

12. Ortstagung der Arbeitsgemeinschaft Ostwestfalen-Lippe des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. am 01. Oktober 2010

Erfreulicherweise konnte - wenn auch mit einigen Terminkollisionen - die 12. Ortstagung der Arbeitsgemeinschaft Ostwestfalen-Lippe wiederum in den Räumen der Industrie- und Handelskammer zu Bielefeld am 01. Oktober 2010 stattfinden.

Trotz der Terminkollisionen und des erst späten Tagungszeitpunktes sind ca. 130 Teilnehmer der Einladung nach Bielefeld gefolgt. Sicherlich waren auch die Themen vor dem Hintergrund der noch anhaltenden Wirtschaftskrise nicht uninteressant.

Die Themen der 4-stündigen Tagung lauteten „**Datenschutz im Arbeitsrecht**“ sowie „**Aktuelle Fragen des Befristungsrechts**“. Die Referentin des ersten Themas war Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht **Dr. Andrea Panzer**, Düsseldorf und der Referent des zweiten Themas war **Prof. Dr. Oliver Ricken**, Universität Bielefeld.

I. Datenschutz im Arbeitsrecht

Frau Dr. Panzer stellte zunächst die aktuelle Lage hinsichtlich der Überlegungen zur Schaffung eines Beschäftigtendatenschutzgesetzes (BDSG-E) dar. Insbesondere verwies sie auf den vom Bundeskabinett am 25.08.2010 verabschiedeten Regierungsentwurf hin und kam dann sehr schnell zu den Kernaussagen des BDSG: Die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung ist grundsätzlich unzulässig. Sie ist nur zulässig, soweit das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift sie erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat, § 4 Abs. 1 BDSG. Rechtstechnisch bedeutet dies ein sog. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Entweder ist die Erlaubnis durch das BDSG selbst geregelt, § 32 BDSG, oder es besteht eine Erlaubnis aufgrund anderer Rechtsnormen oder sogar aufgrund Einwilligung des Betroffenen. Bei Letzterem ist aber anzumerken, dass an die Freiwilligkeit der Einwilligung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses informeller und inhaltlicher Hinsicht gemäß § 4a BDSG hohe Anforderungen zu stellen sind. Vielfach wird auch eingewandt, dass die Einwilligung eines Arbeitnehmers kaum freiwillig sein könne, da den Arbeitnehmern häufig keine andere Wahl bliebe, als die geforderten Daten zur Verfügung zu stellen. Daher wird die Verwendung von Einwilligungserklärungen von einigen Datenschutzbehörden kritisch gesehen. Des Weiteren waren Maßnahmen des Arbeitgebers ohne Einwilligung des Arbeitnehmers nur unter den Voraussetzungen des § 28 BDSG a. F. bzw. im Wege einer entsprechenden Betriebsvereinbarung, die eine andere Rechtsvorschrift im Sinne des § 4 Abs. 1 BDSG darstellt, kollektiv rechtlich geregelt möglich. Unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten waren präventive Maßnahmen des Arbeitgebers im Sinne einer Compliance-Kontrolle keine gesetzlichen Grenzen gesetzt (vgl. auch Jousen, NZA 2010, 254 (255)).

Neuere Entwicklungen des Arbeitnehmerdatenschutzes

Die sog. Datenschutzskandale namhafter deutscher Konzerne in den letzten Jahren waren Ausgangspunkt der Entwicklungen im Arbeitnehmerdatenschutz und der daraus resultierenden Novellierung des BDSG (siehe auch Gola/Klug, NJW 2010, 2483). In diesem Zusammenhang nannte sie insbesondere in den Medien bekannt gewordenen Fälle bei Siemens, Lidl, Aldi, Honeywell, Deutsche Bahn und Deutsche Telekom. Dabei verstießen

beispielsweise die Überwachungsmaßnahmen einzelner Discounter-Ketten gegen die vom BAG gesetzten Grenzen hinsichtlich der Zulässigkeit von Videoüberwachungen (BAG, NZA 2008, 1187). Als Konsequenz aus diesen medial bekannt gewordenen Datenschutzskandalen beschloss der Gesetzgeber im Laufe des Jahres 2009 eine in drei Schritten durchzuführende BDSG-Reform.

Zum 01.09.2009 trat im Rahmen die für den Beschäftigtendatenschutz maßgebliche Novelle in Kraft. Grundlegend ist dabei die Einführung von § 32 BDSG. Dieser stellt neben weiteren Neuerungen, etwa der erstmaligen Definition des Beschäftigten im datenschutzrechtlichen Sinne in § 3 Abs. 11 BDSG, die derzeitige Zentralnorm für den Umgang mit personenbezogenen Arbeitnehmerdaten dar. Mit der Novellierung ist nach Ansicht des Gesetzgebers eine taugliche Übergangsregelung bis zu einem neuen Arbeitnehmerdatenschutzgesetz gegeben (BT-Drucks. 16/13657 S. 20).

§ 32 BDSG als Spezialnorm für das Arbeitsverhältnis wurde von der Referentin Rechtsanwältin Dr. Panzer wie folgt erläutert:

§ 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG: Erforderlichkeit der Datennutzung

Gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten für Zwecke erhoben, verarbeitet und genutzt werden, wenn dies für die Begründung (Nr. 1), Durchführung (Nr. 2) oder Beendigung (Nr. 3) des Beschäftigungsverhältnisses **erforderlich** ist. Problematisch ist hierbei in erster Linie die Erforderlichkeit des Datenumgangs. Das Gesetz selbst liefert keine Anhaltspunkte für eine Auslegung des Begriffes. Die Gesetzgebung führt hierzu lediglich aus, dass die Regelung den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zum Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis entspricht und dass durch § 32 BDSG eine Konkretisierung des § 28 BDSG geleistet werden solle. Der Interpretation ist somit Tür und Tor geöffnet. Teilweise wird hierzu vertreten, dass „erforderlich“ im Vergleich zum „dienen“, wie es in § 28 BDSG gefordert wird, auf höhere Anforderungen schließen lässt.

