Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions

Bearbeitet von
Herausgegeben von Prof. Dr. Christoph H. Seibt, LL.M. (Yale), Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, Bearbeitet von Dr. Burkhard Bastuck, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Marius B. Berenbrok, Rechtsanwalt, Dr. Gregor Bonin, Dr. Heiner Braun, Rechtsanwalt, Jochen Ellrott, Rechtsanwalt, Dr. Hans-Michael Giesen, LL.M., Rechtsanwalt und Notar, Dr. Wessel Heukamp, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Christian Hübner, Dr. Barbara Keil, Rechtsanwältin, Dr. Till Kleinstück, LL.M., Notar, Dr. Tobias Klose, Rechtsanwalt, Dr. Ralph Kogge, Dr. Matthias-Gabriel Kremer, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Norbert Nolte, Rechtsanwalt, Dr. Ulrich Reese, Rechtsanwalt, Dr. Marc Reysen, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Michael Schäfer, Rechtsanwalt, Dr. Ulrich Scholz, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Nikolaus Schrader, Rechtsanwalt, Dr. Simon Schwarz, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Christoph Sieberg, Rechtsanwalt, und Dr. Till Steinvorth, Rechtsanwalt

3. Auflage 2018. Buch. XXXVII, 2466 S. Mit Formularen zum Download. In Leinen
ISBN 978 3 406 69246 8
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Unternehmensrecht > Unternehmenskauf, Bewertung, M&A

Zu Inhalts- und Sachverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

zwölf Stunden vor der Status-Sitzung an die jeweils anderen Teamleiter verschickt werden sollte. Auf der Grundlage dieser Status-Berichte kann dann die Koordination der einzelnen Teams, die Zusammenarbeit bei spezifischen Fragen und vor allem die Transaktionsplanung erfolgen, und zwar nicht nur im Hinblick auf den M&A-Transaktionsvertrag und seine Inhalte, sondern auch im Hinblick auf notwendige Nebenverträge oder Post-Merger Integrationsthemen (zur Bedeutung der Post-Merger Integration ausführlich *Seibt/Wollenschläger* DB 2009, 1579 ff.). Eine andere Zielrichtung hat insoweit der abschließende Due Diligence Bericht, welcher maßgeblich auf die Zusammenfassung und Erläuterung der wesentlichen Ergebnisse einer Due Diligence gerichtet ist (vgl. dazu Meyer-Sparenberg/Jäckle/*Meurer* Beck´sches M&A-Handbuch § 8).

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

VII. Checkliste: Einsatz von LegalTech bei M&A-Transaktionen

LegalTech, also allgemein der Einsatz von (Digitalisierungs-) Technologie speziell zur Lösung von rechtlichen Aufgabenstellungen, konzentriert sich derzeit auf die Automatisierung von wenig komplexen oder repetitiven Arbeiten.[1–5] Bereits heute sind für M&A-Transaktionen relevante Softwareprodukte (**Tools**) va im Bereich (i) der Due Diligence, (ii) des Projektmanagements und (iii) der Dokumentenautomatisierung verfügbar. Die Nutzung dieser Tools kann (i) zur Senkung von Rechtskosten, (ii) zur Prozessbeschleunigung und (iii) zur Entwicklung neuer rechtlicher Produkte eingesetzt werden. Bei Auswahl und Einsatz der verschiedenen Tools sind verschiedene rechtliche und kommerzielle Aspekte zu berücksichtigen, welche hier nicht vollständig erörtert werden können. Die nachfolgende Checkliste soll gleichwohl eine Hilfestellung für die bei Nutzung von LegalTech-Tools auftretenden Rechtsfragen und ihre Bewältigung geben, und zwar

- bei Nutzung von Informationsextraktionstools va bei der Due Diligence;
- beim Projektmanagement einer M&A-Transaktion unter Nutzung von Kollaborationsplattformen; und
- bei der Dokumentenautomatisierung.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Checkliste: Einsatzmöglichkeiten von LegalTech bei M&A-Transaktionen

