

Datenschutz in der Insolvenz – ein Überblick für die Praxis

Einleitung

Mit der seit dem 25. Mai 2018 geltenden Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) hat der europäische Gesetzgeber dem Datenschutzrecht zweifellos einen neuen Stellenwert gegeben. Die neuen Bußgeldrahmen von bis zu 20 Millionen Euro beziehungsweise 4 % des Gesamtjahresumsatzes eines Unternehmens werden nicht zuletzt ein oder eben der Grund für die neue Wahrnehmung des Datenschutzes sein.

Dass es bereits vor der Datenschutzgrundverordnung ein Datenschutzrecht gegeben hat, welches der DSGVO alles andere als unähnlich ist, ist offenbar an den meisten Unternehmen vorbeigegangen. Das In-Kraft-Treten der Verordnung bereits 2 Jahre vor deren Anwendung, scheint kein ausreichender Vorbereitungszeitraum gewesen zu sein. Leitlinien von öffentlicher Seite haben ebenfalls auf sich warten lassen, worauf sich die mangelnde Umsetzung wohl auch zurückführen lässt.

Eine fehlende Umsetzung der datenschutzrechtlichen Anforderungen in Unternehmen trifft im Insolvenzfall den Verwalter, welcher mit Inbesitznahme der Masse als neuer Verantwortlicher für die Einhaltung des Datenschutzrechts zuständig ist.

Der Kundendatenstamm eines Unternehmens kann im Rahmen einer bestmöglichen Verwertung nicht vernachlässigt werden. Allerdings hängt die Verwertbarkeit von personenbezogenen Daten bei Transaktionen und Restrukturierungsmaßnahmen von komplexen datenschutzrechtlichen Abwägungsfragen ab. Die Haftungsrisiken für den Insolvenzverwalter sind mit neuen Anforderungen und höherem Bußgeldrahmen zweifellos gestiegen.

Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die wesentlichen datenschutzrechtlichen Probleme bei der Insolvenzverwaltung, wobei sich die Ausführungen ausschließlich auf die Fragen richten, die sich der (vorläufige) Insolvenzverwalter hinsichtlich der Einhaltung der Vorgaben im schuldnerischen Unternehmen stellt. Dass er daneben die Anforderungen des Datenschutzes in seiner eigenen Organisationseinheit umsetzen muss, kann an dieser Stelle nicht beleuchtet werden.

Datenschutz in der Insolvenz - Allgemeines

Die Datenschutzgrundverordnung ist nach Art. 2 DSGVO sachlich nur auf die Verarbeitung von personenbezogenen Daten anwendbar. Unter Verarbeitung wird nahezu jeder Vorgang mit personenbezogenen Daten verstanden (was die Übermittlung wie auch die bloße Offenlegung erfasst).

Personenbezogene Daten sind nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen (bspw. Name, Email-Adressen, Telefonnummern, Zahlungsdaten, Kaufhistorien, Betriebsdatenerfassung und Maschinendaten, Interessen, Hobbies, Alter oder IP-Adressen).

Daraus ergibt sich, dass nicht sämtliche Daten unter das Datenschutzrecht fallen, sondern nur jene mit Personenbezug. Daten über juristische Personen sind damit keine personenbezogenen Daten. Im Rahmen der Kundendaten sind hier lediglich die Ansprechpartner datenschutzrechtlich relevant, soweit es sich bei den Kunden nicht um natürliche Personen handelt. Zu beachten ist, dass die Angaben eines Einzelunternehmers als natürliche Person wiederum personenbezogene Daten sind,

da der Gesetzgeber den Datenschutz nicht an eine Verbrauchereigenschaft knüpft, sondern alle natürlichen Personen unter den Schutz der Norm stellt.

Die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Pflichten trifft den „Verantwortlichen“ nach Art 4 Nr. 7 DSGVO. Verantwortlicher ist, wer über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet.

Der (vorläufige) Insolvenzverwalter als Verantwortlicher

Mit Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (§ 80 InsO) geht die rechtliche Entscheidungskompetenz über das Schuldnervermögen und damit auch hinsichtlich der Daten auf den Verwalter über.

