

TRANSITION SERVICE AGREEMENTS

BEDEUTEND FÜR WIRTSCHAFTLICHEN ERFOLG EINER TRANSAKTION

Informationstechnologie (IT) ist in Unternehmen immer häufiger zentralisiert. Bei Unternehmensveräußerungen kann es für den wirtschaftlichen Erfolg einer Transaktion entscheidend sein, mit dem Verkäufer das Erbringen von IT-Leistungen zu vereinbaren.

Werden Teile eines Unternehmens oder Unternehmensverbandes veräußert, sind sie häufig nicht sofort unabhängig vom Verkäufer operabel, insbesondere wenn der Verkäufer IT-Leistungen unternehmensweit zentralisiert hat. Dann helfen Transition Service Agreements (TSA), nach denen der Verkäufer für eine Übergangsphase IT-Leistungen an den Käufer erbringt. Angesichts der Angewiesenheit des übertragenen Unternehmensteils auf diese Leistungen, kann ein TSA entscheidende Bedeutung für den wirtschaftlichen Erfolg einer Transaktion haben. Inhalt und Umfang des TSA sollten daher frühzeitig, regelmäßig schon während der Due Diligence, bedacht werden.

Fokus auf Leistungsbeschreibung im TSA

Zentrale Bedeutung hat die Beschreibung der nach dem TSA zu erbringenden Leistungen. Schon im Rahmen der Due Diligence sollte daher geprüft werden, welche bisher unternehmensinternen Leistungen der Geschäftsbetrieb des übergehenden Unternehmensteils benötigt, die weder der Käufer noch ein Dienstleister nahtlos übernehmen kann. Darauf folgt die Analyse, ob es sinnvoll ist, dass der Käufer die Leistungen vom Verkäufer bezieht. Alternativ kann der interne Dienstleistungsbereich an den Käufer mitverkauft werden und der Käufer für eine Übergangsphase Dienstleistungen an den Verkäufer erbringen.

Schwierigkeiten bereitet die Leistungsbeschreibung, wenn trotz Due Diligence nicht im Detail feststeht, welche Leistungen für den übergehenden Unternehmensteil gebraucht werden. Dann bietet sich eine generische Regelung an, wonach der Verkäufer sämtliche Dienstleistungen zu erbringen hat, die für die Fortführung des Geschäftsbetriebs des veräußerten Unternehmensteils erforderlich sind.

Fußangel für die Leistungserbringung

Bei der Due Diligence und bei der Leistungsbeschreibung sollte die Nutzung von Software und von gewerblichen Schutzrechten besonderes Augenmerk genießen. Es kommt nicht

selten vor, dass dem Verkäufer Nutzungsrechte fehlen, um die gewünschten Dienstleistungen an den Käufer zu erbringen. Dies kann zum Beispiel im Hinblick auf die genutzte Unternehmenssoftware von SAP der Fall sein. Die einschlägigen Lizenzverträge schließen häufig die Leistungserbringung an Dritte aus, auch wenn sich die Nutzerzahl dabei nicht erhöht. Ab dem Inhaberwechsel ist der veräußerte Unternehmensteil in diesem Sinne Dritter, sodass die Leistungserbringung zusätzliche Nutzungsrechte voraussetzt. Wird dies nicht berücksichtigt, kann das weitreichende Folgen haben. Dem Käufer drohen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche. Dem Verkäufer drohen darüber hinaus vertragliche Konsequenzen, zum Beispiel Strafzahlungen oder mit Aufwand verbundene Audits durch den Lizenzgeber.

Ordnungsgemäße Leistungserbringung

Anders als bei einem herkömmlichen IT-Vertrag, ist die Erbringung von IT-Dienstleistungen für den Verkäufer eine Aufgabe mit Lästigkeitswert. Die Lästigkeit ist besonders stark, wenn für die Leistungen und die Bindung der Ressourcen des Verkäufers nur Kosten erstattet werden. Für den Käufer sind ordnungsgemäße Leistungen dagegen essenziell, weil der Leistungserbringer in der Übergangsphase nicht austauschbar ist. Sonst übliche Benchmarking-Regelungen beinhalten meist ein längeres Verfahren und sind zur Absicherung der Käufer-Interessen häufig ungeeignet.

Als Motivation bieten sich daher vor allem zwei Instrumentarien an: So kann ein Teil der Kaufpreiszahlung von der erfolgreichen Dienstleistungserbringung in der Übergangsphase abhängig gemacht werden. Alternativ können Service Level mit spürbaren Vertragsstrafen bei Nichterfüllung vereinbart werden. In diesem Bereich hat sich ein „Score Card“-Modell bewährt: Hier werden auf Basis einer historischen Betrachtung der bisherigen (unternehmensinternen) Leistungen Vorgaben für die Leistungserbringung in der Übergangsphase entwickelt. Dies setzt wieder die genaue Kenntnis des Kaufgegenstandes voraus, weshalb auch dieser Aspekt bereits bei der Due Diligence zu beachten ist.

