

Stellungnahme



Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum
Referentenentwurf des BMJV

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum
Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie
rechtswidriger Nutzung und Offenlegung

Schutz der Geschäftsgeheimnisse: Gesetz auf Kosten der Beschäftigten und ihrer Interessenvertretungen

18.05.2018

Der Entwurf des Gesetzes zur Umsetzung der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie in der durch das BMJV am 19. April 2018 vorgelegten Fassung beeinträchtigt die Interessen der Beschäftigten und ihrer Interessenvertretungen. Wir fordern die Bundesregierung daher auf, die notwendigen Korrekturen vorzunehmen.

Deutscher Gewerkschaftsbund
DGB Bundesvorstand
Abteilung Recht

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

Allgemeine Anmerkungen zum bisherigen Verfahren

Der DGB begleitete den Prozess der Entstehung und Verabschiedung der nun umzusetzenden Geschäftsgeheimnis-Richtlinie seit seinen Anfängen durchweg kritisch. In Stellungnahmen, Presserklärungen (allein oder gemeinsam mit zivilgesellschaftlichen Organisationen) und in der Kommunikation gegenüber den Entscheidungsträgern auf europäischer und nationaler Ebene hinterfragten wir die Notwendigkeit der Verabschiedung dieser Richtlinie und wiesen auf die potenziellen Risiken der geplanten und letztendlich verabschiedeten Regelungen für die einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen ebenso wie für Interessenvertretungen hin. Insoweit verweisen wir auf unsere Stellungnahme vom 27.01.2015 zum Kommissionsentwurf (COM (2013) 813 final), die damals dem BMAS zugeleitet wurde.

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

Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de/recht

Zudem haben wir bereits im Vorfeld des Richtlinien-Umsetzungsverfahrens in Deutschland mit einer Stellungnahme vom 27.10.2017 das federführende Ministerium ebenso wie das mitbeteiligte BMAS über **unsere grundsätzlichen Erwartungen, Anregungen und Vorschläge** in Bezug auf das bevorstehende Gesetzgebungsverfahren informiert. Sie **finden sich leider nicht in den vorliegenden Regelungsvorschlägen wieder. Unsere jetzige Bewertung fällt daher – entsprechend – kritisch aus.**



I. Zusammenfassende Bewertung

Es ist 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 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 bietet der vorliegende Gesetzesentwurf keine brauchbare Grundlage.**

Der vorgelegte Referentenentwurf zum GeschGehG 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 Unternehmenseben ein. Damit wird 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.

Angesichts der zunehmenden Digitalisierung in der Wirtschaft und der Globalisierung der Märkte ist es für die Interessensvertretungen von Bedeutung, dass sie Zugang zu Informationen bekommen, um ihre Aufgaben nach den spezialgesetzlichen Vorschriften wahrnehmen zu können. Durch die in dem Referentenentwurf vorgesehenen Verschlechterungen besteht die Gefahr, dass die Vertreter diesen zukünftigen Herausforderungen nicht mehr gerecht werden können und wollen.

Im vorliegenden Entwurf fehlt das „objektive“ Element bei der Definition des Geschäftsgeheimnisses. Während die Richtlinie zumindest noch von „rechtmäßiger Kontrolle“ spricht und in Erwägungsgrund 14 von einem „legitimen“ Geheimhaltungsinteresse ausgeht, fehlt dies im nationalen Umsetzungsentwurf. Insbesondere für den Bereich des kollektiven Arbeitsrechts müssen Arbeitnehmervertreter aber zur Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Aufgaben Zugang zu Informationen haben, deren „Sperrung“ nicht im subjektiven Belieben des sozialen Gegenspielers stehen darf. Es geht hier nicht um einen Konflikt zwischen Marktteilnehmern, sondern vor allem um die Beziehung der Betriebs- bzw. Dienststellenparteien zueinander. Das Fehlen des Erfordernisses des objektiven Geheimhaltungsinteresses hat aber auch erhebliche negative Auswirkungen für die einzelnen Beschäftigten und ihre Möglichkeiten von Kommunikation und Mobilität.

