Datenschutz in virtuellen Datenräumen

Peter Trybus / Markus Uitz

Binder Grösswang Rechtsanwälte OG
Sterngasse 13, A-1010 Wien
trybus@bindergroesswang.at; uitz@bindergroesswang.at

Schlagworte: M&A, Datenschutz, Due Diligence, Datenraum

Abstract: Elektronische Due-Diligence-Prüfungen sind aus dem juristischen Alltag nicht mehr wegzudenken. Bei näherer Betrachtung wird jedoch deutlich, dass bei deren Abwicklung regelmäßig in das verfassungsrechtlich gewährte Recht auf Datenschutz eingegriffen wird. Der vorliegende Beitrag analysiert die (strengen) Vorgaben des DSG 2000 sowie deren Implikationen in Hinblick auf virtuelle Datenräume, um (bisher nicht formulierte) Kriterien zur datenschutzkonformen Gestaltung von elektronischen Datenräumen herauszuarbeiten.

1. Elektronische Due-Diligence-Prüfungen

Seit wenigen Jahren besteht die Möglichkeit, virtuelle Datenräume für Due-Diligence-Prüfungen einzurichten. Dabei werden potenziellen Käufern relevante Unterlagen des zu erwerbenden Unternehmens auf einer geschützten Internetseite zugänglich gemacht.[1]

Bei den dabei bereitgestellten Daten handelt es sich in der Regel (auch) um personenbezogene Daten i. S. d. § 4 Z 1 Datenschutzgesetz 2000:[2] Schließlich werden unter anderem Mietverträge, Finanzierungsverträge, Syndikatsverträge, Dienstverträge sowie Verträge mit Kunden, Lieferanten und weiteren Geschäftspartnern offengelegt, welche allesamt Informationen über (natürliche und juristische)[3] Personen enthalten können. Anhand dieser Daten ist deren Identität meist bestimmt oder zumindest bestimmbar.

---

1 Zu den Vorteilen und Nachteilen elektronischer Datenräume vgl. *Pfeiffer*, The data room, The Boston Globe, 23. Jänner 2006. Für den österreichischen Rechtsraum *Kozak/Uitz*, Elektronische Daten(t)räume, ecolex 2007, 440.

2 Bundesgesetzes über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz 2000 – DSG 2000), BGBl. I Nr. 165/1999 i. d. F. BGBl. I Nr. 13/2005.

3 Zu personenbezogenen Daten juristischer Personen siehe *Feltl/Mosing*, Grundrecht auf Datenschutz bei Verschmelzung und Spaltung, GesRZ 2007, 233 (236f).

Selbst wenn bestimmte Passagen der betreffenden Dokumente geschwärzt sind, kann in vielen Fällen dennoch ein Personenbezug hergestellt werden.

1. Ergebnis: In virtuellen Datenräumen werden personenbezogene Daten verwendet. Das DSG 2000 gelangt daher bei elektronischen Due-Diligence-Prüfungen zur Anwendung.

Die Verwendung sensibler Daten für die Zwecke einer Due-Diligence-Prüfung setzt – außer bei Vorliegen der in § 9 DSG 2000 taxativ aufgelisteten Umstände – die Zustimmung der Betroffenen voraus. Da sich die Einholung derselben in der Regel als nicht praktikabel bzw. untunlich erweist, ist von der Aufnahme sensibler Daten in elektronischen Datenräumen dringend abzuraten.[4] Aus diesen praktischen Gründen werden sensible Daten im Folgenden nicht weiter berücksichtigt.

2. Ergebnis: Es sollten jedenfalls keine sensiblen Daten in einen virtuellen Datenraum aufgenommen werden.

2. Verantwortung des Verkäufers

Da der Verkäufer die Entscheidung trifft, sich im Verkaufsprozess einer automationsunterstützten Datenanwendung im Sinne des § 4 Z 7 DSG 2000 zu bedienen und dies in seinem Interesse erfolgt, wird er in den meisten Fällen als Auftraggeber[5] der Datenanwendung zu qualifizieren sein.[6] Er hat aus diesem Grund umfassende datenschutzrechtliche Verpflichtungen einzuhalten, insbesondere die Meldung der Datenanwendung (§ 17 DSG 2000), die Einhaltung datenschutzrechtlicher Grundsätze (§ 6 DSG 2000), die Wahrung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen (§§ 8, 9 DSG 2000), Datensicherheitsmaßnahmen (§ 14 DSG 2000), Informations- und Offenlegungspflichten (§§ 24 f. DSG 2000) sowie Auskunfts-, Richtigstellungs- und Löschungspflichten (§§ 26 ff. DSG 2000).

