

Dr. Jochen Keilich, RA/FAArbR, und Paul Brummer, RA

Reden ist Silber, Schweigen ist Gold – Geheimhaltungspflichten auch für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat

Die Mitglieder des Aufsichtsrates einer Gesellschaft sind gemäß § 116 i.V.m. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG zum Stillschweigen über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft verpflichtet, die ihnen durch ihr Aufsichtsratsmandat bekannt geworden sind. Ein Interessenkonflikt besteht jedoch bei Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat, die zugleich als Mitglied einer Gewerkschaft dieser gegenüber verpflichtet sind. Insofern werden Fragen zur Reichweite der Geheimhaltungspflicht, den Rechtsfolgen bei Verstößen und den Möglichkeiten präventiver Maßnahmen seitens der Gesellschaft aufgeworfen.

I. Einleitung

Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sind wie alle anderen Aufsichtsratsmitglieder auch zur Loyalität gegenüber der Gesellschaft verpflichtet. Andererseits sind sie entsandte Vertreter der Arbeitnehmer oder Mitglieder der Gewerkschaften und auch diesen gegenüber verpflichtet. In diesen unterschiedlich ausgerichteten Verpflichtungen ist bereits strukturell ein Interessenskonflikt der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat angelegt, der sich gut anhand des von Möllers und Kempen zitierten Fall „Bsirske“¹ darstellen lässt. So zeigt dieses Beispiel anschaulich, in welchem grundsätzlichen Interessenskonflikt sich Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat im Zusammenhang mit Tarifauseinandersetzungen befinden können. Herr Bsirske ist stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender der Deutschen Lufthansa AG und zugleich Vorsitzender der DGB-Gewerkschaft ver.di. In seiner Funktion als ver.di-Vorsitzender rief er im Dezember 2002 zum Streik u.a. gegenüber dem Frankfurter Flughafen auf. Angesichts der Bedeutung dieses Flughafens als Heimatbasis der Deutschen Lufthansa AG war offensichtlich, dass auch die Deutsche Lufthansa AG durch den Streik mittelbar infolge von Flugausfällen erheblich beeinträchtigt werden würde. Der Streikaufruf stand also im Widerspruch zu den Loyalitäts- und Treuepflichten gegenüber der Deutschen Lufthansa AG.

Nicht wenige Aufsichtsratsmitglieder sind zugleich hauptamtliche Funktionäre einer Gewerkschaft, oder begleiten wie Herr Bsirske gar den Vorsitz der zuständigen Gewerkschaft. Sie sind einerseits als Organ der Gesellschaft verpflichtet. Zugleich sind sie hauptamtlich für den sozialen Gegenspieler tätig und ihre Hauptaufgabe ist die Durchsetzung der Mitgliederinteressen notfalls mit Arbeitskämpfungsmitteln auch gegenüber der Gesellschaft für die sie im Aufsichtsrat sitzen.² Als Aufsichtsratsmitglied verfügen sie über vertrauliche Informationen, deren Nutzung für den Arbeitskampf von erheblicher Bedeutung sein kann. Einerseits zur Geheimhaltung verpflichtet, besteht andererseits gegenüber der Gewerkschaft die Pflicht, sämtliche Mittel zu nutzen und sich auch ihr gegenüber loyal zu verhalten. Zugespitzt würde theoretisch eine erhebliche Interessenkollision für Herrn Bsirske be-

stehen, wenn ver.di die Deutsche Lufthansa AG bestreiken würde und Herr Bsirske als Aufsichtsratsmitglied Kenntnis von den Maßnahmen der Deutschen Lufthansa AG als Reaktion auf den Arbeitskampf hätte.³

Das Beispiel eines Arbeitnehmervertreters im Aufsichtsrat, der zugleich Mitglied einer Gewerkschaft ist, zeigt jedoch, welcher grundsätzliche Interessenskonflikt in der Entsendung von Arbeitnehmervertretern in die Organe einer Gesellschaft liegt. Dieser Interessenskonflikt ist bereits von Gesetzes wegen angelegt. Der Gesetzgeber hat diesen Konflikt mit Verweis auf die Verschwiegenheitspflichten nach dem AktG in § 25 Abs. 1 MitbestG eindeutig zu Gunsten der Treuepflicht gelöst.⁴

Letztlich befindet sich der Arbeitnehmervertreter auch in einem persönlichen Interessenskonflikt. Neben der organschaftlichen Treuepflicht sieht er sich gegenüber seinen Wählern dazu verpflichtet, für die Arbeitnehmer interessante Informationen an diese weiterzugeben. Nach § 9 MitbestG werden die Arbeitnehmervertreter entweder durch die Arbeitnehmer des Unternehmens direkt oder durch Delegierte gewählt. Mit Blick auf die Chancen zur Wiederwahl ist der Druck, der seitens der Wähler und der Gewerkschaften ausgeübt wird, nicht zu unterschätzen.⁵ So heißt es in einem Leitfaden für Aufsichtsräte der DGB-nahen Hans-Böckler-Stiftung wörtlich: *„Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sind von den Belegschaften beziehungsweise von den Gewerkschaften politisch delegierte Vertreter von Arbeitnehmerinteressen. Für ihre Interessenvertretung stellen sie sich laufend Fragen und Kritik derjenigen, die sie in diese Funktion delegiert haben. Sie legen Rechenschaft über ihr Wirken im Aufsichtsrat und die damit verbundenen Ergebnisse ab.“*⁶

II. Verschwiegenheitspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern

Die Mitglieder des Aufsichtsrates sind gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 MitbestG i.V.m. § 116 S. 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG zur Verschwiegenheit über vertrauliche Angaben und Geheimnisse, namentlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, von denen sie durch ihre Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied Kenntnis erlangt haben, verpflichtet. Diese gesetzliche Verschwiegenheitspflicht folgt aus der organschaftlichen Treue- und Sorgfaltspflicht⁷ und ist zugleich notwendiges Korrektiv

¹ Möllers, NZG 2003, 697; Kempen NZA 2005, 185, 190 f.

² Gaumann/Schafft, DB 2000, 1514; Kempen, NZA 2005, 185, 190.

³ Möllers, NZG 2003, 697, 700.

⁴ Henssler/Beckmann, SAE 2010, 60, 61; im Erg. OLG Düsseldorf, 15.10.1973 – 6 U 131/72, BB 1973, 1505, 1506.

⁵ Ähnlich Veil, ZHR 172 (2008), 239, 270; Cuntz/Sick, Mitbestimmung 2010, 24, 25; Bachner, AIB 2009, 680; Velten, Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, 2010, S. 95.

⁶ Arbeitshilfen für Aufsichtsräte Nr. 10, Grundsätze ordnungsgemäßer Aufsichtsrats Tätigkeit, herausgegeben von der Hans-Böckler-Stiftung, unter C. Nr. 16.

⁷ BGH, 5.6.1975 – II ZR 156/73, BB 1975, 894 = NJW 1975, 1412; Flore, BB 1993, 133.

zum umfangreichen Informationsrecht des Aufsichtsrates.⁸ Die Geheimhaltungspflicht betrifft sämtliche Informationen in welcher Form auch immer, sie durch das Aufsichtsratsmitglied erlangt werden.⁹

Dabei ist zunächst entscheidend, was mit Geheimnissen und vertraulichen Angaben der Gesellschaft gemeint ist. Geheimnisse der Gesellschaft sind Tatsachen, die nicht offenkundig sind und nach geäußertem oder aus dem Geschäftsinteresse ableitbarem mutmaßlichen Willen der Gesellschaft auch nicht offenkundig werden sollen. Erforderlich ist ein objektives Geheimbedürfnis.¹⁰ Als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse gelten zum Beispiel Unternehmens- und Finanzplanungen, Planungen zu Übernahmen anderer Unternehmen,¹¹ Absatzdaten, Kundenlisten, Fertigungsverfahren, Erfindungen und Konstruktionen.¹²

Vertrauliche Angaben sind Angelegenheiten, die keine Geheimnisse mehr sind, deren Weitergabe sich aber nachhaltig auf die Gesellschaft auswirken kann.¹³

Eine Abgrenzung zwischen Geheimnis und vertraulicher Angabe ist im Einzelfall nicht immer möglich, aber auch nicht zwingend erforderlich. Entscheidendes Merkmal für die Beurteilung der Vertraulichkeit und damit auch der Schweigepflicht ist das objektive Bedürfnis an der Geheimhaltung im Interesse der Gesellschaft. Es steht daher dem Aufsichtsratsmitglied nicht zu, selbst darüber zu entscheiden, welche Informationen als vertraulich anzusehen sind und welche nicht.¹⁴ Hat ein Aufsichtsratsmitglied Zweifel bezüglich des Geheimhaltungsinteresses steht es ihm frei, die Geschäftsführung als „Herrin des Geschäftsgeheimnisses“, hinzuzuziehen. Eine mit § 79 Abs. 1 S. 1 BetrVG vergleichbare Regelung einer ausdrücklich gesetzlich ausgestalteten Geheimhaltungspflicht ist im AktG nicht zu finden. Der BGH geht davon aus, dass Aufsichtsratsmitglieder aufgrund ihrer Stellung und Tätigkeit selbstständig einschätzen können, ob eine Angelegenheit objektiv im Interesse der Gesellschaft geheim zu halten ist.¹⁵ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht nicht nur vorliegt, wenn die vertraulichen Informationen selbst weitergegeben werden. Bereits vage Andeutungen aus denen sich der Inhalt eines vertraulichen Vorgangs ableiten lässt, sind von dem Gebot der Verschwiegenheit einbezogen.¹⁶

Von der Geheimhaltungspflicht umfasst, sind auch das Abstimmungsverhalten der einzelnen Mitglieder und der Abstimmungsgegenstand. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit und der unbefangenen Meinungsbildung und -kundgabe der Aufsichtsratsmitglieder.¹⁷ Eine Ausnahme besteht bezüglich des eigenen Abstimmungsverhaltens. Es ist zulässig und ggf. notwendig zum Beispiel gegenüber den eigenen Wählern sein eigenes Verhalten im Aufsichtsrat zu erläutern.¹⁸ Dies muss jedoch seine Grenze dann finden, wenn dadurch eindeutige Rückschlüsse auf das Abstimmungsverhalten der anderen Mitglieder möglich sind.¹⁹ Äußerungen wie, „Ich habe als Einziger...“ sind demnach nicht zulässig.