Demnach müsse für die Erforderlichkeit dargelegt werden, dass ohne die Datenverarbeitung das Beschäftigungsverhältnis nicht durchgeführt werden kann. Andererseits wird vertreten, dass solche Datennutzungen zulässig sind, die für das Arbeitsverhältnis als geboten und nicht nur als nützlich zu bewerten sind. Vereinzelt wird auch dafür plädiert, die Anforderungen an die Erforderlichkeit entsprechend dem individuellen unternehmerischen Konzept zu bestimmen. Richtigerweise ist davon auszugehen, so Frau Dr. Panzer, dass der neue Wortlaut keine inhaltlichen Änderungen mit sich gebracht hat. Argument hierfür ist die Rechtsprechung im Rahmen des bisherigen § 28 BDSG. Diese forderte, dass die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Arbeitnehmerdaten zur Erfüllung gesetzlicher, kollektivrechtlicher- oder einzelvertraglicher Pflichten oder zur Wahrnehmung vertraglicher Rechte geeignet und erforderlich sein musste.

§ 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG: Datenumgang zur Aufdeckung von Straftaten

In § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG sind des Weiteren die - engen - Voraussetzungen für zulässige Maßnahmen zur Aufdeckung von Straftaten normiert. Demnach ist die Erhebung, Nutzung und Verarbeitung personenbezogener Daten zur Aufdeckung von Straftaten nur zulässig, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Datennutzung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten nicht

überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind. Insgesamt ist die Aufdeckung von Straftaten im Arbeitsverhältnis somit nur unter hohen Voraussetzungen möglich. An dieser Norm wird am stärksten deutlich, dass sich der Gesetzgeber hier von der Rechtsprechung zur verdeckten Videoüberwachung hat leiten lassen, was durch die Gesetzesbegründung ausdrücklich bestätigt wird, wie Frau Rechtsanwältin Dr. Panzer ausführte. Im Umkehrschluss ist davon auszugehen, dass § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG nicht die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten und arbeitsvertraglichen Pflichtverletzungen regelt, obwohl dahingehend gleichwohl ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers besteht, Vorfälle aufzuklären.

§ 32 Abs. 2 BDSG: Ausweitung des Anwendungsbereichs

Gemäß § 32 Abs. 2 BDSG gilt Abs. 1 auch im Zusammenhang mit nicht automatisiert verarbeiteten Daten, was den Anwendungsbereich auch auf Befragungen und Beobachtungen durch Vorgesetzte ausdehnt, die etwa nur handschriftlich dokumentiert wurden oder vielleicht sogar nur mündlich erhalten und danach zur Meinungsbildung verwendet worden sind.

Sonderregelungen zu privater Nutzung von Telekommunikationsmitteln

Ein weiterer wichtiger Aspekt im Zusammenhang mit dem Arbeitnehmerdatenschutz sei lt. Rechtsanwältin Dr. Panzer, was sich erst auf den zweiten Blick ergibt, die Entscheidung des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung gemäß § 113 TKG. Aus dieser Entscheidung können auch Schlussfolgerungen für den zulässigen Umgang mit Daten bei Compliance-Maßnahmen gezogen werden. Grund hierfür ist, dass mit der Gestattung der privaten Nutzung betrieblicher Telekommunikationsmittel (Telefon, Internet, E-Mail) der Arbeitgeber nach wohl herrschender Meinung zum **Diensteanbieter im Sinne des TKG, zum sog. Provider, wird**. Folge dessen ist, dass die private Kommunikation am Arbeitsplatz dem Fernmeldegeheimnis gemäß § 88 TKG unterliegt und die weiteren speziellen Datenschutzregelungen der §§ 91 ff. TKG eingreifen. Im Ergebnis ist eine Kontrolle der privaten Nutzung - und bei mangelnder Trennung zwischen privater und dienstlicher Nutzung wohl die gesamte Nutzung - durch den Arbeitnehmer dann nur noch zur Entgeltermittlung und -abrechnung zulässig, ausnahmsweise und in engen Grenzen darüber hinaus auch bei Missbrauch gemäß § 100 TKG. Ein Abweichen von den Bestimmungen des TKG ist nur durch **Einwilligung des Betroffenen** oder durch eine andere gesetzliche Vorschrift möglich, was demnach einen entsprechenden Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung ausschließt.

Bei der privaten Nutzung betrieblicher elektronischer Informationsmedien (Internet) unterfällt der Arbeitgeber darüber hinaus den Regelungen des Telemediengesetzes (TMG). Hinsichtlich der Folgen ist auf das eben genannte hinzuweisen mit der Ausnahme, dass hier das Abweichen von den Bestimmungen durch eine andere Rechtsvorschrift, das heißt auch durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung, möglich ist.

