

Software und Datenschutz in M&A-Transaktionen

Eine Veranstaltung im Rahmen des Veranstaltungszyklus «ICT: Rechtspraxis» des Schweizer Forum für Kommunikationsrecht (SF-FS), der swiss interactive media and software association (simsa) und des Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht (ZIK) der Universität Zürich vom 16. Juni 2004

DOMINIK OBERHOLZER*

Es ist unbestritten, dass verschiedene Rechte vor Gebrauch und Zugriff Unberechtigter zu schützen sind. Unbestritten ist auch, dass dieser Schutz nicht absolut gelten kann. Dies ist zum Beispiel bei M&A-Transaktionen der Fall. Um sich ein Bild über das Zielunternehmen zu machen, möchte ein Investor geschützte Daten sehen. Und um das Unternehmen nach dem Kauf weiterzuführen, möchte er die Software benutzen, deren Lizenz dem Verkäufer zusteht. Diese Spannungsfelder waren das Thema der eingangs erwähnten Veranstaltung.

Durch das Datenschutzgesetz geniessen die Personendaten im Schweizer Rechtssystem einen besonderen Schutz. Wie sich dieser Schutz in M&A-Transaktionen verhält, behandelte Dr. Urs L. Baumgartner, Rechtsanwalt, in seinem Vortrag mit dem Titel «Wahrung des Datenschutzes in M&A-Transaktionen – Unrealistische Wunschvorstellung oder Dealkiller?» Dabei wurde klar, dass der Datenschutz – der nicht nur Daten von natürlichen, sondern auch von juristischen Personen umfasst – kein Dealkiller sein muss. Dies folgt schon daraus, dass auch in transaktionsfreien Zeiten Dritte Einsicht in die Personendaten haben können. Das ist z.B. der Fall bei an Dritte übertragener Salärbuchhaltung, oder wenn Forderungen mittels Factoring eingetrieben werden. In jedem Fall ist eine Balance zwischen dem Schutzinteresse der betroffenen Personen und dem Interesse des Investors an der Offenlegung zu finden, wobei auch ein allfälliges öffentliches Interesse, zum Beispiel am Erhalt von Arbeitsplätzen, zu berücksichtigen ist. Diese Interessen decken sich in der Regel nicht. So hat zum Beispiel der Arbeitnehmer vor allem ein Interesse am Schutz seiner Daten über Krankheiten, seine Arbeitsleistung und seinen Lohn, und ein Kunde ist vor allem am Schutz von Informationen über seine Kreditwürdigkeit interessiert. Dies sind jedoch die Daten, die der Investor einsehen möchte. Verschiedene Massnahmen können diese Abwägung erleichtern: So kann ein Investor mit einer Geheimhaltungsvereinbarung zur vertraulichen Behandlung der zu schützenden Daten verpflichtet werden. Ausserdem empfiehlt es sich, gezielt nur diejenigen Daten offen zu legen, welche für die Entscheidung des Investors relevant sind. Die Offenlegung sollte ausserdem so spät wie möglich erfolgen, damit nur derjenige Investor Einblick in die zu schützenden Daten erhält, der an der Transaktion wirklich interessiert ist. Und wegen der nur beschränkten Zulässigkeit der Bekanntgabe von Daten ins Ausland empfiehlt es sich, einen Datenraum nicht im Ausland einzurichten. Aufgrund dieser Ausführungen wurde deutlich, dass es Lösungen im Spannungsfeld zwischen dem Datenschutz und dem Prüfungs- und Offenlegungsinteresse bei M&A-Transaktionen gibt. Diese sind stets im Einzelfall zu finden und so wird dieses Thema denn auch weiterhin an Aktualität nichts einbüssen.

Einen anderen, in M&A-Transaktionen nicht minder relevanten Schutz geniessen Software und ihre Lizenzrechte. Das Interesse des Investors besteht dabei weniger im Einblick in die Lizenz, als am Gebrauch der Lizenz nach Vollzug der Transaktion zum Zwecke der Weiterführung des bisherigen Geschäfts. Mit diesem Spannungsfeld befasste sich Beat Lehmann, Legal Counsel, in seinem Vortrag mit dem Titel «Behandlung von Software und Lizenzrechten in M&A-Transaktionen». Ausgangspunkt dieses Spannungsfeldes ist meist die Verknüpfung der Softwarelizenz mit einem ganzen Komplex von IT-Dienstleistungen, wie zum Beispiel der Software-Weiterentwicklung zum Zwecke der Kunden-Anpassung, der Unterstützung im Zusammenhang mit der Schulung des Personals, der Pflege der Software, aber auch dem Software-Escrow. Diese Rechte gehen in aller Regel nicht auf das aus einem Konzern herausgekaufte Unternehmen über, weil es nicht mehr zum Lizenznehmer gehört und Unterlizenzen auf solche Unternehmen nicht dem Lizenzvertrag entsprechen. Dies ist aber nicht im Interesse des Erwerbers, der nach Vollzug der Transaktion das gekaufte Unternehmen in der Regel

weiterführen will, ohne umgehend eine neue Software erwerben und installieren zu müssen. Aus diesem Grund empfiehlt Beat Lehmann, in Softwarelizenzverträge Restrukturierungsklauseln aufzunehmen. Eine solche Klausel soll im Falle einer Aufspaltung des Konzern-Lizenznehmers der Lizenznehmerin das Recht geben, über die Zuteilung der Lizenzen auf die neuen Gesellschaften zu entscheiden unter Anpassung der damit einhergehenden Rechte und Pflichten. Im Falle der Veräusserung einer Konzerngesellschaft soll diese Restrukturierungsklausel hingegen eine Erklärungsfrist (von 6–9 Monaten) vorsehen, während welcher die veräusserte Gesellschaft die Softwarelizenzen wie bis anhin weiterbenutzen kann, um mit der Lizenzgeberin über einen neuen, eigenen Softwarelizenzvertrag zu verhandeln. Scheitern diese Verhandlungen oder ist das veräusserte Unternehmen an einem eigenen Lizenzvertrag nicht interessiert, so soll die Restrukturierungsklausel eine Auslaufperiode (rund 12 Monate) vorsehen, nach deren Ablauf die Lizenzen zurückfallen und dem veräusserten Unternehmen der Weitergebrauch der Software untersagt ist.

* Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Zürich.