

# **Datenschutzrecht**

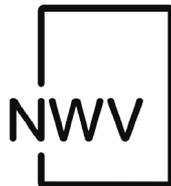
**Jahrbuch 2023**

herausgegeben

von

**ao. Univ.-Prof. Dr. Dietmar Jahnel**

Universität Salzburg  
Fachbereich Öffentliches Recht



Wien 2024

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort..... 3

## A. Aufsatzteil

Eva SOUHRADA-KIRCHMAYER

**Ausgewählte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes  
und der Höchstgerichte nach der DSGVO und dem DSG ..... 9**

Hans KRISTOFERITSCH

**Datenschutzrechte juristischer Personen..... 47**

Margarethe Aloisia SCHWAB

**Parlamentarische Tätigkeit und Datenschutz. Aus Anlass  
von EuGH 09.07.2020, C-272/19 ..... 75**

Viktoria HAIDINGER

**Der Legitimationszusammenhang: Meine, deine, unsere  
Interessen, aber sind sie auch berechtigt? ..... 117**

Aram MELIKJAN

**Das Lösungsrecht und das Widerspruchsrecht nach  
der DSGVO ..... 141**

Matthias SCHMIDL

**Der doppelgleisige Rechtsschutz nach der DSGVO – mögliche  
Umsetzung des Urteils des EuGH zu C 132/21 in Österreich..... 213**

Markus KOISSER / David SUNTINGER

**Passivlegitimation im datenschutzrechtlichen Zivil- und  
Behördenverfahren von öffentlich-rechtlichen oder  
gemeinsamen Verantwortlichen ..... 229**

Marek GERHALTER

**Das Ablehnungsrecht der Aufsichtsbehörden gemäß  
Art 57 Abs 4 DSGVO auf dem Prüfstand ..... 247**

Vanessa NEUDECKER

**Die Aufhebung des Medienprivilegs durch den VfGH ..... 257**

Michael MAIER

**Ausgewählte Aspekte des Forschungsprivilegs ..... 269**

Clemens THIELE

**Datenschutz beim Asset-Deal ..... 337**

Jessica WAGNER

**„Tausche persönliche Daten gegen Prozente“. Datenschutz-  
rechtliche Anforderungen der Datengenerierung zur Durch-  
führung von Werbemaßnahmen mithilfe elektronischer Post  
(„Leadgenerierung“) ..... 363**

## **B. Serviceteil**

Dietmar JAHNEL

**Datenschutzrecht: Literaturübersicht 2022/2023 ..... 375**

Dietmar JAHNEL

**Datenschutzrecht: Judikaturübersicht 2022/2023 ..... 383**

*Stichwortverzeichnis ..... 401*

*Autoren und Herausgeber ..... 403*

**Clemens THIELE**

## **Datenschutz beim Asset-Deal**

### **Inhaltsübersicht**

1. Einleitung .....	338
2. Begriff und Abgrenzung .....	339
3. Datenschutzrechtliche Grundlagen .....	340
3.1. Personenbezogene Daten als rechtlicher Anknüpfungspunkt .....	340
3.2. Datenschutzrechtliche Rollenverteilung .....	341
3.3. Datenschutzgemäße Rechtfertigung .....	342
4. Meinungsstand .....	342
4.1. Spruchpraxis und Judikatur.....	342
4.2. Wettbewerbsrechtliche Entscheidungen.....	346
4.3. Literatur .....	348
5. Eigene Stellungnahme.....	349
5.1. Ausdrückliche gesetzliche Grundlagen?.....	349
5.1.1. Bestandskundenprivileg (§ 174 Abs 4 TKG 2021) .....	350
5.1.2. Unternehmensübergang (§ 38 UGB).....	351
5.2. Fallgruppenbildung .....	351
5.2.1. Übermittlung innerhalb von bestehenden Vertragsverhältnissen .....	351
5.2.2. Übermittlung außerhalb von bestehenden Vertragsverhältnissen .....	352
5.2.3. Praxisfälle Einwilligung.....	353
5.2.4. Übermittlung von besonderen Kategorien von personenbezogenen Daten .....	354
5.2.5. Übertragung von Beschäftigtendaten .....	355
5.2.6. Übertragbarkeit von Einwilligungen zu Marketingzwecken? .....	356
5.2.7. Übermittlung vor Abschluss der Transaktion .....	356
5.3. Informationspflichten.....	357
5.3.1. Informationspflicht des Veräußerers .....	357
5.3.2. Informationspflicht des Erwerbers .....	357
5.4. Handlungsempfehlung zur Optimierung des Datentransfers.....	358
6. Zusammenfassung .....	360
Literaturverzeichnis.....	360

**Die praktische und wirtschaftliche Bedeutung von Unternehmenstransaktionen, gleichgültig ob als Share Deal, Asset Deal oder Carve Out, ist enorm. Die juristische Begleitung aus der Perspektive des Datenschutzrechts bleibt an diesem Schnittpunkt zwischen Vertrags-, Arbeits- und Telekommunikationsrecht demgegenüber deutlich zurück. Dies berührt vornehmlich auch solche Unternehmenstransaktionen, bei denen Daten nicht nur als untrennbarer Bestandteil von Verträgen auf den Unternehmenserwerber übergehen, sondern als selbstständiger wertvoller Vermögensbestandteil eines Unternehmens den Gegenstand der Transaktion bilden, was vor allem auf Kundendaten zutrifft. Der vorliegende Beitrag versucht einen realistischen Blick auf die Rolle des Datenschutzes und den Einfluss der DSGVO auf Unternehmenstransaktionen und richtet den Fokus auf den Asset Deal. Eine Handlungsempfehlung zur Optimierung des Datentransfers runden die herausfordernde Thematik ab.**

**Deskriptoren:** Asset Deal; Datenschutzrecht; Share Deal; Carve out; Closing; Signing; Kundendaten; Lead Generierung; Vermögensübernahme; Rechtfertigungsgründe, datenschutzrechtliche; Einwilligung

## 1. Einleitung

Nicht erst seit den datengetriebenen Geschäftsmodellen der Digital Economy gehören personenbezogene Daten idR als sog. „Kundendaten“<sup>1</sup> zu den wertvollsten, manchmal sogar zu den einzigen Assets<sup>2</sup> eines Unternehmens. Personenbezogene Daten haben für Online-Plattformen, Anbieter von Gesundheits-Apps oder Social-Media-Marketing-Unternehmen essentielle Bedeutung. Im Idealfall verfügen Unternehmen über gut gepflegte Leads.<sup>3</sup> Bei Unternehmenstransaktionen – nach oder außerhalb von Insolvenzen – spielt daher die Übernahme des Kundendatenbestandes eine herausragende Rolle. Der Umgang mit Kundendaten in Unternehmenstransaktionen ist datenschutzrechtlich in der Praxis ein hoch aktuelles Thema. Dies gilt insbesondere bei einer Übertragung im Wege des Asset-Deal. Erstaunlich zurückhaltend gestaltet sich bislang die datenschutzrechtliche Auseinandersetzung<sup>4</sup> mit dem Thema. Eine

---

1 Vgl. *Jahnel*, OGH: Kein Schutz von Unternehmensdaten nach dem DSG? RdW 2005/244, 200.

2 Der Begriff „Asset“ ist durchaus weit zu verstehen und umfasst Vermögenswerte und Anlagen sowie (materielle und immaterielle) Wirtschaftsgüter eines Unternehmens. In seiner abstraktesten Definition erfasst „Asset“ jede zuordenbare Ressource mit ökonomischem Nutzen.

3 Zum B2B-Bereich ausführlich bereits *Thiele/Wagner*, B2B-Leads generieren und qualifizieren aus datenschutzrechtlicher Sicht, ZIIR 2023, 17 mwN.

4 Nach Wirksamwerden der DSGVO haben die beiden grundlegenden Monografien von *Dürager*, Datenschutz in Unternehmenstransaktionen (2020), 92 ff, und *Egger*, Übergabe von Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen (2020), 20 ff (97 ff), kaum Widerhall in der juristischen Diskussion gefunden.

richtungsweisende Judikatur ist bislang ausgeblieben. Der folgende Beitrag versucht eine Darstellung des Meinungsstandes und darauf aufbauend mögliche Praxislösungen aufzuzeigen.

## 2. Begriff und Abgrenzung

Nach betriebswirtschaftlichen Maßstäben handelt es sich beim „Asset Deal“ um die Form eines Unternehmenskaufs, bei dem die Wirtschaftsgüter eines Unternehmens wie zB Maschinen oder Rechte, einzeln erworben und auf den Käufer im Wege der Einzelrechtsnachfolge oder Singularsukzession übertragen werden. Die Übertragung bzw der Übergang erfolgen an einem vertraglich vereinbarten Stichtag.<sup>5</sup> Von einem sog. „**Asset Deal**“ ist also immer dann auszugehen, wenn keine gesellschaftliche Beteiligung an einem Unternehmen erworben werden soll, sondern einzelne materielle und immaterielle Wirtschaftsgüter<sup>6</sup> veräußert und im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden (sollen).<sup>7</sup>

In zivilrechtlicher Hinsicht ist für die Anwendung der gesetzlichen Fortführungs- und Haftungsausschlussregel iSv § 38 Abs 1 UGB beim Asset Deal entscheidend, dass das Unternehmen selbst den Gegenstand des dem firmenbuchrechtlichen Eintragungsgesuch zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts darstellt.

Wird hingegen das Unternehmen von einer Gesellschaft (zB GmbH, AG) betrieben und werden Beteiligungen an der Gesellschaft veräußert („**Share Deal**“), so ändern sich nur die Gesellschafter des Rechtsträgers und nicht der Rechtsträger des Unternehmens (Unternehmensträger) selbst; diesfalls liegt kein Fall des § 38 UGB vor.<sup>8</sup> Aus der zivilrechtlichen Regelung des § 38 UGB reflexartig zu schließen, dass eine Datenübermittlung bzw Datenübernahme beim Asset Deal stets durch diese gesetzliche Regelung als iSv Art 6 Abs 1 DSGVO gerechtfertigt anzusehen sei, greift mE zu kurz.<sup>9</sup>

Aus datenschutzrechtlicher Perspektive bedeutet nämlich „Asset Deal“ generell den Erwerb oder die Übertragung personenbezogener Daten auf Grundlage eines Vertrages, präzisiert die Übertragung und den Übergang dieser betrieblichen Assets durch einen Vertrag, nicht den bloßen Übergang infolge eines Vertrages. Wesensgemäß muss damit ein Wechsel des Verantwortlichen verbunden sein. Durchaus „feingranular“ können „Assets“ auch aus den personenbezogenen Datensätzen (Kundendatei, Kundendatenbank, Kundenlisten) an sich bestehen.<sup>10</sup> Es wird sogar vertreten, dass die von den Kunden wirksam

5 Sog „closing date“ oder kurz „Closing“, dem eine formelle Vertragsunterfertigung, das sog „Signing“ voran geht.

6 Engl „assets“.

7 Statt vieler vgl *Fuchs/Schuhmacher* in Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), UGB I<sup>4</sup> (2018) Vor § 38, Rz 6 f.

