

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 – Ge-
schäftsgeheimnisse-Gesetz (GeschGehG)

Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen: Maulkorb zu Lasten der Beschäftigten und ihrer Interessenvertretungen

09.10.2018

Das geplante GeschGehG beeinträchtigt die Interessen der Beschäftigten und ihrer Interessenvertretungen. Wir fordern den Rechts- und Verbraucherausschuss des Bundestages sowie den gesamten Bundestag auf, die notwendigen Korrekturen vorzunehmen.

I. Das Wichtigste in Kürze

- Die Regeln des GeschGehG-E sind nicht geeignet, um einen angemessenen Ausgleich zwischen den wirtschaftlichen Interessen der Unternehmen und den Rechten der Beschäftigten und ihrer Interessenvertreter zu schaffen. **Das geplante Gesetz gefährdet die berufliche Mobilität der Beschäftigten sowie die Mitbestimmung in Betrieben, Dienststellen und Unternehmen.**
- **Die Belange von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie ihrer Interessenvertretungen müssen durch einen Anwendungsvorrang der bereits heute geltenden arbeitsrechtlichen Regeln und Rechtsprechung sichergestellt werden.**
- **Deshalb ist § 1 um folgenden Absatz 3 zu ergänzen:** *„Regelungen zur Geheimhaltung, Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen durch Arbeitnehmer und deren Interessenvertretungen einschließlich ihrer Ausgestaltung durch bestehendes Richterrecht, gehen den Vorschriften dieses Gesetzes vor. Das gilt insbesondere für die Regeln nach § 79 BetrVG, § 29 SprAuG, § 10 BPersVG, entsprechenden Vorschriften in den Personalvertretungsgesetzen, § 39 Abs. 2 EBRG, § 41 SEBG, §§ 93, 116 AktG, § 116 AktG i.V.m. § 25 MitbestG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbetG und § 3 Abs. 2 MontanMitBestG.*
- **In § 1 GeschGehG ist als Abs. 4 die Vorgabe des Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie umzusetzen:** *„Keine Bestimmung dieses Gesetzes darf so ausgelegt werden, dass sie eine Grundlage dafür bietet, die berufliche Mobilität der Arbeitnehmer zu be-*

Deutscher Gewerkschaftsbund
DGB Bundesvorstand
Abteilung Recht

Dr. Marta Böning
Referatsleiterin Individualarbeitsrecht
marta.boening@dgb.de
Telefon: 030-24060273

Ralf-Peter Hayen
Referatsleiter Recht
ralf-peter.hayen@dgb.de
Telefon: 030-24060272

Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de/recht



schränken. Die Beschränkung der Nutzung von Informationen, die kein Geschäftsgeheimnis darstellen, von Erfahrungen und Fähigkeiten, die Arbeitnehmer im normalen Verlauf ihrer Tätigkeit ehrlich erworben haben und die Auferlegung zusätzlicher Beschränkungen für Arbeitnehmer in ihren Arbeitsverträgen ist ausgeschlossen.“

II. Im Einzelnen:

- **Aufgrund der misslungenen Definition des Geschäftsgeheimnisses räumt das GeschGehG den Unternehmen weitgehend die Deutungshoheit darüber, welche Informationen sie als Geschäftsgeheimnisse einordnen wollen.** Fachkenntnisse, die Beschäftigte im Arbeitsalltag erwerben oder Informationen, die Interessenvertretungen in Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Aufgaben erwerben und nutzen wollen, können künftig zu Geschäftsgeheimnissen erklärt werden. Belegen Unternehmen vermeintliche Geheimnisse mit Vertraulichkeitsklauseln, können Verstöße gegen solche – auch willkürlich auferlegte – Vertraulichkeitsklauseln mit erheblichen finanziellen Sanktionen und mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe geahndet werden. Gegen den bloßen Verdacht einer solchen angeblichen Geheimnisverletzung soll es einen Unterlassungsanspruch geben.
- Das geplante GeschGehG räumt in bestimmten Bereichen den bestehenden bereichsspezifischen Regelungen Anwendungsvorrang ein. Die Regelung des § 1 Abs. 2 sieht vor, dass „öffentlich-rechtliche Vorschriften zur Geheimhaltung, Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen“ den Regelungen des GeschGehG vorgehen. Eine vergleichbare Regelung ist auch für den Umgang mit Geschäftsgeheimnissen in Arbeitsbeziehungen erforderlich. **§ 1 ist zwingend dahingehend zu ergänzen, dass (bestehende) arbeitsrechtliche Vorschriften und entsprechende Rechtsprechung, insbesondere zu Geheimhaltungs- bzw. Vertraulichkeitspflichten von einzelnen Beschäftigten und ihrer Interessenvertretungen in Betrieben, Verwaltungen und Aufsichtsgremien von Unternehmen, den Regelungen des GeschGehG vorgehen.**
- **Art. 1 Abs. 3 der EU-Richtlinie ist im Entwurf des GeschGehG nicht umgesetzt worden. Das ist dringend nachzuholen.** Diese Vorschrift sieht vor, dass keine Bestimmung dieser Richtlinie zur Einschränkung der beruflichen Mobilität der Arbeitnehmer ausgelegt werden darf. Insbesondere biete die Richtlinie keinen Grund für die Beschränkung der Nutzung von Informationen, die keine Geschäftsgeheimnisse sind, von Erfahrungen und Fähigkeiten, die Arbeitnehmer im normalen Verlauf ihrer Tätigkeit ehrlich erworben sowie für die Auferlegung zusätzlicher Beschränkungen für Arbeitnehmer in ihren Arbeitsverträgen, die nicht gemäß dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht auferlegt werden. Diese Vorgabe muss in dem verfügenden Teil des GeschGehG verankert werden.
- Die im Kabinettsbeschluss neu eingeführte Regelung, wonach die Autonomie der Sozialpartner und ihr Recht, Kollektivverträge zu schließen (§ 1 Abs. 3 Nr. 3



GeschGehG-E) unberührt bleiben, ist nicht ausreichend, um die Rechte von Arbeitnehmer und ihrer Interessenvertretungen zu sichern. Es ist nicht erkennbar, dass damit die in Deutschland bisher geltenden Regelungen zum Umgang mit vertraulichen Informationen durch Interessenvertretungen/Gewerkschaften in Betrieben/ Dienststellen und Aufsichtsräten – wie vom DGB gefordert – generell unangetastet bleiben.

- **Die Legaldefinition des Geschäftsgeheimnisses (§ 2 Abs. 1 GeschGehG-E) ist für den Kontext des Arbeitsrechts unbrauchbar und wird abgelehnt.** Der DGB fordert, dass für die Einordnung einer Information als Geschäftsgeheimnis ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse vorliegen muss, was innerhalb der gesetzlichen Legaldefinition im Gesetzestext selbst und nicht nur in der Gesetzesbegründung zu verankern ist. Die Klarstellung in der Gesetzesbegründung ist nicht ausreichend, da sie in der betrieblichen Praxis keine Beachtung finden wird. Auch das Kriterium der „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ für die Einordnung als Geschäftsgeheimnis halten wir für verfehlt. Damit werden ausufernde Vertraulichkeitsvereinbarungen als „Geheimhaltungsmaßnahmen“ geradezu befördert, denn sie werden künftig vorausgesetzt, um eine Information als Geschäftsgeheimnis einzuordnen. Die Legaldefinition müsste zudem dahingehend ergänzt werden, dass Informationen über rechtswidrige Praktiken kein Geschäftsgeheimnis darstellen können.
- Die im Kabinettsbeschluss vorgenommene Korrektur der Begriffsdefinition des Geheimnisinhabers (§ 2 Abs. 2 GeschGehG-E) ist sachgerecht und wird begrüßt. Es kommt dafür nun – wie in der Richtlinie auch – auf die rechtmäßige Kontrolle über ein Geschäftsgeheimnis an.
- **Die Formulierung: „ein Geschäftsgeheimnis erlangt, genutzt oder offengelegt werden (darf), wenn dies durch ein Gesetz..., gestattet ist“ (§ 3 Abs. 2 GeschGehG-E) ist nicht ausreichend, um die bestehenden Rechte** der Betriebsräte und Personalräte der Unternehmen auf Zugang zu vertraulichen Informationen **sicherzustellen**. Es sichert auch nicht das Recht der Einzelnen, die beruflich erworbenen Kenntnisse zu verwenden. Denn der Umgang mit vertraulichen Informationen durch Arbeitnehmer und Interessenvertretungen ist nicht ausdrücklich und umfassend durch gesetzliche Erlaubnisnormen zugelassen. Dass Interessenvertretungen zur Ausübung ihrer Beteiligungs-, Informations- und Unterrichtsrechte bzw. in Kommunikation mit der Belegschaft bestimmte Informationen verwenden, ist eine (nicht ausdrücklich normierte) Folge ihrer gesetzlich definierten Aufgaben, eingeschränkt durch eventuelle ausdrücklich normierte Vertraulichkeits- bzw. Geheimhaltungspflichten.

