

Transactions

Datenschutz im M & A-Prozess

Arbeitsrechtliche Hürden in der digitalen Arbeitswelt IP-Schutz und Schiedsgerichtsbarkeit

TFT Munich 2019
Technology, Finance, Transactions
25. Juli 2019
Hilton Park Hotel Munich
Protokoll
Dr. Manuel Weitnauer,
LL.M. (Berkeley)

Datenschutz im M & A-Prozess

Alexander Tribess und Marc René Spitz, LL.M.,
Weitnauer Rechtsanwälte

„M&A“ sei nach wie vor ein Trend der strategischen Unternehmensentwicklung. Rekordzahlen belegten das (mit deutscher Unternehmensbeteiligung: Volumen von EUR 115,7 Mrd. bei 923 Transaktionen, darunter 17 mit einem Transaktionswert von über EUR 1 Mrd.). M&A-Transaktionen dienten der Robustheit und Widerstandsfähigkeit des Unternehmens sowie darüber hinaus der Verbesserung von Flexibilität und Agilität der Unternehmensführung in „VUCA“ (volatility, uncertainty, complexity und ambiguity) -Zeiten.

Statt bilateralem Käufer/Verkäufer-Verhältnis entwickle sich heute häufig ein komplexer Multi-Stakeholder-Prozess.

Datenschutz werde zur Schlüsselfrage im M&A-Prozess. Datenschutz spielte im Bereich der M&A-Praxis lange nur eine untergeordnete Rolle, insbesondere im Bereich der die Unternehmensübernahme vorbereitenden Due Diligence. Unter dem neuen Datenschutzrecht beginne sich dies zu wandeln: 55% der Befragten einer Umfrage des Datenraumanbieters Merrill unter Entscheidern in Europa, dem Nahen Osten und Asien sagten, dass mangelnde Datenschutz-Compliance zum „Dealbreaker“ geworden sei. Und 66% der Befragten waren der Überzeugung, dass mit der DSGVO Fragen des Datenschutzes im M&A-Prozess eine bedeutendere Rolle für die potentiellen Käufer spielten als zuvor (s. Merrill, Due Diligence 2022 – M&A in the Digital Age, abrufbar unter www.merrillcorp.com).

Die in Vorbereitung des M&A-Deals geschlossenen Geheimhaltungsvereinbarungen, „Letters of Intent“ oder „Memoranda of Understanding“ seien aus datenschutzrechtlicher Perspektive bereits Schlüsseldokumente: So müssten die berechtigten Empfänger von Daten sowie die Kriterien für die Bereitstellung von Daten (Was muss anonymisiert werden?) festgelegt werden.

Es stelle sich die Frage nach dem berechtigten Interesse an (auch) personenbezogenen Informationen. Zwischen Käufer- und Verkäuferseite bestehe eine gemeinsame Verantwortlichkeit i.S.d. Art. 26 Abs. 1 DSGVO, die genannten, den M&A-Deal vorbereitenden Dokumente müssten um entsprechende Regelungen ergänzt werden. In einer Due Diligence sei ein starker datenschutzrechtlicher Fokus erforderlich, insbesondere, wenn auch nicht ausschließlich im Bereich datengetriebener oder datengestützter Business-Modelle (z.B. Blockchain, AI, Software, Apps, Plattformen, Big Data, Marketing-Tools) der Zielgesellschaft.

Beim Einsatz von Legal Tech und Datenraum-anbietern seien ggf. Auftragsverarbeitungs-Vereinbarungen (AV-Vereinbarungen) abzuschließen, jedenfalls sei die Angemessenheit von Technischen und Organisatorischen Maßnahmen (TOM) zu prüfen. Defizite in der Datenschutz-Compliance der Zielgesellschaft sollten im Kaufvertrag in Form von Garantien aufgenommen werden. Aber der Käufer sei mit Abschluss der Transaktion selbst Verantwortlicher i.S.d. DSGVO und müsse ggf. Datenschutz-Projekte initiieren, um Missstände zu beheben.

