

UNTERNEHMENSTRANSAKTIONEN

Vertraulichkeitserklärung (NDA): Wieso, von wem und warum (mit Muster)

von Markus Schaible, Frankfurt, www.schaible-consult.de

Im Rahmen von beabsichtigten Unternehmenstransaktionen verlassen vertrauliche Informationen den unternehmensinternen geschützten Bereich. Im Alltag kennen Unternehmer dies aus der Zusammenarbeit mit dem Steuerberater. Dieser ist entsprechend den standesrechtlichen Bestimmungen zur Verschwiegenheit verpflichtet. Ist jedoch vorgesehen, dass im Rahmen einer Unternehmensnachfolge oder anderen Form von Unternehmensübertragung, Personen oder Organisationen mit sensiblen Daten in Kontakt kommen, die keiner solchen standesrechtlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen, sollten diese vertraglich begründet werden. |

MERKE | Diese Verpflichtungen werden im deutschen Rechtsverkehr als Vertraulichkeitspflicht oder Vertraulichkeitsvereinbarung bezeichnet. Im Englischen spricht man von einem **Non-Disclosure Agreement**, das gerne auch als „NDA“ abgekürzt wird.

1. Anlässe und beteiligte Parteien

Bei der Unternehmensnachfolge unterscheiden wir grundsätzlich zwischen der internen Nachfolge (Übertragung innerhalb der Familie oder an das angestellte Management) und der externen Nachfolge (Verkauf an externe Dritte).

Unabhängig von der Art der Nachfolge stellt sich bei Übertragungen von Unternehmen regelmäßig die Frage nach der Bewertung des Unternehmens. Für die Ermittlung des Unternehmenswerts sind unter anderem Informationen über Vermögenswerte („assets“), Schulden und Verbindlichkeiten („liabilities“) sowie die Ertragslage (historisch – prognostiziert) des Unternehmens erforderlich. Daneben können Produkt- oder Patentinformationen ebenso wie Kalkulationen, Margen, Strategien und Konzepte sowie Kunden- und Lieferantenbeziehungen etc. zu den zu schützenden Informationen gehören.

Wird ein Verkauf an einen Manager oder ein Managementteam (sog. „Management Buy Out“ [MBO] oder „Management Buy In“ [MBI]), an strategische Investoren oder an Finanzinvestoren angestrebt, so wird in der Regel von diesen potenziellen Erwerbern ein umfangreicher Informationsbedarf angemeldet.

2. Der M&A Berater

Der Unternehmer ist gut beraten, sich für die Durchführung des Veräußerungs- oder Übertragungsprozesses frühzeitig einen transaktionserfahrenen Berater zu suchen, der ihn in allen Prozessphasen begleitet und fachlich unterstützt.

Austausch sensibler
Daten bei der
Ermittlung des
Unternehmenswerts

Investoren haben
i. d. R. einen
besonders hohen
Informationsbedarf

Berater für Käufe und Zusammenschlüsse, sog. „Mergers & Acquisitions“ (M&A), unterliegen in der Regel keinem Standesrecht. Daher bietet der seriöse Berater seinem potenziellen Auftraggeber bereits zu Beginn der Zusammenarbeit den Abschluss einer Vertraulichkeitsvereinbarung an, um die für die Angebotserstellung benötigten Daten/Informationen zu erhalten und um die Zusammenarbeit auf eine vertrauensvolle Basis zu stellen. Dabei schützt der Abschluss eines NDA mit dem Berater seinen Mandanten gleichzeitig vor dem Bekanntwerden sensibler Informationen. Beispielsweise sollen Mitarbeiter oder Wettbewerber nichts von der Absicht des Unternehmers, sein Unternehmen zu veräußern oder zu übertragen, erfahren.

3. Der oder die Erwerber

Potenzielle Erwerber, die bereits im Unternehmen tätig sind (Stichwort: MBO) verfügen typischerweise bereits über vielfältige interne Informationen, die sie im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses erlangt haben und die darunter als Betriebsgeheimnisse geschützt sind. Dieser Kenntnisstand wird jedoch i. d. R. nicht ausreichen, um eine belastbare Bewertung des Unternehmens (transaktionsbezogen als „Target“ bezeichnet) vorzunehmen und um eine sinnvolle Transaktionsstruktur für den Erwerb und dessen Finanzierung zu entwickeln. Daraus folgt, dass auch in diesen Konstellationen der Abschluss eines NDA geboten ist, auch wenn man sich kennt und gegenseitig vertraut.