Auch Arbeitnehmern ist der Umgang mit bestimmten Informationen nicht durch ein Gesetz ausdrücklich gestattet – vielmehr gehört etwa das Recht, beruflich er-



langte Fachkenntnisse beim Arbeitgeberwechsel zu verwenden, zum (ungeschriebenen) Wesensgehalt der verfassungsrechtlich garantierten Berufsfreiheit (Art. 12 GG). Die Formulierung müsste daher heißen **„ein Geschäftsgeheimnis erlangt, genutzt oder offengelegt werden (darf), wenn dies rechtlich zulässig ist“**.

- § 3 Absatz 2 GeschGehG-E greift insbesondere auch in den Status quo der Arbeitnehmervertreter/innen in den Aufsichtsräten und ihren Funktionen als Doppelmandatsträger ein. Deshalb ist der vorangegangene Formulierungsvorschlag bezüglich der Unternehmensmitbestimmung von immenser Bedeutung.
- **Abgelehnt wird die umfangreiche Regelung des § 4 zu Handlungsverboten. Sie droht zu einer Falle für Interessenvertretungen und Arbeitnehmer zu werden, da sie die Rechtsgrundlage für eine ausufernde Geheimhaltungspraxis bereitet.** Nach dieser Regelung führt das Unterschreiben einer Verschwiegenheitserklärung automatisch dazu, dass eine Information nicht genutzt oder offenlegt werden darf – auf das berechtigte Interesse an der Geheimhaltung kommt es nicht an. Das Missbrauchspotenzial liegt auf der Hand. Interessenvertreter und einzelne Beschäftigte werden dadurch noch mehr als heute schon unter Druck gesetzt werden, für jeglichen Informationsaustausch Verschwiegenheitserklärungen zu unterschreiben. Diese Praxis würde damit legitimiert werden.
- **Zufriedenstellend gelöst ist die vorbestandene Unklarheit zur Regelung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit (§ 15 GeschGehG-E, zuvor § 14 GeschGehG-RefE).** Wir begrüßen ausdrücklich die Klarstellung gegenüber der Fassung des Referentenentwurfs, dass sich die Regelung zur sachlichen und örtlichen Zuständigkeit lediglich auf „vor den ordentlichen Gerichten“ (ordentliche Gerichtsbarkeit) bezieht und somit die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit unberührt bleibt.
- **Abgelehnt wird die Regelung der Strafvorschriften (§ 23 GeschGehG-E, zuvor § 22 GeschGehG-E).** Mit dem Gesetz werden drastische Freiheitsstrafen bei Verletzung der Geschäftsgeheimnisse angedroht. Solche Ordnungsmittel sieht die Richtlinie nicht vor; sie sind aufgrund eingeschränkter Arbeitnehmerhaftung dem deutschen Arbeitsrecht auch unbekannt und sollten dies für diesen Bereich auch bleiben.

III. Allgemeine Anmerkungen zum Gesetzesentwurf

Der DGB begleitete den Prozess der Entstehung und Verabschiedung der nun umzusetzenden Geschäftsgeheimnis-Richtlinie seit seinen Anfängen durchweg kritisch (siehe dazu



DGB-Stellungnahme vom 27.01.2015 zum Kommissionsentwurf (COM (2013) 813 final) sowie DGB-Stellungnahme vom 27.10.2017 und DGB-Stellungnahme vom 18. Mai 2018 zum Referentenentwurf vom 17. April 2018). Es ist zwar ein durchaus berechtigtes Anliegen, unionsweite Mindeststandards zum Schutz wirtschaftlich relevanter Informationen vor unlauteren Wettbewerbspraktiken, wie etwa der Wirtschaftsspionage, zu schaffen. Es wäre aber ein folgenschwerer Fehler, die geplanten Regelungen zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs auch auf die individuellen und die kollektiven Arbeitsbeziehungen in Deutschland anzuwenden.

Ob und inwiefern das mit dem nun vorliegenden Gesetzesentwurf geplante Schutz- und Sanktionsregime den Anforderungen des Wettbewerbs / des Marktes hinreichend gerecht wird, können wir an dieser Stelle nicht abschließend beurteilen. **Für den Umgang mit vertraulichen Informationen im Arbeitsleben ist es jedenfalls untauglich.**

Der vorgelegte Kabinettsentwurf greift u.a. massiv und weit über das in der umzusetzenden EU-Richtlinie vorgegebene Maß in bestehende Rechte der betrieblichen wie auch der Mitbestimmungsorgane auf Unternehmensebene ein. Damit wird in Deutschland in ein langjährig bestehendes ausgewogenes System von gesetzlichen Vorschriften des BetrVG und der dazu entwickelten Rechtsprechung bzw. der entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften eingegriffen. Dies geschieht ohne Not, da die eigentliche Zielrichtung des Gesetzes der wirtschaftliche Schutz von Informationen ist.

1. Geschäftsgeheimnis-Schutz im deutschen Arbeitsrecht – Interessenausgleich im Mittelpunkt

In Deutschland werden nach geltendem Recht Geschäftsgeheimnisse und unternehmerisches Know-how durch zivil- und strafrechtliche Vorgaben und entsprechende Rechtsprechung bereits heute wirksam und angemessen geschützt; die Verletzung von Geheimhaltungsinteressen wird angemessen geahndet. Insbesondere die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung hat Grundsätze entwickelt, welche dem Ausgleich der Interessen der Beschäftigten und ihrer Interessenvertretungen einerseits und denen des Informationsinhabers andererseits dienen.

In der Praxis sehen sich Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sowie ihre Interessenvertreter allerdings bereits heute einer Vielzahl von praktischen Problemen ausgesetzt. Für den Umgang mit Informationen, an deren Vertraulichkeit Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse haben und die Arbeitnehmervertreter zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben benötigen (etwa in Betriebs- und Personalräten, Aufsichtsräten, Europäischen Betriebsräten, Sprecherausschüssen etc.), sind bereits heute gesetzlich verankerte Verschwiegenheitspflichten in § 79 BetrVG, § 29 SprAuG, § 10 BPersVG, § 39 II EBRG, oder § 93 Absatz 1 Satz 2, § 116 AktG ausdrücklich geregelt. Sie sichern die wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens im Wettbewerb angemessen und ausreichend ab, verhindern aber nicht den notwendigen Informationsaustausch zwischen Beschäftigten und ihren Interessenvertretungen. So darf heute die Interessenvertretung wegen ihrer Aufgaben nach §§ 111 ff. BetrVG i.V.m. § 80



Abs. 1 Nr. 1 und 8 BetrVG ohne Sanktionsgefahr einen Arbeitnehmer über einen bevorstehenden Personalabbau unterrichten. Auch kann heute ein dem Betriebsrat mitgeteilter interessenausgleichspflichtiger Personalabbau nicht pauschal zu einem Betriebs- und Geschäftsgeheimnis (für die Interessenvertretung) erklärt werden (vgl. LAG Schleswig-Holstein v. 20.5.2015 – 3 TaBV 35/14, DB 2015, 2339).

Einen angemessenen Ausgleich der Interessen gewährleisten die in Deutschland bereits heute existierenden Regelungen und die diesbezügliche Rechtsprechung auch im Hinblick auf den Umgang der einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit vertraulichen Informationen ihrer Arbeitgeber im laufenden Arbeitsverhältnis, aber auch nach seiner Beendigung. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind nachvertragliche Geheimhaltungspflichten und Wettbewerbsverbote möglich – die jedoch grundsätzlich eine Kompensationszahlung nach sich ziehen, da ein Wettbewerbsverbot einen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Berufsfreiheit nach Art. 12 GG bedeutet. Zudem sind sie an bestimmte notwendige Voraussetzungen gebunden.

2. Zugleich: Ausufernde Geheimhaltungspraxis

In der Praxis beobachten wir zugleich heute schon ausufernde Geheimhaltungstendenzen: Informationen, die Arbeitgeber lediglich subjektiv für vertraulich halten, werden zunehmend als geheim gekennzeichnet, unabhängig davon, ob ihre Geheimhaltung objektiv berechtigt ist oder nicht. Dies führt schon heute zur Einschränkung der Handlungsspielräume der Interessenvertreter und Arbeitnehmervertreter in den Gremien und wird sich, sollte der vorliegende Gesetzentwurf in derzeitiger Gestalt in Kraft treten, noch verschärfen.

