



Dr. Alice Broichmann

M&A im Streit

Die Auswertung und Sicherung von Daten -
im Spannungsfeld des Datenschutzes

Freitag, 8. April 2011

I. Discovery und E-Discovery

1. Discovery

Umfassende Aufklärung der streitigen Tatsachen durch

- „*discovery of documents*“
- verschiedene Formen der Zeugen- und Parteibefragung
- Begutachtung oder Untersuchung von Sachen und Personen

2. E-Discovery

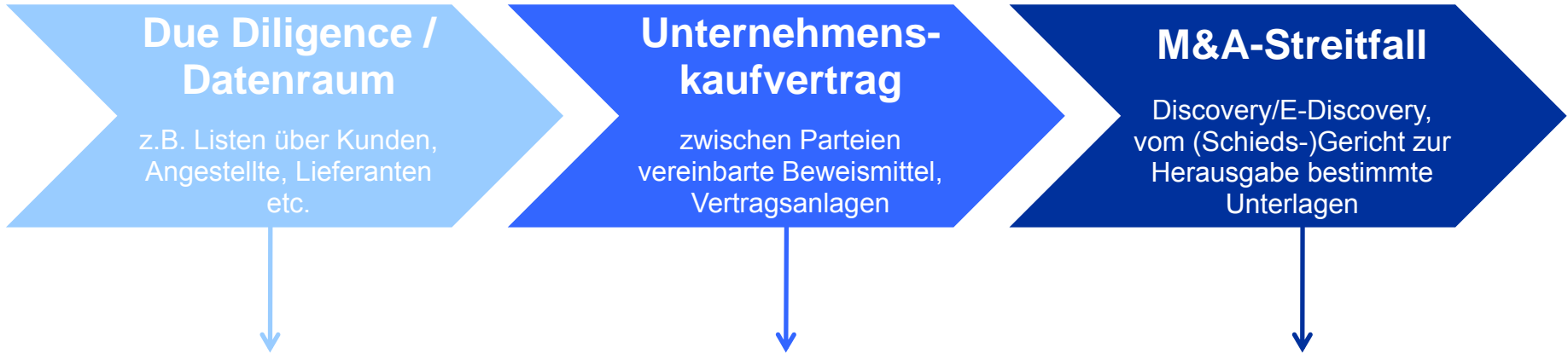
Reproduktion von elektronisch gespeicherten Informationen ("Electronically Stored Information", kurz "ESI"), z.B.

- Daten auf unterschiedlichsten Speichermedien (PCs; CDs; DVDs; Handys)
- Metadaten
- Backups

3. Nationale Schiedsverfahrensrechte und institutionelle Schiedsordnungen

- Parteien können Zulässigkeit von Discovery + E-Discovery in Schiedsvereinbarung regeln
 - z. B. durch Verweis auf die IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration
- Nationale Schiedsverfahrensrechte und gängige Schiedsordnungen sehen - in unterschiedlicher Ausprägung - die Möglichkeit einer Discovery ausdrücklich vor
 - vgl. z.B. § 27.1 DIS-SchO; Art. 20.5 ICC-Rules; Art. 21.1 (d)-(f) LCIA-Rules; Art. 24.3 UNCITRAL-Rules

M&A-Prozess + M&A-Streitfall



Datenschutzbestimmungen

- Umgang mit personenbezogenen Daten nur zulässig, wenn **Rechtsvorschrift dies erlaubt** oder **Betroffener einwilligt** (vgl. 4 Abs.1 BDSG)
 - ➔ "Rechtsvorschriften" sind insbesondere Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen
- Umgang mit personenbezogenen Daten zulässig nach **Abwägung der Interessen von Unternehmen und Betroffenen** (vgl. 28 Abs.1 Nr.2 BDSG)
 - ➔ Verteidigung gegen rechtliche Ansprüche gilt als berechtigtes Interesse des Unternehmens
- Bei Übermittlung personenbezogener Daten ins Ausland ist Bestehen eines **angemessenen Schutzniveaus** erforderlich (Sonderfall USA → "safe harbor principles")
- Übermittlung personenbezogener Daten ins Ausland zulässig, wenn zur **Wahrung eines wichtigen öffentlichen Interesses** oder zur **Geltendmachung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen vor Gericht** erforderlich

