

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes aus Anlass der öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zur BT-Drucksache 19/4724

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

04.12.2018

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

**Das geplante GeschGehG beeinträchtigt die Interessen der Beschäftigten und ihrer Interessenvertretungen in nicht zu rechtfertigender Weise. 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, einen angemessenen Ausgleich zwischen den wirtschaftlichen Interessen der Unternehmen und den Rechten der Beschäftigten und ihrer Interessenvertreter zu schaffen. **Das geplante Gesetz gefährdet wichtige Kommunikation der Beschäftigten, deren berufliche Mobilität sowie die Mitbestimmung in Betrieben, Dienststellen und Unternehmen.**
- **Die geplante Legaldefinition des Geschäftsgeheimnisses (§ 2 Abs. 1 GeschGehG-E) ist sowohl generell als auch speziell für den Kontext des Arbeitsrechts unbrauchbar und wird abgelehnt.** In der erstmalig im deutschen Recht geplanten Legaldefinition eines Geschäftsgeheimnisses fehlt das Erfordernis des Vorliegens eines notwendigen, **legitimen Geheimhaltungsinteresses des Geschäftsgeheimnisinhabers. Die diesbezüglichen Vorgaben der EU-Geschäftsgeheimnis-RL setzt der Regierungsentwurf des GeschGehG nicht hinreichend um.** Die geplante Legaldefinition steht im eklatanten Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung der obersten Gerichte in Deutschland. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften fordern deshalb eine entsprechende Korrektur der Definition im rechtsverbindlichen Teil des Gesetzes § 2 Nr. 1 GeschGehG-E.
- Die Gesetzesbegründung (§ 3 Abs. 2 GeschGehG-E) bringt die gesetzgeberische Absicht zum Ausdruck, „den Sonderregelungen zu Geschäftsgeheimnissen in anderen Gesetzen“ gegenüber dem GeschGehG Vorrang einzuräumen. Dies soll laut Begründung „insbesondere Vorschriften über die

Deutscher Gewerkschaftsbund  
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](http://www.dgb.de/recht)

gesetzlich verankerten Rechte der Interessenvertretungen der Arbeitnehmer“ betreffen. Mindestens diese, vom Wortlaut des einschlägigen § 3 Abs. 2 des Entwurfs nicht gedeckte (und systematisch fehlerhaft verortete) Erläuterung, ist in den rechtsverbindlichen Teil des Gesetzes zu überführen – allerdings nicht in § 3 Abs. 2 des Gesetzes, sondern systematisch korrekt in der Regelung über den Anwendungsbereich. **Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften fordern eine ausdrückliche Vorrangregelung für die geltenden arbeitsrechtlichen Regeln, die im § 1 Absatz 4 zu verankern sind:** „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.

- **Art. 1 Abs. 3 der EU-Richtlinie ist im Entwurf des GeschGehG nicht umgesetzt worden. Das ist dringend nachzuholen. In § 1 GeschGehG-E ist als Abs. 5 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 beschränken. 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.“
- **Die geplante Regelung der erlaubten Handlungen (insb. § 3 Abs. 2 GeschGehG-E) bleibt hinter den Vorgaben der Richtlinie (Erwägungsgrund 18) zurück.** Nach § 3 Abs. 2 soll das Erlangen, die Nutzung oder die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen, erlaubt sein, wenn dies „durch ein Gesetz, aufgrund eines Gesetzes oder durch ein Rechtsgeschäft gestattet ist“, was das Vorliegen einer ausdrücklichen Erlaubnisnorm voraussetzt – diese gibt es aber weder für die kollektiven noch individuellen Arbeitsbeziehungen. Die Richtlinie regelt dagegen ausdrücklich, dass **die Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen etwa im Rahmen der kollektiven Vertretung der Interessen der Arbeitnehmer einschließlich der Mitbestimmung, als rechtmäßig im Sinne dieser Richtlinie gilt. Diese Regelung (bisher nur in der Begründung angedeutet) ist in den § 3 Abs. 2 zu überführen.**
- **Mit den geplanten Regelungen zu Handlungsverboten (§ 4 Abs. 2 Nr. 2, 3 sowie Abs. 3 GeschGehG-E) droht eine Legalisierung der ausufernden, missbräuchlichen Geheimhaltungspraxis,** die jetzt schon in vielen Unternehmen auf der Tagesordnung ist. Jeder Verstoß gegen eine – auch ohne ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse vom Unternehmen auferlegte – Verschwiegenheitsverpflichtung bedeutet nach dem geplanten Gesetz eine sanktionsbewährte, verbotene Handlung. Interessenvertreter und einzelne