3. Unzureichende Berücksichtigung der EU-rechtlichen Vorgaben

Nach dem vorliegenden Entwurf **erhalten Unternehmen weitgehend die Deutungs-
hoheit darüber, welche Informationen als Geschäftsgeheimnisse gelten sollen** (s. ausführlich Bewertung zu § 2). Ob an der Geheimhaltung einer Information ein legitimes und objektives Interesse besteht, ist für die Zuordnung einer Information als Geschäftsgeheimnis – anders als derzeit in Deutschland und im Widerspruch zum Erwägungsgrund 14 der Richtlinie – jedenfalls nach der geplanten Legaldefinition im Gesetzestext nicht relevant. Lediglich in der Gesetzesbegründung finden sich entsprechende Festlegungen. Diese liegen in der betrieblichen Praxis niemandem vor und sind gerichtlich nur schwer durchsetzbar.

Belegen Unternehmen vermeintliche Geheimnisse mit Vertraulichkeitsklauseln bzw. Verschwiegenheitsvereinbarungen, könnte ein Verstoß dagegen künftig mit erheblichen finanziellen Sanktionen und mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe geahndet werden. Gegen den bloßen Verdacht einer solchen angeblichen Geheimnisverletzung soll es künftig auch einen Unterlassungsanspruch geben.

Das im Gesetzentwurf konzipierte Schutzsystem bedeutet für das Arbeitsrecht **eine – auch durch das EU-Recht - nicht zu rechtfertigende Einschränkung der Arbeitnehmerrechte, ihrer beruflichen Mobilität aber auch eine erhebliche Erschwerung**



der Arbeit von Betriebs-, Personal- und Aufsichtsräten sowie der Gewerkschaften.

Wird die Reichweite einer Geheimhaltungspflicht einseitig durch den Arbeitgeber festgelegt und durch erhebliche Sanktionsandrohungen geschützt, würden zudem demokratische Willensbildungsprozesse im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung und der Tarifordnung, insbesondere solche zur Sanierung von Betrieben und Unternehmen, verhindert werden. Eine Aushebelung der verfassungsrechtlich (insbesondere durch Art. 12 und Art. 9 Abs. 3 GG) geschützten Positionen wäre die Folge. **Diese drohenden Verschlechterungen sind unionsrechtlich weder intendiert noch indiziert und nicht hinnehmbar.**

Die Geschäftsgeheimnis-Richtlinie ist auf ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarkts ausgerichtet (Art. 114 AEUV), bezweckt jedoch keinen Eingriff in die Rechte der Arbeitnehmer/innen und ihrer Vertretungen. Der nationale Gesetzgeber lässt allerdings die Vorgaben der Richtlinie, mit welchen der Eingriff in die Rechte der Arbeitnehmer/innen und ihrer Vertretungen verhindert werden könnte, im vorliegenden Kabinettsentwurf weitgehend unbeachtet.

Im verbindlichen Teil der Richtlinie findet ein Teil der Besonderheiten des Arbeitsrechts Anerkennung, indem sie ausdrücklich regelt, dass **weder die Rechte der Sozialpartner noch die berufliche Mobilität der Beschäftigten durch diese Richtlinie beeinträchtigt werden dürfen (Art. 1 Abs. 2 und 3 der Richtlinie)**. Zudem räumt die Richtlinie den Mitgliedstaaten das Recht ein, die Fälle des rechtmäßigen Erwerbs, der Nutzung oder der Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen national zu bestimmen (Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie). Der Kabinettsentwurf sieht lediglich vor, dass das Recht der Sozialpartner, Kollektivverträge zu schließen, unberührt bleibt. Die restlichen Zusicherungen der Richtlinie sind aber nicht umgesetzt worden. Der Entwurf bleibt damit hinter der Richtlinie zurück.

Eine wie derzeit im Entwurf vorgesehene Verschlechterung der Rechtslage für die Arbeitnehmerseite erscheint zudem auch vor dem Hintergrund des Art. 6 Abs. 1 der IuK-Richtlinie 2002/14/EG unionsrechtswidrig. Für die Kommunikation zwischen Unternehmen und Interessenvertretern regelt diese Vorschrift, dass nur die Geheimnisse geschützt sind, an deren Vertraulichkeit der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse hat. Gleichsam soll nach Art. 6 Abs. 2 der EBR-Richtlinie 2009/38/EG die mitgliedstaatliche Anordnung einer arbeitgeberseitigen Beschränkung der Weiterleitungsobliegenheit an Arbeitnehmervertreter nur dann möglich sein, wenn diese die Arbeitsweise der betroffenen Unternehmen nach objektiven Kriterien erheblich beeinträchtigen oder ihnen schaden können.

IV. Zu den ausgewählten Vorschriften des GeschGehG-E

1. Anwendungsbereich der Richtlinie (§ 1)

a. Zu Abs. 2: Notwendiger Anwendungsvorrang für das Arbeitsrecht



Der vorliegende Kabinettsentwurf erkennt die Besonderheiten der öffentlich-rechtlichen Geheimnisschutzvorschriften an und sieht eine Regelung des Anwendungsvorrangs für diese Vorschriften vor: „öffentlich-rechtliche Vorschriften zur Geheimhaltung, Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen“ gehen den Regelungen des GeschGehG vor (§ 1 Abs. 2 GeschGehG-E). **Der DGB hält eine analoge Regelung, welche den geltenden arbeitsrechtlichen Vorschriften und der diesbezüglichen Rechtsprechung zur Geheimhaltung, Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen Vorrang gewährt, für zwingend erforderlich.** Absatz 2 ist daher zwingend dahingehend zu ergänzen, dass (bestehende) arbeitsrechtliche Vorschriften, insbesondere solche zu Geheimhaltungs- bzw. Vertraulichkeitspflichten von einzelnen Beschäftigten sowie von Interessenvertretungen in Betrieben, Verwaltungen und Aufsichtsgremien von Unternehmen, den Regelungen des GeschGehG vorgehen.

b. Abs. 3: Schutz der Autonomie der Sozialpartner bei Abschluss von Kollektivvereinbarungen reicht nicht aus

In § 1 Abs. 3 GeschGehG-E wird geregelt, welche bereits geltenden Bestimmungen zum Schutz von oder zum Umgang mit Geschäftsgeheimnissen unberührt bleiben. Dazu gehören u.a. das Recht auf freie Meinungsäußerung (Abs. 3 Nr. 2) und die Autonomie der Sozialpartner und ihr Recht, Kollektivverträge zu schließen (Abs. 3 Nr. 3). Letztgenannte Neuregelung übernimmt den Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 lit. d der umzusetzenden Richtlinie.

Was unter „...Autonomie der Sozialpartner und ihr Recht, Kollektivverträge ... abzuschließen“ zu verstehen ist, wird jedoch nicht, auch nicht in der Gesetzesbegründung, näher erläutert. Offenbar wird damit Bezug genommen auf Art. 152 AEUV, wo mit dieser Formulierung die Anerkennung und Förderung der Rolle der Sozialpartner auf Ebene der Union unter Berücksichtigung der Unterschiedlichkeit der nationalen Systeme anerkannt und gefördert werden soll. Dieser „Respekt“ vor dem sozialen Dialogs und der Autonomie der Sozialpartner wird dementsprechend auch im Vorschlag einer interinstitutionellen Proklamation zur europäischen Säule sozialer Rechte (ESSR) vom 26.04.2017 betont. Angesichts der Abstraktion dieses grundlegenden EU-Vertragsziels bleibt aber insbesondere unklar und lediglich einer rechtsunsicheren Auslegung überlassen, ob damit auch die Wahrung der Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte der Interessenvertretungen in Unternehmen, Betrieben und Dienststellen der Mitgliedstaaten gemeint ist, im Rahmen derer der Umgang mit vertraulichen Informationen oft stattfindet. Angesichts der unklaren Formulierung ist zweifelhaft, ob die in Deutschland bisher geltenden – und durch die Rechtsprechung konkretisierten – Detailregelungen zum Umgang mit vertraulichen Informationen durch Interessenvertretungen in Betrieben / Dienststellen sowie durch die Gewerkschaften in Aufsichtsräten – wie vom DGB gefordert – generell unangetastet bleiben oder die „Wahrung der Autonomie der Sozialpartner“ nur im Zusammenhang mit dem Abschluss von Tarifverträgen greifen soll.