8 OLG Wien 08.05.2009, 28 R 18/09m, NZ 2009/G 73, 350.

9 Im Einzelnen dazu unten Pkt. 5.1.2.

10 Zur Konsequenz dieser Abgrenzung bzw Eingrenzung bereits *Dürager*, Datenschutz, 92.

abgegebenen und vollständig dokumentierten Einwilligungen für sich genommen bereits den Gegenstand von Asset Deals bilden können.<sup>11</sup>

Schließlich ist der Asset Deal vom sog. „**Carve Out**“ abzugrenzen. Bei letzterem kommt es zu einer Abspaltung bzw einer Veräußerung von Unternehmensteilen (zB einzelne Geschäftsbereiche), die idR als Bestandteil eines Restrukturierungsplans innerhalb des veräußernden Unternehmens einzuordnen ist. Unternehmen veräußern einzelne Unternehmensteile häufig im Rahmen der Fokussierung auf das Kerngeschäft, das mit Hilfe der Verkaufserlöse noch ausgebaut werden kann. Insofern umfasst der Begriff Carve-out sowohl die Veräußerung von rentablen als auch unrentablen Unternehmensteilen. Eine besondere Form des Carve-out stellt der sog. „Equity Carve-out“ dar, in dessen Rahmen die Veräußerung von Unternehmensteilen über die Börse in Form eines „Initial Public Offering“ (IPO) erfolgt. Hierbei bleibt die veräußernde Gesellschaft idR Mehrheitseigentümerin an dem (den) veräußerten Unternehmensteil(en).<sup>12</sup>

Der Asset Deal ist datenschutzrechtlich sehr herausfordernd, wird aber in der Transaktionspraxis dennoch gerne eingesetzt. Seine Vorteile liegen nämlich in einer individuell bestimmbaren Auswahl der zu übernehmenden Vermögensteile,<sup>13</sup> den reduzierten Haftungsrisiken<sup>14</sup>, bestimmten steuerrechtlichen Überlegungen wie zB Abschreibungsmöglichkeiten für den Käufer oder einer reduzierten Due Diligence-Prüfung<sup>15</sup> im Vergleich zum Share Deal.

### 3. Datenschutzrechtliche Grundlagen

#### 3.1. Personenbezogene Daten als rechtlicher Anknüpfungspunkt

Die eingangs skizzierten und bei einem Asset Deal relevanten Datensätze liegen idR in elektronischer Form vor und enthalten **jedenfalls personenbezogene Daten** iSv Art 4 Z 1 DSGVO.<sup>16</sup> Es handelt sich um Angaben über natürliche Personen (wie zB den Namen oder die Adresse, E-Mail eines Menschen)<sup>17</sup> als **auch Informationen über juristische Personen** (Firmen, Medien, Behörden). Die zuletzt genannte Gruppe erfasst § 1 DSGVO<sup>18</sup> ausdrücklich und stellt sie den personenbezogenen Daten von Menschen gleich.

---

11 Vgl zu den Leads *Thiele/Wagner*, ZIIR 2023, 17 (19 f) mwH.

12 *Hundt*, Gabler Bankenlexikon (2018), Stichwort Carve-Out, abrufbar unter <https://www.gabler-banklexikon.de/definition/carve-out-81587/version-344379> (25.09.2023).

13 Sog „Rosinen-Theorie“ oder „Cherry-Picking“ zB bei Insolvenz des Veräußerers.

14 Vgl § 1409 ABGB: keine Vermeidung von Altlasten.

15 Vgl *Hasenauer/Stingl*, Due Diligence. Praxisleitfaden für Transaktionen (2015), 19 ff.

16 Datenschutzgrundverordnung, ABI L 119/2016, 1 idF ABI L 314/2016, 72 und ABI L 127/2018, 2.

17 Deutlich zum sehr weiten Begriffsverständnis BVwG 15.05.2023, W245 2237138-1 (Roaminggebühren Schweiz).

18 Bundesgesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz – DSG), BGBl I 165/1999 idF BGBl I 2/2023 (VfGH) mehrfach nov.

Schließlich ist festzuhalten, dass die derzeit nach wie vor auf unionsrechtlicher Ebene gültige elektronische Datenschutzrichtlinie,<sup>19</sup> die in das TKG 2021 umgesetzt worden ist, generell Teilnehmer an der elektronischen Kommunikation schützt, gleichgültig, ob es sich um einen Firmenanschluss oder eine Privatperson handelt. Auch die Unterscheidung zwischen Konsumenten und Unternehmen spielt aus elektronischer Datenschutzsicht keine Rolle. Die ePrivacy-RL soll nämlich den **Nutzer vor jedem Eingriff in die Privatsphäre schützen** – gleichgültig, ob personenbezogene oder andere Daten betroffen sind.<sup>20</sup>

### 3.2. Datenschutzrechtliche Rollenverteilung

Nach der **datenschutzrechtlichen Rollenverteilung** sind die bisherigen Kunden, Nutzer oder Partner udgl des Veräußerers als Betroffene iSv Art 4 Z 1 DSGVO bzw § 1 DSGVO und Nutzer iSv § 13 TKG 2021 zu qualifizieren. Als datenschutzrechtlich Verantwortlicher für diese Daten iSv Art 4 Z 7 DSGVO ist bislang der Veräußerer<sup>21</sup> anzusehen, da er diese Daten (ordnungsgemäß) ermittelt, gepflegt und zu eigenen Zwecken und mit eigenen Mitteln verarbeitet hat.

Demzufolge findet eine **Datenübertragung**<sup>22</sup> an einen Dritten (dh den Erwerber des Assets) statt, was zu einem Wechsel des Verantwortlichen führt. Bei diesem Übertragungsvorgang<sup>23</sup> handelt es sich daher um eine **Verarbeitung nach Art 4 Z 2 DSGVO**, die einer Rechtfertigung nach Art 6 Abs 1 DSGVO bedarf. Beinhaltet der Transfer auch besonders kategorisierte oder strafrechtsbezogene Daten der Betroffenen, ist eine zusätzliche Erlaubnispflicht<sup>24</sup> nach Art 9 Abs 2 DSGVO bzw Art 10 DSGVO zu beachten. In sog. Gemengelagen gilt also das strengere Regime. Wenn ein Datensatz, der sowohl sensible als auch nicht sensible Daten enthält, Gegenstand von Verarbeitungsvorgängen ist und insbes als Ganzes erhoben wird, ohne dass die Daten zum Zeitpunkt dieser Erhebung voneinander getrennt werden können, fällt die Verarbeitung dieses Datensatzes unter Art 9 Abs 1 DSGVO, sofern sie mindestens ein sensibles Datum umfasst.<sup>25</sup>

19 Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (ePrivacy-RL), ABI L 2002/201, 37.

20 EuGH 01.10.2019, C-673/17 (Planet49), ECLI:EU:C:2019:801; vgl näher zu den Konsequenzen *Thiele*, Erweiterte Informationspflichten im elektronischen Kommunikationsdatenschutz, jusIT 2023/9, 21 mwN.

21 Engl. „the selling company“ oder „transferring unit“.

22 Oftmals auch synonym als „Datenübergang“ oder „Datenübermittlung“ bezeichnet.

23 Zutr bereits *Fritz*, Datenschutzrechtliche Implikationen des Vollzugs von Unternehmenstransaktionen, in: Jahnel (Hrsg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 2015 (2015), 119 (139): „die im Rahmen des Vollzugs des Asset Deals erfolgende datenschutzrechtliche Übermittlung“

24 Mittlerweile wohl einhellige Meinung, vgl DSB 05.08.2021, 2021-0.518.795 (Gesundheitsdaten), Dako 2022/10, 20 (*Haidinger/Löffler*) = jusIT 2022/33, 79 (zust *Jahnel*); *Jahnel*, Kommentar zur DSGVO (2021), Art 9 Rz 4.

25 Deutlich EuGH 04.07.2023, C-252/21 (Meta Platforms/BKartA – AGB für die Nutzung eines sozialen Netzwerks), jusIT 2023/88, 200 (*Thiele*).

### 3.3. Datenschutzgemäße Rechtfertigung

Grundlegend ist ferner festzuhalten, dass die Übertragung personenbezogener Daten natürlicher und juristischer Personen sowie sämtlicher elektronischer Nutzerdaten nur aufgrund eines datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestands erfolgen darf.

Neben den gesetzlichen Rechtfertigungsgründen<sup>26</sup> kommen Einwilligungen bzw. „Zustimmungen“ der Betroffenen in Betracht. In der Praxis ist die Einholung der Einwilligung sämtlicher Betroffener idR unmöglich oder jedenfalls mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden. Die entsprechende Anforderung kann lediglich der Veräußerer der Datensätze anstoßen, da er ja bereits als Verantwortlicher über eine Vertragsbeziehung mit den Betroffenen verfügt. Er kann damit etwa die Anforderungen nach § 174 TKG 2021 erfüllen.<sup>27</sup>

Die datenschutzrechtliche Rechtfertigung der Übermittlung von personenbezogenen Daten in Form von Kundendatenbanken oder Geschäftskontakten des übernommenen Geschäftsbetriebs im Rahmen des Asset Deals hat sich daher insbesondere auf die gesetzlichen Tatbestände von Art 6 Abs 1 lit b und lit f DSGVO zu fokussieren.

Darüber hinaus hat die von den Verwaltungsgerichten<sup>28</sup> gebilligte Spruchpraxis der Datenschutzbehörden<sup>29</sup> festgehalten, dass durch einen Verstoß gegen das TKG gleichzeitig eine Verletzung des Rechts auf Geheimhaltung nach § 1 Abs 1 DSG und auch eine Verletzung jener Bestimmungen der DSGVO bewirkt wird.

## 4. Meinungsstand

### 4.1. Spruchpraxis und Judikatur

Soweit ersichtlich – hatte sich die Datenschutzbehörde im Jahr 2017 im Zuge eines Auskunftsverfahrens nach § 26 DSG 2000 gegen einen Adressverlag und Direktmarketingunternehmen iSv § 151 GewO am Rande mit der Weitergabe von Daten in einem Asset Deal zu beschäftigen.<sup>30</sup> Die Beschwerdegegnerin erwarb die Datenarten „Name“ und „Adresse“ des betroffenen Beschwerdeführers von der mittlerweile liquidierten Firma E\*\*\*, ebenfalls ein Adressverlag und Direktmarketingunternehmen iSv § 151 GewO. Die Datenarten „Kaufkraft“,

---

26 Zur Sonderbestimmung der gesetzlichen Zweckkompatibilität des § 174 Abs 4 TKG 2021 siehe bereits *Wagner*, Ein Praxisblick auf die Grenzen der Übermittlung von Direktwerbung, in: Jähnel (Hrsg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 2021 (2022), 251 (257 ff).

27 Im Einzelnen dazu DSB 07.07.2021, 2021-0.330.691 (nrk), ZIIR 2022, 66 = ZIIR-Slg 2022/3.

28 BVwG 10.04.2023, W292 2250876-1, (politische Meinungsumfrage).

29 DSB 07.03.2019, DSB-D130.033/0003-DSB/2019 (Unerwünschte Werbemails), MR 2019, 250 = RdW 2019/495, 616 = ZIIR 2019, 277 = ZIIR-Slg 2019/40: Horizontalwirkung von Art 8 GRC.

30 DSB 06.12.2017, DSB-D216.435/0005-DSB/2017 (Innovative Aufsteiger), Dako 2018/38, 68 (*Haidinger/Weiss*) = ZIIR 2018, 157 (zust *Thiele*).