DIE AUTOREN

Dr. Wolfgang Freiherr Raitz von Frentz

ist Partner im Münchener Büro von McDermott Will & Emery Rechtsanwälte Steuerberater LLP und Co-Head der deutschen Praxisgruppe Telekommunikation, Medien und Technologie (TMT). Dr. von Frentz berät seit fast 20 Jahren bei komplexen Projekten im TMT-Sektor. Er vertritt Mandanten regelmäßig vor Gericht, unter anderem in den Bereichen Telekommunikations- und Medienrecht, Informationstechnologie, Urheberrecht und Patentrecht; in den genannten Bereichen hat er zahlreiche Fachartikel publiziert.

**Dr. Christian Masch** ist

Partner im Münchener Büro von McDermott Will & Emery Rechtsanwälte Steuerberater LLP und Mitglied der deutschen Praxisgruppe Telekommunikation, Medien und Technologie (TMT). Er ist auf dem Gebiet der Prozessführung tätig und berät Mandanten unter anderem in den Bereichen Telekommunikations- und Medienrecht, Informationstechnologie, Urheber-, Wettbewerbs- und Datenschutzrecht. Dr. Masch veröffentlicht regelmäßig zu aktuellen Themen aus diesen Rechtsbereichen.



Schließlich ist der Gesichtspunkt der Leistungsanreize im Rahmen des Haftungsregimes zu berücksichtigen. Meist fordert der Verkäufer einen umfassenden Haftungsausschluss, weil er die Leistungen zum Selbstkostenpreis erbringt. Hier gilt es, die Verbindung zum Kaufvertrag herzustellen und deutlich zu machen, dass die einem Haftungsfall zugrunde liegenden Umstände den Erfolg der gesamten Transaktion für den Käufer infrage stellen können.

Kartellrechtliche Prüfung

Auch das Kartellrecht kann zur Fußangel für ein TSA werden. Kauft ein Wettbewerber einen Unternehmensteil, kann ein lang laufender IT-Dienstleistungsvertrag den Tatbestand eines Unternehmenszusammenschlusses erfüllen. So ist es nicht ungewöhnlich, dass IT-Dienstleistungen über drei oder mehr Jahre erbracht werden sollen, wenn es für den Käufer nicht lohnenswert ist, diese von Dritten zu beziehen oder entsprechende Ressourcen selbst aufzubauen. Beliebt ist diese Vorgehensweise bei Käufern, die das Zielunternehmen mittelfristig weiterveräußern möchten. Der Aufbau von Ressourcen außerhalb des Kerngeschäfts, wie IT-Dienstleistungen, wird dann als störend und unwirtschaftlich bewertet. Wenn dies beabsichtigt ist, sollte eine kartellrechtliche Bewertung erfolgen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, inwieweit der Verkäufer über die Erbringung von IT-Dienstleistungen Kenntnis von den Geschäftsgeheimnissen des Käufers erlangen kann.

Datenschutz und Datensicherheit

Verarbeitet der Verkäufer für den veräußerten Unternehmensteil personenbezogene Daten, empfiehlt sich die Vereinbarung einer Auftragsdatenverarbeitung mit den relevanten Direk-

tions-, Informations- und Kontrollrechten. Zusätzlich ist es wichtig, den Datenschutz, zum Beispiel für Kundenlisten, vertraglich abzusichern, etwa durch die Definition des Personenkreises mit Zugriffsberechtigung sowie eine Vertragsstrafe.

Umgang mit Meinungsverschiedenheiten

Aus Sicht des Käufers dürfen Meinungsverschiedenheiten über Umfang oder Qualität der Leistungserbringung nicht zu Verzögerungen führen, weil auch dies den Erfolg der Transaktion gefährden kann. Daher bietet sich eine Regelung im TSA an, wonach der Verkäufer im Fall einer Meinungsverschiedenheit die vom Käufer geforderte, mögliche und zumutbare Leistung zu erbringen hat und der Käufer die dafür geforderte, angemessene Vergütung zahlt. Die abschließende Klärung der geschuldeten Leistung und Vergütung erfolgt dann in einem nachgelagerten Rechtsstreit (sofern sich die Parteien nicht einigen können). Hier bietet sich häufig die Klärung in einem Schiedsverfahren an.

Fazit: TSA frühzeitig und umfassend vereinbaren

IT-Leistungen für eine Übergangsphase können von zentraler Bedeutung für das Gelingen einer Transaktion sein. Dies sollte frühzeitig berücksichtigt und in einem TSA abgebildet werden. Besonders wichtig sind die Beschreibung der zu erbringenden Leistungen, die Klärung der hierfür erforderlichen Rechte, die Sicherstellung der ordnungsgemäßen Erfüllung, eine Regelung für die Leistungserbringung im Fall von Meinungsverschiedenheiten über das Leistungsspektrum und die Sicherstellung der Vorgaben des Datenschutzrechts. Unter Umständen ist zudem eine kartellrechtliche Bewertung geboten.

Dr. Wolfgang Freiherr Raitz von Frentz, Dr. Christian Masch