Ab diesem Zeitpunkt kann und hat der Insolvenzverwalter damit auch über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von Daten zu entscheiden. Eine Festlegung von Zwecken und Mitteln kann der Insolvenzverwalter aber erst nach der Inbesitznahme (§ 148 InsO) ausüben. Vor diesem Zeitpunkt, ohne eine tatsächliche Möglichkeit zur Einflussnahme, von der Stellung als Verantwortlicher auszugehen wäre unbillig.¹

Vom Massebeschlagnach § 35 Abs. 1 InsO umfasst sind zunächst alle Daten als wirtschaftlich realisierbare Rechtsgüter. Der Zugriff durch den Verwalter kann direkt über das Trägermedium (bspw. Server des Schuldners) erfolgen. Bei Speicherung in einem Cloud-System vermitteln vertragliche Ansprüche gegen den IT-Dienstleister als Massforderungen den faktischen Zugriff.² Ob unmittelbarer oder im Fall des Einsatzes eines Auftragsverarbeiters mittelbarer Besitz ergriffen wird ist unerheblich, es kommt auf die faktische Steuerungsmöglichkeit an.

Nach der Definition der DSGVO ist der Insolvenzverwalter damit nach Inbesitznahme der sich im Schuldnervermögen befindlichen Daten als Verantwortlicher anzusehen.

Der vorläufige starke Insolvenzverwalter wird unter gegebenen Voraussetzungen ebenfalls als Verantwortlicher angenommen. Der schwache vorläufige Insolvenzverwalter dürfte nur in Ausnahmefällen als Verantwortlicher gelten, da einzelne ihm auferlegte Pflichten nach § 22 Abs. 2 InsO in der Regel nur zur Sicherung der Masse dienen und keine umfassenden Befugnisse einräumen.³

Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der Sachwalter bei einem Insolvenzverfahren, das in Eigenverwaltung durch geführt wird, nicht Verantwortlicher der DSGVO wird, da die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bei dem Schuldner verbleibt.

Auftragsverarbeitung

Eine haftungsrechtliche Zuweisung von Daten zur Masse findet dann nicht statt, wenn der Schuldner eine Verarbeitung für Dritte im Auftrag durchführt (Auftragsverarbeitung, Art. 28 DSGVO). Im Rahmen der Auftragsverarbeitung in den Zugriff des Schuldners gelangte Daten eines anderen Verantwortlichen werden nicht Teil der Insolvenzmasse. Dogmatisch am überzeugendsten ist es, den in den zwingend abzuschließenden Vereinbarungen zur Auftragsverarbeitung (Art. 28 DSGVO) geregelten Anspruch auf Herausgabe (Übermittlung) und Löschung der Daten, als Aussonderungsrecht einzustufen.⁴ Aus Sicht des Auftraggebers sollten die Verträge zur

¹ Thole, Christoph: Der (vorläufige) Insolvenzverwalter als Verantwortlicher i. S. d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO, ZIP 2018, 1001, 1003.

² Berberich/Kanschik: Daten in der Insolvenz, NZI 2017, 1, 2.

³ Thole, Christoph: Der (vorläufige) Insolvenzverwalter als Verantwortlicher i. S. d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO, ZIP 2018, 1001, 1011.

⁴ Berberich/Kanschik: Daten in der Insolvenz(NZI 2017, 1).

Auftragsverarbeitung so ausgestaltet sein, dass dem Auftraggeber eine möglichst umfassende Kontrolle über die Daten weiterhin ermöglicht wird. Die Verwertung von Daten eines Auftragsverarbeiter im Rahmen einer Restrukturierung zu anderen Zwecken ist aufgrund der engen Vorgaben des Vertrages zur Auftragsverarbeitung in der Regel ausgeschlossen (s. dazu auch unten).

Gemeinsame Verantwortlichkeit von Insolvenzverwalter und Schuldner nach Art 26 DSGVO

Eine Neuerung der Datenschutzgrundverordnung ist das Konstrukt der gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortlichen. Legen zwei oder mehr Verantwortliche gemeinsam die Zwecke der und die Mittel zur Verarbeitung fest, so sind sie gemeinsam Verantwortliche, Art. 26 DSGVO.

Voraussetzung hierfür ist, dass beide Beteiligte auch unabhängig voneinander als Verantwortliche nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO zu qualifizieren sind. Nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist eine alleinige oder gemeinsame Entscheidung über die Zwecke und Mittel ausreichend. Eine gemeinsame Verantwortung von Insolvenzverwalter und Insolvenzschuldner ist daher nicht von vornherein ausgeschlossen.

