

(→ Rn. 3), sodass auch keine Informationspflicht besteht. Da dies nicht immer praktikabel ist, wird teilweise empfohlen, bereits bei Erhebung der Daten, also zB der Einstellung von Beschäftigten, **abstrakt darüber zu informieren**, dass in der Zukunft ggf. eine Due Diligence beabsichtigt sein könnte.¹⁰¹ Für den Veräußerer kann das durchaus ein funktionierender Ansatz sein, aber nicht für den Erwerber. Dessen Informationspflicht nach Art. 14 Abs. 1 DS-GVO bleibt davon unangetastet. Zwar wird in diesem Rahmen auch vertreten, dass sich auch der Erwerber mit auf die Art.-13-Information des Veräußerers berufen kann und nicht noch einmal gesondert informieren muss.¹⁰² Dieses Konstrukt kann aber nur dann ausreichen, wenn der Erwerber bei der ursprünglichen Erhebung schon namentlich genannt worden ist. Das wird realistischlicherweise nicht der Fall sein. Da ein späterer Erwerber bei Erhebung normalerweise nicht feststeht, kann lediglich eine pauschale Mitteilung ergehen, dass in der Zukunft eventuell Vertragsverhandlungen anstehen könnten. Eine alternative Herangehensweise besteht darin, ausschließlich **Rechtsanwälte** handeln zu lassen. So kann der Erwerber die Einsichtnahme und die Auswertung ausschließlich auf Rechtsanwälte verlagern. Diese unterliegen einer beruflichen Schweigepflicht, die nach Art. 14 Abs. 5 DS-GVO zur Einschränkung der Transparenzpflichten geeignet ist.¹⁰³

Neben diesen organisatorischen Herangehensweisen existieren auch rechtliche Ansätze, 25
Ausnahmen der Informationspflicht zu begründen. So wird vielfach eine planwidrige Regelungslücke angenommen, die durch **Analogie** oder **teleologische Reduktion** zu schließen ist.¹⁰⁴ Für die Planwidrigkeit spricht in der Tat Erwgr. Nr. 62 der DS-GVO, der die Ausnahmen von der Informationspflicht präzisiert, ohne auf Art. 14 DS-GVO beschränkt zu sein.¹⁰⁵ Art. 14 Abs. 5 lit. b) S. 1, 2. Hs. DS-GVO beinhaltet eine dahingehende Ausnahme, dass von der Information abgesehen werden kann, wenn die Information die Verarbeitung unmöglich machen würde. Der Erwerber kann sich problemlos auf diese Klausel berufen, wenn die Transaktionsabsicht noch vertraulich ist und ein Bruch der Vertraulichkeit sie ernstlich gefährden würde.¹⁰⁶ Für den Veräußerer gilt hingegen nicht Art. 14, sondern Art. 13 DS-GVO, der keinen Anknüpfungspunkt für eine solche Ausnahme enthält.¹⁰⁷ Das Bedürfnis, die fehlende Ausnahme in Art. 13 DS-GVO hineinzu lesen, kann aus der Wertung des Kapitalmarktrechts entnommen werden: Art. 17 Abs. 4 UAbs. 1 MAR erkennt dort das Interesse an, die angestrebte Transaktion zunächst vertraulich behandeln zu können, um laufende Verhandlungen nicht zu gefährden.¹⁰⁸ Der Sinn dahinter besteht darin, Auswirkungen auf den Kurs durch eine frühe Veröffentlichung zu verhindern, die auch auf das kursabhängige Mindestgebot abfärben würden.¹⁰⁹ Das systematische Argument ist durchaus überzeugend, kann aber nur hinsichtlich einer zu frühen Information angebracht werden. Als Ergebnis erscheint eine teleologische Reduktion des Art. 13 Abs. 3 DS-GVO angezeigt, in den mit dem Rechtsgedanken des MAR, des Art. 14 Abs. 5 lit. b S. 2 und des Art. 23 Abs. 2 DS-GVO ein Abwägungsvorbehalt hineingelesen wird.¹¹⁰ Dies kann jedoch nur solche Fälle betreffen, in denen die Offenlegung personenbezogener Daten in der Due Diligence unbedingt erforderlich und verhältnismäßig ist und eine zu frühe Transparenz einen gewichtigen Schaden zur Folge hätte. Wenn

¹⁰¹ Forgó/Helfrich/Schneider Betr. Datenschutz-HdB/Schröder Teil VI Rn. 18; Pauly/Nabulsi ZD 2023, 587 (590).

¹⁰² Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 162; Pauly/Nabulsi ZD 2023, 587 (590).

¹⁰³ Forgó/Helfrich/Schneider Betr. Datenschutz-HdB/Schröder Teil VI Rn. 33.