„Hausgröße“ und „Lifestyle-Segment/Typologie“ wurden sodann statistisch hochgerechnet bzw mit einem nicht näher bekannten Algorithmus ausgewertet. Zu den Modalitäten des Datenerwerbs brachte die Beschwerdegegnerin vor, dass die Übernahme des Datenbestandes auf Basis eines Asset Deals erfolgt war. Es seien verschiedene Vermögenswerte, darunter auch eine Datenbank zu Marketingzwecken, von der Firma E\*\*\* übernommen worden. Eine Zustimmung der Betroffenen zur Übernahme der Datenbank der Firma E\*\*\* durch die Beschwerdegegnerin sei nicht erfolgt. Es seien jedoch die Betroffenen durch die Firma E\*\*\* informiert worden, dass ihre Daten zu Marketingzwecken verarbeitet würden und hierzu sei auch eine Zustimmung zur Übernahme in die Marketingdatenbank eingeholt worden. Die relevante Vertragsbestimmung zur Datenübernahme zwischen der Firma E\*\*\* und der Beschwerdegegnerin lautet:

„5.1.11 Die Verkäufer garantieren und haften dafür solidarisch, dass die DATENBANKEN ordnungsgemäß gemäß §§17ff DSG 2000 bei der Österreichischen Datenschutzkommission gemeldet wurden und in der Folge im Datenverarbeitungsregister registriert wurden und zu den bestehenden Meldungen keine Auflagen seitens der Österreichischen Datenschutzkommission erteilt wurden.

Die Verkäufer garantieren weiters und haften dafür solidarisch, dass sämtliche Angaben in den Meldungen richtig, vollständig und aktuell sind und, dass die DATEN unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere des § 151 GewO ermittelt und laufend aktualisiert wurden. Die Verkäufer garantieren auch, dass bei der Verwendung der DATENBANKEN in Deutschland alle anwendbaren datenschutzrechtlichen Bestimmungen eingehalten wurden und auch künftig eingehalten werden.“<sup>31</sup>

Die Rechtmäßigkeit der Datenherkunft wurde in der Folge nicht thematisiert. Die DSB beschränkte sich darauf die Verständlichkeit der erteilten Auskunft zu bemängeln und eine Empfehlung abzugeben. Das allgemeine Auskunftsrecht gem § 26 Abs 1 und Abs 4 DSG 2000 umfasst in jedem Fall verständliche Erklärungen für interne Schlüsselbegriffe (wie etwa „innovative Aufsteiger“), für deren Bewertung und Zuordnung zum betroffenen Auskunftsgeber ebenfalls eine nähere Erklärung erforderlich ist, sei es durch Parameter und deren Gewichtung und der Aufzählung weiterer möglicher Kategorien oder anderer Kriterien.<sup>32</sup>

Erst nach Wirksamwerden der DSGVO hatte die DSB erneut Gelegenheit sich mit der Weitergabe von Kundendaten bei einem Asset Deal zu befassen. Neuerlich bildete eine Insolvenz den wirtschaftlichen Hintergrund der Transaktion.<sup>33</sup> Die spätere Beschwerdegegnerin war eine (mittelbare) Schwes-tergesellschaft einer X-GmbH, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde (in der Folge: Insolvenzgesellschaft). Als werbende Gesellschaft verkaufte die nachmalige Insolvenzgesellschaft über einen Webshop Sportnahrung und versandte an ihre Kunden regelmäßige Newsletter in Form von E-Mails. Unter diesen Kunden befand sich auch die spätere Beschwerdeführerin, die

31 Die wiedergegebenen Unterstreichungen erfolgten durch die Datenschutzbehörde.

32 DSB 06.12.2017, DSB-D216.435/0005-DSB/2017 (Innovative Aufsteiger) Pkt 17.

33 DSB 07.07.2021, 2021-0.330.691 (Unerwünschte Direktwerbung nach Asset Deal), nrk, ZIIR 2022, 66 = ZIIR-Slg 2022/3.

sich für den Newsletter der X-GmbH angemeldet und ihn mehrmals bezogen hatte. Die dazu erhaltene Datenschutzerklärung enthielt ua folgende Klausel:

*„Wir können außerdem personenbezogene Daten, die wir von Ihnen gespeichert haben, übermitteln, wenn wir das gesamte Unternehmen oder Unternehmensteile oder -anteile verkaufen oder übertragen (davon erfasst sind auch Restrukturierung, Abspaltung, Auflösung oder Liquidation).“*

Die Beschwerdegegnerin kaufte vom Insolvenzverwalter im Weg der Einzelrechtsnachfolge, dh im Rahmen eines Asset Deals, konkret definierte Vermögensgegenstände der Insolvenzgesellschaft, darunter die Domain, über die der Webshop betrieben wurde, und den Firmenwert (Goodwill) des Unternehmens, bestehend aus Kundenstock und dem Online-Auftritt inkl der dazu bisher verwendeten Software. Danach sandte sie E-Mails als Newsletter zu Zwecken der Direktwerbung auch an bisherige Kunden der Insolvenzgesellschaft; dies auch unter ihrer eigenen E-Mail-Adresse, die von jener der Insolvenzgesellschaft abwich. Die betroffene Beschwerdeführerin erhielt zumindest – aus ihrer Sicht – unverlangte Werbe-Newsletter und belangte die Beschwerdegegnerin daraufhin wegen Verletzung von § 1 DSGVO iVm § 107 TKG 2003.<sup>34</sup>

Die für unerlaubtes Spamming zuständige Fernmeldebehörde stellte das nach § 109 Abs 3 Z 20 TKG 2003 geführte Verwaltungsstrafverfahren ein.<sup>35</sup>

Die DSB gab hingegen der Beschwerde im Wesentlichen mit der Begründung Folge, die Zusendung elektronischer Post sei gemäß § 107 Abs 3 Z 1 TKG 2003<sup>36</sup> nur dann rechtmäßig, wenn der Absender die Kontaktinformation für die Nachricht im Zusammenhang mit einem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten habe und es sich um eine Gesamtrechtsnachfolge handle, sodass die Empfängerin als Kundin des verantwortlichen Absenders gelte. Hat der Erwerber eines Unternehmens den E-Mail-Kundenstock bloß im Rahmen eines Asset Deals übernommen, muss er bei den übernommenen Kunden vorab die Einwilligung zur Zusendung von Werbe-Newslettern einholen. Die Beschwerdegegnerin hätte als Erwerberin der Insolvenzgesellschaft im Rahmen eines Asset-Deals bei den übernommenen Kunden *vorab und proaktiv die Einwilligung zur Zusendung des Newsletters einholen müssen*.<sup>37</sup> Da dies nicht erfolgt ist, war die Zusendung des Newsletters an die Beschwerdeführerin im konkreten Fall gemäß § 107 Abs 2 und Abs 3 TKG 2003 iVm Art 4 Z 11 DSGVO und § 1 DSGVO unrechtmäßig erfolgt. Diese strenge Auffassung deckt sich auch mit einer bereits vor dem Wirksamwerden der DSGVO geäußerten Ansicht der Bayerischen Datenschutzaufsicht.<sup>38</sup>

---

34 IdF BGBl I 78/2018. Diese inhaltsgleiche Vorläuferbestimmung zu § 174 TKG 2021 war bis 31.10.2021 in Kraft.

35 Einstellungsbeschluss vom 10.03.2021, GZ 2021-0.001.792.

36 Nunmehr gleichlautend: § 174 Abs 3 Z 1 TKG 2021.

37 So wörtlich DSB 07.07.2021, 2021-0.330.691 (Direktwerbung nach Asset Deal I), nrk, Pkt.5.

38 Vgl *Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, 7. Tätigkeitsbericht des Bayerischen Landesamtes für Datenschutzaufsicht für die Jahre 2015*, 75 abrufbar unter [https://www.lida.bayern.de/media/baylda\\_report\\_07.pdf](https://www.lida.bayern.de/media/baylda_report_07.pdf) (25.09.2023).

Die Beschwerdegegnerin bekämpfte den Bescheid der DSB beim BVwG und war erfolgreich. Das Verwaltungsgericht<sup>39</sup> gelangte nämlich zur Ansicht, dass die Wortfolge „*seine Kunden*“ in § 107 Abs 3 Z 1 TKG 2003<sup>40</sup> nicht anhand nationaler gesellschaftsrechtlicher Bestimmung zur Gesamtrechtsnachfolge, sondern mit Blick auf die ePrivacy-RL auszulegen ist. Aufgrund der Feststellungen, wonach die verantwortliche Erwerberin (praktisch) das gesamte Unternehmen der Insolvenzgesellschaft übernommen hat, deren Kundin die Betroffene war, müsse angenommen werden, dass die Verantwortliche berechtigterweise davon ausgehen durfte, dass die Kundin der Insolvenzgesellschaft (weiterhin) Interesse an den Produkten der branchengleichen Erwerberin hätte. Da der Newsletterversand im Hinblick auf den im Wesentlichen identen Webshop erfolgte, kam das BVwG zum Ergebnis, dass die betroffene Newsletter-Empfängerin Kundin der Erwerberin iSv § 107 Abs 3 Z 1 TKG 2003<sup>41</sup> ist. Da auch die übrigen Voraussetzungen der Zweckkompatibilität nach § 107 Abs 3 leg cit erfüllt wären bzw deren Fehlen weder behauptet waren noch das Verfahren diesbezügliche Hinweise ergeben hätte, konnte sich die Verantwortliche auf den darin normierten Rechtfertigungsgrund stützen.<sup>42</sup>

Allerdings ließ das BVwG die ordentliche Revision an den VwGH zur Klärung der Frage zu, ob der Erhalt der Kontaktinformation für die Nachricht iZm mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an „*seine Kunden*“ in § 107 Abs 3 Z 1 TKG 2003 bei Übernahme eines Unternehmens keinen Erwerb voraussetzt, der nach österreichischem Recht als Gesamtrechtsnachfolge zu beurteilen ist. Sowohl die Betroffene als auch die DSB haben (Amts-)Beschwerden erhoben. Die Verfahren sind beim VwGH anhängig.<sup>43</sup>

Die deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden haben sich im Rahmen der **Deutsche Datenschutzkonferenz (DSK)** bereits zur Zulässigkeit der Verarbeitung von Kundendaten aus einem Asset Deal in einem Beschluss aus dem Jahr 2019 positioniert.<sup>44</sup> Das DSK-Papier „Asset Deal – Katalog von Fallgruppen“ vertritt eine strenge Rechtsauffassung. Es geht davon aus, dass solche Daten für Bestandskunden nur wegen gesetzlicher Aufbewahrungsfristen genutzt werden dürfen. Ansonsten würde die Widerspruchslösung gelten. Das bedeutet, dass die Daten von aktiven Kunden<sup>45</sup> dürfen zwar auch ohne Einwilligung übertragen werden, solange es keine besonders sensiblen Daten sind. Die Kunden, deren Daten übertragen werden, müssen aber informiert werden

39 BVwG 31.10.2022, W176 2245794-1, (Direktwerbung nach Asset Deal II), nrk.

40 Wortgleich § 174 Abs 4 Z 1 TKG 2021.

41 „der Absender .... seine Kunden ...“.

42 BVwG 31.10.2022, W176 2245794-1, (Direktwerbung nach Asset Deal II), nrk, Pkt 3.2.2.

43 Die Amtsrevision wird zur ZI Ro 2023/04/0003 und die Revision der Betroffenen zur ZI Ro 2023/04/0004 geführt.

44 Vgl *Deutsche Datenschutzkonferenz*, Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (Stand 24.5.2019) abrufbar unter [https://datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20190524\\_dskb\\_asset\\_deal.pdf](https://datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20190524_dskb_asset_deal.pdf) (25.09.2023).