Um als Verantwortlicher im Sinne der DSGVO zu gelten, ist wie oben dargelegt, zum einen die rechtliche als auch die tatsächliche Einflussmöglichkeit auf eine Verarbeitung von Daten erforderlich. Der Insolvenzschuldner verliert spätestens mit dem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach § 80 InsO die rechtliche Voraussetzung um weiterhin als Verantwortlicher zu gelten. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht ist eine ausschließliche Zuweisung an den Insolvenzverwalter unter Ausschluss des Schuldners. Praktisch kommt es durch die Tätigkeit des Insolvenzverwalters nur zu einer Vermischung der Interessensphären.⁵ Eine bloße Zusammenarbeit ist nicht ausreichend um eine gemeinsame Verantwortung auszulösen.⁶

Der Insolvenzverwalter steuert folglich ab Eröffnungsbeschluss die Datenverarbeitungen in einem Ausmaß, welches ihm die Verantwortung auch aus datenschutzrechtlicher Sicht eindeutig allein überträgt. Eine gemeinsame Verantwortlichkeit zwischen Insolvenzverwalter und Schuldner scheidet somit aus.

Schwieriger zu bewerten ist dies in der Phase davor. Während des Eröffnungsverfahrens hängt die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Verwalters von den faktischen Möglichkeiten der Einflussnahme auf die relevanten Datenverarbeitungen ab. Je weniger ausgeprägt die Stellung des Insolvenzverwalters ist und je weniger Einfluss er damit auf den Umgang mit den Daten hat, umso weniger kann er als datenschutzrechtlich Verantwortlicher (Art. 4 Nr. 7 DSGVO) gesehen werden.

Für die Zeit des Eröffnungsverfahrens ist daher genau zu betrachten, ob eine gemeinsame Verantwortlichkeit von Schuldner und Insolvenzverwalter, auch in Bezug auf nur einzelne Verarbeitungen, gegeben ist. Findet eine gemeinsame Festlegung von Mitteln und Zwecken statt, ist in einer Vereinbarung nach Art. 26 DSGVO zu regeln, wer für die Pflichten nach der DSGVO verantwortlich ist. Betroffenenrechte können ungeachtet der Vereinbarung gegenüber beiden geltend gemacht werden.

Die Anforderungen an die genaue Ausgestaltung einer solchen Vereinbarung sind derzeit unklar, da sich Gremien wie z.B. der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) hierzu noch nicht geäußert haben.

⁵ ZIP 2018, 1001, 1004.

⁶ Paal/Pauly/Martini, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 26 Rn. 19-21.

Keine Stellung als Verantwortlicher durch fehlende Inbesitznahme

Eine Stellung als Verantwortlicher hat eine rechtliche als auch eine tatsächliche Komponente. Was passiert also, wenn der Insolvenzverwalter die Masse in Teilen nicht in Besitz nimmt.

Nach Rechtsprechung des BGH⁷ umfasst die Inbesitznahmepflicht nach § 148 InsO nicht zwangsläufig das gesamte Schuldnervermögen. Soweit die Inbesitznahme einen unverhältnismäßigen Aufwand mit sich bringt, der Insolvenzverwalter nicht beabsichtigt bestimmte Gegenstände zu verwerten und dadurch die Befriedigung der Gläubiger nicht gefährdet wird, kann von der Inbesitznahme abgesehen werden.

Damit besteht für den Insolvenzverwalter die Möglichkeit datenschutzrechtlich nicht als Verantwortlicher zu gelten und somit sein Haftungsrisikos zu begrenzen. Werden Gegenstände lediglich in Besitz genommen um ihre Massezugehörigkeit und Verwertbarkeit zu prüfen, ist eine umfassende Verantwortlichkeit noch nicht automatisch gegeben. Erhaltungspflichten und Verkehrssicherungspflichten kann sich der Verwalter in diesem Fall jedoch nicht entziehen.

Sollte der Insolvenzverwalter bei der Prüfung hinsichtlich der Verwertbarkeit feststellen, dass eine Verarbeitung von Daten gegen datenschutzrechtliche Grundsätze verstößt, wird er diese aufgrund seiner Schadensminderungspflicht einstellen müssen. Ebenso wird er die Einhaltung von angemessenen technischen und organisatorischen Maßnahmen bei der Verwertbarkeitsprüfung zu erfüllen haben.

Durch eine Freigabe des Geschäftsbetriebes aus der Insolvenzmasse entfällt die Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters hinsichtlich der Datenverarbeitung im schuldnerischen Unternehmen.