Im Bereich der externen Erwerber ist dagegen sofort klar, dass diese nur dann Zugang zu relevanten Informationen erhalten, wenn sie deren vertrauliche Behandlung schriftlich garantieren. Dabei ist der Informationsbedarf von Finanzinvestoren oder einem Managementteam (Stichwort: MBI) – in Abgrenzung zu strategischen Investoren – überwiegend transaktionsbezogen.

Anders kann die Situation bei strategischen Interessenten sein. Möglicherweise dient das Kaufinteresse vorrangig anderen Zielen. Daher empfiehlt es sich, im Laufe des Veräußerungsprozesses darauf zu achten, wann welche Informationen offengelegt werden. Ebenso sollte das abzuschließende NDA eindeutige Regelungen über die Zahlung von Vertragsstrafen und Schadenersatzzahlungen enthalten, die für jene Fälle greifen, in denen der Stratege erlangte Informationen während des laufenden Prozesses oder nach Abbruch des Veräußerungsprozesses missbräuchlich gegen den verkaufswilligen Unternehmer verwendet.

4. Due Diligence Dienstleister

Neben dem Übergeber/Veräußerer ist bzw. sind auch der oder die Nachfolger/Erwerber gut beraten, sich durch transaktionserfahrene Berater/Dienstleister unterstützen zu lassen. Damit auch diese den sicheren Umgang mit den vertraulichen Informationen gewährleisten, wird dem Erwerbsinteressenten durch das NDA in der Regel die Pflicht auferlegt, die von ihm mit der Durchführung der Due Diligence beauftragten Berater, etc. ebenfalls auf die Vertraulichkeitsvereinbarung zu verpflichten. In der Praxis passiert dies häufig pragmatisch durch eine sog. back to back-Unterzeichnung des eingebundenen Dienstleisters auf einer Kopie der zwischen Veräußerer und Interessent getroffenen Vereinbarung.

Vertraulichkeitsvereinbarung bereits zu Beginn der Zusammenarbeit

Auch im Rahmen eines MBO ist eine Vertraulichkeitsvereinbarung sinnvoll

Zeitpunkt der Offenlegung der Informationen sorgfältig wählen

Back to back-Unterzeichnung des eingebundenen Dienstleisters

■ Inhalt der Vertraulichkeitsvereinbarung

- Die Parteien
- Definition dessen, was als vertrauliche Information im Rahmen der Vereinbarung geschützt wird
- Pflichten des Informationsempfängers
- Zeitliche Befristung bzw. Nachwirkung der Vereinbarung
- Sonstige Punkte wie Schriftform, Rechtswahl (deutsches Recht), Gerichtsstand oder salvatorische Klausel

5. Muster einer Vertraulichkeitsvereinbarung

Im Internet finden sich vielfältige Mustertexte zu Verträgen. So auch zur Vertraulichkeitsvereinbarung. Angeboten werden diese unter anderem von Industrie- und Handelskammern oder Anwaltskanzleien. Wer auf entsprechende Vorlagen zurückgreift, sollte zunächst prüfen, ob diese zur individuellen Situation passen und diese gegebenenfalls individualisieren. Nachvollziehbarerweise wird hierfür von den Anbietern keine Haftung übernommen. Vielmehr dienen diese als Werbung für die entsprechenden Dienstleistungen.

Da bereits herausgestellt wurde, dass das NDA zwischen verschiedenen Parteien geschlossen werden kann, werden nachfolgend Unterschiede und Gemeinsamkeiten der beiden Typen der Vertraulichkeitsvereinbarung

- zwischen Auftraggeber und Berater und
- Interessent und Veräußerer respektive dessen Berater

aufgezeigt.