In Deutschland werden nach geltendem Recht Geschäftsgeheimnisse und unternehmerisches Know-how durch zivil- und strafrechtliche Vorgaben bereits heute wirksam und angemessen geschützt; die Verletzung von Geheimhaltungsinteressen wird entsprechend 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 jetzt 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 § 116 AktG ausdrücklich geregelt. Sie sichern die wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens im Wettbewerb, verhindern aber nicht den notwendigen Informationsaustausch zwischen Beschäftigten und ihren Interessenvertretungen. So darf heute die Interessenvertretung einen Arbeitnehmer wegen ihrer Aufgaben nach §§ 111 ff. BetrVG i.V.m. § 80 Abs. 1 Nr. 1 und 8 BetrVG über einen bevorstehenden Personalabbau ohne Sanktionsgefahr 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).

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.**

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 während des Arbeitsverhältnisses und nach dessen Beendigung. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind nachvertragliche Geheimhaltungspflichten und Wettbewerbsverbote möglich – die jedoch jeweils 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, deutlich strengere und notwendige Voraussetzungen gebunden.

Nach dem vorliegenden Entwurf **erhalten Unternehmen weitgehend die Deutungs-
hoheit darüber, welche Informationen als Geschäftsgeheimnisse gelten sollen.** Ob an der Geheimhaltung einer Information ein legitimes und objektives Interesse besteht, soll nach dem Gesetzentwurf – anders als derzeit in Deutschland und im Widerspruch zu den Erwägungsgründen der Richtlinie – keine Rolle mehr spielen. 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 einen Unterlassungsanspruch geben.

Das im Gesetzentwurf konzipierte Schutzsystem bedeutet für das Arbeitsrecht **eine nicht zu rechtfertigende Einschränkung der Arbeitnehmerrechte und ihrer beruflichen Mobilität der Einzelnen, aber auch eine erhebliche Erschwerung der Arbeit von Betriebs- und Personalräten sowie der Gewerkschaften**. Aus bisherigen Karrenzentschädigungen aus Anlass der nachvertraglichen Konkurrenzverboten würde die Androhung einer Strafzahlung. 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 geschützten Positionen (insbesondere durch Art. 12 und Art. 9 Abs. 3 GG) wäre die Folge.

Diese drohenden Verschlechterungen sind unionsrechtlich weder intendiert noch indiziert. Die Richtlinie ist auf ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarkts ausgerichtet (Art. 114 AEUV), bezweckt aber keinen Eingriff in die Rechte der Arbeitnehmer/innen und ihrer Vertretungen. Der Gesetzgeber lässt allerdings die Vorgaben der Richtlinie, mit welchen der Eingriff in die Rechte der Arbeitnehmer/innen und ihrer Vertretungen verhindert werden könnte, weitgehend unbeachtet.

Die umzusetzende Richtlinie legt in ihrem Erwägungsgrund 14 den Maßstab des berechtigten Geheimhaltungsinteresses der Definition des Geschäftsgeheimnisses zugrunde. 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.

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). All das findet jedoch keinen Niederschlag im vorliegenden Gesetzentwurf.

Eine wie derzeit im Entwurf vorgesehene Verschlechterung der Rechtslage für die Arbeitnehmerseite wäre jedoch schon vor dem Hintergrund des § 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 § 8 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.

Bei der Umsetzung der Richtlinie in das deutsche Recht muss daher dringend klargestellt werden, dass die im Arbeitsrecht bereits geltenden Verschwiegenheitsregeln und -vorschriften für Arbeitnehmervertreter und einzelne Arbeitnehmer weiterhin als spezialgesetzliche Regelungen Bestand und Vorrang haben. Eine solche Klarstellung ist ausdrücklich und rechtsverbindlich in dem geplanten Gesetz zu verankern.

II. Zu ausgewählten Regelungen des aktuellen Referentenentwurfs

A. Fehlende Umsetzung des Art. 1 der Richtlinie

Art. 1 der Richtlinie, welcher die Zielsetzung der Richtlinie und ihren Anwendungsbereich bestimmt, ist in Gänze im vorliegenden Entwurf nicht umgesetzt worden. Das halten wir für falsch, denn damit fehlen für die Auslegung der Vorschriften des neuen Gesetzes wichtige Festlegungen. Zum einen fehlt die Vorgabe, dass die Richtlinie und damit auch das Umsetzungsgesetz die Rechte der Sozialpartner nicht beeinträchtigt, zum anderen fehlen die zentralen Auslegungsvorgaben für die Erhaltung der beruflichen Mobilität der Beschäftigten. In Verbindung mit teils missglückten Vorschriften zu „Handlungsverboten“ und prozessualen Vorgaben (s. Bewertung zu § 5) trägt auch dieses Defizit zu einer Verschlechterung der Lage der einzelnen Beschäftigten und ihrer Interessenvertretungen bei.