Art. 13, 14 DSGVO verpflichteten Verkäufer und Käufer dazu, alle betroffenen Personen über Datenverarbeitung zu informieren. Es stelle sich daher die Frage, ob die Geheimhaltung von Übernahmegesprächen passé sei. Für die Käuferseite bestehe hier wohl eine Ausnahme nach Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO bzw. ergänzend nach § 29 Abs. 1 Satz 1 BDSG, d.h. wegen der Gefahr der Vereitelung des Verarbeitungszwecks und dem Geheimhaltungsinteresse sei u.U. eine Befreiung zu gewähren; zu beachten sei aber eine entsprechende Dokumentationspflicht. Für die Verkäuferseite gebe es entsprechende Ausnahmen nicht; hier entstünden Haftungsrisiken, die mit dem Geheimhaltungsinteresse abzuwägen seien. Soweit jedoch keine Informationspflichten nach Art. 13, 14 DSGVO bestünden, müsse auch nicht nach Art. 26 DSGVO über die gemeinsame Verantwortlichkeit informiert werden.



Transactions

Datenschutz im M & A-Prozess

Arbeitsrechtliche Hürden in der digitalen Arbeitswelt

IP-Schutz und Schiedsgerichtsbarkeit

Seite 2

TFT Munich 2019
Technology, Finance, Transactions
25. Juli 2019
Hilton Park Hotel Munich
Protokoll
Dr. Manuel Weitnauer,
LL.M. (Berkeley)

Arbeitsrechtliche Hürden in der digitalen Arbeitswelt

Dr. Jens Ginal, Weitnauer Rechtsanwälte

Dr. Ginal betonte, dass das Arbeitsrecht, Herausforderungen im Zusammenhang mit dem Phänomen **Arbeitsrecht 4.0** – hierunter seien insbesondere die **Flexibilität von Arbeitszeit und Arbeitsort**, das „*Home Office*“, die Verwendung privater Arbeitsmittel („*using your own device*“), das „*Crowdworking*“, **E-Recruiting** und die effektive Nutzung der Arbeitszeiten zu fassen – ausgesetzt sei. Für viele Mandanten sei es angesichts des digitalen Wandels erstaunlich, dass die Kündigung weiterhin in Schriftform zu erfolgen habe; eine E-Mail reicht insoweit nicht. Die Chancen seien dabei für (i) den Arbeitgeber die Ermöglichung flexibler Arbeitszeiten, die bedarfsgerechte Auftragsbearbeitung, die termingerechte und zeitlich schnellere Bearbeitung von Kundenwünschen, die schnellere interne Abstimmung innerhalb der Belegschaft und die Bindung von hochqualifiziertem Personal durch attraktives Arbeitsangebot sowie (ii) für die Arbeitnehmer die Anpassung der Arbeit an persönliche Bedürfnisse, insbesondere Familie, unter Umständen bessere „*Work-Life-Balance*“ durch neue Gestaltungschancen der Arbeitszeit, insbesondere auch die Möglichkeit längerer Pausen und Vermeidung von Stresssituationen (Stoßzeiten im Autoverkehr etc.). Die Arbeitszeit solle also grds. so flexibel wie möglich gestaltet werden. Gleichzeitig gebe es zwingende gesetzliche Vorgaben durch das **Arbeitszeitgesetz (ArbZG)** als Arbeitnehmer-Schutzgesetz, welches eine Höchstarbeitszeit von grds. **8 Stunden pro Arbeitstag** und einen **Ruhezeitraum von 11 Stunden** vorgebe. Sollten Verstöße im Rahmen der Betriebsprüfung bekannt werden, drohen als „*ultima ratio*“ Bußgelder. Die unmittelbaren Folgen des Urteils des **EuGHs v. 14.5.2019 – C-55/18**, wonach die Arbeitszeit aufgezeichnet werden müsse, seien weiterhin unklar; die gesetzgeberische Umsetzung stehe noch aus – u.U. werde die Aufzeichnung jeder Arbeitsminute notwendig sein. Bezüglich des Arbeitsorts sei zu beachten, dass der Arbeitgeber

