

Arbeitshilfen
für Aufsichtsräte

5



Verschwiegenheitspflicht
Hinweise zum praktischen Umgang

Verschwiegenheitspflicht

Hinweise zum praktischen Umgang

Von Dr. Roland Köstler

Die **Arbeitshilfen für Aufsichtsräte** sind ein Servicedienst und enthalten Erläuterungen und Orientierungshilfen zu praktischen Problemen der Unternehmensmitbestimmung.

Die Arbeitshilfen erscheinen unregelmäßig und werden laufend ergänzt.

Herausgeber:

Hans-Böckler-Stiftung in Zusammenarbeit mit dem Arbeitskreis Mitbestimmung beim DGB-Bundesvorstand.

Redaktion:

Dr. Roland Köstler

Bezug:

Unter Verwendung des Bestell-Nr. 25005 bei:
Setzkasten GmbH
Kreuzbergstraße 56, 40489 Düsseldorf
Telefax (0211) 408 00 90-40 oder mail@setzkasten.de

3. überarbeitete Auflage September 2010

Inhalt

| | |
|---|----|
| I. Vorbemerkung | 5 |
| II. Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder | 9 |
| 1. Klärung der Begriffe: | 9 |
| a) Geheimnis | 9 |
| b) Vertrauliche Angaben | 10 |
| c) Vertrauliche Berichte und Beratungen | 11 |
| 2. Die Pflicht des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds | 13 |
| a) Verfahrensfragen | 13 |
| b) Verschwiegenheitspflicht gegenüber Organmitgliedern? | 14 |
| c) Hinzuziehung von Beratern | 15 |
| 3. Die Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen | 16 |
| a) Schadenersatz | 16 |
| b) Strafverfolgung | 16 |
| c) Abberufung | 16 |
| d) Kündigung | 17 |
| 4. Die Weitergabe an die Gremien der betrieblichen Mitbestimmung | 18 |
| a) Generelles zu den „Schranken“ | 18 |
| b) Spezielle Bemerkungen zur Praxis | 20 |
| 5. Kommunikation mit der Belegschaft | 21 |
| III. Die Geheimhaltungspflicht der Gremien der betrieblichen Mitbestimmung | 23 |
| 1. Zum Begriff: „Betriebs- und Geschäftsgeheimnis“ | 23 |
| a) Begriffsklärung | 23 |
| b) Sanktionen | 23 |
| 2. Zur Kommunikation zwischen den Gremien | 24 |
| a) Allgemeine Bemerkungen | 24 |
| b) Zur Rolle des Wirtschaftsausschusses | 25 |
| c) Zum Umgang mit Informationen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat | 26 |
| IV. Anhang | 27 |
| Dokumentation aus Mitbestimmung 1990 und 2010 | 29 |

I. Vorbemerkung

Schon im Betriebsrätegesetz (BRG) vom 04.02.1920 war als Gegenpol und Sicherungsmittel zu den Informationsrechten der Betriebsräte eine Stillschweigensklauselel verankert (§ 71). Mit § 70 BRG und dem Gesetz über die Entsendung der Betriebsräte in den Aufsichtsrat von 1922 wurde erstmals Arbeitnehmern, und hier konkret Betriebsräten, der Zugang zu einem Organ der Kapitalgesellschaft eröffnet.

Damit begann die **institutionelle Trennung von Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung**. Soweit nicht im Betriebsrätegesetz etwas anderes bestimmt war, fanden auf die in den Aufsichtsrat entsandten Betriebsratsmitglieder die gesetzlichen Bestimmungen Anwendung, welche für die übrigen Aufsichtsratsmitglieder galten. Und § 70 BRG enthielt schon eine Verschwiegenheitsklauselel.

Nicht zuletzt, weil damals nur eine Entsendung von Betriebsräten in den Aufsichtsrat stattfand, stellte sich natürlich die Frage der Kommunikation zwischen Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat und Betriebsrat bzw. Betriebsräten frühzeitig und zugespitzt. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1930 wies allerdings das Landesarbeitsgericht Mannheim anlässlich der Entlassung eines Betriebsratsmitglieds darauf hin, dass bei dessen Bericht an den Betriebsrat zu bedenken sei, dass den Betriebsratsmitgliedern gegenüber ohnehin seitens des Arbeitgebers eine Auskunftspflicht nach § 71 BRG bestehe (Dt. Technikerzeitung 1930, Beilage Nr.3 S.11 f.) Zum gleichen Fall das Reichsarbeitsgericht: „Es ist daher Frage des einzelnen Falles, wie weit die im Aufsichtsrat besprochenen Vorgänge gegenüber der Arbeitnehmerschaft im allgemeinen oder gegenüber dem Betriebsrat im besonderen vertraulicher Natur sind.“ (RAG 1930 Bens.Sammlung 10/122 ff., S.127).

Während für die Verschwiegenheitspflicht in den montanmitbestimmten Aufsichtsräten der Verweis auf das AktG 1937 galt, wurde im Betriebsverfassungsgesetz 1952 (§ 76 Abs.2 S.5) für die Arbeitnehmervertreter auf die Schweigepflicht der Betriebsräte (§ 55) verwiesen (materiell war dies keine Änderung). Erst mit dem **Aktiengesetz 1965** wurde allgemein für alle obligatorischen Aufsichtsräte die **Schweigepflicht in § 116 in Verbindung mit § 93 AktG** geregelt. Nunmehr ist durch das sog. Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG vom **Sommer 2002 der § 116 AktG „überarbeitet“** worden.

Auch bei den heutigen gesetzlichen Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder wie auch der Geheimhaltungspflicht der Betriebsräte nach dem Betriebsverfassungsgesetz ist die Einbettung der Unternehmen in die Wettbewerbsordnung (Schutz vor der Konkurrenz) zu sehen. Andererseits geht es um die jeweilige frühzeitige Information seitens des Informationsverpflichteten zur effektiven Arbeit von Aufsichtsrat und Betriebsrat, wie auch um die Effizienz der Gremien für sich. Dies betont für Aufsichtsrat und Vorstand auch der neue Corporate Governance Kodex.

Das **Spannungsverhältnis zwischen der Schweigepflicht** und dem **Anspruch der Arbeitnehmer auf Mitbestimmung** einerseits, sowie die gesetzliche institutionelle Trennung zwischen Betriebsver-

fassung und Unternehmensmitbestimmung andererseits, gelten bis heute. Für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wie für die Betriebsräte können daher Probleme hinsichtlich der für eine Interessenvertretung notwendigen Kommunikation untereinander und mit den Wählern, den Arbeitnehmern, entstehen.

Die überwiegende Meinung in der Literatur, die streng diese Trennung betont, begrüßte die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahre 2008¹ in dem es um die Kündigung eines Arbeitnehmervertreters ging, der gleichzeitig Betriebsratsmitglied war². Abgesehen davon, dass offen gelassen wurde, ob Ausnahmen anzuerkennen seien, hat sich das BAG in keiner Weise mit der Leitentscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1975³ auseinandergesetzt. Und vor allen Dingen kam es zum Schluss -wegen Verneinung der Wiederholungsgefahr- auch gar nicht auf die Rechtsfrage an⁴. Andererseits gibt es zum „strengerem“ Recht für Insider eine „vernünftige“ Entscheidung des Dänischen Obersten Strafgerichtshofs⁵ zum Gespräch des Arbeitnehmervertreters mit dem Vorsitzenden seiner Gewerkschaft.

Im Lichte dieser „neueren Ereignisse“ erfolgte die Überarbeitung der Arbeitshilfe. Sie soll dazu dienen, die rechtlichen Restriktionen zu erläutern und so die Gefahren zu vermeiden. Sie können natürlich eine Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.

(Für börsennotierte Unternehmen gilt seit 1994 speziell auch noch das Wertpapierhandelsgesetz. Zum sog. Insiderrecht gibt es eine besondere Publikation in der Reihe Arbeitshilfen für Aufsichtsräte (Nr. 8), dessen Aspekte werden daher nur an wenigen Stellen gestreift).

1 BAG v. 23.10.2008, DB 2009, S. 1131 ff.; vgl. dazu auch Cuntz/Sick Mitbestimmung 4/2010 S. 24 ff

2 Er war zuvor schon vom OLG Stuttgart per Beschluss vom 7.11.2006 – NZG 2007, S. 72 ff. – aus dem Aufsichtsrat abberufen worden.

3 BGH 5.6.1975, DB 1975, S. 1308 ff.

4 Siehe auch die Kritik an dieser Entscheidung bei Köstler/Zachert/Müller Aufsichtsratspraxis 9.A. 2009 Rz. 568 und Cuntz/Sick aaO. in Fn. 1.

5 14.5.2009, ZIP 2009 S. 1526 ff.; siehe auch Mitbestimmung 4/2010 S. 26.

Gesetze:

Aktiengesetz

„Über **vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft**, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die ihnen durch ihre Tätigkeit im **Aufsichtsrat** bekanntgeworden sind, haben sie **Stillschweigen** zu bewahren“. (§ 93 Abs.1 S.2 AktG.)

„Die Aufsichtsratsmitglieder sind insbesondere zur Verschwiegenheit über erhaltene **vertrauliche Berichte** und **vertrauliche Beratungen** verpflichtet.“ (§ 116 S.2 AktG)

Betriebsverfassungsgesetz

„Die Mitglieder und Ersatzmitglieder des Betriebsrats **sind verpflichtet**, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, **die ihnen wegen ihrer Zugehörigkeit zum Betriebsrat bekanntgeworden und vom Arbeitgeber** ausdrücklich als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet **worden sind**, nicht **zu offenbaren und nicht zu verwerfen**. Die Verpflichtung gilt nicht **gegenüber den Mitgliedern des Betriebsrats. Sie gilt ferner nicht gegenüber dem Gesamtbetriebsrat, dem Konzernbetriebsrat ... den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat...**“. **„Absatz 1 gilt sinngemäß ...“** (§ 79 BetrVG).

Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder

Wozu?

Wettbewerb /
Schaden

Was?

Geheimnis
Vertrauliche
• Angabe
• Berichte
• Beratung

Was?

objektive eigen-
verantw. Pflicht
Nicht festzulegen
durch
V, AR-Vors., AR

Wem?

| | | |
|------------|--------------------------|-------------------------|
| AR Nein | BR / WA ? § 79 BetrVG | Belegschaft ? Themen |
|------------|--------------------------|-------------------------|

II. Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder

Gemäß § 116 AktG gilt für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder § 93 AktG über die **Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß**. Deshalb wurde bei den Gesetzesauszügen oben zunächst diese Fassung abgedruckt. Seit Sommer **2002** ist in § 116 AktG noch eingefügt worden: "Die Aufsichtsratsmitglieder sind insbesondere zur Verschwiegenheit über erhaltene **vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen** verpflichtet.

Wie noch zu zeigen sein wird, hat sich materiell an der Verschwiegenheitsregelung nichts geändert. Nachfolgend sind die Begriffe Geheimnis, vertrauliche Angaben und die eben erwähnten neuen Stichworte vertrauliche Berichte und Beratungen zu erläutern.

1. Klärung der Begriffe

a) Geheimnis

Das Gesetz enthält einen **objektiven Geheimnisbegriff** (auch die Begründung zum TransPuG 2002 hält daran fest). Maßgebend ist also nicht, ob die Gesellschaft eine bestimmte Tatsache zum Geheimnis erklärt. Unter einem Geheimnis ist jede **relativ unbekannte Tatsache** zu verstehen, deren Weitergabe zu einem Schaden der Gesellschaft führen würde.

Tatsachen sind Fakten, aber auch geäußerte Meinungen im Zusammenhang mit Unternehmensaktivitäten (beispielsweise also auch die Ansicht eines Vorstandsmitglieds über die finanzielle Lage der Gesellschaft). Es kann sich hier um interne wie externe Maßnahmen (z. B. Produktionsvorhaben, Fabrikationsverfahren, Absatz-, Finanzierungspläne usw.) handeln.