Datenschutz versus Compliance - berechnigte Kontrollinteressen des Arbeitgebers

Die aufgezeigten Entwicklungen stehen immer stärker in Konflikt zum Bestreben vieler, meist größerer Unternehmen und Konzerne, Kontrollmechanismen zur Verhinderung von Gesetzes- und Regelverstößen durch Organe und Mitarbeiter zu installieren und anzuwenden, wie Frau Dr. Panzer hervorhob. In Anbetracht der immensen Folgen, die etwa aus wirtschaftskriminellen Machenschaften, Missbrauch von Kompetenzen und anderen

Fehlverhalten in materieller und immaterieller Hinsicht entstehen können, stellt die Compliance mittlerweile einen unabdingbaren Bestandteil zeitgemäßer Unternehmenskultur dar. Gründe hierfür sind zum einen die Übernahme angloamerikanischer Praktiken und zum anderen durch den deutschen Gesetzgeber auferlegte Kontrollpflichten, etwa in § 33 Abs. 1 WpHG, § 130 OWiG und § 90 Abs. 2 AktG.

Konkret stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit von Compliance-Kontrollen nach Maßgabe der Erlaubnistatbestände des § 32 Abs. 1 BDSG sowie ggf. auch des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG, da in den meisten Fällen personenbezogene Daten betroffen sind.

Qualifizierung der Kontrollmaßnahmen

Das grundlegende Problem in Zusammenhang mit einer gebräuchlichen Compliance-Kontrolle ist, dass es sich in der Regel und primär um präventive Maßnahmen ohne konkrete Anhaltspunkte für eine Straftat handelt, das heißt vom Arbeitgeber angestrebte Maßnahmen zur Vermeidung von Straftaten durch Mitarbeiter. Hierzu zählen etwa Torkontrollen, Maßnahmen zur Zeiterfassung, Videoüberwachung, Taschenkontrollen oder die routinemäßige Überprüfung der rechtmäßigen Nutzung von Telekommunikationsmitteln. Diese Maßnahmen funktionieren überwiegend nach dem Zufallsprinzip. Gleiches gilt für „Data Mining“, „Datenscreening“ oder die Analyse unternehmenseigener Daten auf Anomalien, die im Wege eines systematischen Datenabgleichs durchgeführt werden.

Wie bereits dargestellt, erfasst § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG lediglich Maßnahmen zur Aufdeckung begangener Straftaten, nicht aber Maßnahmen zu deren Verhinderung. Eine Rechtfertigung wegen des konkreten Verdachts auf eine Straftat gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG scheidet daher bei Compliance-Maßnahmen regelmäßig aus.

Eine Lösung dieser Problematik findet sich in der Gesetzesbegründung selbst. Demnach gilt § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG auch bezüglich der Zulässigkeit von Maßnahmen, die zur Vermeidung von Straftaten und sonstigen Rechtsverstößen, die im Zusammenhang mit dem Beschäftigtenverhältnis stehen, erforderlich sind. Gleiches muss konsequenterweise demnach auch für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten und arbeitsvertraglichen Pflichtverletzungen gelten.

Die Gesetzesbegründung stellt zudem klar, dass § 32 BDSG lediglich § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG zur Rechtfertigung von Datenverarbeitung im Arbeitsverhältnis verdrängt. Daneben bleiben die Regelung zur Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG sowie die Regelungen zur Wahrung berechtigter Interessen eines Dritten gemäß § 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BDSG anwendbar.

Als Ergebnis ist somit lt. Frau Dr. Panzer festzuhalten, dass präventive Compliance-Maßnahmen weiterhin möglich bleiben, sofern mit Verweis auf die geforderte „Erforderlichkeit“ dem Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der konkreten Maßnahme besondere Beachtung geschenkt wird. Entscheidend wird in aller Regel sein, dass eine umfassende Risikoanalyse im Einzelfall durchgeführt wird. Des Weiteren kann zur Verhinderung von Straftaten im ersten Schritt weitestgehend auch auf die Verwendung personenbezogener Daten verzichtet werden. Vielmehr sollten so lange wie möglich anonymisierte bzw. pseudonymisierte Daten im Rahmen von Stichprobenkontrollen genutzt werden. Darüber hinaus ist zu empfehlen, dass der betroffene Personenkreis so eng wie möglich gehalten werden sollte und eine alsbaldige Löschung der entsprechenden Daten gewährleistet ist, sofern sie nicht mehr benötigt werden.

Die Kontrolllegitimation über die Einwilligung des Beschäftigten birgt das Problem in sich, dass aufgrund des Freiwilligkeitserfordernisses der Beschäftigte jederzeit die Einwilligung

wieder entziehen kann. Insgesamt sind Kontrollen auf Grundlage der Einwilligung daher als rechtlich und tatsächlich schwer handhabbares Instrument anzusehen.

Bewertung

Arbeitgeber sind bei der geltenden Gesetzeslage in Ermangelung konkretisierender gerichtlicher Entscheidungen allzu oft gezwungen, selbst herauszufinden, was rechtlich zulässig ist und was nicht. Gerade in Anbetracht der Häufigkeit sog. Datenskandale in den letzten Jahren ist es durchaus nachvollziehbar, dass bei entsprechenden Vorgaben des Gesetzgebers vieles hätte vermieden werden können.

Nunmehr ist im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses jede Form der Datenerhebung vom BDSG erfasst und fällt damit in den Anwendungsbereich des § 32 BDSG. Die im Weiteren für die Erlaubnistatbestände des § 32 BDSG eigentlich zwingend erforderliche strenge Unterscheidung zwischen vorbeugenden Maßnahmen und solchen wegen des Verdachtes einer Straftat kann in der praktischen Anwendung schwierig sein - beide Umstände können fließend ineinander übergehen. Die Erfahrung lehrt, dass in den meisten Fällen erst die Sichtung von Daten Unregelmäßigkeiten zutage fördert, das heißt, die Daten selbst sind oft die vom Gesetz geforderten Anhaltspunkte einer Straftat.

