

**Stellungnahme des Verbandes Insolvenzverwalter Deutschlands (VID)
zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (im Folgenden: RegE) zur Umsetzung der Richtlinie
(EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie
rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (BT Drs. 19/4724)**

A. Einführung

Der Gesetzentwurf dient der Umsetzung der sog. Know-How-Richtlinie (EU) 2016/943. Bislang wird der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im deutschen Recht über die Strafvorschriften im UWG (§§ 17-19) sowie im BGB (über die §§ 823 und 826) gegebenenfalls in Verbindung mit § 1004 BGB analog gewährleistet. Dies ist für eine Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie (EU) 2016/943 nicht ausreichend. Die Richtlinie soll nun durch ein neues Stammgesetz umgesetzt werden, um einen in sich stimmigen Schutz vor rechtswidriger Erlangung, rechtswidriger Nutzung und rechtswidriger Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zu erreichen.

Im Insolvenzverfahren stellen sich beim Umgang mit Geschäftsgeheimnissen wichtige Fragen u.a. zu den Befugnissen und der Haftung von Insolvenzverwaltern. Ihre Beantwortung muss gesetzliche Regelungen einerseits sowie Rechtsprechung andererseits in den Blick nehmen und führt nach der aktuellen Rechtslage zu widersprüchlichen Ergebnissen.

Im Bilanzrechtsreformgesetz vom 4.12.2004 wurde mit dem § 321a Abs. 3 Satz 1 HGB eine Regelung geschaffen, die dem Insolvenzverwalter den Schutz von Geschäftsgeheimnissen erleichtern soll:

„Der Insolvenzverwalter oder ein gesetzlicher Vertreter des Schuldners kann einer Offenlegung von Geheimnissen, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, widersprechen, wenn die Offenlegung geeignet ist, der Gesellschaft einen erheblichen Nachteil zuzufügen.“

Diese Regelung soll ausweislich der Begründung des BilReG auch für Fälle gelten, in denen eine Eröffnung des Verfahrens mangels Masse abgelehnt wurde (BT Drs. 15/3419, S. 44).

Die Abweisung mangels Masse setzt nach § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO voraus, daß das Vermögen des Schuldners voraussichtlich nicht ausreichen wird, um die Kosten des Verfahrens zu decken. Ist der Schuldner eine Kapitalgesellschaft (GmbH, AG, KGaA etc.) führt die Abweisung mangels Masse zur Auflösung des Rechtsträgers (z. B. §§ 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG, § 262 Abs. 1 Nr. 4 AktG). Da die Pflicht zur Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts nach §§ 316 ff. HGB nur Kapitalgesellschaften trifft, soll das Widerspruchsrecht des Insolvenzverwalters nach § 321a Abs. 3 HGB den angestrebten Schutz von Geschäftsgeheimnissen nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers auch im Fall der Liquidation der Gesellschaft sicher stellen.

Demgegenüber geht das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung (vgl. etwa BVerwG Beschlüsse vom 5.4.2013 – BVerwG 20 f 4.12. – juris Rn.12 und vom 12.4.2013 – BVerwG 20 F 6.12 – juris Rn.12) davon aus, dass ein berechtigtes Interesse an der Nichtverbreitung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Insolvenzverfahren jedenfalls dann nicht anzunehmen sei, wenn die Sanierung des Unternehmens und eine Fortsetzung des Geschäftsbetriebes nicht beabsichtigt ist und deshalb die notwendige Wettbewerbsrelevanz der Informationen entfallen sei. Das VG Berlin hat am 4.6.2015 zu dieser Rechtsprechung zuletzt (2 K 84.13 – juris) folgende Orientierungssätze formuliert:

1. Der Anspruch auf Informationszugang (Anm.: Nach dem IFG) wird nicht durch die Regelungen der Konkurs – bzw. Insolvenzordnung verdrängt.
2. Der Preisgabe von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen kann der Konkurs- bzw. Insolvenzverwalter nur mit Erfolg widersprechen, wenn der Geschäftsbetrieb fortgeführt wird.

