

**Umfang und Grenzen der
Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern**

Gutachtliche Stellungnahme

von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

A. Sachverhalt

In seiner Online-Ausgabe vom 10. Oktober 2019 veröffentlichte das „Handelsblatt“ einen Artikel unter der Überschrift: „Neues Gutachten legt dubiose Geschäfte der Deutschen Bahn mit Ex-Managern offen“. Grundlage war ein dem „Handelsblatt“ vorliegender Untersuchungsbericht der Wirtschaftsprüfer von Ernst und Young (EY). Als erster wurde der Fall eines ehemaligen Geschäftsführers einer Tochtergesellschaft der Bahn dargestellt, der nach seinem Ausscheiden einen Beratervertrag mit einer Vergütung von € 374.850,- erhielt. Er habe sich lediglich einmal im Monat einen halben Tag mit dem zuständigen Vorstandsmitglied getroffen; eine Dokumentation darüber und über die Ergebnisse seiner Beratung existieren nicht. Eine Leistungserbringung habe allenfalls in geringem Umfang stattgefunden, die vorgesehene Vergütung sei daher nicht marktüblich gewesen.

In dem 432 Seiten umfassenden Gutachten von EY wurden die Beraterverträge von 29 Personen untersucht; Auftragnehmer waren einige Politiker, in erster Linie aber 25 ehemalige Führungskräfte. Das Gesamtvolumen dieser Beraterverträge habe rund 13 Mio. Euro ausgemacht. In den meisten Fällen wäre die Zustimmung des Konzernaufsichtsrats erforderlich gewesen, die aber nicht eingeholt wurde.

Die Vorgänge waren im Winter 2018/2019 von der Konzernrevision der Bahn aufgedeckt und dem Bahnvorstand gemeldet worden. Dieser schaltete umgehend den Aufsichtsrat ein. Der Ausschuss für Recht und Compliance befasste sich mit den Vorgängen und schaltete die Firma EY ein. Deren Gutachten (im Folgenden: EY-Bericht) betrifft auch Verträge, die ein Vorstandsmitglied der Bahn mit einem ausscheidenden Vorstandsmitglied abgeschlossen hatte und die ein Gesamtvolumen von 1 Mio. Euro erreichten. Die fehlende Einschaltung des Aufsichtsrats war in diesem Fall besonders gravierend, weil dieser gleichzeitig über eine Abfindung für dasselbe Vorstandsmitglied beriet. Auf der anderen Seite war die 1 Mio. kein Spitzenwert. Mit dem ehemaligen Vorstandsmitglied einer Tochtergesellschaft schloss die Bahn seit 2011 insgesamt zehn Beraterverträge ab, deren Honorarsumme sich auf 7,9 Mio. Euro belief.

Der 432 Seiten umfassende EY-Bericht wurde den Aufsichtsratsmitgliedern in der Weise zugänglich gemacht, dass sie lediglich ein Leserecht in Bezug auf die elektronische Fassung erhielten. Der Bericht konnte nicht ausgedruckt oder mit Kommentaren versehen werden.

Dies schränkte die Möglichkeiten zur Kenntnisnahme entscheidend ein. Unterstellt man, dass ein aufmerksamer Leser in der Stunde 20 Seiten (einschließlich der Vornahme von handschriftlichen Notizen) bewältigt, so hätte eine vollständige Kenntnisnahme 21,6 Stunden Arbeit vor dem Computer verlangt.

Das von der Gewerkschaft X vorgeschlagene und von der Gesamtbelegschaft gewählte Aufsichtsratsmitglied R. sah sich nicht in der Lage, sich auf diesem Wege ein umfassendes Bild von der Angelegenheit zu verschaffen und sachgerechte Entscheidungen im Aufsichtsrat zu treffen. R. wollte sich deshalb mit dem Vorsitzenden seiner Gewerkschaft besprechen, um insoweit zu einer fundierteren Einschätzung zu gelangen. Es gelang ihm, einen Ausdruck des Berichts herzustellen und ihn dem Vorsitzenden zu übermitteln. Im Anschluss daran kam es zu einem Gespräch mit dem Vorsitzenden und einem Rechtsanwalt.