In der Praxis ist jedoch davon auszugehen, dass bei einer Fortführung des schuldnerischen Geschäftsbetriebes im eröffneten Insolvenzverfahren durch den Insolvenzverwalter, dieser stets Verantwortlicher im Sinne der DSGVO ist. Er sieht sich also dem Spannungsfeld ausgesetzt, zum einen seiner Verpflichtung zur Betriebsfortführung nach § 158 InsO nachkommen, zum anderen für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften Sorge tragen zu müssen. Da sich ein insolventes Unternehmen in der Regel schon länger in einer Krisensituation befindet, ist gerade in kleinen oder mittleren Unternehmen zu beobachten, dass die Umsetzung der DSGVO im Vorfeld der Insolvenz nicht oberste Priorität hatte und es häufig schon an den rudimentärsten Maßnahmen wie Datenschutzhinweisen und Impressum auf der Homepage fehlt, geschweige denn dass eine ausreichende Beschreibung und Umsetzung geeigneter technischer und organisatorischer Maßnahmen vorhanden ist. In diesen Fällen wird der Insolvenzverwalter in enger Abstimmung mit den Gläubigern und dem Gericht prüfen müssen, ob es unter Betrachtung der vorhandenen finanziellen und organisatorischen Ressourcen möglich ist, kurzfristig Maßnahmen zur Umsetzung des DSGVO zu ergreifen oder ob im Zweifel der Geschäftsbetrieb einzustellen ist.

Allgemeine Pflichten

Von einer Darstellung der allgemeinen Pflichten eines Verantwortlichen nach der DSGVO wie bspw. die Führung eines Verzeichnisses der Verarbeitungstätigkeiten (Art. 30 DSGVO), Erfüllung der Betroffenenrechte (Art. 12 bis 23 DSGVO), Regelungen zur Auftragsverarbeitung (Art. 28 DSGVO), Bestellung eines Datenschutzbeauftragten (Art. 37 bis 39 DSGVO) und Einhaltung der erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen (Art 32 DSGVO) wird hier abgesehen.

⁷ BGH, Urteil vom 19. 6. 2008 - IX ZR 84/07

Verwertbarkeit von personenbezogenen Daten in der Insolvenz

Der wirtschaftliche Wert von personenbezogenen Daten, vor allem Kundendaten, ist für Unternehmen zweifellos erheblich und wird in der Zukunft immer weiter an Wert gewinnen. Eine individuelle produkt- und zielgruppenbezogene Werbeansprache von Kunden oder Interessenten eröffnet neue Vermarktungschancen.

Kundendaten sind Teil des Insolvenzschuldnervermögens und daher attraktives Verwertungsgut. Für den Insolvenzverwalter stellt sich die rechtliche Frage der Verwertbarkeit der Daten.

Handelt es sich um Daten von natürlichen Personen, sind diese nur unter Einhaltung des Datenschutzrechts verwertbar. Man muss sich bewusst machen, dass personenbezogene Kundendaten nicht wie eine beliebige Ware veräußert werden dürfen. Große Relevanz hat dies für die nach Art. 9 DSGVO besonders geschützten personenbezogenen Daten, wie Gesundheitsdaten, deren Verarbeitung, abgesehen von wenigen Ausnahmen nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO, ausschließlich mit einer Einwilligung erlaubt ist.

Betrachtung des Restrukturierungsszenarios

Zur datenschutzrechtlichen Bewertung der Verwertbarkeit von Kundendaten ist eine genaue Betrachtung des Restrukturierungsszenarios erforderlich. Insbesondere ist relevant, ob eine Übertragung der Daten auf einen neuen Rechtsträger stattfindet und damit eine datenschutzrechtliche Verarbeitung vorliegt.

Share-Deal und Umwandlungsmaßnahmen

Wenig problematisch ist der mit einer Übertragung der Anteile am schuldnerischen Unternehmen verbundene Share-Deal.

Erfolgt beim Share-Deal eine Veräußerung eines Teils der Anteile oder des gesamten Unternehmens, so liegt datenschutzrechtlich keine Übermittlung von Daten an einen Dritten vor und damit keine Verarbeitung. Die Daten bleiben im Unternehmen und somit ändert sich der Verantwortliche datenschutzrechtlich beim Share-Deal nicht.

Eine damit gegebenenfalls verbundene Konzernzugehörigkeit entbindet, mangels eines datenschutzrechtlichen Konzernprivilegs, nicht von dem Erfordernis einer Rechtsgrundlage für die Weitergabe innerhalb des Konzerns. Allerdings kann eine konzerninterne Kundendatenverwaltung ein berechtigtes Interesse an einer Verarbeitung begründen (dazu siehe unten).

