mit der The Coca Cola Company seinen weltweiten Triumphzug antrat. Während der Verkäufer im Rahmen der Due Diligence ein erhebliches Interesse daran hat, dem potentiellen Käufer Zugang zu Know-how und Geschäftsgeheimnissen entweder vollständig zu verwehren oder nur portionsweise zu gewähren, hat der Käufer nicht nur ein Interesse an der Validierung des Wertes des Know-hows, sondern auch an dessen Schutz.

Mit Erlass der Richtlinie über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offen-

legung (Richtlinie 2016/943) hat die Europäische Kommission Unternehmen, die über Know-how verfügen, weitergehende Verpflichtungen auferlegt. Damit Know-how und Geschäftsgeheimnisse nunmehr rechtlichen Schutz genießen, müssen entsprechende Schutzmaßnahmen getätigt werden. Hierbei gilt, je größer die Bedeutung desto sicherer müssen die ergriffenen Maßnahmen sein (Art. 1c Richtlinie 2016/943).<sup>40</sup> Insofern sollte der Erwerber nach Closing entsprechende Schutzkonzepte aufstellen und anwenden, sofern bei Erwerb ein Mangel hieran bestand.

## 4. Fazit

Trotz der grundsätzlichen Übertragbarkeit von Urheber-, Leistungsschutz- und Markenrechte im Rahmen eines Share oder Asset Deals nach § 34 Abs. 3 S. 1 UrhG ist stets Voraussetzung für einen wirksamen Rechteerwerb, dass der Verkäufer tatsächlich Inhaber dieser Rechte ist; diese Rechte können nämlich nicht gutgläubig erworben werden. Soweit dies nicht der Fall ist, besteht das Risiko für den Erwerber, die so geschützten Inhalte, Logos etc. nicht rechtswirksam zu erwerben. Soweit die geschützten Inhalte nicht lizenzgemäß verwendet werden oder ihnen etwaige Rechte Dritter entgegenstehen (z.B. Persönlichkeitsrecht, Recht am Bild etc.), besteht ein Rechtsmangel und somit das Risiko einer Abmahnung aufgrund einer Rechtsverletzung. Letztlich ist davon auszugehen, dass bei vielen geschützten Inhalten etc. auf einem Online-Portal das Risiko einer Rechtsverletzung nicht vollkommen ausgeschlossen werden kann.

## IV. Kartellrechtliche Probleme bei Internet-Transaktionen

Online-Portale stellen sowohl die kartellrechtliche Gesetzgebung als auch den kartellrechtlichen Rechtsanwender vor erhebliche Herausforderungen. Auf der einen Seite liegen die Umsätze, die mit diesen Produkten generiert werden, in der Regel deutlich unter den Aufgreifschwelle der deutschen und europäischen Fusionskontrolle. Auf der anderen Seite werden häufig Kaufpreise bezahlt, die ein Vielfaches des EBITDA (*Earnings before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*) darstellen und in exorbitante Höhen gelangen können.

### 1. Grundsätzliche Bedeutung von Daten bei M&A-Transaktionen

Deutlich wurden die Probleme bei M&A-Transaktionen im Rahmen der digitalisierten Welt insbesondere am Erwerb von WhatsApp durch Facebook im Jahr 2014. Facebook erwarb WhatsApp für einen Kaufpreis von circa 22 Mrd. USD. Und das, obwohl die Umsätze von WhatsApp zu dieser Zeit bei lediglich 10,2 Mio. USD lagen.<sup>41</sup> Die Transaktion wurde seinerzeit von der EU-Kommission letztlich deshalb freigegeben, weil Facebook erklärte, dass die Daten getrennt bleiben und WhatsApp unabhängig agieren könne.

38 *Loewenheim*, in: *Loewenheim/Nordemann*, UrhG, 4. Aufl. 2010, § 28, Rn. 7.

39 *Berger*, in: *FS Schricker*, 2005, S. 226.

40 Hierzu sowie zu den weiteren Änderungen im Rahmen des Schutzes von Know-how und Geschäftsgeheimnissen nach der neuen Know-How-Schutz Richtlinie 2016/943 siehe auch *Baranowski/Glaßl*, BB 2016, 2563.

41 WhatsApp Umsatzzahlen: Messenger im dicken Minus, GIGA, 29.10.2014, <http://www.giga.de/unternehmen/whatsapp-inc/news/whatsapp-umsatzzahlen-messenger-im-dicken-minus/> (Abruf: 10.1.2017).

