

Katharina Scheja/Reto Mantz<sup>></sup>

## Vertraulichkeit von Verträgen vs. Offenlegungsanforderungen

*Die Überprüfung sämtlicher Unternehmensverträge (sog. „due diligence“) im Zuge insbesondere von IT-Outsourcing-Verträgen, aber allgemein bekannt auch bei M&A-Transaktionen und bei der Übernahme und/oder Auslagerung von Betriebsteilen bei anderen Outsourcing-Vorhaben, ist heute übliche Praxis. Die insoweit erforderliche Offenlegung von Verträgen ist im Hinblick auf die grundsätzliche Vertraulichkeit der hierin enthaltenen Informationen nicht unproblematisch. Dies wird insbesondere dann sehr kritisch, wenn – wie bei IT-Outsourcing-Verträgen die Regel – die Dritten, an die offengelegt werden soll, unmittelbare Wettbewerber des bisherigen Vertragspartners sind. Denn die durch den Vertrag dokumentierte Geschäftsbeziehung als solche, die Namen der Vertragspartner und natürlich auch die sensiblen „essentialia negotii“ sind Geschäftsgeheimnisse, die den Wettbewerbern gerade nicht bekannt werden sollen und die schon aufgrund gesetzlicher Regeln unter Offenlegungsschutz stehen. Dies gilt grundsätzlich auch, wenn der Vertrag keine Vertraulichkeitsklausel enthält (siehe hierzu nachfolgend unter I). Bei Verträgen mit Vertraulichkeitsklausel stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Offenlegung an Dritte dennoch möglich ist. Die bei IT Vertragsanbahnungen häufige Konstellation der Wettbewerberinvolvierung macht es dabei wünschenswert, die Durchführung einer Due Diligence dem Vertragspartner nicht bekannt werden zu lassen. Die – ansonsten naheliegende – Lösung, den Vertragspartner um sein Einverständnis zu bitten, ist daher gerade im IT-Outsourcing Bereich (anders als bei vielen M&A Verträgen) grundsätzlich unerwünscht. In diesem Zusammenhang werden daher einige Varianten häufig diskutiert, um die Einholung des Einverständnisses des Vertragspartners zu vermeiden; als solche wären zu nennen die Schwärzung der Dokumente oder Vertraulichkeitsabsprachen mit dem Dritten. Es ist allerdings fraglich, ob dies gangbare Wege sind und welche sonstigen Möglichkeiten bestehen (siehe hierzu nachfolgend unter II). Zu guter Letzt sind die sich hieraus ergebenden Anforderungen an die Formulierung von Vertraulichkeitsklauseln darzustellen, die – wie viele Klauseln aus dem Schlussteil von Standardverträgen – meist ein Schattendasein führen (nachfolgend unter III).*

### **I. Offenlegungsschutz bei fehlender, ausdrücklicher Vertraulichkeitsregelung**

Viele Verträge, bei denen Geheimnisschutz nicht im Vordergrund steht, enthalten keine Regelung zur Vertraulichkeit. Daraus lässt sich aber keinesfalls schließen, dass die Parteien damit keinerlei Vertraulichkeitsverpflichtung unterliegen. Denn die Vertraulichkeit der zwischen Vertragsparteien getroffenen Absprachen und der gegenseitig offenbarten Informationen ist eine der wichtigen wechselseitigen Treuepflichten. Dies ergibt sich aus § 241 Abs. 2 BGB bzw. im Rahmen der Vertragsanbahnung aus § 241 Abs. 2 i.V.m. 311 Abs. 2 BGB. Der entsprechende Schutz von Geschäftsgeheimnissen wird zusätzlich abgerundet durch die spezialgesetzliche Vorschrift des § 17 UWG, die den Geheimnisverrat unter Strafe stellt. Aus diesen gesetzlichen Regelungen ergibt sich daher - auch ohne ausdrückliche Vertraulichkeitsvereinbarung im Vertrag - folgendes:

#### **1. Vertraulichkeitspflichten bereits bei Vertragsanbahnung**

Vertraulichkeitspflichten können bereits im Rahmen der Vertragsanbahnung entstehen. Wenn sich aus der Sensibilität der Daten oder anderen Umständen bei den Verhandlungen, z.B. einem irgendwie geäußerten oder mutmaßlichen Vertraulichkeitsbedürfnis die Notwendigkeit der Geheimhaltung ergibt, kann sich aus der Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des potentiellen Vertragspartners nach §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB auch ohne explizite Vereinbarung eine Pflicht zur Wahrung

---

<sup>></sup> Dr. Katharina Scheja ist Rechtsanwältin der Anwaltskanzlei Heymann&Partner, Frankfurt/M. RRef. Dr. jur. Dipl.-Inf. Reto Mantz ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Anwaltskanzlei Heymann&Partner, Frankfurt/M.

der Vertraulichkeit ergeben.<sup>1</sup> Diese umfasst in aller Regel bereits den Umstand, dass überhaupt Vertragsverhandlungen stattfinden.<sup>2</sup> Unter Beiziehung des spezialgesetzlich geregelten Falles in § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG als Auslegungshilfe<sup>3</sup> bezieht sich der Schutz allerdings nur auf Tatsachen, die nicht bereits allgemein bekannt sind (sog. *nicht-offenkundige Tatsachen*). Gerade bei der Durchführung von Unternehmenstransaktionen sollen durch die Offenlegung der relevanten Verträge tiefgehende Details über das Unternehmen, die Geschäftsabläufe und die Beziehungen zu anderen Marktteilnehmern offenbart werden. Bei IT-Outsourcing-Unternehmen bspw. sind es gerade die internen Abläufe sowie die Beziehungen zu Drittanbietern, die für die Übernahme relevant sind. Dass dies auf der anderen Seite mit einem besonderen Vertraulichkeitsinteresse der konkurrierenden Anbieter kollidiert – insbesondere wenn dieser mit dem anderen Anbieter in Wettbewerb steht -, liegt auf der Hand.

## 2. Vertraulichkeit aufgrund von nebenvertraglichen Treuepflichten

Wenn aber bereits bei der Vertragsanbahnung aus der Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners eine Pflicht zur vertraulichen Behandlung der erlangten Informationen erwächst, dann besteht diese auf Basis des Vertrages selbstverständlich auch während der nachfolgenden Vertragslaufzeit als nebenvertragliche Treuepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB.<sup>4</sup>

## 3. Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen

Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse erfahren zusätzlich durch § 17 UWG einen ausdrücklichen gesetzlichen Schutz, durch den der Verrat solcher Geheimnisse unter Strafe gestellt wird. Ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis ist jede im Zusammenhang mit einem Betrieb stehende Tatsache, die nicht offenkundig, sondern nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt ist, und nach dem Willen des Betriebsinhabers auf Grund eines berechtigten wirtschaftlichen Interesses geheim gehalten werden soll.<sup>5</sup> Von der Tatbestandsseite erforderlich sind also:

- Nicht offenkundige Tatsache
- In Zusammenhang mit dem Unternehmen stehend
- (Mutmaßliches<sup>6</sup> oder offenkundiges) Geheimhaltungsinteresse des Betriebsinhabers

Der Begriff des *Geschäftsgeheimnisses* zielt hierbei auf Kenntnisse im kaufmännischen Bereich, der des *Betriebsgeheimnisses* auf solche im technischen Bereich ab.<sup>7</sup> Die standardmäßig verwendeten Vertraulichkeitsklauseln kodifizieren insofern die sich aus den zivilrechtlichen

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 27.1.1983 - I ZR 177/80, GRUR 1983, 377 (379) – Brombeermuster; *Olzen*, in: Staudinger, BGB, § 241 Rn. 512; *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, § 9 I 2; *H. P. Westermann*, in: MünchKommBGB, § 453 Rn. 40; *I. Westermann*, Handbuch Know-how-Schutz, 2007, Kap. 7 Rn. 8; wohl auch *H. P. Westermann*, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 241 Rn. 11; *Kraßer*, GRUR 1977, 177; *Oschmann*, StoffR 2008, 179, 180; zur Due Diligence *Lieb*, in: MünchKommHGB, Anh. § 25 Rn. 14.