1. Due Diligence: Softwarebasierte Informationsextraktion aus Verträgen

1.1 Auswahl der passenden Tools[1]
1.2 Vereinbarung mit Tool-Anbieter

- ❒ Rahmenvertrag mit Einzelabruf
- ❒ Einzelvertrag
- ❒ Rechte an durch anwaltliche Nutzung herbeigeführten Systemverbesserungen

1.3 Engagement Letter[2]

- ❒ Explizite Vereinbarung hinsichtlich der Nutzung von LegalTech (inkl. Nennung des einzusetzenden Tools) und genaue Abgrenzung zwischen händisch und software-geprüften Daten
- ❒ Information über relevante Details des einzusetzenden Tools (zB Speicherung der Daten in einer Cloud)
- ❒ Haftung
- ❒ Kostenstruktur
- ❒ Auditierung der Software durch Mandanten

1.3 Datenschutzrechtliche Erwägungen[3, 4]

- ❒ Interessenabwägung bei Weitergabe personenbezogener Daten im Rahmen einer Due Diligence (problematisch insbesondere bei sensiblen, personenbezogenen Daten)
- ❒ Sorgfältige Auswahl externer Dienstleister
- ❒ Auftragsdatenverarbeitungsvereinbarung
  - ❒ gesetzliche Mindestinhalte (§ 11 BDSG/Art. 28 DSGVO)
  - ❒ Ergänzende Regelungen zur Haftungsverteilung im Innenverhältnis

- ❒ Unterstützungspflichten des Auftragsdatenverarbeiters bei Wahrung von Betroffenenrechten (insb. Verfahrensverzeichnis)
- ❒ Problematisch insbesondere: Auftragsdatenverarbeitung im außereuropäischen Ausland

❒ Ggf. Datenschutzfolgenabschätzung

1.4 Bereitstellung der Daten durch Mandant

❒ Zusendung der analogen Datensätze

❒ Übersendung eines Datenträgers mit digitalen Daten

❒ Verknüpfung der Daten in einem Datenraum mit der Software (als Kaufinteressent idR weitere Vereinbarung mit Verkäufer notwendig)

1.5 Softwarebasiertes Auslesen/Extrahieren der bereitgestellten Dokumente

1.6 Qualitäts- und Plausibilitätsprüfung der Ergebnisse durch den Anwalt (Quality & Sanity Check)

1.7 Bereitstellung der extrahierten Daten in Word, Excel, etc.

1.8 Rechtliche Prüfung und Bewertung der extrahierten Daten durch den Anwalt

1.9 Konsolidierung der rechtlichen Bewertung und der extrahierten Daten im Gesamt-Due Diligence Report

2. Projektmanagement mithilfe von Kollaborationsplattformen[5]

❒ Erfassung des Projektteams über die Plattform

❒ Projektkommunikation, Aufgabenallokation sowie Darstellung der Prüfungsergebnisse über die Plattform

❒ Automatisierte Erstellung von Ergebnisberichten; partielle Öffnung der Plattform für den Mandanten

❒ Spezifische Kollaborationsplattformen für den Due Diligence-Prozess

❒ Verwendung auch zur effizienten Vorbereitung der Vertragsdokumentation, Closing Checklisten, „Deal Bibeln“ etc.

3. Dokumentenautomatisierung

3.1. Ermittlung wiederholt verwendeter Dokumententypen und inhaltlicher Überlappung

❒ Höhere Komplexität: „Expert-Logic“-Software zur Berücksichtigung eines tieferen Entscheidungsbaumes

❒ Datenbankbasierte Software bei großer Überlappung und dementsprechender Wiederverwendbarkeit von Klauseln in verschiedenen Dokumententypen

3.2 Ermittlung der Komplexität der für die Zusammensetzung der variablen Textbausteine erforderlichen Logik

❒ Niedrige Komplexität: Einfache Dokumentenautomatisierungsoftware (bspw. HotDocs oder Contract Express)

❒ Ansonsten keine Datenbankanbindung nötig und auf einzelnen Templates aufsetzende Software ausreichend