Prominentestes Beispiel der jüngeren Vergangenheit ist die Akquisition von LinkedIn durch Microsoft für einen Kaufpreis von 26,2 Mrd. USD. Selbstverständlich, die von Microsoft CEO *Saty Nadella* angepriesene Verbindung von Microsoft als größter professioneller Cloud mit dem größten Karrierenetzwerk LinkedIn sowie die hieran geknüpften Hoffnungen eines Cross-Selling sind durchaus berechtigt. Dennoch erscheint der enorme Kaufpreis angesichts eines weltweiten Jahresumsatzes von LinkedIn von 643 Mio. USD<sup>42</sup> noch immer enorm. Laut Yahoo Finance hatte LinkedIn im Geschäftsjahr einen EBITDA von 266 Mio. USD.<sup>43</sup> Diese Zahlen zugrunde gelegt, würde Microsoft einen Multiple von ca. 98 aufbringen – also das 98-Fache des EBITDA zahlen.<sup>44</sup> Dass dieser hohe Multiple allein durch Cross-Selling Potenziale und die Abrundung des Geschäftsfeldes gerechtfertigt ist, erscheint überaus fraglich. Vielmehr dürfte eine Rolle spielen, dass Microsoft sich insbesondere aufgrund der von LinkedIn agglomerierten Daten gute Geschäfte erhofft. Nicht nur, dass Microsoft einen direkten Draht zu den Nutzern von LinkedIn erhält, es erhält auch Zugriff auf erhebliche Daten und damit Hintergrundwissen zu den einzelnen Nutzern. So kann Microsoft seine Produkte besser anpassen und letztlich auch gewinnbringender vermarkten.

Ein ebenfalls anschauliches Beispiel stellt der Kauf des Berliner Start-Ups 6Wunderkinder dar, das unter anderem die To-Do-Listen-App „Wunderlist“ entwickelte. Das Start-up wurde im Jahr 2015 für einen Betrag von ca. 100 bis 200 Mio. USD ebenfalls von Microsoft erworben. Die schlichte ToDo-Liste hatte nach Angaben von 6 Wunderkinder im Jahr 2015 über 13 Mio. Nutzer; zu der Anzahl derjenigen Nutzer, die die kostenpflichtige Version der To-Do-Liste nutzten, ist jedoch nichts bekannt. Angaben zum Umsatz fehlen insofern ebenfalls. Microsoft ist selbstverständlich in der Lage, ebenfalls eine benutzbare To-Do-Liste zu entwickeln, nimmt jedoch die Abkürzung über die Akquisition von 6 Wunderkinder und erhält so nicht nur eine funktionierende To-Do-Liste mitsamt circa 13 Mio. Nutzern, sondern ganz nebenbei auch noch eine Unmenge an Informationen über eben jene Nutzer. Angesichts des geringen Umsatzes von 6 Wunderkinder war eine Anmeldung der Fusion zum Bundeskartellamt jedoch nicht erforderlich – obgleich sie für Microsoft augenscheinlich äußerst wertvoll war.

Das Internet hat das wirtschaftliche Handeln erheblich verändert und zu einer dynamischen Entwicklung von neuen Märkten und eigenständigem Wettbewerb beigetragen. Vor diesem Hintergrund hat das Bundeskartellamt Anfang 2015 einen Think Tank ins Leben gerufen, der sich mit den Herausforderungen der Internetökonomie für die Kartellrechtsanwendung befassen soll.<sup>45</sup> Im Juni 2016 legte dieser Think Tank ein erstes Arbeitspapier zum Thema Marktmacht von Plattformen und Netzwerken vor. Stichwort ist auch hier: Big Data.

Auch der Gesetzgeber hat erkannt, dass das Internet zum Wandel nicht nur gesellschaftlicher Themen, sondern auch wirtschaftlicher Themen beigetragen hat und will diesen Herausforderungen mit einer 9. GWB-Novelle begegnen.

## 2. Die Fusionskontrolle

Im Rahmen der kartellrechtlichen Fusionskontrolle nach den §§ 35 ff. GWB zeigt sich bereits der Schwachpunkt der derzeit geltenden Rechtslage, weswegen hierauf auch ein Fokus dieses Abschnitts gelegt werden soll. Sodann soll ein Ausblick auf mögliche Änderungen

durch das Arbeitspapier des Think Tanks des Bundeskartellamts sowie die angekündigte 9. GWB-Novelle angestellt werden.