grds. die Einhaltung der arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften gewährleisten müsse, andernfalls möglicherweise eine Haftung des Arbeitgebers drohe. Die immer häufiger anzutreffende „Arbeit auf Abruf“ bedürfe nach dem TzBfG einer Anündigung von mindestens 4 Tagen im Voraus, wobei höchstens 25% der Arbeitszeit flexibel sein dürfe. Beim Phänomen des „*Crowdworking*“ müsse die **Scheinselbständigkeit** (insbesondere aufgrund der sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Folgen) vermieden werden. Beim Einsatz privater Arbeitsmittel – insbesondere beim Einloggen in firmeneigene IT-Systeme mit dem privaten Smartphone – sei aus Gründen des Datenschutzes auf eine Trennung von privaten Daten und Unternehmensdaten zu achten. Schließlich wurde auf die Geltung des Mindestlohngesetzes auch für Start-Ups hingewiesen; jedoch seien Befristungserleichterungen für Start-Ups als neu gegründete Unternehmen für bis zu 4 Jahre vorgesehen.



Transactions

Datenschutz im M & A-Prozess

Arbeitsrechtliche Hürden in der digitalen Arbeitswelt

IP-Schutz und Schiedsgerichtsbarkeit

Seite 3

TFT Munich 2019

Technology, Finance, Transactions

25. Juli 2019

Hilton Park Hotel Munich

Protokoll

Dr. Manuel Weitnauer,

LL.M. (Berkeley)

IP-Schutz und Schiedsgerichtsbarkeit

Dr. Sven Schilf, Weitnauer Rechtsanwälte

Zu Anfang erfolgte die Definition der Schiedsgerichtsbarkeit als Übertragung der Entscheidungsbefugnis für bestimmte Rechtsstreitigkeiten auf Grundlage eines Vertrages (der Schiedsvereinbarung) auf einen Dritten (das Schiedsgericht) mit dem Ziel einer vollstreckbaren Entscheidung (dem Schiedsspruch) unter Ausschluss der Zuständigkeit staatlicher Gerichte. Bezüglich der Grundlagen der Schiedsgerichtsbarkeit wurde auf die Nutzung von Schiedsklauseln, die Unterscheidung von **ad-hoc-Schiedsgerichten** (im Einzelfall, auf Grundlage der Parteivereinbarung gebildete Schiedsgerichte; Verfahrensadministration durch die Parteien) und institutionellen Schiedsgerichten (Bereitstellung einer Verfahrensordnung nebst verfahrensleitender Organisation durch eine Institution, zum Beispiel **Internationale Handelskammer (ICC)**, **Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)**) sowie die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Eilschiedsrichtern (**emergency arbitrator**) hingewiesen. Als Rechtsquellen wurden insbesondere die Vorschriften des 10. Buchs der ZPO (§§ 1025 bis 1066; weitgehende Gestaltungsfreiheit der Parteien hinsichtlich des Verfahrens im Rahmen zwingender Verfahrensbestimmungen (Gleichbehandlung, Gewährung rechtlichen Gehörs)) sowie das **New Yorker UN-Übereinkommen von 1958** über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (**UNÜ**) (157 Mitgliedstaaten; strikte Begrenzung der Gründe für eine Versagung von Anerkennung und Vollstreckung) genannt. Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit seien die hohe Zeit- und Kosteneffizienz, die Vermeidung aufwändiger Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren im Ausland, die Möglichkeit, Fachleute als Schiedsrichter zu bestimmen, die Vereinbarung flexiblerer Beweisregeln und die Nichtöffentlichkeit. Bisheriger Nachteil der Schiedsgerichtsbarkeit mit IP-Relevanz sei insbesondere, dass kein adäquater einstweiliger Rechtsschutz wegen erforderlicher Bildung eines Schiedsgerichts möglich sei. Nunmehr gebe es aber die Möglichkeit der

institutionsseitigen Bereitstellung (z.B. ICC) eines permanent verfügbaren „**Eilschiedsrichters**“ (**Emergency arbitrator**), der kurzfristig eine vorläufige Entscheidung durch Beschluss fällt. Zwar sei die Vollstreckbarkeit unter **UNÜ** streitig, jedoch stelle die Nichtbeachtung grds. eine Vertragsverletzung dar.