Gegen das Aufsichtsratsmitglied R. wurde der Verdacht erhoben, die Presse, d. h. das „Handelsblatt“ über den Bericht und die dort geschilderten Vorgänge informiert zu haben. Anlass hierfür war die Tatsache, dass am 10. Oktober 2019 zwischen 4:01 Uhr und 12:00 Uhr eine Version des Handelsblatt-Artikels im Netz war, die eine Seite aus dem EY-Bericht zeigte, auf der als Wasserzeichen die E-Mail-Anschrift des Aufsichtsratsmitglieds R. zu sehen war.

Der Vorsitzende der GDL wandte sich daraufhin am 16. Oktober 2019 per E-Mail an das „Handelsblatt“ (Herrn Fockenbrock) und führte u. a. aus:

„In der Anlage finden Sie drei Versionen Ihres Artikels, welche ich wie folgt beschreiben möchte:

1. Version 1 ist mir von Herrn R. am 11.10.2019 per Mail zugesandt worden und hat meine Aufmerksamkeit erregt. Die Inhalte sind als kritisch zu bewerten, und wir haben uns intern mit der Frage befasst, ob und wie wir darauf reagieren. Allerdings sind die Sachverhalte nur ein Teil dessen, was dann in den folgenden Versionen an Informationen auftraf.
2. Version 2 habe ich selbst am gestrigen Abend aus dem Netz gezogen und auch soeben nochmals überprüft. Sie können am Ausdruck erkennen, dass ich gestern 21:21 Uhr diesen Ausdruck erstellt habe. Die Inhalte sind wesentlich umfänglicher und weiterhin als sehr kritisch einzuschätzen., denn das Fass scheint ja wohl keinen Boden zu haben.

3. Version 3 habe ich aus einer anderen Quelle, auch per Mail erhalten. Hier ist auffällig, dass an derselben Stelle, wo in Version 2 die Grafik eingeblendet ist, nunmehr ein Papier aus den AR-Unterlagen meines Kollegen eingebettet wurde, in dem klar erkennbar zu sein scheint, wer dieses Papier herausgegeben hat. Die Grafik ist dann weiter hinten im Artikel untergebracht.

Derzeit muss ich davon ausgehen, dass hier gezielt ein Papier hergestellt worden ist, welches meinen Kollegen beschädigen soll. Ich kann mir nicht vorstellen, dass Sie, selbst wenn Sie diese Information besitzen sollten, gezielt einen Informanten in die Öffentlichkeit stellen würden. Meine Frage lautet deshalb:

Haben Sie oder die Redaktion zu irgendeinem Zeitpunkt dieses Dokument mit dem schräg verlaufenden Wasserzeichen in das Netz eingestellt und damit als Zeitung veröffentlicht?

Diese Mail hat keinen Blindverteiler und ist von einer Mailadresse gesendet worden, welche nur ich allein verwalte.“

Die Redaktion des „Handelsblatt“ entschuldigte sich umgehend für das Versehen; die späteren Versionen des Artikels enthielten das Bild mit dem Auszug aus dem Bericht und dem Wasserzeichen nicht mehr. Das „Handelsblatt“ erklärte außerdem ausdrücklich, Herr R. sei nicht ihr Informant gewesen.

Im Auftrag des Aufsichtsratsvorsitzenden der Deutschen Bahn AG wurde von der Rechtsanwaltskanzlei Ri. am 25. Oktober 2019 eine Stellungnahme zur Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern abgegeben.

B. Rechtliche Würdigung

I. Überblick

Der vorliegende Sachverhalt wirft verschiedene Rechtsfragen auf.

Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MitbG bestimmen sich die Rechte und Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern in Aktiengesellschaften nach den Bestimmungen des Aktiengesetzes. Bezüglich der Sorgfaltspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern verweist § 116 Satz 1 AktG auf die für Vorstandsmitglieder geltende Vorschrift des § 93 AktG. Dort ist in Abs. 1 Satz 3 bestimmt:

„Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die den Vorstandsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekanntgeworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren.“

Dies wird in § 116 Satz 2 AktG noch einmal bekräftigt, indem es dort heißt:

„Die Aufsichtsratsmitglieder sind insbesondere zur Verschwiegenheit über erhaltene vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen verpflichtet.“

Als erstes stellt sich unter den gegebenen Umständen die Frage, ob es sich bei dem EY-Bericht um ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis oder um eine vertrauliche Angabe handelt. Dies bedarf deshalb der Erörterung, weil Gegenstand der Untersuchung ein rechtswidriges Verhalten von Organen der Deutschen Bahn war. Näher dazu unten II.

Unterstellt man, dass es sich um ein Geheimnis oder eine vertrauliche Angabe handelte, so stellt sich die weitere Frage, inwieweit ein Aufsichtsratsmitglied in solchen Fällen die Beratung Dritter in Anspruch nehmen darf. Insbesondere bei sehr komplexen Fragestellungen kann ein Bedürfnis bestehen, sich die Zusammenhänge ggf. im Einzelnen erklären zu lassen und eine Einschätzung der Umstände zu erhalten. Näher dazu unten III.

Schließlich stellt sich das Problem, inwieweit das Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG) vom 18. April 2019 (BGBl I S. 466) zusätzliche Möglichkeiten der Kommunikation eröffnet. Dafür könnte insbesondere sein § 5 sprechen, wonach die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen u. a. dann nicht unter den Geheimnisschutz fällt, wenn sie der Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens dient. Dazu unten IV.

II. Vorliegen eines Geheimnisses oder einer vertraulichen Angabe

1. Betriebs- und Geschäftsgeheimnis

Von einem „Geheimnis“ kann zum einen nur dann die Rede sein, wenn die fraglichen Tatsachen nicht allgemein bekannt oder offenkundig sind. Es muss sich vielmehr um Informationen handeln, die nur einem beschränkten Kreis von Personen zugänglich sind.

So etwa Habersack, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., München 2018, § 25 MitbG Rn. 103

Vor der Publikation durch das „Handelsblatt“ war der EY-Bericht nur einem beschränkten Personenkreis (Mitarbeiter von EY, Vorstand der DB) zugänglich. Nachdem wesentliche Inhalte öffentlich gemacht wurden, verlor der Bericht seine Eigenschaft als „Geheimnis“. In dem hier entscheidenden Zeitraum dürfte sie allerdings noch vorhanden gewesen sein.

Eine nur wenigen bekannte Tatsache ist nur dann ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, wenn das Nicht-Bekanntwerden im objektiven Interesse des Unternehmens liegt. Im Streitfall würde dies von den Gerichten in vollem Umfang überprüft. Dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied steht in diesem Zusammenhang kein Beurteilungsspielraum zu.

BGH 5.6.1975 – II ZR 156/73 – BGHZ 64, 325, 329; ebenso C. Schubert, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht, 5. Aufl., München 2017, § 25 MitbG Rn. 336 m. w. N.

Das Unternehmensinteresse ist jedoch nicht allein durch den Gedanken möglichst hoher Kapitalrentabilität bestimmt. Vielmehr gehen neben den Interessen der Anteilseigner insbesondere auch die der Arbeitnehmer in das „Unternehmensinteresse“ ein. Dies kann beispielsweise bedeuten, dass eine beabsichtigte Betriebsschließung durchaus bekannt gemacht werden kann, obwohl noch ein gewisses „Abschirmungsinteresse“ der Arbeitgeberseite besteht, die Planung möglichst vor Wettbewerbern geheim zu halten.

C. Schubert, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht, 5. Aufl., München 2017, § 25 MitbG Rn. 336; Mertens/Cahn, in: Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl., Köln 2013, § 116 Rn. 41, 51; Th. Raiser, in: Raiser/Veil/Jacobs, Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, Kommentar, 6. Aufl., Berlin 2015, § 25 MitbG Rn. 130 f.

Wenig Aufmerksamkeit hat bisher die Frage erfahren, ob ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens auch dann vorliegen kann, wenn es um rechtswidrige, eventuell sogar strafbare Handlungen geht.