¹⁰⁴ Schnebbe Due Diligence, Rn. 202 f.; Storms Datenschutz in der Unternehmenstransaktion, S. 218 f.; krit. Dürager Datenschutz in Unternehmenstransaktionen, S. 122 f.; Forgó/Helfrich/Schneider Betr. Datenschutz-HdB/Schröder Teil VI Rn. 63.

¹⁰⁵ Pauly/Nabulsi ZD 2023, 587 (590).

¹⁰⁶ Grau FS Willemssen, 147 (157); Pauly/Nabulsi ZD 2023, 587 (588).

¹⁰⁷ Schnebbe Due Diligence, Rn. 198; Storms Datenschutz in der Unternehmenstransaktion, S. 215.

¹⁰⁸ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Poelzig MAR Art. 17 Rn. 25.

¹⁰⁹ Storms Datenschutz in der Unternehmenstransaktion, S. 217.

¹¹⁰ Schnebbe Due Diligence, Rn. 202 f.; Storms Datenschutz in der Unternehmenstransaktion, S. 227 f.

die Verhandlungsphase vorbei ist, ist die Information unverzüglich nachzuholen, da das Geheimhaltungsinteresse objektiv nicht mehr besteht.¹¹¹ Dies gilt unabhängig davon, ob die Verhandlungen gescheitert sind oder die Transaktion durchgeführt wird.

III. Identifikation datenschutzrechtlicher Risiken

- 26 Im Rahmen der Due Diligence sollten datenschutzrechtliche Risiken im Zielunternehmen untersucht werden. Red Flags können für das Geschäftsmodell relevante Datenverarbeitungen sein, für die **keine tragfähige Rechtsgrundlage** besteht. Zwar kann ein Erwerber für gewöhnlich die Verarbeitungen auf Basis derselben Rechtsgrundlage wie der Veräußerer fortführen; dies setzt aber voraus, dass die ursprüngliche Rechtsgrundlage auch einschlägig ist und korrekt angewendet wurde.¹¹² Können die Daten nicht weiter genutzt werden, drohen aufsichtsbehördliche Untersagungsanordnungen und Geldbußen (Beispiele → Rn. 59). Dem Risiko kann zunächst begegnet werden durch eine Anforderung und Durchsicht des Verzeichnisses der Verarbeitungstätigkeiten gem. Art. 30 DS-GVO. In diesem verpflichtend anzulegenden und vorzuhaltenden Dokument sind alle Verarbeitungen personenbezogener Daten zu erfassen, die das Unternehmen selbst durchführt oder an Auftragsverarbeiter ausgelagert hat. Auch konkrete Details zu den einzelnen Verarbeitungsarten wie zB die Zwecke, Datenkategorien, Datenempfänger, Drittlandsübermittlungen und Löschfristen sind in Art. 30 Abs. 1 DS-GVO explizit als Mindestinhalt des Verzeichnisses vorgesehen. Existiert kein Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten oder ist es veraltet bzw. unzureichend befüllt, so ist dies ein Anzeichen für eine nicht professionell geführte Datenschutzorganisation im Zielunternehmen. In dem Fall sollte vor der beabsichtigten Transaktion eine eigenständige bzw. von unabhängigen Experten beauftragte Bestandsaufnahme und Bewertung der Datenhaltung und Datenflüsse des Unternehmens erfolgen. Für besonders risikoreiche Verarbeitungen ist zudem nach Art. 35 DS-GVO jeweils eine Datenschutz-Folgenabschätzung zu erstellen und bereit zu halten. Existieren zu relevanten Prozessen keine Datenschutz-Folgenabschätzungen, sollten die sog. Schwellwertanalysen eingeholt werden. Dabei handelt es sich um dokumentierte Analysen, warum eine Verarbeitung nicht als risikoreich angesehen wurde, sodass von einer Datenschutz-Folgenabschätzung abgesehen wurde. Jedenfalls für die umfangreichen Verarbeitungsvorgänge sowie für solche mittleren Risikos für die Betroffenen sollte eine solche Schwellwertanalyse vorhanden sein. Fehlt sie, ist es für Erwerber ratsam, vor der Finalisierung der Transaktion auf eine Risikodokumentation zu bestehen und diese eigenständig zu überprüfen. Sollen die Bestandskunden des Erwerbers auf Basis behaupteter Einwilligungen werblich angesprochen werden (→ Rn. 41), sollte anhand von Stichproben überprüft werden, ob die Erklärungen existieren und valide sind.
- 27 Verstöße in der Vergangenheit werden teilweise erst in der Zukunft bemerkt und/oder sanktioniert. Kommt es in der Zwischenzeit im Rahmen des Share Deals zu einem Gesellschafterwechsel, „erwirbt“ der Erwerber gewissermaßen die bisherigen Datenschutzverstöße mit. Insofern ist eine Prüfung unerlässlich, ob grobe Verstöße in der Betriebsorganisation ersichtlich sind.¹¹³ So wäre es bspw. fahrlässig, sich vor dem Erwerb nicht zu vergewissern, wie die Mitarbeiterüberwachung ausgestaltet ist¹¹⁴ oder wie umfangreich die angelegten Kundenprofile sind. Ein Beispiel für einen „geerbten“ Datenschutzverstoß ist die Geldbuße der britischen Aufsichtsbehörde ICO gegen die Marriott International Inc in Höhe von umgerechnet 20,4 Millionen Euro.¹¹⁵ So bemerkte das Hotelunternehmen

