

## Mergers & Acquisitions

Ein kartellrechtswidriger Anteilserwerb ist ohne Bedeutung für die Rechtsstellung des Gesellschafters nach § 16 Abs. 1 GmbHG

Unternehmensverkauf: Steuerliche Behandlung des „Exit-Bonus“ beim Geschäftsführer

Verschmelzung durch Aufnahme – Übergang der ordnungswidrigkeitsrechtlichen Haftung der übertragenden Gesellschaft

M&A Versicherungen

Weitere Themen siehe Innenteil

# Ein kartellrechtswidriger Anteilserwerb ist ohne Bedeutung für die Rechtsstellung des Gesellschafters nach § 16 Abs. 1 GmbHG

BGH, Urteil vom 27. Januar 2015 – KZR 90/13 (OLG Frankfurt a.M.)

## Auf den Punkt.

*§ 16 Abs. 1 GmbHG fingiert die Wirksamkeit eines nichtigen Anteilserwerbs, sofern sich dieser in der im Handelsregister neu aufgenommenen Gesellschafterliste widerspiegelt. Dies gilt selbst dann, wenn der Erwerb aufgrund eines Kartellrechtsverstoßes nichtig ist.*

## Vorbemerkung

Ein Anteilserwerb kann aus verschiedenen Gründen nach § 134 BGB nichtig sein, u.a. auch, weil er einen Kartellrechtsverstoß nach § 1 GWB darstellt. Umstritten war bereits nach altem Recht (d.h. vor der GmbH-Reform), wie eine solche Nichtigkeit im Rahmen des § 16 GmbHG zu behandeln ist. Nach § 16 Abs. 1 GmbHG nF gilt nunmehr gegenüber der Gesellschaft derjenige als Inhaber eines Geschäftsanteils, der auch als solcher in der Gesellschafterliste eingetragen ist. Nach altem Recht musste der Erwerb bei der Gesellschaft angemeldet werden.

Nach einer Meinung soll diese gesetzliche Vermutung im Falle eines kartellrechtswidrigen Anteilserwerbs hinter § 134 BGB zurücktreten. Die herrschende Meinung hingegen vertrat bisher die Ansicht, dass im Interesse der Rechtssicherheit § 16 GmbHG der Vorrang einzuräumen sei. Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat diesen Streit nunmehr erstmalig höchstrichterlich entschieden.

## Der Fall

Im Jahre 2001 erwarb die Klägerin einen Geschäftsanteil an der beklagten GmbH. Diese betreibt für ihre Gesellschafter u.a. den zentralen Einkauf von Artikeln und war zum Zeitpunkt des Erwerbs als Mittelstandskartell vom Verbot des § 1 GWB freigestellt. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes waren jedoch mit dem Eintritt der Klägerin als neue Gesellschafterin die Voraussetzungen für eine kartellrechtliche Befreiung nicht mehr gegeben, weshalb es die Trennung von Klägerin und Beklagter anordnete. Daraufhin zog die Beklagte den Geschäftsanteil der Klägerin ein. Die Klägerin beehrte nunmehr mit ihrer Klage die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung aller Leistungen zwischen ihr und der Beklagten, da ihr Beitritt zu letzterer von vornherein aufgrund der Kartellrechtswidrigkeit nichtig gewesen sei.

Das OLG Frankfurt a.M. hatte der Klägerin in zweiter Instanz einen Teilbetrag der mit der Klage verfolgten Forderung zugesprochen. Die hiergegen gerichtete Revision lag nunmehr dem BGH zur Entscheidung vor.

## Die Entscheidung

Der BGH hob die Entscheidung der zweiten Instanz auf und verwies die Sache zurück an das Berufungsgericht. Entgegen dem Vortrag der Klägerin war der BGH der Ansicht, dass ein kartellrechtswidriger Gesellschaftsbeitritt im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter keinen Einfluss auf die Wirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG aF (Gesellschafterstellung kraft Anmeldung bei der Gesellschaft) habe.

Vielmehr diene § 16 Abs. 1 GmbHG aF durch die Fiktion eines wirksamen Anteilserwerbs der Rechtssicherheit und somit indirekt auch dem Gläubigerschutz. So soll die Gesellschaft unabhängig von der wahren Rechtslage berechtigt sein denjenigen, der sich ihr gegenüber als Erwerber ausgewiesen hat, solange als Gesellschafter zu behandeln, bis ihr eine entsprechend Rechtsänderung angezeigt wird. Dies gelte insbesondere im Falle einer gesetzlich angeordneten Nichtigkeit des Erwerbsvorgangs und stünde im konkreten Fall auch nicht im Widerspruch zum geltenden Kartellrecht oder grundsätzlichen kartellrechtlichen Wertungen.