<sup>2</sup> *H. P. Westermann*, in: MünchKommBGB, § 453 Rn. 40.

<sup>3</sup> Dazu sogleich unter I.3.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 13.12.1977 - X ZR 28/75, GRUR 1978, 297 - Hydraulischer Kettenbandantrieb; *Bühling*, GRURInt. 1997, 151; vgl. *Olzen*, in: Staudinger, BGB, § 241 Rn. 512; *H. P. Westermann*, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 241 Rn. 11; *Möffert*, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2004, S. 246; *Benkard*, PatG, 10. Aufl. 2006, Rn. 68a m.w.N.

<sup>5</sup> RGZ 149, 329 (333); BGH, Urt. v. 15.3.1955 - I ZR 111/53, GRUR 1955, 424 (425) - Möbelpaste; BGH, Urt. v. 1.7.1960 - I ZR 72/59, GRUR 1961, 40 (43) – Wurftaubenpresse; BGH, Urt. v. 26.2.2009 - I ZR 28/06, NJW 2009, 1420; *Harte-Bavendamm*, in: Gloy/Loschelder, HdBuch WettbR, 3. Aufl. 2005 § 48 Rn. 8; *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2004, § 17 Rn. 5.

<sup>6</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 10.5.1995 - I StR 764/94, NJW 1995, 2301; *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, aaO, § 17 Rn. 5.

<sup>7</sup> *Harte-Bavendamm*, in: Gloy/Loschelder, aaO, § 48 Rn. 8.

Treuepflichten ergebende Gesetzeslage (siehe I.2 oben) unter Nutzung einer Terminologie die vielfach der Legaldefinition des § 17 UWG entlehnt ist. Vergleichbare Regelungen stellen insoweit eine weitgehende Einheitlichkeit der Rechtsordnung her.<sup>8</sup> Dementsprechend ist es nahe liegend, auf die gesetzlich geregelten Begrifflichkeiten insbesondere zu § 17 UWG zurückzugreifen, um im Einzelfall durch Auslegung die Reichweite auch der durch Treuepflichten begründeten Vertraulichkeitsvereinbarungen zu bestimmen.<sup>9</sup> Ob und inwieweit im Einzelfall sogar die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen, etwa der möglicherweise einschlägigen Tatbestandvariante der § 17 Abs.2 Nr. 1 b) und 2 Nr. 2 UWG vorliegen, also die unbefugte Herstellung einer Kopie des Geheimnisses verbunden mit der unbefugten Verwertung oder aber der unbefugten Mitteilung, ist Einzelfallfrage. Aber auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit ist ein relevantes Risiko. In Betracht kommen in den hier behandelten Konstellationen insbesondere die Weitergabe zu Zwecken des Wettbewerbs<sup>10</sup> oder aus Eigennutz.<sup>11</sup> Speziell in Situationen, in denen der Vertrag einem Wettbewerber des Offenbarungsempfängers offengelegt werden soll, z.B. weil der Wettbewerber potentieller Erwerber ist, oder im Rahmen eines IT-Outsourcing Geschäftsabläufe offenbart werden sollen, die bisher durch den Vertragspartner bestritten werden, besteht die Gefahr, dass i.S.d. § 17 UWG „zu Wettbewerbszwecken“ gehandelt wird, da in diesem Fall eine konkrete Gefährdung der wettbewerblichen Interessen des Vertragspartners vorliegen kann.<sup>12</sup>

#### 4. Konsequenzen der Rechtsverletzung

Legt eine der Vertragsparteien entgegen der Vertraulichkeitspflicht vertrauliche Informationen wie den Vertrag oder nähere Umstände dazu einem Dritten vor, so verletzt sie eine sich aus dem Vertrag ergebende Pflicht. Zudem ist festzustellen, dass eine Verletzung der Vertraulichkeitsvereinbarung selbstverständlich in jedem Fall vorliegt, in dem § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG unmittelbar erfüllt ist. Ansprüche aus §§ 280 ff. BGB auf vertraglicher Basis sind die zwingende zivilrechtliche Folge.<sup>13</sup> Bei schwerwiegenden Verletzungen kommen zusätzlich die außerordentliche Kündigung nach §§ 282, 324 BGB sowie vorbeugende Unterlassungsansprüche in Betracht.<sup>14</sup> Gerade im Hinblick auf lang bestehende, wichtige Ver-

- 415 -

tragsbeziehungen – beispielsweise IT-Outsourcing- oder Soft- und Hardware Wartungs- oder Lizenzverträge - kann die außerordentliche Kündigung durch den Dritten weitreichende Konsequenzen für den eigenen Geschäftsbetrieb nach sich ziehen. Als Folge könnte die Umstellung eigener Systeme oder die kurzfristige Akquisition eines neuen Dienstleisters erforderlich werden. Sofern die übrigen Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 UWG, insbesondere die spezielle Tathandlung mit entsprechender Zweckrichtung, erfüllt sind, und damit § 17 UWG greift, drohen zusätzlich dessen strafrechtliche Sanktionen, zivilrechtliche Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 17 Abs. 2 UWG sowie Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach §§ 3, 8 UWG und § 1004 BGB analog.<sup>15</sup> Bei entsprechender Schädigungsabsicht oder Eigennutz kann auch

---

<sup>8</sup> Siehe etwa § 90 HGB, der die Geheimhaltungspflichten des Handelsvertreters regelt. Danach sind Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse Tatsachen oder Rechte, die in einem Zusammenhang zu dem Gewerbe des Unternehmers stehen, nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt sind und nach dem erklärten oder den Umständen nach zu vermutenden Willen des Unternehmers, dem ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse zugrunde liegen muss, nicht bekannt werden sollen.

<sup>9</sup> Für die Auslegung ebenfalls von § 17 UWG ausgehend *Meincke*, WM 1998, 749, 750; *Rützel*, GRUR 1995, 557; vgl. auch *Ohly*, in: Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl. 2006, § 17 UWG Rn. 37.

<sup>10</sup> Dazu *Piper*, in: Piper/Ohly, aaO, Einf. Rn. 210 f.

<sup>11</sup> Dazu *Ohly*, in: Piper/Ohly, aaO, § 17 Rn. 25.

<sup>12</sup> Vgl. *Piper*, in: Piper/Ohly, aaO, Einf. Rn. 210.

<sup>13</sup> Vgl. auch *Benkard*, PatG, 10. Aufl. 2006, § 3 Rn. 67.

<sup>14</sup> *H. P. Westermann*, in: Erman, aaO, § 241 Rn. 13; vgl. BGH, Urt. v. 10.5.1995 - 1 StR 764/94, NJW 1995, 1284.