Bei Umwandlungsmaßnahmen tritt der übernehmende oder neu gegründete Rechtsträger vollumfänglich aufgrund der partiellen Gesamtrechtsnachfolge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG in die Rechtsposition des Verantwortlichen ein. Eine Übermittlung und damit Verarbeitung von personenbezogenen Daten findet in der Regel auch hier nicht statt.⁸

Beim Share-Deal oder einer Umwandlung wechselt zwar der Verantwortliche, wenn parallel das Insolvenzverfahren aufgehoben wird (der Insolvenzverwalter wird durch die Organe abgelöst), allerdings löst der reine Wechsel des Verantwortlichen keine gesonderten Pflichten gegenüber den Betroffenen, wie z.B. eine erneute Informationspflicht aus.

Asset-Deal

Ganz überwiegend erfolgt die Verwertung in der Praxis jedoch als Asset Deal. Hierbei werden einzelne Wirtschaftsgüter des insolventen Unternehmens veräußert. Die Übermittlung der Daten an

⁸ Berberich/Kanschik: Daten in der Insolvenz, NZI 2017, 1, 8.

den Erwerber als Dritten ist eine Übermittlung und damit eine Verarbeitung, die einer Rechtsgrundlage bedarf.

Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung personenbezogener Daten

Im Datenschutzrecht gilt das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Eine Verarbeitung ist nur erlaubt, soweit einer der Tatbestände des Art. 6 DSGVO erfüllt ist (oder eine andere Rechtsgrundlage die Verarbeitung erlaubt).

Eine Verarbeitung ist insbesondere dann zulässig, wenn die betroffene Person eingewilligt hat (Art. 6 Abs.1 lit. a) DSGVO), die Daten für die Erfüllung eines Vertrags mit der Person erforderlich sind (Art. 6 Abs.1 lit. b) DSGVO) oder die Verarbeitung zur Wahrung eines berechtigten Interesses des Verantwortlichen oder eines Dritten gerechtfertigt ist (Art. 6 Abs.1 lit. f) DSGVO).

Die Einwilligung als Rechtsgrundlage für die Verwertung von Kundendaten

Eine Übermittlung der Daten lässt sich durch eine Einwilligung der betroffenen Person rechtfertigen. Eine wirksame Einwilligung setzt nach Art. 7 DSGVO eine eindeutige Handlung voraus („Opt-In“), muss freiwillig erteilt werden und für den konkreten Fall, in informierter, unmissverständlicher Weise erfolgen. Eine pauschale Einwilligung zur Verwendung der Daten ist nicht ausreichend.

Weiterhin ist das Kopplungsverbot des Art. 7 Abs. 4 DSGVO zu beachten. Eine Einwilligung ist unwirksam, wenn eine Vertragserfüllung an die Erteilung einer Einwilligung geknüpft wird, welche für die Durchführung des Vertrags nicht erforderlich ist.

Liegt die Einwilligung nicht vor, kann diese (noch vor dem Verkauf) durch den Insolvenzverwalter eingeholt werden. Neben dem erheblichen Verwaltungsaufwand ist dieses Vorgehen von der Resonanz der betroffenen Personen abhängig. Beim Verkauf einer Apotheke konnte hierzu in der Vergangenheit bereits eine zufriedenstellende Resonanz erzielt werden. In anderen Branchen wird mit eher verhaltener Rückmeldung zu rechnen sein.

Durchführung eines Vertrags mit der Person

Als Rechtsgrundlage für eine Verarbeitung von Daten der Kunden kommt auch die Erfüllung eines Vertrags in Betracht. Dazu sind folglich auch die laufenden Verträge zwischen den Kunden und dem Insolvenzschuldner vom Erwerber zu übernehmen. Der Erwerber kann die Daten dann ebenso wie zuvor der Insolvenzschuldner für die Abwicklung des Vertragsverhältnisses nutzen. Die Übermittlung der Daten im Rahmen des Verkaufs der Rechte und Pflichten aus den Verträgen ist datenschutzrechtlich als bloßer Zwischenakt zu werten.