Ausdrücklich weist der BGH darauf hin, dass § 16 Abs. 1 GmbHG aF jedoch keine Wirkung zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer der Anteile entfaltet. Auch ließ er ausdrücklich die Frage offen, ob die bewusste Verletzung eines Verbotsgesetzes bei der Anteilsübertragung die Wirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG aF ausschließe oder beschränke.

## Unser Kommentar

Die Entscheidung des BGH überzeugt und entspricht der schon lange vorherrschenden Meinung in der Literatur. Die kartellrechtliche Bewertung eines Unternehmens kann sich mit der Änderung seiner Beteiligungsstruktur ändern. Insofern ist es aber sowohl im Interesse des Unternehmens, als auch seiner Anteilseigner, dass die Änderung der kartellrechtlichen Lage keine direkte Auswirkung auf die Zusammensetzung der Gesellschaft hat. Vielmehr ist es im Sinne des Kartellrechts ausreichend, wenn die Kartellbehörde mittels Verfügungen oder auch Bußgeldern auf die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands hinwirkt. So können Kartellrecht und unternehmensrechtlich gebotene Rechtssicherheit nebeneinander Bestand haben.

Die Entscheidung des BGH befasst sich zwar nur mit der Wirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG aF, ist jedoch entsprechend auf § 16 Abs. 1 GmbHG nF zu übertragen. Den Urteilsgründen lässt sich nichts Gegenteiliges entnehmen. Insofern gilt trotz Kartellrechtswidrigkeit derjenige gegenüber der Gesellschaft als Gesellschafter, der als solcher in die neue im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste eingetragen ist.



**Andreas Tüxen, LL.M. (American University)**  
Partner  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Berlin  
Telefon +49 30 52133 16258  
andreas.tuexen@luther-lawfirm.com



**Moritz Mentzel**  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Berlin  
Telefon +49 30 52133 24650  
moritz.mentzel@luther-lawfirm.com

# Unternehmensverkauf: Steuerliche Behandlung des „Exit-Bonus“ beim Geschäftsführer

### Auf den Punkt.

*Bei der Gewährung von Exit-Boni an Manager des zu verkaufenden Unternehmens für den Fall eines erfolgreichen Unternehmensverkaufs muss grundsätzlich mit vollständiger Steuerpflicht dieser Bonuszahlung gerechnet werden. Um sich die Möglichkeit einer begünstigten Besteuerung offenzuhalten, sind bereits bei Ausgestaltung der Bonus-Zusage Aspekte wie Anteilseignerschaft, Mitveräußerungspflicht, etc. zu berücksichtigen.*

Um den Wert eines Unternehmens im Hinblick auf einen künftigen Verkauf zu steigern, sind die Gesellschafter in der Regel auf das entsprechende Tätigwerden des Managements angewiesen. Als Incentive wird den Geschäftsführern daher für den Fall eines erfolgreichen Exits eine Sonderzahlung in Aussicht gestellt. In einem jüngst durch das Finanzgericht Münster entschiedenen Fall (FG Münster v. 12.12.2014, Az. 4 K 1918/13 E) ging es um die steuerliche Behandlung des dem Geschäftsführer eingeräumten zusätzlichen Anteils am Veräußerungserlös.

Der Kläger des Streitfalles war als Geschäftsführer einer GmbH tätig und an dieser auch als Minderheitsgesellschafter beteiligt. Im Fall eines Verkaufs der GmbH-Anteile sollte der Geschäftsführer einen Teil des Veräußerungserlöses der Hauptgesellschafter als «Exit-Bonus» erhalten, wobei ein Verkauf des Minderheitsanteils des Klägers nicht Voraussetzung für die Bonus-Gewährung war. Im Jahr 2006 veräußerten alle Gesellschafter sämtliche GmbH-Anteile an einen Dritten. Den auf den verkauften Anteil des Klägers entfallenden Erlös behandelte das Finanzamt als steuerlich begünstigten Veräußerungsgewinn (heute Teileinkünfteverfahren, damals noch Halbeinkünfteverfahren), den «Exit-Bonus» jedoch als voll steuerpflichtigen Arbeitslohn. Der Kläger vertrat dagegen die Ansicht, dass auch der «Exit-Bonus» als «disquotaler

Veräußerungsgewinn» steuerlich begünstigter Veräußerungsgewinn sei.