Die Tatsachen müssen relativ unbekannt, d. h. nur einem **geschlossenen Kreis** von Mitwissern bekannt sein. Kein Geheimnis liegt also vor, wenn bereits die Tagespresse darüber als Tatsache berichtete (und dies geschieht oft bereits vor der Aufsichtsratssitzung), oder eine sog. Ad-hoc-Mitteilung nach § 15 WpHG erfolgte. Das Merkmal „relativ unbekannt“ wird hier verwandt, da es nicht um ein völliges Unbekanntsein gehen kann; es gäbe sonst keine Geheimnisse der Gesellschaft. Als Geheimnis der Gesellschaft muss es ihr durch Organmitglieder oder entsprechende Personen bekannt geworden sein. Weiterhin hat der Begriff „relativ“ hier die Bedeutung, gegenüber den Tatsachen abzugrenzen, die sich jeder problemlos beschaffen kann.

Im Hinblick auf die neuen Regelungen zur Offenlegung der Vergütung durch das Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz vom 3.8.2005 und das Gesetz zur Angemessenheit der Vergütung vom August

2009 mit seinen Transparenzvorschriften dürfte sich die früher öfter erörterte Pflicht zur Geheimhaltung von Managervergütungen erledigt haben⁶.

Wie bereits eingangs gesagt, handelt es sich um ein objektives Merkmal, d. h. an der Geheimhaltung der Tatsachen muss die Gesellschaft ein objektives Interesse haben. Es geht also nicht etwa subjektiv danach, was der Vorstand für geheim hält oder für geheim erklärt (siehe auch noch in verfahrensmäßiger Hinsicht unten II. a) Das objektive Interesse der Gesellschaft kann anerkannt werden, wenn die Weitergabe der Information dem Unternehmen einen ins **Gewicht fallenden Schaden** zufügen würde. Wenn vielfach hierzu auch immaterielle Schäden gezählt werden, so ist bezüglich Begriffen wie Ansehensminderung und Vertrauensverlust in die Gesellschaft bei Vertragspartnern und Dritten deutlich Vorsicht geboten.

Einerseits ist ein besonderer Geheimhaltungswille des Vorstandes nicht erforderlich; es genügt, dass die Tatsachen durch die Tätigkeit im Aufsichtsrat den Aufsichtsratsmitgliedern bekannt geworden sind. Andererseits ist aber ein Wille zur Geheimhaltung seitens der Gesellschaft schon notwendig, da bei Fehlen dieses Willens auch Dritte nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet sein können. Der Vorstand als Vertreter der Gesellschaft kann ausdrücklich oder stillschweigend auf den Geheimnischarakter für die Gesellschaft verzichten. Er tut das z. B. selbst, wenn er eine bestimmte, bislang relativ unbekannte Tatsache auf einer Pressekonferenz oder gegenüber Börsennachrichtendiensten bekannt macht. Nach dem Wertpapierhandelsgesetz kann dazu sogar eine frühzeitige Verpflichtung bestehen, die sog. Ad hoc-Publizität, weshalb alsbald hier also kein Geheimnis mehr vorliegt.

Es können aber auch die Aufsichtsratsmitglieder ermächtigt werden, von den Informationen Gebrauch zu machen, und sei es durch stillschweigenden Verzicht kraft der Üblichkeiten in dem Unternehmen.

Anders verhält es sich bei Tatsachen, die in die alleinige Zuständigkeit des Aufsichtsrates fallen: der Aufsichtsrat selbst entscheidet also insbesondere über die Frage, ob und wann er die Bestellung oder Abberufung eines Vorstandsmitgliedes bekannt geben will. (Eine Geheimhaltungsnotwendigkeit kann hier wohl allerdings nur unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes bestehen). Anders allerdings bei börsennotierten Unternehmen nach dem Insiderrecht, dann kann es eine Ad-hoc-Berichtspflicht geben⁷

b) Vertrauliche Angaben

Der Begriff der „vertraulichen Angaben“ wird in der Literatur nicht einheitlich definiert. Einerseits wird gesagt, vertrauliche Tatsachen seien dadurch gekennzeichnet, dass die Gesellschaft ein objektives Interesse habe, dass sie, obwohl bekannt, nicht hervorgezogen auf dem offenen Markt verhandelt würden. Andererseits werden hierunter Vorgänge im persönlichen Lebensbereich oder im Organbereich von Vorstand und Aufsichtsrat oder im sonstigen Unternehmensbereich liegende Vorkommnisse, die dem Aufsichtsrat mitgeteilt werden, zugeordnet. Letztlich aber hat auch hier eine **objektiv** zu bestimmende **Geheimhaltungsbedürftigkeit** zu entscheiden.

⁶ Siehe dazu Köstler/Zachert/Müller 9.A. Rz. 577 und Arbeitshilfe für Aufsichtsräte Nr.- 14 4.A. 2010 S. 78.

⁷ Siehe dazu den sog. Schrempp-Fall in Arbeitshilfe für Aufsichtsräte Nr. 8, 2009 S. 19 und 24 ff.

In diesem Zusammenhang sind bereits die **Beratungen im Aufsichtsrat und die Abstimmungen** anzusprechen (siehe auch noch c) Vertrauliche Berichte und Beratungen).

Hier wird nun vielfach und insbesondere unter Bezugnahme auf eine der wenigen höchstrichterlichen Entscheidungen (**Bayer-Urteil des Bundesgerichtshofs** aus **1975**, BGHZ 64, 325 ff. = DB 1975, 1308 ff.) pauschal „Gegenstand, Verlauf und Ergebnis“ der Aufsichtsratssitzung als „vertrauliche Angabe“ angesehen und strikt der Geheimhaltung unterworfen.

Die entscheidende Passage im Urteil des Bundesgerichtshofes lautet:

„So werden vor allem die **Stimmabgabe und die Stellungnahmen anderer Aufsichtsratsmitglieder** oder sonstige persönliche Äußerungen, die nach Form und Inhalt ersichtlich nur für den Kreis der Anwesenden bestimmt sind, schon ihrer Natur nach im allgemeinen als vertraulich zu bezeichnen sein. Stünde es einem Mitglied frei, alle Vorgänge, die ihm bei den Beratungen des Aufsichtsrates zur Kenntnis kommen, alsbald in die Öffentlichkeit zu tragen, so wären – zum Schaden des Unternehmens – eine vertrauensvolle Zusammenarbeit im Aufsichtsrat und eine unbefangene Meinungsäußerung und Meinungsbildung seiner Mitglieder in Frage gestellt. Solche Vorgänge fallen daher in weitestem Umfang unter die Schweigepflicht.“ (aaO. S.332). Auf die Kommunikation innerhalb des Aufsichtsrates ging der BGH in diesem Kontext nicht gesondert ein (darauf ist bei 2. b) zurückzukommen⁸.

Der unbefangene Leser kann in der Passage des BGH jedenfalls **kein Verbot der Bekanntgabe des eigenen Abstimmungsverhaltens** finden, soweit nicht der Gegenstand selbst der Geheimhaltung unterliegt; natürlich können sich dann auch mehrere Arbeitnehmervertreter „zusammentun“.

Sicherlich ist der Schutz einer unbefangenen Meinungsäußerung und freien Meinungsbildung im Aufsichtsrat erforderlich. In diesem Zusammenhang darf aber der Begriff der vertrauensvollen Zusammenarbeit nicht überstrapaziert werden. Zahlreiche praktische Erfahrungen, wie sie auch in empirischen Veröffentlichungen dargestellt sind, belegen doch, wie oftmals einseitig hier eine Aufladung dieses unbestimmten Begriffs versucht worden ist.

Um es nochmals zu betonen: Aus dieser Entscheidung kann man richtigerweise (Stimmabgabe anderer Aufsichtsratsmitglieder) entnehmen, dass Mitteilungen über das eigene Abstimmungsverhalten grundsätzlich erlaubt sind. Bezüglich des **Abstimmungsergebnisses** ist weiterhin doch sehr in Zweifel zu ziehen, ob ein Unternehmen dadurch Schaden erleiden kann. Und bei aller Notwendigkeit der unbefangenen Meinungsäußerung im Aufsichtsrat: man kann Zutreffenderweise den Aufsichtsratsbeschluss als solchen nicht zu einer vertraulichen Angabe hochstilisieren. (Anders ist dies, wenn der Beschlussinhalt selbst unter den Tatbestand des § 93 AktG fällt.)

c) Vertrauliche Berichte und Beratungen

Wie bereits erwähnt ist durch das TransPuG 2002 in § 116 AktG ein zweiter Satz aufgenommen worden, der **insbesondere** zur Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder erhaltene **vertrauli-**

⁸ Vor allen Dingen dabei die Entscheidung des BGH v. 6.3.1997 s. Fn. 11 anzusprechen.

che Berichte und vertrauliche Beratungen „ausdrücklich hervorhebt“ (siehe Gesetzesbegründung BT-Drucks. 109/02 S.41 ff.).

Im Bericht der **Regierungskommission Corporate Governance 2001** ist in der Tat ein Abschnitt über die Debatte um die Verschwiegenheitspflicht enthalten: „Einer Weitergabe vertraulicher Informationen durch Aufsichtsratsmitglieder muss künftig wirksamer begegnet werden. Die gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund der Kommissionsempfehlungen zur besseren Informationsversorgung der Aufsichtsratsmitglieder und Aufsichtsräte ... , der eine entsprechende Verschwiegenheitspflicht gegenüberstehen muss“. (Rz.66, siehe dazu auch Theisen, Grundsätze einer ordnungsmäßigen Informationsversorgung, 3.A. 2002 S. 58). Die Kommission sprach sich aber dann dafür aus, im sog. Corporate Governance Kodex die Frage des Umgangs mit Gesellschaftsgeheimnissen und vertraulichen Angaben, namentlich bei Mitwirkung von Mitarbeitern sowie im Umgang mit der Presse, zu thematisieren.

Lediglich in einer Hinsicht gab es einen konkreten Gesetzesvorschlag seitens der Regierungskommission, nämlich die einschlägige Strafvorschrift des § 404 AktG zu verschärfen (in ihm ist mit gutem Grund nur von der „unbefugten Offenbarung von Gesellschaftsgeheimnissen“ die Rede).

Im **Kodex von 2002** heißt es allerdings dann unter 3.5 knapp:

„Gute Unternehmensführung setzt eine offene Diskussion zwischen Vorstand und Aufsichtsrat sowie in Vorstand und Aufsichtsrat voraus. Die umfassende Wahrung der Vertraulichkeit ist dafür von entscheidender Bedeutung. Alle Organmitglieder stellen sicher, dass die von ihnen eingeschalteten Mitarbeiter die Verschwiegenheitspflicht in gleicher Weise einhalten.“

Mit Theisen (aaO S. 58; siehe auch Köstler/Zachert/Müller Aufsichtsratspraxis 9.A. Rz. 545) ist die **neue Vorschrift des § 116 Satz 2 AktG als überflüssig zu erachten**, denn sie verändert die Rechtslage nicht. Sie stiftet vielmehr zudem, Verwirrung und Unsicherheit, denn sie schafft eine – rechtlich wie faktisch nicht nachvollziehbare – Differenzierung zwischen „vertraulichen Angaben und Geheimnissen der Gesellschaft“ einerseits und „erhaltenen vertraulichen Berichten und Beratungen“ andererseits. Wenn im Gesetz jetzt von **vertraulichen Berichten und vertraulichen Beratungen** die Rede ist, so muss es schon rein sprachlich auch andere Berichte und Beratungen geben, denn alle Berichte und Beratungen können ja wohl nicht vertraulich sein. Zum ersteren äußert sich die Gesetzesbegründung: die vertraulichen Berichte würden einen besonders betonten Ausschnitt der vielfältigen vom Vorstand gelieferten Informationen bilden (aaO. S. 42). Vertrauliche Daten andererseits würden in den Beratungen auch vom Aufsichtsrat selbst generiert.

Dann aber ist man wieder bei der Frage, was denn nun konkret vertraulich ist. Im Grunde genommen wird dies von der Gesetzesbegründung auch eingeräumt, wenn es heißt, dass das Gesetz nichts daran ändere, dass die Geheimhaltungsbedürftigkeit einer Tatsache keiner subjektiven Einstufung unterliege, sondern objektiv zu bewerten sei.

Damit bleiben einige verfahrensmäßige Anmerkungen in der Gesetzesbegründung, ohnehin ohne Gesetzeskraft, die noch unten bei 2.a behandelt werden sollen.

2. Die Pflicht des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds

a) Verfahrensfragen

Wenn oben gesagt wurde, dass die Verschwiegenheitspflicht objektiv zu bestimmen ist, so steht dies auch allen Versuchen, rechtlich verbindlich Verfahrensregeln hier einzuführen, entgegen. **Weder** die **Satzung** des Unternehmens, **noch** die **Geschäftsordnung** des Aufsichtsrates, der **Aufsichtsrat** als Organ durch Beschluss oder gar nur der **Aufsichtsratsvorsitzende** haben hier rechtlich verbindliche Entscheidungen zu treffen.