B. Abschnitt 1: Allgemeines

1. Zu § 1 des Entwurfs

Zum Begriff des Geschäftsgeheimnisses

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.**

Im vorliegenden Gesetzentwurf fehlt jedes „objektive“ Element bei der Definition des Geschäftsgeheimnisses. Während die Richtlinie zumindest noch von „rechtmäßiger Kontrolle“ spricht und in Erwägungsgrund 14 von einem „legitimen“ Geheimhaltungsinteresse ausgeht, fehlt dies bei der nationalen Umsetzung. Insbesondere für den Bereich des kollektiven



Arbeitsrechts müssen Arbeitnehmervertreter aber zur Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Aufgaben Zugang zu Informationen haben, deren „Sperrung“ nicht im subjektiven Belieben des sozialen Gegenspielers stehen darf.

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 bestätigt die Richtlinie ausdrücklich, dass bei der Bestimmung des Begriffs eines Geschäftsgeheimnisses 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 umgesetzt wurde.**

Von dem Begriff des Geschäftsgeheimnisses sind nach dem Definitionsvorschlag im Gesetzentwurf damit auch Informationen über rechtswidrige Handlungen eines Unternehmens umfasst. Auch solche Informationen werden nach dem Referentenentwurf zunächst geschützt. Ihre Offenlegung wäre nach § 4 Nr. 2 dann zulässig, „wenn die das Geschäftsgeheimnis erlangende, nutzende oder offenlegende Person in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen.“ **Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften lehnen einen Schutz von solchen Informationen und ihre Erfassung von dem Tatbestand eines Geschäftsgeheimnisses strikt ab.** Zu Bewertung der Regelung des § 4 Nr. 2 s. dort.

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 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. **Die Definition des Gesetzentwurfs 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 verlangen, dass der Inhaber einer Information, die als Geschäftsgeheimnis gelten soll, angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen trifft. 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 der – nun durch die Richtlinie vorgeschriebenen – Geheimhaltungsmaßnahmen der bisherigen ausufernden Geheimhaltungspraxis eine gesetzliche Legitimation verschafft wird. Hinzu kommt, dass als „angemessene Geheimhaltungsmaßnahme“ ggf. eine Verschwiegenheitsverpflichtung mit einem Strafversprechen ein Geheimnis fingieren könnte. Nach der Definition begründet die Maßnahme erst den Charakter als Geheimnis, bietet dann aber selbst schon Grundlage für etwaige Unterlassungsansprüche.

Mit Ausnahme der „Nicht-Offenkundigkeit“ können alle weiteren Tatbestandmerkmale 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 seiner Mitgliedsgewerkschaften strikt abgelehnt.** Hierzulande hat sich 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 nach dieser Definition 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.
- **(Rechtmäßige) Vorgänge, an deren Geheimhaltung kein berechtigtes wirtschaftliches Interesse besteht, stellen keine schützenswerten Geschäftsgeheimnisse dar,** zu deren Verschwiegenheit Arbeitnehmer/innen bzw. deren Vertretung verpflichtet sind.

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:

- 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 (Begriffsbestimmungen) „im Sinne dieses Gesetzes“ gemeint ist, ob damit Definitionen von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen nach anderen Gesetzen ausgenommen sein sollen.

Zum Inhaber des Geschäftsgeheimnisses

Der Begriff des Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses ist ebenfalls unzutreffend im vorliegenden Gesetzentwurf umgesetzt. Die Definition der Richtlinie verlangt, dass der Inhaber eine „rechtmäßige Kontrolle“ über die Information besitzen muss. Stattdessen soll nach dem vorliegenden Gesetzesvorschlag als Inhaber jede Person gelten, die ein Geschäftsgeheimnis rechtmäßig erlangt hat und es nutzen darf, also auch ein Betriebsrat im Rahmen seiner Tätigkeit. **Dies führt zu widersinnigen Ergebnissen, wenn ein Betriebsrat zum Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses des Arbeitgebers werden könnte.**

Aber auch über das Arbeitsrecht hinaus führt der im Entwurf vorgesehene Begriff des Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses zu Verwerfungen:

Er nimmt keine ausreichende Differenzierung zwischen demjenigen, der der eigentliche, ursprüngliche Eigentümer der grundlegenden Information ist, und demjenigen, der anderweitig rechtmäßig in den Besitz dieser Information gelangt ist, vor. Inhaber kann außer dem Eigentümer aber auch jeder Dritte sein, der die Voraussetzungen des § 2 erfüllt. Dritte würden durch die Formulierung selbst zum Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses. Es könnte dadurch die paradoxe Situation entstehen, dass derjenige, der lediglich das Produkt eines Anderen am Markt ankauft und es anschließend durch „Beobachten, Untersuchen, Rückbauen oder Testen“ (§ 2 (2) RefE) erfolgreich kopiert, dadurch ein eigenes Geschäftsgeheimnis erwirbt, das er anschließend selbst gegenüber dem ursprünglichen Entwickler / Erfinder unter Inanspruchnahme des Instrumentariums des zweiten Abschnittes des RefE in Stellung bringen könnte. Streitigkeiten, wie sie aus der IT-Branche bereits hinlänglich international bekannt sind, dürften sich daher auch in andere Branchen ausbreiten.

2. Zu § 2 und § 3 des Entwurfs

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 (§ 2) und Handlungsverboten (§ 3). Insgesamt beschränken sich die „erlaubten Handlungen“ nach § 2 auf das Erlangen der Geschäftsgeheimnisse; ihre Nutzung und Offenlegung ist wohl offensichtlich (bis auf die Rechtfertigungstatbestände nach § 4, dazu nachfolgend) unerlaubt.



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.

Die Regelung der erlaubten Handlungen in Art. 2 beginnt mit einer Generalklausel, die lautet: „Ein Geschäftsgeheimnis darf durch Gesetz, auf Grund eines Gesetzes oder durch Rechtsgeschäft erlangt, genutzt oder offengelegt werden“.

Abgesehen von der sprachlich missglückten Formulierung (Wie soll ein Geschäftsgeheimnis „durch Gesetz“ erlangt oder genutzt werden?!), bringt diese Regelung weder Rechtsklarheit noch sichert sie die Rechte der einzelnen Arbeitnehmer oder ihrer Interessenvertretungen. Im Gegenteil: aus dem Zusammenspiel zwischen beiden Vorschriften – der Regelung der erlaubten Handlungen in § 2 und der Handlungsverbote in § 3 – 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 (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 des Gesetzesentwurfs), es darf aber beim Vorliegen einer entsprechenden Geheimhaltungsverpflichtung nicht genutzt oder offengelegt werden (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 und 3 sowie Abs. 3). 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, 105 111 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 Information machen dürfen.** Denn jegliche Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen soll laut des vorliegenden Gesetzesentwurfs als rechtswidrig gelten, wenn sie gegen Vertraulichkeitsvereinbarungen oder sonstige Nutzungsbeschränkungsvereinbarungen verstößt – auf den Umfang der Vereinbarung, die Umstände ihres Zustandekommens und ihre Berechtigung kommt es nicht an. **Das muss dringend korrigiert werden**

In der Begründung geht der Gesetzgeber davon aus, dass durch § 2 Abs. 2 Nr. 3 des Gesetzesentwurfs die derzeitige Rechtslage in Bezug auf die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertretungen abgesichert wird. **Allerdings beinhalten die Veränderungen in der Definition des Begriffs „Geschäftsgeheimnis“ in § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Entwurfs bereits entscheidende Verschlechterungen zur bisherigen Rechtslage:** Bisher sind Geheimnisse Informationen, die im Zusammenhang mit dem Unternehmen stehen, die nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt sind, nach dem Willen des Unternehmens



geheim gehalten werden sollen und **an denen ein berechtigtes Geheimhaltungsbedürfnis besteht**. Dieses Bedürfnis wird nach objektiven Kriterien abgegrenzt (BGH 05.06.1975 – Az.: II ZR 156/73).

Die Verschlechterung besteht insbesondere darin, dass nun alle Informationen – wie in der Praxis – häufig unter die Geheimhaltungspflicht gefasst werden können, weil es den Unternehmen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1b Entwurfs obliegt, vertraglich Geheimhaltungsverpflichtungen/Vertraulichkeitserklärungen zum Beispiel auch von Aufsichtsratsmitgliedern zu verlangen. In diesen Erklärungen können gleichzeitig die Androhungen von Geldstrafen und Freiheitsstrafen eingebunden werden und das tatsächliche Hinterfragen des Vorliegens von Geschäftsgeheimnissen (wie in der bisherigen Praxis), findet schon jetzt absehbar nicht mehr statt.