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 13.10.1965 - Ib ZR 93/63, GRUR 1966, 152 f. – Nitrolingual; *Harte-Bavendamm*, in: Gloy/Loschelder, aaO, § 48 Rn. 31; *Ohly*, in: Piper/Ohly, aaO, § 17 Rn. 46, 48.

unmittelbar § 823 Abs. 1 BGB einschlägig sein,<sup>16</sup> bei Vorsatz kommt ferner § 826 BGB in Betracht.<sup>17</sup> Die durch § 203 StGB zu besonderer Geheimhaltung verpflichteten Personen können zudem wegen der Verletzung von Privatgeheimnissen strafbar sein.<sup>18</sup>

Problematisch für die Geltendmachung der Schadensersatzansprüche sind allerdings die Bezifferung des Schadens sowie der Nachweis der Kausalität.<sup>19</sup> Diese Problematik lässt sich wenigstens teilweise umgehen, sofern im Rahmen einer ausdrücklichen Vertraulichkeitsvereinbarung die Verletzung mit einer entsprechenden Vertragsstrafe sanktioniert ist.<sup>20</sup> Allerdings dürfte eine Auseinandersetzung über eine derartige Vertragsverletzung oft weniger monetär als für das Unternehmensimage außerordentlich schädlich sein. Es steht außer Frage, dass deshalb eine vertragskonforme Umgangsweise gefunden werden muss.

## II. Ausdrücklicher vertraglicher Vertraulichkeitsschutz

Vertraulichkeitsverpflichtungen ergeben sich zwar bereits ohne eine explizite entsprechende Vereinbarung. Dennoch werden spezielle Vertraulichkeitsklauseln mittlerweile in aller Regel vereinbart. Es gibt in der Vertragspraxis zwei häufig anzutreffende Grundtypen von Vertraulichkeitsklauseln. Einerseits die generalklauselartige Regelung,<sup>21</sup> durch die allgemein „Vertraulichkeit“ oder „Geheimhaltung“ über alle „wesentlichen Informationen“ vereinbart wird. Andererseits – meist aus dem anglo-amerikanischen Rechtsbereich kommend – Klauseln, die den Begriff der „vertraulichen Information“ explizit definieren als alle Informationen, die durch eine der Parteien als vertraulich deklariert werden<sup>22</sup> und dabei insbesondere allgemein bekannte oder vorbekannte Informationen ausnehmen.<sup>23</sup> Bei Patent- oder Know-How-Verträgen ist diese Variante häufig anzutreffen.<sup>24</sup> Öffnungsklauseln dergestalt, dass bestimmte Offenlegungsfälle vom Anwendungsbereich der Klausel freigestellt werden, fehlen häufig.<sup>25</sup>

### 1. Auslegung von Vertraulichkeitsklauseln

In Standardklauseln von Verträgen, in denen die Leistungserbringung, und nicht die Geheimhaltung im Vordergrund steht, also bspw. bei vielen IT-Dienstleistungsverträgen, wird der Begriff der vertraulichen Information meist nicht ausdrücklich definiert. Ferner wird der Schutz nicht auf solche Informationen beschränkt, die explizit als vertraulich gekennzeichnet wurden. Dementsprechend muss in Ansehung einer bestimmten Information im Rahmen der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB die Reichweite der Klausel bestimmt werden. Dafür kann auf die gesetzlich geregelten Begrifflichkeiten, insbesondere die des § 17 UWG zurückgegriffen werden,<sup>26</sup> die im Einzelfall durch Auslegung von Sinn und Zweck des konkreten Vertrages zu modifizieren sind.

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 25.1.1955 - I ZR 15/53, BGHZ 16, 172, 175 – Dücko; näher *Harte-Bavendamm*, in: Gloy/Loschelder, aaO, § 48 Rn. 40; *Ohly*, in: Piper/Ohly, aaO, § 17 Rn. 49.

<sup>17</sup> *Kraßer*, GRUR 1977, 177, 178.

<sup>18</sup> Vgl. *Risse/Reichert*, NJW 2008, 3680.

<sup>19</sup> Dazu BGH, Urt. v. 24.1.2006 - XI ZR 384/03, NJW 2006, 830, 833 – Kirch – Deutsche Bank/Breuer, so eindeutig wie in diesem Fall dürfte es aber selten sein; ferner *Alfes*, in: Beck'sche Online-Formulare 20.2, Non-Disclosure Agreement, Rn. 12.

<sup>20</sup> S. dazu u. III.2; ferner *I. Westermann*, aaO, Kap. 5 Rn. 34; *Gran*, NJW 2008, 1409, 1410; *Meyer-Sparenberg*, in: Hoffmann, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Aufl. 2006, Kap. II.7, Rn. 7; *Alfes*, aaO, 20.2, Rn. 12.

<sup>21</sup> S. z.B. die Musterklausel bei *Schlitt*, in: Sudhoff, GmbH & Co. KG, 6. Aufl. 2005, § 74 (dort § 11).

<sup>22</sup> S. z.B. *Kurz*, Vertraulichkeitsvereinbarungen, 2. Aufl. 2008, Rn. 96 ff.; *Mummenthey*, CR 1999, 651, 655 unter Verweis auf (jetzt) Art. 1 Abs. 1 lit. i) iii) der Technologie-Transfer-Gruppenfreistellungsverordnung 772/2004/EG.

<sup>23</sup> Zu den (kartellrechtlichen) Anforderungen an die Wirksamkeit von Vertraulichkeitsklauseln siehe Weck, NJOZ 2009, 1177; *Mailänder*, GRURInt. 1979, 378, 381; *Salger/Breitfeld*, BB 2005, 3154, 3155.

<sup>24</sup> Vgl. *Kurz*, aaO, Rn. 3 f.

<sup>25</sup> Dies wird etwa am Münchener Vertragshandbuch (aaO) deutlich, wo in keiner der dort empfohlenen Vertraulichkeitsklauseln eine Vorlage an Dritte in bestimmten Fällen vorgesehen, s. dort VI.1 § 51, VIII.1 § 10, VIII.2 § 14, XI.1 § 9.

<sup>26</sup> S. o. I.3.

Im Hinblick auf die bereits aus den Treuepflichten abzuleitenden Vertraulichkeitspflichten sowie den vorhandenen gesetzlichen Schutz dürften ausdrücklich vereinbarte Vertraulichkeitsabreden eher abschließender Natur sein.<sup>27</sup> Schließlich haben die Parteien eine konkretisierende Regelung getroffen. Speziell bezüglich offensichtlicher Lücken muss dies aber im Einzelfall überprüft werden.

#### **a. AGB-rechtliche Unwirksamkeit**

Unter bestimmten Umständen könnte sich eine bereits vereinbarte Vertraulichkeitsklausel letztlich auch nach §§ 305 ff. BGB aufgrund AGB-Rechts als unwirksam erweisen.<sup>28</sup> Anknüpfungspunkt kann hierbei sein, dass die in Frage stehende Klausel keinerlei Öffnungsmöglichkeiten bietet, insbesondere nicht im Hinblick auf gerichtliche Anordnungen oder gesetzliche Herausgabepflichten. Denn im Falle einer gesetzlichen Offenbarungspflicht oder einer gerichtlichen Verfügung befindet sich der auskunftspflichtige Vertragspartner durch die Klausel in der praktisch unauflösbaren Zwangssituation, entweder der gerichtlichen Anordnung bzw. gesetzlich angeordneten Pflicht oder aber der vertraglichen Vereinbarung zuwiderzuhandeln.