Die Brisanz der einzelfallbezogenen Beurteilung zeigt sich an folgendem Beispiel:

Gibt ein Aufsichtsratsmitglied, das zugleich einer Arbeitskämpf führenden Gewerkschaft angehört, die noch nicht veröffentlichten Geschäftszahlen während des Arbeitskampfes an die Presse weiter, verstößt es gegen seine Geheimhaltungspflichten. Die Veröffentlichung der Geschäftszahlen obliegt nach § 325 Abs. 1 S. 1 HGB dem gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft. Nur diesen obliegt die Vertretung der Gesellschaft nach außen. Dies umfasst auch die Weitergabe von

Informationen an die Presse.²⁰ Bei den Geschäftszahlen handelte es sich zudem um vertrauliche Angaben solange sie noch nicht im Bundesanzeiger veröffentlicht sind. Gerade im Arbeitskämpf entspricht es dem objektiven Interesse der Gesellschaft, das Geschäftsergebnis noch nicht einer breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Hinzu kommt, dass ein Aufsichtsratsmitglied zudem nicht das durch dieses Amt erlangte Wissen über die Gesellschaft zur Optimierung des Arbeitskampfes nutzen darf (hierzu näher unter III.).

III. Keine Besonderheiten für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat

Die Verpflichtung der Mitglieder des Aufsichtsrates, über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft Stillschweigen zu bewahren, gilt uneingeschränkt für alle Aufsichtsratsmitglieder.²¹ Für die Vertreter der Arbeitnehmer gelten keine Besonderheiten. Eine Besserstellung von Arbeitnehmervertretern ließe sich auch mit dem Gleichbehandlungsprinzip nicht vereinbaren.²²

1. Keine Einschränkung für Betriebsratsmitglieder gegenüber dem Betriebsrat

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte im Jahre 2008 Gelegenheit zu der Frage Stellung zu nehmen, ob für alle Aufsichtsratsmitglieder derselbe Maßstab für die Geheimhaltungspflicht gilt oder Arbeitnehmervertreter unter bestimmten Voraussetzungen privilegiert sind. Mindestens ebenso interessanter Gegenstand der Entscheidung war die Rechtfertigung der Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreters bei Verletzung der Geheimhaltungspflicht.

In einer früheren Entscheidung aus dem Jahre 1974 ließ das BAG die Frage des Maßstabs der Geheimhaltungspflicht noch offen und lehnte aus verschiedenen Gründen die Rechtmäßigkeit einer Kündigung ab.²³ So verwies das BAG in seiner damaligen Entscheidung darauf, dass es an einer für eine Kündigung erforderlichen vorwerfbareren Pflichtverletzung fehle, weil die Rechtslage zur Verschwiegenheitspflicht „nicht höchstrichterlich“ geklärt war. Erst 1975 stellte der Bundesgerichtshof (BGH) in seiner Bayer-Entscheidung²⁴ die Rechtslage klar.

In der genannten Entscheidung aus dem Jahre 2008 hatte das BAG darüber zu entscheiden, ob die Zustimmung zur Kündigung des Betriebsratsvorsitzenden nach § 103 BetrVG zu ersetzen ist, der zugleich Auf-

8 Zieglermeier, ZGR 2007, 144, 158.

9 Flore, BB 1993, 133.

10 OLG Stuttgart, 7.11.2006 – 8 W 388/06, NZG 2007, 72, 74; Erker/Freund, GmbH 2001, 463; Velten, Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, S. 92 m. w. N.

11 OLG Stuttgart, 7.11.2006 – 8 W 388/06, NZG 2007, 72, 73; BAG, 23.10.2008 – 2 ABR 59/07, NZA 2009, 855.

12 van Kann/Keilweit, DB 2009, 2251.

13 Spindler, in: MüKoAktG, 3. Aufl. 2008, § 93 AktG, Rn. 103; Erker/Freund, GmbH 2001, 463 f.; van Kann/Keilweit, DB 2009, 2251.

14 OLG Stuttgart, 7.11.2006 – 8 W 388/06, NZG 2007, 72; Flore, BB 1993, 133, 134.

15 BGH, 5.6.1975 – II ZR 156/73, BB 1975, 894 = NJW 1975, 1412.

16 OLG Stuttgart, 7.11.2006 – 8 W 388/06, NZG 2007, 72.

17 BGH, 5.6.1975 – II ZR 156/73, BB 1975, 894 = NJW 1975, 1412, 1413.

18 Säcker, NJW 1986, 803, 807 f.

19 Velten, Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, 2010, S. 97; a. A. Säcker, NJW 1986, 803, 808 f.; AG München, 2.5.1985, ZIP 1985, 1139.