Das FG Münster bestätigte die Position des Finanzamts, dass der «Exit-Bonus» kein steuerlich begünstigter Veräußerungsgewinn ist. Der Idee, den Gesamt-Veräußerungserlös den verkaufenden Gesellschaftern für Steuerzwecke «disquotale» zuzurechnen, erteilte das Gericht eine klare Abfuhr, da ein solches Konzept mit dem Steuerrecht nicht vereinbar sei. Auch sah das Gericht keinen Kausalzusammenhang zwischen der Veräußerung durch den Kläger und dem «Exit-Bonus», da der Kläger keine vertragliche Mitveräußerungspflicht hatte und ein solcher Bonus auch Geschäftsführern gewährt wurde, die gar nicht Gesellschafter und somit auch nicht Verkäufer waren.

Das Gericht bestätigte damit die volle Steuerpflicht der Bonuszahlung, wobei es offenließ, ob es sich dabei um Arbeitslohn oder Einkünfte aus selbständiger Arbeit (Dienstleistung an die Hauptgesellschafter) handelt.



**Nicole Fröhlich**  
Partnerin  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt a.M.  
Telefon +49 69 27229 24830  
nicole.froehlich@luther-lawfirm.com



**Tilo Künstler**  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt a.M.  
Telefon +49 69 27229 24670  
tilo.kuenstler@luther-lawfirm.com

## Verschmelzung durch Aufnahme – Übergang der ordnungswidrigkeitsrechtlichen Haftung der übertragenden Gesellschaft

### Auf den Punkt.

*Die Verschmelzungsrichtlinie ist dahin auszulegen, dass eine „Verschmelzung durch Aufnahme“ im Sinne der Richtlinie bewirkt, dass auf die übernehmende Gesellschaft die Verpflichtung zur Zahlung einer Geldbuße übergeht, die nach der Verschmelzung mit einer endgültigen Entscheidung verhängt wird, aber arbeitsrechtliche Zuwiderhandlungen ahndet, die die übertragende Gesellschaft vor der Verschmelzung begangen hatte.*

### BGH, Urteil vom 27. Januar 2015 – KZR 90/13 (OLG Frankfurt a.M.)

#### Der Fall

Ein Anteilserwerb kann aus verschiedenen Gründen nach § 134 BGB nichtig sein, u.a. auch, weil er einen Kartellrechtsverstoß nach § 1 GWB darstellt. Umstritten war bereits nach altem Recht (d.h. vor der GmbH-Reform), wie eine solche Nichtigkeit im Rahmen des § 16 GmbHG zu behandeln ist. Nach § 16 Abs. 1 GmbHG nF gilt nunmehr gegenüber der Gesellschaft derjenige als Inhaber eines Geschäftsanteils, der auch als solcher in der Gesellschafterliste eingetragen ist. Nach altem Recht musste der Erwerb bei der Gesellschaft angemeldet werden.

Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits war die Verhängung einer Geldbuße gegen eine Gesellschaft, die übertragender Rechtsträger im Rahmen einer Verschmelzung war, aufgrund von Zuwiderhandlungen gegen das portugiesische Arbeitsrecht. Die relevanten Zuwiderhandlungen waren vor der Verschmelzung begangen worden. Das Vorlageersuchen

hatte die Frage zum Gegenstand, ob bei einer Verschmelzung durch Aufnahme der Übergang des gesamten Aktiv- und Passivvermögens der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft auch den Übergang der Haftung für Geldbußen wegen Ordnungswidrigkeiten, die die übertragende Gesellschaft vor der Verschmelzung begangen hatte, auf die übernehmende Gesellschaft einschließen kann.

## Die Entscheidung

Der EuGH hat hierbei zunächst geprüft, ob eine nach der Verschmelzung durch Aufnahme verhängte Geldbuße wegen vor dieser Verschmelzung begangener Zuwiderhandlungen als Teil des Passivvermögens der übertragenden Gesellschaft anzusehen ist.

Zunächst ist unstrittig, dass eine mit endgültiger Entscheidung vor der Verschmelzung der beiden Gesellschaften verhängte, aber noch nicht beglichene Geldbuße einen Teil des Passivvermögens der übertragenden Gesellschaft bildet, da der Betrag einer solchen Geldbuße als Schuld dieser Gesellschaft gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat anzusehen.

Dagegen besteht hinsichtlich der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegenden Situation, in der eine Geldbuße erst nach der Verschmelzung der fraglichen Gesellschaften festgesetzt wurde, Uneinigkeit zwischen einigen Regierungen sowie der Europäischen Kommission darüber, ob die Verpflichtung zur Zahlung dieser Geldbuße zum Passivvermögen der übertragenden Gesellschaft gehört.

