

Mandanteninformation

Client Information

22 | 03 | 2018

■ Private Equity-Fonds unter dem neuen Datenschutzrecht

Ab dem 25. Mai 2018 gelten die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) und ergänzend das neue Bundesdatenschutzgesetz (BDSG).

Das neue Datenschutzregime baut auf den bestehenden Datenschutzregeln auf und verbessert deren praktische Durchsetzung, indem Unternehmen stärker in die Pflicht genommen und Betroffenen umfassendere Rechte eingeräumt werden.

Diese Mandanteninformation stellt wichtige Entwicklungen im Datenschutzrecht und (erweiterte) Pflichten einer Kapitalverwaltungsgesellschaft (KVG) im Umgang mit personenbezogenen Daten vor.

I. Zulässige Datenverarbeitungen

Eine KVG kommt regelmäßig an verschiedenen Stellen im Lebenszyklus eines Private Equity-Fonds mit zu schützenden Daten natürlicher Personen (Betroffener) in Berührung. Dies betrifft insbesondere die Daten von Anlegern im Zuge des Zeichnungsprozesses, von Geschäftsleitern oder Mitarbeitern von (potentiellen) Portfoliounternehmen oder aus sonstigen Geschäftsbeziehungen.

Grundsätzlich ist die Verarbeitung von Daten nur zulässig, wenn einer der Erlaubnistatbestände

■ Private Equity Funds under the new Data Protection Regulation

As of May 25, 2018 the new EU General Data Protection Regulation (GDPR) shall apply, complemented by the new Federal Data Protection Act (BDSG).

The new data protection regime builds on existing data protection laws and improves their implementation by holding companies more accountable while data subjects are granted more extensive rights.

This client information presents important developments in the data protection law and (extended) obligations of an Alternative Investment Fund Manager (AIFM) when handling personal data.

I. Lawfulness of Processing

An AIFM regularly comes into contact with data of natural persons (data subjects) that is to be protected, at various points in the life cycle of a Private Equity Fund. This includes in particular the data from investors in the course of the subscription process, from executives or employees of (potential) portfolio companies or from other business relationships.

Generally, it is only permitted to process data if at least one of the permissions given in Arti-

des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO vorliegt. Hierzu zählen insbesondere die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, soweit dies

- zur Erfüllung eines Vertrages zwischen der KVG und dem Betroffenen;
- zur Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen der KVG nach dem Recht der Europäischen Union (EU) oder eines Mitgliedstaates; oder
- zur Wahrung berechtigter Interessen der KVG, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person überwiegen,

erforderlich ist.

Ist keiner der anderen Erlaubnistatbestände nach der DS-GVO gegeben, ist eine Datenverarbeitung nur bei Einwilligung der Betroffenen gestattet.

Auf pauschale Einwilligungen sollte zukünftig verzichtet werden, da diese nach unserer Einschätzung nicht mit den Grundsätzen des neuen Datenschutzregimes vereinbar sind. Zudem können sich nachteilige Wechselwirkungen bei der Einholung einer zusätzlichen Einwilligung trotz Vorliegens eines anderen Erlaubnistatbestandes nach der DS-GVO ergeben.

Zu prüfen sind daher stets die jeweiligen Anforderungen und Besonderheiten der einzelnen Erlaubnistatbestände. Dies gilt insbesondere sowohl für die Formulierung und den Umfang der jeweiligen Einwilligungserklärung, als auch für die Frage, ob eine Einwilligung des Betroffenen überhaupt erforderlich ist. Bestehende Muster-Einwilligungen oder allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind somit sorgfältig an das neue Datenschutzrecht anzupassen.

Liegt kein Erlaubnistatbestand (mehr) für die Verarbeitung vor, sind vorhandene Daten unverzüglich zu löschen, weil die DS-GVO keine rechtsgrundlose Datenspeicherung gestattet.

cle 6(1) GDPR applies. In particular, this includes processing of personal data, provided it is necessary for

- the performance of a contract between the AIFM and the data subject;
- compliance with a legal obligation adopted by the European Union (EU) or a Member State to which the AIFM is subject; or
- the purposes of the legitimate interests pursued by the AIFM, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights of the data subject.

If none of the other permissions pursuant to the GDPR is available, processing is only permitted with the data subject's consent.

Broad and generic consents should not be the means of choice in the future, as we believe that these are not compatible with the principles of the new data protection regime. Moreover, adverse interactions with other permissions of the GDPR may occur if a supplementing consent is obtained.