20 Volhard, GRUR 1980, 496

21 BAG, 23.10.2008 – 2 ABR 59/07, NZA 2009, 855, 857; BGH, 5.6.1975 – II ZR 156/73, BB 1975, 894 = NJW 1975, 1412, 1413; noch offen gelassen BAG, 4.4.1974, AP § 626 BGB Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat Nr. 1.

22 Veil, ZHR 172 (2008), 239, 271; im Ergebnis auch BGH, 5.6.1975 – II ZR 156/73, BB 1975, 894 = NJW 1975, 1412, 1413.

23 BAG, 4.4.1974, AP § 626 BGB Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat Nr. 1.

24 BGH, 5.6.1975 – II ZR 156/73, BB 1975, 894 = NJW 1975, 1412.

sichtsratsmitglied war. Im Aufsichtsrat der Arbeitgeberin wurde die geplante Übernahme eines börsennotierten Konkurrenten zur Stärkung des Geschäftsbereichs mehrfach beraten. Die Übernahme sollte mittels eines externen Investors realisiert werden. Über die Vertraulichkeit des Projektes wurde der Betriebsratsvorsitzende als Aufsichtsratsmitglied ausdrücklich belehrt. Dennoch informierte er ohne konkrete Nennung des Unternehmens den Betriebsrat in einer seiner Sitzungen über die Absicht einen von drei Konkurrenten zu übernehmen. Dabei bezeichnete er den externen Investor als „Heuschrecke“.

Das BAG hat aufgrund dieses Sachverhalts ausdrücklich entschieden, dass Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat grundsätzlich auch gegenüber dem Betriebsrat zur Geheimhaltung verpflichtet sind, selbst wenn ein Arbeitnehmervertreter zugleich Mitglied des Betriebsrates ist.²⁵ § 79 Abs. 1 S. 4 BetrVG hebt nur die Schweigepflicht in der Richtung Betriebsrat gegenüber den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat auf, nicht aber umgekehrt. Dem AktG sei keine Beschränkung der Verschwiegenheitspflicht für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zu entnehmen.²⁶

Eine allgemeine Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht lässt sich auch nicht mit dem erhöhten Informationsbedarf der Arbeitnehmer begründen.²⁷ Dies entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat. Der Aufsichtsrat soll den Vorstand bzw. in der mitbestimmten GmbH die Geschäftsführung überwachen und die unternehmerische Entscheidungsfindung beeinflussen. Die Befriedung des Informationsbedürfnisses der Arbeitnehmer ist jedoch nicht Aufgabe der Aufsichtsratsmitglieder.²⁸ Dies wird vielmehr durch andere speziellere Mittel der Arbeitnehmermitbestimmung, wie den Informationsrechten von Wirtschaftsausschuss und Betriebsrat, sicher gestellt. Letztlich steht einer partiellen Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht die organschaftliche Treuepflicht des Aufsichtsratsmitglieds entgegen.

Offen gelassen hat das BAG, ob Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht anzuerkennen sind, wenn der Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat seine Informationspflichten eindeutig rechtswidrig und nachhaltig verletzt.²⁹ In der Literatur wird überwiegend vertreten, dass unter diesen Umständen eine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht zu machen ist.³⁰ Eine solche Ausnahme ist jedoch abzulehnen. Sie ist mit dem objektiven Maßstab des Geheimhaltungsbedürfnisses nicht vereinbar. Entscheidend ist die objektiv am Interesse des Unternehmens ausgerichtete Beurteilung, nach der die Weitergabe der Informationen nachteilig sein kann und ein Interesse des Unternehmens an der Geheimhaltung besteht.³¹ Dies gilt auch bei Einbindung des Aufsichtsratsmitglieds in den Betriebsrat. Das OLG Stuttgart stellt dabei den zutreffenden Grundsatz auf, dass es keine gespaltene Vertraulichkeit gebe.³² Entweder die Information ist objektiv vertraulich oder nicht. Kommt der Arbeitgeber seinen Pflichten gegenüber dem Betriebsrat oder anderen Arbeitnehmervertretungen nicht nach, steht es dem Arbeitnehmervertreter frei seine Organrechte zu nutzen. Die Weitergabe von Informationen ist davon nicht umfasst. Die Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Betriebsrat ist eine originäre Aufgabe des Vorstandes bzw. der Geschäftsführung oder ihren Vertretern.³³ Dies ergibt sich aus dem Umkehrschluss zur Spezialvorschrift des § 112 AktG, wonach ausnahmsweise der Aufsichtsrat die Gesellschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern vertritt. Nach § 111 Abs. 4 S. 1 AktG können Maßnahmen der Geschäftsführung nicht dem Aufsichtsrat übertragen werden. Kommt der Arbeitgeber seinen Informationspflichten gegenüber dem Betriebsrat oder Wirtschafts-

ausschuss nicht nach, so können diese die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel des Betriebsverfassungsrechts nutzen, beispielsweise die Einigungsstelle oder die Arbeitsgerichte anrufen. Das rechtswidrige Vorenthalten von Informationen ist zudem nach § 121 BetrVG eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit. Daneben können die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ihre gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten nutzen und zum Beispiel gemäß § 110 AktG eine Aufsichtsratssitzung einberufen lassen. Es besteht daher keine rechtliche Notwendigkeit für eine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht bei rechtswidriger Verletzung der Informations- und Unterrichtungspflichten des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmergremien.