Die hier entscheidende Regelung in Art. 19 der Verschmelzungsrichtlinie bewirkt nicht nur, dass eine Verschmelzung durch Aufnahme ipso iure und somit automatisch den Übergang des gesamten Aktiv- und Passivvermögens der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft bewirkt, sondern in seinem Buchst. c auch, dass die übertragende Gesellschaft erlischt. Daraus folgt, dass ohne den Übergang der ordnungswidrigkeitsrechtlichen Haftung auf die übernehmende Gesellschaft als Teil des Passivvermögens der übertragenden Gesellschaft diese Haftung erlöschen würde.

Ein solches Erlöschen widerspräche dem Wesen der Verschmelzung durch Aufnahme, da eine solche Verschmelzung in dem Übergang des gesamten Vermögens der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft im Wege der Auflösung ohne Abwicklung besteht.

Die Richtlinie bezweckt auch den Interessenschutz Dritter, hierzu gehören auch Rechtssubjekte, die zum Zeitpunkt der Verschmelzung noch nicht Gläubiger der übertragenden Gesellschaft waren, aber nach der Verschmelzung als solche aufgrund von Sachverhalten eingestuft werden können, die bereits vor der Verschmelzung entstanden sind, wie die vorliegenden Zuwiderhandlungen, die erst nach der Verschmelzung durch eine Entscheidung festgestellt werden

Ginge die ordnungswidrigkeitsrechtliche Haftung der übertragenden Gesellschaft für eine Geldbuße wegen solcher Zuwiderhandlungen nicht auf die übernehmende Gesellschaft über, so wären die Interessen des Mitgliedstaats, dessen zuständige Behörden diese Geldbuße verhängt haben, nicht geschützt.

Der Übergang der Haftung widerspricht nicht Gläubigerinteressen der übernehmenden Gesellschaft, da sich diese durch entsprechende Offenlegungspflichten und Garantien in der Verschmelzungsvereinbarung schützen können.

Ferner könnte die übernehmende Gesellschaft vor der Verschmelzung eine eingehende Prüfung der wirtschaftlichen und rechtlichen Situation der Gesellschaft durchführen, um einen umfassenderen Einblick in die Verpflichtungen der Gesellschaft zu erlangen.

## Unser Kommentar

Mit dieser Entscheidung statuiert der EuGH, dass selbst rechtliche „Anwartschaften“, auch wenn diese noch nicht durch entsprechende Festsetzung entstanden sind, im Rahmen der Verschmelzung auf den neuen Rechtsträger übergehen. Eine solche „ordnungswidrigkeitsrechtliche Haftung“ als umwandlungsrechtlichen Regelungsgegenstand zu qualifizieren, beruht anscheinend darauf, dass es sich hierbei um eine Belastung des übertragenen Vermögens mit der Zugriffsmöglichkeit der Verfolgungsbehörden handelt. Damit erfolgt eine Verknüpfung zwischen der Vermögensmasse des „Täters“ und dessen Verantwortlichkeit, die dabei allerdings nicht als von der Person des Täters untrennbare Vorwerfbarkeit seines Verhaltens angesehen wird. Der EuGH gibt keine Antwort auf die Frage nach dem Rechtscharakter einer Bußgeldsanktion – und zwar sowohl im Stadium vor als auch nach ihrer Festsetzung.



**Dr. Daniel Schubmann**  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Hannover  
Telefon +49 511 5458 16810  
daniel.schubmann@luther-lawfirm.com

# Einsatz von M&A Versicherungen bei Transaktionen

## Auf den Punkt.

M&A Versicherungslösungen gewinnen bei M&A Transaktionen zunehmend an Bedeutung. Die Versicherungen können von Käufern und Verkäufern eingesetzt werden. Darüber sollte bereits bei der Strukturierung nachgedacht werden.

Im deutschen M&A Markt kommen bei Transaktionen zunehmend M&A Versicherungen, sogenannte Warranty & Indemnity Insurances (W&I-Versicherungen), zum Einsatz. Der deutsche M&A Markt folgt damit auch insoweit dem angelsächsischen Raum, in dem M&A Versicherungen bereits seit einigen Jahren verbreitet sind.