M&A-Prozess + M&A-Streitfall



Konsequenzen für den M&A-Prozess + M&A-Streitfall

- Geldbuße bis zu EUR 300.000 oder Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren
- Schadensersatzansprüche aus dem SPA wegen Garantieverletzung "*compliance with applicable laws*"
- Nichtigkeit des Unternehmenskaufvertrages?
- Negative Auswirkungen auf Geschäft und Geschäftsbeziehungen
- Negative Schlussfolgerungen des Schiedsgerichts bei Nichtvorlage
- Beweisverwertungsverbot bei Verstoß gegen Datenschutzbestimmungen
- Präventiv: Berücksichtigung eines späteren Rechtsstreits in der Datenschutzordnung im Hinblick auf die Aufbewahrung und Löschung von Daten

IV. Beweissicherung des Verkäufers und des Käufers

1. Verkäufer

- Verkäufer hat nur bis zum Closing Zugriff auf sämtliche Daten; Daten verbleiben bei Share Deal im Zielunternehmen
 - ➔ Überprüfung des Status Quo vor dem Closing (*pre closing due diligence*)
- Möglichkeiten der Beweissicherung:
 - Vertragliche Regelung im Unternehmenskaufvertrag von Informations- und Betretungsrechten zur Untersuchung von Garantieansprüchen
 - Aufbewahrung von Arbeitspapieren
 - Datenraum

2. Käufer

- Dokumentation des Due Diligence Prozesses und der Vertragsverhandlungen
- Datenraum
- Überprüfung des Status Quo nach dem Closing (*post closing due diligence*)
- Forensische Sachverhaltsaufbereitung

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Dr. Alice Broichmann

P+P Pöllath + Partners
Kardinal-Faulhaber-Straße 10
80333 München
www.pplaw.com

E-Mail: alice.broichmann@pplaw.com
Tel.: +49 (89) 24 240 - 224

Alvarez & Marsal

Dispute Analysis & Forensic Services

Unpleasant Surprises – The Challenge to Find & Analyze Data !



LEADERSHIP • PROBLEM SOLVING • VALUE CREATION

8. April 2011



Günter Degitz

Managing Director, Geschäftsführer
Alvarez & Marsal Dispute Analysis &
Forensic Services GmbH

Bürkleinstraße 10
80538 München
Tel.: +49 89 710 40 60 0
Fax.: +49 89 710 40 60 1
Mob: +49 151 1626 7599