Alles, was darüber hinausgeht, als mit anderen Worten noch einmal den Gesetzesinhalt zu umschreiben, stößt schnell an die Grenze, dass rechtlich die Verschwiegenheitspflicht nicht verschärft werden kann. Problematisch sind schließlich auch sogenannte Richtlinien, mit denen dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied erläuternde Hinweise gegeben werden sollen. Auch hier besteht wiederum die Gefahr, dass durch eine zu enge Formulierung eine unzulässige Einengung der Entscheidungsverantwortung des einzelnen Mitglieds entsteht. Dies gilt ebenso für die Verankerung etwaiger Konsultationspflichten vor Informationsweitergabe („im Zweifel den Aufsichtsratsvorsitzenden einzuschalten“) in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrates. Eigenverantwortung heißt natürlich sorgfältig prüfen und nicht „das kann ich selbst entscheiden“⁹

Problematisch ist nunmehr in dieser Hinsicht die **Begründung zur Gesetzesänderung durch das TransPuG 2002**. Nachdem – wie erwähnt – betont wird, dass das Gesetz am objektiven Geheimnisbegriff festhält, geht es dann weiter: „Wenn allerdings die Quelle der Information (sei es der Vorstand oder der Aufsichtsrat selbst) diese ausdrücklich als vertraulich bezeichnet, so besteht jedenfalls eine Vermutung, dass ein objektives Geheimhaltungsbedürfnis besteht. Wenn umgekehrt der Aufsichtsrat oder der Vorstand solche Daten als nicht vertraulich qualifizieren, so spricht unbeschadet der objektiven Einstufung eine Vermutung für die Richtigkeit der Einschätzung.“ (aaO. S.43). Nach den Worten des zuständigen Beamten im Bundesjustizministerium (Seibert NZG 2002 S.610f.) sei damit die bereits vom Bundesgerichtshof 1975 entwickelte Vermutungswirkung deutlich herausgearbeitet worden. Dort allerdings steht es – mit Recht – etwas anders: „einen wichtigen Hinweis auf die Notwendigkeit vertraulicher Behandlung geben, der nicht ohne sorgfältige Prüfung und, wenn erforderlich sachkundige Beratung beiseite geschoben werden darf“ (BGHZ 64, S.329 f.) Gerade auf Grund der Stellungnahme des DGB zur „Vermutung“ ist die Gesetzesbegründung neu gefasst worden, **dann aber muss betont werden:**

Im Streitfall ist von einem **Gericht** die Qualifikation als **vertraulich nach objektiven Kriterien** festzustellen. So war der Ansatz des BGH und ohne Niederschlag im Wortlaut des Gesetzes verbleibt es angesichts der Materie (Einschränkung eines Grundrechts) dabei. Wenn der Vorstand die Vertraulichkeit betont, ist natürlich sorgfältig nachzudenken. Jedoch kann ein Aufsichtsrat nicht einfach durch Mehrheitsbeschluss hier eine mehr als subjektive Einschätzung vornehmen.

⁹ So mehr als unglücklich formuliert in der Entscheidung des OLG Stuttgart v. 7.11.2006, NZG 2007, 72 ff. auf die bei 3.c) zurückgekommen wird.

Jedes Aufsichtsratsmitglied hat also **selbst und eigenverantwortlich** die Frage der Verschwiegenheitspflicht zu prüfen. (Zur Hinzuziehung von Beratern sogleich unter c)). Dies gilt auch für die Zeit nach dem Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat. Die Zulässigkeit einer Geschäftsordnungsregelung bezüglich der **Rückgabepflicht** der **Aufsichtsratsunterlagen** schon zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Aufsichtsrat bejahende Entscheidung des BGH¹⁰ ist **abzulehnen**. Für den nachwirkenden Haftungszeitraum jedenfalls (5 Jahre) sollte man seine Unterlagen behalten können.

Abschließend:

Es ist natürlich auch eine Frage des **Umgangs und des Klimas im Aufsichtsrat** miteinander, inwieweit man hier zuvor im Aufsichtsrat derartige Fragen erörtert. Für Arbeitnehmervertreter gilt, dass sie sich hier insbesondere nicht als Einzelkämpfer verstehen, sondern eine abgestimmte Vorgehensweise unter sich anstreben sollten.

b) Verschwiegenheitspflicht gegenüber Organmitgliedern?

Es besteht Einigkeit, dass **keine** Pflicht zur Vertraulichkeit **gegenüber** den übrigen **Aufsichtsratsmitgliedern** besteht. Die Geheimhaltungspflicht gilt gegenüber Dritten, d. h., gegenüber allen Personen, die nicht Mitglied des Aufsichtsrats und des Vorstands sind. Sie besteht also nicht gegenüber anderen Aufsichtsratsmitgliedern und nicht gegenüber Vorstandsmitgliedern. Dies ist an dieser Stelle vor allen Dingen zum einen zu betonen, weil es in der Praxis für das **Verhältnis von Aufsichtsratsausschüssen (Präsidium) und Aufsichtsratsplenum** gelegentlich noch Unklarheiten gibt. Diese sind auch seit Festlegung der Zuständigkeit des Gesamtaufichtsrates für die Vergütungsentscheidung seit Sommer 2009 durch das VorstAG und dessen Änderung des § 107 Abs. 3 AktG noch anzutreffen.

Es ist auch auf eine Entscheidung des BGH zur Herausgabe der Aufsichtsratsprotokolle an die Gesellschafter nach GmbH-Recht zu verweisen¹¹. Man mag zu dieser Entscheidung stehen wie man will, jedenfalls heißt es, es sei schon im Ansatz verfehlt:

„dass die Verschwiegenheitspflicht bezweckt, die ungehinderte Aussprache über allen Angelegenheiten im Aufsichtsrat möglich zu machen und damit die Funktionsfähigkeit dieses Gesellschaftsorgans zu sichern. Zutreffend ist allerdings, dass die strikte Wahrung der Vertraulichkeit der Beratungen und ihrer Ergebnisse dazu führen kann, dass die einzelnen Mitglieder des Gremiums sich eher bereit finden, ihre Ansichten ohne Rücksichtnahme darauf zu äußern, ob diese z.B. von der entsendenden Gruppe geteilt werden. Dabei handelt es sich jedoch nur um eine reflexartige Wirkung, die der Gesetzgeber mit der Anordnung der Verschwiegenheitspflicht nicht unmittelbar erstrebt hat“ ...

„Selbst wenn zulässigerweise im Rahmen von § 109 AktG die Teilhabe von Nicht-Ausschussmitgliedern am Informationssystem von bestimmten Ausschüssen ausgeschlossen würde, würde dies nicht bedeuten, dass dadurch gegenüber dem betreffenden Nicht-Ausschussmitglied ein Geheimnis- oder Vertraulichkeitstatbestand entstehen würde (u. U. ist eine Ausnahme bei eigener Betroffenheit des

10 Vom 7.7.2008, DB 2008, S. 2074 ff.= Der Aufsichtsrat 10/2008, S. 147 (kritische Anmerkung Henze), Mitbestimmung 12/2008 S. 57.

11 BGH 6.3.1997 BGHZ 135, S. 48 ff, 56f.= DB 1997, S. 1269; dazu auch Bachner, AiB 2009 S. 680 ff.

Organmitglieds zu machen). Im Übrigen gibt es – 2002 durch das TransPuG eingeführt – ohnehin eine **Berichtspflicht der Aufsichtsratsausschüsse** an den Gesamtaufsichtsrat nach § 107 Abs.3 AktG.

Im Konzern, der durch die einheitliche Leitung gerade bestimmt wird, ist das **Konzerninteresse** von besonderer Bedeutung. Insofern erweitert sich einerseits die Verschwiegenheitspflicht, z.B. bezüglich der Tochter-Geheimnisse. Andererseits ermöglicht dies auch eine Kommunikation zwischen den Arbeitnehmervertretern in den verschiedenen Konzernaufsichtsräten.

c) Hinzuziehung von Beratern

Es ist einerseits richtig (§ 111 Abs. 5 AktG), dass Aufsichtsratsmitglieder ihre Aufgaben nicht durch andere wahrnehmen lassen können. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat zwar das einzelne Aufsichtsratsmitglied eine Mindestqualifikation zu besitzen oder sich nach der Wahl anzueignen (Hertie-Urteil 15.11.1982, BB 1983, 101 ff.); jedoch hat die Rechtsprechung schon vorher (Bayer-Urteil von 1975) die Inanspruchnahme sachverständiger Hilfe durch Aufsichtsratsmitglieder nicht nur gestattet, sondern sogar als Teil pflichtgemäßer Amtsausübung gesehen:

„Ferner kann es zur **sachgemäßen Ausübung des Mandats** und damit wiederum zum Nutzen des Unternehmens angezeigt erscheinen, vor einer wichtigen Entscheidung fachkundigen Rat auch außerhalb des Aufsichtsrats einzuholen, wobei allerdings schon durch die **Auswahl des Beraters** einer Weitergabe oder einem sonstigen Missbrauch vertraulicher Mitteilungen vorzubeugen ist.“ (BGHZ 64, S. 331f)

Die Hinzuziehung von Beratern, die kraft Gesetzes zur Berufsverschwiegenheit verpflichtet sind, ist praktisch unumstritten; hierher zählen z. B. Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwälte. Letztere können gerade von Bedeutung sein, wenn zu prüfen ist, ob etwas der Verschwiegenheitspflicht unterliegt oder nicht.

Bezüglich anderer Personen gibt es die obige Aussage des BGH, ein breites Meinungsspektrum in der Literatur und nunmehr eine allgemeine Aussage im sog. Corporate Governance Kodex:

„Alle Organmitglieder stellen sicher, dass die von ihnen eingeschalteten Mitarbeiter die Verschwiegenheitspflicht in gleicher Weise einhalten“ (3.5).

Abgesehen davon, dass es in der Praxis zahlreiche Verfahrensweisen gibt, die mit den strengen Literaturstimmen nicht im Einklang sind, sollte man richtigerweise auch hier wiederum das Schutzgut der Verschwiegenheitspflicht nicht aus dem Auge verlieren und deshalb ist der allgemeinen Position des Kodex zu folgen.

Solange nicht geklärt ist, inwieweit die einzelnen zur Beratung zugrundezulegenden Informationen der Verschwiegenheitspflicht unterliegen, ist der **betreffende Berater allerdings ausdrücklich und vertraglich zur Verschwiegenheit zu verpflichten**. Hierzu zählen eben dann auch für die Beratung

der Arbeitnehmervertreter¹² die Experten der gewerkschaftlichen Organisation und nahestehender Einrichtungen¹³.

Verletzt die Hilfsperson die Vertraulichkeit, so sind die Regeln der Haftung für Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) maßgeblich.

3. Die Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen

a) Schadenersatz

Schon bevor ein Schaden eingetreten ist und unabhängig vom Verschulden kann gerichtlich gegen das Aufsichtsratsmitglied auf Unterlassen vorgegangen werden, wenn ein erstmaliger Verstoß oder eine Wiederholung des Verstoßes zu befürchten ist.

In letzterem Falle stellt sich allerdings in der Praxis die Frage, ob überhaupt noch ein Geheimnis gegeben ist. Das Landgericht Stuttgart hatte, nachdem ein Arbeitnehmervertreter auf mehreren Betriebsversammlungen gesprochen hatte, mit Recht gegenüber einer **Unterlassungsklage** eingewandt, dass man schon nicht mehr von einer relativ unbekanntem Tatsache reden könne.

Ist durch einen Verschwiegenheitspflichtverstoß seitens eines Aufsichtsratsmitglieds ein **Vermögensschaden** entstanden und handelte das Aufsichtsratsmitglied **schuldhaft**, so kann von dem betreffenden Aufsichtsratsmitglied der **Ersatz** des Schadens verlangt werden. Unter einem fahrlässigen Handeln versteht man das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, also wenn man sich keine großen Gedanken über seine Pflicht gemacht hat oder keinen sachverständigen Rat einholte.