Therefore, it is always necessary to check the respective requirements and special features of each and every permission individually. This applies in particular both to the wording and the scope of the respective declaration of consent, as well as to the question of whether the data subject's consent is actually necessary. Existing consent templates or general terms and conditions must therefore be carefully adapted to the new data protection law.

If there is no (longer a) permission for processing, existing data must be deleted immediately, as the GDPR does not permit data storage without a legal basis.

II. Transparenzpflichten

Zukünftig gelten erweiterte Transparenzpflichten, die sich in umfassenden Dokumentations-, Informations- und Rechenschaftspflichten niederschlagen. Betroffene Personen sind künftig etwa über Zwecke und Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung, eine etwaige Übermittlung ihrer Daten in einen Nicht-EU-Staat (sog. Drittland) sowie ihre erweiterten Rechte im Zusammenhang mit der Datenverarbeitung zu informieren. Zu den erweiterten Rechten der betroffenen Personen gehören

- ein Recht auf eine Bestätigung darüber, ob und wie persönliche Daten eines Betroffenen verarbeitet werden sowie Information zu dieser Verarbeitung;
- ein Berichtigungsrecht;
- ein Sperrungsrecht;
- ein Löschungsrecht (soweit kein Erlaubnistatbestand greift);
- ein Widerspruchsrecht bei Verarbeitungen aufgrund bestimmter Erlaubnistatbestände und
- ein Datenübertragungsrecht (z.B. bei einem Anbieterwechsel).

Die zeitnahe Umsetzbarkeit nach einer Anspruchserhebung von einem Betroffenen durch die KVG ist stets sicherzustellen, da relativ kurze Fristen vorgesehen sind.

Eine KVG sollte daher ihre Informationen zum Datenschutz insbesondere in ihren jeweiligen Zeichnungsunterlagen, Datenschutzerklärungen und sonstigen Vertragsdokumentation bis zum 25. Mai 2018 prüfen und ggfs. anpassen.

II. Transparency Obligations

In the future, extended transparency obligations shall apply, consisting of comprehensive documentation, information and accountability obligations. Data subjects are now to be informed about i.a. the purposes of and the legal basis for the processing, any (intended) transfer of their data to a non-EU-country (so-called third country) and their extended rights in connection with data processing. Extended rights of the data subjects include

- a right to obtain confirmation as to whether or not personal data of a data subject is being processed and information concerning this processing;
- a right to rectification;
- a right to block;
- a right to erasure (as far as no permission to process applies);
- a right to object (in case of some permissions) and
- a right to data portability (e.g., when changing providers).

In case a data subject exercises one of his or her rights, a timely implementation is to be ensured by the AIFM, since relatively short response deadlines apply.

Thus, an AIFM should review and, if necessary, adjust its information on data protection, in particular within its respective subscription documents, privacy statements and other contractual documentation, by May 25, 2018.

III. Dritte bei der Datenverarbeitung und Drittlandübermittlung

Im Fondsbereich sind bei der Verarbeitung personenbezogener Daten regelmäßig Dritte involviert. Bei einer Übermittlung in Drittländer gelten stets zusätzliche Anforderungen.

1. Auftragsverarbeitung

Im Rahmen der Auftragsverarbeitung kann die KVG die Datenverarbeitung an einen externen Dienstleister auslagern (z.B. Cloud-Dienste oder Datenräume). Dieser Auftragsverarbeiter ist kein Dritter i.S.d. DS-GVO, die Datenübermittlung zwischen ihm und der KVG ist ohne zusätzliche Erlaubnis zulässig. Allerdings stellt die DS-GVO an die KVG Mindestanforderungen bei der Auswahl und Kontrolle ihres Auftragsverarbeiters und legt vertragliche Mindestinhalte fest, zu denen etwa Gegenstand und Dauer sowie Art und Zweck der Verarbeitung gehören.

2. Weitergabe von Daten an Dritte

Eine KVG wird regelmäßig personenbezogene Daten auch an Dritte, beispielsweise Banken, Behörden oder Rechtsanwälte, weitergeben (müssen). Dies ist nur im Rahmen des jeweils einschlägigen Erlaubnistatbestands zulässig, etwa wenn die Weitergabe zur vertraglichen Erfüllung oder wegen einer gesetzlichen Verpflichtung notwendig ist. Andernfalls bedarf es regelmäßig einer gesonderten Einwilligung der Betroffenen.