¹¹¹ Pauly/Nabulsi ZD 2023, 587 (588); Schnebbe Due Diligence, Rn. 195.

¹¹² Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 231 f.

¹¹³ Vgl. Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 243.

¹¹⁴ Forgó/Helfrich/Schneider Betr. Datenschutz-HdB/Schröder Teil VI Rn. 1.

¹¹⁵ Information Commissioner's Office, Penalty Notice v. 30.10.2020, Case ref: COM0804337.

Marriott im Jahr 2018 eine erhebliche Sicherheitslücke in der Kundendatenbank der Starwood-Gruppe, die es im Jahr 2016 übernommen hatte. In der Folge wurde die Marriott International Inc zum Haftungsobjekt der Geldbuße. Neben der Datenschutzorganisation im Zielunternehmen sollte im Übrigen auch erfragt werden, ob Ermittlungsverfahren der zuständigen Datenschutz-Aufsichtsbehörde im Gange sind.

Auch abgeschlossene Fälle in der Vergangenheit sind relevant. Ein Kriterium für das Ob 28 und auch die Höhe einer Geldbuße ist die Frage, ob frühere Verstöße bei der Datenschutz-Aufsichtsbehörde bekannt sind (Art. 83 Abs. 2 lit. e DS-GVO). Daher sollten in der Due Diligence alle **bisherigen Behördenkontakte** überprüft werden.¹¹⁶ Insbesondere auf Geldbußen, aber auch Warnungen und Verwarnungen ist zu achten (Art. 58 Abs. 2 lit. a, b, i DS-GVO). Warnungen und Verwarnungen sind feststellende Verwaltungsakte, die insbesondere die Funktion haben, im Wiederholungsfall strafscharfend herangezogen werden zu können.¹¹⁷ Jedenfalls beim Share Deal ist eine später durch den Rechtsnachfolger begangene Verstoßhandlung eine klare Wiederholungstat. Beim Asset Deal besteht zwar keine direkte Wirkung, aber der vorherige Verstoß beim Erwerber kann ggfs. als sonstiger Umstand des Art. 83 Abs. 2 lit. j) DS-GVO Relevanz haben, wenn übernommenes Personal durch den damaligen Bescheid erhöhten Vorsatz aufweist.

IV. Übertragung personenbezogener Daten an den Erwerber

Für die bei einem Asset Deal zu bedenkende Übertragung personenbezogener Daten an die 29 Erwerbsgesellschaft ist grds. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO die taugliche Rechtsgrundlage, soweit die Maßnahme der von der Norm geforderten **Interessenabwägung** standhält.¹¹⁸ Anders als bei der Due Diligence kann die Interessenabwägung kaum durch flankierende Sicherungsmaßnahmen wie Anonymisierung, Aggregation usw. positiv beeinflusst werden, weil der Erwerber für den Fortbetrieb die Daten im Klartext benötigt.¹¹⁹ Insofern gilt es zu überprüfen, ob es im überwiegenden Interesse des Erwerbers ist, die Daten zu erhalten und weiter nutzen zu können. Dabei ist nach unterschiedlichen Fallgestaltungen je nach Art der Daten und Art der Transaktion zu differenzieren.

1. Kundendaten

Für die Übertragung der Kundendaten macht es einen relevanten dogmatischen Unter- 30 schied, ob sie infolge eines **Asset Deal** oder eines **Share Deal** erfolgt. Der Asset Deal zeichnet sich durch die Veräußerung einiger oder sämtlicher materieller oder immaterieller Vermögensgüter eines Unternehmens aus,¹²⁰ mit der auch die Übertragung von Daten an den Erwerber einher geht. Der Share Deal bezeichnet die Veräußerung von Geschäftsanteilen mit der Konsequenz, dass die Daten im selben Unternehmen verbleiben.¹²¹ In dieser Konstellation fehlt es an einer Datenübertragung von einer juristischen Person zu einer anderen.

¹¹⁶ Schnebbe Due Diligence, Rn. 4.

¹¹⁷ von dem Bussche/Voigt Konzerndatenschutz/Ambrock Teil 8 Rn. 84; Freund/Schmidt/Heep/Roschek DSGVO/Ambrock Art. 58 Rn. 44.