Eine Klausel ist nach § 307 BGB unwirksam, wenn sie die bei der fraglichen Art von Rechtsgeschäften regelmäßigen und typischerweise bestehenden Interessen des betroffenen Kundenkreises nicht angemessen berücksichtigt.<sup>29</sup> Dabei ist eine Interessenabwägung nach Treu und

- 416 -

Glauben erforderlich.<sup>30</sup> Man könnte argumentieren, dass heutzutage übliche Vertraulichkeitsabreden meist entsprechende Öffnungsinstrumente aufweisen,<sup>31</sup> und solche Klauseln daher als typisch ansehen; eine Sichtung üblicher Musterverträge im IT Bereich stützt diesen Schluss aber nicht.<sup>32</sup> Es wäre daher riskant, eine Vertraulichkeitsklausel aufgrund AGB-rechtlicher Erwägungen zu ignorieren..

#### **b. Reichweite von Vertraulichkeitsklauseln**

Fraglich ist, ob etwa eine Schwärzung der wesentlichen kommerziellen Inhalte geschlossener Verträge – etwa der vereinbarten Preisgestaltung – ausreicht, um den Anforderungen der Vertraulichkeitsverpflichtung zu entgehen. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, welche Tatsachen als „nicht offenkundig“ zu bewerten sind, und wie weit sich das Geheimhaltungsinteresse des Betriebsinhabers legitimerweise erstrecken darf. Stellt man auf die Vorgaben ab, wie sie sich aus einer Anwendung gem. § 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den Tatbestandsmerkmalen des § 17 UWG ergeben, so muss für jede einzelne Information untersucht werden, ob und inwieweit sie offenkundig und der Wille des Vertragspartners am Schutz der Information zu Tage getreten ist, sowie ob diesbezüglich ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse besteht.

---

<sup>27</sup> Vgl. auch u. III.1.

<sup>28</sup> *Mummenthey*, CR 1999, 651, 654.

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 4.7.1997 - V ZR 405/96, NJW 1997, 3022, 3024; *Coester*, in: Staudinger, BGB, § 307 Rn. 109 m.w.N.

<sup>30</sup> *Coester*, in: Staudinger, BGB, § 307 Rn. 96, 107 m.w.N.

<sup>31</sup> Vgl. die Empfehlungen bei *Mummenthey*, CR 1999, 651, 656; *Alfes*, aaO, 20.2, §§ 2 Abs. 4, 3 Abs. 1 c) und Rn. 10; *Meyer-Sparenberg*, in: Hoffmann, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Aufl. 2006, Kap. II.7, Nr. 3; *Kurz*, aaO, S. 46 ff.; *Schneider*, HdBuch EDV-Recht, 4. Aufl. 2009, Kap. E Rn. 206; *Kotthoff/Gabel*, Outsourcing, 151 f.; *Gennen*, in: Redeker, IT-Verträge, Kap. 3.9 Rn. 310; *Heymann/Lensdorf*, in: Redeker, aaO, Kap. 5.4 Rn. 533; AGB-Banken Nr. 2 Abs. 1 – dazu eingehend *Koch*, BKR 2006, 182, 186 f.; s. andererseits die Vertragswerke im Münchener Vertragshandbuch (o. Fn. 25).

<sup>32</sup> Siehe vorstehende Fn. 25 sowie die Muster im Handbuch der IT-Verträge, die entweder keine spezielle Geheimhaltungsklausel oder aber solche ohne Öffnungsklausel verwenden.

(i) *Offenkundig* ist eine Tatsache, wenn sie beliebigem Zugriff zugänglich ist.<sup>33</sup> Solange die Information also nur einem beschränkten Personenkreis bekannt und zugänglich ist, gilt sie nicht als offenkundig. In der Regel wird demnach für die von den Parteien offenbarten Informationen keine Offenkundigkeit vorliegen.

(ii) Der *Geheimhaltungswille* wiederum kann ausdrücklich erklärt werden oder sich aus den Umständen ergeben.<sup>34</sup> Zu beachten ist dabei, dass durch vertragliche Vereinbarungen der Schutzbereich natürlich deutlich weiter gezogen werden kann, als er etwa durch § 17 UWG vorgegeben ist. Die Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ist damit vor-, die nach §§ 241 BGB, 17 UWG nachrangig. Grundsätzlich dürfte bei der vertraglichen Vereinbarung einer Vertraulichkeitsklausel, auch wenn sie vorformuliert war und in den Verhandlungen keine tiefer gehende Beachtung gefunden hat, der Geheimhaltungswille der Parteien deutlich zu Tage getreten sein und sich grundsätzlich auf alle im Vertrag enthaltenen Informationen beziehen.

(iii) Ein *Geheimhaltungsinteresse* nach § 17 UWG ist schließlich anzunehmen, wenn das Geheimnis eine Auswirkung auf die Wettbewerbsfähigkeit hat.<sup>35</sup> Dabei ist bei offenbar gewordenem Geheimhaltungswillen in aller Regel auch das entsprechende Interesse anzunehmen. Denn das Geheimhaltungsinteresse hat im Rahmen des § 17 UWG die Funktion einer Willkürkontrolle und dient daher als Korrektiv im Rahmen des strafrechtlichen Tatbestandes.<sup>36</sup> Aus diesem Grunde ist eine Übertragung dieses Erfordernisses auf Vertraulichkeitsvereinbarungen wenn überhaupt nur mit Vorsicht vorzunehmen. Vielmehr dürfte die Beschränkung auf den Geheimhaltungswillen in Verbindung mit der Auslegung der zur vertraglichen Grundlage gewordenen Interessen der Parteien zielführend sein, denn die vertragliche Bindung unterliegt nicht den insofern engen Anforderungen einer Strafnorm. Zudem ist bereits der Geheimhaltungswille bei einer vertraglichen Übereinkunft eher extensiv auszulegen.

## 2. Schutzzumfang

Auf Basis dieser Vorgaben ist nunmehr zu klären, inwiefern der Vertrag an sich bzw. seine Inhalte von einer Vertraulichkeitsklausel umfasst sind.

### a. Weitreichender Schutz

So wünschenswert es in bestimmten Fällen wäre, eine Differenzierung auf Basis des abstrakten Regelungsgegenstands vornehmen zu können: Grundsätzlich ist von einem vollumfänglichen Schutz aller Vertragskomponenten auszugehen, ohne dass zwischen mehr oder weniger „sensiblen“ Informationen unterschieden werden könnte. Im Rahmen eines Gegentests kann diese Hypothese überprüft werden, indem versucht wird, einen einzelnen, auf den ersten Blick weniger bedeutenden Teil aus dem Schutz herauszulösen, wie etwa den Namen des Vertragspartners oder allgemein übliche Standardklauseln. Denn wenn schon die Offenbarung des Namens des Vertragspartners eine Pflichtverletzung darstellt, so sind die übrigen vertraglichen essentialia (Leistungsumfang, etwa Vertragsanhänge zur Leistungsbeschreibung, Preisabsprachen, leistungsbezogene Informationen – Wie werden Leistungen geschuldet? (Vertragsanhänge zur Leistungserbringung, „Service Level Agreements“<sup>37</sup> sowie weitere kaufmännische oder technische Geheimnisse) erst recht durch die Vertraulichkeitsabrede geschützt. Aber selbst die Offenbarung des Namens des Vertragspartners kann kritisch sein, weil dadurch der Bestand einer

<sup>33</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 3. 5. 2001 - I ZR 153/99, GRUR 2002, 91 – Spritzgießwerkzeuge; *Harte-Bavendamm*, in: Gloy/Loschelder, aaO, § 48 Rn. 10.