### a) De lege lata – geltende Rechtslage

Die kartellrechtliche Fusionskontrolle ist in den §§ 35 ff. GWB geregelt. Für den Erwerb von Internetportalen wie LinkedIn, WhatsApp oder 6Wunderkinder sind diese Vorschriften in der Regel jedoch nicht bedeutsam, da sie erst ab einem bestimmten Umsatz der beteiligten Unternehmen eingreifen: Nach § 35 Abs. 1 GWB sind die Vorschriften nur dann anwendbar, wenn im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. Euro und im Inland mindestens ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. Euro und ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 5 Mio. Euro erwirtschaftet haben. Während Microsoft diese Umsatzschwellen mit Leichtigkeit übertrumpft, konnten von den obigen Beispielen lediglich LinkedIn und WhatsApp die Umsatzschwelle (teilweise knapp) überschreiten. Insbesondere bei WhatsApp, das im Jahr 2013 zwar einen Umsatz von 10,2 Mio. USD aber zugleich auch einen Verlust von 138,1 Mio. USD erwirtschaftete,<sup>46</sup> zeigt sich, dass der wirtschaftliche Wert eines Übernahmekandidaten auch anders als mit reinen Finanzkennzahlen zu bemessen ist. Deutlich wird dies auch bei der Übernahme von 6Wunderkinder, für das zwar 100 Euro bis 200 Mio. Euro gezahlt wurden, obwohl der Umsatz geringer als 5 Mio. Euro gewesen sein muss.

Bei der Bewertung, ob eine Fusion oder eine Transaktion in die Fusionskontrolle fällt oder nicht, werden derzeit hingegen lediglich reine Finanzkennzahlen herangezogen: der Umsatz der beteiligten Unternehmen. Die Frage, ob durch die Fusion negative Auswirkungen auf den Wettbewerb einhergehen, wird erst nach Überschreiten der Umsatzschwellen relevant. War dies zu Zeiten, in denen die Marktmacht eines Unternehmen in der Regel an dessen Umsatz abgelesen werden konnte, noch angemessen, stellt sich zunehmend die Frage, wie künftig mit marktmächtigen, aber umsatzschwachen oder gar umsatzlosen Unternehmen umzugehen sein wird. Denn gerade in der zunehmend digitalisierten Welt werden Leistungen immer häufiger kostenlos erbracht, was sich naturgemäß auf den Umsatz – aber nicht auf die Marktmacht bzw. Wettbewerbsposition – auswirkt.

### b) De lege ferenda – 9. GWB-Novelle

Einen ersten Hinweis auf die Lösung dieser Problematik gibt die derzeit diskutierte 9. GWB-Novelle. Der Entwurf für die 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 28.9.2016<sup>47</sup> sieht im neu hinzugefügten § 35 Abs. 1a GWB-Entwurf nunmehr vor, dass

42 LinkedIn erwirtschaftet mehr Gewinn, Finanzen.net, 6.2.2015, <http://www.finanzen.net/nachricht/aktien/Umsatz-steigt-LinkedIn-erwirtschaftet-mehr-Gewinn-4158458> (Abruf: 10.1.2017).

43 Finanzdaten von LinkedIn Corporation an der New York Stock Exchange, Yahoo Finance, <https://finance.yahoo.com/quote/LNKD/key-statistics?ltr=1> (Abruf: 10.1.2017).

44 Bloomberg kommt auf einen Multiple von 91 bzw. 84, wenn man das net cash abzieht, Microsoft-LinkedIn: That's rich, 13.6.2016, <http://www.bloomberg.com/gadfly/articles/2016-06-13/microsoft-linkedin-is-one-pricey-deal#footnote-1465826595098> (Abruf: 13.7.2016).

45 Bundeskartellamt, Think Tank Internet, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, 1.

46 WhatsApp Umsatzzahlen: Messenger im dicken Minus, GIGA, 29.10.2014, <http://www.giga.de/unternehmen/whatsapp-inc/news/whatsapp-umsatzzahlen-messenger-im-dicken-minus/> (Abruf: 10.1.2017).