W&I Versicherungen lassen sich in M&A Transaktionen in unterschiedlichen Situationen einsetzen. Häufig wird über eine Versicherungslösung nachgedacht, wenn sich die Vertragsparteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen nicht über Inhalt und Umfang einzelner Garantien bzw. die Absicherung einzelner Risiken einigen können. In diesen Fällen kann die W&I Versicherung helfen, festgefahrene Verhandlungen wieder in Gang zu bringen und ein Scheitern der Transaktion zu verhindern. Für den Verkäufer bietet sich die W&I Versicherung an, wenn er nur eine beschränkte Anzahl von Garantien abgeben kann oder will, zugleich aber keine negativen Auswirkungen auf die Verkaufbarkeit oder den Kaufpreis hinzunehmen bereit ist. W&I Versicherungen werden deshalb auch häufig von Private Equity Investoren beim Exit eingesetzt. Sind die Verkäufer natürliche Personen, steht beim Abschluss der Versicherungen häufig der Gedanke im Vordergrund, den soeben durch den Verkauf realisierten Kaufpreis in seinem Bestand zu schützen. Der Käufer kann die W&I Versicherung zudem als Solvenzschutz der Verkäufer einsetzen und dann ggf. auf andere marktübliche Sicherheiten (Treuhandkonten, Bankgarantien, Kaufpreiseinbehalte) verzichten.

Aktuell werden die M&A Versicherungen im deutschen Recht noch überwiegend zur Absicherung von Einzelrisiken eingesetzt. Es ist grundsätzlich aber auch möglich, mehrere Risiken, ganze Garantiekataloge oder gar Freistellungsverpflichtungen einschließlich steuerlicher Sachverhalte abzusi-

chern. Ob und in welchem Umfang ein Versicherungsschutz erreicht werden kann, kommt auf den Einzelfall an und bedarf einer sorgfältigen Prüfung von Seiten der Versicherung, die hierfür teilweise auch eigene Berater einsetzen wird. Der dafür erforderliche Zeitbedarf sollte sorgfältig bedacht werden. Mit Einschaltung einer Versicherung erhöht sich deshalb die Komplexität der Transaktion weiter, und zwar zu einem Zeitpunkt, in dem die Verhandlungen bereits weit fortgeschritten sind. Um hier negative Überraschungen zu vermeiden, sollte bereits bei der Strukturierung überlegt werden, ob und gegebenenfalls welche Rolle Versicherungslösungen in der Transaktion spielen können.

Unabhängig davon kann der Einsatz von W&I Versicherungen aber dazu beitragen, schwierige Verkaufsprozesse erfolgreich zu gestalten. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sich die W&I Versicherungen am M&A Markt weiter durchsetzen werden, zumal die Versicherungslösungen aktuell (noch) zu einem interessanten Preis-/Leistungsverhältnis angeboten werden.



**Dr. Thomas Kuhnle**

Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Stuttgart

Telefon +49 711 9338 19193

thomas.kuhnle@luther-lawfirm.com

# Regulatorische Erleichterungen für chinesische Investoren bei Unternehmensakquisitionen

## Auf den Punkt.

Das für Unternehmensakquisitionen chinesischer Unternehmen im Ausland bestehende chinesische Genehmigungsregime wurde grundlegend reformiert. Die Reform steigert hierzulande die Wettbewerbsfähigkeit chinesischer Investoren insbesondere bei M&A-Projekten, in denen das zu veräußernde Unternehmen im Wege eines kompetitiven Bieterprozesses zum Verkauf gestellt wird.

Die Zahl chinesischer Unternehmensakquisitionen in Europa nimmt seit Jahren beständig zu. Deutsche Industrieunternehmen sind bei den chinesischen Investoren besonders gefragt.

Bis vor kurzem bedurfte jede Unternehmensakquisition eines chinesischen Unternehmens im Ausland der vorherigen Genehmigung verschiedener chinesischer Behörden. Die Zuständigkeiten richteten sich nach den Umständen des Einzelfalls. Drei chinesische Behörden waren stets einzubeziehen, nämlich die National Development and Reform Commission (NDRC), das Ministry of Commerce (MOFCOM) und die State Administration of Foreign Exchange (SAFE). Je nach den Umständen des Einzelfalls konnte die Zuständigkeit weiterer Behörden begründet sein.

Auch und gerade aus Verkäufersicht konnte das Bestehen dieser Genehmigungserfordernisse unter den Gesichtspunkten der Transaktionsgeschwindigkeit und Transaktionssicherheit nachteilige Auswirkungen auf den Transaktionsprozess haben. Einer der Gründe, weswegen es hierzulande chinesische Investoren bislang oft schwer hatten, sich in kompetitiven Bieterprozessen über zum Verkauf stehende Unternehmen gegenüber Bietern aus anderen Jurisdiktionen durchzusetzen.

Der chinesische Gesetzgeber hat diese Problematik erkannt und das Genehmigungsregime durch mehrere Reformen deutlich vereinfacht.