Dem Gesetzgeber kann für sein offensichtlich anlassgeschuldetes Handeln daher kein gutes Zeugnis ausgestellt werden. Insgesamt stellt die Verlagerung der alten Problemkreise auf eine neue Norm, ohne die Lösung anzugehen, keinen Fortschritt dar.

Ausblick: Entwurf zur Regelung des Beschäftigten-Datenschutzes im BDSG (BDSG-E)

Im Rahmen der Koalitionsvereinbarung von Union und FDP vom 26.10.2009 gab sich die neue Regierung unter dem Punkt „Arbeitnehmerdatenschutz“ das Ziel, praxisgerechte Regelungen zu schaffen und gleichzeitig Arbeitgebern eine verlässliche Regelung für den Kampf gegen Korruption an die Hand zu geben. Der politische Wille zur Umsetzung, der in der vorherigen Legislaturperiode zu Zeiten der Großen Koalition noch zu fehlen schien, führte nunmehr dazu, dass der Arbeitnehmerdatenschutz auf der politischen Agenda steht. Ausweislich des vom Bundeskabinett verabschiedeten Gesetzesentwurfs soll der im letzten Jahr eingeführte § 32 BDSG durch die §§ 32 bis 32i BDSG-E ersetzt werden. Ziel des Gesetzgebers ist es, hierdurch umfassende und abschließende Normen für das Beschäftigungsverhältnis zu schaffen und im bestehenden BDSG zu implementieren.

Der Entwurf unterscheidet inhaltlich entsprechend der bisher verwendeten Systematik zwischen der Phase vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses (Bewerbungsphase) sowie der Phase nach Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses (Durchführung und Beendigung). Zudem wird weiterhin zwischen Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten differenziert. Für die Maßnahmen der Compliance sind die Vorschriften der §§ 32d bis 32i BDSG-E maßgeblich. Sie normieren dabei die zukünftige Handhabung der gängigsten Überwachungsmittel. Diese sollen in der Folge ihrem wesentlichen Gehalt nach in aller Kürze dargestellt werden.

Elektronischer Datenabgleich

Gemäß § 32d Abs. 2 BDSG-E darf der Arbeitgeber zur Aufdeckung von Straftaten oder anderer schwerwiegender Pflichtverletzungen durch Beschäftigte einen automatisierten Abgleich von Daten in anonymisierter oder pseudonymisierter Form durchführen. Bei einem hinreichenden Verdachtsfall dürfen die Daten dann auch personalisiert werden. Nach dem

Dafürhalten der Bundesregierung ist diese Norm der neue Dreh- und Angelpunkt für die Korruptionsbekämpfung unter Zuhilfenahme von Compliance-Systemen.

Heimliche Ermittlungen

Gemäß § 32e Abs. 2 BDSG-E ist die grundsätzlich verbotene heimliche Erhebung von Daten ohne Kenntnis des Beschäftigten ausnahmsweise zulässig, wenn (i) Tatsachen den Verdacht einer Straftat oder einer schwerwiegenden Pflichtverletzung begründen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen würde und (ii) die Erhebung darüber hinaus erforderlich ist, um die Straftat oder Pflichtverletzung aufzudecken und weitere Vorkommnisse zu verhindern. Ausweislich der Regierungsbegründung wird darin ein wirkungsvolles Instrumentarium gesehen, systematische Korruption zu bekämpfen. Fraglich ist, ob die aufgestellten Hürden nicht zu hoch sein könnten für eine wirkungsvolle präventive Verfolgung von Compliance-Verstößen.

Videoüberwachung

In § 32f BDSG-E wird die Beobachtung nicht öffentlich zugänglicher Betriebsstätten mit optisch-elektronischen Einrichtungen geregelt. Diese ist nur zulässig, soweit sie zur Wahrung wichtiger betrieblicher Interessen erforderlich ist. Zusammengefasst handelt es sich hierbei um die vom BAG bereits festgelegten Grenzen der offenen Videoüberwachung. Allerdings regelt § 32e Abs. 4 Nr. 3 BDSG-E, dass die heimliche Videoüberwachung nunmehr generell unzulässig ist. Diese war bisher bereits nur unter verschärften Voraussetzungen gestattet.

Ortungssysteme/Biometrische Daten

Gemäß § 32g Abs. 1 BDSG-E dürfen Daten von Ortungssystemen nur erhoben, verarbeitet und genutzt werden, wenn dies während der Arbeitszeit zur Sicherheit der Beschäftigten oder zur Koordinierung der Arbeit erforderlich ist. Darüber hinaus darf der Arbeitgeber gemäß Abs. 2 unter weiteren Voraussetzungen Ortungssysteme auch zum Schutz beweglicher Sachen einsetzen, etwa zur Diebstahlsicherung.

§ 32h BDSG-E regelt des Weiteren die Erfassung biometrischer Daten zur Identitätsfeststellung.

Nutzung von Telekommunikationseinrichtungen

§ 32i Abs. 1 BDSG-E normiert umfangreich die Nutzung von Kommunikationsdiensten ausschließlich zur dienstlichen Nutzung. Der Zugriff auf private Inhalte soll nur zulässig sein, wenn dies zur Durchführung des ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes unerlässlich ist und der Arbeitgeber hierauf schriftlich hingewiesen hat. Eine wünschenswerte Klarstellung zur Frage der Providereigenschaft des Arbeitgebers ist leider nicht vorgesehen.