Eine einschlägige Gerichtsentscheidung kann allerdings bis heute nicht nachgewiesen werden.

b) Strafverfolgung

Bei vorsätzlichem Handeln kommt auch eine Strafverfolgung gemäß §§ 404 AktG, 85 GmbHG in Betracht. Die Tat ist nur auf Antrag verfolgbar, gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern also zu stellen durch den Vorstand, bzw. die Geschäftsführung. Auch derartige ist bisher nicht bekannt geworden.

c) Abberufung

Auf **Antrag des Aufsichtsrates** hat das – örtlich zuständige – **Amtsgericht** ein Aufsichtsratsmitglied abzurufen, wenn in dessen Person ein **wichtiger Grund** vorliegt. Der Aufsichtsrat beschließt über diese Antragstellung mit einfacher Mehrheit.

¹² S. allgemein zur Hinzuziehung von Beratern Köstler/Zachert/Müller 9.A. 2009 Rz. 749.

¹³ Vgl dazu den bereits in der Vorbemerkung zitierten Parallellfall aus Dänemark: 14.5.2009, ZIP 2009 S. 1526 ff.; siehe auch Mitbestimmung 4/2010 S. 26. Dort hatte der Arbeitnehmervertreter Insiderinformationen in der Beratung mit seinem Gewerkschaftsvorsitzenden verwandt und war letztlich strafrechtlich freigesprochen worden.

Bei der Schaffung der Norm im Gesetzgebungsverfahren zum AktG 1965 war davon die Rede, dass es möglich sein müsse, ein Mitglied aus dem Aufsichtsrat zu entfernen, wenn es durch ein **krass gesellschaftswidriges Verhalten** für die Gesellschaft untragbar geworden sei. Daher ist Versuchen entgegenzutreten, die Schwelle für den wichtigen Grund herabzusetzen. Ein derartiger Abberufungsantrag muss das letzte Mittel sein. Die vom Gesetz gewollte pluralistische Zusammensetzung des Aufsichtsrates, die darin institutionalisierten Interessengegensätze zwischen den Gruppen und die infolgedessen stets schwierige Aufgabe einer Integration zwischen ihnen, fallen hier ins Gewicht – zumal die Arbeitnehmervertreter nach allen Gesetzen immer in der Minderheit sind. Insofern ist hier ein deutlicher schwerwiegender Pflichtenverstoß als Voraussetzung zu verlangen.

Demgemäß hat beispielsweise das Amtsgericht München in einem Falle, bei dem ein Arbeitnehmervertreter auf mehreren Betriebsversammlungen gesprochen hatte, bei der Abwägung auch dies zugunsten des Aufsichtsratsmitglieds betont. Es könne nicht außer Betracht bleiben – so heißt es dort – dass die Informationen nur der betrieblichen Öffentlichkeit gegeben worden sind und sich der Arbeitnehmervertreter zudem als Betriebsratsmitglied grundsätzlich berufen fühlen durfte, Arbeitnehmerinteressen in besonderer Weise wahrzunehmen (ZIP 1985, 1139 ff.).

Vorsicht ist sicherlich **vor der Formel der „vertrauensvollen Zusammenarbeit im Aufsichtsrat“** geboten, wie er vom Landgericht Frankfurt (NJW 1987, 505f.) in einem Falle verwandt wurde, in dem die beiden Arbeitnehmervertreter, ohne den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern davon Mitteilung zu machen, sich bezüglich Unternehmensaktivitäten an das Bundeskartellamt gewandt hatten.

Diese beiden erwähnten Verfahren waren bis 2006 allerdings die einzigen, die bisher als Verfahren gegen Arbeitnehmervertreter im Zusammenhang mit der Verschwiegenheitspflicht eingeleitet wurden. Dann hatte jedoch das OLG Stuttgart¹⁴ einen weiteren Fall zu entscheiden, der in der Vorbemerkung bereits erwähnt wurde, und in dem es parallel beim Arbeitsgericht um die Kündigung des Betriebsratsmitglieds ging. Auf das Thema Bericht innerhalb des Betriebsrats ist unten (4.) einzugehen. Hier ist allerdings die Begründung für eine Abberufung als verfehlt zu bezeichnen. „Es steht einem Mitglied des Aufsichtsrats nicht zu, selbst darüber zu entscheiden, welche Informationen als vertraulich anzusehen sind und welche nicht“ (*insoweit richtig* R.K.). „Entscheidend ist vielmehr die objektiv am Interesse der AG und ihres Unternehmens ausgerichtet Beurteilung, nach der die Weitergabe der Information nachteilig sein kann, **auch wenn sie kein Geheimnis (mehr) ist**“ (*also der Vorstand der Herr der Geheimnisse oder wer? Hier hat sich das OLG „vergaloppiert*, R.K.)

e) Kündigung

Über einen Kündigungsschutz der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, die nicht zum besonders geschützten Personenkreis des § 103 BetrVG gehören, enthalten die einschlägigen Gesetze keine ausdrücklichen Regelungen. Andererseits enthalten die Gesetze ein Benachteiligungsverbot (§ 78 BetrVG 1952, § 26 MitbestG). Bei der Kündigung eines Arbeitnehmervertreter wegen oder im Zusammenhang mit der Aufsichtsratsstätigkeit ist dies zu bedenken.

¹⁴ OLG Stuttgart 7.11.2006, NZG 2007 S. 72 ff.

Rechtsprechung und Literatur allerdings bejahen die Möglichkeit, dass ein Verhalten eine Verletzung der Amtspflicht und gleichzeitig eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten darstellen könne.

Entgegen einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahre 1974 (DB 1974, 1067 ff.) ist äußerster Vorsicht geboten, ein Verhalten eines Arbeitnehmervertreters so aufzuspalten, dass in ihm auch eine Arbeitsvertragsverletzung zu sehen ist, die dann eine Kündigung ermöglicht. So wird ein bei natürlicher Betrachtung einheitlicher Lebenssachverhalt künstlich aufgespalten. Das Bundesarbeitsgericht neigte in der Entscheidung aus dem Jahre 2008¹⁵ dazu, dass hier eine Kündigung gerechtfertigt sein könne. Es beantwortet die Frage aber nicht abschließend. Mangels Wiederholungsgefahr – der Arbeitnehmer war ja vom OLG Stuttgart aus dem Aufsichtsrat abberufen worden – wäre eine außerordentliche Kündigung unverhältnismäßig.

Anders dürfte dies bei den beiden bekannt gewordenen Fällen, in denen Arbeitsgerichte eine Kündigung für zulässig hielten, zu sehen sein. In einem war durch die Weitergabe vertraulicher Unterlagen die persönliche Verunglimpfung des Vorstandsvorsitzenden beabsichtigt gewesen. Und in dem anderen Falle ging es um persönliche Bereicherung durch Offenbarung von Interessen des Unternehmens am Erwerb von Grundstücken gegenüber einem befreundeten Makler.

Zusammenfassend zu den Sanktionsmöglichkeiten ist also hervorzuheben, dass es nur sehr wenige Gerichtsentscheidungen insgesamt gibt und noch weniger gingen für Arbeitnehmervertreter nachteilig aus, zum Teil ist bei diesen auch noch ein untypisches Verhalten zugrundegelegt. Trotzdem sollte niemand die Risiken einer Verletzung unterschätzen und eine sorgfältige Prüfung vornehmen.

4. Die Weitergabe an die Gremien der betrieblichen Mitbestimmung

a) Generelles zu den „Schranken“

In der Vorbemerkung war auf die 1920/1922 vorgenommene **institutionelle Trennung zwischen Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung** hingewiesen worden. Bei der nun anzusprechenden Thematik ist insofern ein erstaunlicher Befund gegeben, als die numerisch herrschende Meinung in der Literatur vom grundsätzlichen Bestehen einer Schweigepflicht auch gegenüber dem Betriebsrat ausgeht und andererseits die Rechtsprechung sich überhaupt erst einmal mit einem derartigen Fall zu befassen hatte. Damals aber wurde darauf hingewiesen, dass seitens des Arbeitgebers den Betriebsratsmitgliedern gegenüber ohnehin eine Auskunftspflicht nach § 71 BRG bestehe ((LAG Mannheim 1930,). Oder das Reichsarbeitsgericht dann (1930) im gleichen Rechtsstreit¹⁶ davon sprach, es sei eine Frage des Einzelfalles, wieweit die im Aufsichtsrat besprochenen Vorgänge gegenüber der Arbeitnehmerschaft im Allgemeinen oder gegenüber dem Betriebsrat im Besonderen vertraulicher Natur seien. Also auch hier eine Unterscheidung zwischen der Arbeitnehmerschaft im Allgemeinen und dem Betriebsrat im Besonderen bezüglich des Umgangs mit vertraulichen Informationen seitens der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat!

¹⁵ BAG v. 23.10.2008, DB 2009, S. 1131 ff. ; vgl. dazu auch Cuntz/Sick Mitbestimmung 4/2010 S. 24 ff.

¹⁶ Nachweise in der Vorbemerkung S. 5.

Drei Gesichtspunkte werden von der – wie gesagt – numerisch herrschenden Meinung¹⁷ hier immer wieder ins Feld geführt:

Arbeitnehmervertreter, die Mitglieder in beiden Organen seien, hätten den etwaigen Interessenkonflikt zwischen den beiden **Rollen** durch volle **Loyalität** und Verantwortung gegenüber der Gesellschaft und strikte Beachtung des Geheimhaltungsgebotes aus § 93 AktG zu lösen, da das Gesetz keine Unvereinbarkeitsregelungen enthalte. **§ 79 BetrVG** habe gerade die Mitglieder des Betriebsrats gegenüber den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat von der Verschwiegenheitspflicht entbunden. Eine entsprechende Informationsfreigabe für die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer in umgekehrter Richtung gebe es gesetzlich jedoch nicht. Schließlich wird die **Zuständigkeit der Unternehmensleitung** zur Unterrichtung gegenüber den betriebsverfassungsrechtlichen Gremien betont, die durch den einzelnen Arbeitnehmervertreter nicht unterlaufen werden dürfe. Vielfach wird allerdings wenigstens eine Möglichkeit der „**Ersatzvornahme**“ als letztes Mittel oder eine **Zumutbarkeitsgrenze** anerkannt, wenn der Vorstand seinen gesetzlich vorgeschriebenen Informationspflichten gegenüber den betrieblichen Gremien nicht nachkomme¹⁸.

Richtig ist, dass mit der **verfassungsrechtlich** garantierten Meinungsfreiheit im Sinne einer **Äußerungsfreiheit** (Art. 5 GG) nicht die Verschwiegenheitspflicht des § 93 AktG beiseite geschoben werden kann. Letztere Norm ist als einschränkendes Gesetz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG zu betrachten. Doch darf deswegen nicht eine Reduzierung auf Null erfolgen. Es ist die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Wechselwirkungstheorie bei der Konkretisierung der aktienrechtlichen Verschwiegenheitspflicht zu berücksichtigen und nicht die Äußerungsfreiheit völlig auszuhebeln.

Demgemäss ist die Argumentationslinie einer Verletzung der **Zuständigkeitsordnung** in der Gesellschaft **zurückzuweisen** (unzutreffend auch die Begründung zum neuen § 116 Satz 2 AktG: die Öffentlichkeitsarbeit des Unternehmens und seine Außendarstellung gehöre nicht zu den Aufgaben des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds oder des Aufsichtsrats als Gremium). Daher können sich auch mehrere Arbeitnehmervertreter („Arbeitnehmerbank“) schlicht gemeinsam äußern (dazu auch noch unten 5).

Angesichts der jeweiligen **Entstehungsgeschichte der Gesetze** der Beteiligung der Arbeitnehmer am Aufsichtsrat, insbesondere zuletzt im MitbestG, kann man auch – wie manche es versuchen – **schwerlich** davon **reden**, dass der **Gesetzgeber** eine Informationsfreigabe der Arbeitnehmervertreter gegenüber den betrieblichen Gremien **bewusst nicht vorgesehen** habe.

Geht man die einzelnen Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes durch, so findet man zahlreiche **Unterrichtungspflichten gegenüber Betriebsrat** und Wirtschaftsausschuss einerseits und andererseits eben die betriebsverfassungsrechtliche Verschwiegenheitspflicht des § 79 BetrVG. In der Tat ist im letzteren der Begriff „vertrauliche Angabe“ nicht aufgeführt, aber bezüglich der Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse besteht Deckungsgleichheit, wenn auch nach § 79 BetrVG der **Arbeitgeber ausdrücklich** noch auf die Geheimhaltungsbedürftigkeit **hinzuweisen** hat.

