

24. Verbandsversammlung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. am 19. und 20. Mai 2011 in Kassel

Eröffnung und Begrüßung durch die Präsidentin des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. Edith Gräfl

Gräfl eröffnet am 19. Mai 2011 die 24. Verbandsversammlung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. um 10:15 Uhr im Südflügel des Kulturbahnhofs in Kassel. Sie weist darauf hin, dass die alle drei Jahre stattfindenden Verbandsversammlungen zweifellos zu den Höhepunkten des Verbandslebens zählen und bringt ihre Freude zum Ausdruck, dass Mitglieder und Gäste des Verbandes der Einladung so zahlreich gefolgt sind. Ihr besonderer Gruß gilt der Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts *Ingrid Schmidt* als höchster Repräsentantin der Arbeitsgerichtsbarkeit, dem Ministerialdirigenten im Hessischen Ministerium der Justiz, für Integration und Europa *Dr. Roman Poseck* sowie der Stadträtin *Brigitte Bergholter* als Vertreterin der Stadt Kassel. Herzlich willkommen heißt *Gräfl* auch die anwesenden Ehrenpräsidenten des Verbandes, den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts a. D. *Dr. Dirk Neumann*, *Prof. Dr. Dres. h. c. Peter Hanau* sowie den Präsidenten des Landesarbeitsgerichts Köln a. D. *Dr. Udo Isenhardt*. Ebenso herzlich begrüßt sie den Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D. *Prof. Dr. Brun-Otto Bryde*, der sich zur großen Freude aller bereit erklärt hat, den Festvortrag zu halten, die Referenten des Nachmittags *Ass. jur. Beate Schuh* (ver.di, Landesbezirk Berlin-Brandenburg) und *Dr. Franz-Josef Rose* (Vereinigung der hessischen Unternehmerverbände e. V.) sowie - soweit schon anwesend - die Teilnehmer der morgigen Podiumsdiskussion, den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit *Peter Schaar*, *Prof. Dr. Rainer Schlegel* vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales, *Prof. Dr. Martin Franzen* von der Ludwig-Maximilians-Universität München, *Prof. Dr. Peter Wedde* von der Goethe-Universität Frankfurt am Main sowie den Präsidenten des Hessischen Landesarbeitsgerichts *Dr. Peter Bader*, dem *Gräfl* sehr herzlich für die tatkräftige Unterstützung bei der Vorbereitung der Tagung dankt.

Zum Tagungsort bemerkte *Gräfl*, die Stadt Kassel sei als Tagungsort nicht nur wegen ihrer zentralen Lage mitten im Herzen Deutschlands, sondern auch wegen ihrer Bedeutung für das Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit geradezu prädestiniert. Hier sei das Bundesarbeitsgericht seit seiner Gründung im April 1954 bis zu seinem Umzug nach Erfurt im November 1999 beheimatet gewesen und hier sei

demzufolge die Rechtsprechung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts in Deutschland über Jahrzehnte hinweg maßgeblich geprägt worden. Auch die Geschicke des Arbeitsgerichtsverbandes seien unter der Präsidentschaft des früheren Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts *Dr. Neumann* jahrelang von hier aus gelenkt worden. Kassel sei vielen Anwesenden daher bestens vertraut und so habe sich der Entschluss, Kassel als Tagungsort zu wählen, förmlich aufgedrängt. Übrigens sei in Kassel bereits im Jahr 1959 eine Verbandsversammlung ausgerichtet worden. Da es damals den Bahnhof Wilhelmshöhe noch nicht gegeben habe, dürfte wohl die Mehrzahl der sage und schreibe 600 Tagungsteilnehmer am Ort unserer heutigen Tagungsstätte dem Zug entstiegen sein, um zur Stadthalle zu gelangen, wo die Tagung stattgefunden habe. Zumindest zwei von ihnen seien auch heute unter uns. Es handle sich um unseren Ehrenpräsidenten *Dr. Neumann* und unser Ehrenmitglied *Prof. Dr. Otfried Wlotzke*. Sicherlich habe sich von den Tagungsteilnehmern des Jahres 1959 niemand vorstellen können, dass sich dieser Teil des Bahnhofs in ein so bemerkenswertes Kultur- und Tagungszentrum verwandeln könnte. Sie sei sehr froh, dass es möglich sei, heute und morgen hier zu tagen.

Auch wenn die letzte Verbandsversammlung in Kassel mehr als ein halbes Jahrhundert zurückliege, so *Gräfl*, wiesen die Themen der Hauptvorträge damals und heute eine gewisse Ähnlichkeit auf: Seinerzeit habe der damalige Präsident des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. und Präsident des Bundesarbeitsgerichts *Prof. Dr. Nipperdey* zum Thema „Grundrechte und Arbeitsrecht“ referiert. Heute gehe es bei dem Vortrag, den Herr *Prof. Dr. Bryde* halten werde, ebenfalls um Grundrechte im Arbeitsrecht, allerdings habe das Thema eine unionsrechtliche Dimension erhalten. Daran zeige sich sehr anschaulich die Bedeutung, die das Unionsrecht für das heutige nationale Arbeitsrecht erlangt habe. Eine Vielzahl von Gesetzen, die in den letzten Jahren verabschiedet worden seien, dienten der Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben. Bei ihrer Auslegung und Anwendung sei auch das zugrunde liegende Unionsrecht zu berücksichtigen. Über zahlreichen arbeitsrechtlichen Fragestellungen schwebten daher unionsrechtliche Direktiven, die es ebenso zu beachten gelte wie die Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zur Auslegung des Unionsrechts. So verwundere es nicht, dass auch in den vergangenen drei Jahren seit der letzten Verbandsversammlung einige Urteile des EuGH ergangen seien, die für unser nationales Arbeitsrecht von eminenter Bedeutung seien. Man denke nur beispielhaft an die Entscheidung in der Rechtssache *Schultz-Hoff* zum Urlaubsrecht,