47 Abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/entwurf-eines-neunten-gesetzes-zur-aenderung-des-gesetzes-gegen-wettbewerbsbeschaenkenungen,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (Abruf: 16.1.2017); zum Änderungsbedarf aus Sicht der Praxis vgl. Klumpe/Thiede, BB 2016, 3011 ff.



die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle auch dann Anwendung finden,

„wenn 1. die Voraussetzungen von Absatz 1 Nummer 1 erfüllt sind, 2. mindestens ein beteiligtes Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro, aber kein anderes beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 5 Millionen Euro erzielt hat, 3. der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 400 Millionen Euro beträgt und 4. das zu erwerbende Unternehmen nach Nummer 2 in erheblichem Umfang im Inland tätig ist.“

Für den Fall, dass die beteiligten Unternehmen zusammengenommen mehr als 500 Mio. Euro an weltweiten Umsatzerlösen erwirtschaftet haben und der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 400 Mio. Euro beträgt, finden die Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle also auch dann Anwendung, wenn nur ein Unternehmen die weiteren Umsatzschwellen erreicht.

Der Gesetzgeber hat somit die grundsätzlichen Probleme, die mit der Anknüpfung ausschließlich an den Umsatz der beteiligten Unternehmen einhergehen, erkannt und versucht, eine Milderung herbeizuführen. Wenngleich dies wünschenswert und zu befürworten ist, dürfte auch diese Klausel des § 35 Abs. 1a GWB-Entwurf den Problemen der digitalisierten „Kostenloskultur“ allerdings nur bedingt begegnen. Zwar ist nunmehr sichergestellt, dass das jeweilige Kartellamt die Handhabe erlangt, die Fusion und die möglichen Auswirkungen auf den Markt und den Wettbewerb eingehender zu untersuchen – aber eben nur, wenn der Gegenwert für den Zusammenschluss 400 Mio. Euro übersteigt. Um zum Beispiel 6 Wunderkinder zurückzukommen: Dieser Zusammenschluss wäre auch nach der 9. GWB-Novelle nicht vor den Kartellbehörden gelandet, weil der Kaufpreis lediglich 100 Euro bis 200 Mio. Euro betrug. Gleichwohl erwarb Microsoft Daten von über 13 Millionen Nutzern.

### 3. Exkurs: Marktmacht durch Daten?

Dies zeigt auch ein weiteres Problem auf, das künftig sowohl bei Zusammenschlüssen als auch der normalen Rechtsanwendung immer häufiger von Relevanz sein wird: Wie ist ein Unternehmen, dessen einziger oder maßgeblicher Wert aus den angesammelten (Nutzer-) Daten besteht, rechtlich zu handhaben? Stellt die in dem Unternehmen verkörperte Informationsflut einen derart erheblichen Wert dar, dass das Unternehmen allein dadurch ein marktmächtiges Unternehmen wird? Wenn ja, wie ist damit im Rahmen der Fusionskontrolle auf der einen und im Rahmen der Missbrauchsaufsicht auf der anderen Seite umzugehen?

Die Europäische Kommission hat sich bereits im Jahr 2008 im Fusionskontrollverfahren *Google/DoubleClick* mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Fusion aufgrund der von Doubleclick agglomerierten Daten wettbewerbliche Auswirkungen haben könnten, weil hiermit eine Konkurrenz durch diese Daten wegfiel.<sup>48</sup> Auch bei der Akquisition von WhatsApp durch Facebook befasste sich die Europäische Kommission mit der Bedeutung von Daten und prüfte, ob sich die Position von Facebook auf dem Markt der Online-Werbung durch die Verwendung von WhatsApp-Daten verbessern könne.<sup>49</sup> Die Ergebnisse veranlassten die Kommission letztlich, die Fusion nur unter Auflagen – insbesondere der strikten Trennung der Daten – freizugeben.

Mögliche Antworten auf die obigen Fragen liefert auch der bereits oben angesprochene Think Tank des Bundeskartellamts in seinem Arbeitspapier zur Marktmacht von Plattformen und Netzwerken.

Hier hat sich das Bundeskartellamt intensiv mit unter anderem genau den obigen Fragen auseinandergesetzt und zeigt einen Weg auf, der den Umgang mit eben diesen Fragen zum Gegenstand hat. Insbesondere die Bedeutung von Daten wird durch das Bundeskartellamt zutreffend betont und – im Einklang mit der Diktion in der öffentlichen Debatte – als „Währung“ oder „Öl“ des Internets bezeichnet.<sup>50</sup> Bei der Bewertung der Marktmacht aufgrund von Datenbeständen sind nach Ansicht des Bundeskartellamts zahlreiche Aspekte einzubeziehen.<sup>51</sup> Für welche Zwecke werden die Daten erhoben? Wie viele Daten werden erhoben? Wie werden die Daten verwendet?