Der nach dem Kabinettsentwurf vorgesehene Anwendungsbereich des GeschGehG ist daher dringend dergestalt einzuschränken, dass die im Arbeitsrecht bereits geltenden Verschwiegenheitsregeln und -vorschriften für Interessenvertretungen/Gewerkschaften und einzelne Beschäftigte weiterhin als spezialgesetzliche Regelungen Bestand und Vorrang haben. Eine solche Regelung des Anwendungsvorrangs ist ausdrücklich und rechtsverbindlich in dem geplanten Gesetz zu verankern.

2. Begriff des Geschäftsgeheimnisses (§ 2 Nr. 1)

a. Umsetzung der EU-Richtlinienvorgaben unvollständig

Der Ausgangspunkt für eine interessengerechte Umsetzung der Richtlinie ist der Begriff des Geschäftsgeheimnisses, der für die tatbestandliche Reichweite des Geheimnisschutzes entscheidend ist. **Bedauerlicherweise wird der Begriff im vorliegenden Entwurf allein anhand der in Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie verankerten Kriterien festgelegt. Das ist nicht sachgerecht.**

Die in Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie verankerte Legaldefinition des Geschäftsgeheimnisses berücksichtigt zwar lediglich drei Elemente:

- die Information ist weder allgemein bekannt noch ohne Weiteres zugänglich (Art. 2 Nr. 1 lit. a);
- sie ist wegen ihres geheimen Charakters von kommerziellem Wert (Art. 2 Nr. 1 lit. b);
- sie ist Gegenstand angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen des Inhabers (Art. 2 Nr. 1 lit. c).

Allerdings beinhalten die Erwägungsgründe der Richtlinie ausdrücklich, dass bei der Bestimmung, was als Geschäftsgeheimnis gilt, auch **auf das legitime Geheimhaltungsinteresse abzustellen ist. Entsprechend des Erwägungsgrundes 14** der Richtlinie soll „die Definition so beschaffen sein, dass sie Know-how, Geschäftsinformationen und technologische Informationen abdeckt, bei denen sowohl ein legitimes Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht als auch die legitime Erwartung, dass diese Vertraulichkeit gewahrt wird.“

Diese Vorgabe gilt auch für Deutschland und muss berücksichtigt werden. **Es ist höchst problematisch, dass das objektive Geheimhaltungsinteresse, wie im Erwägungsgrund Nr. 14 der Richtlinie ausdrücklich vorgesehen und dessen begriffliche Übernahme vom DGB gefordert wurde und wird, nicht in den verbindlichen Teil des Gesetzes umgesetzt wurde.** Eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung ist nicht ausreichend, um Verschlechterungen der Rechtslage zu verhindern und eine ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie zu gewährleisten.

b. Die einzelnen Kriterien für Arbeitsrecht untauglich



Die – schon in der Richtlinie nicht konsistenten – Schlussfolgerungen innerhalb der Definition der Richtlinie („vom kommerziellen Wert, weil geheim“) werden nun durch ebensolche Formulierungen/Schlussfolgerungen im nationalen Gesetzentwurf perpetuiert („geheim gehalten und daher von kommerziellem Wert“). **Die Richtlinie spricht vom kommerziellen Wert einer Information, was in der Definition des Gesetzentwurfs als „wirtschaftlicher Wert“ übersetzt wurde.** Die Information „Personalabbau“ kann einen wirtschaftlichen Wert haben, i.d.R. hat sie aber keinen kommerziellen Wert und birgt keine Gefahr einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition, so auch die einschlägige Rechtsprechung in Deutschland. **Die Definition im Kabinettsentwurf geht also zum Nachteil der Beschäftigten und ihrer Interessenvertretungen über die Richtlinie hinaus.**

Aus der Formulierung „daher“ könnte zudem die Vermutung abgeleitet werden, dass alle Informationen, die nicht offenkundig sind, „daher“ einen wirtschaftlichen Wert haben. **Ein Tatbestandsmerkmal induziert ein weiteres, statt sie nur kumulativ aufzuzählen.** Das ist für eine Legaldefinition nicht sachgerecht.

Sowohl die Richtlinie als auch der Gesetzentwurf stellen auf **angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen** ab. Gerade wenn, wie teilweise gefordert, zur Umsetzung dieser Anforderung ein wirtschaftlich vertretbares, geschlossenes Schutzkonzept aufgestellt werden soll (so Kalbfus, GRUR-Prax 2017, 391), muss zugleich sichergestellt werden, dass durch die in diesem Zusammenhang zu ergreifenden Maßnahmen die Rechte der Interessenvertretungen nicht eingeschränkt werden. Dafür ist **ausdrücklich klarzustellen, dass Geheimhaltungsmaßnahmen nicht zur Beeinträchtigung der Arbeit der Interessenvertretung** führen dürfen. Ansonsten droht, dass unter dem Vorwand von – nun durch die Richtlinie vorgeschriebenen – Geheimhaltungsmaßnahmen einer bisher bereits häufig rechtswidrigen betrieblichen Geheimhaltungspraxis eine gesetzliche Legitimation verschafft wird. Hinzu kommt, dass als „angemessene Geheimhaltungsmaßnahme“ ggf. eine Verschwiegenheitsverpflichtung mit einer vertraglich vereinbarten Sanktion ein Geheimnis fingieren könnte. Nach der Definition begründet die Geheimhaltungsmaßnahme erst den Charakter als Geheimnis, bietet dann aber selbst schon Grundlage für etwaige Unterlassungsansprüche.

Mit Ausnahme der „Nicht-Offenkundigkeit“ können alle weiteren Tatbestandmerkmale des Geschäftsgeheimnisses subjektiv herbeigeführt werden. Die so beschaffene Definition hat zur Folge, dass **Unternehmen einseitig eine beliebige Information zum (schützenswerten) Geschäftsgeheimnis erklären können**, wenn sie nur hinreichend Vorkehrungen getroffen haben, die Information geheim zu halten (Merkmale der Richtlinie: Geheimhaltungsmaßnahmen und nicht offenkundig). Das steht im eklatanten Widerspruch zur inzwischen ständigen Rechtsprechung der obersten Gerichte (BAG 26.02.1987 - 6 ABR 46/84, BGH v. 5.06.1975 - II ZR 156/73) in Deutschland und **wird vom DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften strikt abgelehnt.**

c. Arbeitsrechtlicher Begriff des Geschäftsgeheimnisses ist zwingend beizubehalten



Hierzulande hat sich anhand der Rechtsprechung ein übereinstimmendes Verständnis von als Geschäftsgeheimnis schützenswerten Informationen anhand von vier Elementen herauskristallisiert:

- auf ein Unternehmen bzw. den Geschäftsverkehr des Unternehmens bezogene Tatsachen, Erkenntnisse oder Unterlagen;
- nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich bzw. bei Interessenvertretungen aufgrund ihrer Gremienzugehörigkeit bekannt geworden;
- nach dem Willen des Arbeitgebers geheim zu halten (sog. Geheimhaltungswille) bzw. gegenüber Interessenvertretungen vom Arbeitgeber ausdrücklich als geheimhaltungsbedürftig zu bezeichnen (formelles Geheimnis);
- materielles Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, an dessen Geheimhaltung ein berechtigtes, wirtschaftliches Interesse besteht (legales und legitimes Geheimhaltungsinteresse).

Während das Vorliegen der ersten drei Kriterien in der Sphäre des Unternehmens entschieden wird, ist das Kriterium des objektiven berechtigten Geheimhaltungsinteresses ein von außen zu beurteilender Umstand. Diese Objektivierung ist aus mehreren Gründen essenziell:

- **Rechtswidrige Praktiken können danach kein Geschäftsgeheimnis darstellen.** Das bedeutet, dass sie weder der Verschwiegenheitspflicht des einzelnen Arbeitnehmers noch der Geheimhaltungspflicht der Interessenvertretung unterliegen. Die Offenlegung dieser Informationen bleibt sanktionsfrei. Das ist durch die geplante Definition nicht gewährleistet.
- **Zudem stellen (rechtmäßige) Vorgänge, an deren Geheimhaltung kein berechtigtes wirtschaftliches Interesse besteht, danach keine schützenswerten Geschäftsgeheimnisse dar,** zu deren Verschwiegenheit Arbeitnehmer/innen bzw. deren Vertretung verpflichtet sind. Auch das ist durch die geplante Definition nicht sichergestellt.