Beschäftigte werden dadurch noch mehr als werden heute schon unter Druck gesetzt, für jeglichen Informationsaustausch Verschwiegenheitserklärungen zu unterschreiben. Damit drohen erhebliche Einschnitte in die Handlungsspielräume von Interessenvertretungen in Betrieben, Arbeitnehmervertretungen in Aufsichtsräten aber auch für die einzelnen Beschäftigten. **Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften lehnen die Anwendbarkeit dieser Vorschriften in Arbeitsbeziehungen ab.**

- § 4 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 die als Ergänzung des § 1 Abs. 4 GeschGehG vorgeschlagene Vorrangregelung auch bezüglich der Unternehmensmitbestimmung von immenser Bedeutung.
- Die Regelung der Rechtfertigungsgründe in § 5 GeschGehG-E (Nr. 2 und Nr. 3) ist sehr eng gefasst und mit nicht zu unterschätzenden Beweisproblemen für die Beschäftigten verbunden. Sie sichert weder die Interessen der Hinweisgeber noch den Informationsfluss zwischen den Beschäftigten und ihren Interessenvertretern hinreichend.
- **Abgelehnt wird von uns die Regelung der Strafvorschriften (§ 23 GeschGehG-E).** Es ist nicht sachgerecht, Freiheitsstrafen bei Offenlegung von Informationen, die ein Unternehmen weitgehend willkürlich zu Geschäftsgeheimnissen deklariert hat (vgl. hierzu die Ausführungen zu § 2 Nr. 1 GeschGehG), anzudrohen. Den strafrechtlichen Regelungen des UWG, die durch diese Regelung ersetzt werden sollen, liegt ein objektiver Begriff des Geschäftsgeheimnisses zugrunde, dem GeschGehG dagegen nicht. Eine derartig harte Sanktionierung ist zur Umsetzung der Richtlinie zudem nicht erforderlich.

## **II. Unionsrechtlich unzulässige Beeinträchtigung der Rechte der Einzelnen und ihrer Interessenvertretungen**

Das im Gesetzentwurf konzipierte Schutzsystem bedeutet für das Arbeitsrecht **eine – auch durch das EU-Recht – nicht zu rechtfertigende Einschränkung der Rechte von Arbeitnehmern, ihrer beruflichen Mobilität aber auch eine erhebliche Erschwerung der Arbeit von Betriebs-, Personal- und Aufsichtsräten sowie der Gewerkschaften.**

Wird – wie der vorliegende Gesetzentwurf vorsieht – 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 keinesfalls 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 denen 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 (Art.1 Abs. 3 GeschGehG-E). Die restlichen Zusicherungen der Richtlinie sind aber nicht umgesetzt worden. Der Entwurf bleibt damit auch in diesem Punkt 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 Weiterleitungspflicht an Arbeitnehmervertreter nur dann möglich sein, wenn diese die Arbeitsweise der betroffenen Unternehmen nach objektiven Kriterien erheblich beeinträchtigen oder ihnen schaden können. Auch damit ist der vorliegenden Entwurf nicht vereinbar.