Ausnahme im Wege der Betriebsvereinbarung

Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E ist es möglich, im Wege einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung von den Regelungen der §§ 32 ff. BDSG-E abzuweichen. Dies trägt der praxisgerechten Überlegung Rechnung, den betrieblichen Datenschutz auch kollektivrechtlich regeln zu können. Zu beachten ist dabei allerdings, dass im weiteren Entwurfstext, genauer in § 321 Abs. 5 BDSG-E, angeordnet wird, dass von den Vorschriften über den Beschäftigtendatenschutz nicht zu Lasten der Beschäftigten abgewichen werden darf. Die hierzu vorliegende Gesetzesbegründung bezieht sich zwar auf

Kollektivvereinbarungen als zulässiges Instrument, was den Schluss nahelegt, es handele sich um ein redaktionelles Versehen; die Unsicherheit allerdings bleibt.

Ausnahmen im Wege der Einwilligung

§ 321 Abs. 1 BDSG-E reglementiert die Möglichkeit des Beschäftigten, in Compliance-Maßnahmen des Arbeitgebers einzuwilligen. Demnach soll abweichend von § 4 Abs. 1 BDSG nur dann eine Einwilligung möglich sein, wenn dies in den jeweiligen Vorschriften ausdrücklich vorgesehen ist. Dieser Ansatz des Regierungsentwurfes vermag indes nicht zu überzeugen. Gründe hierfür sind, dass die Konzeption praktikable Lösungen unterbindet und unnötigerweise den Arbeitnehmer in seinem Selbstbestimmungsrecht beschneidet. Trotz aller schutzwürdigen Interessen wäre die Regierung besser beraten, bei der Konzeption des neuen Gesetzes, einen mündigen und selbstbestimmten Beschäftigten vor Augen zu haben. Zudem ist zu befürchten, dass in der Vergangenheit erteilte umfassende Einwilligungserklärungen der Arbeitnehmer in Maßnahmen des Arbeitgebers nach der neuen Gesetzeslage nicht mehr vollständig wirksam wären.

Fazit

Die Anforderungen an den Gesetzgeber zum zukünftigen Datenschutz sind klar, aber wie die Erfahrung lehrt keinesfalls einfach: Es muss ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Arbeitnehmerdatenschutzrechten und einer effektiven Compliance-Kontrolle bei größtmöglicher Rechtssicherheit für alle Beteiligten gefunden werden. Zwar ist es grundsätzlich zu begrüßen, dass sich die Bundesregierung der Problematik annimmt und all das gesetzlich normieren will, was die Rechtsprechung über Jahrzehnte in mühsamer Kleinarbeit an Einzelfällen entwickelt hat. Allerdings zeigen sich auf den ersten Blick substantielle Schwächen im Gesetzesentwurf. Augenscheinlich hat der Gesetzgeber auch - bewusst oder nicht - keine Regelung zum Datenaustausch innerhalb von Konzernen getroffen, was jedoch für die praktische Handhabung wichtig wäre. Am Ende bleibt abzuwarten, ob „der große Wurf“ gelingen, geschweige denn das Gesetz überhaupt in dieser Form verabschiedet werden wird.

II. Aktuelle Fragen des Befristungsrechts

Im zweiten Teil der Veranstaltung referierte dann Prof. Dr. Oliver Ricken, der als Nachfolger von Prof. Dr. Rolfs an die Universität Bielefeld gekommen ist. Er referierte über aktuelle Fragen des Befristungsrechts. Nach einer kurzen Einleitung zur rechtstatsächlichen Einordnung begann er dann mit einem besonderen Problem in der Praxis, nämlich dem Schriftformerfordernis. Er stellte im Rahmen des Referats die einzelnen Probleme anhand der wesentlichen gerichtlichen Leitsätze - wie nachstehend aufgeführt - dar.

1. Das Schriftformerfordernis

I. Problemfeld - Prozessbeschäftigung

LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 21.10.2009 - 2 Sa 152/09

Vereinbaren die Parteien nach Ausspruch einer Kündigung die befristete Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum

rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses, bedarf die Befristung nach § 14 Abs. 4 TzBfG der Schriftform.

II. Reparaturmöglichkeiten bei formunwirksamen Befristungsabreden

BAG, Urteil vom 16.03.2005 - 7 AZR 289/04, NJW 2005, 3595

Eine mündlich und damit nach § 14 Abs. 4 TzBfG, § 125 Satz 1 BGB formnichtig vereinbarte Befristung wird durch die nach Vertragsbeginn erfolgte schriftliche Niederlegung in einem Arbeitsvertrag nicht rückwirkend wirksam.

BAG, Urteil vom 16.04.2008 - 7 AZR 1048/06, NJW 2008, 3453

Macht der Arbeitgeber den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags von der Unterzeichnung der Vertragsurkunde und damit der Einhaltung des Schriftformgebots des § 14 Abs. 4 TzBfG abhängig, kann der Arbeitnehmer dieses Angebot nicht durch die Arbeitsaufnahme konkludent annehmen, sondern nur durch die Unterzeichnung der Vertragsurkunde.

Die Bestimmung des § 154 Abs. 2 BGB ist weder unmittelbar noch entsprechend auf den Abschluss einer Befristungsabrede nach dem TzBfG anwendbar.

Hess. LAG, Urteil vom 08.02.2010 - 16 Sa 1032/09, LAGE § 14 TzBfG Nr. 53.