3.3 Wartung und Qualitätsmanagement

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Anmerkungen

1. Typen von Dokumentenextraktionstools. Zu Beginn jedes Projekts, in dem Softwareprodukte zur Informationsextraktion eingesetzt werden sollen, sind zunächst die jeweils passenden Tools auszuwählen:

- In Frage kommen insbesondere auf künstlicher Intelligenz basierende, selbstlernende Tools (*machine learning tools*), deren Algorithmus durch die Verarbeitung großer Datensätze automatisch und selbsttätig Regeln erkennt, stetig weiterentwickelt und anwendet. Die im Vertragskontext wiederholt, aber im Detail in unterschiedlicher Ausformung auftauchenden rechtlichen Regelungen können dadurch systematisch identifiziert, erfasst und in einem konsistenten Bericht zur Verfügung gestellt werden.
- Für den sinnvollen Einsatz eines selbstlernenden Tools ist Voraussetzung, dass die zu bearbeitenden Datensätze in guter, maschinenlesbarer Qualität vorliegen und ausreichend homogen sind. Je einheitlicher die zu extrahierende Information ist, desto schneller wird ein Tool eine hohe Trefferquote erzielen. Bei diffizileren Regelungen (wie zB ausdifferenzierten Kündigungsrechten) oder einer großen sprachlichen oder formellen Varianz der Ausgangsdaten stoßen selbstlernende Tools aktuell noch an ihre Grenzen bzw. bedürfen einer großen Menge an Datensätzen, damit noch eine relevante Zeitersparnis gegenüber der händischen Prüfung erzeugt werden kann. Handschriftliche Änderungen werden in der Regel zur Zeit noch nicht erkannt.
- Darüber hinaus kommt es darauf an, ob eher standardisierte oder individuelle Informationen extrahiert werden sollen. Die derzeit erhältlichen Tools unterscheiden sich im Wesentlichen dadurch, dass sie automatisiert entweder bestimmte, vom Softwareanbieter vorgegebene Klauseln bestimmter Vertragstypen (zB Leverton für Mietverträge) oder (ggf. zusätzlich) individuell vom Anwender definierte Informationen (zB Kira) aus Dokumenten extrahieren. Erstere nutzen in der Regel die Projekte aller Kundengruppen zur stetigen Verbesserung des Algorithmus für alle Nutzer. Der Vorteil liegt darin, dass diese Tools in Bezug auf das Extrahieren standardisierter Informationen (zB Parteien, Mietgegenstand, Mietpreis, Beendigungsmöglichkeiten, Change-of-Control Regelungen etc.) bereits sehr weitgehend „angelernt" sind und meist vom Start weg eine brauchbare Trefferquote aufweisen. Entsprechend eignen sich diese Tools auch schon für die Bearbeitung kleinerer Datensätze.
- Andere stellen etwaige Erweiterungen und Verbesserungen des Algorithmus durch zusätzlichen Lernaufwand nur dem jeweiligen Nutzer und dessen Berechtigten zur Verfügung (wie die Software Kira), der die Verbesserungen durch Bearbeitung von Datensätzen auch angestoßen hat. In diesen Fällen kann jede Nutzergruppe regelmäßig zusätzlich zu den voreingestellten Parametern eigene Suchkriterien definieren. Diese Lösung kommt va bei einem speziellen Auftragsumfang in der Due Diligence und sehr unterschiedlichen Vertragstypen in Betracht, allerdings muss das Tool hinsichtlich der individuellen Suchkriterien über bis zu mehrere hundert Beispiele pro Parameter eigens „angelernt" werden. Diese Vorarbeit kann je nach Transaktionsstruktur sehr zeit- und damit kostenintensiv sein und dürfte einen wesentlichen Effizienzgewinn nur bei sehr großen Datensätzen bieten.
- Einige Tools bieten darüber hinaus nützliche Zusatzfunktionen, wie zB die Möglichkeit, eine größere Masse von Dokumenten mit einem Ausgangsdokument (zB ein Vertragstemplate) zu vergleichen und Vergleichsreports zu erstellen.
- Im Hinblick auf die Sprache der auszulesenden Dokumente sind die bloße Erfassung und das eigentliche Auslesen der relevanten Informationen zu unterscheiden. Während die Tools im Hinblick auf die bloße Erfassung weitgehend alle Buchstaben aus dem lateinischen Sprachraum unterstützen und zunehmend auch kyrillische, arabische und asiatische Schriftzeichen erkennen können, kommt es für das eigentliche Auslesen darauf