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 26.11.1968 - X ZR 15/67, GRUR 1969, 341, 343 – Räumzange; BGH, Urt. v. 13.12.1977 - X ZR 28/75, GRUR 1978, 297 - Hydraulischer Kettenbandantrieb; *Köhler*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, § 17 Rn. 10; *Harte-Bavendamm*, in: Gloy/Loschelder, aaO, § 48 Rn. 12.

<sup>35</sup> *Harte-Bavendamm*, in: Gloy/Loschelder, aaO, § 48 Rn. 13.

<sup>36</sup> *Harte-Bavendamm*, in: Gloy/Loschelder, aaO, § 48 Rn. 13.

<sup>37</sup> S. dazu Schumacher, MMR 2006, 12 m.w.N.

Geschäftsbeziehung offengelegt wird. Bereits eine Geschäftsbeziehung an sich kann ein Geheimnis darstellen.<sup>38</sup> Auch UWG und HGB schützen Geschäftsbezieh-

- 417 -

ungen wenigstens im Falle von Bezugsquellen.<sup>39</sup> Unter Umständen können bereits aus der Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien durch den die Information erhaltenden Dritten Rückschlüsse auf den Inhalt des Vertrages (wenigstens) in Umrissen gezogen werden können: Erbringt die hauptleistungspflichtige Partei nur wenige bestimmte Leistungen, ist die Wahrscheinlichkeit groß, dass eine ebensolche Leistungsbeziehung vorliegt. Bei einem Vertrag mit einem Unternehmen, das (nur) spezielle Software für einen bestimmten Forschungsbereich anbietet, ließe sich bereits aus dem Umstand einer Lizenzvereinbarung mit diesem Unternehmen folgern, dass der Kunde in diesem Bereich Forschungen betreibt. In solchen Fällen ist das Interesse an einer Geheimhaltung offensichtlich. Ein zusätzliches Indiz für die Schutzwürdigkeit kann eine vorherige Geschäftsbeziehung zwischen dem potentiellen Informationsempfänger und dem Vertragspartner sein, sofern z.B. der neue Vertragspartner direkter Konkurrent ist.<sup>40</sup> Bereits der Umstand, dass eine Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien besteht, dürfte demnach in der Regel als vertrauliche Tatsache anzusehen sein.<sup>41</sup> Einschränkungen hiervon sind nur im Hinblick auf den Tatbestand der Offenkundigkeit zu machen. Hierzu gehören aber nicht nur die sensiblen kommerziellen Daten („Vertragsessentia“) – auch eine (ggf. speziell formulierte) Haftungsklausel hat erhebliche ökonomische Implikationen, die oft verhandlungsentscheidend sein können. Daher kann auch die Offenbarung von anscheinend nichtssagenden Standardklauseln problematisch sein. Diese Beispiele zeigen, dass bereits die Titelzeile eines Vertrages mit der Angabe der Parteien grundsätzlich von einer Vertraulichkeitsabsprache erfasst sein kann. Dieser Schutz muss umso mehr für den wesentlichen Inhalt des Vertrages gelten.

## **b. Wahrung der Vertraulichkeit**

### **aa) Der schmale Grat für Schwärzungen**

Diese Analyse zeigt, dass die „Schwärzung“ etwa der Leistungsbeschreibung und Preisabsprache Details nicht ausreichend ist, um dem Anwendungsbereich des Vertraulichkeitsgebots zu entweichen. Auf der anderen Seite würde eine Schwärzung aller Informationen, die nach dem Vorstehenden zum Bereich schützenswerter Geschäftsgeheimnisse zählen (könnten) dazu führen, dass praktisch kein Offenbarungsgehalt mehr verbleibt. Die Offenbarung würde also für die Zwecke einer Due Diligence unzureichend sein. Es ist daher problematisch, dem ratsuchenden Mandanten die Offenlegung geschwärzter Verträge als Ausweg aus dem Dilemma zu empfehlen.<sup>42</sup> Unter Beachtung der bisherigen Ergebnisse ist jedenfalls eine Einzelfallprüfung vonnöten.<sup>43</sup> Denn

---

<sup>38</sup> Dies ergibt sich bspw. aus Art. 287 EGV, der Geschäftsbeziehungen ausdrücklich als vom Berufsgeheimnis der europäischen Amtsträger umfasst anführt: „Die Mitglieder der Organe der Gemeinschaft, die Mitglieder der Ausschüsse sowie die Beamten und sonstigen Bediensteten der Gemeinschaft sind verpflichtet, auch nach Beendigung ihrer Amtstätigkeit Auskünfte die ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis fallen, nicht preiszugeben dies gilt insbesondere für Auskünfte über Unternehmen sowie deren Geschäftsbeziehungen oder Kostenelemente.“; s. dazu auch *Dieckmann*, in: *Wiedemann, Kartellrecht*, 2. Aufl. 2008, § 44 Rn. 26 f.

<sup>39</sup> RG GRUR 1936, 573; *Harte-Bavendamm*, in: Gloy/Loschelder, aaO, § 48 Rn. 14; v. *Hoyningen-Huene*, in: *MünchKommHGB*, § 90 Rn. 9; zur von Weitergabe einer Kundenkarteien BGH, Urt. v. 17.3.1992 - I StR 5/92, CR 1993, 236 – Kundenadressen; BGH, Urt. v. 19.12.2002 - I ZR 119/00, NJW-RR 2003, 833; BGH, Urt. v. 27.4.2006 - I ZR 126/03, CR 2006, 810, 815; *Harte-Bavendamm*, in: Gloy/Loschelder, aaO, § 48 Rn. 14; *Löwisch*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, aaO, § 90 Rn. 6; v. *Hoyningen-Huene*, *MünchKommHGB*, § 90 Rn. 9; eine Ausnahme hiervon wird teilweise gemacht, wenn der Kunde wegen der Zugehörigkeit zur Branche bereits als potentieller Abnehmer in Betracht kommt.

<sup>40</sup> Gerade bei wettbewerbsrechtlichen Konkurrentenklagen oder Übernahmetransaktionen zwischen Wettbewerbern besteht diesbezüglich eine gesteigerte Wahrscheinlichkeit.

<sup>41</sup> Vgl. auch *Früh*, WM 2000, 497, 501 f. zur Verletzung von Bankgeheimnis und Datenschutz bei Abtretung von Forderungen.

<sup>42</sup> Vgl. *Ohst*, in: *Wandtke/Bullinger, UrhG*, 3. Aufl. 2009, § 101b Rn. 13.

<sup>43</sup> S.o. II.1.b.

die Vertraulichkeitsvereinbarung erfasst grundsätzlich den gesamten Vertragsinhalt. Darüber hinaus sind auch einzelne Umstände konkreter Geschäftsbeziehungen zu bestimmten Kunden geschützt.<sup>44</sup>

Denkbar wäre, im Rahmen einer Due Diligence bei allen Verträgen den Namen des Vertragspartners und alle Hinweise auf den Vertragspartner zu schwärzen und ihn damit wie nach § 3 Abs. 6 BDSG zu anonymisieren.<sup>45</sup> Dabei ist aber zu beachten, dass eine Deanonymisierung praktisch ausgeschlossen sein sollte - auch bei Einbeziehung aller anderen im Rahmen der Due Diligence vorgelegten Unterlagen, möglichen Spezialwissens des potentiellen Erwerbers sowie der von ihm mit der Durchführung der Due Diligence beauftragten Dienstleister. Kommen nur wenige Vertragspartner für einen bestimmten Vertrag überhaupt in Betracht, lässt sich mit nur wenigen Zusatzinformationen ein eindeutiger Bezug wiederherstellen. Beispielsweise bei typischen Monopolverträgen mit einem Wettbewerber des Zielunternehmens, wie z.B. Lizenzverträgen, besteht ohnehin eine relativ eindeutige Beziehung, so dass hier auch der vollständige Leistungsinhalt zu schwärzen wäre. Ferner sollten auf jeden Fall zusätzlich weitere Informationen wie Haftung, Preise, Betriebsinterna, kaufmännische Geheimnisse und technische Geheimnisse geschwärzt werden.