45 Sog „Bestandskunden“, ie solche Kunden mit laufender Vertragsbeziehung im Verkaufszeitpunkt oder Beendigung vor maximal drei Jahren.

mit der Einräumung eines Widerspruchsrechts nach Art 21 DSGVO. Die Übermittlung von personenbezogenen Daten an den Erwerber kann sich daher nur dann auf das berechnete Interesse nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO stützen, wenn den Kunden die Möglichkeit zum Widerspruch der Übermittlung eingeräumt worden ist.

#### 4.2. Wettbewerbsrechtliche Entscheidungen

Der Sportnahrungs-Newsletter beschäftigte mit etwas anders verteilten Rollen auch die Zivilgerichte. Bereits während des Beschwerdeverfahrens vor der DSB hatte eine Mitbewerberin<sup>46</sup> der Beschwerdegegnerin, die ebenfalls im Sportnahrungsbereich tätig war, eine einstweilige Verfügung wegen unlauteren Verhaltens beim LGZ Graz beantragt. Sie warf der Erwerberin der Kundendaten einen gegen § 1 UWG verstoßenden Wettbewerbsvorteil durch Rechtsbruch<sup>47</sup> vor. Dieser sollte darin bestehen, dass Alt-Kunden – entgegen § 107 TKG 2003 iVm § 1 DSG – Werbe-E-Mails erhielten, ohne vorherige Einwilligung bzw ausreichende Information iSv Art 13, 14 DSGVO. Der Sicherungsantrag wurde in allen drei Instanzen zT mit unterschiedlichen Begründungen abgewiesen. Das Höchstgericht<sup>48</sup> hielt in der Zurückweisung des Revisionsrekurses fest, dass nicht der Absender der Newsletter, sondern deren Rechtsvorgängerin die Kontaktinformationen von den Empfängern erhalten hat, bei insolvenzbedingter Übernahme des Kundenstocks und identem Verarbeitungszweck zu einer Vertretbarkeit der Annahme führt, über eine ausreichende Einwilligung der Kunden zu verfügen.<sup>49</sup>

Zum Verständnis der Entscheidung ist zu betonen, dass im Wettbewerbsprozess grundsätzlich nur die Frage zu prüfen ist, ob es eine mit guten Gründen vertretbare Auslegung der strittigen Norm gibt, die dem Verhalten des Beklagten nicht entgegensteht. Ist das der Fall, besteht kein Anlass zur Klärung der weiteren Frage, ob diese Auslegung bei einer vertieften Prüfung auch tatsächlich zutrifft; eine (auch nur im untechnischen Sinn) „bindende“ Entscheidung über die „richtige“ Auslegung einer Norm ist daher bei Annahme einer vertretbaren Rechtsansicht nicht zu erwarten.<sup>50</sup>

Das bedeutet, es besteht ein anderer, dh eingeschränkter, Beurteilungsmaßstab im Lauterkeitsprozess als im administrativen Datenschutzverfahren. Wie es daher datenschutzrechtlich korrekt ist, wird bei divergierenden Meinungen nicht geklärt, da es für den Rechtsbruchtatbestand iSv § 1 UWG auf die

---

46 Eine sog „Marktbegleiterin“.

47 Grundlegend bereits zum DSG 2000 *Jahnel/Thiele*, Datenschutz durch Wettbewerbsrecht, ÖJZ 2004/55, 870; *Thiele*, Datenschutz- und Lauterkeitsrecht, jusIT 2014/98, 201 jeweils mwH.

48 OGH 28.09.2021, 4 Ob 95/21f (Vertretbare Direktwerbung I), jusIT 2021/87, 237 (krit *Thiele*) = wbl 2021/197, 659 = ZIIR-Slg 2022/17 = ecoloex 2022/155, 219 = RdW 2022/98, 109 = MR 2022, 109.

49 Krit dazu *Dürager*, Versand von Newsletter ohne Einwilligung nach einem Asset Deal ... vertretbare Rechtsauffassung? *Dako* 2022/6, 13 mwN.

50 Deutlich OGH 27.06.2023, 4 Ob 77/23m (Inciseof.law), ZIIR 2023, 429 (*Thiele*) mwN.

Vertretbarkeit<sup>51</sup> und nicht auf die objektive Richtigkeit der Auslegung einer Norm ankommen.

Zum Verhältnis zwischen der parallel geführten Datenschutzbeschwerde der Betroffenen hielt die DSB ausdrücklich fest, dass zwischen einem (vorgelegerten) Zivilverfahren wegen Verletzung von § 1 UWG iVm § 107 TKG 2003 (nunmehr: § 174 TKG 2021) und einer Datenschutzbeschwerde in derselben Direkt-Mailing-Aktion keine Bindungswirkung des (abweisenden) Gerichtsbeschluss für die Datenschutzbeschwerde besteht, wenn weder eine Identität der Verfahrensgegenstände noch der Verfahrensparteien vorliegt.<sup>52</sup>

Da zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt im Provisorialverfahren (Februar bzw März 2021) der umfassend begründete Bescheid der DSB noch gar nicht erlassen war,<sup>53</sup> wagte sich die Klägerin im Wettbewerbsprozess in das Hauptverfahren und berief sich auf eine geänderte Sach- und Rechtslage. Allerdings entschied das Verwaltungsgericht<sup>54</sup> noch innerhalb der zivilen Berufungsfrist, sodass die II. Instanz<sup>55</sup> die gegenteilige Entscheidung zugunsten des Vertretbarkeitsstandards für die Beklagte berücksichtigen konnte. Dass die Erfüllung der Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands nach § 107 Abs 3 TKG 2003 unter den gegebenen Umständen für die Beklagte (subjektiv) zum Zeitpunkt des Versands der Werbe-E-Mails „nicht unvertretbar“ gewesen ist, bestätigte das zivile Höchstgericht<sup>56</sup> schließlich auch am Ende des Hauptverfahrens, da weiterhin rechtskräftige datenschutzrechtliche Spruchpraxis fehle.

Aus datenschutzrechtlicher Perspektive ist als Zwischenergebnis festzuhalten: Generell ist darauf hinzuweisen, dass auch bei der zulässigen Zusendung einer Werbe-E-Mail nach (nunmehr) § 174 TKG 2021 ein Verstoß gegen die DSGVO möglich ist. Zwar normiert Art 95 DSGVO, dass die ePrivacy-RL – und damit die Bestimmungen des TKG – Vorrang gegenüber der DSGVO genießen, wenn die Bestimmungen dasselbe Ziel verfolgen.<sup>57</sup> Doch haben die Vorschriften trotz teilweiser Überschneidung unterschiedliche Anwendungsbereiche.

51 Grundlegend OGH 11.03.2008, 4 Ob 225/07b (Stadtrundfahrten), wbl 2008/137, 290 = wbl 2008, 253 (*Artmann*) = MR 2008, 108 (*Heidinger*) = MR 2008, 114 = ecolex 2008/199, 551 (*Tonninger*) = RdW 2008/419, 460 = RdW 2008/469, 503 (*Handig*) = RZ 2008/EÜ 377 = ÖBI-LS 2008/79 = ÖBI 2008/48, 237 (*Mildner*) = SZ 2008/32 = JUS Z/4514 = HS 39.165.

52 Zur Schnittstellenproblematik vgl näher *Schwamberger*, Parallelität und Bindungswirkung von Zivil- und Verwaltungsverfahren nach der DSGVO, in: Janel (Hrsg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 2019 (2019), 259 mwN.

53 DSB 07.07.2021, 2021-0.330.691 (Direktwerbung nach Asset Deal I), nrk.

54 BVwG 31.10.2022, W176 2245794-1, (Direktwerbung nach Asset Deal II), nrk.

55 OLG Graz 29.09.2022, 5 R 301/22d.

56 OGH 31.05.2023, 4 Ob 237/22i (vertretbare Direktwerbung II/Sporternährungsprodukte), GRUR-Prax 2023, 530 (*Schreiber*) = NZI 2023, 735 (*Kohl/Leopold*) = ZIIR 2023, 331 (*Thiele*).

57 DSB 30.11.2018, DSB-D122.931/0003-DSB/2018 (derStandard.at PUR), MR 2018, 318 (*Jakúbek/Panic*) = Dako 2019/16, 19 (*Haidinger/Weiss*) = VbR 2019/24, 38 (*Feiler/Schmitt*) = VbR 2019/25, 39 (*Kastlitz/Tschohl*) = ZIIR 2019, 39 (*Thiele*) = jusIT 2019/31, 88 (*Schwamberger*) = ZIIR-Slg 2019/18; BVwG 10.04.2023, W292 2250876-1, (politische Meinungsumfrage); vgl auch *Thiele*, jusIT 2023/9, 21 (24 f).

Während § 174 TKG 2021 nur die Zulässigkeit von Werbeanrufen und die Versendung von Werbe-E-Mails regelt, gehen die Vorschriften der DSGVO weiter. Sie regeln generell die Verarbeitung von personenbezogenen Daten. Die Zusendung von Werbe-E-Mails ist davon aber nur ein Teil, der erst nach anderen Verarbeitungstätigkeiten, wie zB der Erhebung und Speicherung, durchgeführt werden kann. Diese anderen Verarbeitungstätigkeiten sind nicht von § 174 TKG 2021 umfasst. Etwaige Verstöße gegen die Bestimmungen des TKG und der DSGVO sind daher getrennt zu prüfen, auch wenn die Vorschriften eine gemeinsame Schnittmenge aufweisen.<sup>58</sup>

### 4.3. Literatur

Die Stellungnahmen in der Datenschutzliteratur sind eher spärlich, weisen aber allesamt in die gleiche Richtung.

Bereits vor dem Wirksamwerden der DSGVO hat ein Teil der Lehre<sup>59</sup> festgehalten, dass bei einem Asset Deal, bei dem die E-Mail-Adressen von Kunden eines Online-Shops übertragen werden, nicht nur beim übermittelnden Verkäufer eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss. Um die Zulässigkeit der Datenverarbeitung insgesamt beurteilen zu können, muss auch – davon unabhängig – beim empfangenden Käufer eine Interessenabwägung zugunsten der Übermittlung und Weiterverwendung durchgeführt werden. Die Autoren betonen, dass „ein Verstoß gegen eine datenschutzrechtliche Norm [...] zusätzlich eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung nach § 1 UWG begründen“ kann, zumal der Übermittlung von Kundendaten zu Werbezwecken beim Asset Deal insbes gegen § 107 TKG 2003<sup>60</sup> und § 151 GewO verstößt.<sup>61</sup> Zu einem ähnlichen Ergebnis iSe Zustimmungslösung sind weitere Literaturstimmen<sup>62</sup> gelangt.

Ebenfalls aus Vor-DSGVO Zeit stammt eine (differenzierte) Stellungnahme, wonach bis zum Widerspruch des Kunden bzw dem Ablauf der Drei-Monats-Frist davon auszugehen sei, dass die übertragenen Daten vom Erwerber schon zur Aufrechterhaltung seiner vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Kunden (denen ja nun er selbst nachgehen muss) notwendig sind. In diesem Fall sei das Vorliegen überwiegender berechtigter Interessen des Käufers beim Asset Deal zu bejahen.<sup>63</sup>

---

58 So zutr *Kohl/Leopold*, Entscheidungsanmerkung, NZI 2023, 735.

59 *Hörlsberger/Tlapak*, Zulässigkeit der Offenlegung von Mitarbeiterdaten im Rahmen einer M&A-Transaktion, *ecolex* 2016, 20 (24).