2. Keine Einschränkung im Arbeitskampf

Die Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmervertreter ist auch nicht bei Tarifausschließungen eingeschränkt oder aufgelöst. Während eines Arbeitskampfes sind die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat insbesondere auch die Geheimhaltungspflicht nicht suspendiert, sondern bestehen fort.³⁴ Besteht jedoch die konkrete Gefahr, dass ein Aufsichtsratsmitglied vertrauliche Informationen weitergeben will, so wird vertreten, dass es von der Aufsichtsratssitzung ausgeschlossen sein kann.³⁵ Um Missverständnissen vorzubeugen, sollte der freiwillige Verzicht der betroffenen Arbeitnehmervertreter auf Teilnahme an Aufsichtsratssitzungen mit arbeitskampfrelevanten Themen erwogen werden.³⁶ Die vertraulichen Informationen hat das Aufsichtsratsmitglied gerade in dieser Funktion, zumeist noch vor dem Arbeitskampf, erlangt. Die Pflicht zur Verschwiegenheit über Informationen während der Amtszeit kann zudem nicht mit dem Ende oder der Aussetzung der Amtszeit erlöschen.

Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat dürfen im Arbeitskampf ihre Stellung als Aufsichtsratsmitglied nicht zu Streikzwecken ausnutzen.³⁷ Eine Weitergabe oder Verwendung von vertraulichen Angaben und Geheimnissen der Gesellschaft ist ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht eines Aufsichtsratsmitglieds. Eine Ausnahme kann im Einzelfall dann bestehen, wenn durch die Weitergabe vertraulicher Informationen, notwendige Erhaltungs- und Notstandsarbeiten im Interesse des Arbeitgebers schonend und zielgenau durchgeführt werden können.³⁸ Hier kann es unter Umständen dem objektiven Interesse der Gesellschaft entsprechen, dass entsprechende Informationen weitergegeben werden. Da sich dies nur auf wenige absolute Ausnahmefälle beziehen kann, sind Arbeitnehmervertreter gut beraten, äußerster Zurückhaltung zu üben und in Zweifelsfällen vorab den Aufsichtsrat oder Vorstand zu konsultieren.³⁹

25 BAG, 23.10.2008 – 2 ABR 59/07, NZA 2009, 855, 857.

26 BAG, 23.10.2008 – 2 ABR 59/07, NZA 2009, 855, 857.

27 Hensler/Beckmann, SAE 2010, 60, 61; Velten, Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, 2010, S. 97; im Ergebnis OLG Düsseldorf, 15.10.1973 – 6 U 131/72, BB 1973, 1505, 1506; so aber beispielsweise Bachner, AiB 2008, 680 f.

28 Veil, ZHR 172 (2008), 239, 271.

29 BAG, 23.10.2008 – 2 ABR 59/07, NZA 2009, 855, 857.

30 Wißmann, in: MüArbR, 3. Aufl. 2009, § 282 Rn. 16 m. w. N.; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, 3. Aufl. 2008, § 25 MitbestG, Rn. 112.

31 OLG Stuttgart, 7.11.2006 – 8 W 388/06, NZG 2007, 72, 74.

32 OLG Stuttgart, 7.11.2006 – 8 W 388/06, NZG 2007, 72, 74.

33 Velten, Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, 2010, S. 100.

34 So überwiegende Ansicht in der Literatur vgl. Wißmann, in: MünchArbR, 3. Aufl. 2009, § 282, Rn. 18 m. w. N.; Kempen, NZA 2005, 185, 192; a. A. Ruzik, NZG 2004, 455.

35 Gaumann/Schafft, DB 2000, 1514, 1516; Möllers, NZG 2003, 697, 700.

36 So auch Kempen, NZA 2005, 185, 192.

37 Kempen, NZA 2005, 185, 192 f. m. w. N.; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Koberski, 3. Aufl. 2008, § 25, Rn. 119; Gaumann/Schafft, DB 2000, 1514, 1516; Möllers, NZG 2004, 697, 700.