Hierbei sind die zivilrechtlichen Bestimmungen einer Vertragsübernahme zu beachten, welche im Ergebnis eine Zustimmung zur Vertragsübernahme durch die betroffenen Personen erfordern. Für eine Zustimmung in allgemeinen Geschäftsbedingungen ist § 309 Nr. 10 BGB zu beachten, wonach eine solche nur dann wirksam ist, wenn der Übernehmer in den AGB namentlich bezeichnet ist⁹. Dies kann ggf. erreicht werden, durch eine Änderung der AGB, die den Vertragsübernehmer explizit bezeichnet und die gegenüber den Betroffenen als AGB-Änderung durchgesetzt wird. Wenn und soweit dem Betroffenen eine ausreichende Widerspruchsfrist eingeräumt wird (i.d.R. drei Wochen) und soweit eine zivilrechtlich wirksame Vertragsübertragung auf den Erwerber vorliegt, kann auf diese Art und Weise ein Kunden(-daten)transfer vollzogen werden¹⁰. Bei einer bloßen

⁹ Alternativ sieht § 309 Nr. 10 die Möglichkeit einer Lösung vom Vertrag für den Partner vor.

¹⁰ Die Möglichkeit einer vorherigen Bekanntgabe des Transfers mit Widerspruchsmöglichkeit unterstützt auch das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht, vgl. Pressemitteilung vom 30.7.2015.

Forderungsverkauf ermöglicht § 402 BGB die Datenübermittlung in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 (b) DSGVO.¹¹

Eine Übermittlung von Arbeitnehmerdaten auf einen Betriebsübernehmer ist hingegen aufgrund des Erlaubnistatbestandes des § 613a BGB zulässig, soweit die Arbeitsverhältnisse auf den Übernehmer übergegangen sind.

Verarbeitung aufgrund eines berechtigten Interesses des Verantwortlichen oder eines Dritten

Verantwortlicher für die Verarbeitung ist bei der Veräußerung von Kundendaten der Insolvenzverwalter und nicht mehr der Schuldner. Der Schuldner kann nur unter den Begriff des Dritten subsumiert werden.

Berechtigtes Interesse des Verantwortlichen

Das berechtigte Interesse des Insolvenzverwalters an der Übermittlung ergibt aus der Pflicht des Insolvenzverwalters nach § 159 InsO, das Vermögen des Insolvenzschuldners bestmöglich zu verwerten. Hierzu gehört es, jede Möglichkeit der Verwertung in Betracht zu ziehen um eine optimale Gläubigerbefriedigung erreichen zu können. Ein Verkauf von Unternehmesteilen ohne deren Kundendaten macht das Objekt deutlich unattraktiver und damit kaum bestmöglich verwertbar. Auch der Erhalt von Arbeitsplätzen bei der Sanierung eines Unternehmens kann hier in die Gewichtung einbezogen werden.¹²

Berechtigte Interessen Dritter

Neben den Interessen des Verantwortlichen kann auch das Interesse eines Dritten eine Verarbeitung rechtfertigen. Als Dritte kommen die Gläubiger, der Schuldner und auch dessen Arbeitnehmer in Betracht.

Das Gläubigerinteresse ist hier parallel zum Interesse des Insolvenzverwalters die optimale Verwertung des Schuldnervermögens. Auch der Schuldner kann ein Interesse an der bestmöglichen Verwertung haben, etwa wenn nach Befriedigung der Gläubiger überschüssiges Vermögen vorhanden ist.

Interesse der betroffenen Person

Abzuwägen sind die Interessen des Verantwortlichen bzw. des Dritten mit den Rechten der Betroffenen, also den Kunden, allem voran in Ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG).

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet darüber bestimmen zu können, wer etwas über einen weiß und wozu dieses Wissen verwendet wird. Schrankenlos gilt das Grundrecht nicht. Ein grundsätzlich stets bestehendes Geheimhaltungsinteresse der betroffenen Person wiegt nicht durchweg schwerer als ein bestimmtes Interesse an der Verwendung. Es kommt auf den konkreten Einzelfall an. Also insbesondere darauf, welche Daten im Einzelfall betroffen sind und ob diese Daten der Privatsphäre des Betroffenen oder im geschäftlichen Kontext zuzuordnen sind.

Interessenabwägung

Zur Feststellung welches Interesse überwiegt, sind alle Umstände des Einzelfalls zu bewerten. Sind nur unsensible Daten der Kunden betroffen – wie Namen und Email-Adressen – und kann der

¹¹ Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, *Frisse et al.*, BKR, 2018, 177 (183).