5.1 Die Parteien

In beiden Fällen wird der Auftraggeber/Verkäufer als „Informationsgeber“ definiert. „Informationsnehmer“ ist im ersten Fall der Berater, im zweiten der Erwerbsinteressent. Hierbei kann noch weiter unterschieden werden, ob es sich um eine juristische oder natürliche Person bzw. deren Berater handelt.

MUSTER / Vertragsparteien

Vertraulichkeitsvereinbarung über vertrauliche Informationen (NDA – Non-Disclosure Agreement)

Zwischen

Firma, Ansprechpartner, Adresse (ggf. Registerdaten)
nachfolgend auch „Informationsgeber“

und

Firma, Ansprechpartner, Adresse (ggf. Registerdaten)
nachfolgend auch „Informationsnehmer“

Gerne wird in einer Präambel Art und Umfang bzw. Anlass der Vereinbarung ausgeführt.

Internet bietet eine Fülle an Mustertexten

Unterscheidung von Informationsgeber und -nehmer

5.2 Definition vertraulicher/geschützter Informationen

Nachfolgend eine ausführliche Variante. In eckigen Klammern finden sich Beispiele für die nähere Definition des vertraulichen Inhalts:

MUSTER / Vertrauliche/geschützte Informationen

§ 1 Gegenstand dieser Vereinbarung/vertrauliche Informationen/Adressatenkreis

1. Vertrauliche Informationen gemäß dieser Vertraulichkeitsvereinbarung (NDA) sind alle dem Informationsnehmer zugänglich gemachten Informationen über den in der Präambel näher bezeichneten Gegenstand. Die Form der Information spielt dabei keine Rolle. Die Vereinbarung schließt alle schriftlichen, mündlichen und/oder in elektronischer Form übermittelten Informationen bzw. Daten ein. Im Einzelnen handelt es sich um Folgendes:

... [z. B. Konzepte, Präsentationen, Plandaten, betriebswirtschaftliche Auswertungen, Bilanzdaten, Betriebsgeheimnisse, technisches Know-how usw.].

2. Eine Information ist nicht als vertraulich anzusehen, wenn sie zu der Zeit zu der der Informationsnehmer von der Information Kenntnis erlangt hat, bereits öffentlich bekannt gewesen ist. Gleichfalls als nicht vertraulich sind solche Informationen anzusehen, die zeitlich später mit Zustimmung des Informationsgebers öffentlich bekannt geworden sind bzw. bekannt gemacht wurden.

3. Als zur Erlangung der genannten Informationen berechtigt anzusehen sind der Informationsnehmer, dessen etwaige Organe (Gesellschafter bzw. Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat, Vorstand u. Ä.) sowie dessen Mitarbeiter. Letztere aber nur, wenn sie zuvor eine schriftliche Erklärung zu Händen des Informationsgebers abgegeben haben, wonach sie bestätigen, von dem Inhalt dieser Vereinbarung Kenntnis zu besitzen und sich verpflichten, den Inhalt dieser Vereinbarung zu beachten. Mitarbeiter sind Arbeitnehmer, sog. freie Mitarbeiter und auch Zeitarbeitskräfte (Leiharbeitnehmer). Weiterhin als berechtigt anzusehen sind solche Personen, die kraft Gesetzes einer Verpflichtung zur Verschwiegenheit unterliegen (z. B. Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte) sowie sonstige Berater des Informationsnehmers, wenn sich diese im Umfange dieser Vereinbarung auch gegenüber dem Informationsgeber zur unbedingten Verschwiegenheit unter Einhaltung dieser Vereinbarung verpflichtet haben.

Alternativ zum Vergleich ein allgemein und kurz gehaltener Passus aus einem NDA zwischen Verkäufer, M&A Berater und Interessent:

MUSTER / Vertrauliche/geschützte Informationen

„Geschützte Informationen“ sind alle betriebswirtschaftlichen, technischen, finanziellen oder sonstigen Informationen, insbesondere das Unternehmen und deren Gesellschafter betreffend, sowie deren Märkte und Verhältnisse zu Dritten, welche dem Interessenten zur Verfügung gestellt werden. Als geschützte Information gilt auch die Transaktionsabsicht an sich. Nicht vertraulich sind solche Informationen, die bereits allgemein bekannt sind oder ohne Verletzung der vorstehenden Punkte allgemein bekannt werden oder durch Dritte ohne Verletzung einer Vertraulichkeitsverpflichtung bekannt gemacht werden.