60 Nunmehr § 174 TKG 2021.

61 *Hörlsberger/Tlapak*, *ecolex* 2016, 20 (24).

62 *Dürager*, Datenschutz beim Unternehmenskauf – Welche datenschutzrechtlichen Grenzen im Rahmen eines Share Deal oder Asset Deal zu beachten sind, *jusIT* 2010/106, 209 (216 ff); *Fritz*, *JBDS* 2015, 119 (139 f).

63 *Uitz*, Datenschutz bei Unternehmenskäufen, in: *Bauer/Reimer* (Hrsg), *Handbuch Datenschutzrecht* (2009), 601 (613).

Nach dem Wirksamwerden der DSGVO haben sich zwei nahezu zeitgleich publizierte Monografien<sup>64</sup> datenschutzrechtlicher Themen bei Unternehmenstransaktionen wie dem Asset Deal angenommen. Im Wesentlichen gelangen beide – anknüpfend an die deutsche Literatur<sup>65</sup> – zur Auffassung, dass außerhalb des Anwendungsbereiches von Art 9 Abs 1 DSGVO eine Rechtmäßigkeitsprüfung an den berechtigten Interessen von Veräußerer und Erwerber ansetzen muss bei gleichzeitiger Einräumung einer Widerspruchsmöglichkeit für die Alt-Kunden.

## 5. Eigene Stellungnahme

### 5.1. Ausdrückliche gesetzliche Grundlagen?

Im Rahmen eines Asset Deals übermittelt der Veräußerer personenbezogene Daten an den Erwerber. Diese Datenübermittlungen iSv Art 4 Z 2 DSGVO an einen Dritten sind datenschutzrechtlich rechtfertigungsbedürftig. Der Dritte<sup>66</sup> wird selbst zum Verantwortlichen iSv Art 4 Z 7 DSGVO, da er die Daten für eigene (Werbe-)Zwecke betrieblich einsetzen möchte. Es kommt zu einem Wechsel in der Person des Verantwortlichen und nicht bloß zu einer zweckändernden Verarbeitung iSv Art 6 Abs 4 DSGVO. Die DSGVO und § 1 DSGB normieren ein **Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**. Dies bedeutet, dass die Verarbeitung bzw Verwendung von (fremden) personenbezogenen Daten grundsätzlich verboten ist, es sei denn, sie kann im Einzelfall gerechtfertigt werden. Daher ist die Zulässigkeit der Datenübermittlung, i.e. der Datenübertragung beim Asset Deal, anhand der Umstände des Einzelfalls zu bewerten, u.a. anhand

- der Zwecke der Datenübermittlung
  - der betroffenen Datenkategorien und
  - der geplanten Weiter-Nutzung durch den Erwerber
- Eine allgemein-generelle Bewertung ist nicht möglich, sodass mE nach folgenden allgemeinen Fallgruppen, die im Rahmen eines Asset Deals regelmäßig auftreten, zu differenzieren ist.
- Datenübermittlungen im Rahmen von bestehenden Vertragsverhältnissen
  - Datenübermittlungen außerhalb von bestehenden Vertragsverhältnissen
  - Übermittlung von besonderen Kategorien von personenbezogenen Daten
  - Übertragung von Beschäftigtendaten
  - Übertragung von Einwilligungen zu Marketingzwecken

Vorauszuschicken ist, dass vielfach versucht wird, die Datenübermittlung aufgrund einer gesetzlichen Grundlage gem **Art 6 Abs 1 lit c iVm Abs 3 DSGVO** bzw **§ 1 Abs 2 DSGB** zu rechtfertigen. Dieser Ansatz muss sich – abgesehen von der dogmatischen Schwierigkeit einer Beachtung von Art 95 DSGVO

64 *Dürager*, Datenschutz in Unternehmenstransaktionen (2020), 92 ff; *Egger*, Übergabe von Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen (2020), 20 ff und 97 ff.

65 Statt vieler *Plath/Grages*, „Let’s Stay in Touch“ – Direktwerbung unter der DSGVO, CR 2018, 770; *Plath/Strucker/Hazeborg*, Verkauf von Kundendaten im Asset Deal, CR 2020, 9 jeweils mwN.

66 Vgl dazu *Thiele*, Der Dritte im Datenschutzrecht, ZIIR 2019, 143 mwH.

– gerade iZm elektronischen Kontaktdaten vor dem Hintergrund der verhältnismäßig strengen verfassungsrechtlichen Judikatur<sup>67</sup> einer ausreichend determinierten Eingriffsgrundlage iSv § 1 DSGVO bewähren. Im Folgenden werden daher exemplarisch die beiden *in praxe* Hauptanwendungsfälle näher erörtert.

### 5.1.1. Bestandskundenprivileg (§ 174 Abs 4 TKG 2021)

Für die Praxis ist die Position des OGH erfreulich, erleichtert sie doch derartige Übertragungsgeschäfte erheblich. Ob sie indes auf dem unionsgerichtlichen Prüfstand Bestand hätte, ist fraglich, da die DSGVO Betroffenen ein zunehmend klar konturiertes Recht einräumt, exakt zu wissen, an wen (und welche) ihre(r) Daten übermittelt werden.<sup>68</sup> Eine Einwilligung zugunsten eines jeden, „den es angeht“, sieht die Rsp nur – ausnahmsweise – dann als wirksam an, wenn es den Betroffenen egal ist, wer zum genannten Zweck ihre Daten verarbeitet. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die eigenen Daten in öffentlichen Telefonbüchern verfügbar sind, da bei einem solchen Zweck der Anbieter des Telefonbuches zweitrangig ist.<sup>69</sup> Diese Position lässt sich mE weder verallgemeinern noch trifft sie (stets) auf die Datenverarbeitungsvorgänge iZm einem Asset Deal zu.

So hat bereits die heimische Rsp<sup>70</sup> früh festgehalten, dass nicht einmal die in AGB eingefügte Klausel, wonach Kundendaten an andere Unternehmen des Konzerns weitergegeben werden dürfen, zulässig ist. In diesem Zusammenhang bleibt ohnehin zu berücksichtigen, dass ein automatischer Übergang einer Einwilligungserklärung, die ursprünglich an ein bestimmtes werbendes Unternehmen adressiert war, insoweit (auch im Zuge eines Asset-Deals) ausgeschlossen ist, da dadurch die (sonder-)datenschutzrechtlichen Anforderungen nicht mehr erfüllt wären.

Das Kundenprivileg gemäß § 107 Abs 3 TKG 2003 (nunmehr § 174 Abs 4 TKG 2021) ist mangels Gesamtrechtsnachfolge nicht anwendbar, da es sich nicht um *dasselbe* Unternehmen iSd e-Privacy-RL handelt. Zudem darf auch nach dem Wortlaut der ePrivacy-RL nur **dasselbe** Unternehmen, das die Kundenbeziehung hat, im Zuge dessen es die Kontaktinformation erhalten hat, **als Absender auftreten**, und **Nachrichten seine eigenen Produkte betreffend versenden**.<sup>71</sup>

---

67 Vgl VfGH 12.12.2019, G 164/2019, ua, ASoK 2020, 49 (*Leitner*) = *migraLex* 2020, 28 = *RdM-LS* 2020/44 = *ecolex* 2020, 454 = *ÖJZ* 2020/74, 575 = *ZAS* 2020/14, 70 (*Tomandl*) = *EuGRZ* 2020, 45 = *ÖZPR* 2020/14, 26 (*Pfeil*) = *juridikum* 2020, 141 (*Kaspar*) = *ZfG* 2020, 27 = *VfSlg* 20.359.

68 EuGH 12.01.2023, C-154/21 (RW/Österreichische Post AG), *jusIT* 2023/34, 72 (*Jahnel*) = *Dako* 2023/19, 32 (*Böszörmenyi*); VwGH 3.8.2023, Ro 2020/04/0015 (aufgetragene Kreditauskunft), *ZIIR* 2023, 411 (*Wirthensohn*).

69 EuGH 27.10.2022, C-129/21 (Proximus), *ÖJZ* 2022/170, 1238 (*Lehofer*); dazu *Thiele*, *jusIT* 2023/9, 21 (23).

70 vgl OGH 27.01.1999, 7 Ob 170/98w, *ecolex* 1999/182 = *RdW* 1999, 458 = *ARD* 5023/25/99 = *JUS Z/2765-2767* = *SZ* 72/12; vgl auch *Zanger/Schöll*, *TKG*<sup>2</sup> § 107 Rz 104 f und Rz 112.

71 Vgl *Riesz* in *Riesz/Schilchegger* (Hrsg), *TKG* 2003 (2016) § 107 Rz 107.

### 5.1.2. Unternehmensübergang (§ 38 UGB)

Zur Anwendung des § 38 UGB<sup>72</sup> ist notwendig, aber auch ausreichend, dass der den Schwerpunkt des Unternehmens bildende wesentliche Kern des Unternehmens übernommen wurde, und dass es sich um ein bestehendes Unternehmen handelte. Demnach könnte selbst die Kundendatenbank eines hauptsächlich im Online-Geschäft als Affiliate tätigen Betriebes als Unternehmenskern qualifiziert werden. Die im Wege der Singularsukzession erfolgende Übertragung stellt eine Übermittlung aus Sicht des Veräußerers und eine Erhebung oder Verwendung aus Sicht des Erwerbers dar. Die Ansicht, dass bereits die zivilrechtlichen Normen, die eine Übertragung der Sachen und Schuldverhältnisse regeln, wie etwa § 38 UGB, als vorrangige Rechtfertigungsgrundlagen zum Datenübergang ausreichen würden, findet in der DSGVO keine Stütze. Dies folgt aus Art 6 Abs 2 und 3 leg cit. Aber bereits zur Rechtslage nach dem DSGVO 2000 und der DS-RL mangelte es insoweit an der ausreichenden Determiniertheit.<sup>73</sup>

Festzuhalten ist daher, dass zwar idR keine zweckändernde Verarbeitung vorliegt, aber durch den Wechsel des Verantwortlichen eine erlaubnispflichtige Datenverarbeitung bewirkt wird, die auf einem anderen Interesse als bei der ursprünglichen beruht, zu der das veräußernde Unternehmen die Kundendaten ursprünglich erhoben hat. Der Vollzug des Asset Deal kann also nicht auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage iSv Art 6 Abs 1 lit c DSGVO gestützt werden.