---

4 Zu den strengen Anforderungen der Rechtsprechung an die Ausgestaltung von Zustimmungserklärungen vgl. OGH 22. 3. 2001, 4 Ob 28/01y; OGH 19. 11. 2002, 4 Ob 179/02 f; OGH 15. 12. 2005, 6 Ob 275/05t.

5 Gemäß Legaldefinition sind Auftraggeber „*natürliche oder juristische Personen, Personengemeinschaften oder Organe einer Gebietskörperschaft beziehungsweise die Geschäftsapparate solcher Organe, wenn sie allein oder gemeinsam mit anderen die Entscheidung getroffen haben, Daten für einen bestimmten Zweck zu verarbeiten [. . .]*“ (§ 4 Z 4 DSG 2000).

6 *Trybus/Uitz*, Datenschutz als Stolperstein für elektronische Due-Diligence-Prüfungen? MR 2007, 341 (342).

Für die Anwendbarkeit des DSG 2000 ist nicht danach zu unterscheiden, ob es sich bei den Betroffenen um natürliche Personen, Unternehmen oder andere Einrichtungen handelt.[7] Sowohl die Gesellschaft, welche Gegenstand der Prüfung ist, als auch alle mit ihr verbundenen Unternehmen im Sinne des § 228 Abs 3 UGB sowie alle Geschäftspartner derselben sind somit als Betroffene gemäß § 4 Z 3 DSG 2000 zu qualifizieren.

3. Ergebnis: Der Verkäufer hat umfassende datenschutzrechtliche Verpflichtungen einzuhalten; dies ist von Beginn der Due-Diligence-Prüfung an zu berücksichtigen.

3. Rolle des Dienstleisters

Üblicherweise wird ein virtueller Datenraum von Dritten (zumeist darauf spezialisierte IT-Unternehmen, die zuständigen Rechtsberater oder andere Berater) bereitgestellt. Zu diesem Zweck schließt der Verkäufer regelmäßig einen Vertrag mit einem derartigen Dienstleister, wonach dieser die von dem Verkäufer zur Verfügung gestellten Dokumente in den virtuellen Datenraum einstellt und die erforderlichen Benutzerkonten mit entsprechenden Zugriffberechtigungen anlegt. Dabei ist zu beachten, dass eine schriftliche Dienstleistervereinbarung geschlossen werden muss, wenn der Dienstleister weitere als die in § 11 Abs 1 DSG 2000 genannten Pflichten übernimmt.[8]

Das ausführende Unternehmen ist als Dienstleister des Verkäufers und nicht als Auftraggeber zu qualifizieren, sofern er die Daten ausschließlich im Rahmen des Auftrags des Verkäufers und nicht für eigene Zwecke verwendet. Für die Einhaltung bestimmter datenschutzrechtlicher Vorschriften (etwa für Datensicherheitsmaßnahmen gemäß § 14 DSG 2000) ist er jedoch neben dem Auftraggeber verantwortlich.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, wo der Dienstleister seinen Sitz hat: Befindet sich dieser innerhalb der EU oder einem gleichgestellten Staat,[9] ist die Datenüberlassung ohne weitere Voraussetzungen daten-

7 Vgl. § 4 Z 3 DSG 2000.

8 § 10 Abs. 1 DSG 2000 verpflichtet generell zum Abschluss einer (allenfalls auch mündlichen) Dienstleistervereinbarung. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 DSG 2000 hat diese schriftlich zu erfolgen. In der Praxis ist eine schriftliche Vereinbarung stets von Vorteil.

9 Die Gleichstellung von Drittländern sollte in Österreich durch die Datenschutzangemessenheits-Verordnung (DSAV), BGBl. II Nr. 521/1999, erfolgen. Da diese bisher nicht entsprechend angepasst wurde, sind – trotz fehlender formaler Umsetzung in Österreich – die Entscheidun-

schutzrechtlich zulässig (sofern bereits die Datenverarbeitung zulässig war). Sollten Daten in Drittländer überlassen werden, ist entweder nachzuweisen, dass im konkreten Einzelfall dennoch angemessener Datenschutz besteht oder ausreichende vertragliche Zusicherungen von dem Dienstleister (insbesondere in Form der Standardvertragsklauseln gemäß den Entscheidungen der Europäischen Kommission)[10] gegeben wurden. In beiden Fällen ist nach h. A. eine Genehmigung durch die Datenschutzkommission einzuholen.[11] Da die Zeit, die bis zum Vorliegen einer Genehmigung der Datenschutzkommission verstreicht, die Dauer einer Transaktion zum Verkauf eines Unternehmens in der Regel deutlich überschreitet, ist ein derartiges Genehmigungserfordernis unbedingt zu vermeiden.