Bei Vorliegen eines die Befristung rechtfertigenden sachlichen Grundes kann ein bei Vertragsbeginn nach § 16 Satz 1 TzBfG entstandenes unbefristetes Arbeitsverhältnis nachträglich befristet werden. Hierzu sind allerdings auf die Herbeiführung dieser Rechtsfolge gerichtete Willenserklärungen der Parteien erforderlich. Daran fehlt es in der Regel, wenn die Parteien nach Vertragsbeginn lediglich eine bereits zuvor mündlich vereinbarte Befristung in einem schriftlichen Arbeitsvertrag niederlegen. Dadurch wollen sie im Allgemeinen nur das zuvor Vereinbarte schriftlich festhalten und keine eigenständige vertragsgestaltende Regelung treffen. Anders verhält es sich, wenn die Parteien vor Vertragsbeginn und vor Unterzeichnung des schriftlichen Arbeitsvertrags mündlich keine Befristung vereinbart haben oder wenn sie eine mündliche Befristungsabrede getroffen haben, die inhaltlich mit der in dem später unterzeichneten schriftlichen Arbeitsvertrag enthaltenen Befristung nicht übereinstimmt. In diesem Fall wird in dem schriftlichen Arbeitsvertrag nicht lediglich eine zuvor vereinbarte mündliche Befristung schriftlich niedergelegt, sondern eine davon abweichende und damit eigenständige Befristungsabrede getroffen, durch die das zunächst bei Vertragsbeginn unbefristet entstandene Arbeitsverhältnis nachträglich befristet wird. Entspricht die Vertragsurkunde den Voraussetzungen des § 126 BGB, ist die Befristung nicht wegen eines Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis nach § 14 Abs. 4 TzBfG unwirksam.

III. Anforderungen an die Einhaltung der Schriftform

BAG, Urteil vom 25.03.2009 - 7 AZR 59/08, ZTR 2009, 441

Bei der nach §§ 133, 157 BGB gebotenen Auslegung der Erklärung ist jedoch zu berücksichtigen, dass im Allgemeinen im nicht juristischen Sprachgebrauch nicht immer hinreichend zwischen „Auftrag“ und „Vertretung“ unterschieden wird. Die Zusätze „i. V.“ und

„i. A.“ werden häufig nur verwendet, um unterschiedliche Hierarchieebenen auszudrücken. Deshalb folgt nicht allein aus dem Zusatz „i. A.“, dass der Erklärende lediglich als Bote und nicht als Vertreter gehandelt hat. Maßgeblich sind vielmehr die Gesamtumstände. Ergibt sich hieraus, dass der Unterzeichner die Erklärung ersichtlich im Namen eines anderen abgegeben hat, ist von einem Handeln als Vertreter auszugehen. Für die Wahrung der Schriftform ist unerheblich, ob der Unterzeichner tatsächlich bevollmächtigt war.

2. Die Vertretung als Sachgrund

Person des Vertretenen

BAG, Urteil vom 25.03.2009 - 7 AZR 34/08, NJW 2009, 3180

Die Vorschrift des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG ermöglicht nach ihrem Zweck auch die befristete Beschäftigung zur Vertretung eines zeitweilig an der Dienstleistung verhinderten Beamten.

BAG, Urteil vom 02.06.2010 - 7 AZR 136/09:

Der Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG liegt nicht vor, wenn der Mitarbeiter, an dessen Stelle der befristet Beschäftigte eingestellt wird, im Zeitpunkt der Befristungsabrede bereits aus dem Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber ausgeschieden ist.

Prognose des Arbeitgebers

BAG, Urteil vom 29.07.2009 - 7 AZR 907/07

Die Richtigkeit der Prognose des Arbeitgebers über den vorübergehenden Bedarf an der Arbeitsleistung im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG wird nicht allein dadurch infrage gestellt, dass der prognostizierte vorübergehende Bedarf über das Ende des mit dem Arbeitnehmer vereinbarten befristeten Arbeitsvertrags hinaus andauert.

BAG, Urteil vom 20.01.2010 - 7 AZR 542/08, DB 2010, 1186

Der Sachgrund der Vertretung entfällt nicht, wenn sich die Prognose des Arbeitgebers über den Vertretungsbedarf nachträglich ganz oder teilweise als unzutreffend erweist.

Unmittelbare und mittelbare Vertretung

BAG, Urteil vom 15.02.2006 - 7 AZR 232/05, NZA 2006, 781

Der Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG liegt vor, wenn der Vertreter die Aufgaben des Vertretenen übernimmt (unmittelbare Vertretung).

Ein Vertretungsfall im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG liegt auch bei einer mittelbaren Vertretung vor. Bei einer mittelbaren Vertretung werden die Aufgaben des vorübergehend abwesenden Arbeitnehmers ganz oder teilweise anderen Arbeitnehmern übertragen, deren Aufgaben vom Vertreter erledigt werden.

BAG, Urteil vom 25.03.2009 - 7 AZR 34/08, NJW 2009, 3180

Der Abschluss einer Vielzahl von kurz befristeten Arbeitsverträgen zur Vertretung einer länger ausfallenden Stammkraft ist nicht rechtsmissbräuchlich, wenn bei Abschluss des letzten befristeten Arbeitsvertrags der Sachgrund der Vertretung objektiv vorliegt.

BAG, Urteil vom 14.04.2010 - 7 AZR 121/09, NZA 2010, 942

Der Sachgrund der Vertretung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG setzt nicht voraus, dass der befristet zur Vertretung eingestellte Arbeitnehmer die vorübergehend ausfallende Stammkraft unmittelbar vertritt und die von ihr bislang ausgeübten Tätigkeiten erledigt.