17 Zu der jetzt auch grundsätzlich das BAG mit seinem Beschluss vom 23.10.2008 DB 2009 S. 1131ff. zu rechnen ist; dazu auch Cuntz/Sick Mitbestimmung 4/10 S. 24ff

18 Offen gelassen vom BAG aaO. S. 1133.

Insider i.S. des Wertpapierhandelsgesetzes sind schließlich **sowohl** die **Aufsichtsrats-** wie auch die **Betriebsratsmitglieder**.

Erstaunlich auch, dass das BAG sich mit den Ausführungen des BGH in der Leitentscheidung von 1975¹⁹ in keiner Weise auseinandersetzt. Dort hieß es:

„Im Interesse des Unternehmens könne es notwendig werden, eine im Aufsichtsrat besprochene Frage anderweit in einem geschlossenen Kreis oder auch öffentlich zu erörtern, um Missverständnisse auszuräumen, Unruhe zu vermeiden oder sonst die Beziehungen der Gesellschaft nach innen und außen günstig zu beeinflussen; wann dies der Fall sei lasse sich nicht nach starren Regeln, sondern nur für den Einzelfall entscheiden.“

Praktische Schlussfolgerungen sogleich:

b) Spezielle Bemerkungen zur Praxis

Nun soll nicht verkannt werden, dass eine Information, die an u. U. viele Personen unter dem Hinweis auf die Geheimhaltungsbedürftigkeit weitergegeben wird, nicht so ohne weiteres vertraulich behandelt wird. Andererseits ist richtigerweise hier doch (ganz im Sinne der Rechtsprechung aus der Weimarer Zeit) ein Unterschied zwischen den Gremien der betrieblichen Mitbestimmung einerseits und der Belegschaft andererseits zu machen. Insofern ist es zu kurzgreifend, wenn man hier nur mittels „Ersatzvornahme“ oder einer Zumutbarkeitsgrenze für den Fall, dass der Vorstand den betrieblichen Gremien zu gebende Informationen vorenthält, abhelfen will²⁰.

Insbesondere also bei der Feststellung des Unternehmensinteresses als maßgebliches Kriterium für geheimzuhaltende Informationen und den dabei vorzunehmenden Abwägungen kann nicht rigoros auf einer Trennung zwischen betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung bestanden werden.

Andererseits ist eine Faustformel wie: „das aktienrechtliche Verschwiegenheitsgebot kann daher im Verhältnis zwischen Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat und Betriebsrat im Ergebnis keine Rolle spielen“ natürlich für die praktische Handhabung zu grob. Die Rechtsprechung ist „sensibilisiert“.

Auch wenn die Verschwiegenheitspflicht die Pflicht jedes einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes ist, sollte hier vor allen Dingen auf der **Arbeitnehmerbank gemeinsam** überlegt und abgewogen werden, welche Informationen und in welcher Form und in welchen Zusammenhängen den Gremien der betrieblichen Mitbestimmung zugänglich gemacht werden. Hierbei ist dann im Ausgangspunkt insbesondere schon zu prüfen, ob wirklich ein **Geheimnis** im oben beschriebenen Sinne vorliegt. Dann ist es sinnvoll, entsprechende **Mitteilungen** gegenüber diesen Gremien auch **aufzubereiten** und nicht etwa einfach Kopien von Unterlagen zu versenden. Es gilt dabei auch abzuwägen, **was** im Sinne eines praktischen Ineinandergreifens der unterschiedlichen Beteiligungsbereiche **sinnvoll** und **notwendig** ist. Hier wäre dann insbesondere zwischen regelmäßigen Informationen und anlässlich zugespielter besonderer Situationen zu unterscheiden. Bei der Aufstellung von Kandidatenlisten für

¹⁹ BGH 5.6.1975, DB 1975, S. 1308 ff.= BGHZ 64, 325 ff. S. 331.

²⁰ Wie es einige in der Literatur tun z.B. Ulmer-Habersack MitbestG § 25 Rn.110 und das BAG dahinstehen ließ.

den Aufsichtsrat sollte man noch stärker als bisher das Prinzip der Verschränkung mit Mitgliedern des Wirtschaftsausschusses beachten. Gezielte Nachfragen dort können helfen, noch nicht kommunizierte Informationen für die betrieblichen Gremien zu erhalten.²¹ Umgekehrt erlaubt § 79 BetrVG gerade eine Kommunikation vom Wirtschaftsausschuss zu den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat.

Es könnte auch – nicht zuletzt – die Zuziehung von sachverständigen Beratern hierbei nützlich oder erforderlich werden.

Bei den **Sitzungen** von **Konzernbetriebsrat/Gesamtbetriebsrat** sollte eben der **Bericht** der **Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat** über die letzte Sitzung entsprechend vor- und aufbereitet sein. Auch bei der Form wären Vorkehrungen zu treffen; schriftliche Mitteilungen unterliegen nun einmal eher der Neigung des Kopierens. In diesem Zusammenhang der zu bedenkenden Maßnahmen wäre dann ggfs. auch bezüglich der **Geheimhaltungsbedürftigkeit**, wie sie sonst in § 79 Abs. 1 BetrVG für den Arbeitgeber verankert ist, **ausdrücklich hinzuweisen**.

5. Kommunikation mit der Belegschaft

Die **Arbeitnehmervertreter** im Aufsichtsrat **werden** in einem aufwendigen Verfahren von der Belegschaft **gewählt**. Diese hat auch ein (selten erwähntes) gesetzlich verankertes **Abberufungsrecht**. Wenn man auch einräumen muss, dass – berechtigterweise – das entsprechende Quorum von Drei Viertel der jeweiligen Wahlberechtigten hoch angesetzt ist.

Dem hält die „numerisch herrschende“ Meinung bei der Behandlung der Verschwiegenheitspflicht schlicht den **Repräsentationsgedanken** entgegen. Bei einem Aufsichtsrat gehe es um die Mitwirkung bei der Führung eines Wirtschaftsunternehmens, und daher bestehe erst Recht im Verhältnis zur Belegschaft die Verschwiegenheitspflicht.

Demgegenüber nochmals das Zitat aus der Bayer-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (1975):

„So kann es gerade im Interesse des Unternehmens notwendig werden, eine im Aufsichtsrat besprochene Angelegenheit anderweitig in einem geschlossenen Kreis oder auch öffentlich zu erörtern, um Missverständnisse auszuräumen, Gerüchten entgegenzutreten, Unruhen zu vermeiden oder sonst die Beziehungen und das Bild der Gesellschaft nach innen und außen günstig zu beeinflussen; wann dies der Fall ist, lässt sich nicht nach starren Regeln, sondern nur für den Einzelfall entscheiden“ (und dann in der Klammer der Hinweis, dass schon das Reichsarbeitsgericht 1930 so judiziert hätte)²².

Um kein Missverständnis aufkommen zu lassen: Die praktische Zielsetzung besteht nicht darin, die Belegschaft „an Geheimnissen der Gesellschaft teilhaben zu lassen“. In der Tat mit der Information der Betriebsöffentlichkeit wird die relative Unbekanntheit von Tatsachen aufgegeben.

²¹ So auch Cuntz/Sick Mitbestimmung 4/2010 S. 26.

²² Nachweis in Fn. 19.

Andererseits griffe es zu kurz, wenn man einen Informationsbedarf im Verhältnis zur Belegschaft immer erst bei gerüchteweise bekannt gewordenen Maßnahmen mit existentieller Betroffenheit für die Arbeitnehmer bejahen würde. Auch wenn es beim Aufsichtsrat um die „Mitwirkung bei der Führung eines Wirtschaftsunternehmens“ geht, heißt dies doch nicht, dass die Belegschaften ausschließlich bei den Aufsichtsratswahlen einzubeziehen wären. Es geht hier auch darum, den **Arbeitnehmern zu vermitteln**, wozu diese **Mitwirkung nützlich** ist, dies trägt auch zum Erhalt des sozialen Friedens im Unternehmen bei.

Die Beiträge zur **Unternehmenskultur** in den letzten Jahren betonen die **Bedeutung eines informierten Arbeitnehmers** für den Unternehmenserfolg. Und in dieser Hinsicht ist es wichtig, wenn die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat durch entsprechende Kommunikation mit der Belegschaft dazu beitragen. Dies kann in der Alltagspraxis geschehen, ohne dabei mit der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht in Konflikt zu kommen.

Diese ist natürlich zu beachten. Andererseits kann sie nicht als Legitimation dienen, die Kommunikation der Arbeitnehmervertreter zur Belegschaft völlig zu unterbinden.

Die Tätigkeit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat kann Thema einer Betriebsversammlung sein, wobei der Bericht eben entsprechend zu gestalten ist. Auch nicht dem Betrieb angehörende Arbeitnehmervertreter können dazu eingeladen werden (Vgl. BAG 1977, AP Nr.4 zu § 42 BetrVG 1972).

Und je größer das Unternehmen oder der Konzern ist, desto eher bietet es sich hier an, mit Kommunikationsmitteln, z. B. Informationsbriefen, nach den Aufsichtsratssitzungen entsprechend über die Tätigkeit der Arbeitnehmervertreter zu berichten. Es gibt zahlreiche Beispiele der Gestaltung solcher „Mitteilungen aus dem Aufsichtsrat“.

Selbst der dem zuständigen Senat bei der Bayer-Entscheidung vorsitzende, spätere Präsident des Bundesgerichtshofs hat in einem Gutachten bei der Volkswagen AG 1980 Flugblätter der IG Metall-Aufsichtsratsmitglieder als unbedenklich angesehen, soweit ihr Inhalt selbst keine Unternehmensgeheimnisse veröffentlichte. Die gelegentlich dagegen ins Feld geführte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahre 1966 (AP Nr.1 zu § 69 BetrVG'52) befasste sich nur mit der Verteilung von Briefen durch den Konzernbetriebsrat und ist auch insofern überholt (BAG AP Nr.15 zu § 40 BetrVG)²³.

23 Siehe dazu auch die Dokumentation meines Beitrages aus 1990 im Anhang S. 29; sie sind nach wie vor aktuell.

III. Die Geheimhaltungspflicht der Gremien der betrieblichen Mitbestimmung

1. Zum Begriff: „Betriebs- und Geschäftsgeheimnis“

a) Begriffsklärung

§ 79 BetrVG erfasst nur Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. (Der bei den Aufsichtsratsmitgliedern noch anzutreffende Begriff: „vertrauliche Angaben“- dazu oben II 1.b) – wurde im Betriebsverfassungsgesetz 1972 nicht mehr aufgeführt.) Der Geheimhaltungspflicht unterliegen Tatsachen, die im Zusammenhang mit dem technischen Betrieb oder der wirtschaftlichen Betätigung des Unternehmens stehen, nur einem **eng begrenzten betrieblichen Personenkreis bekannt**, also nicht offenkundig (klassisch: schon längst in der Wirtschaftspresse veröffentlicht) sind, nach dem bekundeten Willen des Arbeitgebers geheimgehalten werden sollen und deren Geheimhaltung vor **Konkurrenten** für den Betrieb oder das Unternehmen wichtig ist. Ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis liegt nicht vor, wenn der Arbeitgeber kein **objektives nachvollziehbares Geheimhaltungsinteresse** hat; es kann eine Angelegenheit nicht willkürlich zum Geschäftsgeheimnis gemacht werden (materielles Geheimnis). Dieses Geheimhaltungsinteresse muss legal und legitim sein, die Rechtsprechung spricht vom berechtigten wirtschaftlichen Interesse.

Liegt ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis vor, hängt die Verpflichtung zur Geheimhaltung weiterhin davon ab, ob der Arbeitgeber die zugrundeliegenden Tatsachen **ausdrücklich als geheimhaltungspflichtig bezeichnete** (formelles Geheimnis). Ein derartiger ausdrücklicher Hinweis bedarf keiner bestimmten Form, muss jedoch klar und eindeutig sein. Er braucht auch nicht gegenüber jedem von der Schweigepflicht Betroffenen einzeln abgegeben zu werden. Gegenüber dem gesamten Betriebsrat beispielsweise wird sie jedoch nur wirksam, wenn sie einem empfangszuständigen Mitglied zugeht.