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

an, in welchen Sprachen der jeweilige Algorithmus bereits programmiert wurde. Einige Tools bieten hier bereits eine breite Sprachabdeckung (und damit Lernfähigkeit) an, während andere vornehmlich englische Klauseln „beherrschen" und für weitere Sprachen erst durch die Erfassung von Beispielen angelernt werden müssen.

- Schließlich bietet es sich an, bereits bei der Auswahl des Tools den gewünschten Output im Blick zu haben. Sämtliche Tools stellen die extrahierten Informationen in aggregierter Form bereit (meist in Excel-Tabellen, vereinzelt auch in Word-Dokumenten), unterscheiden sich aber in Bezug auf die Individualisierbarkeit dieser Exporte, der Möglichkeit der Bereitstellung der bearbeiteten Daten in Datenbanken, sowie des Zugangs zu einer Leseversion der Software.

2. Anwaltshaftung beim Einsatz von Tools zur Informationsextraktion aus Dokumenten. Die vorbeschriebenen Tools zur Informationsextraktion aus Dokumenten können für Juristen die Transaktionstätigkeit erheblich erleichtern und erheblich beschleunigen, bergen aber auch für sie neue Fehlerquellen. Die Anwender „trainieren" durch Vorlage von Klauselmuster, diese Klausel auch in anderen Texten zu erkennen. Diese Erkennung versagt naturgemäß dann, wenn die zu findende Klausel in atypischer, von dem jeweiligen Programm noch nicht gesehener Weise formuliert oder strukturiert wurde. Weitere Fehlerquellen können ua schlicht nicht maschinenlesbare Aufbereitung der Dokumente, Verwendung fremder Sprachen oder auf einer fehlerhaften Datenbasis erfolgte Trainings sein.

Setzt ein Anwalt bei der Auswertung der Ergebnisse einer Due Diligence ein solches Informationsextraktionstool ein und verwendet die dabei gefundenen Ergebnisse als Grundlage für seine juristische Analyse, gilt nichts anderes als bei einer Due Diligence ohne LegalTech: Der Anwalt ist grundsätzlich zu einer umfassenden Prüfung der ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen verpflichtet (*Beisel/Klumpp* Unternehmenskauf § 2 Rn. 53) und haftet auch für Fehler des Informationsextraktionstools. Er kann sich nicht damit entlasten, dass ein Fehler auf einer ungenügenden Erkennung durch das Informationsextraktionstool beruhe und er daher dafür nicht hafte; die Haftung für die Ergebnisse des eingesetzten Informationsextraktionstools kann nicht ausgeschlossen werden. Dementsprechend bedürfen die Ergebnisse der Informationsextraktionstools zusätzlich einer manuellen Nachprüfung.

Eine Begrenzung des Haftungsrisikos ist aber neben allgemeinen Risikobegrenzungsmaßnahmen, vor allem durch (i) eine entsprechende Haftungsbeschränkungsvereinbarung, durch (ii) eine Versicherungsdeckung oder (iii) durch Vertragsgestaltung auf der Ebene der Leistungspflicht möglich:

- Beispielsweise könnte die elektronische Auswertung von Dokumenten durch den Anbieter des Informationsextraktionstools erfolgen und dessen Ergebnisse als Grundlage der anschließenden anwaltlichen Tätigkeit vom Anwalt übernommen werden, ohne dass eine zusätzliche anwaltliche Prüfung dieser Ergebnisse geschuldet ist. Alternativ könnte überlegt werden, dass der Anwalt selbst die Software einsetzt und dem Mandanten eine IT-gestützte Auswertung von Dokumenten als reine technische Dienstleistung ohne anschließende anwaltliche Überprüfung anbietet. Da es in diesem Fall an einer anwaltlichen Beratung fehlt, käme grundsätzlich ein Haftungsausschluss in Betracht; die Restriktionen für Haftungsbeschränkungen bei anwaltlicher Tätigkeit gemäß § 52 BRAO dürften in diesem Fall nicht gelten. Hier muss der Anwalt den Auftraggeber über verbleibende Risiken des Softwareeinsatzes detailliert aufklären. Dass die Dokumente nicht händisch überprüft werden, sollte im Vertrag als auch im Due Diligence-Bericht selbst ausdrücklich erwähnt werden. Als reine technische Dienstleistung ohne rechtsberatendes Element dürfte eine solche Tätigkeit aber wohl als gewerbliche Tätigkeit mit der daran anknüpfenden Gewerbesteuerpflichtigkeit (und dem Risiko der Infizierung der gesamten Einkünfte) anzusehen sein.

BECK SHOP DIE FACHBUCHHANDLUNG

- Zwischen dem vollständigen Zueigenmachen und dem bloßen Verwenden der Software gibt es weitere Gestaltungsmöglichkeiten, wie zB Stichproben in Form der Überprüfung vordefinierter Dokumentengruppen. Im Sinne eines beschränkten Prüfungsauftrags sollte präzise im Engagement Letter konkretisiert werden, in welchem Umfang welches Softwareprodukt zum Einsatz kommt und in welchem Umfang dieser Einsatz eine anwaltliche Prüfung ersetzt. Ein Haftungsausschluss kann nur hinsichtlich der nicht geprüften Dokumente vereinbart werden.

3. Datenschutz in der Due Diligence. Im Rahmen von Due Diligence-Prozessen werden Informationen über ein Unternehmen gewonnen, mit deren Hilfe potentielle Käufer Risiken sowie Vor- und Nachteile einer beabsichtigten Transaktion identifizieren können. Der Umgang mit Unternehmensdaten, die einen Personenbezug aufweisen, kann dabei zu datenschutzrechtlichen Implikationen führen. In der Due Diligence werden in der Regel Angaben über Mitarbeiter, Kunden, Lieferanten und Netzwerkpartner sowie Gesellschafter erfasst (zB auch Angaben in Bezug auf die personelle Struktur oder die Qualität der Mitarbeiter, vgl. *Braun/Wybitul* BB 2008, 782 (782); *Thode* PinG 2016, 26 (27)), die regelmäßig als solche personenbezogenen Daten zu qualifizieren sind. In diesem Fall kollidieren das Interesse der Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung, das Interesse des Veräußerers auf wirtschaftliche Betätigungsfreiheit sowie das Risikoabschätzungsinteresse des potentiellen Erwerbers (*Diller/Deutsch* K&R 1998, 16 (17); *Göpfert/Meyer* NZA 2011, 486 (486)). Aufgelöst wird dieser Konflikt durch das Bundesdatenschutzgesetz und – ab dem 25. Mai 2018 – die Datenschutzgrundverordnung insoweit, als es für jeden Umgang mit personenbezogenen Daten einer Rechtfertigung bedarf (§ 4 Abs. 1 BDSG/Art. 5, 6 DS-GVO). Hiernach sind die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, wenn eine Rechtsvorschrift dies erlaubt oder der Betroffene eingewilligt hat. Sowohl die Datenübermittlung durch den Veräußerer als auch die Datenverarbeitung durch den potentiellen Erwerber und die von ihm mit der Due Diligence beauftragte Rechtsanwaltskanzlei und umso mehr der Einsatz externer Dienstleister sind daher rechtfertigungsbedürftig. Dies gilt bereits für den bloßen Zugriff auf Daten in einem Datenraum (*Essers/Hartung* RDV 2002, 278 (280)). Die Möglichkeit der Einwilligung durch die Betroffenen (§ 4a BDSG/Art. 6 Abs. 1a), 7, 8 DS-GVO) – also Mitarbeiter, Kunden, Lieferanten und Netzwerkpartner sowie Gesellschafter – dürfte schon wegen des organisatorischen Aufwands und der hohen gesetzlichen Anforderungen wenig praxisgerecht sein. Darüber hinaus unterliegen geplante Unternehmenstransaktionen in der Regel der Vertraulichkeit (*Diller/Deutsch* K&R 1998, 16 (17); *Göpfert/Meyer* NZA 2011, 486 (488); *Martens* ITRB 2003, 284), womit die Einholung einer Einwilligung – möglicherweise mit Ausnahme der Gesellschafter – auch aus diesem Grund ausscheidet. In der Praxis kommt damit eine Rechtfertigung der Datenübertragung innerhalb der Due Diligence lediglich über die gesetzlichen Erlaubnistatbestände in Betracht.