Auch die Rechtsprechung des EuGH (Entscheidung vom 12. November 2014 – Az: C-140/13) bewahrt den Insolvenzverwalter lediglich in eng begrenzten Fällen vor der hier geschilderten Konfliktsituation. Das vorlegende VG Frankfurt a. M. hatte unter Ziff. 2 folgende Vorlagefrage gestellt: „Kann sich eine Aufsichtsbehörde wie die BaFin gegenüber einer Person, die bei ihr den Zugang zu Informationen über einen bestimmten Finanzdienstleister nach dem IFG beantragt hat, auch dann auf die ihr u. a. nach Unionsrecht obliegenden Verschwiegenheitspflichten berufen, wie sie in § 9 KWG und § 8 WpHG normiert sind, wenn das wesentliche Geschäftskonzept der Gesellschaft, die Finanzdienstleistungen angeboten hatte, zwischenzeitlich aber wegen Insolvenz aufgelöst worden ist und sich in Liquidation befindet, in groß angelegtem Anlagebetrug verbunden mit der bewussten Schädigung von Anlegern bestand und Verantwortliche dieser Gesellschaft rechtskräftig zu mehrjährigen Freiheitsstrafen verurteilt worden sind?“

Der EuGH hat daraufhin folgenden Leitsatz formuliert:

„Art. 54 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates ist dahin auszulegen, dass sich eine nationale Aufsichtsbehörde im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens auf die Pflicht berufen kann, gegenüber einer Person, die bei ihr in einem Fall, der weder unter das Strafrecht fällt noch ein zivil- oder handelsrechtliches Verfahren betrifft, Zugang zu Informationen über eine nunmehr in Liquidation befindliche Wertpapierfirma beantragt hat, das Berufsgeheimnis zu wahren, auch wenn das wesentliche Geschäftskonzept dieser Firma in groß angelegtem Anlagebetrug, verbunden mit der bewussten Schädigung von Anlegern, bestand und mehrere Verantwortliche der Firma zu Freiheitsstrafen verurteilt wurden.“

Es sind damit schon nach dem geltenden Recht widersprüchliche Bewertungen von Befugnissen und Haftung des Insolvenzverwalters beim Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen offensichtlich. Die dabei aufgeworfenen Fragen werden durch den vorliegenden Entwurf leider nicht gelöst.

B. Im Einzelnen

Schutz von Geschäftsgeheimnissen durch Insolvenzverwalter?

Nach § 1 Abs.2 RegE sollen öffentlich-rechtliche Vorschriften zur Geheimhaltung, Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen den Regelungen des RegE vorgehen. Zu diesen Regelungen zählen auch die Vorschriften des IFG, die Grundlage der oben geschilderten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind (vgl. Begründung RegE S. 20).

Das Verhältnis der Regelungen des RegE zu § 321a HGB wird demgegenüber in § 1 RegE nicht angesprochen. Es kann daher nur aus den allgemeinen Kollisionsregeln erschlossen werden. Danach könnte die Regelung des § 321a HGB die Regelungen des RegE als *lex specialis* verdrängen.

Damit wäre der Insolvenzverwalter auch künftig daran gehindert, sein Widerspruchsrecht nach § 321a Abs. 3 HGB auszuüben, wenn ein Informationsanspruch nach § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG geltend gemacht wird und die Sanierung des Unternehmens und eine Fortsetzung des Geschäftsbetriebes nicht beabsichtigt sind.

Dieses Hindernis würde auch dort bestehen, wo eine Offenlegung nach dem Wortlaut des § 321a Abs. 3 Satz 1 HGB geeignet wäre, der Gesellschaft einen erheblichen Nachteil zuzufügen und damit eine mögliche Haftung des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO zu begründen.

Würde man demgegenüber annehmen, dass der RegE als *lex posterior* die Regelung des § 321a HGB verdrängt, wäre für Insolvenzverwalter der Anwendungsbereich des § 1 RegE eröffnet.

Er könnte der Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen im Rahmen von Auskunftsverlangen nach dem IFG jedoch unter Verweis auf die Vorschriften des RegE weiterhin nur entgegen treten, wenn die Sanierung des Unternehmens und eine Fortsetzung des Geschäftsbetriebes beabsichtigt wären. Bei einer Offenlegung ohne diese Absicht würde er sich wieder in potentielltem Widerspruch zum erklärten Schutzzweck des § 321a Abs.3 HGB verhalten.