> **4. Ergebnis:** Sowohl Dienstleister als auch Datenraumnutzer sollten aus einem EU-Mitgliedstaat oder einem gleichgestellten Staat tätig werden und dies auch vertraglich zusichern.

4. Zulässige Datenverwendungen

Damit ein elektronischer Datenraum aus datenschutzrechtlicher Sicht für zulässig erachtet werden kann, dürfen die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen nicht verletzt werden. Dies ist dann gewährleistet, wenn Zustimmungserklärungen der Betroffenen oder überwiegende berechtigte Interessen des Auftraggebers oder Dritter vorliegen. Eine Zustimmungserklärung kann sowohl schriftlich als auch mündlich

gen der Europäischen Kommission relevant. Neben den weiteren EWR-Staaten (Norwegen, Liechtenstein, Island) wird derzeit der Schweiz, Kanada, Argentinien, Guernsey, der Insel Man ein angemessenes Datenschutzniveau bescheinigt. Auch ein Dienstleister mit Sitz in den USA kann in diese Kategorie fallen, wenn er in die so genannte Safe Harbor Liste gemäß der Entscheidung der Kommission 2000/520/EG vom 26. 7. 2000 eingetragen ist (http://www.export.gov/safeharbor/). Weiters bestehen Sonderbestimmungen für bestimmte Bereiche, wie z. B. für Fluggastdaten.

10 Entscheidung der Kommission 2002/16/EG vom 27. 12. 2001 hinsichtlich Standardvertragsklauseln für die Übermittlung personenbezogener Daten an Datenverarbeiter in Drittländern (darüber hinaus könnten auch die Entscheidungen C(2004)5271 und 2001/497/EG zur Übermittlung von Daten in Drittländer relevant sein).

11 Dies ist jedenfalls die von der Behörde vertretende Ansicht, die in den Standardvertragsklauseln bloß ein Instrument i. S. d. § 13 Abs. 2 Z 2 DSG 2000 sieht. Man könnte auch argumentieren, dass die relevanten Entscheidungen der Europäischen Kommission zu Standardvertragsklauseln direkt anwendbar sind und eine Genehmigung der Datenschutzkommission gar nicht erforderlich wäre.

erteilt werden, wobei aus Beweisgründen eine schriftliche Vereinbarung zu bevorzugen ist. Schon aus Gründen der Vertraulichkeit und der zeitlichen Vorgaben kommt diese Option in der Praxis jedoch nicht bzw. nur sehr eingeschränkt infrage. Nur in wenigen Fällen kann von der Zustimmung der betroffenen Personen bzw. Gesellschaften ausgegangen werden; etwa bei Konzerngesellschaften des Verkäufers sowie sonstigen verbundenen Unternehmen.

Im Ergebnis kann daher meist nur bei Vorliegen von überwiegenden berechtigten Interessen des Verkäufers oder potenzieller Käufer für die Rechtmäßigkeit der Verwendung personenbezogener Daten in elektronischen Datenräumen argumentiert werden:[12] Die Verarbeitung bestimmter, für die Unternehmensprüfung erforderlicher Daten ist für die Abwicklung eines Unternehmensverkaufs unzweifelhaft notwendig; derartige Transaktionen können ohne die entsprechende Bereitstellung bestimmter Unterlagen im Rahmen einer Due-Dilligence-Prüfung gar nicht abgewickelt werden. Angesichts der Notwendigkeit der Verarbeitung und Übermittlung wichtiger Unternehmensdaten bei Unternehmensverkäufen gelangt man daher zum Schluss, dass überwiegende berechtigte Interessen des Verkäufers bzw. der Kaufinteressenten zumindest für einen Teil der infrage kommenden Daten vorliegen. Daraus folgt, dass bei der Verarbeitung dieser Daten auch die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen nicht verletzt werden. Allerdings sind die Grundsätze des DSG 2000 (vor allem die Erforderlichkeit, Zweckbindung und Wesentlichkeit der Verwendung von Daten) im Rahmen einer elektronischen Due-Diligence-Prüfung stets sicherzustellen.

Im Einzelfall bestehen freilich gewisse Grauzonen bei der Beurteilung, welche Daten in personenbezogener Form verarbeitet und an wen diese übermittelt werden dürfen. Dabei gilt es insbesondere zu prüfen, inwieweit eine Anonymisierung von personenbezogenen Daten möglich und ob deren Verarbeitung für die Zwecke einer Due-Diligence-Prüfung überhaupt erforderlich ist. Letztlich ist die Verarbeitung personenbezogener Daten in einem virtuellen Datenraum insbesondere dann zulässig, wenn die Due-Diligence-Prüfung notwendig ist, um potenziellen Käufern wichtige Unternehmensdaten zugänglich zu machen, und ein Unternehmensverkauf auf diese Weise rasch und effizient abgewickelt werden kann.[13]

---

12 Vgl. § 8 Abs. 1 Z 4 DSG 2000; die weiteren Ausnahmetatbestände des § 8 Abs. 1 DSG 2000 können hier nicht zur Anwendung gelangen.