¹¹⁸ Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 37 ff.

¹¹⁹ Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 200.

¹²⁰ von dem Bussche/Voigt Konzerndatenschutz/Plath Teil 6 Rn. 5.

¹²¹ von dem Bussche/Voigt Konzerndatenschutz/Plath Teil 6 Rn. 5.

a) Share Deal, Verschmelzung und Abspaltung

- 31 Beim Share Deal handelt nicht die Gesellschaft, die die Daten hält, sondern der Anteils-eigner, der Anteile verkaufen will.¹²² In der Folge gehen Unternehmensanteile auf den Erwerber über. Die von der Zielgesellschaft gehaltenen personenbezogenen Daten werden hingegen nicht übermittelt. Der Verantwortliche ist derselbe, nur dessen Gesellschafterstruktur hat sich geändert.¹²³ Da **keine Datenübermittlung** passiert, braucht es auch keine Rechtsgrundlage nach der DS-GVO.¹²⁴ Dasselbe gilt für Verschmelzung und Abspaltung, wenn Unternehmen oder Teile davon im auf ein übernehmendes Unternehmen übergehen.¹²⁵ Im Zuge der Universalsukzession gehen Daten und Berechtigungen daran auf Erwerber über, der in die Stellung des Vorgängers eintritt.¹²⁶ Dieses Ergebnis gilt auch für die Umwandlung nach UmwG. Dabei führt die Verschmelzung und Eintragung ins Register dazu, dass Vermögen und Verbindlichkeiten, also auch Rechte an Daten, auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen.¹²⁷
- 32 Diese Konstellationen sind normalerweise aus Datenschutzsicht unproblematisch. Die Daten können nach erfolgter Transaktion auf Basis derselben Rechtsgrundlage **weiter genutzt** werden, die zuvor schon herangezogen worden war.¹²⁸ Im seltenen Ausnahmefall kann die Prüfung der Rechtsgrundlage aber beim Erwerber anders ausfallen, wenn es den Kunden erkennbar darauf ankam, mit einem bestimmten, zB politisch neutralen Anbieter zu agieren.¹²⁹ Nur in diesem Extremfall, in dem der neue Eigentümer bzw. Gesellschafter die Gesamterscheinung des Unternehmens eklatant prägt, dürfen die Daten ggf. nicht wie zuvor weiterverwendet werden, soweit keine gültige Einwilligung eingeholt wird oder alternative Rechtsgrundlage herangezogen werden kann.

b) Asset Deal

- 33 Beim Asset Deal werden idR nicht nur Sachgüter, sondern auch Verträge übertragen und Kundendaten übergeben.¹³⁰ Nicht selten sind die zu erwerbenden Daten das zentrale Asset,¹³¹ um auf einem etablierten Kundenstamm aufbauen zu können. Besonders problematisch ist der isolierte Verkauf nur der Kundendatenbanken ohne den dazugehörigen Geschäftsbetrieb bzw. das Unternehmen. In dem Fall kann keinerlei Interesse des Kunden an einer fortgeführten Betreuung durch den Erwerber der Datenbank angenommen werden, sodass eine Übermittlung nicht nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) zu rechtfertigen ist.¹³² Werden die Daten zusammen mit einem eigentlichen Kaufgegenstand wie zB einem Ladengeschäft oder Onlineshop veräußert, ist ihre Übertragbarkeit anhand der Umstände des Einzelfalls und der **berechtigten Erwartungen auf Kundenseite** zu beurteilen. In der Praxis haben sich verschiedene wiederkehrende Konstellationen herausgebildet. Sie sind dargestellt ua im Beschluss „Übermittlungen personenbezogener Daten an die Erwerberin oder den Erwerber eines Unternehmens im Rahmen des Asset-Deals“ der Kon-

¹²² von dem Bussche/Voigt Konzerndatenschutz/Plath Teil 6 Rn. 25.

¹²³ Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 148.

¹²⁴ BeckOK Datenschutzrecht/Riesenhuber, § 26 BDSG Rn. 185; Behling RDV 2010, 107 (110); Däubler RDV 2004, 55 (57).

¹²⁵ Essers/Hartung RDV 2002, 278 (286); Nebel CR 2016, 417 (418).

¹²⁶ Dieckmann/Eul/Klevenz RDV 2000, 149 (151).

¹²⁷ von dem Bussche/Voigt Konzerndatenschutz/Plath Teil 6 Rn. 7, 66 ff.; Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 174.

¹²⁸ Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 231 f.

¹²⁹ von dem Bussche/Voigt Konzerndatenschutz/Plath, Teil 6 Rn. 59; sa Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 213.

¹³⁰ Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 188.