Im übrigen dürfte eine wirklich sichere „Schwärzung“ dazu führen, dass eine Due Diligence nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden kann, da sich die relevanten Risiken des Vertrags nicht mehr erfassen lassen.<sup>46</sup> Auch die Schwärzung ist dementsprechend nur bedingt empfehlenswert. Sie kann – nach Einzelfallprüfung der betroffenen Verträge und Ermittlung der schützenswerten Geschäftsgeheimnisse - in gewissen Grenzen einen gangbaren Weg darstellen, ist aber nicht ohne Risiko.<sup>47</sup> Es stellt sich dann die Frage, wie eine Offenlegung dennoch erfolgen kann. Ist es eine denkbare Alternative, den Dritten seinerseits zur Vertraulichkeit zu verpflichten oder muss in jedem Fall das Einverständnis des Vertragspartners eingeholt werden?

#### **bb) „Weiterreichen“ durch Vertraulichkeitsvereinbarung?**

Ein möglicher Ansatzpunkt könnte sein, den Dritten seinerseits zur Vertraulichkeit zu verpflichten. Gerade im Rahmen der Durchführung einer Due Diligence wird der Dritte praktisch immer einer speziellen Vertraulichkeitsvereinbarung („Non-Disclosure Agreement“, kurz nachfolgend „NDA“) unterworfen. Nach wohl h.M. ist dies auch gesellschaftsrechtlich erforderlich, denn ohne eine solche Vereinbarung wäre etwa die Entscheidung des Vorstands einer Aktiengesellschaft für die Durchführung einer Due Diligence unzulässig.<sup>48</sup> Dass eine Due Diligence durch Verwendung eines NDA zulässig wird, betrifft aber ausschließlich die Pflicht des Vorstands oder Geschäftsführers zur Geheimhaltung gegenüber dem *eigenen* Unternehmen und hat keinerlei Auswirkungen auf die Rechte und Pflichten gegenüber den Vertragspartnern des Un-

- 418 -

ternehmens. Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit bewirkt dementsprechend nicht die Berechtigung zur Herausgabe von Daten an Dritte.<sup>49</sup>

Die Vertraulichkeitsverpflichtung des Dritten durch ein NDA ändert also nichts daran, dass das Offenbaren an einen Dritten schon dem Wortlaut der typischen Klauseln nach eine Verletzung

---

<sup>44</sup> OLG Stuttgart, Urt. v. 30.10.1981 - 2 U 43/81, GRUR 1982, 315 – Gerätewartung; *Harte-Bavendamm*, in: Gloy/Loschelder, aaO, § 48 Rn. 14.

<sup>45</sup> Vgl. auch *Gola*, in: Gola/Schomerus, BDSG, 9. Aufl. 2007, § 28 Rn. 42.

<sup>46</sup> Vgl. *Jobsky*, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 3. Aufl. 2009, Rn. 114.

<sup>47</sup> Zu den Risiken s.o. I.4, in Betracht kommen insbesondere Schadensersatzansprüche sowie die Kündigung des Vertrages durch den betroffenen Vertragspartner.

<sup>48</sup> *Schlitt*, in: MünchKommAktG, § 35 WpÜG Rn. 247; *Kiethe*, NZG 1999, 976, 978; *Vogt*, DStR 2001, 2027, 2033; *Müller*, NJW 2000, 3452, 3455 jew. mwN.

<sup>49</sup> Vgl. *Rittmeister*, NZG 2004, 1032, 1033; *Zumbansen/Lachner*, BB 2006, 613, 615.

darstellt.<sup>50</sup> Schließlich ist auch im Bereich des § 203 StGB, der einen Geheimnisschutz aufgrund Sonderverbindung enthält, anerkannt, dass die Offenlegung der geschützten Informationen auch dann ein Offenbaren darstellt, wenn sie an einen selbst durch § 203 StGB gebundenen Dritten erfolgt.<sup>51</sup> Die Verpflichtung eines potentiellen Erwerbers zur Vertraulichkeit allein reicht deshalb grundsätzlich nicht aus.

### c. Rechtfertigung der Offenbarung?

Denkbar wäre ferner, eine Rechtfertigung aufgrund zwingender Notwendigkeiten anzunehmen. In Bezug auf § 17 Abs. 1 UWG ist anerkannt, dass Rechtfertigungsgründe greifen können. Als Rechtfertigungsgründe kommen neben der Einwilligung gesetzliche Auskunfts-, Aussage- oder Anzeigepflichten (sofern kein Zeugnisverweigerungsrecht besteht<sup>52</sup>). Denkbar wäre eine solche Situation bspw., wenn die Offenbarung eines Notunternehmensverkaufs oder einer insolvenzrechtlich gebotenen Unternehmensrestrukturierung erfolgt; in den hier diskutierten Fällen einer erwünschten IT-Outsourcing-Transaktion sind diese Konstruktionen schlecht vorstellbar.

Unabhängig von einer gesetzlichen Rechtfertigung ist der Due Diligence allerdings ihre elementare Bedeutung im Rahmen von Outsourcing- und Unternehmenstransaktionen nicht abzuspüren,<sup>53</sup> ebenso wenig die Notwendigkeit der Vorlage von Dokumenten in deren Rahmen.<sup>54</sup> Sie wird, in Übernahme der Praxis aus dem anglo-amerikanischen Raum, mittlerweile bei der großen Mehrheit aller IT-Outsourcing-Transaktionen durchgeführt und von allen Seiten als essentielles Mittel der Entscheidungsfindung betrachtet. Wenn also die Durchführung einer Due Diligence als übliche Praxis betrachtet wird, könnte dieser Umstand im Rahmen der vertraglichen Auslegung der Vertraulichkeitsvereinbarung dazu führen, dass die Offenlegung unter bestimmten Bedingungen als gestattet anzusehen ist. Insofern kann eine Auslegung der Vertraulichkeitsvereinbarung unter diesem Gesichtspunkt durchaus zu einer Öffnung der Klausel in diesem speziellen Fall führen. Eine Auslegung anhand der üblichen Praxis wird auch wenigstens im Wettbewerbsrecht teilweise angewandt.<sup>55</sup> Die Anknüpfung an die Auslegung unter Berücksichtigung der Verkehrssitte ist zudem in § 157 BGB verankert. Dabei ist auf diejenigen Verkehrskreise abzustellen, auf die sich eine Handlung auswirkt,<sup>56</sup> vorliegend also auf den jeweiligen Vertragspartner bzw. auf die Gesamtheit der Unternehmen. Verkehrssitte ist dabei eine „den Verkehr tatsächlich beherrschende Übung.“<sup>57</sup> Eine solche dürfte man im Hinblick auf die Durchführung einer Due Diligence wohl annehmen können.<sup>58</sup> Die h.M. verlangt zusätzlich noch eine Pflichtvorstellung der beteiligten Kreise.<sup>59</sup> Auch diese dürfte anzunehmen sein, denn die Due Diligence wird in praktisch allen Fällen durchgeführt und vom neuen Vertragspartner auch verlangt, um sich vor Eingehen des Investitionsrisikos ein genaues Bild von der derzeitigen Lage machen zu können. Diesem Verlangen kann sich ein Unternehmen, das auf eine solche Transaktion angewiesen ist, kaum widersetzen. Die Due Diligence ist insofern nicht Kür, sondern (faktische) Pflicht.