Die Schweigepflicht des § 79 BetrVG erfordert ferner, dass die zur Geheimhaltung verpflichteten Personen von dem Betriebs- und Geschäftsgeheimnis, **in ihrer Eigenschaft als Mitglied** der genannten betriebsverfassungsrechtlichen Institutionen Kenntnis erlangt haben. Bei den Vertretern der Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbänden, die im § 79 Abs. 2 BetrVG aufgeführt sind, bedeutet dies also Kenntniserlangung im Rahmen ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Unterstützungsfunktionen.

Auf den nach § 79 BetrVG im einzelnen verpflichteten Personenkreis wird unten bei 2. eingegangen werden.

b) Sanktionen

Eine grobe Verletzung der Verschwiegenheitspflicht kann zum **Ausschluss** eines Betriebsratsmitglieds **aus dem Betriebsrat** gem. § 23 BetrVG führen. Eine gerichtliche Auflösung des Betriebsrats ist hier, da es um die Pflicht der einzelnen Funktionsträger geht, regelmäßig ausgeschlossen (nach

Ansicht des Bundesarbeitsgerichts aber ausnahmsweise dann in Betracht kommend, wenn der Verstoß dem Betriebsrat als Kollegialorgan zuzuordnen ist).

Bezüglich einer außerordentlichen **Kündigung** des Arbeitsverhältnisses stellt sich wieder wie oben (II. 3 d)) die Frage, ob in dem Verstoß des Betriebsratsmitglieds gegen seine Pflicht aus § 79 BetrVG auch ein Verstoß gegen die Pflichten aus dem Arbeitsvertrag gesehen werden kann, der dann eine außerordentliche Kündigung zuließe.

Schließlich wären Schadenersatzansprüche oder im Vorfeld Unterlassungsansprüche, wenn die Verletzung ernsthaft droht, hier aufzuführen. Und es ist abschließend auch auf die **Strafvorschrift des § 120 BetrVG** (auf Antrag des Verletzten) hinzuweisen.

2. Zur Kommunikation zwischen den Gremien

a) Allgemeine Bemerkungen

Schon der Wortlaut von § 79 Abs. 1, Satz 3 und 4 BetrVG stellt klar, dass die Geheimhaltungspflicht nicht gegenüber den Mitgliedern des Betriebsrates und nicht gegenüber u. a. dem Gesamtbetriebsrat, dem Konzernbetriebsrat und den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat gilt. Insofern also besteht eine unproblematische Kommunikationsmöglichkeit bis hin zu den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat.

Gem. 79 Abs. 2 BetrVG gilt der Absatz 1 sinngemäß für die Mitglieder und Ersatzmitglieder des Gesamtbetriebsrats, des Konzernbetriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, ..., des Wirtschaftsausschusses, ... sowie für die Vertreter von Gewerkschaften oder Arbeitgebervereinigungen. Daraus folgt zunächst, dass der in Absatz 2 aufgeführte Personenkreis, gerade weil er auch der Geheimhaltungspflicht unterworfen ist, ungehindert mit dem Personenkreis nach § 79 Abs. 1 BetrVG Informationen austauschen kann. Wenn hier befugterweise Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse weitergegeben werden, so ist allerdings der Empfänger der Information **ausdrücklich** auf die Verpflichtung zur Verschwiegenheit **hinzuweisen**.

Vergleicht man die Personenkreise des Absatzes 1 und des Absatzes 2, so stellt man fest, dass sie nicht identisch sind, insbesondere sind der Wirtschaftsausschuss und die Vertreter von Gewerkschaften nur in Absatz 2 erwähnt.

Allgemein ist diese hier vorzufindende „Informationstechnik“ nicht verständlich. In der Literatur finden sich meist die generellen Bemerkungen, dass die in Absatz 2, aber nicht in Absatz 1, Satz 4 genannten Mitglieder der Gremien zwar Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse an die Mitglieder der in Absatz 1, Satz 3 und 4 genannten Gremien weiterleiten dürfen, nicht aber umgekehrt. Wenn Gewerkschaftsvertreter Zugangs- und Beratungsrechte zum Betrieb und Betriebsrat haben, so kann auf alle Fälle letzteres nur auf der Grundlage einer vollständigen Information erfolgen. Andererseits ist es

natürlich im Hinblick auf § 79 Abs. 2 BetrVG den Gewerkschaftssekretären verwehrt, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse gewerkschaftsintern durch Rundschreiben zu verbreiten.

Im übrigen ist auf die Möglichkeit der **Hinzuziehung von Sachverständigen** gem. § 80 Abs. 3 BetrVG zu verweisen, für deren Geheimhaltungspflicht sinngemäß wiederum § 79 BetrVG gilt.

b) Zur Rolle des Wirtschaftsausschusses

Wie bereits angesprochen, wäre bei einem schlichten Stehenbleiben beim Gesetzeswortlaut des § 79 BetrVG eine Weitergabe von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vom Betriebsrat/Gesamtbetriebsrat an den Wirtschaftsausschuss nicht möglich. Wenn man die **Aufgaben des Wirtschaftsausschusses** bedenkt, so ist dies auf alle Fälle schon befremdlich (Fitting u. a.: BetrVG, 25. Auflage, § 79 Rz 25.). In der Praxis ist die Informationserlangung für die Interessenvertretung durch den Wirtschaftsausschuss von zentraler Bedeutung. Zu den Sitzungen des Wirtschaftsausschusses können entsprechend zur Verschwiegenheitspflicht verpflichtete Sachverständige gem. § 108 Abs. 2, Satz 3 in Verbindung mit § 80 Abs. 3 BetrVG hinzugezogen werden.

Vor allen Dingen aber gibt es eine **Berichtspflicht des Wirtschaftsausschusses** über seine Sitzungen gegenüber dem Betriebsrat bzw. dem Gesamtbetriebsrat (wenn der Wirtschaftsausschuss bei mehrbetrieblichen Unternehmen vom Gesamtbetriebsrat eingesetzt wurde).

Richtig ist, dass in § 106 Abs. 2 dem Unternehmer bei der Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses die Möglichkeit eingeräumt wurde, sich auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bzw. deren Gefährdung zu berufen (dies allerdings unterliegt der Überprüfung durch die Einigungsstelle). Andererseits ist der Wirtschaftsausschuss anerkanntermaßen das Informationserlangungsorgan für Betriebsrat/Gesamtbetriebsrat. Und die Wirtschaftsausschuss-Mitglieder sind schon gem. § 79 Abs. 2 BetrVG geheimhaltungsverpflichtet. Wenn also Betriebsrat/Gesamtbetriebsrat mittels des Wirtschaftsausschusses Informationen erlangen wollen, und man § 79 Abs. 2 BetrVG vom Wortlaut her streng nähme, müssten die Fragen seitens Betriebsrat/Gesamtbetriebsrat so formuliert werden, dass dabei keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die diese Gremien wüssten, offenbart würden. Umgekehrt wäre die Beschränkung der Mitteilungsbefugnis gegenüber dem Wirtschaftsausschuss schon dadurch korrigierbar, dass man die Aufgaben des Wirtschaftsausschusses einem Ausschuss des Betriebsrates/Gesamtbetriebsrates gem. § 107 Abs. 3 BetrVG übertragen würde (so auch Fitting u.a. BetrVG 25.A. § 79 Rn. 25).

Um es nochmals zusammenzufassen: Der Wirtschaftsausschuss hat eine Berichtspflicht gegenüber dem Betriebsratsorgan, welches ihn bestellt hat, im mehrbetrieblichen Unternehmen also dem Gesamtbetriebsrat. Hier gibt es keine Schweigepflicht. Allenfalls wäre seitens der Wirtschaftsausschussmitglieder darauf hinzuweisen, dass der Arbeitgeber in der Sitzung bestimmte Informationen als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet hat. Die Berichtspflicht des Wirtschaftsausschusses hat unverzüglich und vollständig zu erfolgen. Die **Form der Unterrichtung** ist im Gesetz nicht geregelt. Die Übersendung von Sitzungsniederschriften des Wirtschaftsausschusses genügt für sich allein nicht; die Möglichkeit zum Dialog muss hier gegeben sein. Die Mitglieder des Gesamtbetriebsrates sind

dann natürlich in der Lage, entsprechend ihren Betriebsrat zu unterrichten, hier hat § 79 BetrVG ohnehin keine Schranke aufgebaut.

Wenn soeben darauf hingewiesen wurde, dass mittels Weitergabe von Protokollen der Wirtschaftsausschusssitzungen die Unterrichtung nicht vollständig erfolgen kann, so ist es doch sinnvoll, dass einerseits auf der Basis **systematischer**, immer wieder verwandter **Fragen** der Wirtschaftsausschuss seine **Unterrichtung** herbeiführt **und** umgekehrt auch mit dieser Systematik dann die **Berichterstattung** des Wirtschaftsausschusses gegenüber den entsprechenden Gremien erfolgt.

c) Zum Umgang mit Informationen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat

Dieses Thema wurde oben bei II.4 schon ausführlich, auch im Lichte der neueren BAG-Rechtsprechung, behandelt; darauf kann also hier verwiesen werden.

IV. Anhang
Dokumentation aus Mitbestimmung
1990 und 2010

Roland Köstler*

Die Arbeitnehmervertreter im AR informieren ...

Ein paar juristische Reflexionen zur Gratwanderung zwischen vertraulichen Informationen und größtmöglicher Transparenz

„Der Aufsichtsrat wird für die Beschäftigten im Betrieb und auch für die gewerkschaftlichen Funktionäre – nicht selten bis hin zum „einfachen“ Mitglied eines zahlenmäßig starken Gesamtbetriebsrates – vermutlich immer eine sehr entfernt liegende und schwer einzuschätzende Handlungsebene bleiben. Wenn es aber gelingt, im Betrieb und den Beschäftigten klarzumachen, daß man dort als Gewerkschafter und Arbeitnehmervertreter auftritt, welche Ziele man dort verfolgt und wo die Grenzen der eigenen Handlungsmöglichkeiten liegen ...“

Mit diesen Worten beginnt das Kapitel „Aufsichtsratsarbeit und Betriebsöffentlichkeit: Probleme auf einer schwierigen Gratwanderung“ in der Broschüre Mitbestimmung '76 und was nun?¹ Noch deutlichere Worte findet der Abschlußbericht zum Projekt „Aufsichtsratsmitbestimmung nach dem BetrVG '52“: „Die Herstellung von Betriebsöffentlichkeit ist offenbar immer wieder ein schwieriges, ja ein als riskant erachtetes Geschäft. Man muß sich Kniffe einfallen lassen, ist sicherlich häufig auch zu ängstlich und wagt es nicht, bestehende Machtverhältnisse weitergehend anzugreifen, obwohl es das Kollektivrecht erlaubt, die Öffentlichkeit einschränkende Privatheit des Unternehmens sehr viel deutlicher zu relativieren.“²

Die oftmals fehlende Transparenz der Aufsichtsratsarbeit hat bei der jüngst wieder aufgelebten Diskussion um deren Stellenwert eine nicht geringe Rolle gespielt; daher nochmals³ ein kurzer rechtlicher Kommentar:

- Auf Betriebsversammlungen können und sollten Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat für ihre Tätigkeit sprechen. Sie müssen dazu nur vom Betriebsrat eingeladen werden. Die Arbeit im Aufsichtsrat ist – entgegen gelegentlicher Zweifel in der Literatur durchaus ein zulässiges Thema⁴.

- Auch in Belegschaftsinformationen der Betriebsräte kann über die Arbeit im Aufsichtsrat berichtet werden⁵.

- Schließlich gibt es auch keine rechtlich durchschlagenden Bedenken, wenn die Arbeitnehmervertreter selbst durch schriftliche Informationen (Schwarzes Brett, Informationsbriefe) über ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat berichten:

Sicher, die Grenzen der Verschwiegenheitspflicht sind dabei zu beachten. Hier kann man sich im Zweifelsfall entsprechend rechtlich beraten lassen. Im Rahmen der Verschwiegenheitspflicht kann ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied sich – dies ist allerdings unstrittig – auch in schriftlicher Form an die Belegschaft wenden.⁶

Darüber hinaus begegnet man hier und dort der Auffassung, daß die Äußerungsfreiheit einzelner Aufsichtsratsmitglieder überschritten wird, wenn die Arbeitnehmervertreter einen regelmäßigen Informationsdienst über Gegenstände und Ablauf der Aufsichtsratsitzungen herausgeben. Hier fallen dann Begriffe wie „Informationszuständigkeit des Vorstandes“, „Rollenverteilung zwischen den Organen“, „Loyalitäts- und Treuepflichten der Aufsichtsratsmitglieder“, „Gefährdung des Betriebsfriedens“ und „Pressionen gegenüber dem Aufsichtsrat“.