¹³¹ von dem Bussche/Voigt Konzerndatenschutz/Plath Teil 6 Rn. 4.

¹³² Ernst DuD 2016, 792 (794 f.); Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 204; Forgó/Helfrich/Schneider Betr. Datenschutz-HdB/Schröder Teil VI Rn. 40.

ferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 11.9.2024.¹³³

aa) Laufende Verträge

Die erste relevante Fallgruppe bilden Bestandskunden mit laufenden Verträgen.¹³⁴ Die 34
Erforderlichkeit und Angemessenheit nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO folgt hier den zivilrechtlichen Verhältnissen. Bei laufenden Verträgen setzt dies nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine Mitwirkung des Kunden voraus.¹³⁵ Beabsichtigt der Erwerber eines Assets, die Vertragsbeziehung fortzuführen, handelt es sich bei akzessorischen Geschäftsmodellen um eine Kombination aus **Schuldübernahme** (§§ 414 ff. BGB) und Abtretung (§§ 389 ff. BGB). Die Übernahme der Schuld des Veräußerers erfordert die **Genehmigung des Gläubigers** (§ 415 Abs. 1 S. 1 BGB). Wird sie nicht erteilt, erfolgt die Schuldübernahme nicht. Es besteht dann auch kein überwiegendes berechtigtes Interesse, die betreffenden Kundendaten zu übertragen. Genehmigt der Kunde den Vertragseintritt des Erwerbers, folgt die datenschutzrechtliche Zulässigkeit, die für die Vertragsdurchführung erforderlichen Daten zu übertragen, aus der zivilrechtlichen Notwendigkeit. Die Genehmigung nach § 415 BGB enthält dann als Minus auch die Zustimmung zur Datenübertragung.¹³⁶ Die Fiktion gilt auch in umgekehrter Richtung. Spricht sich hingegen der Kunde zivilrechtlich gegen die Schuldübernahme aus, so ist die Erklärung zugleich als Widerspruch nach Art. 21 DS-GVO zu bewerten.¹³⁷ Eine Datenübertragung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO scheidet dadurch aus.

Um jedenfalls bei wichtigen Vertragspartnern Rechtssicherheit zu erzielen, empfiehlt es 35
sich, konkrete Vereinbarungen zu treffen. Mit Großkunden und Lieferanten schließen Veräußerer und Erwerber oftmals einen dreiseitigen **Vertrag über den Fortbestand** der Geschäftsbeziehung. Die dafür erforderlichen personenbezogenen Daten dürfen dann nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO übermittelt und weiter genutzt werden.¹³⁸

bb) Beendete Verträge

Erwerberseitig besteht idR ein hohes Interesse, die zu einem erworbenen Asset gehörigen 36
Kundendaten für die Fortführung des Geschäftsbetriebs zu nutzen. Wird bspw. eine Website veräußert, die Kleidung verkauft, ist die Beibehaltung der Kundenprofile inklusive Kleidergröße, Modegeschmack und Zahlungsbereitschaft regelmäßig hilfreich für den künftigen Vertriebs Erfolg.¹³⁹ Es kann auch durchaus im Interesse und der berechtigten Erwartung der Besucher der Website liegen, dass ihr Kundenverhältnis ungehindert wie bislang weitergeführt wird.¹⁴⁰ Dieses **Kundeninteresse** kann jedoch nicht pauschal bei jedem Asset Deal angenommen werden. Es ist insofern durch Auslegung zu ermitteln, ob die bisherigen Kunden durch ihr Kaufverhalten zu verstehen geben, dass sie weiterhin regelmäßige Bestandskunden sein werden.

Zur Systematisierung der Einschätzung des Kundenwillens unterscheidet die Konferenz 37
der Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder (→ Rn. 33) danach, ob der letzte vertragliche Kontakt länger als drei Jahre her ist. Die drei Jahre sind an die allgemeine Verjährungsfrist angelehnt sowie an praktische Erfahrungen, inwieweit Altdaten für den

¹³³ DSK, Übermittlungen personenbezogener Daten an die Erwerberin oder den Erwerber eines Unternehmens im Rahmen des Asset-Deals, abrufbar unter https://datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/2024-09-11_Beschluss%20DSK_%20Asset_Deals.pdf.

¹³⁴ DSK, Übermittlungen personenbezogener Daten an die Erwerberin oder den Erwerber eines Unternehmens im Rahmen des Asset-Deals, S. 2 f.

¹³⁵ von dem Bussche/Voigt Konzerndatenschutz/Plath Teil 6 Rn. 62.

¹³⁶ Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 202.

¹³⁷ Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 203.

¹³⁸ Vgl. von dem Bussche/Voigt Konzerndatenschutz/Plath Teil 6 Rn. 62.

¹³⁹ Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 206.