38 Kempen, NZA 2005, 185, 192.

39 So allgemein BGH, 5.6.1975 – II ZR 156/73, BB 1975, 894 = NJW 1412, 1413.

IV. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die Verschwiegenheitspflicht

Ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflichten kann verschiedene Rechtsfolgen haben. So stellt die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht einen wichtigen Grund für die Abberufung des Aufsichtsratsmitglieds durch das zuständige Gericht auf Antrag des Aufsichtsrates gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 MitbestG i.V.m. § 103 Abs. 3 AktG dar. Dies gilt auch dann, wenn das Aufsichtsratsmitglied zugleich Betriebsratsmitglied ist.⁴⁰ Daneben kann die Gesellschaft den durch die Pflichtverletzung entstandenen Schaden gegenüber dem Aufsichtsratsmitglied geltend machen, wenn das Mitglied nicht die erforderliche Sorgfalt bei der Weitergabe der geheimen Informationen angewandt hat, was wohl regelmäßig zu bejahen wäre. Problematisch dürfte dann allerdings die Höhe eines konkret eingetretenen Schadens und die Kausalität der Weitergabe für den Schaden darzulegen sein.

Neben den gesellschaftsrechtlichen Folgen kann das Verhalten des Aufsichtsratsmitglieds auch arbeitsrechtlich sanktioniert werden, wenn das Aufsichtsratsmitglied zugleich Arbeitnehmer der Gesellschaft ist, z. B. wenn das Aufsichtsratsmitglied zugleich Betriebsratsmitglied ist. Die unbefugte Weitergabe von Geheimnissen durch ein Aufsichtsratsmitglied kann zudem gemäß § 404 AktG oder § 85 GmbHG eine Straftat darstellen.

1. Abberufung des Aufsichtsratsmitglieds

Die Abberufung des Aufsichtsratsmitglieds nach § 103 Abs. 3 AktG ist eine der wesentlichen Sanktionsmöglichkeiten bei einem Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht.⁴¹ Dies gilt auch für die Weitergabe von vertraulichen Informationen an den Betriebsrat, obwohl dieser ebenfalls zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Davon ging das OLG Stuttgart in dem bereits zitierten Fall aus, als es die Abberufung eines Arbeitnehmervertreters bestätigte. Das Aufsichtsratsmitglied war zugleich Betriebsratsmitglied und gab Informationen über ein streng vertrauliches Projekt zur Übernahme eines anderen Unternehmens in einer Betriebsratssitzung weiter. Dabei wies es in der Sitzung ausdrücklich darauf hin, dass die Informationen vertraulich sind und nicht in das Protokoll aufgenommen werden sollten.⁴²

2. Schadensersatzansprüche

Entsteht der Gesellschaft durch die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht ein Schaden, so ist das Aufsichtsratsmitglied zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet, wenn es zumindest fahrlässig gehandelt hat.⁴³ Die Grundsätze der Haftungserleichterung des innerbetrieblichen Schadensausgleichs finden auf Aufsichtsratsmitglieder keine Anwendung. Die Aufsichtsratsstätigkeit ist keine betriebliche Tätigkeit. Das Aufsichtsratsamt ist ein Nebenamt, das gerade die weisungsunabhängige Stellung eines Organs des Arbeitgebers beinhaltet.⁴⁴ Das BAG differenziert zudem sehr deutlich zwischen Arbeitsverhältnis und der Organstellung.⁴⁵ Dabei wird vertreten, dass auch eine Haftungserleichterung wie bei Betriebsräten ebenfalls ausgeschlossen sein soll, weil das Betriebsratsamt anders als das Aufsichtsratsmandat ein Ehrenamt ohne Vergütung sei.⁴⁶ Dies ist insoweit nachvollziehbar, weil auch an anderer Stelle Gesetzgeber und Rechtsprechung zwischen Betriebsratsamt und Organstellung im Aufsichtsrat differenzieren. Das Aufsichtsratsmitglied genießt beispielsweise keinen Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG.⁴⁷

3. Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Arbeitnehmervertreters

Das Verhältnis zwischen einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses von unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertretern und deren Abberufung als Aufsichtsratsmitglied wirft in der Praxis immer wieder Fragen auf. Nach der Rechtsprechung bestehen zwischen den unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat zwei verschiedene, inhaltlich getrennte Rechtsverhältnisse zur Gesellschaft, nämlich zum einen als Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis und zum anderen als Mitglied des Organs „Aufsichtsrat“ in einem körperchaftlichen Verhältnis.⁴⁸ Verstößt der Arbeitnehmer gegen seine Pflichten aus dem Aufsichtsratsmandat kommt zunächst die Abberufung nach § 103 Abs. 3 AktG in Betracht.⁴⁹ Eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist zulässig, wenn zugleich eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung vorliegt und die Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis so schwerwiegend sind, dass jede weitere Beschäftigung des Arbeitnehmers unzumutbar ist.⁵⁰