Überwiegend wird § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG/Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO zur Rechtfertigung herangezogen (*Berberich/Kanschik* NZI 2017, 1 (7); *Essers/Hartung* RDV 2002, 278 (281); *Göpfert/Meyer* NZA 2011, 486 (488); *Thode* PinG 2016, 26 (27)). Danach ist der Umgang mit personenbezogenen Daten zur Erfüllung eigener Geschäftszwecke zulässig, soweit dieser zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist – wofür jedes wirtschaftliche Interesse genügt – und kein Grund zu der Annahme besteht, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegen. Die Untersuchung des Unternehmens im Rahmen einer Veräußerung dient regelmäßig der Fortführung des Unternehmens in den Händen eines Erwerbers. Sie liegt auch im wirtschaftlichen Interesse der Kaufinteressenten an einer möglichst umfassenden Grundlage für die Ermittlung des Unternehmenswertes. Die Verarbeitung der Daten muss darüber hinaus erforderlich, also ohne zumutbare Alternative

BECK SHOP
DIE FACHBUCHHANDLUNG

sein, was jeweils im Einzelfall zu prüfen ist. Eine zumutbare Alternative besteht etwa dann, wenn der Zweck der Verarbeitung durch Verwendung anonymisierter Daten erreicht werden kann. So können ggf. anstatt spezifischer Kundendaten grundsätzlich statistische Angaben ohne Personenbezug genügen (vgl. *Göpfert/Meyer* NZA 2011, 486 (489); *Lensdorf/Walek* JUVE Hdb. 2012/2013, 192 (192); *Thode* PinG 2016, 26 (27)). In Bezug auf Know-how-Träger und Führungskräfte des zu veräußernden Unternehmens besteht hingegen regelmäßig ein Interesse an einer Offenlegung gerade von Daten zu Qualifikation und Werdegang (anders bei einzelnen Arbeitnehmern, vgl. *Braun/Wybitul* BB 2008, 782 (785); *Gola/Wronka* Rn. 1228; *Göpfert/Meyer* NZA 2011, 486 (489)).

Auch bei Vorliegen eines berechtigten Interesses und der zu dessen Wahrung notwendigen Verarbeitung ist eine solche unzulässig, wenn die Interessen der Betroffenen am Unterlassen der Verarbeitung überwiegen. Dies ist im Rahmen einer Interessenabwägung zu ermitteln, in deren Rahmen die einzelnen Interessen ermittelt und gewichtet werden. Je größer die Auswirkungen der Datenverarbeitung für die Betroffenen, desto höhere Anforderungen sind an das berechtigte Unternehmensinteresse zu stellen. Das Ergebnis der Interessenabwägung hängt dabei maßgeblich auch von den betroffenen Interessen ab. So dürfte etwa der Weitergabe von Informationen über die berufliche Qualifikation von Mitarbeitern regelmäßig kein überwiegendes Interesse der Betroffenen entgegenstehen; Ähnliches gilt für Kunden und Lieferanten, bei denen das Interesse an einer Fortführung der Geschäftsbeziehung mit dem zu veräußernden Unternehmen zu berücksichtigen ist (weiterführend zu den Interessen unterschiedlicher Interessengruppen *Baranowski/Glaßl* BB 2017, 199 (202); Behling RDV 2010, 107 (111)). In Bezug auf besondere Arten von personenbezogenen Daten (§ 3 Abs. 9 BDSG/Art. 4 Nr. 13 – 15 DSGVO), beispielsweise Angaben über die Gesundheit, ist dagegen Vorsicht geboten; sind derartige Daten betroffen, scheidet eine Rechtfertigung über § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG aus.