Insolvenzverwalter als Rechtsverletzer i. S. d. § 2 Ziff. 3 RegE?

Anders als die in der Begründung des RegE (S. 21) angesprochenen Notare können die Insolvenzverwalter nicht als Träger eines öffentlichen Amtes eingeordnet und damit auch nicht nach § 2 Abs. 1 RegE vom Anwendungsbereich des RegE ausgenommen werden (vgl. Uhlenbruck/Zipperer § 56 Rn.6 m. w. N.). Sie kommen deshalb grundsätzlich auch als Rechtsverletzer i. S. d. § 2 Ziff.3 RegE in Betracht, wenn sie im Rahmen eines Insolvenzverfahrens Geschäftsgeheimnisse des Schuldners unerlaubt erlangen, nutzen oder offenlegen.

In den unterschiedlichen Stadien eines Insolvenzverfahrens übernimmt der Insolvenzverwalter verschiedene, gesetzlich definierte Aufgaben. In Erfüllung dieser Aufgaben wird er regelmäßig auch Kenntnis von Geschäftsgeheimnissen des Schuldners i. S. d. § 2 Ziff. 1 RegE erlangen.

Jedenfalls solange das Verwaltungs- und Verfügungsrecht gem. § 80 Abs. 1 InsO nicht auf den Insolvenzverwalter übergegangen ist, bleibt der Schuldner auch Inhaber seiner Geschäftsgeheimnisse. Man wird annehmen können, dass der Insolvenzverwalter nach diesem Zeitpunkt als Inhaber i. S. d. § 2 Ziff. 2 RegE gelten kann, da er dann die rechtmäßige Kontrolle über das Unternehmen des Schuldners und dessen Geschäftsgeheimnisse innehat.

Vorher wäre er jedenfalls als sog. schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter immer potentieller Rechtsverletzer i. S. d. § 2 Ziff. 3 RegE. Gleiches hätte für seine Tätigkeit als Sachverständiger sowie als gerichtlich bestellter Sachwalter, Koordinationsverwalter oder Sonderinsolvenzverwalter zu gelten.

Sein Handeln wäre durch den Erlaubnistatbestand des § 3 Abs. 2 RegE gedeckt, wenn es durch Gesetz, auf Grund eines Gesetzes oder durch Rechtsgeschäft gestattet ist.

Er handelt bei der Erlangung von Geschäftsgeheimnissen des Schuldners im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgaben aufgrund der Insolvenzordnung. Dem Vorwurf der unerlaubten Nutzung oder Offenlegung könnte er jedoch nur entgehen, wenn auch diese Handlungen aufgrund der Insolvenzordnung gestattet wären. Eine ausdrückliche Gestattung zur Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen enthält die Insolvenzordnung nicht. Die Gestattung kann deshalb nur aus einzelnen Regelungen geschlossen werden, die entweder eine solche Handlung implizieren (z. B. im Rahmen seiner Pflicht zur Verwertung nach § 159 InsO) oder sie für das gerichtliche Verfahren voraussetzen (z. B. im Rahmen des Berichtstermins nach § 156 InsO).

Schon die hier angelegte Unterscheidung zwischen dem sog. starken vorläufigen Insolvenzverwalter sowie dem Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren einerseits und den sonstigen Formen einer Tätigkeit aufgrund insolvenzgerichtlicher Bestellung erscheint nicht nachvollziehbar.

Sie setzt die in solchen Formen Tätigen schon bei der Erlangung der zu ihrer Tätigkeit notwendigen Kenntnis von Geschäftsgeheimnissen des Schuldners – spätestens aber bei ihrer Nutzung oder Offenlegung im Verfahren – der Gefahr aus, durch den Schuldner als ver-

meintliche Rechtsverletzer nach den §§ 6 ff. RegE durch Klage zum Landgericht nach § 15 Abs. 1 RegE in Anspruch genommen zu werden.

In diesem Fall wäre damit zu rechnen, dass häufig der Vorwurf einer Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen ultra vires erhoben würde.