---

<sup>50</sup> Ebenso Müller, NJW 2000, 3452, 3454.

<sup>51</sup> BGH, Urt. v. 11.12.1991 - VIII ZR 4/91, NJW 1992, 737; BayOLG, Beschl. v. 8.11.1994 - 2 St RR 157/94, NJW 1995, 1623; zur Offenbarung in Rechtsberatungsverhältnissen (gestützt auf § 3 Abs. 3 BRAO), Mumenthey, CR 1999, 651, 656 (dort Fn. 41) – Offenbarung beschränkt auf Beratung zum konkreten Vertrag; Schnorbus, DStR 1998, 1637, 1638 (Fn. 30).

<sup>52</sup> Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, aaO, § 17 Rn. 21.

<sup>53</sup> Werner, ZIP 2000, 989; Mutter, in: Gummert, AnwHdB Personengesellschaftsrecht, 2005, Kap. C § 6 Rn. 346; Richert, Die Due Diligence beim Unternehmenskauf mit internationalem Bezug, 2004, S. 126; Beisel, in: Beisel/Klumpp, aaO, Kap. 2 Rn. 10; Kiethel, NZG 1999, 976.

<sup>54</sup> Jobsky, in: Buth/Hermanns, aaO, Rn. 114.

<sup>55</sup> Vgl. Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl. 2007, Kap. 19 Rn. 1.

<sup>56</sup> Teplitzky, aaO, Kap. 19 Rn. 1; Larenz/Wolf, Bürgerliches Recht, 9. Aufl. 2004, § 19 II b); Busche, in: MünchKommBGB, § 157 Rn. 51 ff.

<sup>57</sup> RGZ 49, 157, 162; RGZ 55, 375, 377; Singer, in: Staudinger, BGB, § 133 Rn. 65; Busche, in: MünchKommBGB, § 157 Rn. 16.

<sup>58</sup> S.o. Fn. 53.

<sup>59</sup> Singer, in: Staudinger, BGB, § 133 Rn. 66 m.w.N.

Aus diesen Gründen ist eine einschränkende Auslegung der Vertraulichkeitsvereinbarung denkbar. Allerdings ist bereits im Sinne einer zweckgebundenen Auslegung jedenfalls die Vertraulichkeit der Information beim Empfänger sicherzustellen.<sup>60</sup> Außerdem ist darauf zu achten, dass weitestgehend von der Schwärzung des Namens des Vertragspartners sowie sensibler Informationen in bestimmten Fällen, in denen ein gesteigertes Vertraulichkeitsinteresse des Vertragspartners besteht, vom Mittel der umfassenden Schwärzung oder gar der Zurückhaltung der Verträge Gebrauch gemacht wird. Die Schwärzung oder gar Zurückhaltung ist insbesondere vorzunehmen, wenn das Unternehmen, dem die Information offenbart werden soll, ein direkter Wettbewerber des Vertragspartners ist,<sup>61</sup> oder der Vertragspartner andere Gründe ausdrücklich anführt. Insgesamt stellen die ergänzende bzw. einschränkende Auslegung einer Vertraulichkeitsklausel bzw. der Einwand der Üblichkeit mögliche Einwände gegen den Vorwurf einer vertrags- oder treuwidrigen Vertragsoffenlegung dar. Mangels diesbezüglicher gerichtlicher Entscheidungen sind all diese Wege jedoch letztlich riskant.

Im Ergebnis kann daher nur die Einholung des Einverständnisses des Vertragspartners als tatsächlich rechtssicher bezeichnet werden.

### **III. Praktische Handhabung und Gestaltung von Vertraulichkeitsklauseln in der Praxis**

Zwar ist die Offenbarung von Verträgen mit Vertraulichkeitsklausel an Dritte rechtlich problematisch. In bestimmten Fällen ist sie aber mangels tragfähiger Alternativen notwendig und auch übliche Praxis. Es ist daher empfehlenswert bzw. unabdingbar, das Einverständnis des Vertragspartners zur Offenlegung des mit ihm geschlossenen Vertrages nachträglich im Rahmen einer bestimmten Due Diligence einzuholen, falls der betreffende Vertrag keine Öffnungsklausel enthält.

Formschreiben, die von einer Erteilung des Einverständnisses ausgehen, wenn nicht binnen einer bestimmten Frist geantwortet oder widersprochen wurde, sind möglich. Denn das Einverständnis kann auch konkludent erteilt werden; bei einer im kaufmännischen Verkehr erfolgten Aufforderung zur Einverständniserteilung kann

- 419 -

das Schweigen hierauf nach § 362 HGB als Zustimmungserklärung gewertet werden.<sup>62</sup>

Empfehlenswert ist insoweit, dem Vertragspartner zuzusichern, dass der Dritte sich per NDA zur Vertraulichkeit verpflichtet hat, und der Personenkreis, dem die Verträge offengelegt werden, begrenzt ist. Bei besonders kritischen Verträgen ist ggf. durch eine einvernehmliche Schwärzung den beiderseitigen Interessen Rechnung zu tragen. Aus allgemeinen Grundsätzen<sup>63</sup> dürfte sich insoweit schließen lassen, dass der die Offenlegung anfragende Vertragspartner dann auch einen Anspruch auf Zustimmung zur Offenlegung in einer Form hat, die die Durchführung der Due Diligence ermöglicht und nicht ad absurdum führt, sofern er die oben dargestellten Voraussetzungen erfüllt<sup>64</sup> und auf Seiten des Vertragspartners keine überwiegenden gegenläufigen Interessen bestehen.<sup>65</sup>

---

<sup>60</sup> S.o.II.2.b.bb).

<sup>61</sup> Ziegler, DStR 2000, 249, 251.

<sup>62</sup> Dazu Welter, in: MünchKommHGB, aaO, § 362 Rn. 16 ff.

<sup>63</sup> S.o. I.2, II.2.c.

<sup>64</sup> S.o. II.2.b.

<sup>65</sup> Vgl. zu Mitwirkungspflichten und Zustimmungspflichten aus § 241 BGB Roth, in: MünchKommBGB, aaO, § 241 Rn. 43; Sutschet, in: BeckOK-BGB, 13. Edition 2009, § 241 Rn. 63 jew. m.w.Nw.