Dr. Schilf stellte nun die Frage nach der Möglichkeit der Nutzung der privaten Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich des IP-Schutzes angesichts der grds. Durchsetzung des Patents vor staatlichen Gerichten. Denn die Nichtigkeitsfeststellung von Patenten könne nicht von Schiedsgerichten erklärt werden (**erga-omnes-Wirkung, nicht inter-omnes-Wirkung**); das Schiedsgericht übe keine hoheitliche Gerichtsgewalt aus und könne allein im Partei-verhältnis entscheiden – die Wirksamkeit von Schutzrechten betrifft jedoch Dritte. Schließlich wurde die Sonderstellung „**standardessentieller Patente**“ behandelt. Klagen aus standardessentiellen Patenten könnten sich als Missbrauch von Marktmacht darstellen. Folge sei, das eine Klage erst zulässig sei, wenn a) zuvor abgemahnt wurde; b) der Verletzte die Bereitschaft zum Abschluss einer **FRAND-Lizenz** erklärt; c) der Verletzte ein konkretes Angebot über den Abschluss einer **FRAND-Lizenz** unterbreitet; d) der Verletzte das Angebot ablehnt, e) ohne ein an **FRAND-Bedingungen** orientiertes Gegenangebot zu unterbreiten und ohne f) ab Ablehnung des Gegenangebots Sicherheit zu leisten. Somit besteht in diesen Fällen grds. die Pflicht, ein Angebot zur Gewährung einer „**FRAND**“-Lizenz abzugeben, d.h. einer „**fair, reasonable and non-discriminatory**“-Lizenz durch den Verletzten – insbesondere betreffe dies die Fälle, in denen Standardisierungsorganisationen eine Technologie zum Standard erklärt haben (bspw. Funkstandards). Angesichts der Überforderung der staatlichen Gerichte hinsichtlich der Bedingungen der Lizenzen (was ist fair, welche Lizenzsätze sind zu akzeptieren) sei hier die Nutzung von Schiedsgerichten durchaus sinnvoll. Die Rechtslage vor Schiedsgerichten stelle sich dabei so dar, dass Schiedsgerichte europäisches Kartellrecht als Bestandteil des



Transactions

Datenschutz im M & A-Prozess

Arbeitsrechtliche Hürden in der digitalen Arbeitswelt

IP-Schutz und Schiedsgerichtsbarkeit

Seite 4

TFT Munich 2019
Technology, Finance, Transactions
25. Juli 2019
Hilton Park Hotel Munich
Protokoll
Dr. Manuel Weitnauer,
LL.M. (Berkeley)

europäischen **ordre public** anwenden müssen. Bei divergierenden **FRAND**-Modellen bestehe keine Klagemöglichkeit des Patentinhabers. Die Lösung sei in der gleichzeitigen Anhörung und Erörterung der Fachleute beider Parteien zur Ermittlung angemessener Lizenzsätze zu sehen. Das Alleinstellungsmerkmal der Schiedsgerichte sei dabei insbesondere das „*Expert Conferencing*“, d.h. die jeweils parteibenannten Experten werden gleichzeitig angehört und durch die Parteivertreter und das Schiedsgericht befragt. Das Interesse der jeweiligen Experten, ihren fachlichen Ruf gerade gegenüber Kollegen unter Beweis zu stellen, überwiege dabei die Loyalität gegenüber dem Auftraggeber. Gleichzeitig würden dem Schiedsgericht und anderen Beteiligten etwaige Abweichungen in Grundannahmen und Berechnungsmethoden transparent.