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 lediglich die Abberufung aus dem Aufsichtsrat; für eine Kündigung 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 weitere Verstöße gegen die Verschwiegenheitspflicht wird durch eine Abberufung ausgeschlossen, weshalb eine Kündigung unverhältnismäßig ist.

Mit der Verschärfung in Bezug auf die Sanktion von Verstößen gegen die Verschwiegenheitspflicht nach den dem vorliegenden Gesetzentwurf zugrundeliegenden Regelungen findet dagegen im Hinblick auf diese bisherige BAG-Rechtsprechung eine Verschlechterung (auch) für Arbeitnehmervertreter/-innen statt, denn die bisherige Rechtsprechung lautet wie folgt (Hervorhebung von uns): „*Begeht der Arbeitnehmer bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit rechtswidrige und vorsätzliche - ggf. strafbare - Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen seines Arbeitgebers, verletzt er zugleich in schwerwiegender Weise seine schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) und missbraucht das*



in ihn gesetzte Vertrauen. Ein solches Verhalten kann auch dann einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB darstellen, wenn die rechtswidrige Handlung Sachen von nur geringem Wert betrifft oder zu einem nur geringfügigen, möglicherweise zu gar keinem Schaden geführt hat.“ (BAG 10.06.2010 – Az.: 2 AZR 541/09).

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 § 1 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 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 dem 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.**



Weitere kollektivrechtliche Aspekte der Bewertung

Die geplante nationale Regelung widerspricht auch den bisher geltenden Zusicherungen der Rechte der Interessenvertretungen und dürfte zudem 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 RefE 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 Vertraulichkeitsvereinbarung falle auch die Verpflichtung von Arbeitnehmern im Arbeitsverhältnis zu Geheimhaltung und Loyalität. In unserer früheren Stellungnahme zu den 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 Referentenentwurf (§ 22 Abs. 1 Nr. 3) besteht insoweit eine Strafandrohung bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe, wer „entgegen § 3 Absatz 2 Nummer 3 als eine bei einem Unternehmen beschäftigte Person ein Geschäftsgeheimnis ... offenlegt.“ Entgegen unserer Erläuterungen und Warnungen stellt der Referentenentwurf 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 offengelegt 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.

zen. 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 ist, 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 bedeuten, die Verantwortung für ein solches Mandat wahrzunehmen.

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 (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 iVm Abs. 2 Nr. 1 a RefE). Wie in unserer Stellungnahme vom Oktober 2017 zu den Anforderungen an die Richtlinienumsetzung ausgeführt, ist es in der Praxis nicht unüblich, dass Mitbestimmungsverstöße 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 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.

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 § 2 und § 3 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.

Abschließende Bemerkung zu § 2 und § 3 des Entwurfs

Der DGB und seine Gewerkschaften bewerten auch die Auswirkungen der Regelungen des § 2 und des § 3 des vorliegenden Gesetzentwurfs auf das Arbeitsrecht und 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. Eine Bereichsausnahme für das individuelle und kollektive Arbeitsrecht wäre hierfür das einfachste Mittel**, hilfsweise sollte aber zumindest eine entsprechende Klarstellung im Gesetz erfolgen und den vorangehend benannten Bedenken entsprochen werden.

3. Zu § 4 des Entwurfs

§ 4 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“ (§ 2) – 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 erforderlich ist, was neben der Ausübung der Meinungsfreiheit (Ziff. 1) auch in folgenden Fällen explizit vorliegen soll:

- Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines anderen 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).

Zu Ziff. 2 des § 4 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 zumutbar sind.

Zu Ziff. 3 des § 4 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.

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

Zu § 5 S. 2 des Entwurfs – Unterlassungsanspruch bei drohender Geheimnisverletzung



Nach dem Gesetzentwurf ist ein Unterlassungsanspruch bei drohender Rechtsverletzung geplant (§ 5 Satz 2). 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 ArbGG im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren parteifähig. Er ist auch nur partiell vermögensfähig, nämlich nur 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).