¹⁴⁰ Forgó/Helfrich/Schneider Betr. Datenschutz-HdB/Schröder Teil VI Kap. 4 Rn. 39.

Erwerber noch relevant sind und berechnete Erwartungen der Betroffenen bestehen.¹⁴¹ Ist diese Frist bereits verstrichen, kann nicht mehr von einem Bestandskunden ausgegangen werden. Dann sind die Daten grds. nicht mehr durch den Erwerber zu nutzen und eine Übertragung kommt nur in Betracht, damit der Erwerber die gesetzlichen Aufbewahrungspflichten gewährleisten kann.¹⁴² Es ist insofern naheliegender, dass die Altdaten beim Veräußerer zu belassen und dort aufzubewahren, bis die Fristen nach § 257 HGB und § 147 AO verstrichen sind. Die **Drei-Jahres-Regel** bildet die typische Erwartungshaltung der Altkunden ab. Dieser behördlichen Vermutung kann im Einzelfall entgegengetreten werden, indem eine abweichende nachvollziehbare Erwartungshaltung aufgrund besonderer Umstände der Kundenbeziehung oder des Geschäftsfelds dargelegt wird.¹⁴³

- 38 Neukundendaten** sind hingegen privilegiert, da bei ihnen grds. von einem höheren Fortsetzungsinteresse an der Geschäftsbeziehung ausgegangen werden kann.¹⁴⁴ Ist der letzte Vertragskontakt vor weniger als drei Jahren gewesen, gestatten die Datenschutzbehörden eine Übertragung und weitere Nutzung wie vor dem Asset Deal im Rahmen einer **Widerspruchslösung**.¹⁴⁵ Vor der Weitergabe ihrer Daten sind die Kunden aktiv anzusprechen, über den Transfer zu informieren und ihnen Gelegenheit zu geben, ohne Angabe von Gründen nach Art. 21 Abs. 1 DS-GVO zu widersprechen. Bankkontodaten sind von der Übertragung auf diese Weise ausgenommen. Diese Opt-Out-Lösung ist durchaus umstritten. Die Kritik betrifft teilweise die Lösung als Ganzes, weil sie faktisch einer Einwilligung nahekommt, die von der Rechtsgrundlage Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO nicht gefordert wird.¹⁴⁶ Andere erkennen die Notwendigkeit eines einräumenden Widerspruchs an, nicht aber die Anforderung, aktiv darüber zu informieren.¹⁴⁷ Der Kritik ist entgegenzusetzen, dass die Einräumung des Widerspruchs ein Instrument ist, um eine komplexe Abwägungssituation des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO zugunsten des Datenverarbeiters zu beeinflussen. Sie ist insofern nicht zwingend, als dass auch alternative Maßnahmen wie bspw. Pseudonymisierungstechniken in Frage kommen, um die Gewichte in der Güterabwägung zu verlagern. Wenn aber der Erwerber des Assets mit den Kundendaten im Klartext arbeiten möchten, wird kaum eine praktikable Alternative zum Widerspruch in Frage kommen. Es ist auch in anderen Bereichen üblich, durch aktiv propagierte Widerspruchsrechte die Rechtmäßigkeit überraschender und heikler Datenverarbeitungen herzustellen. Beispiele sind ua Gesundheitsforschung¹⁴⁸ oder Straßenfotografien im Internet.¹⁴⁹

cc) Offene Forderungen

- 39** Die Daten der Kunden, zu denen offene Forderungen bestehen, dürfen mit übertragen werden, wenn die Forderung wirksam **abgetreten** wird.¹⁵⁰ Das Datenschutzrecht folgt insofern den §§ 398 ff. BGB. Werden diese Vorschriften eingehalten, darf Zedent an

¹⁴¹ Vgl. DSK, Asset Deal – Katalog von Fallgruppen, Beschluss vom 24.5.2019, Fn. 2, 3, abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20190524_dskb_asset_deal.pdf. Der Beschluss ist grds. durch die erweiterte Neufassung von 2024 ersetzt worden, der hier zitierte Aspekt wird in der Neufassung jedoch nicht angesprochen.

¹⁴² DSK, Asset Deal – Katalog von Fallgruppen, Beschl. v. 24.5.2019, Ziff. 2.

¹⁴³ Vgl. Forgó/Helfrich/Schneider Betr. Datenschutz-HdB/Schröder Teil VI Rn. 39.

¹⁴⁴ Vgl. Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 202.

¹⁴⁵ DSK, Asset Deal – Katalog von Fallgruppen, Beschl. v. 24.5.2019, Ziff. 3.

¹⁴⁶ von dem Bussche/Voigt Konzerndatenschutz/Plath, Teil 6 Rn. 64.

¹⁴⁷ Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 221.