Das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung durch NDRC und MOFCOM besteht nun grundsätzlich nur noch bei Unternehmensakquisitionen in sensiblen Ländern und Regionen oder sensiblen Industrien. Für alle anderen Unternehmensakquisitionen im Ausland besteht nur noch ein Anmeldeerfordernis. Da Deutschland nicht als sensibles Land gilt und zumindest bislang der Akquisitionsfokus chinesischer Investoren in Deutschland nicht auf Unternehmen aus sensiblen Industrien lag, dürfte das Anmeldeerfordernis nun den Regelfall für die M&A-Aktivitäten chinesischer Unternehmen in Deutschland bilden, eine explizite Genehmigung also nicht mehr erforderlich sein.

Der neue Rechtsrahmen sieht sowohl für das Anmelde- als auch für das Genehmigungsverfahren konkrete Verfahrensfristen vor. Besonders hervorzuheben sind die kurzen Entscheidungsfristen im Anmeldeverfahren. So hat NDRC innerhalb von 7 Werktagen und MOFCOM innerhalb von 3 Werktagen nach Eingang der vollständigen Anmeldeunterlagen eine entsprechende Anmeldebestätigung auszustellen. Im Genehmigungsverfahren belaufen sich die behördlichen Entscheidungsfristen auf einen Zeitraum von mindestens 20 Werktagen, können nach den Umständen des Einzelfalls aber auch deutlich länger ausfallen. Neu ist jedoch auch, dass das MOFCOM-Verfahren nicht mehr den erfolgreichen Abschluss des NDRC-Verfahrens voraussetzt, sondern nun bereits parallel dazu angestoßen werden kann. Final binden darf sich der chinesische Investor allerdings weiterhin erst mit Erteilung der behördlichen Genehmigung bzw. Anmeldebestätigung.

Beim Eintritt in ein Bieterverfahren oder sonstiges M&A-Projekt im Ausland mit einem Investitionsvolumen von mehr als 300 Mio. US-Dollar hat der chinesische Investor die NDRC in Gestalt eines Projektinformationsreports über sein Vorhaben zu unterrichten, bevor er mit substantieller Transaktionsarbeit beginnt. Dies gestattet der NDRC einen frühzeitigen Überblick und möglicherweise auch gewissen Einfluss darauf, welche chinesischen Investoren in welche strategischen M&A-Projekte im Ausland eintreten.

Auch in devisenrechtlicher Hinsicht sind signifikante Erleichterungen für Unternehmensakquisitionen chinesischer Investoren im Ausland zu verzeichnen. Diese betreffen unter anderem die administrativen Hürden bei der Gewährung grenzüberschreitender Darlehen und Sicherheiten sowie dem vorläufigen Auslandstransfer von Finanzmitteln zur Begleichung der im Zuge von Akquisitionsvorhaben entstehenden Kosten. Besonders hervorzuheben ist zudem die jüngst erfolgte Übertragung devisenregulatorischer Aufgaben durch SAFE auf die chinesischen Banken. Dank dieser Neuerung

kann ein chinesisches Unternehmen die devisa-regulatorischen Aspekte seines M&A-Projekts im Ausland nun weitgehend direkt mit seiner chinesischen Hausbank abstimmen, ohne sich zuvor selbst an SAFE wenden zu müssen.



**Dr. Felix Stamer**  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Düsseldorf  
Telefon +49 211 5660 18730  
felix.stamer@luther-lawfirm.com



**Xi Xie, LL.M. (University of Virginia)**  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Düsseldorf  
Telefon +49 211 5660 18711  
xi.xie@luther-lawfirm.com

## Unternehmensverkauf und Kundendaten – Erhebliches Bußgeld wegen Datenschutzverstoß verhängt

### Auf den Punkt.

*Das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht (BayLDA) hat sowohl gegen den Verkäufer als auch den Käufer eines Unternehmens nach eigener Aussage „erhebliche“ Bußgelder in fünfstelliger Höhe verhängt. Hintergrund ist die unzulässige Übermittlung von Kundendaten im Rahmen eines Asset-Deals und deren spätere Nutzung für werbliche Zwecke. Das BayLDA hat angekündigt, auch in weiteren geeigneten Fällen dieser Art Verstöße mit Geldbußen zu ahnden. Unternehmen und auch Insolvenzverwalter sind daher gut beraten, vor jedem Deal zu prüfen, ob die geplante Weitergabe und anschließende Nutzung der Daten datenschutzrechtlich erlaubt ist.*

### Der Fall

Ein Online-Shop wurde im Rahmen eines Asset-Deals verkauft. Gegenstand des Deals waren u.a. die Daten der Kunden des Online-Shops. Neben Name und Anschrift wurden zudem die E-Mail-Adressen der Kunden veräußert. Der Erwerber wollte diese Daten u.a. für werbliche Zwecke nutzen.