3. Empfang von Daten von Dritten

Eine KVG kann auch zu schützende Daten von Dritten erhalten. Dies ist etwa der Fall, wenn eine in einen Fonds investierende Gesellschaft im Zuge des Zeichnungsprozesses Daten natürlicher Personen (z.B. Vertretungsberechtigte, wirtschaftlich Berechtigte oder Eigentümerstrukturen) zur Verfügung stellt oder beim Erwerb von Portfoliounternehmen Daten von Mitarbeitern im Rahmen der Due Diligence durch den Verkäufer

III. Third Parties in Processing and Data Transfer to Third Countries

In the fund segment, third parties are regularly involved in processing personal data. Data transmission to third countries is always subject to additional requirements.

1. Processor

Processing can be outsourced on behalf of the AIFM by using an external service provider (such as cloud services or data rooms). However, this service provider (so-called processor) is not a third party within the meaning of GDPR; thus, data transfer between the AIFM and its processor is permitted without additional permission. Still, the GDPR provides minimum requirements for the selection and monitoring of its processor to the AIFM and specifies minimum contractual content, including, for example, the subject-matter and duration as well as nature and purpose of processing.

2. Forwarding of Data to Third Parties

An AIFM will regularly (be obliged to) pass on personal data to third parties, such as banks, government agencies or lawyers. This is only permissible within the framework of the respective permission, for example, if the disclosure is necessary for the performance of a contract or due to a legal obligation. Otherwise, a separate consent of the data subject will regularly be required.

3. Receiving Data from Third Parties

An AIFM may also receive data from third parties that are to be protected. This is the case, for example, when a company investing in a fund makes data from natural persons (such as its representatives, beneficial owners or ownership structures) available to the AIFM in the course of the subscription process or, when acquiring portfolio companies, employee data is disclosed by the seller within the course of due diligence proceedings. Again, this is permissible under certain

offengelegt werden. Auch dies ist unter bestimmten Bedingungen zulässig, löst aber besondere Transparenzpflichten aus, die nur ausnahmsweise wieder entfallen können.

4. Drittlandübermittlung

Ein Fall von Drittlandbezug liegt z.B. vor, wenn eine KVG bei der Strukturierung ihres (Dach-) Fonds Gesellschaften in Nicht-EU-Staaten einbindet oder Investments auf außereuropäischen Märkten tätigt und dabei Anlegerdaten übermittelt. Während die Übermittlung von Daten innerhalb der EU ohne weiteres zulässig ist, ist die Übermittlung von Daten an Empfänger in Drittländern an weitere Voraussetzungen geknüpft.

Eine Datenübermittlung in ein Drittland darf u.a. vorgenommen werden, sofern ein Beschluss der EU-Kommission über ein angemessenes Datenschutzniveau für das jeweilige Drittland vorliegt, geeignete Garantien (z.B. aus Datenschutzverträgen auf Grundlage von Standardvertragsklauseln) gegeben sind oder verbindliche interne Datenschutzvorschriften behördlich genehmigt wurden.

IV. Datenschutz-Managementsystem

Die DS-GVO verlangt die Implementierung geeigneter technischer und organisatorischer Maßnahmen zur Gewährleistung eines angemessenen Schutzes personenbezogener Datenverarbeitung nach einem risikobasierten Ansatz.

1. Neue organisatorische und technische Anforderungen

Neu eingeführt hat die DS-GVO etwa die Pflicht zur Erstellung und laufenden Aktualisierung eines Verzeichnisses von Verarbeitungstätigkeiten, das bestimmte Mindestinhalte wie z.B. Verarbeitungszwecke und mögliche Übermittlungen in Drittländer erfassen muss.

Auf der Grundlage dieses Verzeichnisses sollte eine KVG etwaige Schwachstellen ihres Datenschutzmanagement(system)s identifizieren und beheben. Bei der Identifikation

conditions, but triggers special transparency obligations, which can only be omitted in exceptional cases.

4. Transfer of Data to Third Countries

Third country reference is e.g. given when an AIFM structures its fund (of funds) by incorporating companies in non-EU states or makes investments in non-European markets and thereby submits investor data. Whilst data transfer within the EU is readily permitted, the transmission of data to recipients in third countries is subject to additional requirements.