¹² Beyer/Beyer: Verkauf von Kundendaten in der Insolvenz – Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen?(NZI 2016, 241)

Insolvenzverwalter sein berechtigtes Interesse auch auf die Fortführung des Unternehmens sowie das Ziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung stützen, kann im Ergebnis wohl von einem überwiegenden Interesse des Insolvenzverwalters bzw. der Insolvenzgläubiger ausgegangen werden.

Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass die Kundendaten in aller Regel bewusst an das Unternehmen übermittelt worden sind und man daher von einem generellen Interesse der Kunden an den angebotenen Waren und Dienstleistungen ausgehen kann.

Wird ein ganzer Unternehmensteil übertragen und gehen die Beschäftigungsverhältnisse ebenfalls im Rahmen eines Betriebsübergang nach § 613a BGB mit über, lässt sich in die Abwägung einbeziehen, dass die gleichen Personen mit den Daten weiterhin umgehen.

Ein Verbot der Übermittlung der Kundendaten führt zu einer schlechten Verwertbarkeit des Insolvenzvermögens und steht damit auch dem gesetzgeberischen Willen einer bestmöglichen Gläubigerbefriedigung entgegen (§§ 159 ff. InsO).

Hierbei wird ersichtlich, dass die Interessenlage im Insolvenzfall eine andere ist und die Abwägung eben aufgrund der besonderen Interessenlage zugunsten der Verwertbarkeit ausfallen kann.

Wird der Rechtsträger im Rahmen eines Share-Deal übernommen und geht dieser in eine Konzernstruktur über, ist zu beachten, dass nach Erwägungsgrund 48 zur DSGVO der konzerninterne Datentransfer von Kundendaten zu Verwaltungszwecken ausdrücklich als berechtigtes Interesse genannt ist. Mit der Einbindung des Schuldnerunternehmens in einen Konzern werden die Voraussetzungen für eine Datenübermittlung folglich vereinfacht.

Nach Ansicht des Bayerischen Landesamtes für Datenschutzaufsicht (BayLDA) zur alten Rechtslage (Pressemitteilung vom 30. Juli 2015) ist ein Vorgehen über eine Widerspruchslösung denkbar¹³, soweit man den Betroffenen vorab ein ausreichend lang bemessenes Widerspruchsrecht eingeräumt. Wird das Widerspruchsrecht durch die Betroffenen nicht ausgeübt, kann im Rahmen der Interessenabwägung davon ausgegangen werden, dass kein schutzwürdiges Interesse die Veräußerung überwiegt. Eine Übermittlung von lediglich Namen und Postanschriften hält das BayLDA auch ohne Widerspruchslösung für durchführbar.

So viele Vorteile diese Lösung in der Praxis auch mit sich bringt, sollte man sich nicht blind darauf verlassen und beachten, dass ein zeitlich beschränktes Widerspruchsrecht nur im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden kann und eine Übermittlung nicht per se rechtfertigt.

Nicht außer Acht gelassen werden darf, dass für die spätere Verwendung der Kundendaten neben dem Datenschutzrecht auch wettbewerbsrechtliche Vorschriften zu beachten sind. Die Deutsche Datenschutzkonferenz¹⁴ hält die Regelungen des § 7 UWG für ausschlaggebend¹⁵ für die datenschutzrechtliche Interessenabwägung, obwohl die DSGVO in Erwägungsgrund 47 die Direktwerbung als berechtigtes Interesse ausdrücklich nennt. Dies hat nach Ansicht der Datenschutzkonferenz zur Folge, dass bei einem Asset Deal der Übernehmer für Werbung auf elektronischem oder telefonischem Weg eine (erneute) Einwilligung des Kunden einholen muss. Hier ist eine andere Ansicht durchaus vertretbar, geht aber dann mit dem Risiko einer Auseinandersetzung mit der Datenschutzaufsicht einher.

¹³ Vgl. o. Fn. 9.

¹⁴ Kurzpapier Nr. 3 –Verarbeitung personenbezogener Daten für Werbung vom 29.06.2017.

¹⁵ Inwieweit hier Regelungen der angekündigten ePrivacy-Verordnung (RL 2002/58/EG) oder der „Digitale Inhalte“-Richtlinie (COM(2015) 634 final) künftig erneut Änderungen herbeiführen, bleibt abzuwarten.