### **III. Zu 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, allerdings nur für diese, nicht hingegen für das Arbeitsrecht: „öffentlich-rechtliche Vorschriften zur Geheimhaltung, Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen“ gehen den Re-



gelungen des GeschGehG vor (§ 1 Abs. 2 GeschGehG-E). **Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften halten 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.** § 1 Absatz 2 des Entwurfs ist daher zwingend dahingehend zu ergänzen, dass (bestehende) arbeitsrechtliche Vorschriften sowie die entsprechende Rechtsprechung, 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 sowie 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. Angesichts der unklaren Formulierung ist zweifelhaft, ob die in Deutschland bisher geltenden – durch die Rechtsprechung konkretisierten – Detailregelungen zum Umgang mit vertraulichen Informationen durch Interessenvertretungen in Betrieben / Dienststellen sowie durch die Gewerkschaften in Aufsichtsräten 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 sowie die entsprechende Rechtsprechung 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 im verfügenden Teil zu verankern.**

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

**Aufgrund der misslungenen und unvollständigen Definition des Geschäftsgeheimnisses räumt der GeschGehG-E den Unternehmen derzeit weitgehend die Deutungshoheit darüber ein, 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 nach dem GeschGehG 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 arbeitgeberseitig einen Unterlassungsanspruch geben.

#### **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 und durch die Richtlinie nicht vorgegeben.**

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 14 der Richtlinie ausdrücklich vorgesehen, nicht in dem verbindlichen Teil des Gesetzes umgesetzt wurde.** Eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung – wie derzeit vorgesehen – ist nicht ausreichend, um Verschlechterungen der Rechtslage zu verhindern. Sie ist nicht justiziabel, nicht rechtsverbindlich und damit nicht ausreichend, um eine ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie zu gewährleisten; zudem liegt die Gesetzesbegründung in der betrieblichen Praxis nie vor, so dass niemand weiß, ob etwas Wichtiges in der Begründung steht.

#### **b. Die einzelnen Kriterien der Definition für Arbeitsrecht sind untauglich**



Die – schon in der Richtlinie nicht konsistenten – Schlussfolgerungen innerhalb der Definition des Geschäftsgeheimnisses werden in der Richtlinie („von kommerziellen Wert, weil geheim“) 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 in sich, so auch die einschlägige Rechtsprechung in Deutschland. **Die Definition im Kabinettsentwurf geht also zum Nachteil der Beschäftigten und ihrer Interessenvertretungen über die Richtlinie hinaus bzw. berücksichtigt wesentliche Bestandteile nicht.**

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 nach der Richtlinie als auch nach dem vorliegenden Gesetzentwurf setzt die Definition des Geschäftsgeheimnisses u. a. voraus, dass der Geheimnisinhaber **angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen** getroffen hat. 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 Tatbestandsmerkmale 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**

Nach der ständigen Rechtsprechung der obersten Gerichte in Deutschland gelten Informationen als Geschäftsgeheimnis wenn sie vier Kriterien erfüllt:

- 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 der bisherigen Rechtsprechungsdefinition 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, nach bisheriger Rechtsprechung 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 bisher 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 Interes-



senvertretungen sowie Arbeitnehmer/-vertreter 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 2009/38/EG) drohten leerzulaufen.

Die Verpflichtungen der Unternehmen aus der sogenannten CSR-Richtlinie 2014/95/EU und dem ihrer Umsetzung dienenden „Gesetz zur Stärkung der nicht-finanziellen 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.

Gerade weil der Eingangssatz des § 2 des vorliegenden Kabinettsentwurfs (Begriffsbestimmungen) „im Sinne dieses Gesetzes“ meint, muss dringend klargestellt werden, dass tradierte Definitionen von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen nach anderen Rechtsgebieten, von diesem Regelungswerk nicht tangiert sind. Das setzt eine ausdrückliche Regelung des Anwendungsvorrangs der für die Arbeitsbeziehungen geltenden Vorschriften voraus.