¹⁴⁸ Entschließung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder v. 24.11.2022, Petersberger Erklärung zur datenschutzkonformen Verarbeitung von Gesundheitsdaten in der wissenschaftlichen Forschung, S. 7.

¹⁴⁹ Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zu Vorabwidersprüche bei StreetView und vergleichbaren Diensten v. 12.5.2020; sa Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Pressemitteilung Neue Bilder bei Google Street-View v. 25.7.2023.

¹⁵⁰ DSK, Übermittlungen personenbezogener Daten an die Erwerberin oder den Erwerber eines Unternehmens im Rahmen des Asset-Deals, S. 4 f.

Zessionar die für die Abtretung erforderlichen Informationen übertragen. Hinsichtlich der personenbezogenen Daten ist dann die Rechtsgrundlage Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO. Überwiegende Gegeninteressen bestehen allerdings dann, wenn die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen ist (§ 399 2. Alt. BGB, § 354a HGB).

2. Werbedaten

Sofern die Kundendaten nach den obigen Ausführungen (→ Rn. 30 ff.) rechtmäßig über- 40
tragen wurden, kann **Direktwerbung** durch den Erwerber regelmäßig unter denselben Voraussetzungen wie vor der Transaktion vom Veräußerer fortgeführt werden.¹⁵¹ Hat ein Betroffener bislang rechtmäßige Werbung erhalten auf Basis einer Einwilligung oder nach den Kriterien des Art. 7 UWG, dann besteht oftmals eine berechnete Erwartung des Adressaten, künftige Werbung von dem übergegangenen Geschäft bzw. der Marke zu erhalten und nicht weiter vom Veräußerer, der es gar nicht mehr betreibt.¹⁵²

Vorhandene Werbeeinwilligungen sind ein zentrales Asset mancher Unternehmen. Da- 41
her ist es von wesentlicher Bedeutung, ob sie nach der Transaktion weiter Gültigkeit haben.¹⁵³ Dafür muss der Erwerber zunächst über die **Einwilligungserklärungen** verfügen, weil nach Art. 5 Abs. 2 DS-GVO derjenige in der Nachweispflicht ist, der sich auf eine Einwilligung beruft.¹⁵⁴ Bei Share Deal gelten die Einwilligungen dann ungehindert fort aufgrund der damit verbundenen Rechtsnachfolge.¹⁵⁵ Beim Asset Deal ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Einwilligung zu Gunsten einer konkreten juristischen Person oder eines Geschäfts bzw. einer Firma erteilt wurde.¹⁵⁶ Zwar nimmt eine strikte Ansicht an, dass Einwilligungserklärungen sich immer auf ihren konkreten Empfänger beziehen¹⁵⁷ als Ausfluss des privatrechtlichen Charakters einer Einwilligung. Die Gegenansicht knüpft hingegen – ebenso im Einklang mit privatrechtlichen Wertungen – beim objektiven Empfängerhorizont an. Danach handelt es sich meist um eine geschäftsbezogene Einwilligung, die zugunsten der juristischen Person wirkt, die letztlich das Handelsgeschäft betreibt, die Marke nutzt usw.¹⁵⁸ Sie bezieht sich demnach auf eine Datenverarbeitung. Wenn diese wie gewollt fortgeführt wird, geht von ihr keine belästigende Wirkung aus.¹⁵⁹ Die letztgenannte Ansicht ist vorzuzugewürdig, wenn nach Auslegung des Erklärungswillens tatsächlich die einwilligende Person Werbung von einem bestimmten Geschäft bzw. einer bestimmten Firma erhalten möchte und nicht von dem dahinter stehenden konkreten Eigentümer. Dies kann nicht pauschal angenommen werden, sondern ist anhand der Umstände des Einzelfalls zu begründen.

¹⁵¹ Zur Zulässigkeit von Direktwerbung siehe allg. DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), Februar 2022.

¹⁵² Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 190 f.; Plath/Struck/ter Hazeberg CR 2020, 9 (13); Wehmeyer RDV 2015, 248 (250).

¹⁵³ von dem Bussche/Voigt Konzerndatenschutz/Plath Teil 6 Rn. 2.

¹⁵⁴ Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 237.

¹⁵⁵ von dem Bussche/Voigt Konzerndatenschutz/Plath Teil 6 Rn. 58.

¹⁵⁶ Thode PinG 2016, 26.

¹⁵⁷ Duisberg RDV 200, 104 (108 ff.); vgl. Ernst DuD 2016, 792 (794).

¹⁵⁸ Conrad ZD 2016, 1 (2); von dem Bussche/Voigt Konzerndatenschutz/Plath Teil 6 Rn. 56; Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 236 f.; Plath/Struck/ter Hazeberg CR 2020, 9 (9).

¹⁵⁹ Thode PinG 2016, 26 (29).