Vor einigen Jahren schon hatte es bei der Volkswagen AG mehrere Rechtsgutachten gegeben, die Hilfestellung leisten sollten beim Versuch, Flugblätter der IG-Metall-Aufsichtsratsmitglieder zu unterbinden. Der Präsident des Bundesgerichtshofes – erfahren aus dem 2. Senat, der das Bayer-Urteil zur Verschwiegenheitspflicht 1975 gefällt hatte, fand letztlich keine Bedenken.⁷

Die Zusammensetzung des Aufsichtsrates, auf Arbeitnehmerseite zum Teil mit komplizierten Wahlvorschriften, mit dem Schlagwort von der repräsentativen Beteiligung der Arbeitnehmer beim Aufsichtsrat zu erledigen, hieße das Spannungsverhältnis von Gesellschaftsrecht und Mitbestimmung einseitig zugunsten des ersteren aufzulösen. Jene Begriffe wie „Informationszuständigkeit des Vorstandes“ oder „Treuepflicht der AR-Mitglieder, die hier zu Hürden gegen die Informationspflicht aufzubauen versucht werden, erinnern in der Tat an den alten deutschen Rechtsgrundsatz: „Was nicht ausdrücklich erlaubt ist ...“

Natürlich gilt es – um es nochmals zu betonen – die Verschwiegenheitspflicht zu beachten. Und Arbeitnehmervertreter überlegen es sich auch aus betriebspolitischen Gründen sehr genau,

wie die schwierige Gratwanderung zwischen „vertraulichem Umgang mit Informationen“ und größtmöglicher Transparenz ihrer Politik“ zu bewältigen ist. Die Definitionsmacht des Managements zur Transparenz im Unternehmen hier derart zu überhöhen, heißt, die Beteiligungsmöglichkeiten der Arbeitnehmervertreter in der Tendenz soweit wie möglich zu reduzieren. Dabei wurde in alle Gesetze über die Beteiligung der Arbeitnehmer am Aufsichtsrat seit 1951 eine Abwahlmöglichkeit durch die Belegschaften aufgenommen. Hier dann von „Wahlkampf“ der Arbeitnehmervertreter zu sprechen, hieße ein Mitbestimmungsverständnis an den Tag zu legen, welchem auch aus rechtlicher Sicht nicht gefolgt werden kann.

Das Instrument der schriftlichen Informationen durch Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sollte – gerade in Großunternehmen mit ihren zahlreichen weitverzweigten Betriebsstätten – noch mehr genutzt werden. Arbeitnehmervertreter beachten dabei auch die Grenzen der Verschwiegenheitspflicht, wenn auch nicht immer die, die manche Juristen hier gerne ziehen möchten. Aufrufe zur Verletzung des Betriebsfriedens werden hier auch nicht gemeint sein. Es sei denn, man definiert diesen schlicht aus der Sicht eines konservativen Managements.

* Dr., Referat Recht in der Abt. Mitbestimmungsförderung II der Hans-Böckler-Stiftung.

1 Martens/Bürger, Praktikerreihe der HBS, 1987.

2 Buchveröffentlichung in Vorbereitung.

3 Vgl. bereits 1979 in dieser Zeitschrift meinen Beitrag, Seite 217 f. und Schmidt/Zachert, Seite 227 ff. mit Beispielen, Seite 230 f. und Kitterner unter anderem, Aufsichtsratspraxis, 1987, Rz. 510 ff.

4 Vgl. die Nachweise in Fn. 3 und BAG, Mitbestimmungsgespräch 1978, 45 ff.

5 Die Entscheidung des BAG aus 1966, AP Nr. 1 zu § 69 BetrVG '52 war falsch und ist auch inzwischen überholt: BAG, AP Nr. 15 zu § 40 BetrVG = Mitbestimmungsgespräch 79, 37.

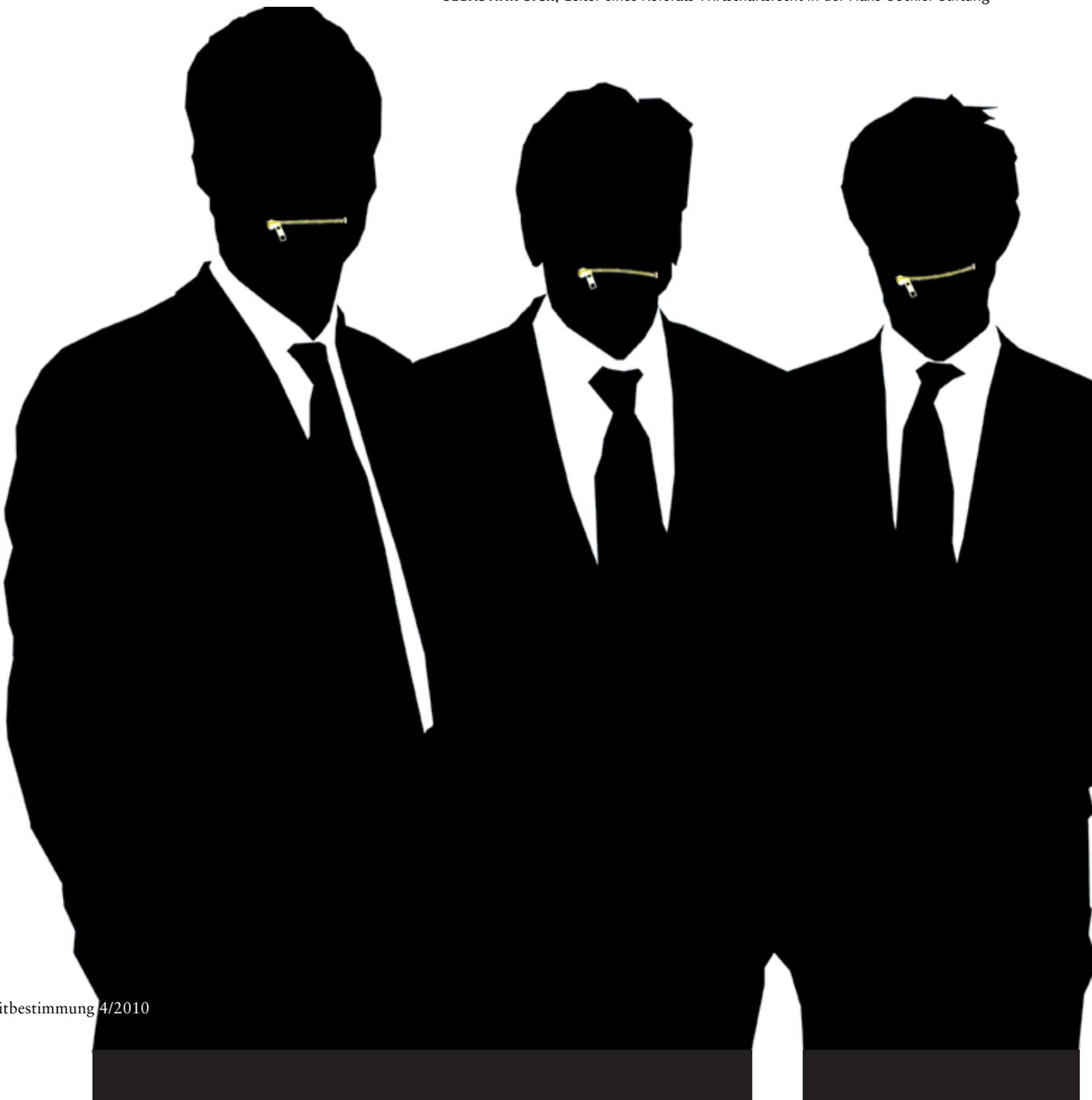
6 Interessant auch zur betrieblichen Öffentlichkeit AG München, in dieser Zeitschrift 1986, Seite 334 f.

7 Vgl. den Hinweis bei Säcker, NJW 1996, 807 Fn. 51.

Aufsichtsräte als Geheimzirkel?

VERSCHWIEGENHEITSPFLICHT Aufsichtsräte erfahren viele sensible Details über ihre Unternehmen. Doch sie müssen auch schweigen können. Die Balance, die für eine wirkungsvolle Interessenvertretung unerlässlich ist, wird durch ein Urteil des BAG bedroht.

Von **JULIA CUNTZ**, Juristin im Ressort Unternehmensmitbestimmung beim IG-Metall-Vorstand, und **SEBASTIAN SICK**, Leiter eines Referats Wirtschaftsrecht in der Hans-Böckler-Stiftung



Aufsichtsratsmitglieder haben ein umfassendes Auskunftsrecht gegenüber dem Vorstand. Denn eine effektive Überwachung ist nur mit den erforderlichen Informationen möglich. Als Kehrseite dazu ist die Pflicht zur Verschwiegenheit im Gesetz verankert. Im Deutschen Corporate Governance Kodex heißt es dazu: „Gute Unternehmensführung setzt eine offene Diskussion zwischen Vorstand und Aufsichtsrat sowie im Vorstand und Aufsichtsrat voraus. Die umfassende Wahrung der Vertraulichkeit ist dafür von entscheidender Bedeutung.“ Dies richtet sich an Arbeitnehmer- wie Anteilseignervertreter gleichermaßen.

HOCH GEHÄNGTE PFLICHT ZUR VERSCHWIEGENHEIT Mit einem Beschluss vom 23. Oktober 2008 hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) nun einige Aufregung entfacht, als es sich zur Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsräte gegenüber Betriebsräten äußerte. Der Fall: Ein Aufsichtsratsmitglied hatte im Betriebsrat, dem es ebenfalls angehörte, von der bevorstehenden Übernahme eines Unternehmens berichtet, die im Kontrollgremium bekannt geworden und dort ausdrücklich als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet worden war.

Zwar lehnte das BAG die Kündigung des Aufsichtsratsmitglieds ab. Für die Aufsichtsratsarbeit entscheidender ist aber, dass das Gericht eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber dem Betriebsrat annimmt, obwohl dieser seinerseits einer Geheimhaltungspflicht unterliegt: „Eine Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat besteht grundsätzlich auch gegenüber dem Betriebsrat, selbst wenn ein Arbeitnehmervertreter zugleich Mitglied des Betriebsrats ist.“ Der Betriebsrat darf demnach zwar dem Aufsichtsrat alles erzählen (§ 79 BetrVG), nicht aber umgekehrt. Ungeachtet der Verantwortung ihren Wählern gegenüber müssen die Aufsichtsratsmitglieder nunmehr umso vorsichtiger abwägen, wenn sie über ihre Aufsichtsratsarbeit informieren. Dies gilt auch für die Zusammenarbeit mit den betrieblichen Gremien.

Bedeutet dies das Ende einer effektiven Kooperation der verschiedenen Ebenen der Mitbestimmung – und damit einer wirkungsvollen Arbeitnehmervertretung? Diese Deutung scheint überzogen. In seinem gleichfalls wegweisenden sogenannten Bayer-Urteil von 1975 differenziert der Bundesgerichtshof (BGH) sehr genau: „Ein grundsätzliches Verbot, Gegenstand, Verlauf und Ergebnis von Aufsichtsratsverhandlungen zu offenbaren, lässt sich ... nicht mit einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens begründen und sprengt den gesetzlichen Rahmen.“ Hier wird deutlich: Was konkret unter die Geheimhaltungspflicht fällt, lässt sich nur im Einzelfall entscheiden, Kommunikation aus dem Aufsichtsrat ist aber möglich. Der Tagesordnungspunkt „Bericht aus dem Aufsichtsrat“ auf Betriebsversammlungen oder Betriebsratssitzungen muss nicht gestrichen werden. Jedoch ist Vorsicht geboten: Allgemeine Informationen über Gegenstand, Verlauf und Ergebnis einer Aufsichtsratsitzung im Konzernbetriebsrat oder in einer Mitarbeiterzeitung darf es geben, solange vertrauliche Details nicht offenbart werden. Was vertraulich ist, bestimmt sich hier nach dem Gesetz, nicht nach der Aufsichtsratsgeschäftsordnung oder nach der Meinung des Vor-

stands. Hinweise der Unternehmensleitung sind nicht rechtsverbindlich, sondern können allenfalls die Beurteilung erleichtern. Eine verschärfte Vertraulichkeit, wie sie sich in einigen Geschäftsordnungen wiederfindet, darf nicht gelten.