## 5.2. Fallgruppenbildung

### 5.2.1. Übermittlung innerhalb von bestehenden Vertragsverhältnissen

Werden Kundenverträge **zivilrechtlich wirksam** auf den Erwerber übertragen, ist die Datenübermittlung idR nach **Art 6 Abs 1 lit b DSGVO** gerechtfertigt. Nach dieser Vorschrift ist eine Datenverarbeitung dann gerechtfertigt, wenn sie für die **Erfüllung eines Vertrags**, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung einer vorvertraglichen Maßnahme erforderlich ist, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgt. Beim Asset Deal dient die Datenübertragung als Hilfsmittel bei Verträgen bzw vorvertraglichen Maßnahmen. Insofern befördern die Verarbeitungsvorgänge die Erfüllung vertraglich begründeter Haupt- und Nebenpflichten mit den (Alt-)Kunden. Der Anlass zur Datenübertragung an den Erwerber ist demnach auf das Erfordernis zurückzuführen, dass die Daten der Durchführung des Schuldverhältnisses dienen. Aus einer grammatikalischen Auslegung von Art 6 Abs 1 lit b DSGVO lässt sich gewinnen, dass es für die Zulässigkeit der Datenverarbeitung nicht erforderlich

72 Die hier relevante Vorschrift des § 38 Abs 1 UGB lautet: „Wer ein unter Lebenden erworbenes Unternehmen fortführt, übernimmt, sofern nichts anderes vereinbart ist, zum Zeitpunkt des Unternehmensübergangs die unternehmensbezogenen, nicht höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse des Veräußerers mit den bis dahin begründeten Rechten und Verbindlichkeiten“.

73 Vgl VfGH 15.06.2007, B 833/05 (Section Control), VfSlg 18.144.

ist, dass der Verantwortliche Vertragspartei sein muss, sondern lediglich die betroffene Person. Die Vertragserfüllung zugunsten eines Dritten erscheint daher durchaus ausreichend.

Nähere Betrachtung bedarf aber die Reichweite dieser Rechtsgrundlage. Die vertragsabhängige Rechtfertigung iSv Art 6 Abs 1 lit b DSGVO beschränkt die Daten im zu übertragenden (Kunden-)Datensatz auf solche, die unmittelbar zur Vertragserfüllung oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen *erforderlich* sind.

Die **zivilrechtliche Vertragsübernahme** bedarf grds der **Genehmigung** des Kunden nach § 1405 ABGB. Abgesehen von den gesetzlichen Fällen (zB nach § 3 AVRAG)<sup>74</sup> stellt das Mitwirkungserfordernis ein wesentliches Element der zivilen Schuldübernahme dar, scheidet doch die ursprüngliche Vertragspartei vollständig aus dem Vertragsverhältnis aus und bekommt die übernehmende Vertragspartei das Schuldverhältnis im Ganzen einschließlich sämtlicher Rechte und Pflichten inhaltlich unverändert übertragen. Eine Rechtfertigung nach Art 6 Abs 1 lit b DSGVO scheidet daher insbesondere dann aus, wenn

- keine zivilrechtlich wirksame Vertragsübernahme vorliegt oder
- die Datenübertragung nicht zur Vertragserfüllung erforderlich ist.

Zu beachten ist, dass dem Mitwirkungserfordernis, dh der individuellen Verständigung jedes einzelnen Betroffenen, auch dadurch Rechnung getragen werden kann, dass die Vertragsübernahme im Wege der Änderung der AGB des veräußernden Unternehmens erfolgen kann. Unverzichtbar ist auch dabei, dass dem Kunden *vor* dem tatsächlichen Übergang seines Vertragsverhältnisses eine angemessene Widerspruchsfrist eingeräumt wird. Kann oder wird dies nicht erzielt, wie etwa bei einer fehlgeschlagenen Vertragsübernahme durch den Widerspruch des Kunden, ist jedenfalls eine Rechtfertigung nach **Art 6 Abs 1 DSGVO in anderen Fallgruppen** zu prüfen.

### 5.2.2. Übermittlung außerhalb von bestehenden Vertragsverhältnissen

Abhängig vom konkreten Einzelfall kann die Übermittlung von sog. Altdaten auf die umfassende Interessenabwägung iSv **Art 6 Abs 1 lit f DSGVO** gestützt werden. Auf der Grundlage einer Interessenabwägung ist eine Verarbeitung dann gerechtfertigt, wenn sie zur Wahrung der **berechtigten Interessen** des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist und die berechtigten Interessen der betroffenen Personen nicht überwiegen. Art 6 Abs 1 lit f DSGVO erfordert eine **einzelfallbezogene Interessenabwägung**, in deren Rahmen die Interessen des Verantwortlichen (Veräußerers) und Dritten (Erwerbers) gegen die Interessen der Betroffenen abzuwägen sind. Im Rahmen dieser Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, z.B.

- Interessen des Veräußerers und Erwerbers an der Datenübermittlung
- Gründe für das Ausscheiden anderer Rechtfertigungsgründe
- Schutzbedürftigkeit der Daten

---

74 Vgl zur Anwendung auf Asset Deals bereits *Reissner/Reckenzaun*, Zur Auslegung von § 3 Abs 2 AVRAG. Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des OLG Wien 27.3.2007, 8 Ra 134/06v, ZIK 2007/296, 182 mwN.

- Risiken der Datenübermittlungen für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen
- berechnete Erwartungen der Betroffenen

Auf **berechtigte Interessenspositionen** können sich daher sowohl das Zielunternehmen als auch der Erwerber berufen, stellt doch der Transfer von Kundendaten nicht nur einen wirtschaftlich nachvollziehbaren Vorteil des Asset Deals dar, sondern führt er gerade im Fortführungsfall des Geschäftsbetriebes zu einem anerkannten Ausfluss unternehmerischer Freiheit nach Art 16 GRD. Darüber hinaus begründet ausweislich von ErwGr 47 Satz 2 DSGVO die Eigenschaft einer betroffenen Person, dass sie Kundin des Verantwortlichen ist, ein Indiz dafür, dass berechnete Interessen an einer Datenverarbeitung bestehen. Gleichmaßen ergibt sich aus der vernünftigen Erwartung des Kunden iSv ErwGr 47 Satz 1 DSGVO, die in den Abwägungsprozess einzubeziehen ist,<sup>75</sup> dass etwa der Erwerber das bisherige Käuferprofil kennt, um lediglich darauf ausgerichtete Angebote zu erhalten. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Erwerber die Geschäftsabläufe des veräußernden Unternehmens unverändert – nahtlos – fortsetzt. Aber auch im Insolvenzfall des Veräußerers, wenn also das bisherige Unternehmen nach dem Asset Deal nicht mehr existiert, kann durchaus ein erhebliches Interesse des (Alt-)Kunden an der Datenübernahme bestehen.<sup>76</sup> Ist die Identität des Unternehmens für den Kunden ausnahmsweise von Bedeutung, überwiegen idR aufgrund dessen die Betroffeneninteressen bei der Abwägung.

Die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) hat im Mai 2019 einen Katalog von Fallgruppen entwickelt, die im Rahmen der Interessenabwägung bei einem Asset Deals zu berücksichtigen sind.

Als **Zwischenergebnis** ist zu vermerken, dass ein Vorgehen in der Praxis aufgrund der Rechtfertigung nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO weiterhin als risikoreich gilt, da nicht nur das Ergebnis der Interessenabwägung einzelfallgeprägt bleibt, sondern auch bislang eine gerichtliche Klärung oder zumindest eine behördliche Konkretisierung ausgeblieben sind.

Ist eine Rechtfertigung nach **Art 6 Abs 1 lit f DSGVO nicht möglich**, könnte die Datenübermittlung schließlich auf die **Einwilligung** der Betroffenen gem Art 6 Abs 1 lit a DSGVO) gestützt werden.

### 5.2.3. Praxisfälle Einwilligung

Nach Art 6 Abs 1 lit a und Art 9 Abs 2 lit a DSGVO ist eine Datenverarbeitung gerechtfertigt, wenn die Betroffenen ihre (ausdrückliche) Einwilligung in die Verarbeitung ihrer Daten für eine oder mehrere bestimmte Zwecke erteilt haben.

Bereits erteilte Einwilligungen sind daraufhin zu prüfen, ob

- auch Datenübermittlungen an den Erwerber abgedeckt sind und
- die konkrete Form der Datenverarbeitung durch den Erwerber abgedeckt ist.

<sup>75</sup> So bereits Artikel-29-Datenschutzgruppe, StN 06/2014, WP 217, 47.

<sup>76</sup> Vgl *Rothkegel* in *Moos* (Hrsg), Datennutzungs- und Datenschutzverträge<sup>3</sup> (2021) § 34 Rz 21.

Im Zusammenhang mit der Einwilligung für Datenverarbeitungen bei Asset Deals sind folgende Punkte zu beachten:

- Art 9 Abs 2 lit a DS-GVO verlangt eine ausdrückliche Einwilligung der Betroffenen
- Die Einwilligung muss in informierter Weise und sollte vorzugsweise in Textform erteilt werden. Es besteht eine volle Dokumentationsverpflichtung des Veräußerers und des Erwerbers nach Art 7 Abs 1 und Art 5 Abs 2 DSGVO.
- Die Einwilligung kann bereits im Datenerhebungszeitpunkt eingeholt werden, wenn der Erwerber da schon bekannt ist; andernfalls scheidet sie am Zweckbindungsgrundsatz iSv Art 5 Abs 1 lit b DSGVO und am Transparenzgebot nach Art 5 Abs 1 lit a DSGVO.
- Der Einwilligung muss die Erfüllung umfangreicher Informationspflichten gem Art 13 DSGVO vorausgehen.
- Im B2C-Bereich sind die strengeren Transparenzerfordernisse iSv § 6 Abs 3 KSchG zu beachten.<sup>77</sup>

Den **Verantwortlichen trifft die Beweislast**, wenn er sich auf eine **Einwilligung** als Rechtsgrundlage seiner Datenverarbeitung stützt. Der Verantwortliche muss nicht (nur) einen vorhandenen, abstrakten Einwilligungsprozess nachweisen können, sondern **vielmehr jede einzelne erfolgte Einwilligung** der jeweils betroffenen Person.<sup>78</sup>

Im Transaktionskontext ist die Einholung von Einwilligungen demzufolge praxisuntauglich, zumindest aber unattraktiv:

- Zeitlicher Aspekt der Einwilligung (die Einwilligung muss vor der Datenübermittlung erfolgen)
- „Unmöglichkeit“ von allen Betroffenen eine Einwilligung einzuholen bzw unverhältnismäßig hoher administrativer Aufwand
- Voraussichtlich geringe Rücklaufquote
- Umgang mit nicht erteilten oder widerrufenen Einwilligungen

Die „Flucht in die Einwilligung“<sup>79</sup> missglückt spätestens dann, wenn zwar die Kunden (unreflektiert) in die Datenübertragung einwilligen, sie jedoch die damit verbundenen Rechtsfolgen erst erkennen, sobald der Erwerber die Kundendaten erlangt hat und sie sodann ihre Einwilligung widerrufen.

#### 5.2.4. Übermittlung von besonderen Kategorien von personenbezogenen Daten

Die Verarbeitung von besonderen Kategorien von personenbezogenen Daten ist nach Art 9 Abs 1 DS-GVO grds. **verboten**. Als praktische Beispiele für „Art 9-Daten“ im Rahmen einer Transaktion dienen insbes.:

- **Personalstammdaten:** Sexuelle Orientierung, Religion, Gesundheitsdaten, Gewerkschaftszugehörigkeit

---

77 Vgl jüngst OGH 17.05.2023, 6 Ob 222/22y (Sky Fernsehen Österreich), *justIT* 2023/90, 204 (Thiele).

78 BVwG 24.04.2023, W137 2242192-1 (UKH Untersuchung), RIDA Nr. 0409353.

79 So treffend *Födisch*, Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen unter besonderer Berücksichtigung der DSGVO (2021), 329.