S. etwa die umfassende Darstellung bei Köstler/Müller/Sick, Aufsichtsratspraxis. Handbuch für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, 10. Aufl., Frankfurt/Main 2013, Rn. 549 – 600, wo diese Frage gleichfalls nicht erörtert ist.

Dass hier eine Differenzierung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Vorgängen naheliegend ist, zeigt schon die Parallele zum Schutz von Staatsgeheimnissen. § 93 Abs. 2 StGB legt insoweit fest, dass Tatsachen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder gegen Abkommen über Rüstungsbeschränkungen verstoßen, keine Staatsgeheimnisse darstellen. § 95 StGB droht als allgemeine Vorschrift für den „Verrat von Staatsgeheimnissen“ Freiheitsstrafe zwischen sechs Monaten und fünf Jahren an, während § 97a StGB eine Sondervorschrift für den Verrat illegaler Geheimnisse enthält. Auch im hier interessierenden Bereich muss dies eine Rolle spielen, doch soll dies gesondert unten unter IV im Zusammenhang mit § 5 GeschGehG erörtert werden.

Lässt man diese Differenzierung zunächst beiseite, so ist es höchst zweifelhaft, ob im konkreten Fall ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens bestand. Bei objektiver Betrachtung ist das Unternehmen Deutsche Bahn AG an Transparenz interessiert, was auch seinen eigenen Verlautbarungen entspricht. Auch wenn ein fehlerhaftes Verhalten von Organen vorliegt, ist es besser, dieses einzuräumen, statt eine „Vertuschungsstrategie“ zu verfolgen, die dann aufgrund der großen Zahl der Beteiligten irgendwann doch ans Licht der Öffentlichkeit kommt. Anders verhält es sich dann, wenn es um reine Verdächtigungen oder objektiv unklare Situationen geht, deren rechtliche Bewertung letztlich erst durch eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung möglich ist. Sich keinen falschen oder überzogenen Verdächtigungen auszusetzen, kann ein berechtigtes Unternehmensinteresse darstellen.

Im vorliegenden Fall hat niemand die Richtigkeit der von EY getroffenen Feststellungen in Zweifel gezogen. Vielmehr hat der Aufsichtsrat aufgrund des Berichts beschlossen, dass in Zukunft mit ehemaligen Vorstandsmitgliedern keine Beraterverträge mehr abgeschlossen werden. Diese „Radikallösung“ ist nur vor dem Hintergrund verständlich, dass eben tatsächlich zahlreiche Verträge ohne die gesetzlich gebotene Einschaltung des Aufsichtsrats abgeschlossen wurden und dass auch nicht in allen Fällen dem bezahlten Entgelt eine angemessene oder überhaupt eine Gegenleistung gegenüberstand. Muss man deshalb von der Richtigkeit der im EY-Bericht getroffenen Feststellungen ausgehen, so gibt es kein unternehmerisches Interesse, diesen wie eine „geheime Kommandosache“ zu behandeln und gegenüber einer Kenntnisnahme durch Dritte abzuschirmen. Man kann sich im Gegenteil die Frage stellen, ob das Verhalten des Vorstands nicht das Informationsrecht des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder nach § 90 AktG verletzt hat, weil ein bloßes Leserecht bei einem Text dieses Umfangs keine vollständige Kenntnisnahme ermöglicht.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass der EY-Bericht kein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis darstellte.

2. Vertrauliche Angaben

Wie oben unter I ausgeführt, sind Aufsichtsratsmitglieder nicht nur zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verpflichtet. Vielmehr müssen sie nach § 116 Satz 2 AktG auch in Bezug auf vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen Verschwiegenheit bewahren.

Die „vertraulichen Angaben“ sind nicht mit den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen identisch.

OLG Stuttgart 7.11.2006 – 8 E 388/06, NZG 2007, 72, 74

Der Unterschied liegt vielmehr darin, dass es sich nicht um Tatsachen handeln muss, die nur einem kleinen Kreis von Personen bekannt sind. Vielmehr handelt es sich typischerweise um Mitteilungen, Berichte und Stellungnahmen, die den Bereich der Unternehmensorgane betreffen, insbesondere vertrauliche Berichte des Aufsichtsratsvorsitzenden an das Gesamtgremium oder vertrauliche Beratungen.

