

FAIRE NDA FÜR REIBUNGSLOSE PROZESSE

Die Vertraulichkeitserklärung (oder NDA) ist der Startpunkt für jede ernsthafte Auseinandersetzung zwischen Verkäufer- und Käuferseite im Rahmen eines Verkaufsprojektes. Doch verursachen NDA schon von Anfang an regelmäßig Prozessstörungen bis hin zu Deal-Abbrüchen, da sich beide Seiten nicht auf die NDA einigen können. Ein gewisser Marktstandard, der die Interessen von Käufer, Verkäufer und Berater ausgewogen berücksichtigt, hat sich über die letzten Jahre etabliert. Mit diesem Guide weisen wir auf Dos & Don'ts für einen reibungslosen Start von Prozessen hin.

Typischerweise sprechen Verkaufsberater ausgewählte Kaufkandidaten anhand eines anonymen Kurzprofils (oder Teasers) an, um das Interesse an einer möglichen Transaktion zu wecken. Sollte käuferseitig Interesse bestehen, die Investitionsoportunität näher zu prüfen, ist es notwendig, vorerst eine Vertraulichkeitserklärung zu unterschreiben. Dies ist wichtig, da im Laufe eines Verkaufsprozesses der Verkäufer zahlreiche vertrauliche Informationen offenlegen muss, die von potenziellen Käufern, insb. von Wettbewerbern, nur zum Zwecke der Entscheidungsfindung bzgl. der Transaktion genutzt werden dürfen.

Die NDA für Small- und Mid Cap-Transaktion sollte kurz und bündig geschrieben sein und auf Klauseln verzichten, die für eine der Parteien nicht akzeptabel sind. Mit einem ausgewogenen NDA-Vorschlag, der unverhandelt von der Käuferseite akzeptiert werden kann, sparen einerseits alle Parteien Zeit und andererseits wird Momentum gefördert ohne negative Stimmung aufkommen zu lassen.

7 Do's & Don'ts für reibungslose Prozesse dank fairer NDA:

1. Länge & Sprache
2. Informationsweitergabe an Dritte
3. Vertragsstrafe
4. Rückgabe von Unterlagen
5. Beweislast
6. Mitarbeiterabwerbe- und Kontaktverbot
7. Laufzeit

1. Do's & Don'ts – Länge & Sprache

Das Unterschreiben der NDA sollte für den Käufer eine Selbstverständlichkeit sein und somit sollte jede NDA so gestaltet werden, dass dessen Lesen und Analyse möglichst einfach sind. Gleichzeitig haben verständlicher Weise unterschiedliche Mandanten unterschiedliche Bedürfnisse hinsichtlich der Ausführlichkeit der NDA. Um beide Aspekte angemessen zu berücksichtigen ist es für M&A-Berater ratsam, unterschiedliche Muster-NDA vorrätig zu haben und je nach Situation zu verwenden.

In der Regel dürften vier Muster die meisten Fälle abdecken können:

- Kurzfassung (ca. 2 Seiten) – jeweils auf Deutsch und auf Englisch
- Langfassung (ca. 6 Seiten) – jeweils auf Deutsch und auf Englisch

Dabei muss eine gute kurze NDA nicht weniger Schutz für die Verkäuferseite bieten als eine längere Fassung. Häufig ist der es der Anspruch, auch sehr theoretische Fälle bis ins Detail zu regeln. Aber auch in einer zwei-seitigen NDA können alle wesentlichen Themen adressiert werden, jedoch nur in einer pragmatischen Art und Weise die insb. für kleinere Transaktionen (unter 10 Mio. Unternehmenswert) oft eher angemessen ist.

Die Entscheidung welches Muster welchem Kaufkandidat geschickt wird, sollte die Unternehmensgröße sowie die M&A-Vorkenntnisse der Kaufkandidaten berücksichtigen, um interessierte Parteien nicht in einer frühen Phase abzuschrecken.

Zudem ist es empfehlenswert in Verkaufsprozessen, die internationalen Käufer involvieren, nicht nur eine englische NDA zu benutzen, sondern weiterhin deutschsprachigen Interessenten eine NDA auf Deutsch zur Verfügung zu stellen. Sollte der Prozess komplett auf Deutsch geführt werden müssen, sollte das im Rahmen der Longlist-Erstellung idealer Weise bereits berücksichtigt werden.

2. Do's & Don'ts – Informationsweitergabe an Dritte

Der Hauptzweck einer NDA ist sicherzustellen, dass überlassene Informationen vertraulich behandelt werden und nur in bestimmten – klar definierten – Ausnahmefälle an Dritte weitergegeben werden dürfen.