GRENZEN DER VERTRAULICHKEIT Doch wo liegen die Grenzen der Verschwiegenheitspflicht? Was fällt tatsächlich darunter? Das Gesetz nennt Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse. Dazu können beispielsweise Margen, technische Entwicklungen, Kundenlisten oder Akquisitionspläne gehören. Unterlagen aus dem Aufsichtsrat sind niemals weiterzugeben. Zudem sind im Gesetz speziell „vertrauliche Berichte“ und „vertrauliche Beratungen“ genannt. Daraus ergibt sich logisch, dass es auch Aufsichtsratsberatungen und Berichte geben muss, die nicht vertraulich sind. Details der Beratung oder Personalien müssen aber stets vertraulich behandelt werden. Insofern ist davon abzuraten, Abstimmungsverhalten und Stellungnahmen anderer Aufsichtsratsmitglieder oder sonstige persönliche Äußerungen, die nur für den Aufsichtsrat bestimmt sind, an den Betriebsrat oder die Belegschaft zu berichten. Über das eigene Verhalten in der Diskussion – auch in Absprache mit den anderen Arbeitnehmervertretern – hingegen könnte durchaus informiert werden.

Allgemein Bekanntes – wie zum Beispiel nach Veröffentlichung einer Ad-hoc-Mitteilung – kann naturgemäß nicht mehr geheimhaltungsbedürftig sein, auch wenn es im Aufsichtsrat erörtert wurde. Dies gilt auch für Informationen, die dem Inter- oder Intranet oder der Wirtschaftspresse zu entnehmen sind. Unbestätigte Gerüchte sind demgegenüber schon dem Wort nach nicht allgemein bekannt.

Das Aufsichtsratsmitglied muss sich vor Weitergabe von Informationen immer fragen, ob für das Unternehmen ein (objektives) Geheimhaltungsinteresse besteht. Das ist insbesondere der Fall, wenn dem Unternehmen ein Schaden entstehen kann, etwa durch Rufschädigung. Bei Details zu Verkaufs- oder Übernahmeverhandlungen, in denen in der Regel zudem vorvertraglich Vertraulichkeit vereinbart wird, liegt dies auf der Hand. Besondere Sensibilität ist auch bei börsenrelevanten Insidertatsachen vor der Veröffentlichung einer Ad-hoc-Mitteilung gefragt, beispielsweise im Zusammenhang mit der Bestellung oder Abberufung von Vorstandsmitgliedern. Aufsichtsratsmitglieder sind jedoch nach wie vor nicht daran gehindert, externe Sachverständige – auch den gewerkschaftlichen Betreuer und Experten – unter Verpflichtung auf die Vertraulichkeit als Berater hinzuzuziehen, soweit dies für ihre Aufgabe erforderlich ist.

WECHSELWIRKUNG DES INFORMATIONSFLUSSES Für die praktische Aufsichtsratsarbeit bietet sich an, im Rahmen der Nachbesprechung der Aufsichtsratsitzung auch über Fragen der Vertraulichkeit zu diskutieren, wenn die Kommunikation mit den Kolleginnen und Kollegen vorbereitet wird. Dies wird gerade in den Unternehmen wichtig sein, in denen mit Verweis auf die BAG-Rechtsprechung zur Verschwiegenheit die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat unter Druck gesetzt werden. ▶

Besonderheiten für börsennotierte Gesellschaften

Geheimhaltungsbedürftige Tatsachen unterliegen in allen Unternehmen der Verschwiegenheitspflicht, aber bei börsennotierten Gesellschaften ist zusätzlich besondere Sensibilität bei der Behandlung von Informationen anzuraten. Zumal das Insiderrecht mit § 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG ausdrücklich und strafbewährt jede unbefugte Weitergabe von Insiderinformationen verbietet. Daraus folgt die dringende Empfehlung an die Aufsichtsräte, sorgfältig zu prüfen, wem sie Insiderinformationen befugt mitteilen oder zugänglich machen dürfen. Die Finanzaufsicht BaFin erläutert dazu, dass die Weitergabe von Insiderinformationen an unternehmensexterne Berater wie Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer oder Ratingagenturen keine unbefugte Weitergabe darstellt, wenn die Information von diesen Personen tatsächlich für die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben benötigt wird.

Der EuGH urteilte 2006 in einer viel kritisierten Entscheidung in einem dänischen Fall (Grongard und Bang) über die Weitergabe einer Information durch einen Arbeitnehmervertreter im Unternehmensorgan an den Gewerkschaftsvorsitzenden, der wiederum seine Mitarbeiter einbezog: Der Informationsaustausch sei zulässig, wenn er für die Arbeit, den Beruf oder die Aufgaben des Aufsichtsratsmitglieds unerlässlich sei. Der Oberste Gerichtshof Dänemarks legte dieses (zu) enge juristische Kriterium der Unerlässlichkeit 2009 pragmatisch aus: Der Arbeitnehmervertreter „hat grundsätzlich die Möglichkeit, Fragen zu einer Fusion, die für die Beschäftigten von wesentlicher Bedeutung sind, mit dem Vorsitzenden seiner gewerkschaftlichen Organisation zu besprechen“. Dies sei Bestandteil der Funktion eines von den Mitarbeitern gewählten Mitglieds des Aufsichtsrats.

► Für die Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsratsmitgliedern und den betrieblichen Interessenvertretungsorganen sollte nach der Entscheidung des BAG verstärkt beachtet werden, dass jedenfalls zwischen einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern keine Verschwiegenheitsverpflichtungen bestehen. Das gilt auch für Mitglieder einzelner Ausschüsse. Zwischen den Mitgliedern unterschiedlicher Aufsichtsräte in einem Konzern wird das Konzerninteresse oftmals gegen eine Geheimhaltungspflicht sprechen.

Bei der Aufstellung von Kandidatenlisten für den Aufsichtsrat wird das Prinzip der Verschränkung noch wichtiger als bisher: So sollte insbesondere darauf geachtet werden, dass dem Aufsichtsrat auch Mitglieder des Wirtschaftsausschusses angehören, die durch gezielte Nachfragen im Wirtschaftsausschuss noch nicht kommunizierte Informationen erhalten können.

Genau hier liegt auch eine Wechselwirkung des Informationsflusses, die das BAG nicht gewürdigt hat: Mit Ausnahme von Personalfragen, langfristigen strategischen Entscheidungen oder Vorverhandlungen für Zu- oder Verkäufe sind kaum Informationen denkbar, die der Aufsichtsrat, nicht aber der Wirtschaftsausschuss erörtern soll. Da der Wirtschaftsaus-

schuss die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens ebenso wie anstehende Maßnahmen und ihre Auswirkungen auf die Arbeitnehmer bewerten soll, ist seine rechtzeitige und umfassende Information erforderlich. In Zukunft wird es daher noch bedeutsamer sein, diese rechtzeitige Information durch den Arbeitgeber einzufordern, statt auf die mehr oder weniger geduldete Weitergabe der Informationen aus dem Aufsichtsrat zu bauen.

Die Informationen der Wirtschaftsausschüsse gehen unter Umständen über die Kenntnisse der Aufsichtsratsmitglieder hinaus. Sie können mit ihnen aber umfassend diskutiert werden, denn eine Verschwiegenheitsbarriere besteht in dieser Richtung nicht. Die vom BAG ausdrücklich offengelassene Frage, ob für die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber betrieblichen Gremien eine Ausnahme in Betracht kommt, wenn der Arbeitgeber seinerseits Informationspflichten nach der Betriebsverfassung gravierend verletzt, stellt sich dann erst gar nicht. ■

Gesamtverzeichnis

Arbeitshilfen für Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten

- 01 Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats
- 02 Übersicht über die Aufsichtsratsrechte Bereich MitbestG '76
- 03 Übersicht über die Aufsichtsratsrechte im Bereich Drittelbeteiligungsgesetz 2004
- 04 Rechtsprechung zur Unternehmensmitbestimmung
- 05 Hinweise zum praktischen Umgang mit der Verschwiegenheitspflicht
- 06 Die Europäische Aktiengesellschaft
- 07 Praktische Hinweise zum Unternehmensrecht
- 08 Insiderrecht
- 09 Der Shareholder Value-Ansatz
- 10 Grundsätze ordnungsmäßiger Aufsichtsratsstätigkeit
- 11 Gesellschafts- und Mitbestimmungsrecht in der Europäischen Gemeinschaft
- 12 Die Beauftragung des Abschlussprüfers durch den Aufsichtsrat
- 13 Praktische Hinweise zum sogenannten Risikomanagement
- 14 Angemessene Vorstandsvergütung
- 16 Die Effizienzprüfung des Aufsichtsrats
- 17 Die Prüfung von Jahresabschluss und Konzernabschluss in Aufsichtsräten

Über die Hans-Böckler-Stiftung

Die Hans-Böckler-Stiftung ist das Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des Deutschen Gewerkschaftsbundes. Gegründet wurde sie 1977 aus der Stiftung Mitbestimmung und der Hans-Böckler-Gesellschaft. Die Stiftung wirbt für Mitbestimmung als Gestaltungsprinzip einer demokratischen Gesellschaft und setzt sich dafür ein, die Möglichkeiten der Mitbestimmung zu erweitern.

Mitbestimmungsförderung und -beratung

Die Stiftung informiert und berät Mitglieder von Betriebs- und Personalräten sowie Vertreterinnen und Vertreter von Beschäftigten in Aufsichtsräten. Diese können sich mit Fragen zu Wirtschaft und Recht, Personal- und Sozialwesen oder Aus- und Weiterbildung an die Stiftung wenden. Die Expertinnen und Experten beraten auch, wenn es um neue Techniken oder den betrieblichen Arbeits- und Umweltschutz geht.

Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI)

Das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung forscht zu Themen, die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Bedeutung sind. Globalisierung, Beschäftigung und institutioneller Wandel, Arbeit, Verteilung und soziale Sicherung sowie Arbeitsbeziehungen und Tarifpolitik sind die Schwerpunkte. Das WSI-Tarifarchiv bietet umfangreiche Dokumentationen und fundierte Auswertungen zu allen Aspekten der Tarifpolitik.

Institut für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK)

Das Ziel des Instituts für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK) in der Hans-Böckler-Stiftung ist es, gesamtwirtschaftliche Zusammenhänge zu erforschen und für die wirtschaftspolitische Beratung einzusetzen. Daneben stellt das IMK auf der Basis seiner Forschungs- und Beratungsarbeiten regelmäßig Konjunkturprognosen vor.

Forschungsförderung

Die Stiftung vergibt Forschungsaufträge zu Mitbestimmung, Strukturpolitik, Arbeitsgesellschaft, Öffentlicher Sektor und Sozialstaat. Im Mittelpunkt stehen Themen, die für Beschäftigte von Interesse sind.

Studienförderung

Als zweitgrößtes Studienförderungswerk der Bundesrepublik trägt die Stiftung dazu bei, soziale Ungleichheit im Bildungswesen zu überwinden. Sie fördert gewerkschaftlich und gesellschaftspolitisch engagierte Studierende und Promovierende mit Stipendien, Bildungsangeboten und der Vermittlung von Praktika. Insbesondere unterstützt sie Absolventinnen und Absolventen des zweiten Bildungsweges.

Öffentlichkeitsarbeit

Mit dem 14tägig erscheinenden Infodienst „Böckler Impuls“ begleitet die Stiftung die aktuellen politischen Debatten in den Themenfeldern Arbeit, Wirtschaft und Soziales. Das Magazin „Mitbestimmung“ und die „WSI-Mitteilungen“ informieren monatlich über Themen aus Arbeitswelt und Wissenschaft. Mit der Homepage www.boeckler.de bietet die Stiftung einen schnellen Zugang zu ihren Veranstaltungen, Publikationen, Beratungsangeboten und Forschungsergebnissen.

Hans-Böckler-Stiftung

Hans-Böckler-Straße 39 Telefon: 02 11/77 78-0
40476 Düsseldorf Telefax: 02 11/77 78-225

 www.boeckler.de

**Hans Böckler
Stiftung** 

Fakten für eine faire Arbeitswelt.