Der fiktive Vertretungsfall

BAG, Urteil vom 15.02.2006 - 7 AZR 232/05, NZA 2006, 781

Der Sachgrund der Vertretung liegt auch vor, wenn der befristet beschäftigte Arbeitnehmer Aufgaben wahrnimmt, die der Arbeitgeber einem vorübergehend abwesenden Arbeitnehmer bei dessen unveränderter Weiterarbeit oder nach seiner Rückkehr tatsächlich und rechtlich übertragen könnte.

BAG, Urteil vom 25.03.2009 - 7 AZR 34/08, NJW 2009, 3180

Der Sachgrund der Vertretung setzt voraus, dass die Einstellung des Vertreters auf der Abwesenheit der zu vertretenden Stammkraft beruht. Werden dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer Aufgaben übertragen, die der vertretene Mitarbeiter zu keinem Zeitpunkt ausgeübt hat, besteht der erforderliche Kausalzusammenhang, wenn der Arbeitgeber rechtlich und tatsächlich in der Lage wäre, dem Vertretenen die Aufgaben des Vertreters zuzuweisen.

BAG, Urteil vom 25.03.2009 - 7 AZR 59/08, ZTR 2009, 441

Werden dem Vertreter die Aufgaben des zu vertretenden Arbeitnehmers weder unmittelbar noch mittelbar übertragen, liegt der für eine auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG gestützte Befristungsabrede erforderliche Kausalzusammenhang nur vor, wenn der Arbeitgeber bei Vertragsschluss mit dem Vertreter dessen Aufgaben einem oder mehreren vorübergehend abwesenden Beschäftigten gedanklich zuordnet und dies nach außen erkennbar ist, z. B. durch eine entsprechende Angabe im Arbeitsvertrag mit der Vertretungskraft oder im Rahmen der Beteiligung der Arbeitnehmervertretung bei der Einstellung. Nur dann ist sichergestellt, dass die Einstellung des Vertreters auf der Abwesenheit des zu vertretenden Arbeitnehmers beruht.

BAG, Urteil vom 20.01.2010 - 7 AZR 542/08, DB 2010, 1186

Die Befristung eines Arbeitsvertrags wegen Vertretung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG setzt voraus, dass der Arbeitgeber den Aufgabenbereich des zur Vertretung eingestellten Arbeitnehmers gedanklich dem vorübergehend abwesenden Beschäftigten zuordnet. Übernimmt der befristet eingestellte Arbeitnehmer nicht die bisherigen Aufgaben des abwesenden Beschäftigten, so genügt es, wenn der Arbeitgeber tatsächlich und rechtlich in der Lage wäre, dem vorübergehend abwesenden Beschäftigten entsprechende Aufgaben vollumfänglich zu übertragen. Im öffentlichen Dienst sind Arbeitnehmer grundsätzlich verpflichtet, jede zugewiesene Tätigkeit zu verrichten, die dem Merkmal ihrer Vergütungsgruppe entspricht, soweit ihnen dies billigerweise zugemutet werden kann.

BAG, Urteil vom 14.04.2010 - 7 AZR 121/09, NZA 2010, 942

Der Sachgrund der Vertretung liegt jedoch nicht vor, wenn der zur Vertretung eingestellte Arbeitnehmer mit Aufgaben betraut wird, die die Stammkraft im Falle ihrer Anwesenheit

tatsächlich nicht übernehmen könnte. Dies ist anzunehmen, wenn die Stammkraft die Aufgaben nicht ohne eine Fortbildung erledigen könnte und der zeitliche Rahmen der erforderlichen Fortbildung die gesamte befristete Vertragsdauer der Vertretungskraft in Anspruch nehmen würde.

Gesamtvertretung

LAG Düsseldorf, Urteil vom 21.12.2005 - 12 Sa 1303/05, LAGE § 14 TzBfG Nr. 25

Von den Fällen einer unmittelbaren bzw. mittelbaren Einzelvertretung unterscheidet sich eine „Gesamtvertretung“ bei Lehrkräften im Schulbereich dadurch, dass innerhalb einer durch Organisationsentscheidung festgelegten Verwaltungseinheit der Vertretungsbedarf für das Lehrpersonal eines Schulbereichs bezogen auf ein Schuljahr rechnerisch ermittelt und durch befristet eingestellte Vertretungskräfte abgedeckt wird, die - von Ausnahmen abgesehen - nicht an den Schulen der zu vertretenden Lehrkräfte eingesetzt werden oder deren Fächerkombinationen unterrichten. Nach der höchstrichterlichen Judikatur ist eine darauf gestützte Befristung wirksam, wenn sich für ein Schuljahr aufgrund der zu erwartenden Schülerzahlen und der unterrichtsorganisatorischen Vorgaben ein Unterrichtsbedarf ergibt, der mit den planmäßigen Lehrkräften nur deshalb nicht abgedeckt werden kann, weil ein Teil dieser Lehrkräfte in diesem Zeitraum aufgrund einer feststehenden Beurlaubung für die Unterrichtsversorgung vorübergehend nicht zur Verfügung steht. In diesem Fall besteht für die befristet eingestellten Vertretungskräfte bereits bei Vertragsschluss nur ein vorübergehender, durch die zu erwartende Rückkehr der planmäßigen Lehrkräfte begrenzter Beschäftigungsbedarf. Danach liegt dem Sachgrund der Gesamtvertretung von Lehrkräften ein konkreter Aushilfsbedarf für die Erledigung bestimmter Arbeitsaufgaben zugrunde. Diesen Aushilfsbedarf könnte der Arbeitgeber auch im Wege einer Einzelvertretung abdecken. Dazu würde es genügen, im einzelnen Fall eine vorübergehend nicht zur Verfügung stehende planmäßige Lehrkraft für die Dauer ihrer Abwesenheit förmlich an diejenige Schule zu versetzen, an der die Vertretungskraft eingesetzt und mit Aufgaben beschäftigt wird, die auch die planmäßige Lehrkraft erbringen könnte. Will der Arbeitgeber diese umständliche und letztlich sinnentleerte Maßnahme nicht durchführen, bleibt er doch an die dem Sachgrund der Vertretung immanente Vorgabe gebunden, dass diese Umsetzungs- oder Versetzungsmaßnahme tatsächlich möglich ist. Der Sachgrund der Gesamtvertretung im Schulbereich setzt demnach umfassende Versetzungs- und Umsetzungsbefugnisse des Arbeitgebers hinsichtlich der beamteten und angestellten planmäßigen Lehrkräfte sowie der befristet angestellten Vertretungskräfte voraus. Verzichtet wird lediglich auf die förmliche Durchführung von Versetzungs- und Umsetzungsmaßnahmen allein zum Nachweis des Aushilfsbedarfs.