- **Neue Geschäftsmodelle zur Verarbeitung von Gesundheitsdaten:** Fitness-Apps, Gesundheits-Tracking-Apps, Verwaltung von elektronischen Patientenakten, Abrechnungen im Gesundheitswesen, Psychotherapie durch Apps, Gesundheitsberatung durch Chatbots etc.
- **Neue Geschäftsmodelle zur Verarbeitung von biometrischen Daten:** Gendatenbanken.

Die **Ausnahmen** des Verarbeitungsverbots sind in **Art 9 Abs 2 DSGVO** normiert. Nach Art 9 Abs 2 lit a DSGVO ist die Verarbeitung besonders kategorisierter Daten insbes. dann gerechtfertigt, wenn die betroffene Person in die Verarbeitung für einen oder mehrere festgelegte Zwecke **ausdrücklich einwilligt**. Im Rahmen einer Transaktion kommt idR nur eine Rechtfertigung nach Art 9 Abs 2 lit a DSGVO in Betracht, die allerdings mit den bereits beschriebenen Praxisuntauglichkeiten behaftet ist. In Einzelfällen kann auch Art 9 Abs 2 lit f DSGVO zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen in Betracht kommen; dies idR lediglich zeitlich begrenzt und zweckmäßig eingeschränkt.<sup>80</sup>

### 5.2.5. Übertragung von Beschäftigtendaten

Das Beschäftigungsverhältnis bringt die Verarbeitung einfach **personenbezogener Daten iSv Art 4 Z 1 DSGVO** mit sich. Handelt es sich beim zu übertragenden Asset um die Belegschaftsdaten, ist die Datenübermittlung grds. nach Art 6 Abs 1 lit c DSGVO iVm **§ 3 Abs 1 AVRAG** zulässig, soweit die betroffenen Arbeitnehmer dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses nicht nach § 3 Abs 4 AVRAG widersprechen. Je konkreter der Vollzug, umso eher wird eine Übermittlung von personenbezogenen Daten, die zur Durchführung eines Arbeitsverhältnisses erforderlich sind, zulässig sein.<sup>81</sup> Der Grundgedanke der Widerspruchslösung ist durchaus verallgemeinerungstauglich. Sofern die betroffene Person über die geplante Übermittlung ihrer Daten im Vorfeld des Asset Deal hingewiesen und ihr ein Widerspruchsrecht eingeräumt wurde, von dem sie aber keinen Gebrauch machte, wird nach Ablauf einer angemessenen Frist unwiderleglich vermutet, dass die betroffene Person keine schutzwürdigen Interessen am Ausschluss der Übermittlung hat.<sup>82</sup>

Für besonders kategorisierte Daten der Arbeitnehmer<sup>83</sup> ist die Übermittlung grds. nach **Art 9 Abs 2 iVm Art 88 DSGVO** zulässig,

- soweit die Datenverarbeitung zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist *und*

80 ZB zur Abwicklung des Insolvenzverfahrens bei Fortführung durch den Masseverwalter oder zur Reorganisation.

81 Vgl statt vieler *Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle<sup>2</sup> (2018), 373 ff.

82 Vgl *Bayerischen Landesamt für Datenschutzaufsicht*, 7. Tätigkeitsbericht des Bayerischen Landesamtes für Datenschutzaufsicht für die Jahre 2015, 75 abrufbar unter [https://www.lida.bayern.de/media/baylda\\_report\\_07.pdf](https://www.lida.bayern.de/media/baylda_report_07.pdf) (25.09.2023).

83 Vgl dazu *Thiele/Wagner*, Umsetzung der DSGVO in der Personalpraxis (2019), 27 f.

- kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt.

Der EuGH hat allerdings jüngst zum Beschäftigtendatenschutz entschieden, dass in Auslegung des Art 88 DSGVO speziellere nationale Vorschriften auch die Vorgaben des Abs 2 erfüllen müssten. Für eine spezifischere Norm (hier: nach dem Hessischen Datenschutzgesetz) war es nicht ausreichend, wenn bloß die Bestimmungen der DSGVO wiederholt wurden. Die (auch dienstrechtlichen) Vorschriften waren insgesamt nicht iSv § 6 Abs 3 DSGVO ausreichend; eine Einwilligung lag nicht vor. Daher verletzte der Online-Unterricht die Datenschutzrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst.<sup>84</sup>

### 5.2.6. Übertragbarkeit von Einwilligungen zu Marketingzwecken?

Der Wortlaut von Art 4 Z 11 und Art 6 Abs 1 lit a DSGVO regelt nicht gegenüber wem die Einwilligung erteilt werden muss. Art 6 Abs 1 lit a DSGVO verlangt nur, dass die **Einwilligung** für einen oder mehrere **bestimmte Zwecke** erteilt wird. Die Einwilligung muss daher nicht zwingend gegenüber dem (Erst-) Verantwortlichen erteilt werden. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die konkrete Einwilligung auch den Erwerber begünstigt:

- **Auslegung der Einwilligungserklärung**, ggf. im Lichte des ErwGr 50 DSGVO
- Eine **produkt-/geschäftszugehörige Einwilligung** zu bestimmten Werbemaßnahmen kann idR auch den Erwerber begünstigen.<sup>85</sup>

Eine **personenbezogene Einwilligung** zu bestimmten Werbemaßnahmen begünstigt idR nicht den Erwerber.

### 5.2.7. Übermittlung vor Abschluss der Transaktion

Datenübermittlungen vor dem Wirksamwerden einer Transaktion sind datenschutzrechtlich rechtfertigungsbedürftig, soweit es sich um **Datenübermittlungen an einen Dritten** handelt. Als Rechtfertigungsgrund kommen idR die **berechtigten Interessen des Veräußerers und des Erwerbers** nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO in Betracht. Es bedarf auch hier einer **Einzelfallprüfung**:

- Der Veräußerer und der Erwerber haben regelmäßig ein berechtigtes Interesse an einer nahtlosen Vertragsfortführung
- Die nahtlose und störungsfreie Vertragsfortführung entspricht regelmäßig auch den Interessen der Betroffenen
- Zusätzlich sollten in der Interessenabwägung berücksichtigt werden:
  - die Wahrscheinlichkeit des Closings (Erfüllung von Closing-Conditions)
  - der Zeitpunkt des Closing-Dates
  - die Schutzbedürftigkeit der Daten, dh keine Art 9 DSGVO-Daten

Ist eine Rechtfertigung nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO nicht möglich, kann die Datenübermittlung nur auf die praxisuntaugliche **Einwilligung** der Betroffenen Art 6 Abs 1 lit a DSGVO gestützt werden.

---

84 EuGH 30.03.2023, C-34/21 (Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer), ÖJZ 2023/80, 509 (*Kumin/Maderbacher*) = ZIIR 2023, 295 (*Thiele*).

85 Überholt möglicherweise DSK 20.07.2011, K121.704/0011-DSK/2011 (Sbg Betriebsübergangsgesetz), RIDA-Nr 0254706.

### 5.3. Informationspflichten

Art 13 und Art 14 DSGVO verpflichten den Verantwortlichen, die Betroffenen über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zu informieren. Der wesentliche Unterschied dieser Verpflichtungen besteht in deren Anwendungsbereich. **Art.13 DSGVO** ist dann einschlägig, wenn die personenbezogenen Daten **bei der betroffenen Person** erhoben wurden; **Art 14 DSGVO** hingegen dann, wenn die personenbezogenen Daten **nicht bei der betroffenen Person** erhoben wurden.<sup>86</sup> Während ein Share Deal mangels Verantwortlichenwechsel keine diesbezüglichen Informationspflichten auslöst, finden auf den **Asset Deal – denkbar – beide** Informationspflichtenkreise grundsätzlich Anwendung. Dabei ist sowohl die Veräußerer- als auch die Erwerberseite zu bedenken.

#### 5.3.1. Informationspflicht des Veräußerers

Grundsätzlich ist von einer **Direkterhebung** iSv **Art 13 DSGVO** auszugehen. Dazu können sich noch **nachgelagerte Informationspflichten** ergeben, soweit die geplante Datenverarbeitung eine **Zweckänderung** iSv Art 13 Abs 3 DSGVO darstellt. Dies ist etwa bei beabsichtigter Nutzung der erworbenen Newsletterdaten zur werblichen Ansprache für ganz andere Produkte oder neue Geschäftsfelder der Fall. Zu beachten ist, dass auf inhaltlicher Ebene insbesondere über den neuen Zweck der Datenverarbeitung informiert werden muss. Die Informationspflicht muss vor der zweckfremden Weiterverarbeitung erfüllt sein, dh *zeitlich vor* der Übermittlung der Daten an den Erwerber. In der Praxis kommt lediglich jene Ausnahme von der **Informationspflicht** in Betracht, die sich in reiner Wiederholung von bereits Bekanntem erschöpft iSv Art 13 Abs 4 DSGVO.<sup>87</sup> Weitere Ausnahmen sind iZm Asset-Deals sind praktisch nicht einschlägig.<sup>88</sup>

#### 5.3.2. Informationspflicht des Erwerbers

Grundsätzlich hat der Erwerber, der ja noch nicht über die Daten verfügt, die Informationsverpflichtung nach **Art 14 DSGVO** zu beachten.<sup>89</sup> Mit Wirksamwerden der Transaktion bzw nach Erhalt der Daten **speichert** der Erwerber die Daten erstmalig zu **eigenen Zwecken**. Der Erwerber wird in dieser juristischen Sekunde zum datenschutzrechtlich Verantwortlichen iSv Art 4 Z 7 DSGVO. Auf **inhaltlicher Ebene** liegt der Fokus insbesondere auf der Identität und den Kontaktdaten des neuen Verantwortlichen gem Art 14 Abs 1 lit a DSGVO so-

86 Näher zum Umfang *Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, 7. Tätigkeitsbericht des Bayerischen Landesamtes für Datenschutzaufsicht für die Jahre 2015, 75* abrufbar unter [https://www.lida.bayern.de/media/baylda\\_report\\_07.pdf](https://www.lida.bayern.de/media/baylda_report_07.pdf) (25.09.2023).

87 Soweit der Betroffene bereits über die Informationen verfügt, vgl *Jahnel*, DSGVO Art 13 Rz 3 ff.

88 Vgl *Dürager*, Datenschutz, 113 f.

89 Vgl *Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, 7. Tätigkeitsbericht des Bayerischen Landesamtes für Datenschutzaufsicht für die Jahre 2015, 75* abrufbar unter [https://www.lida.bayern.de/media/baylda\\_report\\_07.pdf](https://www.lida.bayern.de/media/baylda_report_07.pdf) (25.09.2023).

wie der Datenquelle nach Art 14 Abs 2 lit f DSGVO. Etwas weniger streng als beim Veräußerer gestaltet sich der (spätestens mögliche) **Zeitpunkt der Information**. Die Verpflichtung ist nach der Grundregel innerhalb einer angemessenen Frist iSv Art 14 Abs 3 lit a DSGVO zu erfüllen, spätestens aber innerhalb eines Monats nach Erhalt der Daten.

Als praktische **Ausnahme von der Informationspflicht** kommt etwa nach dem Closing die Offenkundigkeit iSv Art 14 Abs 5 lit a DSGVO in Betracht, insbesondere wenn der Veräußerer seiner Informationspflicht ordnungsgemäß nachgekommen ist. Bei Datenübermittlungen zwischen Signing und Closing können uU weitere Ausnahmen wie etwa die gesetzliche Offenlegung oder ein beruflicher Geheimhaltungsschutz eingreifen, was jedoch stets in einer Einzelfallprüfung zu beurteilen sein wird.