Letzteres erlangt u. a. Bedeutung für den Informations- und Meinungsaustausch zwischen Interessenvertretungen und der Belegschaft, etwa bezogen auf einen geplanten Personalabbau oder eine Umstrukturierung. Nach der überwiegenden Meinung der Rechtsprechung können solche Informationen mit der Belegschaft geteilt werden, da ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse zu verneinen ist (so: LAG Schleswig-Holstein v. 20.05.2015, 3 TaBV 35/14, LAG Hessen v. 20.03.2017, 16 TaBV 12/17, grundsätzlich zum Verhältnis zwischen Geheimhaltungspflichten und Informationsrechten bereits BGH v. 5.6.1975, II ZR 156/73).

Die Geltung des im Gesetzentwurf vorgeschlagenen Begriffs des Geschäftsgeheimnisses ist für das Arbeitsrecht auszuschließen. Hier müssen die bisherigen Definitionen, gesetzlichen Regelungen aber auch die bisherige Rechtsprechung weiterhin gelten, ansonsten droht, dass einzelne Beschäftigte und ihre Interessenvertretungen sowie Arbeitnehmer in Kontrollgremien von Unternehmen erheblichen Risiken ausgesetzt werden und künftig alle für ihre Arbeit relevanten Informationen ein Geschäftsgeheimnis darstellen:



- Für einzelne Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer würde das permanente Risiko einer Verletzung der Verschwiegenheitspflichten beim Umgang mit berufsbezogenen Informationen entstehen - mit unberechenbaren arbeitsrechtlichen und haftungsrechtlichen bis hin zu strafrechtlichen Konsequenzen.
- Interessenvertreter wären dann stets mit der Erweiterung ihrer gesetzlich verankerten Geheimhaltungspflichten für Informationen konfrontiert. Die ausufernde Praxis der Verschwiegenheitsverpflichtungen wäre damit rechtlich bestätigt. Eine Kommunikation über Personalabbaupläne und/oder Sanierungspläne gegenüber der Belegschaft könnte gänzlich unterbunden werden. Die Regeln des deutschen und des EU-Mitbestimmungsrechts (etwa der Richtlinie 2002/14/EG sowie der Richtlinie 2008/38/EG) drohten leerzulaufen.

Die Verpflichtungen der Unternehmen aus der sogenannten CSR-Richtlinie 2014/95/EU und dem ihrer Umsetzung dienenden „Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen“ in Bezug auf Lage- und Konzernlageberichte würden ebenfalls leerlaufen, wenn Unternehmen alleine darüber entscheiden könnten, was als Geschäftsgeheimnis gilt und diesem Schutz unterliegt – oder nicht.

Darüber hinaus bleibt auch anhand der Begründung des Entwurfs unklar, was im Eingangssatz des § 1 des vorliegenden Kabinettsentwurfs (Begriffsbestimmungen) „im Sinne dieses Gesetzes“ meint, ob damit Definitionen von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen nach anderen Gesetzen ausgenommen sein sollen.

3. Inhaber des Geschäftsgeheimnisses (§ 2 Nr. 2)

Begrüßt wird, dass der Begriff des Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses entsprechend der Definition der Richtlinie angepasst wurde und als Inhaber derjenige gilt, der die rechtmäßige Kontrolle über die Information ausübt. Die widersinnige Formulierung, wonach als Inhaber jede Person gelten sollte, die ein Geschäftsgeheimnis rechtmäßig erlangt hat und es nutzen dürfe (also auch ein Betriebsrat im Rahmen seiner Tätigkeit), wurde nicht fortgeführt.

4. Erlaubte Handlungen und Handlungsverbote (§ 3 und § 4)

a. Im Allgemeinen

Während die Richtlinie die Fälle von rechtmäßigem (Art. 3) und rechtswidrigem (Art. 4) Erwerb bzw. rechtmäßiger und rechtswidriger Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen regelt, spricht der Gesetzentwurf von erlaubten Handlungen (§ 3) und Handlungsverboten (§ 4).

Nach unserer Überzeugung wird auch dadurch die Intention der Richtlinie, Beschäftigten und ihren Interessenvertretungen den Zugang zu Informationen, die sie zur Ausübung ihrer



Rechte benötigen, ebenso wie die Nutzung und Offenlegung solcher Informationen in Ausübung ihrer Rechte grundsätzlich zu erlauben, nicht umgesetzt. Ebenso wird die berufliche Mobilität der Beschäftigten durch die Handlungsverbote unerlaubterweise eingeschränkt.

b. Anstelle von „durch Gesetz gestattet“ besser: „rechtlich zulässig“

Aus dem Erwägungsgrund 18 der Richtlinie geht hervor, dass Erwerb, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen immer dann, wenn sie rechtlich vorgeschrieben oder zulässig sind, etwa im Rahmen der kollektiven Vertretung der Interessen der Arbeitnehmer einschließlich der Mitbestimmung, als rechtmäßig im Sinne dieser Richtlinie gilt. Zum „Recht der Mitgliedstaaten“ zählen neben den gesetzlichen Regelungen auch die durch die ständige Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze, etwa zur Zulässigkeit der Unterrichtung über den geplanten Personalabbau zwischen den Interessenvertretern und der Belegschaft. Der vorliegende Entwurf setzt diese Vorgabe unzureichend um, indem eine Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen dann rechtmäßig ist, wenn sie durch Gesetz gestattet ist. Das ist aber eine sehr enge Formulierung, die offenbar eine ausdrückliche Erlaubnisnorm voraussetzt. **Statt „durch Gesetz gestattet“ wäre die Formulierung „rechtlich zulässig“ sachgerechter.**

c. Maulkorbpraxis durch Vertraulichkeitsverpflichtungen wird legitimiert

Das Zusammenspiel zwischen § 3 und § 4 bringt weder Rechtsklarheit noch sichert es die Rechte der einzelnen Arbeitnehmer oder ihrer Interessenvertretungen. Im Gegenteil: Aus dem Zusammenspiel dieser beiden Vorschriften – der Regelung der erlaubten Handlungen in § 3 und der Handlungsverbote in § 4 – wird deutlich, welche Einschränkungen für die einzelnen Arbeitnehmer/innen und ihre Interessenvertretungen drohen.

So soll zwar ein Geschäftsgeheimnis durch „ein Ausüben von Informations- und Anhörungsrechten der Arbeitnehmer oder Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmervertretung“ erlaubterweise erworben werden können (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzesentwurfs), es darf aber beim Vorliegen einer entsprechenden Geheimhaltungsverpflichtung nicht genutzt oder offengelegt werden (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 und 3 sowie Abs. 3 des Entwurfs). Das bedeutet, dass ein Arbeitnehmer und/oder eine Interessenvertretung zwar in den Besitz von Informationen gelangen kann – etwa indem der Arbeitgeber in Erfüllung gesetzlicher Unterrichts- und Auskunftspflichten (§§ 80 Abs. 2 Satz 1, 85 Abs. 3, 89 Abs. 5, 90 Abs. 1, 92 Abs. 1, 99 Abs. 1 Satz 1, 100 Abs. 1 Satz 2, 102 Abs. 1 Satz 2, 105 Abs. 1 Satz 1 BetrVG; § 7 Abs. 3 Satz 1 TzBfG) auch mögliche vertrauliche Informationen gegenüber dem Betriebsrat offenlegt. **Gleichzeitig könnte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bzw. seiner Vertretung aber eine Verpflichtung zur Beschränkung der Nutzung einseitig auferlegen, die Information damit zum „Geheimnis“ erklären, so dass der Betriebsrat bzw. der Einzelne keinen Gebrauch aus dieser In-**



formation machen dürfen. Denn jegliche Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen soll laut des vorliegenden Gesetzentwurfs als rechtswidrig gelten, wenn sie gegen Vertraulichkeitsvereinbarungen oder sonstige Nutzungsbeschränkungsvereinbarungen verstößt (§ 4 Abs. 2 und Abs. 3) - auf den Umfang der Vereinbarung, die Umstände ihres Zustandekommens und ihre Berechtigung kommt es nicht an. **Auch das muss dringend korrigiert werden.**

d. Gefahren und Risiken für Arbeitnehmer/innen in Aufsichtsräten

Bisher galt auch, dass sich ein grundsätzliches Verbot, den Gegenstand, Verlauf und das Ergebnis von Aufsichtsratsverhandlungen zu offenbaren, nicht mit einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens begründen lässt (BGH, aaO). Somit war es den Arbeitnehmervertreter/-innen im Aufsichtsrat mit ihrer Rolle als Doppelmandatsträger zumindest möglich, generelle bzw. allgemeine Infos über Gegenstand, groben Verlauf und Ergebnis der Aufsichtsratsitzung ohne vertrauliche Details zu veröffentlichen (z. B. in Mitarbeiter-Zeitungen, im Betriebsrat oder auf einer Betriebsversammlung).