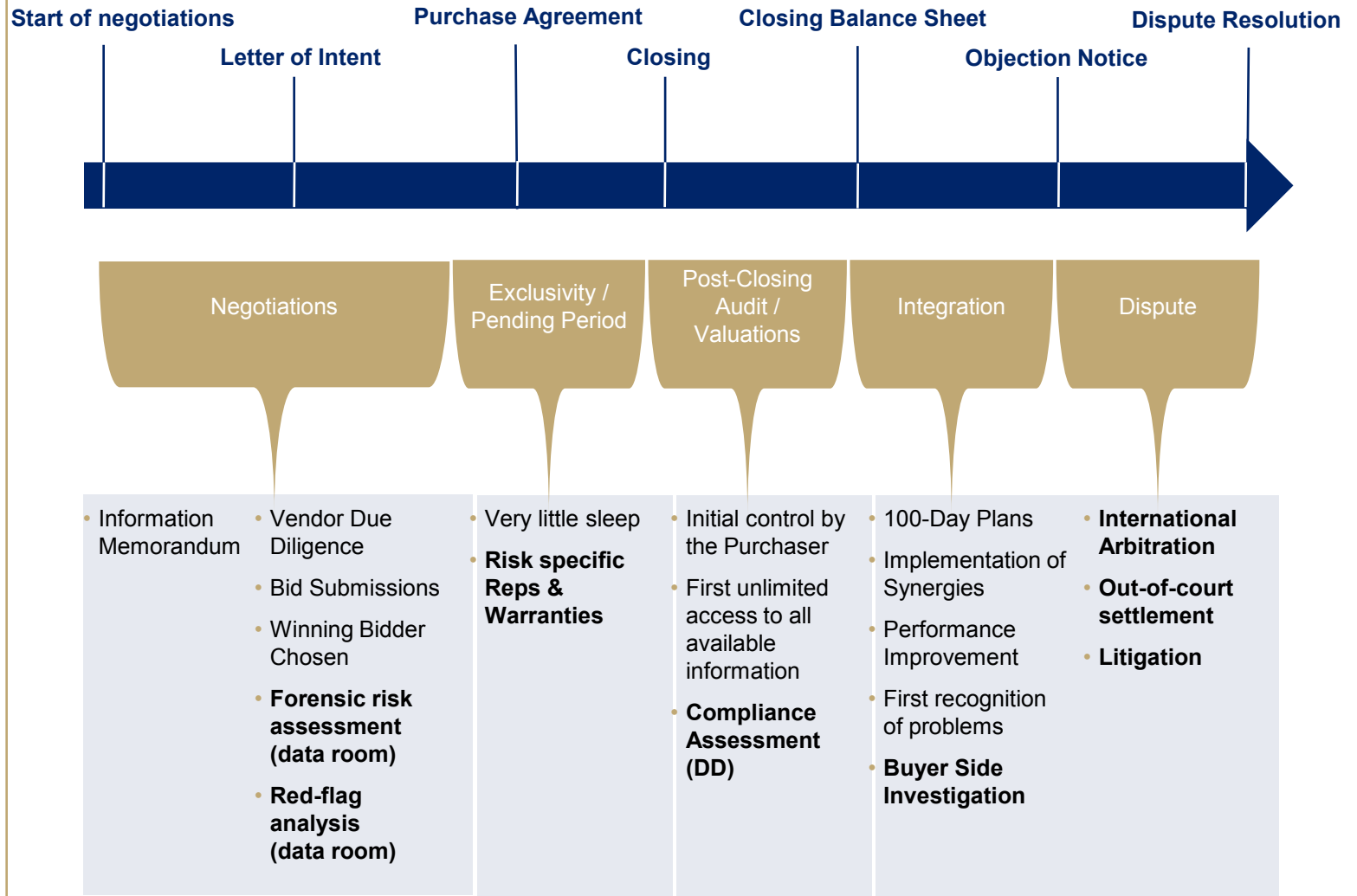


ALVAREZ & MARSAL

The Transaction Process – Where

I. Dispute Analysis & Forensic Services in M&A

Disputes in the transaction process are effected by key moments where information is exchanged that is later the subject of the dispute.



SPA Accounting Language Review

I. Dispute Analysis & Forensic Services in M&A

As part of A&M's forensic due diligence, we can assist in the drafting and review of purchase price calculations and adjustment, as well as other accounting-related clauses to help prevent later disagreement due to ambiguity in the method of the calculation.

- ▲ Calculation of completion account balances, purchase-price adjustments and earn-out provisions require valuation and classification of various amounts
- ▲ Disagreement forms over which amounts should be included in which buckets
- ▲ Often, a poorly-worded purchase agreement is also involved

Common words that lead to disagreement:

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none">• Material• Income• Profit or loss• Earnings | <ul style="list-style-type: none">• Receipts• Cash flows• Reserves• Costs• Value |
|---|--|

- ▲ Other commonly-occurring key ingredients to SPA-related disputes:
 - Insufficient access to information by the buyer until after closing
 - Ambiguity surrounding rights to offset
 - Existence of errors and irregularities
 - Separation of key financial drivers from relevant time period
 - Implication of lock-box or other valuation measures