3. Die sachgrundlose Befristung

Anschlussverbot

LAG Hamm, Urteil vom 30.07.2009 - 8 Sa 523/09

Es stellt keine rechtsmissbräuchliche Umgehung des § 14 Abs. 2 TzBfG dar, wenn sich an ein sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis beim Erst-Arbeitgeber ein weiteres sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis bei einem zweiten Arbeitgeber anschließt und

zwar auch dann, wenn der Arbeitnehmer vom neuen Arbeitgeber im Wege eines Leiharbeitsverhältnisses an seinem früheren Arbeitsplatz beim Erst-Arbeitgeber eingesetzt wurde.

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 05.08.2009 - 8 Sa 211/09

Das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist nur verletzt, wenn der befristete Arbeitsvertrag bei demselben Arbeitgeber im Sinne der Vorschrift geschlossen wird. Ein vorhergehender Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber hat nur dann bestanden, wenn Vertragspartner des Arbeitnehmers bei beiden Verträgen dieselbe natürliche oder juristische Person ist. Dies gilt auch bei konzernverbundenen Arbeitgebern.

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20.11.2009 - 8 Sa 1783/09

Berufsausbildungsverhältnisse sind keine Arbeitsverhältnisse im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG.

Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags

BAG, Urteil vom 18.01.2006 - 7 AZR 178/05, NZA 2006, 605

Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist die höchstens dreimalige Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags bis zur Gesamtdauer von zwei Jahren zulässig. Eine Verlängerung im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG setzt voraus, dass sie noch während der Laufzeit des zu verlängernden Vertrags vereinbart und nur die Vertragsdauer geändert wird, nicht aber die übrigen Arbeitsbedingungen.

Die einvernehmliche Änderung der Arbeitsbedingungen während der Laufzeit eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats befristungsrechtlich nicht von Bedeutung.

Eine nach § 14 Abs. 2 TzBfG zulässige Vertragsverlängerung setzt nicht voraus, dass die Bedingungen des Ausgangsvertrags während der gesamten Vertragslaufzeit unverändert beibehalten werden.

BAG, Urteil vom 23.08.2006 - 7 AZR 12/06, NZA 2007, 204

Einer Verlängerung im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG steht nicht entgegen, dass die Parteien in der Verlängerungsvereinbarung die Vertragsbedingungen des befristeten Arbeitsvertrags an die zum Zeitpunkt der Verlängerung geltende Rechtslage anpassen.

BAG, Urteil vom 16.01.2008 - 7 AZR 603/06, NJW 2008, 2140

Einer Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags nach § 14 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 TzBfG steht nicht entgegen, dass in einem befristeten Anschlussvertrag eine erhöhte Arbeitszeit vereinbart wird, wenn der Arbeitgeber mit der Veränderung der Arbeitszeit einem Anspruch des Arbeitnehmers nach § 9 TzBfG Rechnung trägt.

BAG, Urteil vom 12.08.2009 - 7 AZR 270/08, ArbRB 2009, 359

Einer Verlängerung im Sinne von § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG steht nicht entgegen, dass die Parteien die Vertragsbedingungen an die zum Zeitpunkt der Verlängerung geltende Rechtslage anpassen oder dass sie Arbeitsbedingungen vereinbaren, auf die der befristet beschäftigte Arbeitnehmer einen Anspruch hat.

Die vielfältigen Fragen während der Referate wie auch die Anschlussfragen zeigten das große Interesse der Teilnehmer und bestätigten auch die Aktualität der Themen. Diesmal wurde die gesamte Veranstaltung sogar um 45 Minuten überzogen! Einen besseren Zuspruch kann es sicherlich nicht für eine Veranstaltung geben.

Die nächsten Veranstaltungen finden voraussichtlich am **14. Oktober 2011, 26. Oktober 2012 und 11. Oktober 2013** wiederum in den Räumlichkeiten der IHK zu Bielefeld statt. Die Referenten sowie die Themen werden noch rechtzeitig mitgeteilt.

Ein ausführlicherer Bericht zur Tagung (mit Praxishinweisen) kann im Internet nachgelesen werden unter: www.arbeitsgerichtsverband.de/Tagungsbericht.htm.

Dr. Heinz Gussen