Habersack, in: Habersack/Henssler, a.a.O., § 25 MitbG Rn. 106; C. Schubert, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, a.a.O., § 25 MitbG Rn. 338

Dabei versteht sich aber die „Vertraulichkeit“ nicht etwa von selbst. Vielmehr muss die Information im (objektiv verstandenen) Interesse des Unternehmens geheimhaltungsbedürftig sein.

BGH 5.6.1975 – II ZR 156/73 – BGHZ 64, 325, 329; OLG Stuttgart 7.11.2006 – 8 E 388/06 – NZG 2007, 72, 74; C. Schubert, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, a.a.O., § 25 MitbG Rn. 338

Insoweit besteht Übereinstimmung mit der Behandlung von (potentiellen) Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Die oben gemachten Ausführungen gelten daher auch hier: Das objektive Unternehmensinteresse verlangt Transparenz, nicht etwa eine Geheimhaltung der Wahrheit. Insoweit führt die Qualifizierung des EY-Berichts als „vertrauliche Information“ zu keinen anderen Ergebnissen. Die Weitergabe an Dritte ist nicht untersagt.

III. Beratung durch Dritte

1. Der rechtliche Rahmen

Im konkreten Fall hat das Aufsichtsratsmitglied R. den EY-Bericht nicht etwa der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Vielmehr leitete er ihn lediglich an den Vorsitzenden seiner Gewerkschaft weiter, um sich mit diesem (und ggf. einem Rechtsanwalt) beraten zu können. Dies könnte auch dann rechtmäßig sein, wenn es sich um ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis oder um eine vertrauliche Information handeln würde.

Nach allgemeiner Auffassung besteht dann eine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht, wenn das Aufsichtsratsmitglied einen Berater heranzieht und diesem Einblick in die vertraulichen Unterlagen gewährt. Eine solche Zuziehung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn es sich um rechtlich oder faktisch komplizierte Angelegenheiten handelt.

BGH 5.6.1975 – II ZR 156/73, BGHZ 64, 325, 331; Henssler, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht. Kommentar, 4. Aufl., München 2019, § 116 AktG Rn. 9a; Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), a.a.O., § 93 AktG Rn. 15; Habersack, in: Habersack/Henssler, a.a.O., § 25 MitbG Rn. 107; Schubert, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, a.a.O., § 25 MitbG Rn. 348

Sie dient letztlich dem Unternehmensinteresse, weil sie die Qualität der Aufsichtsratsentscheidungen erhöht. Dabei ist der Berater sorgfältig auszuwählen und zur Verschwiegenheit zu verpflichten, wenn er dazu nicht von vorne herein kraft Berufsrecht verpflichtet ist.

BGH a.a.O.; ebenso Henssler, Habersack und Schubert, a.a.O.

In der Stellungnahme der Kanzlei Ri. vom 25. Oktober 2019 ist die Problematik der Einschaltung einer beratenden Instanz überhaupt nicht angesprochen.

2. Anwendung im konkreten Fall

In dem hier zu beurteilenden Fall lag ein komplexer und vielfältiger Sachverhalt vor. Dies wurde schon am Umfang des EY-Berichts deutlich, der mit 432 Seiten das Normalmaß bei weitem überschritten hatte. Dazu kam eine gewisse allgemeinpolitische Brisanz. Weiter war der Umstand von Bedeutung, dass der „Arbeitsdirektor“ der Deutschen Bahn AG direkt in einen der Fälle involviert war, bei denen der Aufsichtsrat in rechtswidriger Weise nicht eingeschaltet wurde. Dies warf die Frage auf, ob er auch weiterhin als vertrauenswürdiger Ansprechpartner für die Arbeitnehmerseite gelten konnte.