Nach dem geltenden Datenschutzrecht handelt es sich bei den Namen, Anschriften und E-Mail-Adressen der Kunden um personenbezogene Daten. Deren Erhebung, Verarbeitung und Übermittlung ist nur zulässig, wenn entweder eine gesetzliche Grundlage den geplanten Umgang mit den Daten erlaubt oder der Kunde seine ausdrückliche vorherige Einwilligung erteilt hat. Gleiches gilt für die werbliche Nutzung. Sowohl das Unternehmen, das die Daten übermittelt, als auch das Unternehmen, das die Daten anschließend erhebt und nutzt,



tragen als so genannte „verantwortliche Stellen“ die Verantwortung für die Zulässigkeit des Umgangs mit den Daten. Ein unzulässiger Umgang kann nach dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) je nach Sachverhalt als Ordnungswidrigkeit mit Geldbußen bis zu EUR 300.000,00 geahndet werden.

## Die Entscheidung

Das BayLDA konnte weder für die Übermittlung der Daten durch den Verkäufer noch für die anschließende Erhebung und werbliche Nutzung durch den Käufer eine gesetzliche Grundlage erkennen. Eine Einwilligung der Kunden lag ebenfalls nicht vor. Es verhängte daher gegen beide jeweils ein erhebliches Bußgeld in fünfstelliger Höhe wegen unzulässigem Umgang mit personenbezogenen Daten. Es wies darauf hin, dass bei dem BayLDA immer wieder Beschwerden von betroffenen Kunden eingingen, die z.B. E-Mail-Werbung von ihnen unbekanntem Unternehmen erhielten. Das BayLDA würde im Rahmen des Beschwerdeverfahrens häufig zu dem Ergebnis kommen, dass das werbende Unternehmen die Daten im Rahmen eines Asset-Deals erhalten habe. Der Erwerb der Daten würde – wie im vorliegenden Fall – allerdings häufig unter Verstoß gegen das geltende Datenschutzrecht erfolgen.

Die Übermittlung von personenbezogenen Daten für Werbezwecke ist z.B. nach § 28 Abs. 3 BDSG ohne Einwilligung des Kunden zulässig, wenn lediglich sein Name und seine Postanschrift übermittelt werden (so genanntes Listenprivileg). Das übermittelnde Unternehmen muss dokumentieren, an wen es die Daten übermittelt hat und diese Information für zwei Jahre speichern. Für den Empfänger gilt dies entsprechend. Beide müssen dem Kunden auf Anfrage Auskünfte über die Daten etc. erteilen, § 34 Abs. 1a BDSG.

Die Übermittlung weiterer Daten, wie z.B. E-Mail-Adressen, Telefonnummern, Kreditkarteninformationen oder auch Kundenhistorien ist indes nur zulässig, wenn die Kunden vorab ausdrücklich eingewilligt haben oder zumindest im Vorfeld auf die geplante Übermittlung hingewiesen wurden, ihnen ein Widerspruchsrecht eingeräumt wurde und sie nicht widersprochen haben. Damit kann zumindest die Übermittlung legitimiert werden.

Sollen diese Daten im Anschluss für Werbezwecke genutzt werden, ist dies nach Auffassung des BayLDA ohne ausdrückliche vorherige Einwilligung des Kunden nicht zulässig. Neben dem BDSG muss der Käufer nämlich auch die Regelungen des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs (UWG) beachten. § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG sehen insoweit vor, dass der Kunde vorab in die werbliche Ansprache eingewilligt haben muss. Das oben genannte Widerspruchs-

recht gegen die Übermittlung reicht nicht aus, um dieser Anforderung Genüge zu tun.

## Unser Kommentar

Im Rahmen eines Asset Deals werden sämtliche Wirtschaftsgüter eines Unternehmens an den Verkäufer übertragen. Personenbezogene Daten stellen dabei einen erheblichen wirtschaftlichen Wert dar, da sie dem Käufer u.a. eine personalisierte Werbeansprache ermöglichen. Diese Ansprache birgt allerdings – wie das BayLDA zu Recht festgestellt hat – sowohl nach BDSG als auch nach UWG Risiken.