Bei einer Verletzung der sich aus dieser Vereinbarung ergebenden Verpflichtungen ist der Interessent je nach Art der Verletzung gegenüber dem Unternehmen, dessen Eigentümern und/oder dem M&A Berater schadenersatzpflichtig (Vertrag zugunsten Dritter). Zwischen dem M&A Berater und dem Interessenten kommt kein Beratungs- oder sonstiger Vertrag und auch kein außervertragliches Rechtsverhältnis zustande (auch nicht konkludent). Eine Haftung des Unternehmens, seiner Eigentümer und vom M&A Berater ist – ausgenommen in Fällen vorsätzlicher Schädigung – ausgeschlossen. Der M&A Berater weist ausdrücklich darauf hin, dass er die dem Interessenten übermittelten Informationen nicht auf inhaltliche Richtig- und Vollständigkeit überprüft hat und der M&A Berater daher keine Verantwortung für die inhaltliche Richtig- und Vollständigkeit (und auch nicht für etwaige erforderliche Aktualisierungen der Informationen) übernimmt.

Im vorstehenden Mustertext finden sich neben der Definition der geschützten Informationen auch ein Haftungsausschluss im Rahmen des rechtlich Möglichen sowie eine allgemeine Schadenersatzregelung. Eine konkrete Vertragsstrafen-Regelung könnte wie folgt aussehen:

MUSTER / Vertragsstrafen-Regelung

§ 3 Vertragsstrafen Regelung

1. Der Informationsnehmer verpflichtet sich, für jeden Fall des schuldhaften Verstoßes gegen die Verpflichtungen zur Wahrung der Vertraulichkeit aufgrund dieses Vertrags eine Vertragsstrafe in Höhe von ... EUR (in Worten: ...) zu zahlen. Mit der Zahlung der Vertragsstrafe wird die Geltendmachung eines etwaig bestehenden Anspruchs auf Unterlassung oder eines ggf. darüber hinausgehenden Anspruchs auf Schadenersatz nicht ausgeschlossen.
2. Der Informationsnehmer erklärt, dass er für ein etwaig schuldhaftes Verhalten seiner Mitarbeiter (siehe dazu oben § 1 Abs. 3 Satz 3 der Vereinbarung) ebenfalls im Umfange von § 3 Abs. 1 dieser Vereinbarung einstehen wird.

Sofern Vertragsstrafen in formularmäßig verwendeten Verträgen, die dem AGB-Recht unterliegen, verwendet werden, so müssen diese verhältnismäßig (bspw. in Bezug auf Honorar oder Werkslohn) sein. Andernfalls besteht das Risiko, dass die Klausel von Gerichten als nichtig eingestuft wird. Hierzu sollte ggf. anwaltlicher Rat eingeholt werden. Ob Vertragsstrafen aufgenommen werden können, hängt von den Verhandlungspositionen ab.

**Vertragsstrafen
müssen verhältnismäßig sein**

5.3 Pflichten des Informationsempfängers

Sehen wir uns hierzu ein ausführliches Textmuster (zwischen Berater und Unternehmen) an:

MUSTER / Pflichten des Informationsempfängers

1. Der Informationsnehmer verpflichtet sich, alle ihm unmittelbar oder mittelbar zur Kenntnis gelangten Informationen im Sinne von § 1 Abs. 1 dieser Vereinbarung streng vertraulich zu behandeln und sie nicht ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Informationsgebers nicht berechtigten Personen (siehe auch § 1 Abs. 3 dieser Vereinbarung) auszuhändigen, weiterzuleiten oder auf sonstige Weise zugänglich zu machen. Darüber hinaus verpflichtet sich der Informationsnehmer dazu, geeignete Vorkehrungen zum Schutz der Informationen zu treffen, insbesondere elektronische Informationen mit einem geeigneten Passwort zu schützen, gegenständliche Informationen wie z. B. schriftliche Informationen sicher und in zumutbarem Umfang unter Verschluss zu halten und damit gegen den unberechtigten Zugriff durch Dritte zu sichern.
2. Der Informationsnehmer erklärt, dass er vertrauliche Informationen nach dieser Vereinbarung nur an berechnigte Personen weitergibt und dies auch nur dann, wenn die betreffenden Personen die Informationen aufgrund ihrer Tätigkeit für den Informationsnehmer erhalten müssen, damit der Zweck, den diese Vereinbarung verfolgt, erreicht werden kann.
3. Der Informationsnehmer erklärt, dass er alle ihm zur Kenntnis gelangten Informationen ausschließlich zu den vereinbarten Zwecken verwenden wird.
4. Der Informationsnehmer wird keine Kopien oder sonstige Vervielfältigungen der durch den Informationsgeber ausgehändigten Informationen fertigen, wenn dieser nicht zuvor schriftlich hierzu seine Zustimmung erteilt.