## 1. Anforderungen an Vertraulichkeitsklauseln

Eine sorgfältig formulierte Vertraulichkeitsklausel sollte vorsorglich eine spätere Offenlegung vorsehen und regeln. Dabei sollten mindestens folgende Konstellation adressiert werden (i) der Fall gerichtlicher oder behördlicher Anordnung der Offenlegung sowie (ii) eine bei einem der Vertragspartner durchzuführende Due Diligence und (iii) soweit bereits absehbar im Interesse einer Vertragspartei erforderlich. Eventuell kann die Öffnung auch im Hinblick auf bereits absehbare andere Fälle erweitert werden, beispielsweise für Untersuchungen durch Wirtschaftsprüfer, die ihrerseits gesetzlich zur Geheimhaltung verpflichtet sind. Ausnahmen von der Vertraulichkeitsklausel sind allerdings grundsätzlich geeignet, diese zu schwächen,<sup>66</sup> und sollten daher genau formuliert und sparsam eingesetzt werden. Dennoch können genau diese (zielgenauen) Ausnahmen zu einer interessengerechten Vereinbarung und ihrer Gerichtsfestigkeit führen,<sup>67</sup> sowie späteren Konflikten wirksam vorbeugen. Schlussendlich sollte vertraglich betont werden, dass diese Ausnahmen abschließend sind, um einer weiteren Aufweichung durch entsprechende Anwendung der Ausnahmeregelungen vorzubeugen.

### a. Gerichtliche oder behördliche Anordnungen

Zwischenzeitlich ist durch Novellierungen der ZPO in § 142 Abs. 2 ZPO sowie in anderen Gesetzen auch die Möglichkeit der Vorlage von Verträgen Dritter (also nicht der Prozessparteien) erheblich erweitert worden.<sup>68</sup> So kann vom Verletzer eines gewerblichen Schutzrechts mittlerweile auch die Vorlage von „Handelsunterlagen“ verlangt werden, s. z.B. § 101a Abs. 1 UrhG. Unter diese könnten im Einzelfall auch entsprechende Verträge fallen.<sup>69</sup> Außerdem ist es möglich, dass einem auch in den USA tätigen Unternehmen im Rahmen eines dortigen „Discovery“-Verfahrens die Herausgabe der Dokumente auferlegt wird. Begleitet werden kann die Ausnahme von einer Verpflichtung der offenbarenden Partei, mögliche und zumutbare Anstrengungen zur Wahrung der Vertraulichkeit bei Herausgabe zu treffen, z.B. entsprechende Vertraulichkeitshinweise an das Gericht oder das Bemühen um die Durchführung von in camera-Verfahren sofern dies prozessual möglich ist. Eine offene Formulierung kann sich hierbei durchaus als wirkungsvollste Alternative erweisen, z.B. im Falle eines Verfahrens im Ausland.

### b. Due Diligence

Die Vertraulichkeitsklausel sollte eine Regelung zur Offenlegung im Falle einer aus bestimmten Gründen durchzuführenden Due Diligence vorsehen. Im Hinblick auf die oben beschriebene Auslegung<sup>70</sup> für die Verwendung bei Due Diligence-Prüfungen empfiehlt es sich zusätzlich, bereits in diesem Stadium eine gewisse Interessenabwägung vorwegzunehmen und die Herausgabe insoweit zu gestatten. Der offenlegungswillige Vertragspartner sollte über die Offenlegung informieren müssen und vorlegen dürfen, falls die andere Partei keine wichtigen Einwände geltend macht bzw. sich nicht binnen festzulegender Frist äußert. Der die Offenlegung erhaltende Dritte sollte zur Geheimhaltung und Zugangsbeschränkung verpflichtet werden; ggf. sollten zu schwärzende Passagen bereits in der Klausel bestimmt werden. Ferner sind die ausgehändigten Unterlagen nach Durchführung der Prüfung unverzüglich zurückzugeben bzw. zu vernichten. Eine Pflicht zur Information des Betroffenen vor Offenbarung sollte den Pflichtenkreis abrunden.<sup>71</sup>

## 2. Vertragsstrafen

Für den Fall der Verletzung der Vertraulichkeit sollte eine Vertragsstrafe vereinbart werden.<sup>72</sup> Dies ist auch in AGB grundsätzlich zulässig.<sup>73</sup> Dabei ist aber auf die Bestimmtheit und Wirksamkeit der

<sup>66</sup> Vgl. I. Westermann, aaO, Kap. 5 Rn. 39 ff.; Oschmann, StoffR 2008, 179, 181.

<sup>67</sup> Vgl. auch Mumenthey, CR 1999, 651, 656.

<sup>68</sup> S. dazu Zekoll/Bolt, NJW 2002, 3129, 3131 ff. m.w.N.

<sup>69</sup> Vgl. Ohst, in: Wandtke/Bullinger, aaO, § 101a UrhG Rn. 26.

<sup>70</sup> S.o. II.2.c.

<sup>71</sup> Oschmann, StoffR 2008, 179, 181; Beispielformulierung bei Kurz, aaO, Rn. 175.

<sup>72</sup> Zum Verhältnis von Vertragsstrafe und Schadensersatz Köhler, GRUR 1994, 260.

Regelung zu achten. Die Vereinbarung ist u.a. an § 307 BGB zu messen. Insbesondere ist der Verwirkungstatbestand genau festzulegen.<sup>74</sup> Die Vertragsstrafe ist weiter konkret zu beziffern und sollte der Verletzung angemessen sein.<sup>75</sup> Ein vollständiges Absehen vom Erfordernis der schuldhaften Verletzung ist in AGB unzulässig.<sup>76</sup> Durch Beweislastregelungen kann aber die Situation für den potentiell Verletzten einfacher gestaltet werden. Dafür kann demjenigen, der sich darauf beruft, dass eine Information nicht vertraulich war bzw. die Offenbarung befugt war, die Beweislast hierfür auferlegt werden.<sup>77</sup>

#### **IV. Fazit**

Die Vertraulichkeit von Verträgen ist ein gesetzlich wie vertraglich übliches Postulat, auch und insbesondere in IT-Outsourcing-Verträgen. Dieses Interesse kollidiert mit der Notwendigkeit, geschlossene Verträge dennoch

- 420 -

in bestimmten Fällen offenlegen zu müssen oder wollen. Hierzu bedarf es des Einverständnisses des Vertragspartners, wenn es keine vertraglich vorgesehenen Offenlegungsfälle gibt, da alle andere Vorgehensweisen (Schwärzung oder Vertraulichkeitsvereinbarung mit Dritten) problematisch sind und das Risiko der Vertragsverletzung in sich bergen. Für zukünftige Vertragsverhandlungen sollte darauf geachtet werden, dass Offenlegungsfälle in der Vertraulichkeitsklausel vorab definiert und geregelt werden.

---

<sup>73</sup> BGH, Urt. v. 18.11.1982 - VII ZR 305/81, NJW 1983, 385; BGH, Urt. v. 16.7.1998 - VII ZR 9/97, NJW 1988, 3488, 2077; BGH, Urt. v. 13.12.2001 - VII ZR 432/00, NJW 2002, 1274; BGH, Urt. v. 23.1.2003 - VII ZR 210/01, NJW 2003, 1805, 1808; BGH NJW 2002, 1274.

<sup>74</sup> *Oschmann*, StoffR 2008, 179, 181.

<sup>75</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 28.01.1993 - I ZR 294/90, NJW 1993, 1786; BGH, Urt. v. 3.4.1998 - V ZR 6/97, NJW 1998, 2600 (2602); BGH, Urt. v. 23.1.2003 - VII ZR 210/01, NJW 2003, 1805; *Mummenthey*, CR 1999, 651, 658.

<sup>76</sup> BGH, Urt. v. 18.4.1984 - VIII ZR 50/83, NJW 1985, 57; *Becker*, in: BeckOK BGB, Edition 11, 2007, § 309 Rn. 15 f.; *Mummenthey*, CR 1999, 651, 658.

<sup>77</sup> *Alfes*, aaO, 20.2, Non-Disclosure Agreement.