3. Sensible Daten

- 42 Besondere Vorsicht ist beim Erwerb von Einrichtungen mit **sensiblen Datenbeständen** an den Tag zu legen. Dies betrifft insbesondere nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO geschützte Datenkategorien sowie darüber hinaus Datenbestände von Berufsgeheimnisträgern, Telekommunikationsunternehmen, Versicherungen und Kreditinstituten.
- 43 Zu den nach **Art. 9 Abs. 1 DS-GVO** geschützten, besonders diskriminierungsgefährdeten Daten gehören solche, aus denen die rassische und **ethnische Herkunft**, politische Meinungen, **religiöse** oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen. Ebenfalls darunter fallen genetische und biometrische Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, **Gesundheitsdaten** oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung. Solche Informationen dürfen nur nach dem sehr eingeschränkten Tatbestandskatalog des Art. 9 Abs. 2 DS-GVO übertragen werden. Beim Share-Deal findet keine Datenübertragung statt (→ Rn. 31), sodass es auf Art. 9 DS-GVO nicht ankommt und die Nutzung nach der Transaktion fortgeführt werden kann. Beim Asset Deal ist die Weitergabe hingegen eine Verarbeitung, die nur nach den Kriterien des Abs. 2 erlaubt ist. Die Durchführung einer Transaktion ist in dem Katalog nicht genannt und außer der spezifischen Einwilligung passt keiner der Tatbestände des Art. 9 Abs. 2 DS-GVO.¹⁶⁰ Daher kommt beim Asset Deal nur eine Weitergabe solcher Daten an den Erwerber in Betracht, deren betroffene Personen nach Art. 9 Abs. 2 lit. a) DS-GVO eingewilligt haben.¹⁶¹ Die Einwilligung muss im Vorfeld der geplanten Datenübermittlung eingeholt werden. Dies kann noch nicht pauschal bei Vertragsschluss mit dem Endkunden vorweggenommen werden, weil dann noch nicht klar ist, wer Erwerber ist.¹⁶² Teilweise ist Skepsis zu lesen, ob Kunden zu einer solchen Einwilligung bereit sein werden.¹⁶³ Ob es gelingt, relativ flächendeckend Einwilligungen einzuholen, dürfte davon abhängen, wie attraktiv es für die Kunden erscheint, vom Erwerber weiter betreut zu werden. Wird die Einwilligung verweigert, bleibt die Möglichkeit, die Kundendaten nach den unter Ziff. 1. dargestellten Voraussetzungen zu übertragen und die sensiblen Angaben wegzulassen. So können bspw. die Stammdaten wie Name und Anschrift weitergegeben werden, nicht aber einzelne vorhandene Gesundheitsdaten. Wenn jedoch bereits der Umstand, Kunde des Geschäfts zu sein, Rückschlüsse auf Informationen nach Art. 9 DS-GVO zulässt, funktioniert diese Methode nicht.
- 44 Beim Kanzlei- und Praxisverkauf wird stets ein großer Fokus auf die Weiterführung der Mandanten- bzw. Patientenbeziehung gelegt.¹⁶⁴ Berufsgeheimnisträger wie **Ärzte, Rechtsanwälte**, Steuerberater usw. unterliegen einer **Schweigepflicht** nach ihrem Berufsrecht. Diese ist über § 203 StGB strafrechtlich abgesichert. Nach der Rechtsprechung des BGH verletzt die Übertragung der ihnen anvertrauten Geheimnisse ohne Einwilligung die jeweilige Schweigepflicht.¹⁶⁵ Dies gilt sowohl für den Asset als auch den Share Deal, soweit die geschützten Informationen von einem Berufsangehörigen an einen erwerbenden Kollegen gegeben werden. Das Berufsrecht knüpft insofern an die jeweilige natürliche Person an, der Informationen anvertraut wurden, nicht an juristische Personen als Verantwortliche. Der Geheimnisbegriff ist nicht identisch mit dem des personenbezogenen Datums, aber

¹⁶⁰ Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 224; Forgó/Helfrich/Schneider Betr. Datenschutz-HdB/Schröder Teil VI Rn. 20; schon zum BDSG aF Krohm Schutz personenbezogener Daten S. 167.

¹⁶¹ DSK, Übermittlungen personenbezogener Daten an die Erwerberin oder den Erwerber eines Unternehmens im Rahmen des Asset-Deals, S. 4; Mann/Böhm Börsen-Zeitung 178, 11.

¹⁶² Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 190 f.; Schnebbe Due Dilligence, Rn. 166.

¹⁶³ Baranowski/Glaßl BB 2017, 199 (200); Födisch Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen, S. 191.

¹⁶⁴ Vgl. Teichmann/Kiessling ZGR 2011, 33 (62 ff).

¹⁶⁵ BGH 11.12.1991 – VIII ZR 4/91 = NJW 1992, 737.