D. Abschnitt 3: Verfahren (ausgewählt)

Zu § 14 des Entwurfs – Sachliche und örtliche Zuständigkeit

§ 14 Abs. 1 sieht vor, dass die Zivilkammern der Landesgerichte ohne Rücksicht auf den Streitwert ausschließlich zuständig sind. Bei dieser Regelung handelt es sich nach ihrem Wortlaut (Festlegung der Zivilkammer eines Landgerichts als Eingangsgericht für die Klage, unabhängig vom Streitwert) und in Übereinstimmung mit dem ersten Teil der Überschrift um eine Vorschrift zur sachlichen Zuständigkeit, nicht zur Rechtswegzuständigkeit. Ob also etwa die Zivilgerichtsbarkeit oder die Arbeitsgerichtsbarkeit für Klagen in Geheimnisstreitsachen anzurufen ist, entscheidet sich nach den Vorschriften über die diesen Gerichtsbarkeiten ausschließlich zugewiesenen Angelegenheiten (Streitigkeiten) i.V.m. § 13 GVG. Diese Auslegung der Vorschrift wird durch die Begründung des Entwurfs bestätigt, wonach diese Bestimmung lediglich die sachliche und örtliche Zuständigkeit regelt und lediglich den Fall betrifft, dass der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten (überhaupt) eröffnet ist. Ergänzend wird in der Begründung weiter verdeutlicht, dass durch den Gesetzentwurf nicht in die Rechtswegzuständigkeit zu den Arbeitsgerichten eingegriffen werden soll, sondern dieser Rechtsweg unberührt bleibt.



Dies ist jedoch insoweit problematisch, als es unzureichend ist, die unverändert bestehende (ausschließliche) Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit (der Fälle nach §§ 2, 2a ArbGG) nur in die Begründung zu schreiben. Aus dem Gesetzeswortlaut des vorliegenden Entwurfs geht dies nicht klar hervor; er ist aber derjenige Text, der am Ende als Gesetz abgedruckt ist, während die Gesetzesgründung Arbeitgebern, Beschäftigten und ihren Interessenvertretungen nicht vorliegt. Daher könnte diese Regelung letztendlich mittelbar die Rechtsdurchsetzung von Arbeitnehmer/innen und Interessenvertretung beschränken, weil juristische Laien den eigentlichen Inhalt der Gesetzesformulierung nicht zutreffend erfassen und verstehen können. Aufgrund der Unklarheit und Intransparenz der Regelung könnten Arbeitnehmer/innen und ihre Interessenvertretungen davon ausgehen, dass sie in Geheimnisstreitsachen vor den Zivilgerichten verklagt würden. Dies ist für Arbeitnehmer/innen bedeutsam, da nachteilig: Anders als im arbeitsgerichtlichen Verfahren erster Instanz (vgl. § 12a Abs. 1 ArbGG), trägt im Zivilprozess allein der Unterliegende die Kosten des Rechtsstreits.

Problematisch erscheint § 14 Abs. 1 auch insoweit, als Gegenstand der Klage in Geschäftsgeheimnisstreitsachen eine Verletzung von Geheimnissen durch – etwa – ein Mitglied oder Ersatzmitglied des Betriebsrats oder einer der in § 79 Abs. 2 BetrVG bezeichneten Stellen betrifft. § 2 a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG ordnet eine ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit – etwa für Angelegenheiten aus dem Betriebsverfassungsgesetz – an (Zuständigkeit im Beschlussverfahren, §§ 80 ff. ArbGG), soweit nicht für Maßnahmen nach seinen §§ 119 bis 121 BetrVG die Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben ist. Diese Rechtswegzuständigkeits-Ausnahme (in § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG) für die Arbeitsgerichtsbarkeit, der auch die o. g. Verletzung von Geheimnissen nach der spezialgesetzlichen Vorschrift des § 120 BetrVG unterfällt, bedeutet, dass für die Konkurrenz dieser betriebsverfassungsrechtlichen Spezialvorschrift mit den Straftatbeständen des § 22 des Gesetzentwurfs (insbesondere des § 22 Abs. 1 Nr. 3 – entsprechend der bisherigen Vorschrift des § 17 Abs. 1 UWG) der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten **nach Maßgabe des § 14 Abs. 1 dieses Gesetzentwurfs** eröffnet sein könnte.