A transmission of data to a third country may i.a. take place only where the EU Commission has decided that the third country ensures an adequate level of protection, or if the AIFM has provided appropriate safeguards (e.g. from data protection contracts based on standard contractual clauses) or if binding internal data protection regulations are in place and have been approved by the authorities.

IV. Data Protection Management System

The GDPR requires the implementation of appropriate technical and organizational measures to ensure adequate protection of processing based on a risk-based approach.

1. New Organizational and Technical Measures

For example, the GDPR has newly introduced the obligation to keep a record of processing activities, containing certain minimum contents such as the purposes of the processing and, where applicable, the transmission of personal data to third countries.

Based on this record of processing activities, an AIFM should be in a position to identify and remedy any weak points of its data protection man-

etwaiger Defizite sind insbesondere die Grundsätze der Datenverarbeitung aus Art. 5 Abs. 1 DS-GVO (z.B. Rechtmäßigkeit, Zweckbindung, Datenminimierung und Begrenzung der Speicherdauer) heranzuziehen.

Jede KVG muss zukünftig jederzeit gegenüber Aufsichtsbehörden und Betroffenen nachweisen können, risikoangemessene Maßnahmen zum Datenschutz ergriffen sowie die dafür notwendigen technisch-organisatorischen Anforderungen und die Datenschutzgrundsätze eingehalten zu haben.

2. Datenschutzbeauftragter

Auch nach dem neuen BDSG hat eine KVG einen Datenschutzbeauftragten zu benennen, sofern mindestens zehn Mitarbeiter ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind. Zum Datenschutzbeauftragten kann auch ein externer Dienstleister bestellt werden.

Der Datenschutzbeauftragte muss insbesondere über hinreichendes Fachwissen im Datenschutzrecht und in der Datenschutzpraxis verfügen. Das Aufgabenspektrum des Datenschutzbeauftragten ergibt sich aus der DS-GVO und folgt auch hier einem risikobasierten Ansatz.

V. Meldepflicht bei Datenschutzverstößen

Datenschutzverletzungen sind zukünftig binnen 72 Stunden gegenüber der Aufsichtsbehörde zu melden, es sei denn, es droht voraussichtlich keinerlei Risiko für persönliche Rechte und Freiheiten betroffener natürlicher Personen.

Bei voraussichtlich hohem Risiko für die Rechte und Freiheiten von Betroffenen hat eine Anzeige der Datenschutzverletzung auch ihnen gegenüber zu erfolgen.

agement (system). When identifying any deficiencies, the principles relating to processing of personal data laid down in Article 5(1) GDPR (e.g. lawfulness, purpose limitation, data minimization and storage limitation) should be used.

From now on, each AIFM must be able to demonstrate compliance with providing risk-adapted measures for data protection following the necessary technical and organizational requirements and the principles of data protection to supervisory authorities and data subjects at any time.

2. Data Protection Officer

Also, according to the new BDSG, an AIFM has to designate a data protection officer, provided that at least ten employees are constantly involved in processing using automated means. An external service provider can also be appointed as data protection officer.

The data protection officer shall be designated on the basis of professional qualities and expert knowledge of data protection law and practices. The tasks of the data protection officer stem from the GDPR and also follow a risk-based approach.

V. Reporting Obligation in case of Personal Data Breach

In the case of a personal data breach, the AIFM shall without undue delay and, in any event, within 72 hours, notify the personal data breach to the supervisory authority, unless the personal data breach is unlikely to result in a risk to the rights and freedoms of the affected natural persons.

When the personal data breach is likely to result in a high risk to the rights and freedoms of a data subject, such personal data breach must also be communicated to the data subject.

VI. Aufsicht: One-Stop-Shop

Auch in Fällen grenzüberschreitender Datenverarbeitung ist künftig grundsätzlich die Datenschutzaufsichtsbehörde am Sitz der Hauptniederlassung des Unternehmens als einzige Aufsichtsbehörde federführend zuständig und einziger Ansprechpartner („One-Stop-Shop“).

VII. Mögliche Konsequenz von Verstößen

Der neue Bußgeldkatalog der DS-GVO sieht teils empfindliche Bußgelder vor. Verstöße gegen technische und organisatorische Pflichten können fortan mit Bußgeldern von bis zu 10 Mio. Euro oder 2 % des weltweiten Jahresumsatzes geahndet werden. Verletzungen von materiellen Vorschriften können sogar mit Bußgeldern von bis zu 20 Mio. Euro oder 4 % des weltweiten Jahresumsatzes sanktioniert werden. In beiden Fällen greift der jeweils höhere Betrag.