Angesichts dieser Umstände war es für das Aufsichtsratsmitglied R. naheliegend, sich um Beratung zu bemühen. Er wandte sich zu diesem Zweck an seinen Gewerkschaftsvorsitzenden, der Vertraulichkeit zusagte. Die Gewerkschaft ist eine geeignete Institution, die in einer solchen Entscheidungssituation um Rat gefragt werden kann. Sie ist durch ihr Vorschlagsrecht bei den Aufsichtsratswahlen in das System der Unternehmensmitbestimmung integriert. Schon deshalb stellt sie einen vertrauenswürdigen und verlässlichen Partner der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat dar.

Im selben Sinn hat der EuGH in einem ganz ähnlich gelagerten Fall entschieden. Dabei ging es um die Geheimhaltung von Insiderinformationen nach Art. 3 Buchstabe a der Richtlinie 89/592 „zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider-Geschäfte.“

Richtlinie 89/592/EWG des Rates vom 13. November 1989 zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider-Geschäfte, ABl. L 334/30

Auch dort hatte ein Organmitglied (streng geschützte Insider-)Informationen an den Vorsitzenden der Gewerkschaft weitergegeben, von deren Mitgliedern er gewählt worden war (was eine noch stärkere Anbindung als nach deutschem Recht bedeutete). Der EuGH entschied, dass die Weitergabe dieser hochsensiblen Informationen dann erlaubt sei, wenn „ein enger Zusammenhang zwischen der Weitergabe und der Ausübung (der) Arbeit oder (des) Berufes oder der Erfüllung (der) Aufgaben besteht und diese Weitergabe für die Ausübung dieser Arbeit oder dieses Berufes oder für die Erfüllung dieser Aufgaben unerlässlich ist.“

EuGH 22.11.2005 – C-384/02 – NJW 2006, 133 = ZIP 2006, 123

Noch deutlicher entschied die dänische Rechtsprechung in diesem Sinne. In seinem Urteil vom 14. Mai 2009 stellte der Hojesteret Kopenhagen (219/2008 – ZIP 2009, 1526) fest:

„Gibt ein von Arbeitnehmern gewähltes Mitglied des Verwaltungsrates einer Gesellschaft Informationen über die geplante Fusion dieser Gesellschaft an den Gewerkschaftsvorsitzenden weiter, so ist die Weitergabe dieser Informationen sachlich begründet und ein normaler Bestandteil der Funktion eines von den Mitarbeitern gewählten Mitglieds des Aufsichtsrates. Es handelt sich nicht um einen Verstoß gegen § 36 des dänischen Gesetzes über den Wertpapierhandel.“

Der vom EuGH verlangte enge Zusammenhang zwischen der Weitergabe und der Erfüllung der Aufgaben ist im vorliegenden Zusammenhang ersichtlich vorhanden: Es ging darum, eine fundierte Einschätzung über die Vorgänge zu gewinnen, was einem einzelnen Aufsichtsratsmitglied schon angesichts der großen Masse von Informationen schwer möglich war. Es besteht kein Anlass für die Annahme, im Rahmen der deutschen Mitbestimmung sei ein geringeres Maß an Kooperation zwischen einem gewerkschaftlichen Aufsichtsratsmitglied und der Gewerkschaft selbst möglich. Dies wäre umso unverständlicher, als die allermeisten Informationen, die das einzelne Mitglied des Aufsichtsrats erhält, längst nicht das Maß an Geheimhaltungsbedürftigkeit aufweisen, wie es bei den sog. Insider-Informationen besteht.

Selbst wenn man im konkreten Fall das Vorliegen eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses oder einer vertraulichen Angabe annehmen würde, hätte das Aufsichtsratsmitglied R. seine Verschwiegenheitspflicht nicht verletzt. Vielmehr war R. berechtigt, angesichts der Informationsfülle und des besonderen Charakters der Materie den Gewerkschaftsvorsitzenden um Rat zu fragen.

IV. Rückgriff auf § 5 des Geschäftsgeheimnisgesetzes?

1. Der neue rechtliche Rahmen

Das „Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen“ vom 18. April 2019 (BGBl I S. 466) ist am 26.4.2019 in Kraft getreten.