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

**Begrüßt wird, dass verglichen mit dem Referentenentwurf 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. § 3 Abs. 2: Vorgaben der Richtlinie nicht umgesetzt**

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 gelten. 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 in § 3 Abs. 2 diese Vorgabe unzureichend um**, indem eine Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen nur dann rechtmäßig ist, wenn sie durch das Gesetz gestattet ist. Das ist aber eine sehr enge Formulierung, die offenbar eine ausdrückliche Erlaubnisnorm voraussetzt. **Die Regelung ist entsprechend dem Erwägungsgrund 18 der Richtlinie zu formulieren**, wonach 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. Zudem ist der Begründung der Vorschrift zu entnehmen, dass **spezialgesetzliche Regeln zum Umgang mit Geschäftsgeheimnissen Vorrang vor dem GeschGehG genießen sollen – aus dem Wortlaut der Vorschrift ist dies allerdings nicht abzuleiten. Der DGB fordert deshalb den Vorrang verbindlich festzuschreiben – vorzugsweise in § 1 des Gesetzes.**

#### **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 Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmervertretung“ erlaubterweise erworben werden können



(§ 3 Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzentwurfs), es darf aber bei 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, 105 111 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 von dieser Information machen darf.** 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.

Vertraulichkeitsvereinbarungen bzw. Verschwiegenheitserklärungen gehen nach unseren Erfahrungen schon heute über die erforderlichen und angemessenen Sicherungsanforderungen weit hinaus. Verschwiegenheitsregelungen mit teilweise drakonischen Sanktionsandrohungen bei Verletzung der Vertraulichkeit werden den Interessenvertretern in Betrieben und Arbeitnehmervertretern in Gremien schon heute regelmäßig zur Unterschrift vorgelegt – sind aber (beim Fehlen eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses) für die Interessenvertretungen bisher nicht verbindlich. Nach dem nun vorliegenden Kabinettsentwurf (§ 23 Abs. 1 Nr. 3) drohen dem Betriebsrat, der vom Arbeitgeber einseitig als Geschäftsgeheimnisse deklarierte und mit einer entsprechenden Vertraulichkeitsklausel versehene Informationen offenlegt, bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe. Der Gesetzesentwurf kommt damit einer unbeschränkten Zulassung von Verschwiegenheitserklärungen bzw. Vertraulichkeitsvereinbarungen gleich. **Auch das muss dringend korrigiert werden.**

Der Gesetzesbegründung zufolge muss eine solche Vertraulichkeitsverpflichtung nicht mal durch eine ausdrückliche Vereinbarung begründet werden. Vielmehr soll sie bereits aus der Treue- bzw. Rücksichtnahmepflicht des AN, die jedem Arbeitsverhältnis als eine vertragliche Nebenpflicht immanent ist, resultieren. Das bedeutet im Ergebnis, dass alle Beschäftigte, die eine willkürlich vom AG zum Geschäftsgeheimnis erklärte Information nutzen oder offenlegen, eine verbotene Handlung vollziehen, die entspr. dem Sanktionsregime des GeschGehG-E geahndet werden kann.

#### **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. Somit war es den Arbeitnehmervertreter/-innen im Aufsichtsrat mit ihrer Rolle als Doppelmandatsträger bisher zumindest möglich, generelle bzw. allgemeine Infos über Gegenstand, groben Verlauf und Ergebnis der Aufsichtsratssitzung ohne vertrauliche Details zu veröffentlichen (z. B. in Mitarbeiter-Zeitungen, im Betriebsrat oder auf einer Betriebsversammlung).

Nun 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 die Genehmigung des Aufsichtsratsvorsitzenden einholen muss. Solche 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 und obsolet.