Weiterhin drohen den Arbeitnehmervertreter/-innen im Aufsichtsrat erhebliche persönliche Konsequenzen, wenn sie die Informationen in die Betriebsratsgremien oder den Wirtschaftsausschuss weitergeben, weil z. B. das Unternehmen auf Hinweis der Arbeitnehmervertreter/-innen im Aufsichtsrat pflichtwidrig die Unterrichtung der Betriebsräte, z. B. nach den §§ 111 ff. BetrVG, unterlässt. Nach bisheriger Rechtslage droht in den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen (z. B. BAG Beschluss v. 23.10.2008 – Az.: 2 ABR 59/07 – NZA 2009, 855) Arbeitnehmervertreter/-innen die Abberufung aus dem Aufsichtsrat; für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines – zugleich betriebsverfassungsrechtlichen - Mandatsträgers fehlt es nach bestehender Rechtslage jedoch an einem wichtigen Grund aufgrund der (milderen) gesetzlichen Sanktion der Abberufung nach § 103 Abs. 3 AktG. Eine fortbestehende und in die Zukunft wirkende Belastung des Arbeitsverhältnisses und die Gefahr weiterer Verstöße gegen die Verschwiegenheitspflicht werden durch eine Abberufung ausgeschlossen, weshalb eine Kündigung unverhältnismäßig ist.

Diese durch die Sanktionsverschärfungen des vorliegenden Entwurfs verursachten Gefahren bzw. Risiken in Bezug auf Verschlechterungen in der Rechtsstellung der betroffenen Arbeitnehmer/innen verbreiten in Verbindung mit der Verstärkung von Compliance-Vorgaben in den Unternehmen eine „Angstkultur“ bei den Arbeitnehmervertretungen davor, Informationen preiszugeben und mit anderen Gremien zu teilen. Zudem wird mit diesen Regelungen – insbesondere durch die Begriffsdefinition nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 Nr. 1b des Entwurfs - das Geschäftsgeheimnis einzig nach den Regeln der Kapitalseite bestimmt. Dabei bleibt außer Acht, dass die Preisgabe von Informationen genauso gut im Unternehmensinteresse sein kann, wenn durch die Entscheidungen, die als Geschäftsgeheimnis deklariert werden, dem Unternehmen ein Schaden drohen kann.



Für Aufsichtsratsmitglieder findet durch diese vorgenannten Verschlechterungen und Rechtsunsicherheiten in Bezug auf (möglicherweise) zu erwartende Sanktionen nach Maßgabe des vorliegenden Gesetzentwurfs ein Einschnitt in die bisher eigenverantwortliche Entscheidung statt, ob eine Information als geheimhaltungspflichtig eingestuft werden kann oder nicht. Regelungen in Geschäftsordnungen von Aufsichtsräten wurden bisher immer als unzulässig bewertet, wenn sie zum Gegenstand hatten, dass ein Aufsichtsratsmitglied sich vor der Weitergabe von Informationen eine Genehmigung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden einholen muss. Diese Erweiterungen der Verschwiegenheitspflicht verstießen bisher gegen den (insbesondere in der Kommentarliteratur vertretenen) Grundsatz der autonomen Entscheidungsfreiheit jedes Aufsichtsratsmitglieds bei der Einschätzung von Umfang und Grenzen der Geheimhaltung (vgl. Schubert, § 25 Rnr. 340 in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht, 5. Aufl. 2017; Köstler/Müller/Sick, Aufsichtsratspraxis, 10. Aufl. 2013, Rnr. 567f.; Ulmer/Habersack, § 25 Rnr. 104, 113ff. in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013). Diese Praxis wäre mit der Einführung bzw. Förderung von Vertraulichkeitsvereinbarungen und der Deutungshoheit für Geschäftsgeheimnisse durch Unternehmensleitungen – wie sie im Gesetzentwurf enthalten sind – widerlegt.

Der vorgelegte Gesetzentwurf dürfte mit den geplanten Regelungen zu einer Änderung in der Auslegung der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsräte gemäß §§ 93 Abs. 1 Satz 2, 116 AktG führen. Diese Verschärfungen der Vorgaben zur Verschwiegenheitspflicht zulasten der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder droht das bewehrte System der Mitbestimmung insgesamt zu schwächen. Indem den Unternehmen die Deutungshoheit über die Vertraulichkeit überlassen wird, droht die Mitbestimmung auch insoweit in ihrer Funktionsfähigkeit als ein System kommunizierender Röhren entscheidend geschwächt zu werden. Jenseits einer Machtverschiebung zugunsten der Hauptversammlung und zulasten des mitbestimmten Aufsichtsrats durch aktuelle Entwicklungen der Corporate Governance (Investorengespräche, Say on Pay etc.) droht auf diese Weise auch die Mitbestimmung im unternehmerischen Machtgefüge weiter geschwächt zu werden. **Eine solche Schwächung lehnen der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften strikt ab.**

e. Weitere kollektivrechtliche Aspekte der Bewertung

Der vorliegende Kabinettsentwurf widerspricht auch den bisher geltenden Zusicherungen der Rechte der Interessenvertretungen und dürfte daher auch im Widerspruch – etwa – zu den Richtlinien 2002/14/EG und 2009/38/EG stehen.

Eine besonders einschneidende Einschränkung der Handlungsspielräume von Interessenvertretungen stellt insoweit der vorangehend schon angesprochene § 3 Abs. 2 Nr. 3 des Kabinettsentwurfs dar, wonach ein Geschäftsgeheimnis nicht nutzen oder offenlegen darf, wer „gegen eine **Verpflichtung** verstößt, das Geschäftsgeheimnis nicht offenzulegen.“ Hierzu wird in der Begründung ausdrücklich ausgeführt, dass damit gerade auch ein Verstoß gegen eine **Vertraulichkeitsvereinbarung** gemeint ist. Unter eine Vertraulichkeitsverein-

barung falle auch die Verpflichtung von Arbeitnehmern im Arbeitsverhältnis zu Geheimhaltung und Loyalität. In unserer früheren Stellungnahme Anforderungen an die RL-Umsetzung hatten wir dazu bereits betont, dass Vertraulichkeitsvereinbarungen bzw. Verschwiegenheitserklärungen nach unseren Erfahrungen schon heute über die erforderlichen und angemessenen Sicherungsanforderungen weit hinausgehen. Verschwiegenheitsregelungen mit teilweise drakonischen Sanktionsandrohungen bei Verletzung der Vertraulichkeit werden den Interessenvertretern in Betrieben und Arbeitnehmervertretern in Gremien regelmäßig zur Unterschrift vorgelegt, was diese im Austausch zwischen den Gremien und gegenüber der Belegschaft einschränkt. Nach dem nun vorliegenden Kabinettsentwurf (§ 23 Abs. 1 Nr. 3) besteht insoweit eine Strafandrohung von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe, wer „entgegen § 4 Absatz 2 Nummer 3 als eine bei einem Unternehmen beschäftigte Person ein Geschäftsgeheimnis ... offenlegt.“ Entgegen unserer Erläuterungen und Warnungen stellt der Kabinettsentwurf damit eine unbeschränkte Zulassung von Verschwiegenheitserklärungen bzw. Vertraulichkeitsvereinbarungen dar, die jegliche bereits heute existierende positive gesetzliche Einschränkung (wie etwa nach § 79 BetrVG) unterläuft.

Der Gesetzentwurf konterkariert die Funktionsweise der betrieblichen Mitbestimmung, wenn dem Betriebsrat Informationen erteilt werden, die dieser nicht nutzen darf, er aber zugleich selbst - ggf. unter gerichtlicher Kontrolle - entscheiden muss, wie weit seine Verpflichtung aus § 79 BetrVG reicht und ob erhaltene Informationen ggf. auch der Belegschaft offenlegt werden dürfen oder gar müssen. Hieraus entsteht für den Betriebsrat ein Gewissenskonflikt: Zum einen ist die gesetzliche Definition der Geheimhaltungspflicht nach § 79 BetrVG enger (Erforderlichkeit eines objektiven Geheimnisses) als in der Definition des Begriffs „Geschäftsgeheimnis“ in § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Entwurfs: So könnte ein Betriebsrat, ohne gegen § 79 BetrVG zu verstoßen, eine Information auf einer nicht öffentlichen Betriebsversammlung bekannt geben. Zum anderen könnte er aber gleichwohl die weitergehende Verpflichtung aus dem vorliegenden Gesetzentwurf verletzen. Hiergegen hat der Betriebsrat aber keine Rechtsbehelfsmöglichkeiten, so dass im vorliegenden Gesetzentwurf die Anforderung an die Mitgliedstaaten durch Art. 6 Abs. 3 der RL 2002/14/EG im Rahmen der Umsetzung nicht beachtet worden ist, die die Bereitstellung entsprechender Rechtsbehelfsverfahren von den Mitgliedstaaten verlangt.