Schließlich hat sich auch die Monopolkommission mit diesen Fragen im Rahmen ihres *Sondergutachtens 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte* auseinandergesetzt.<sup>52</sup> Sie kommt zu dem Ergebnis, dass insbesondere bei Fusionskontrollverfahren Daten und deren Bedeutung stärker zu berücksichtigen seien, da hier häufig neu gegründete Internetdienste mit nur geringen oder gar keinen Umsätzen, aber möglicherweise besonders wertvollen Datenbeständen, von etablierten Konzernen aufgekauft werden können.<sup>53</sup>

Ob die überarbeiteten Regelungen des § 35 Abs. 1a GWB-Entwurf diesen Anforderungen gerecht werden, wird sich in der Zukunft zeigen. Durch die Einfügung einer (beeinflussbaren) Größe wie der Gegenleistung wird es jedoch in begrenztem Umfang möglich sein, sich der Fusionskontrolle durch die Kartellbehörden zu entziehen, obwohl ein erheblicher und relevanter Datenbestand erworben wird.

## 4. Fazit

Die (wettbewerbspolitische und wettbewerbsrechtliche) Bedeutung von Daten nimmt zu und wird in der politischen und rechtlichen Diskussion auch zunehmend anerkannt. Diese Entwicklung ist durchaus begrüßenswert, wenngleich sie noch lange nicht abgeschlossen sein dürfte. Insbesondere die in § 35 Abs. 1a GWB-Entwurf neu eingefügten Aufgreifschwelle werden einer steten Überprüfung bedürfen, um der steigenden (wirtschaftlichen) Bedeutung von Daten gerecht zu werden. Klar ist allerdings auch, dass eine zu deutliche Senkung der Aufgreifschwelle nicht nur zu einer erheblichen Belastung der Kartellbehörden führen dürfte, sondern auch zu einer Verwässerung der mit der Fusionskontrolle verfolgten Ziele: negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu verhindern. Denn nicht jeder Erwerb von Daten wird mit solchen einhergehen.

## V. Ausblick

Mit dem Einzug des Internets gingen zahlreiche Veränderungen sowohl in unserem Alltag als auch im Geschäftsleben einher. Dies zeigt

48 EU-Kommission, Entscheidung vom 11.3.2008 – Az.: COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*.  
49 EU-Kommission, Entscheidung vom 10.3.2014 – Az.: COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*.

50 Bundeskartellamt, Think Tank Internet, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, 91; s. auch Monopolkommission, Sondergutachtens 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, S. 44, 57, die von einem „Rohstoff“ für digitale Geschäftsmodelle spricht.

51 Bundeskartellamt, Think Tank Internet, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, 94 ff.

52 Monopolkommission, Sondergutachtens 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, S. 44 ff.

53 Monopolkommission, Sondergutachtens 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, S. 57 f.

sich nicht zuletzt auch an der steigenden Zahl von Transaktionen mit Internetbezug. Wenngleich viele der mit der Übertragung einhergehenden rechtlichen Fragen mittlerweile geklärt sind, sind die Anforderungen an eine rechtskonforme Übertragung und insbesondere anschließende Nutzung von (personenbezogenen) Daten stets im Einzelfall zu untersuchen. Des Weiteren ist festzuhalten, dass sich ein gewisses Risiko eines Rechtsmangels und/oder einer Rechtsverletzung des übertragenen Contents kaum auszuschließen lässt. Zudem ist zu erwarten, dass die rasant steigende Bedeutung von Daten und Content bei Transaktionen die Rechtsanwender ebenso wie die Gesetzgebung vor weitere Herausforderungen stellen werden. Zur Verfügung stehende Vergangenheitsdaten über entsprechende Transaktionen könnten bei der Lösung dieser Probleme hilfreich sein.

**Anne Baranowski**, LL.M., ist Rechtsanwältin bei Schalast Rechtsanwälte & Notare in Frankfurt a.M. und berät vor allem im Urheber-, IP/IT- und Wettbewerbsrecht, zum Datenschutz sowie zu Compliance-Themen.



**Ramón Glaß**, LL.M., ist Rechtsanwalt bei Schalast Rechtsanwälte & Notare in Frankfurt a.M. und berät Mandanten insbesondere aus der TMT-Branche in Fragen unter anderem des gewerblichen Rechtsschutzes und des Kartellrechts.