Die überwiegende Ansicht in der Literatur vertritt die Auffassung, dass die unberechtigte Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen, die der Arbeitnehmer als Mitglied des Aufsichtsrates oder Betriebsrats erlangt hat, gleichzeitig auch eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Geheimhaltungspflicht beinhaltet und sogar eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen kann.⁵¹ Das BAG tendiert auch in diese Richtung, lässt dies in einem Beschluss aus dem Jahre 2008 aber deswegen offen, weil der Arbeitnehmer als Aufsichtsratsmitglied bereits abberufen war und daher zukünftig vergleichbare Verstöße nicht mehr zu erwarten waren.⁵² Es führt jedoch aus, dass die Ansicht der überwiegenden Literaturmeinung überzeugend sei, weil es für den Wirkungsbereich der arbeitsvertraglichen Geheimhaltungspflicht unbeachtlich sei, auf welche Art und Weise der Arbeitnehmer Kenntnis von einem Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis erlange.⁵³ Ein Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG besteht nicht.⁵⁴ Aus dem Benachteiligungsverbot nach § 26 MitbestG ergibt sich jedoch ein relativer Kündigungsschutz für Arbeitnehmervertreter.⁵⁵ Diese dürfen allein wegen ihrer Aufsichtsratsstätigkeit nicht benachteiligt werden. Allein die Verletzung einer Pflicht als Organmitglied wäre jedoch ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot. Anders ist dies, wenn die Pflichtverletzung auf das Arbeitsverhältnis durchschlägt und zugleich eine Verletzung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis darstellt.⁵⁶

40 OLG Stuttgart, 7.11.2006 – 8 W 388/06, NZG 2007, 72.

41 BAG, 23.10.2008 – 2 ABR 59/07, NZA 2009, 855, 859.

42 OLG Stuttgart, 7.11.2006 – 8 W 388/06, NZG 2007, 72, 73.

43 van Kann/Keilweit, DB 2009, 2251, 2255.

44 Velten, Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, 2010, S. 174 f.

45 BAG, 23.10.2008 – 2 ABR 59/07, NZA 2009, 855, 859; BAG 4.4.1974, AP § 626 BGB Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat Nr. 1.

46 Velten, Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, 2010, S. 175.

47 LAG Hamm, 7.9.2007 – 10 SaGa 33/07, juris, Rn. 45; BAG 4.4.1974, AP § 626 BGB Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat Nr. 1.

48 BAG, 23.10.2008 – 2 ABR 59/07, NZA 2009, 855, 859.

49 BAG, 23.10.2008 – 2 ABR 59/07, NZA 2009, 855, 859; OLG Stuttgart, 7.11.2006 – 8 W 388/06, NZG 2007, 72.

50 BAG, 4.4.1974, AP § 626 BGB Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat Nr. 1; BAG, 23.10.2008 – 2 ABR 59/07, NZA 2009, 855, 859.

51 Exemplarisch Kania, in: ErfK, 12. Aufl. 2012, § 79 BetrVG, Rn. 20 m. w. N.; Hensler/Beckmann, SAE 2010, 60, 62 m. w. N.

52 BAG, 23.10.2008 – 2 ABR 59/07, NZA 2009, 855, 859.

53 BAG, 23.10.2008 – 2 ABR 59/07, NZA 2009, 855, 859.

54 LAG Hamm, 7.9.2007 – 10 SaGa 33/07, juris, Rn. 45; BAG, 4.4.1974, AP § 626 BGB Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat Nr. 1; Oetker, in: ErfK, 12. Aufl. 2012, § 26 MitbestG, Rn. 7 m. w. N.

55 LAG Hamm, 7.9.2007 – 10 SaGa 33/07, juris, Rn. 49 m. w. N.; Oetker, in: ErfK, 11. Aufl. 2011, § 26 MitbestG, Rn. 7 m. w. N.

56 Oetker, in: ErfK, 12. Aufl. 2012, § 26 MitbestG, Rn. 7 m. w. N.

In Anbetracht der Begründung des BAG, dass die Kündigung mangels Wiederholungsgefahr bei Abberufung als Aufsichtsratsmitglied unrechtmäßig sein kann,⁵⁷ kann es für den Arbeitgeber ratsam sein, die Abberufung erst nach Ausspruch der außerordentlichen Kündigung beim Gericht oder überhaupt nicht zu beantragen. Die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses ohne vorherige Abberufung kann bei besonders schwerwiegenden Verstößen eine Alternative darstellen. Die rechtskräftige Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt nach § 24 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 2 MitbestG zum Verlust des Aufsichtsratsamtes, wenn die Unternehmenszugehörigkeit Voraussetzung für die Wählbarkeit des Arbeitnehmers ist.⁵⁸

V. Präventive Handlungsmöglichkeiten der Gesellschaft

Eine satzungsmäßige Ausgestaltung der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder zur Begegnung des Interessenkonflikts bei Geheimnissen und vertraulichen Angaben gegenüber Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat ist nicht möglich. Nach einer Grundsatzentscheidung des BGH ist das gesetzliche Verschwiegenheitsgebot für Aufsichtsratsmitglieder eine abschließende Regelung und kann durch Satzung oder Geschäftsordnung weder gemildert noch verschärft werden.⁵⁹

1. Handlungsrichtlinien

Der BGH geht trotz des abschließenden Charakters der Verschwiegenheitspflicht nach § 116 i.V.m. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG jedoch von einem gewissen Spielraum außerhalb der Satzung aus, die sehr allgemein gehaltene Regelung durch Hinweise in Form einer Richtlinie näher zu erläutern.⁶⁰ Diese Hinweise haben einen rein deklaratorischen Charakter und stehen dem abschließenden Charakter der gesetzlichen Vorschriften nicht entgegen.