Als gravierender Rückschritt in der Mitbestimmung ist auch hier der Umstand der fehlenden Objektivität bei der Definition des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses zu bewerten. Es ist zu befürchten, dass durch die einseitige Möglichkeit, nahezu willkürlich festzulegen, ob Informationen ein Geschäftsgeheimnis darstellen, erhebliche Unsicherheiten und damit Nachteile für bereits im Amt befindliche Interessenvertreter entstehen. Auch dies kann zukünftig einen Rückgang der Bereitschaft der Beschäftigten, die Verantwortung für ein solches Mandat wahrzunehmen, bedeuten.

Ebenso problematisch ist, dass Nutzung und Offenlegung einer Information laut vorliegendem Gesetzentwurf dann einem Verbot unterliegen, wenn diese auf unbefugte Weise, etwa durch unbefugtes Kopieren, erlangt wurde (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 iVm Abs. 2 Nr. 1 a des Entwurfs). Wie in unserer Stellungnahme zu den Anforderungen an die Richtlinienumsetzung bereits ausgeführt, ist es in der Praxis nicht unüblich,



dass potentiell geheimhaltungsbedürftige Informationen per Zufall entdeckt werden: Unterlagen bleiben im Drucker liegen oder sind ungesichert auf dem Sharepoint außerhalb von vorliegenden Berechtigungen abrufbar. Auf diese Fallkonstellationen darf das künftige Gesetz keine Anwendung finden.

Mittelbar wird der Gesetzentwurf in seiner jetzigen Form auch die Funktionsweise der Tarifautonomie beeinträchtigen. Auf Grund ihrer demokratischen Verfasstheit haben Tarifkommissionen der Gewerkschaften u.a. über den Abschluss von firmenbezogenen Sanierungstarifverträgen zu entscheiden. Dabei sind naturgemäß sensible Informationen zur Lage des Unternehmens Entscheidungsgrundlage. Diese wird ein Management – schon um sich selbst vor Haftungsansprüchen zu schützen – nur gegen Unterzeichnung entsprechender strafbewehrter Unterlassungs- und Verschwiegenheitserklärungen offenlegen. Dies könnte zur Folge haben, dass sich gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer/innen nur noch in geringerem Umfang bereit erklären, nicht nur die schwierigen Entscheidungen in solchen Tarifkommissionen zu verantworten, sondern sich zugleich erheblichen Haftungsrisiken auszusetzen.

f. Individualrechtliche Aspekte der Bewertung

Auch aus der individualrechtlichen Perspektive und auch vor dem Hintergrund, dass die Vorgaben zum Schutz der Mobilität der Beschäftigten (Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie) nicht umgesetzt worden sind, **sind die geplanten Regelungen zu § 3 und § 4 im vorliegenden Gesetzentwurf abzulehnen.**

Das Verbot der Nutzung und Offenlegung von Informationen beim Vorliegen von Vertraulichkeitsvereinbarungen ist vor dem Hintergrund der besonderen Abhängigkeit der Beschäftigten nicht akzeptabel. Eine echte Vertragsfreiheit im Hinblick auf die von ihnen unterzeichneten Verschwiegenheitsklauseln haben die Beschäftigten nicht. Die durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Umfang der Verschwiegenheitspflichten und zur Zulässigkeit von Verschwiegenheitsvereinbarungen müssen weiterhin in vollem Umfang ihre Geltung behalten.

Bei der Umsetzung der Richtlinie sind die Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Arbeitsplatzwechsel abzusichern. Ausweislich ihres Art. 1 Abs. 3 darf keine Bestimmung der diesem Gesetzentwurf zugrunde liegenden Richtlinie dazu genutzt werden, die Mobilität der Beschäftigten einzuschränken. Vielmehr ist die gesamte Richtlinie im Lichte dieser Vorgabe auszulegen und umzusetzen.

Um diese Vorgabe wirksam umzusetzen, sind **Geheimhaltungs- bzw. Verschwiegenheitsvereinbarungen, die die Mobilität der Beschäftigten beschränken, ausdrücklich zu untersagen.** Zumindest muss sichergestellt werden, dass die Grundsätze zur beschränkten nachvertraglichen Wirkung der Geheimhaltungspflichten und zur Zulässigkeit von nachvertraglichen Geheimhaltungsabreden, wie sie von Bundesarbeitsgericht (vgl. BAG v. 15.12.1987 – 3 AZR 474/86, BAG v. 19.5.1998 – 9 AZR 394/17) und Bundesgerichtshof (vgl. BGH v. 3.5.2001 – I ZR 153/99) aufgestellt wurden, weiterhin ihre Geltung behalten.



g. Abschließende Bemerkung zu § 3 und § 4 des Entwurfs

Der DGB und seine Gewerkschaften bewerten auch die Auswirkungen der Regelungen des § 3 und des § 4 des vorliegenden Gesetzentwurfs auf das Arbeitsrecht und die betriebliche wie auch die Unternehmensmitbestimmung **insgesamt sehr kritisch**.

Wir appellieren daher, dass **durch eine eindeutige Regelung sichergestellt wird, dass der Informationserwerb und die Informationsnutzung durch Beschäftigte und ihre Interessenvertretungen, die der Ausübung ihrer Rechte dienen, nicht als rechtswidriger Erwerb gelten und nicht sanktioniert werden. Ebenso muss sichergestellt werden, dass die berufliche Mobilität der Beschäftigten durch die Handlungsverbote nicht beschränkt wird. Ein Anwendungsvorrang für die geltenden Regelungen zum Umgang mit vertraulichen Informationen im individuellen und kollektiven Arbeitsrecht wäre hierfür das einfachste Mittel.**

5. Zu § 5 des Entwurfs

§ 5 setzt die Vorgaben des Art. 5 der Richtlinie modifiziert um. Geregelt werden Fälle, in welchen der Erwerb, die Nutzung und die Offenlegung - zusätzlich zu den Fällen des „erlaubten Handelns“ (§ 3) - gerechtfertigt sind. Es handelt sich um eine „insbesondere-Regelung“, wonach die drei ausdrücklich genannten Fälle (Ausübung der Meinungsfreiheit, Whistleblowing und Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber ihren Interessenvertretern) als Fälle des Schutzes eines berechtigten Interesses bezeichnet werden. Weitere Anwendungsfälle wären aber denkbar und nötig.

Die Vorschrift schafft nur auf den ersten Blick eine nennenswerte Abhilfe der bisherigen Probleme und Gesetzeslücken für die genannten Personengruppen. **Denn der Anwendungsbereich der Regelung ist eng gefasst und für die Beschäftigten mit nicht zu unterschätzenden Beweisproblemen verbunden.** Die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses soll nach dem vorliegenden Entwurf nur als gerechtfertigt gelten, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt, was neben der Ausübung der Meinungsfreiheit (Ziff. 1) auch in folgenden Fällen explizit vorliegen soll:

- Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die das Geschäftsgeheimnis erlangende, nutzende oder offenlegende Person in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen (Ziff. 2) und
- im Rahmen der Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitnehmervertretung, wenn dies erforderlich ist, damit die Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben erfüllen kann (Ziff. 3).
-

a. Zu Ziff. 2 des § 5 des Entwurfs



Im Umkehrschluss bedeutet die eng gefasste Ausnahmeregelung für Whistleblower, dass etwa die Beschäftigten, die Hinweise auf Missstände in Unternehmen geben, ihre zivil- oder strafrechtliche Verurteilung nicht verhindern können, wenn sie nicht beweisen können, dass sie allein in der Absicht des Schutzes des öffentlichen Interesses gehandelt haben. Beim Vorliegen anderer Motive sind sie von der Ausnahmeregelung nicht erfasst.

Eine Nutzung oder Offenlegung der Information über das rechtswidrige Handeln zur Verfolgung eigener rechtmäßiger Interessen, z.B. zur Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen oder zur Abwehr unerlaubter Handlungen seitens des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses oder zur Verfolgung von legitimen Gruppeninteressen, z.B. der Belegschaft oder der lauterer Wettbewerber, wäre damit möglicherweise künftig nicht mehr erlaubt. Denn sie erfolgt nicht vorrangig oder jedenfalls nicht allein in der Absicht, das „allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“, dient aber dennoch der Behebung eines rechtswidrigen Zustandes, auch wenn damit ausschließlich legitime Partikularinteressen verfolgt werden sollen.