Die Wichtigkeit der Einhaltung dieser datenschutzrechtlichen Bestimmungen wird dadurch unterstrichen, dass die ab dem 25. Mai 2018 geltende DSGVO einen gegenüber dem BDSG deutlich erhöhten Bußgeldrahmen für die Nichtbeachtung der datenschutzrechtlichen Vorgaben vorsieht (20 Millionen Euro oder bis zu 4 % des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes).

4. Datenschutz beim Einsatz von LegalTech. Der Einsatz von Legal Technology birgt zusätzliche datenschutzrechtliche Herausforderungen. Dies gilt insbesondere, wenn der LegalTech-Anbieter neben Veräußerer, Erwerber und Rechtsanwälten Zugriff auf personenbezogene Daten erhält, etwa um mit Hilfe von Software große Mengen von Verträgen automatisiert auszuwerten und die Ergebnisse sodann an die beteiligten Rechtsanwälte zur Prüfung zu übermitteln. Der LegalTech-Anbieter fungiert dabei in aller Regel als Auftragsdatenverarbeiter, der die Daten nicht im eigenen Interesse, sondern auf Weisung des Auftraggebers und ohne eigene Entscheidungsbefugnisse auswertet. Für die Auftragsdatenverarbeitung sieht das Gesetz zwingend den Abschluss schriftlicher Vereinbarungen zwischen dem Auftraggeber (zB der mit der Due Diligence beauftragten Anwaltskanzlei) und dem Auftragnehmer (zB dem Software-Anbieter) vor und legt auch die inhaltlichen Mindestanforderungen an die Ausgestaltung einer Auftragsdatenverarbeitung fest.

Gemäß § 11 Abs. 3 S. 1 BDSG/Art. 29 DSGVO unterliegt der LegalTech-Anbieter als Auftragsdatenverarbeiter strikt den Weisungen des Auftraggebers. Dieser hat seinerseits die Pflicht, den Anbieter zunächst sorgfältig auszuwählen (§ 11 Abs. 2 S. 1 BDSG/Art. 28 Abs. 1 DSGVO) und ihm im Anschluss den Auftrag schriftlich unter Berücksichtigung der Regelungsgegenstände des § 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 1–10 BDSG/Art. 28 Abs. 3 S. 2 a)–h) DSGVO) zu erteilen (§ 11 Abs. 2 S. 2 BDSG/nach Art. 28 Abs. 9 DSGVO genügt auch die elektronische Form). Der Auftraggeber hat sich vor Beginn der Datenverarbeitung und hiernach regelmäßig von der Einhaltung der beim Auftragnehmer getroffenen tech-

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

nischen und organisatorischen Maßnahmen zu überzeugen (§ 11 Abs. 2 S. 4 BDSG/DSGVO kennt keine explizite Kontrollpflicht). Das Ergebnis dieser Kontrolle ist nach § 11 Abs. 2 S. 5 BDSG zu dokumentieren. In Bezug auf die technischen und organisatorischen Maßnahmen sind die Anforderungen des § 9 BDSG (in der DSGVO in Art. 5 Abs. 1 f), 24, 25, 32, 35, 36 geregelt), welche in der Anlage zu § 9 BDSG konkretisiert werden, einzuhalten.