In der Praxis empfiehlt es sich, den Aufsichtsratsmitgliedern durch Regelbeispiele die Verschwiegenheitspflicht näher zu erläutern und ihnen dadurch eine Handlungsempfehlung an die Hand zu geben. Darin sollte aufgenommen sein, dass die Aufsichtsratsmitglieder vor einem selbstständigen Handeln, insbesondere in Zweifelsfällen, eine Verlautbarung der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrates einholen sollten.⁶¹

2. Beschluss des Aufsichtsrates zur Vertraulichkeit einzelner Angelegenheiten

Im Einzelfall kann zudem über die Vertraulichkeit einer Angelegenheit und die damit verbundene Verschwiegenheitspflicht ein feststellender Beschluss des Aufsichtsrates gefasst werden. Der Beschluss hat nach Ansicht des BGH im Einzelfall keine bindende Wirkung, wenn die Information nicht objektiv geheimhaltungsbedürftig ist.⁶² Im Umkehrschluss ist der Beschluss für alle Aufsichtsratsmitglieder bindend, wenn eine objektive Geheimhaltungsbedürftigkeit besteht.⁶³ Dennoch kann sich im Einzelfall ein solcher Beschluss empfehlen. Der Aufsichtsrat macht damit ausdrücklich deutlich, dass die Angelegenheit für vertraulich gehalten wird. Ein solcher Beschluss darf nicht von einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern ohne eine sorgfältige Prüfung missachtet werden. Ist die Angelegenheit nach objektiven Maßstäben vertraulich, so ist aufgrund eines Beschlusses der Nachweis der Sorgfaltspflichtverletzung eines Aufsichtsratsmitglieds deutlich einfacher zu führen.

VI. Fazit

Die Weitergabe von vertraulichen Informationen der Gesellschaft, wie zum Beispiel der Unternehmensergebnisse, durch ein Aufsichtsratsmitglied ist zweifellos ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern. Diese sind zur Verschwiegenheit über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft verpflichtet. Dabei wird zwischen Vertretern des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nicht unterschieden.

Bei Verstößen gegen die Verschwiegenheitspflicht sehen sich Aufsichtsratsmitglieder nicht nur Schadensersatzansprüchen des Unternehmens ausgesetzt, es droht zudem der Verlust des Aufsichtsratsmandats. Unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat müssen darüber hinaus mit einer weiteren Konsequenz rechnen. Neben der Abberufung als Aufsichtsratsmitglied kann in besonders schweren Fällen das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos gekündigt werden. Aufsichtsratsmitglieder sind daher gut beraten, den Vorstand oder den Aufsichtsrat zu konsultieren, wenn sie beabsichtigen, Informationen an Dritte weiterzugeben. Die Gesellschaft kann dem Interessenkonflikt begegnen, indem sie die bestehende Geheimhaltungspflicht im Allgemeinen durch Handlungsrichtlinien klarstellt. Im Einzelfall kann es empfehlenswert sein, über die Vertraulichkeit einer Angelegenheit und die damit verbundene Verschwiegenheitspflicht einen deklaratorischen Beschluss des Aufsichtsrates zu fassen.

// Autoren

Dr. Jochen Keilich, LL.M (Exeter) ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner der Arbeitsrechtsboutique Pusch Wahlig Legal in Berlin. Er ist auf die Beratung nationaler und internationaler Unternehmen sowie von Führungskräften und Vorstandsmitgliedern in allen Belangen des Individual- und des Kollektivarbeitsrechts spezialisiert.



Paul Brummer ist Rechtsanwalt und Associate bei Pusch Wahlig Legal in Berlin. Er ist spezialisiert auf die arbeitsrechtliche Beratung von nationalen und internationalen Unternehmen und Führungskräften und promoviert zugleich zur Haftungsproblematik im Diskriminierungsrecht an der Universität Göttingen.



⁵⁷ BAG, 23.10.2008 – 2 ABR 59/07 – 2 ABR 59/07, NZA 2009, 855, 860.

⁵⁸ Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge-Wißmann, 3. Aufl. 2008, § 24 MitbestG, Rn. 10.

⁵⁹ BGH, 5.6.1975 – II ZR 156/73, BB 1975, 894 = NJW 1975, 1412.

⁶⁰ BGH, 5.6.1975 – II ZR 156/73, BB 1975, 894 = NJW 1975, 1412.

⁶¹ Ähnlich BGH, 5.6.1975 – II ZR 156/73, BB 1975, 894 = NJW 1975, 1412, 1413.

⁶² BGH, 5.6.1975 – II ZR 156/73, BB 1975, 894 = NJW 1975, 1412, 1413.

⁶³ Flore, BB 1993, 133, 134.