- **Kreis der erlaubten Dritten:** Es ist notwendig, die Weitergabe von Informationen an Organmitglieder, leitende Angestellte, Mitarbeiter, Berater oder Finanzierungspartner in Zusammenhang mit dem Projekt zu gestatten. Dabei ist es aus Verkäufersicht wichtig darauf zu bestehen, dass eingeschaltete Berater oder Finanzierungspartner entweder beruflich zur Verschwiegenheit verpflichtet sind oder der vom Kaufkandidat unterschriebenen NDA ohne Einschränkungen beitreten
- **Kundenschutzklauseln:** Pauschale Kundenschutzklauseln können i.d.R. von der Käuferseite nicht akzeptiert werden. Im Gegenzug sollte die Verkäuferseite darauf bestehen, dass die Nutzung von überlassenen Informationen nur für Zwecke der

Bewertung, Verhandlung und ggf. Abschluss der Transaktion verwendet werden dürfen

3. Do's & Don'ts – Vertragsstrafe

Bei kleineren Transaktionen mittelständischer, weniger M&A-aktiver Verkäufer, werden häufig pauschale Vertragsstrafen im Falle der Verletzung der Vertraulichkeitsvereinbarung gewünscht. Dies ist jedoch ein No-Go für die meisten Kaufkandidaten, insb. für Finanzinvestoren. Dementsprechend ist es empfehlenswert, dass Verkaufsberater ihre Mandanten davon stark abraten.

Argumentativ sind dabei insb. zwei Punkte für die Verkaufsberater hilfreich:

- Gesetzliche Bestimmungen in der DACH-Region sorgen für ausreichend Rechtssicherheit, um mögliche Schadenersatz-Ansprüche durchzusetzen
- Bestimmungen über pauschalierten Schadenersatz zu Lasten des potenziellen Käufers sind oft ohnehin unwirksam

4. Do's & Don'ts – Rückgabe von Unterlagen

Ein Muss in jeder Vertraulichkeitserklärung ist die käuferseitige Verpflichtung zur Rückgabe oder Vernichtung der vertraulichen Informationen auf Verlangen der Verkäufer oder wenn die Gespräche abgebrochen werden.

Da inzwischen die meisten IT- und insb. Cloud-Systeme automatische Backup-Speicherungen mit sich bringen, ist es allerdings praktisch nicht umsetzbar, die Daten aus allen Systemen zu löschen. Um unnötige Mark-ups zu vermeiden ist es ratsam eine Ausnahme diesbezüglich in der NDA vorzusehen.

- **Wann:** Auf erstes schriftliches Verlangen des Verkäufers
- **Was:** Alle Vertraulichen Informationen in schriftlicher, gedruckter oder sonstiger Verkörperung sowie alle Materialien, die Vertrauliche Informationen enthalten, einschließlich selbst erstellten Materialien, wie Analysen und andere Dokumente
- **Wie:** Schriftliche Bestätigung (Email sollte reichen) der NDA- und Datenschutzkonformen Vernichtung
- **Ausnahmen:**
 - Ausnahme von vertraulichen Informationen, die aufgrund automatischer Backup-Speicherungen nur mit unverhältnismäßigem Aufwand gelöscht werden können
 - Ausnahme zur Erfüllung gesetzlicher bzw. gerichtlich/behördlich angeordneter Pflichten

5. Do's & Don'ts – Beweislast

Die Frage der Beweislast bzgl. einer möglichen Verletzung der Bestimmungen der Vertraulichkeitserklärung führt oft zu zähen Diskussionen zwischen Verkäufer- und Käuferseite. Nachdem Gerichtsurteile über ausreichend viele Auseinandersetzungen gefällt wurden, hat sich hierzu ein Marktstandard etabliert.

Diese gesetzlichen Bestimmungen bieten beiden Seiten ausreichend Rechtssicherheit, so dass die Beweislast nicht gesondert in der Vertraulichkeitserklärung aufgenommen werden muss. Insb. die Beweislast dafür, ob und welche Informationen nicht als vertraulich gelten, sollte nicht auf den potenziellen Käufer übertragen werden.

6. Do's & Don'ts – Mitarbeiterabwerbe- und Kontaktverbot

Naturgemäß soll vermieden werden, dass Mitarbeiter durch Kaufkandidaten abgeworben werden, insb. von Strategen. Darüber hinaus sollten Kontakte zwischen Kaufkandidaten und Mitarbeiter sowie Geschäftspartner stark limitiert werden. Diese Punkte sollten Teil einer guten Vertraulichkeitserklärung sein. Jedoch sollten aus Käufersicht idealerweise einige angemessene Einschränkungen vorgesehen werden:

- **Laufzeit:** Maximal zwei Jahre ab Datum der NDA
- **Mitarbeiterverbot – Ausnahmen:**
 - o Wenn der Mitarbeiter seit über 6 Monaten bei dem Verkäufer nicht mehr angestellt ist
 - o Wenn der Mitarbeiter auf eine öffentliche Stellenanzeige antwortet
 - o Wenn der Mitarbeiter eine eigenständige Kontaktaufnahme vornimmt
- **Kontaktverbot – Ausnahmen:**
 - o Nur Gespräche bzgl. der Transaktion sollen mit Geschäftspartnern (ins. Kunden, Lieferanten, Banken) verboten sein

7. Do's & Don'ts – Laufzeit

Um reibungslose Prozesse zu ermöglichen sollte die Laufzeit der NDA auf zwei Jahre nach Unterzeichnung der Vertraulichkeitsvereinbarung begrenzt werden.

Sprechen Sie uns an:

Graig Gröbli
Managing Partner

Tel.: +49 152 22976 349
grai.groebli@dealcircle.de

Kai Hesselmann
Managing Partner

Tel.: +49 170 7680 874
kai.hesselmann@dealcircle.de