In der Praxis werden Sachverständige und vorläufige Insolvenzverwalter immer wieder mit Vorwürfen von Schuldnern konfrontiert, die ihnen vermeintliche Übertretungen der Ermittlungstätigkeit oder vermeintliche Übertretungen ihrer gesetzlichen Befugnisse im Rahmen des Eröffnungsverfahrens zum Vorwurf machen. Dies gilt insbesondere in solchen Fällen, in denen die Schuldner mit einer persönlichen Inanspruchnahme (etwa von Geschäftsführern) rechnen müssen und deshalb den Versuch unternehmen, die Ermittlungs- und Sicherungsarbeit zugunsten der Gläubiger zu behindern.

Der Rechtfertigungsgrund des § 5 Ziff. 2 RegE wird in diesen Fällen regelmäßig eingreifen, müsste aber für jeden Einzelfall unter Einschluss des subjektiven Tatbestandsmerkmals (Absicht) behauptet und bewiesen werden. Schon die oben zitierte Rechtsprechung des EuGH zeigt, dass selbst der Anlagebetrug dem Schutz der Geschäftsgeheimnisse unterfallen kann. Auch der zur Rechtfertigung nach § 5 Ziff. 2 RegE notwendige Schutz des allgemeinen öffentlichen Interesses wird hier also nicht ohne weiteres anzunehmen sein.

Damit werden der Sachverständige und der vorläufige Insolvenzverwalter gerade in den Verfahrensstadien einem unwägbaren Haftungsrisiko ausgesetzt, in denen die Gefahr einer Auseinandersetzung der geschilderten Form am größten ist. Demgegenüber soll der Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren, in dem er durch seine Verwaltungs- und Verfügungsrechte weitaus besser geschützt ist, von dieser Gefahr ausgenommen sein.

Regelungsvorschlag

Der hier angelegte Wertungswiderspruch sollte deshalb durch eine gesetzliche Klarstellung aufgelöst werden, die eine Tätigkeit aufgrund und im Rahmen einer gerichtlichen Bestellung den in § 1 Abs.3 RegE genannten Ausnahmen gleichstellt und damit vom Anwendungsbereich des RegE ausnimmt.

Sollte eine solche Ausnahme mit Blick auf andere gerichtlich bestellte Personen zu weit greifen, wäre mit Blick auf die geschilderte besondere Konstellation des Insolvenzverfahrens ein Schutz der handelnden Personen durch eine Aufnahme unter die Regelbeispiele der erlaubten Handlungen nach § 3 Abs. 1 RegE geboten.

Wenn nach § 3 Abs. 1 Ziff. 3 das Ausüben von Informations- und Anhörungsrechten der Arbeitnehmer oder Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmervertretung eine erlaubte Erlangung sein soll, dann ist es nicht nachvollziehbar warum eine Ausübung von Informationsrechten im gerichtlichen Auftrag abweichend behandelt werden sollte.

Der weiter formulierte Erlaubnistatbestand des § 3 Abs. 2 RegE, der auch die Nutzung und Offenlegung erfasst, sollte daneben für diese beiden Handlungsformen im Rahmen von Insolvenzverfahren Bestand haben. Zwischen § 3 Abs.1 und Abs. 2 RegE ist nach dem Wortlaut keine Exklusivität anzunehmen, da § 3 Abs.1 Ziff. 3 RegE einen Unterfall von § 3 Abs. 2 RegE darstellt.

C. Fazit

Der vorliegende Entwurf versäumt bislang die Möglichkeit, widersprüchliche Regelungen beim Schutz von Geschäftsgeheimnissen in einer Insolvenz zugunsten einer konsistenten Regelung aufzulösen.

Damit belastet er die Tätigkeit der Sachverständigen, vorläufig schwachen Insolvenzverwalter, (vorläufigen) Sachwalter, Koordinationsverwalter und Sonderinsolvenzverwalter mit erheblicher Rechtsunsicherheit und setzt sie zusätzlichen Haftungsgefahren aus. Diese Rechtslage beruht auf Wertungswidersprüchen, die im Rahmen der weiteren Beratung des RegE zugunsten einer einheitlichen, hier beschriebenen Regelung aufgelöst werden sollten.