Due Diligence

Da die Offenlegung von personenbezogenen Daten an Interessenten im Rahmen der Due Diligence eine Verarbeitung darstellt, bedarf auch diese einer Rechtsgrundlage. Eine Verarbeitung wird sich auf ein berechtigtes Interesse des Veräußerers oder des Erwerbers stützen lassen. Ausschlaggebend ist hier die Erforderlichkeit des Umfangs der offengelegten Daten. Zur Orientierung kann man sich nach dem Leitsatz „soviel wie nötig, so wenig wie möglich“ richten.

Hier sind neben den Kundendaten insbesondere die Beschäftigtendaten von Relevanz. Der Wert eines Unternehmens kann ganz erheblich von den Arbeitnehmern, also deren Qualifikationen und Kosten, bestimmt werden. Interessenten werden sich so genau wie möglich mit diesen Daten auseinandersetzen wollen. Eine Übermittlung an die Interessenten sollte, zur Einhaltung des Prinzips der Datenminimierung aus Art. 5 Abs. 1 lit. c) DSGVO, nur statistischer, pseudonymisierter oder anonymisierter Form erfolgen.

Folgen einer rechtswidrigen Veräußerung von personenbezogenen Daten

Die Aufsichtsbehörden können nach Art. 58 Abs. 2 DSGVO verschiedene Abhilfemaßnahmen treffen, einschließlich eines Verbots der Verarbeitung sowie die Löschung von Daten.

Geldbußen nach Art. 83 DSGVO können von den Aufsichtsbehörden zusätzlich oder anstelle von Maßnahmen nach Art. 58 Abs. 2 DSGVO verhängt werden.

Fehlt eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung, etwa weil ein überwiegendes berechtigtes Interesse an der Veräußerung von Kundendaten nicht gegeben ist, liegt ein Verstoß gegen die Grundsätze der Verarbeitung nach Art. 83 Abs. 5 lit. a) DSGVO vor. Verstöße nach Art. 83 Abs. 5 DSGVO fallen unter den höheren Bußgeldrahmen von bis zu 20.000.000 EUR bzw. 4% des weltweiten Konzernumsatzes eines Unternehmens.

Die Geldbußen können gegen den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter als natürliche oder auch juristische Person gerichtet sein, folglich den Insolvenzverwalter selbst (soweit dieser Verantwortlicher ist), als auch den Insolvenzschuldner (für Verarbeitungen vor Verfahrensbeginn und nach Beendigung) treffen. Bußgelder, die ab Verfahrenseröffnung verwirklicht werden und im Rang einer Masseverbindlichkeit stehen können eine Haftung des Verwalters nach §§ 60, 61 InsO und damit eine parallele Haftung von Verwalter und Masse begründen.

Das BayLDA hat im Jahr 2015 nach alter Rechtslage ein fünfstelliges Bußgeld gegen Erwerber und Veräußerer aufgrund unzulässiger Übertragung von Email-Adressen eines Online-Shops verhängt. Wie Sanktionen unter der neuen Rechtslage ausfallen bleibt abzuwarten.

Fazit

Eine genaue Auseinandersetzung mit datenschutzrechtlichen Bestimmungen ist für den Insolvenzverwalter bei der Verwertung von personenbezogenen Daten unerlässlich. Das folgt nicht bloß aus den neuen Bußgeldvorschriften, sondern vielmehr aus der gestiegenen wirtschaftlichen Bedeutung von personenbezogenen Daten.

Während sich der Share-Deal und Umwandlungsmaßnahmen hinsichtlich der Übertragung von Kundendaten als wenig problematisch erweisen, hat der Verwalter beim erheblich praxisrelevanteren Asset-Deal eine detaillierte Abwägung vorzunehmen.

Mangels vorhandener Rechtsprechung kann man sich aktuell nur an den Vorgaben der Datenschutzbehörden orientieren. Die Widerspruchslösung des BayLDA sollte dabei stets in Erwägung gezogen werden.



Sven Sperling ist Rechtsanwalt und angehender Fachanwalt für Arbeitsrecht bei MKM + Partner Rechtsanwälte PartmbB in Nürnberg. Er berät eine Vielzahl von Unternehmen und Konzernen aller Branchen im Datenschutzrecht und nimmt die Aufgabe des externen Datenschutzbeauftragten wahr.



Thilo Martin ist Rechtsanwalt und Gründungspartner der MKM + Partner Rechtsanwälte PartmbB. Tätigkeitsschwerpunkte seiner Arbeit sind neben dem Datenschutz- und IT-Recht der Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes. Er berät nationale und internationale Mandanten umfassend in allen Bereichen des europäischen und deutschen Datenschutzrechts.