5. Der Informationsnehmer wird am Schluss der Zusammenarbeit mit dem Informationsgeber oder nach entsprechender Aufforderung durch diesen sämtliche ihm zur Verfügung gestellten Dokumente, Unterlagen und sonstigen Informationen unverzüglich zurückgeben, alternativ auf Verlangen des Informationsgebers unverzüglich zerstören bzw. löschen. Der Informationsnehmer hat den Informationsgeber über die etwaige Zerstörung und/oder Löschung unverzüglich zu informieren und geeignete Nachweise zu erbringen. Dem Informationsnehmer steht gegenüber dem Informationsgeber unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Zurückbehaltungsrecht an den gegenständlichen Informationen zu, wenn sich nicht aus zwingenden gesetzlichen oder sonstigen rechtlichen Gründen etwas anderes ergibt.
6. Der Informationsnehmer verpflichtet sich gegenüber dem Informationsgeber, diesen unverzüglich darüber zu informieren, wenn der Informationsnehmer Kenntnis darüber erlangt hat, dass Organe, Mitarbeiter sowie sonstige Vertrauenspersonen des Informationsnehmers vertrauliche Informationen unter Verstoß gegen diese Vereinbarung weitergegeben haben.
7. Unabhängig von dem Vorstehenden verpflichtet sich der Informationsnehmer zur Einhaltung aller bestehenden gesetzlichen und sonstigen rechtlichen Regelungen zum Datenschutz.

In der M&A Transaktion könnten die Pflichten des Interessenten/potenziellen Erwerbers mit dem Verkäuferberater wie folgt aussehen:

MUSTER / Pflichten des Interessenten/potenziellen Erwerbers

1. über geschützte Informationen strengstes Stillschweigen zu bewahren;
2. geschützte Informationen ausschließlich zur Prüfung einer möglichen Transaktion mit dem Unternehmen zu verwenden und diese nicht an Dritte weiterzugeben;
3. sich nicht ohne schriftliche Zustimmung vom M&A Berater mit dem Eigentümer eines Unternehmens, seinen Mitarbeitern, Kunden, Lieferanten oder Vermietern in Verbindung zu setzen oder Vertragsverhandlungen zu führen;
4. alle Vorkehrungen zu treffen, um die Vertraulichkeit sicherzustellen und geschützte Informationen vor dem Zugriff, der Verwendung und der widerrechtlichen Aneignung durch Dritte zu schützen; und
5. sicherzustellen, dass alle die von ihm eingeschalteten Mitarbeiter und Berater, die geschützten Informationen ausschließlich zur Prüfung einer Transaktion verwenden und sich einer mindestens gleich strengen Vertraulichkeitserklärung unterwerfen oder, sofern es sich um zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Berater handelt, hinsichtlich der geschützten Informationen einer beruflichen Vertraulichkeitsverpflichtung unterliegen.

5.4 Zeitliche Befristung bzw. Nachwirkung der Vereinbarung

Logischerweise beginnt die Wirkung des NDA mit Unterzeichnung. Eine Nachwirkung über das mandatierte Projekt ist vom Auftraggeber in der Regel gewünscht. Andererseits wird ein Berater dadurch möglicherweise in seiner Berufsfreiheit eingeschränkt, wenn er innerhalb einer Branche keine anderen Mandate annehmen kann. Daher wird die Nachwirkung zeitlich zu begrenzen sein (siehe nachstehend).