13 Es ist insbesondere darauf zu achten, dass die Verwendung von Daten nur im erforderlichen Umfang und mit den gelindesten Mitteln erfolgt. So kann es insbesondere erforderlich sein, entsprechende technische Nutzerbeschränkungen vorzusehen.

5. Ergebnis: Die Verarbeitung und Übermittlung der für eine Unternehmensprüfung erforderlichen Daten ist – bei entsprechender Berücksichtigung der Vorgaben des DSG 2000 – grundsätzlich zulässig.

Beim Einsatz eines elektronischen Datenraums könnte darüber hinaus auch das Verhalten der Kaufinteressenten (bzw. deren Berater) bei der Nutzung des Datenraums aufgezeichnet werden.[14] Da jedem Benutzer über seine individuelle Kennung auch sein Verhalten im Datenraum zuordenbar ist, handelt es sich dabei ebenso um personenbezogene Daten. Für deren Verwendung (also auch für die statistische Auswertung in personenbezogener Form) ist es erforderlich, eine Zustimmungserklärung jedes einzelnen Datenraumbenutzers einzuholen.[15]

6. Ergebnis: Die Auswertung des Benutzerverhaltens der Datenraumnutzer ist ohne Zustimmung der Datenraumnutzer unzulässig.

5. Meldung an die Datenschutzkommission

Gemäß § 17 DSG 2000 ist grundsätzlich jede Datenanwendung und damit jede elektronische Due-Diligence-Prüfung[16] schon vor Einrichtung des Datenraums an die Datenschutzkommission zu melden. Auch die in § 17 Abs. 2 DSG 2000 taxativ aufgezählten Ausnahmefälle kommen im Hinblick auf die Durchführung einer Due-Diligence-Prüfung (sollten dabei personenbezogene Daten verwendet werden) nicht in Betracht; insbesondere enthält die StMV 2004[17] keine für eine Due-Diligence-Prüfung anwendbare Ausnahmevorschrift.[18]

14 Durch diese Aufzeichnungen könnte ein Verkäufer Rückschlüsse auf das Käuferverhalten ziehen und daraus z. B. erkennen, ob bzw. für welche Teilbereiche eines Unternehmens ein ernsthaftes Interesse besteht.

15 Siehe dazu ausführlich *Trybus/Uitz*, MR 2007, 341 (345).

16 Allerdings könnten auch Due-Diligence-Prüfungen in herkömmlicher Form (Bereitstellen der Dokumente in Papierform) den Vorschriften des DSG 2000 unterliegen, wenn es sich dabei um derart strukturiert aufbereitete Daten handelt, dass diese eine Datei i. S. d. § 4 Z 6 DSG 2000 darstellen (vgl. § 58 DSG 2000).

17 Standard- und Muster-Verordnung 2004 (StMV 2004), BGBl II Nr 312/2004.

18 Keine in der StMV 2004 angeführte Standard- bzw. Musteranwendung deckt den Zweck und Inhalt der im Rahmen einer elektronischen Due-Diligence-Prüfung erforderlichen Datenverwendung.

Die Übermittlung und Überlassung von Daten innerhalb der Europäischen Union und in einige weitere Staaten[19] ist grundsätzlich melde- und genehmigungsfrei.[20] Ruft allerdings ein an der Due-Diligence-Prüfung Beteiligter Dokumente aus einem Drittland ab (z. B. etwa ein Berater eines potenziellen Käufers in Kanada), ist für eine derartige Übermittlung von Daten eine Genehmigung der Datenschutzkommission einzuholen.

7. Ergebnis: Schon vor dem Zusammenstellen des elektronischen Datenraums hat eine Meldung der Datenanwendung an die Datenschutzkommission zu erfolgen. Wird der Datenraum aus einem Drittland eingesehen, sind möglicher Weise zusätzliche Genehmigungen einzuholen.

19 Vgl. FN. 9.

20 Die Einhaltung der Meldepflicht gemäß § 17 DSG 2000 und die allfällige Befreiung von der Genehmigungspflicht gemäß § 12 DSG 2000 ist noch kein Indiz für die Zulässigkeit derselben. Diese ist in allen Fällen separat zu überprüfen.