Bei der Beauftragung durch Rechtsanwälte kann der LegalTech-Anbieter Kenntnis von Informationen erhalten, welche der Verschwiegenheitspflicht unterliegen (vgl. zu diesem Thema Wolff/Brink/*Uwer* Grundlagen, Freie Berufe, E. Rn. 108 ff.). Die Anwälte setzen sich damit der Gefahr eines Verstoßes gegen ihre Verschwiegenheitspflicht aus. Insbesondere kommt eine Strafbarkeit nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB wegen Verletzung von Privatgeheimnissen in Betracht. Ausnahmen sind indes für den Fall vorgesehen, dass Informationen an berufsmäßig tätige Gehilfen weitergegeben werden, womit sich die Frage stellt, ob externe Dienstleister hierunter zu fassen sind. Diese Ansicht wird vermehrt in der Literatur vertreten (vgl. *Conrad/Fechtner* CR 2013, 137 (144 f.); *Simitis/Petri* § 11 Rn. 46; *Wolff/Brink/Uwer* Grundlagen, Freie Berufe, E. Rn. 110), hängt aber von der Beurteilung im Einzelfall ab und ist nach dem derzeitigen Rechtsstand nicht risikolos. Das bloße Vorliegen einer Auftragsdatenverarbeitung rechtfertigt die Weitergabe von Informationen nicht zugleich automatisch unter strafrechtlichen Gesichtspunkten. Die Problematik der Einbeziehung externer Dienstleister durch Berufsgeheimnisträger ist seit Jahren bekannt. Der durch das Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen novellierte § 203 StGB hat hier Abhilfe geschaffen und sieht eine Einschränkung der Strafbarkeit nach § 203 Abs. 3 StGB vor. Personen, die an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit des Berufsgeheimnisträgers mitwirken, soweit dies für die ordnungsgemäße Durchführung der Tätigkeit erforderlich ist, fallen nicht mehr unter § 203 StGB.

In datenschutzrechtlicher Hinsicht ergeben sich unter der Geltung der DSGVO weitere Anforderungen an die Auftragsdatenverarbeitung. Im Zusammenhang mit dem Einsatz von LegalTech ist gegebenenfalls eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen (Artikel 35 DSGVO), wenn mit dem LegalTech-Einsatz Risiken für die Rechte der Betroffenen einhergehen. Dabei handelt es sich um eine Vorabbegutachtung möglicher datenschutzrechtlicher Folgen für die Betroffenen, die ggf. mit den Datenschutzbehörden abzustimmen ist.

Darüber hinaus müssen der Verantwortliche sowie nun auch der Auftragsdatenverarbeiter ein Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten nach Artikel 30 DSGVO führen. Bei der Auswahl von LegalTech-Hilfsmitteln sollte berücksichtigt werden, inwieweit die Software ein solches Verzeichnis automatisiert erstellen kann.

Sofern der Anbieter die Daten außerhalb der EU oder des EWR verarbeitet, ist erhöhte Vorsicht geboten. Anders als bei einer Weitergabe von Daten an einen innerhalb der EU/EWR ansässigen Auftragsdatenverarbeiter bedarf der Datentransfer in ein Drittland einer eigenen Rechtfertigung (§§ 4b, 4c BDSG/Art. 44 ff. DSGVO; vgl. *Simitis/Petri* § 11 Rn. 30). Als Grundlage kommen in diesem Zusammenhang vor allem die EU-Standardvertragsklauseln zur Auftragsdatenverarbeitung in Betracht (*Hoeren/Sieber/Holznagel/Hackenberg* Teil 16.7 Rn. 47; *Gola/Schomerus* § 11 Rn. 16).

Schließlich ist bei der Einbeziehung von LegalTech ein besonderes Augenmerk auf Haftungsregelungen zu legen. Nach dem BDSG haftet im Rahmen der Auftragsdatenverarbeitung der für die Verarbeitung Verantwortliche, dh der Auftraggeber, nach §§ 7, 8 BDSG im Außenverhältnis grundsätzlich alleine. Für das Innenverhältnis zwischen Verantwortlichem und Auftragsdatenverarbeiter sind entsprechende Haftungsverteilung bzw. Freistellungsklauseln für Pflichtverletzungen durch den Auftragsdatenverarbeiter dringend anzuraten. Für den Fall, dass der Auftragnehmer die Verarbeitung abweichend von den erteilten Weisungen durchführt und sich somit rechtswidrig zum Verantwortlichen aufschwingt, haftet er ausnahmsweise selbst (*Gola/Schomerus* § 11 Rn. 28). Ein