Neben Bußgeldvorschriften gibt die DS-GVO Betroffenen einen Direktanspruch auf Schadensersatz, wenn ihnen durch Verstoß gegen die DS-GVO ein Schaden entstanden ist. Erfasst sind materielle wie immaterielle Schäden.

VI. Authority: One-Stop Shop

From now on, the supervisory authority of the main establishment of a company is competent to act as lead supervisory authority also for cross-border processing (“one-stop shop”).

VII. Possible Consequences of a Breach

The new GDPR schedule of fines outlines some significant fines. Infringements of technical and organizational obligations can henceforth be punished with fines up to 10 million Euro or 2% of the worldwide annual turnover. Infringements of material rules can even be sanctioned with fines up to 20 million Euro or 4% of worldwide annual turnover. In both cases, the respective higher amount applies.

In addition to administrative fines, the GDPR makes a direct claim available to any data subject who has suffered material or non-material damage as a result of a GDPR infringement.

■ Kontaktieren Sie uns

Contact us

P+P Pöllath + Partners

Uwe Bärenz
+49 (30) 25353 – 122
uwe.baerenz@pplaw.com

Amos Veith, LL.M.
+49 (30) 25353 – 124
amos.veith@pplaw.com

Dr. Philip Schwarz van Berk, LL.M.
+49 (30) 25353 – 110
philip.schwarzvanberk@pplaw.com

Dr. Jens Steinmüller, LL.M.
+49 (30) 25353 – 145
jens.steinmueller@pplaw.com

Dr. Andreas Rodin
+49 (69) 247047 – 17
andreas.rodin@pplaw.com

Dr. Peter Bujotzek, LL.M.
+49 (69) 247047 – 14
peter.bujotzek@pplaw.com

Ronald Buge
+49 (30) 25353 – 120
ronald.buge@pplaw.com

Tarek Mardini, LL.M.
+49 (30) 25353 – 122
tarek.mardini@pplaw.com



Dr. Stephan Schade
Attorney-at-Law
Counsel

Office: Berlin
stephan.schade@pplaw.com
Tel.: +49 (30) 253 53 – 117



Joel El-Qalqili, LL.M.
Attorney-at-Law
Rechtsanwalt

Office: Berlin
joel.el-qalqili@pplaw.com
Tel.: +49 (30) 253 53 – 109

Über P+P Pöllath + Partners

P+P Pöllath + Partners ist mit mehr als 130 Anwälten und Steuerberatern an den Standorten Berlin, Frankfurt und München tätig. Die Sozietät konzentriert sich auf High-End Transaktions- und Vermögensberatung.

P+P-Partner begleiten regelmäßig M&A-, Private Equity- und Immobilientransaktionen aller Größen. P+P Pöllath + Partners hat sich darüber hinaus eine führende Marktposition bei der Strukturierung von Private Equity- und Real Estate-Fonds sowie in der steuerlichen Beratung erarbeitet und genießt einen hervorragenden Ruf im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie in der Vermögens- und Nachfolgeplanung für Familienunternehmen und vermögende Privatpersonen.

P+P-Partner sind als Mitglieder in Aufsichts- und Beiräten bekannter Unternehmen tätig und sind regelmäßig in nationalen und internationalen Rankings als führende Experten in ihren jeweiligen Fachgebieten gelistet. Weitere Informationen, auch zu unserer pro-bono-Arbeit und den P+P-Stiftungen, finden Sie auf unserer Internetseite www.pplaw.com.

About P+P Pöllath + Partners

P+P Pöllath + Partners is an internationally operating law firm, whose more than 130 lawyers and tax advisors in Berlin, Frankfurt and Munich provide high-end legal and tax advice.

The firm focuses on transactional advice and asset management. P+P partners regularly advise on corporate/M&A, private equity and real estate transactions of all sizes. P+P has achieved a leading market position in the structuring of private equity and real estate funds and tax advice and enjoys an excellent reputation in corporate matters as well as in asset and succession planning for family businesses and high net worth individuals.

P+P partners serve as members of supervisory and advisory boards of known companies. They are regularly listed in domestic and international rankings as the leading experts in their respective areas of expertise. For more information (including on pro bono work and P+P foundations) please visit our website www.pplaw.com.