S. Wiedergabe des Textes unter www.gesetze-im-internet.de

Es enthält einen § 5, der Durchbrechungen des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen vorsieht und der im vorliegenden Zusammenhang von Interesse ist. § 5 GeschGehG lautet:

„Die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses fällt nicht unter die Verbote des § 4, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt, insbesondere

1. zur Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit, einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien;
2. zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen;
3. im Rahmen der Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitnehmervertretung, wenn dies erforderlich ist, damit die Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben erfüllen kann.“

Die in Bezug genommenen Verbote des § 4 umfassen nach dessen Abs. 2 Nr. 3 ganz allgemein jede Verpflichtung, ein Geschäftsgeheimnis nicht offenzulegen. Dazu gehören auch die entsprechenden Verpflichtungen von Aufsichtsratsmitgliedern nach § 25 MitbG. § 5 Nr. 2 GeschGehG stellt daher eine gesetzliche Anerkennung des Whistleblowing dar, was auch in der Literatur so gesehen wird.

Trebeck/Schulte-Wissermann, Die Geheimnisschutzrichtlinie und deren Anwendbarkeit. Auswirkungen auf Compliance und Whistleblowing im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2018, 1175 ff.; Naber/Peukert/Seeger, Arbeitsrechtliche Aspekte des Geschäftsgeheim-

nisgesetzes, NZA 2019, 583 ff.

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass § 5 Nr. 2 GeschGehG nur für ein Fehlverhalten „von einigem Ausmaß und Gewicht“ gelten soll.

So die Gesetzesbegründung in BT-Drucksache 19/8300 S. 14

Wegen Kleinigkeiten, wegen Lappalien den Geheimnisschutz zu durchbrechen, geht nicht an.

Ebenso Naber/Peukert/Seeger, NZA 2019, 583, 586

Für Arbeitnehmer kann es nach § 241 Abs. 2 BGB außerdem geboten sein, sich zunächst um innerbetriebliche Abhilfe zu bemühen, doch hat dies weder im Gesetzestext noch in der amtlichen Begründung Niederschlag gefunden.

Gleichwohl dafür jedoch Naber/Peukert/Seeger, NZA 2019, 583, 586

Soweit ein Geschäftsgeheimnis durchbrochen werden kann, gilt dies auch für „vertrauliche Angaben“. Diese genießen nach geltendem Recht keinen höheren Schutz als die im Gesetzestext allein erwähnten Geschäftsgeheimnisse.

2. Anwendung auf den konkreten Fall

Im konkreten Fall ist die Vorschrift des § 5 Nr. 2 GeschGehG einschlägig. Bei dem Umgang mit dem EY-Bericht geht es um die Aufdeckung von rechtswidrigen Handlungen, die in der Umgehung des Aufsichtsrats und in der Bezahlung nicht erbrachter Leistungen bestehen, was den Verdacht der Untreue nach § 266 StGB begründet. Damit handelt es sich nach allgemeiner Auffassung um Fehlverhalten „von einigem Ausmaß und Gewicht“. Eine innerbetriebliche „Abhilfe“ muss allenfalls ein Arbeitnehmer versuchen, doch gilt der dafür herangezogene § 241 Abs. 2 BGB nicht für Organmitglieder. Eine Rückfrage beim Vorstand war weder zumutbar noch erfolgversprechend, da es ja auch um das Fehlverhalten eines seiner Mitglieder ging. Unter diesen Umständen war es für R. das mildeste Mittel, nicht etwa an die Öffentlichkeit zu gehen, sondern den Gewerkschaftsvorsitzenden um Rat zu fragen.

V. Ergebnis

1. Der Bericht von EY ist weder ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis noch eine vertrauliche Angabe im Sinne der Geheimhaltungsvorschriften des § 25 Abs. 1 MitbG, weil das Unternehmensinteresse keine Geheimhaltung verlangt.
2. Selbst wenn ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis oder eine vertrauliche Angabe vorliegen würde, wäre das Aufsichtsratsmitglied R. befugt gewesen, sich beim Vorsitzenden seiner Gewerkschaft Rat zu holen.
3. Da es um die Aufdeckung rechtswidriger Handlungen ging, ist das Verhalten des R. auch durch § 5 Nr. 2 des neuen Geschäftsgeheimnisgesetzes gedeckt.