#### 5.4. Handlungsempfehlung zur Optimierung des Datentransfers

Die Datenschutzfrage beim Asset-Deal bleibt eine heikle Angelegenheit, für die es keine Patentlösung gibt. Da auf der anderen Seite ein Share-Deal als datenschutzrechtliche „Nullnummer“ kaum besondere Anforderungen an die Datenschutzpraxis stellt, bietet sich – sofern möglich und von den Entscheidungsträgern zugelassen – eine Verknüpfung von unternehmensrechtlicher Ausgliederung und Share Deal an. Konkret kann die mit einem Transfer der Kundendaten – als eigenem Asset – verknüpfte Rechtfertigungsthematik durch die Ausgliederung des interessanten Unternehmensteils (idR Abspaltung) und nachfolgender Übertragung der Geschäftsanteile auf den Erwerber erheblich entschärft werden. Zu achten ist lediglich darauf, gegebenenfalls dem Trennungsgebot des Carvout Rechnung zu tragen sowie dem TSA.

Im Übrigen empfiehlt sich (gerade) beim Asset-Deal die

- frühzeitige Einbindung des **Datenschutzbeauftragten**: Dies kann eine Datenübermittlung zwar nicht rechtfertigen, fördert aber die Compliance und senkt das Bußgeldrisiko. Derartige Befassungen mit bevorstehenden Asset-Deals gehören durchaus zum Pflichtenkreis des Datenschutzbeauftragten nach Art 39 Abs 1 lit a und lit b DSGVO. Insoweit besteht also eine (gesetzliche) Verschwiegenheitsverpflichtung des DSBA nach § 5 Abs 1 DSG,<sup>90</sup> die fallkonkret um besondere ad hoc Geheimhaltungs- und Vertraulichkeitsverpflichtungen zu Unternehmensgeheimnissen iZm dem Asset-Deal aktualisiert werden kann.<sup>91</sup>
- Abstimmung mit der zuständigen **Datenschutzbehörde**: Gegenstand einer informellen Anfrage ist nicht die Erlangung einer behördlichen Genehmigung; es liegt auch kein solcher Fall vor. Gleichwohl können mitunter wertvolle Hinweise erlangt werden.
- „**Vorab-Information**“ über die Weitergabe von personenbezogenen Daten im Rahmen von Unternehmenstransaktion. Auf Seiten des Veräußerers können bereits Informationen über eine potentielle Weitergabe bei der erstmaligen Datenerhebung erfolgen. Zu beachten ist, dass in diesem Sta-

---

90 Vgl *Thiele/Wagner*, DSG<sup>2</sup> § 5 Rz 11.

91 Zur vertraglichen Konkretisierungsmöglichkeit vgl *Thiele/Wagner*, DSG<sup>2</sup> § 5 Rz 22.

dium idR die Information über bestimmte Kategorien von Empfängern nach Art 13 Abs 1 lit e DSGVO noch ausreicht.

In Betracht kommt zunächst Art 6 Abs 1 lit b DSGVO, der die Übermittlung personenbezogener Daten gestattet, wenn sie für die Erfüllung eines Vertrages, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, erforderlich ist. Da gegenständig keine bestehenden Forderungen oder Verbindlichkeiten die Aussteller, Besucher oder Partner betreffend an den Erwerber übertragen werden, scheidet eine Rechtfertigung der Übermittlung nach Art 6 Abs 1 lit b DSGVO aus. Es werden lediglich personenbezogene Daten in Form von Kundendatenbanken oder Geschäftskontakten des übernommenen Geschäftsbetriebs übertragen.

In solchen Fällen kann daher die Übertragung der Datensätze ausschließlich auf eine **Interessenabwägung nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO** gestützt werden. Gleiches gilt im Übrigen, wenn der Erwerber die Daten etwa im Rahmen eines CRM-Systems übernimmt oder zur Verfügung gestellt bekommt. Auch eine solche, über den ursprünglichen Zweck der Vertragsabwicklung mit dem Betroffenen hinausgehende Verarbeitung (Veranstaltungsdurchführung, Messebesuch etc) kann lediglich auf Grundlage der Interessenabwägung gerechtfertigt werden.

Im Einzelnen sind daher **folgende Schritte** zu setzen:

- Dokumentation der Veranstaltungsübernahme und Interessen des Erwerbers (vertragliche Regelung)
- absolute Vermeidung einer Verdoppelung des Datenbestandes
- Einhaltung technischer und organisatorischer Maßnahmen iSv Art 32 DSGVO nach dem Stand der Technik bei Übergabe und Übermittlung der Datensätze
- Unterstützung der Betroffeneninteressen bereits durch **vertragliche Regelungen zwischen den Transaktionsparteien**, insbes. mit folgenden Bestandteilen
  - Verpflichtung des Veräußerers, die Daten nach deren Übertragung nachweislich zu löschen
  - Verpflichtung zur Information der Betroffenen über den Asset Deal/Übertragung ihrer Daten
  - Beachtung des Opt-In Prinzip in der elektronischen Kommunikation, dh Information erfolgt auf elektronischem Weg ausschließlich durch den Veräußerer
  - Vereinbarung eines Widerspruchsrechts (opt out) zugunsten der Betroffenen, daran anknüpfend uU Festlegung einer Kaufpreisminderung/Pönalzahlung bei massivem Wegbrechen der Werthaltigkeit der Datensätze
- Tatsächliche Benachrichtigung der Betroffenen vor der Datenübertragung durch den Veräußerer
- Tatsächliche **Gewährung des Widerspruchsrechts** der Betroffenen nach Art 21 DSGVO (Opt-Out-Lösung), wobei nach der Konferenz der Deutschen Aufsichtsbehörden die angemessene Widerspruchsfrist sechs Wochen beträgt.<sup>92</sup>

<sup>92</sup> DSK Beschluss 24.5.2019, abrufbar unter [https://datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20190524\\_dskb\\_asset\\_deal.pdf](https://datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20190524_dskb_asset_deal.pdf) (25.09.2023).

- Tatsächliche Informationen nach Art 14 DSGVO an die Betroffenen *nach* Erhalt der Datensätze durch den Erwerber.

## 6. Zusammenfassung

Bei einem Asset Deal kommt die gesamte Schutzfunktion des Datenschutzregimes, dh der DSGVO, des § 1 DSG und der §§ 160 ff TKG 2021 zum Tragen. Sofern es sich nicht um Kundendaten aus einem Schuldverhältnis handelt, die in Abhängigkeit vom Übergang des zivilrechtlichen Vertrages auf der Grundlage von Art 6 Abs 1 lit b DSGVO an den Erwerber in zwingend erforderlicher Weise übergehen, hängt die Zulässigkeit der Übermittlung dieser personenbezogenen Daten von der Einwilligung des Kunden oder einer Interessenabwägung ab. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Übertragung der Kundendaten grds. nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO zulässig. Nur in wenigen Ausnahmefällen ist daher ein Rückgriff auf die Einwilligungslösung erforderlich, da die meisten Praxisfälle durch eine Widerspruchslösung gestützt auf eine umfassende Interessenabwägung in den Griff bekommen werden können.

## Literaturverzeichnis

- Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 06/2014, WP 217, 47
- Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht*, 7. Tätigkeitsbericht des Bayerischen Landesamtes für Datenschutzaufsicht für die Jahre 2015, 75 abrufbar unter [https://www.lida.bayern.de/media/baylda\\_report\\_07.pdf](https://www.lida.bayern.de/media/baylda_report_07.pdf)
- Deutsche Datenschutzkonferenz*, Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (Stand 24.5.2019) abrufbar unter [https://datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20190524\\_dskb\\_asset\\_deal.pdf](https://datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20190524_dskb_asset_deal.pdf)
- Dürager*, Datenschutz beim Unternehmenskauf – Welche datenschutzrechtlichen Grenzen im Rahmen eines Share Deal oder Asset Deal zu beachten sind, *jusIT* 2010/106, 209
- Dürager*, Datenschutz in Unternehmenstransaktionen (2020)
- Dürager*, Versand von Newsletter ohne Einwilligung nach einem Asset Deal ... vertretbare Rechtsauffassung? *Dako* 2022/6, 13
- Egger*, Übergabe von Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen (2020)
- Födisch*, Datenschutz bzgl. Kundendaten bei Unternehmenstransaktionen unter besonderer Berücksichtigung der DSGVO (2021)
- Fritz*, Datenschutzrechtliche Implikationen des Vollzugs von Unternehmenstransaktionen, in: *Jahnel* (Hrsg), *Datenschutzrecht. Jahrbuch 2015* (2015), 119
- Grünanger/Goricnik*, Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle<sup>2</sup> (2018)
- Hasenauer/Stingl*, Due Diligence. Praxisleitfaden für Transaktionen (2015)
- Hörlsberger/Tlapak*, Zulässigkeit der Offenlegung von Mitarbeiterdaten im Rahmen einer M&A-Transaktion, *ecolex* 2016, 20
- Jahnel*, OGH: Kein Schutz von Unternehmensdaten nach dem DSG? *RdW* 2005/244, 200
- Jahnel*, Kommentar zur DSGVO (2021)
- Jahnel/Thiele*, Datenschutz durch Wettbewerbsrecht, *ÖJZ* 2004/55, 870

- Moos* (Hrsg), *Datennutzungs- und Datenschutzverträge*<sup>3</sup> (2021)
- Plath/Grages*, „Let's Stay in Touch“ – Direktwerbung unter der DSGVO, CR 2018, 770
- Plath/Strucker/Hazeborg*, Verkauf von Kundendaten im Asset Deal, CR 2020, 9
- Reissner/Reckenzaun*, Zur Auslegung von § 3 Abs 2 AVRAG, ZIK 2007/296, 182
- Riesz/Schilchegger* (Hrsg), TKG 2003 Kommentar (2016)
- Schwamberger*, Parallelität und Bindungswirkung von Zivil- und Verwaltungsverfahren nach der DSGVO, in: Jahnelt (Hrsg), *Datenschutzrecht. Jahrbuch 2019* (2019), 259
- Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), UGB Kommentar I<sup>4</sup> (2018)
- Thiele*, Datenschutz- und Lauterkeitsrecht, *jusIT* 2014/98, 201
- Thiele*, Der Dritte im Datenschutzrecht, *ZIIR* 2019, 143
- Thiele*, Erweiterte Informationspflichten im elektronischen Kommunikationsdatenschutz, *jusIT* 2023/9, 21
- Thiele/Wagner*, Umsetzung der DSGVO in der Personalpraxis (2019)
- Thiele/Wagner*, DSG Kommentar<sup>2</sup> (2022)
- Thiele/Wagner*, B2B-Leads generieren und qualifizieren aus datenschutzrechtlicher Sicht, *ZIIR* 2023, 17
- Uitz*, Datenschutz bei Unternehmenskäufen, in: Bauer/Reimer (Hrsg), *Handbuch Datenschutzrecht* (2009), 601
- Wagner*, Ein Praxisblick auf die Grenzen der Übermittlung von Direktwerbung, in: Jahnelt (Hrsg), *Datenschutzrecht. Jahrbuch 2021* (2022), 251
- Zanger/Schöll*, TKG Kommentar<sup>2</sup> (2004)