Forensic Due Diligence Helps to Avoid Unpleasant Surprises

I. Dispute Analysis & Forensic Services in M&A

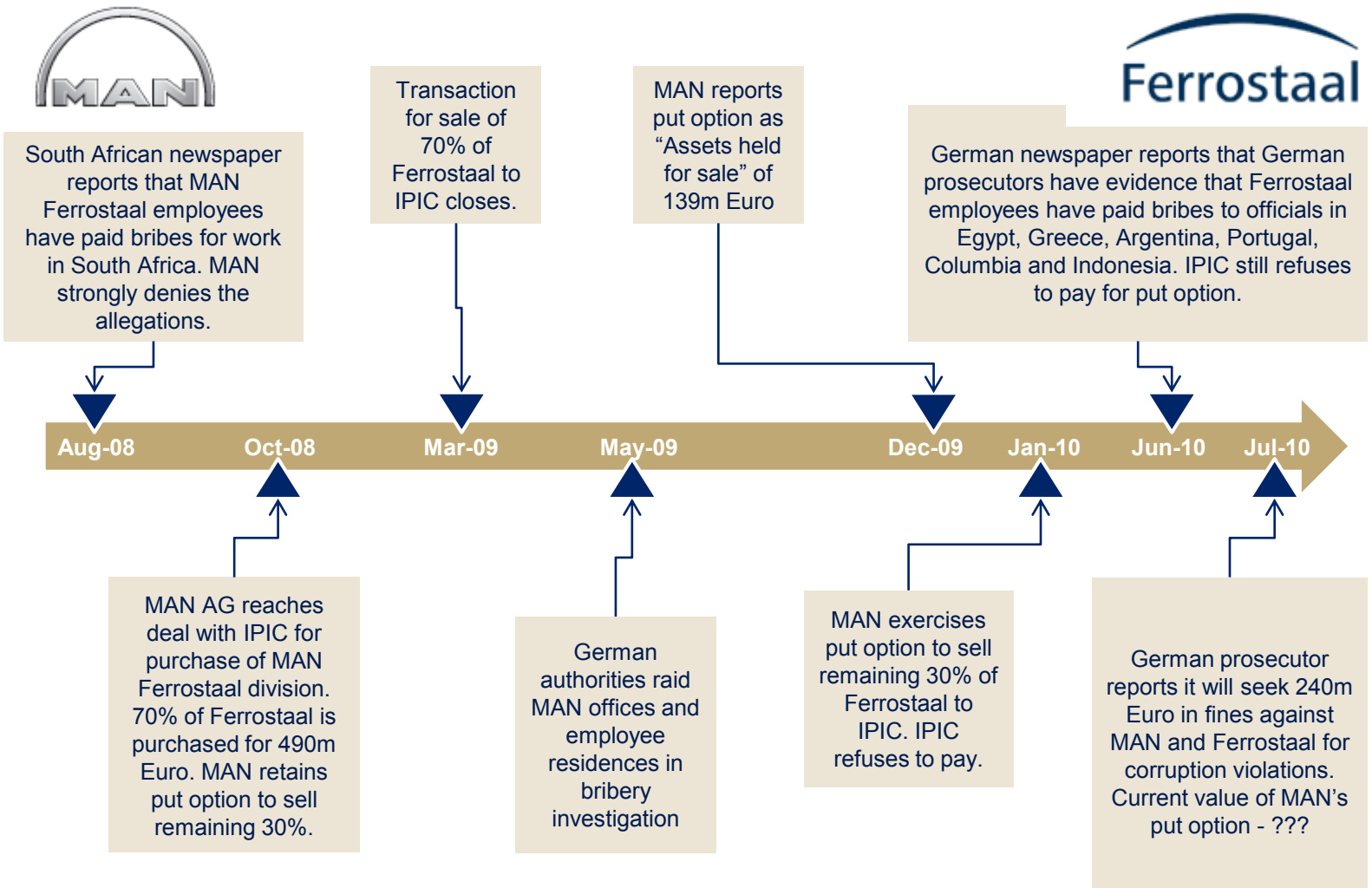
Alvarez & Marsal can support you in avoiding unpleasant investment surprises.



A public case: What you don't know could hurt you

I. Dispute Analysis & Forensic Services in M&A

International Petroleum Investment Company (IPIC) purchased MAN's Ferrostaal division in March 2009, ignoring prior reports of bribes paid by company employees. IPIC now finds itself in a dispute involving 210m Euro in remaining purchase price as well as facing 240m Euro or more in potential fines.