## BGH: Keine analoge Anwendung des § 121 Abs. 2 S. 2 AktG auf die Einberufungsbefugnis des GmbH-Geschäftsführers

**BGH**, Urteil vom 8.11.2016 – II ZR 304/15

ECLI:DE:BGH:2016:081116UIIZR304.15.0

Volltext des Urteils: **BB-ONLINE BBL2017-129-1**

unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

### AMTLICHER LEITSATZ

**§ 121 Abs. 2 Satz 2 AktG ist auf die Einberufungsbefugnis des Geschäftsführers einer GmbH nicht entsprechend anwendbar.**

AktG §§ 121 Abs. 2 Satz 2, 241 Nr. 1; GmbHG §§ 49 Abs. 1, 50 Abs. 3; ZPO § 559 Abs. 1 Satz 1

### SACHVERHALT

Der Kläger ist Gesellschafter der Beklagten, eines Familienunternehmens in der Rechtsform einer GmbH. Er hält einen Geschäftsanteil in Höhe von 49% des Stammkapitals. B. L. hielt zunächst einen Geschäftsanteil in Höhe von 31%, sein Vater P. L., Onkel des Klägers, hielt einen Geschäftsanteil in Höhe von 20%. Einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführer der Beklagten waren der Kläger und B. L. Der Kläger legte sein Geschäftsführeramt zum 30. Juni 2011 nieder.

Im Jahr 2013 kam es zu einem Zerwürfnis zwischen dem Kläger auf der einen Seite sowie B. und P. L. auf der anderen Seite.

Mit Schreiben vom 3. Februar 2014 verlangte der Kläger von B. L. als Geschäftsführer der Beklagten die Einberufung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung u.a. zwecks Abberufung des B. L. als Geschäftsführer. Nachdem B. L. dies mit Schreiben vom 20. Februar 2014 abgelehnt hatte, lud der Kläger mit Schreiben vom 25. Februar 2014 B. L. und seinen damals noch als Gesellschafter in der Gesellschafterliste eingetragenen Vater P. L. zu einer Gesellschafterversammlung am 7. März 2014 unter Mitteilung der bereits zuvor angekündigten Tagesordnung. P. L. trat durch notariellen Vertrag vom 5. März 2014 seinen Geschäftsanteil an seinen Sohn B. L. ab. Die neue Gesellschafterliste wurde am 13. März 2014 in den Registerordner des Handelsregisters aufgenommen.

In der Gesellschafterversammlung vom 7. März 2014, an der P. L. nicht teilnahm und in der der Kläger die Versammlungsleitung übernahm, wurden u.a. die Abberufung von B. L., die fristlose Kündigung seines Anstellungsvertrags sowie die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer beschlossen und von dem Kläger als Versammlungsleiter festgestellt. Die von B. L. hiergegen erhobene Nichtigkeits- und Anfechtungsklage blieb erfolglos. Mit Beschluss vom 21. Juni 2016 (II ZR 148/15) hat der II. Zivilsenat die Nichtzulassungsbeschwerde von B. L. gegen das klageabweisende Urteil des Berufungsgerichts (OLG Köln, 18 U 181/14) zurückgewiesen. Der Versuch des Klägers, die am 7. März 2014 gefassten Beschlüsse im Handelsregister eintragen zu lassen, blieb erfolglos. Jedoch hat das LG Köln durch Urteil im einstweiligen Verfügungsverfahren vom 31. März 2014 B. L. untersagt, die Geschäfte der Beklagten zu führen und die Beklagte zu vertreten, sofern der Kläger nicht zuvor schriftlich zugestimmt habe. Bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung im Anfechtungsverfahren wurden seine Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht dahingehend eingeschränkt, dass mit sofortiger Wirkung nur noch Gesamtvertretungsmacht und Gesamtgeschäftsführungsbefugnis aller Geschäftsführer der Beklagten bestehe.

B. L., handelnd als Geschäftsführer der Beklagten, lud den Kläger mit einem Schreiben vom 11. Juni 2014 zu einer Gesellschafterversammlung am 20. Juni 2014 ein und kündigte als Tagesordnungspunkte u.a. eine Beschlussfassung über die Bestellung seines Vaters P. L. zum Geschäftsführer der Beklagten mit Alleinvertretungsmacht und über die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer an. An der Gesellschafterversammlung nahmen als die (nunmehr) einzigen Gesellschafter sowohl der Kläger als auch B. L. teil. In der Versammlung wurden jeweils gegen die Stimmen des Klägers und ohne Rücksicht auf seine unter anderem die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung betreffenden Rügen die in der Einladung angekündigten Beschlüsse über die Bestellung von P. L. zum Geschäftsführer und über die Abberufung des Klägers gefasst und festgestellt.