Diese Unklarheit in Bezug auf die Rechtswegzuständigkeit ist erst durch den vorliegenden Vorschlag entstanden, ist nicht Gegenstand der Richtlinie, widerspricht der Wertung ihres Art. 14 Abs. 1 UAbs. 2 (wonach die Mitgliedstaaten die Haftung von Arbeitnehmern für Schäden begrenzen, aber nicht ausweiten können) und hätte für Arbeitnehmer und Betriebsräte folgende weitreichende negative Konsequenzen:

- Die persönliche Inanspruchnahme in einem Verfahren vor dem Landgericht in der Zivilgerichtsbarkeit würde im Zusammenhang mit der Betriebsratstätigkeit außerhalb der arbeitsgerichtlichen Fachgerichtsbarkeit erfolgen. Hierin ist eine Benachteiligung wegen des Betriebsratsamtes im Sinne von § 78 BetrVG und auch ein Verstoß gegen Art. 7 der RL 2002/14/EG zu sehen.
- Höhere Schadensersatz- und Streitwerte, die das Vielfache des Jahreseinkommens eines Arbeitnehmers betragen können, werden voraussichtlich eine erhebliche abschreckende Wirkung entfalten. Bei einem Streitwert von 500.000 € läge das Prozesskostenrisiko bei 29.773 €.



- Eine Vertretung durch Verbandsvertreter wäre bei den Zivilgerichten nicht möglich, stattdessen bestünde zudem Anwaltszwang, außerdem würde die Kostenerstattungspflicht entfallen und die Gerichtsgebühren wären erheblich höher.

Aus Sicht von Prozessvertretern würde – in der Folge – im Falle der Inanspruchnahme von etwa Betriebsratsmitgliedern daher zu prüfen sein, ob nicht Staatshaftungsansprüche (im Sinne der Frankovich-Rechtsprechung des EuGH) gegen die Bunderepublik realisiert werden können, sollte der Gesetzentwurf auch in diesem Punkt so bleiben wie er derzeit ist.

Zur Vermeidung von Missverständnissen halten es der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften deshalb für erforderlich, dass die o. g. – aus Wortsinn und Historie (gesetzgeberischer Wille) gefolgerte – Auslegung einer Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte auch im Gesetzeswortlaut selber einen hinreichenden Niederschlag findet. § 14 Abs. 1 ist um Satz 2 zu ergänzen, in dem klargestellt wird, dass der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten unberührt bleibt.

Darüber hinaus sollte im Gesetzestext selbst klargestellt werden, dass auch für Geschäftsgeheimnistreitigkeiten, die eine/n Arbeitnehmer/in in ihrer/seiner Eigenschaft als Mitglied oder Ersatzmitglied einer betrieblichen Interessenvertretung betreffen, die ausschließliche Rechtswegzuständigkeit zu den Arbeitsgerichten gegeben ist. Dies ist angesichts des engen Zusammenhangs einer etwaigen Geheimnispflichtverletzung eines Mitglieds oder Ersatzmitglieds einer Arbeitnehmervertretung mit den betrieblichen und Arbeitsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer(-vertretung) sachgerecht.

E. Abschnitt 4: Strafvorschriften (ausgewählt)

§ 22 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.



III. Abschließende Bemerkungen

Der DGB schlägt – als Mindestanforderungen – folgende klarstellende Regelungen vor:

Das Gesetz – in ihrem verbindlichen Teil – ist um folgende Sätze zu ergänzen:

Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf Informationen, die auf Grund einer Eigenschaft oder Tätigkeit erlangt, genutzt oder offengelegt werden, die eine Geheimhaltungspflicht nach § 79 BetrVG, § 29 SprAuG, § 10 BPersVG, entsprechender Vorschriften in den Personalvertretungsgesetzen, § 39 Abs. 2 EBRG, § 41 SEBG oder § 116 AktG, bzw. § 116 AktG i.V.m. § 25 MitbestG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbetG oder § 3 Abs. 2 MontanMitBestG auslöst. Ferner sind seine Bestimmungen, mit Ausnahme des Abschnittes III unanwendbar zwischen Parteien, zwischen denen ein Arbeitsverhältnis besteht oder bestand.

Über eine solche „Bereichsausnahme“ hinaus **muss 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 im weiteren Gesetzgebungsverfahren **sicherzustellen dass:**

1. Als Geschäftsgeheimnis nur eine Information gelten kann, an deren Geheimhaltung 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.