Nutzung und Offenlegung erfolgen in der Regel auch nicht unbedingt zur Ausübung der freien Meinungsäußerung oder der Informationsfreiheit oder zur Information der Arbeitnehmervertretung durch die Arbeitnehmer, welche als weitere Rechtfertigungsgründe im Entwurf genannt werden.

Ob auch die oben genannten Fallkonstellationen vom „berechtigten Interesse“ des § 4 Eingangssatz mit umfasst würden, bleibt damit Auslegungssache der Gerichte. Angesichts der möglicherweise schwerwiegenden Folgen zivil- und strafrechtlicher Art wirkt diese Bestimmung stark einschüchternd. Es würde so ein geschützter Raum für rechtswidriges Handeln von Unternehmen zulasten Dritter geschaffen. Daran kann aber kein öffentliches Interesse bestehen.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften fordern, dass rechtswidrige Handlungen eines Unternehmens und die Information darüber von vornherein kein Geschäftsgeheimnis darstellen können, so dass der Geheimnisinhaber dafür weder Schutz gegen deren Nutzung, Verwendung und Offenlegung erlangen noch eine Strafverfolgung derjenigen, die diese Information offenlegen oder nutzen, einleiten kann.

Es ist insgesamt auch bedauerlich, dass die Regelung zudem hinter den Anforderungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte an den Schutz der Hinweisgeber zurückbleibt (vgl. dazu EGMR in der Rechtssache Heinisch). Diese Anforderungen des EGMR sind für die Mitgliedstaaten der EMRK, darunter Deutschland, verbindlich und müssen bei der Umsetzung der Richtlinie beachtet werden. Zu klären wäre zudem das Verhältnis zum Arbeitsrecht, ob also die Offenlegung nicht auch dann erlaubt sein muss, wenn sie, anders als von der Rechtsprechung in Ableitung aus arbeitsvertraglichen Nebenpflichten gefordert, nicht zunächst auf innerbetriebliche Abhilfemöglichkeiten zurückgreifen, sofern diese zutunbar sind.

b. Zu Ziff. 3 des § 5 des Entwurfs:



Für Arbeitnehmer, die Informationen an ihre Interessenvertretung liefern, gilt Erwerb, Offenlegung und Nutzung der Informationen nur dann als rechtmäßig, wenn die Information für die Erfüllung der Aufgaben der Interessenvertretung erforderlich war. Es handelt sich dem Wortlaut nach um eine „informativische Einbahnstraße“ – die die Rechtfertigung voraussetzt, dass die Information nur in Richtung der Arbeitnehmervertretung fließt, nicht etwa umgekehrt. Für den einzelnen Arbeitnehmer ist die Erforderlichkeit zur Wahrnehmung der Aufgaben schwer absehbar, insbesondere wenn sich die Erforderlichkeit erst im Zusammenhang mit weiteren Informationen, die der einzelne Arbeitnehmer ggf. gar nicht hat, feststellen lässt. **Sowohl die einseitige Ausrichtung des zulässigen Informationsflusses als auch das Kriterium der Erforderlichkeit lehnen der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften ab.**

Da § 4 die Überschrift „Rechtfertigungsgründe“ trägt, wäre der einzelne Arbeitnehmer zudem darlegungs- und beweisbelastet hinsichtlich der Erforderlichkeit der Information für die Erfüllung der Aufgaben seiner Interessenvertretung bzw. im Falle der Ziff. 2 hinsichtlich der Motivation und der Aufdeckung des Fehlverhaltens. Das halten wir für wenig praktikabel und hoch problematisch. Informationen, die zum Schutz des berechtigten Interesses erforderlich sind, sind bereits auf Tatbestandsebene aus dem Geheimnisbegriff rauszunehmen.

6. Abschnitt 2: Unterlassungs-, Schadensersatz- und Herausgabeansprüche (ausgewählt)

a. Zu § 6 S. 2 des Entwurfs - Unterlassungsanspruch bei drohender Geheimnisverletzung

Nach dem Gesetzentwurf ist ein Unterlassungsanspruch bei drohender Rechtsverletzung geplant (§ 5 Satz 2 des Entwurfs). Dieser präventive Geheimnisschutz führt in Kombination mit der sehr weitreichenden Definition des Geschäftsgeheimnisses, dem weitreichenden Verbot von Nutzung und Offenlegung von Informationen, die einer Geheimhaltungsklausel unterliegen, und der unklaren und unzureichenden Zuständigkeitsregelung in § 14 Abs. 1 des Entwurfs, dazu, dass **Arbeitgeber nicht nur jeglichen Umgang mit Informationen unterbinden, sondern auch eventuelle Verstöße unangemessen verfolgen können. Diese Möglichkeit lehnen wir strikt ab.**

Für hochqualifizierte Arbeitnehmer/innen, die im Besitz von Kenntnissen sind, die ein Arbeitgeber als Geschäftsgeheimnis qualifiziert (was er ohne weiteres kann), wäre ein Jobwechsel erheblich erschwert. Wo derzeit nachvertragliche Konkurrenzverbotsvereinbarungen mit entsprechender Entschädigung- bzw. Karenzzahlung greifen, werden künftig Unterlassungsklagen zur Anwendung kommen.

Für Interessenvertretungen bedeuten die Regelungen ebenfalls mittelfristig eine weitere erhebliche Einschränkung ihrer Handlungsfähigkeit. Der Betriebsrat besitzt keine generelle Rechts- und Vermögensfähigkeit (vgl. BAG v. 24.04.1986, 6 ABR 607/83, NZA 1987, 100; BAG v. 29.09.2004, 1 ABR 30/03, NZA 2005, 123), sondern ist – wie vergleichbar auch andere Arbeitnehmervertretungsgremien - lediglich nach § 10 Ar-



bGG im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren parteifähig. Er ist auch nur partiell vermögensfähig, nämlich lediglich insoweit, als nach § 40 BetrVG ein Freistellungsanspruch von den für die Betriebsratsarbeit erforderlichen Kosten besteht (vgl. BAG v. 24.10.2001, 7 ABR 20/00, NZA 2003, 53).

7. Abschnitt 4: Strafvorschriften: §§ 23 ff. des Entwurfs

Der Entwurf sieht vor, dass die Strafvorschriften des UWG (§§ 17 – 19 UWG) in das neue Gesetz überführt werden. Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie sieht als Sanktion für den Fall der Nichtbefolgung von Schutzmaßnahmen lediglich die Verhängung von Zwangsgeldern vor. Eine deutlich weitergehende Androhung von Geld- oder gar Freiheitsstrafen ist in der Richtlinie nicht angelegt. **Der DGB lehnt diese Verschärfung des Schutzregimes als für das Arbeitsrecht vollkommen unsachgemäß strikt ab.**

In der Konsequenz dieser Verschärfung sollen bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe bei Umgang mit Informationen drohen, die Unternehmen willkürlich zum Geschäftsgeheimnis erklärt haben. Damit wird das bisherige Strafrechtsregime des unlauteren Wettbewerbsrechts auf dem Kopf gestellt.

V. Abschließende Bemerkungen

Es bedarf zwingend der Berücksichtigung der Belange der Arbeitnehmer/innen und ihren Interessensvertretern durch die gesetzliche Verankerung des Anwendungsvorrangs der bereits heute geltenden Regeln und Rechtsprechung im GeschGehG.

Zudem **muss verbindlich klargestellt werden, dass spezialgesetzlich bestehende - durch die Rechtsprechung ausgestaltete - Geheimhaltungspflichten abschließend geregelt sind und nicht durch erweiternde Schweigepflichtvereinbarungen oder Vertraulichkeitserklärungen zulasten der Beschäftigten und ihrer Vertretungen unterlaufen werden dürfen.**

Darüber hinaus ist durch den Gesetzentwurf **sicherzustellen dass:**

1. Als Geschäftsgeheimnis nur eine Information gelten kann, an deren Geheimhaltung auch ein objektives Geheimhaltungsinteresse besteht,
2. Das Gesetz die berufliche Mobilität der Beschäftigten in keiner Weise einschränkt (entsprechend der Vorgabe des Art. 1 Abs. 3 der umzusetzenden Richtlinie),
3. Der Informationsaustausch der Beschäftigten mit ihrer Gewerkschaft und den Interessenvertretern in keiner Weise eingeschränkt wird.
4. Außerdem ist klarzustellen, dass Informationen über rechtswidrige Praktiken von Unternehmen zu keinem Zeitpunkt von der Geheimhaltungspflicht erfasst werden.