Dabei ist zunächst danach zu differenzieren, ob (1) das zwischen Verkäufer und Kunde bestehende Vertragsverhältnis weitergeführt werden soll oder ob (2) die Daten ohne vertragliche Bindung vom Käufer erhoben wurden.

In Fall (1) müssen die Kunden der Übertragung ihrer Vertragsbeziehung ohnehin zustimmen. Bei Zustimmung ist jedenfalls die Übermittlung der Daten zulässig. Die Ansprache dieser Kunden für Werbezwecke

- per Post kann auf Grundlage des Listenprivilegs legitimiert werden, § 28 Abs. 3 BDSG.
- per E-Mail bedarf nach UWG und BDSG grundsätzlich einer Einwilligung des Kunden. Allerdings sieht das UWG für die Ansprache von Kunden, die ihre E-Mail-Adresse im Rahmen des Verkaufs einer Ware oder Dienstleistung an ihren Geschäftspartner übermittelt haben, eine Ausnahme vor: Hier muss lediglich bei Erhebung der E-Mail-Adresse und sodann bei jeder Ansprache auf das Recht zum Widerspruch gegen diese Nutzung hingewiesen werden, § 7 Abs. 3 UWG. Da jedoch eigentlich der Verkäufer der Geschäftspartner ist, an den die E-Mail-Adresse übermittelt wurde und zum anderen sichergestellt sein muss, dass durch diesen auch eine ordnungsgemäße Belehrung über das Widerspruchsrecht erfolgt ist, ergeben sich bei dieser Lösung gewisse Risiken für den Käufer. Insofern empfiehlt sich auch hier die Einholung einer Einwilligung.
- per Telefon bedarf jedenfalls einer Einwilligung.

Im Fall (2) ist ebenfalls eine Einwilligung erforderlich.

Fraglich ist, ob der Käufer eine neue Einwilligung einholen muss oder eine gegenüber dem Verkäufer erklärte Einwilligung auch gegenüber dem Käufer gilt. Die Rechtsprechung hat diesen Fall noch nicht geklärt. Hier kann ggf. argumentiert werden, dass zumindest im Fall der Übernahme des vertrag-

lichen Verhältnisses die Einwilligung ebenfalls übergeht. Rein vorsorglich sollte diese jedoch bei Einholung der Zustimmung zur Übertragung zusätzlich neu eingeholt werden.

Besteht zwischen Verkäufer und Kunde kein vertragliches Verhältnis, sollte der Verkäufer den Kunden um seine Einwilligung bitten, die explizit die Bewerbung durch den Käufer umfassen sollte. Alternativ könnte eine über das Listenprivileg legitimierte postalische Ansprache durch den Käufer erfolgen, in der um die Einwilligung für die werbliche Ansprache per E-Mail oder Telefon gebeten wird.

Im Ergebnis sollte vor einem Asset-Deal vertieft geprüft werden, ob die Daten, die verkauft werden, tatsächlich werthaltig sind und unter Beachtung des Datenschutzrechts für die geplanten Zwecke genutzt werden können. Für die aufgrund fehlender Einwilligungen unzulässige werbliche Ansprache der Kunden haftet nach dem BDSG und UWG in jedem Fall der Käufer.



**Silvia C. Bauer**

Partnerin

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Köln

Telefon +49 221 9937 25795

[silvia.c.bauer@luther-lawfirm.com](mailto:silvia.c.bauer@luther-lawfirm.com)

### Impressum

*Verleger:* Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0  
Telefax +49 221 9937 110, [contact@luther-lawfirm.com](mailto:contact@luther-lawfirm.com)  
*V.i.S.d.P.:* Dr. Thomas Kuhnle, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft  
mbH, Augustenstraße 7, 70178 Stuttgart, Telefon +49 711 9338  
19193 , Telefax +49 711 9338 110  
[thomas.kuhnle@luther-lawfirm.com](mailto:thomas.kuhnle@luther-lawfirm.com)

*Copyright:* Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme. Falls Sie künftig keine Informationen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Stichwort „Mergers & Acquisitions“ an [unsubscribe@luther-lawfirm.com](mailto:unsubscribe@luther-lawfirm.com)

### Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist das deutsche Mitglied von Taxand, einem weltweiten Zusammenschluss unabhängiger Steuerberatungsgesellschaften.

Berlin, Brüssel, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig,  
London, Luxemburg, München, Shanghai, Singapur, Stuttgart, Yangon

Luther Corporate Services: Delhi-Gurgaon, Kuala Lumpur, Shanghai, Singapur, Yangon

Ihren Ansprechpartner finden Sie auf [www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com).

**Auf den Punkt. Luther.**



[www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com)