Missed Opportunity

- Red Flag Analysis (DD)
- Reps & Warranty Provisions

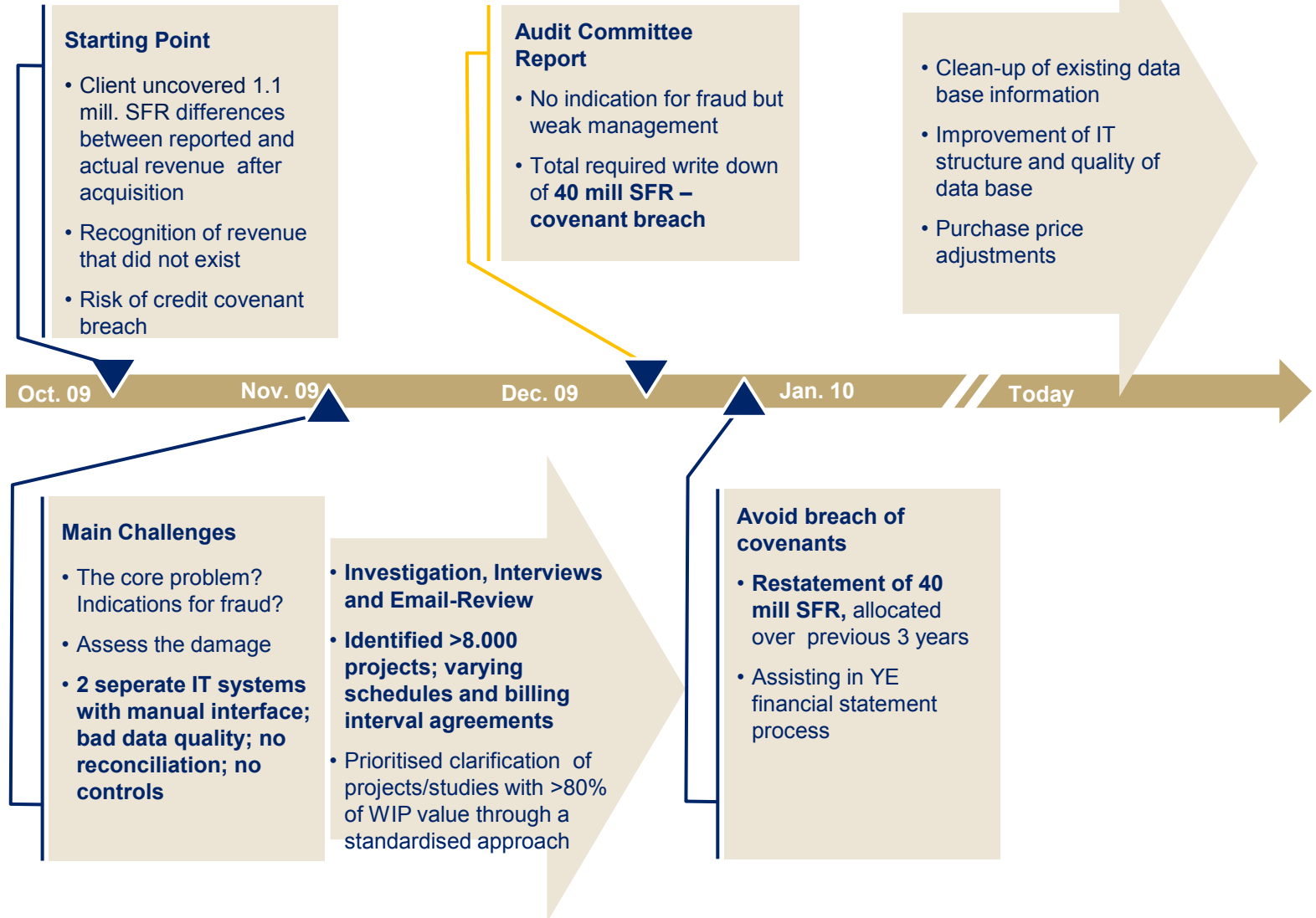
The Long Tail

- Massive Investigation Effort
- Purchase Price Dispute

Post Sales Surprise: Sour Lemons

I. Dispute Analysis & Forensic Services in M&A

The emotional and high-stress environment of some transactions can lead to a narrow focus on certain issues while disregarding other, important ones.



Post Sales Surprise: Bitter Pill

I. Dispute Analysis & Forensic Services in M&A

Some transactions are simply doomed to fail; Failed transactions almost always end in disputes.