**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 Eingriffe in die Funktionsweise der Mitbestimmung und die Tarifautonomie**

**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 § 2 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.

**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.

**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 Bemerkungen zu § 3 und § 4 des Entwurfs**

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften bewerten 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**



**ihrer Interessenvertretungen und der Gewerkschaften, 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 und wirksamste Mittel.**

### **5. Zu § 5 des Entwurfs**

§ 5 des Entwurfs 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 dann 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 Inha-



bers 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.

#### **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 Satz 2 des Entwurfs – Unterlassungsanspruch bei drohender Geheimnisverletzung**

Nach dem Gesetzentwurf ist ein Unterlassungsanspruch bei drohender Rechtsverletzung geplant (§ 6 S. 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 ArbGG 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 des Entwurfs**

Diese Strafvorschrift soll die strafrechtlichen Regelungen des UWG (§ 17 – 19) ersetzen, die mit dem Inkrafttreten des GeschGehG außer Kraft treten werden. Im Gegensatz zu den geltenden Straftatbeständen des Rechts gegen den unlauteren



Wettbewerb, denen ein objektiver Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses zu Grunde liegt, droht nun bis zu drei Jahre (bei Verwendung im Ausland: bis fünf Jahre) Freiheitsstrafe bei Offenlegung von Informationen, die Unternehmen willkürlich zum Geschäftsgeheimnis erklärt haben. (vgl. hierzu die Ausführungen zu § 2 Nr. 1 GeschGehG). Damit wird das bisherige Strafrechtsregime des UWG auf den Kopf gestellt.

Diese unsystematische Überführung des geltenden Schutzregimes in das GeschGehG ist für die Umsetzung der EU-Richtlinie nicht erforderlich. Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie schlägt 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 vorgeschrieben.

**Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften lehnen diese Verschärfung des Sanktionsregimes für das Arbeitsrecht als vollkommen unsachgemäß strikt ab.**

#### **IV. Abschließende Bemerkungen**

Auf Grundlage des geplanten GeschGehG – zumindest in der bisherigen Fassung – droht eine ausufernde Geheimhaltungspraxis, die zu einem rechtlichen und tatsächlichen Maulkorb für Beschäftigte und deren Interessenvertreter werden kann und werden wird, sollte dieser Entwurf Gesetz werden.

Um einer solchen Praxis entgegenzuwirken, die Grundrechte der Beschäftigten zu schützen und die funktionierende Mitbestimmung aufrechtzuerhalten, ist die Geltung des geplanten Gesetzes, insbesondere aber des für das Arbeitsrecht völlig untauglichen Begriffs des Geschäftsgeheimnisses, für das Arbeitsrecht auszuschließen. Die Korrektur des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses um das Kriterium des berechtigten Geheimhaltungsinteresses ist davon unabhängig notwendig, damit die Unternehmen nicht die alleinige Deutungshoheit darüber haben, welche Informationen sie zu schützenswerten Geschäftsgeheimnissen erklären können. Die Vorgaben der Richtlinie zum Schutz der beruflichen Mobilität sind umzusetzen.

Andernfalls würden Arbeitnehmer und ihre Interessenvertretungen in Betrieben und Unternehmen erheblichen Risiken ausgesetzt, mit arbeitsrechtlichen, haftungsrechtlichen und – vor dem Hintergrund der Strafandrohung von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe – strafrechtlichen Konsequenzen. Arbeitnehmer würden sich mit einem permanenten Risiko der Verletzung einer Verschwiegenheitspflicht beim Umgang mit berufsbezogenen Informationen und Interessenvertreter bei der Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Rechte und Erfüllung ihrer Verpflichtungen konfrontiert sehen. Die ausufernde Praxis der Verschwiegenheitsverpflichtungen wäre damit rechtlich bestätigt. Eine Kommunikation über Personalabbaupläne oder Sanierungspläne gegenüber der Beleg-



schaft könnte gänzlich unterbunden werden. Die Regelungen der unionsrechtlichen Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen (etwa der RL 2002/14/EG sowie der RL 2009/38/EG) drohten letztlich leerzulaufen.