Nachwirkungen sind gesondert zu vereinbaren

MUSTER / Zeitliche Begrenzung der Nachwirkung

Diese Vereinbarung tritt ab dem Zeitpunkt ihrer Unterzeichnung in Kraft. Sie endet nach Ablauf eines Jahres bzw. ein Jahr nach Abschluss des Beratungsmandats.

5.5 Schriftform, Rechtswahl, Gerichtsstand und salvatorische Klausel

Das NDA könnte dem Grunde nach mündlich vereinbart werden. Aus Beweisgründen wird aber so gut wie immer Schriftform (1) vereinbart. Dabei werden dann auch anzuwendendes Recht (3) und Gerichtsstand (4) festgelegt. Dies ist insbesondere dann relevant, wenn beteiligte Parteien ihren Sitz nicht in Deutschland haben, beispielsweise das Erwerbsvehikel (AcquiCo) aus steuerlichen Gründen seinen Sitz in Holland oder Luxemburg hat. Wie in vielen Verträgen findet sich bei dem NDA in der Regel zum Abschluss eine sog. salvatorische Klausel (2).

Es geht zwar auch mündlich, jedoch ist die schriftliche Form zu empfehlen

MUSTER / Schriftform, Rechtswahl, Gerichtsstand und salvatorische Klausel

1. Änderungen und Ergänzungen dieser Vereinbarung bedürfen der Schriftform. Das gilt auch für eine Änderung dieser Schriftformklausel selbst.
2. Für den Fall, dass einzelne Bestimmungen dieser Vereinbarung ganz oder teilweise unwirksam sind oder werden, ganz oder teilweise nichtig sind oder nichtig werden und für den Fall, dass diese Vereinbarung von den Parteien nicht beabsichtigte Lücken enthält, wird dadurch die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen dieser Vereinbarung nicht berührt. Anstelle der unwirksamen oder nichtigen oder fehlenden Bestimmung tritt eine solche wirksame Bestimmung, die dem Willen der Parteien unter Berücksichtigung des Zwecks dieser Vereinbarung am nächsten kommt und vereinbart worden wäre, wenn den Parteien beim Abschluss dieser Vereinbarung die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit oder das Fehlen der jeweiligen Bestimmung bewusst gewesen wäre.
3. Für alle Rechtsstreitigkeiten aus dieser und anlässlich dieser Vereinbarung soll [deutsches] Recht Anwendung finden. Soweit dies gesetzlich oder aus sonstigen rechtlichen Gründen zugelassen ist, wählen die Parteien dieser Vereinbarung ausdrücklich das Recht [der Bundesrepublik Deutschland].
4. Soweit rechtlich zulässig wählen die Parteien als Gerichtsstand [Ort].

Formal kommt die Vertraulichkeitsvereinbarung wie jeder Vertrag durch Angebot und Annahme zustande. Dies ist der Fall, wenn beide Parteien die Vereinbarung unterzeichnen. Zu beobachten ist daneben die Variante, bei der der Interessent die Vertraulichkeitserklärung einseitig zugunsten des Informationsgebers bzw. M&A Beraters abgibt. Dann ist eine Annahme durch den Empfänger geboten. In unserem M&A-Muster verzichten wir auf diese jedoch:

Einseitige Abgabe zugunsten des Informationsgebers

MUSTER / Annahme durch den Empfänger

Der Kaufinteressent verzichtet hiermit auf den Zugang der Annahmeerklärung durch Schaible Consult und die Unternehmen bzw. deren Eigentümer.

6. Empfehlung für die Praxis

Eine Vertraulichkeitsvereinbarung ist nicht zu unterschätzen und in der Praxis auch ernsthaft zu behandeln. Alle Beteiligten sollten eine Durchsetzung aller vereinbarten Punkte peinlichst genau beachten, denn die Welt ist kleiner, als man glaubt. Verstöße gegen die Vereinbarung machen schneller die Runde, als den Beteiligten lieb ist und dann drohen i. d. R. hohe Vertragsstrafen und – schlimmer noch – große Vertrauensbrüche.

Vertragsstrafen und Vertrauensbruch