die die Änderung einer jahrelang gefestigten Rechtsprechung nach sich gezogen habe, oder an die Entscheidungen in den Rechtssachen *Kücükdeveci*, *Andersen* und *Rosenbladt* zum Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, einem Thema, das sich seit dem *Mangold*-Urteil des EuGH - salopp formuliert - zu einem Dauerbrenner entwickelt habe. Aufgrund der alleinigen Zuständigkeit des EuGH für die Auslegung des Unionsrechts sei das letztinstanzlich entscheidende nationale Gericht - auch zur Wahrung des gesetzlichen Richters, wie das Bundesverfassungsgericht im letzten Jahr mehrfach betont habe - zur Vorlage an den EuGH verpflichtet, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits von der Auslegung von Unionsrecht abhängt, auch wenn der EuGH die ihm gestellten Fragen nicht immer beantwortet, wie wir jüngst zur Kenntnis hätten nehmen müssen.

Gräfl wies darauf hin, dass dem EuGH im Augenblick mehrere Vorabentscheidungsersuchen vorlägen, deren Ergebnisse mit Spannung erwartet würden. Das seien insbesondere die Vorlagebeschlüsse zur Wirksamkeit tariflicher Altersgrenzen von 60 Jahren für Piloten, zur Vergütung nach Lebensaltersstufen und zur Bildung von Altersgruppen bei der Auswahl der aus betriebsbedingten Gründen zu kündigenden Arbeitnehmer. In allen Fällen gehe es um die mögliche Diskriminierung wegen des Alters. Von hohem Interesse seien auch die zu erwartenden Entscheidungen des EuGH zu den Vorlagebeschlüssen des Bundesarbeitsgerichts zum Anspruch abgelehnter Bewerber auf Information über die Qualifikation anderer Bewerber, zur Befristung von Arbeitsverträgen mit dem Sachgrund der Vertretung, Stichwort: Kettenbefristungen oder besser: Befristungsketten, und zu dem Vorabentscheidungsersuchen des Landesarbeitsgerichts Köln zu Befristungsketten, allerdings im Rahmen der Haushaltsbefristung.

Gräfl stellte fest, so bedeutsam das Unionsrecht für das Arbeitsrecht demnach sei, es seien seit der letzten Verbandsversammlung auch hochinteressante und nicht weniger aufsehenerregende Fragestellungen höchstrichterlich entschieden worden, bei denen das Unionsrecht keine Rolle gespielt habe. Sie erinnerte beispielhaft an *Flashmob*, *Emmely*, sowie die Entscheidungen zur fehlenden Tariffähigkeit der CGZP und zur Tarifeinheit, die es seit der Entscheidung des Vierten Senats des Bundesarbeitsgerichts im letzten Sommer nicht mehr gebe.

Vieles von dem, was sie gerade erwähnt habe, so *Gräfl*, sei Gegenstand von Vorträgen und Podiumsdiskussionen bei den Landestagungen des Verbandes in den letzten Jahren gewesen und sei zum Teil sehr kontrovers erörtert worden. Dabei

komme dem Deutschen Arbeitsgerichtsverband e. V. zweifelsohne zugute, dass in ihm alle Berufsgruppen vertreten seien und sich engagierten, die in irgendeiner Form mit dem Arbeitsrecht zu tun hätten, sei es in Gesetzgebung oder Rechtsprechung, in Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden, in der Arbeitsrechtswissenschaft, in den für die Arbeitsgerichtsbarkeit zuständigen Behörden, in der Rechtsberatung, als Parteivertreter oder in der täglichen betrieblichen Praxis. Das ermögliche es, aktuelle Fragen aus unterschiedlichen Blickwinkeln zu beleuchten, gegensätzliche Positionen zu erkennen und zu erwägen. Dies entspreche dem Zweck des Verbandes, die arbeitsrechtliche Praxis und Lehre miteinander zu verbinden und ein Forum zum Gedankenaustausch zur Verfügung zu stellen. Diesem Zweck dienten nicht nur die Landestagungen, sondern auch die zahlreichen Ortstagungen, die bundesweit stattfänden und von den Mitgliedern vor Ort organisiert würden.

Gräfl sprach all denjenigen, die an den Tagungen mitgewirkt hätten, für ihr Engagement ihren herzlichen Dank aus und brachte ihre Freude zum Ausdruck, dass es in den letzten Jahren gelungen sei, neue Ortstagungen ins Leben zu rufen. Sie wünschte sich, dass dies auch künftig gelingen möge. Das sei nur möglich, wenn die Mitglieder vor Ort die Initiative hierzu ergriffen. Dazu möchte sie auch von hier aus ermuntern. Erfreulicherweise werde auch in Kassel in diesem Jahr im August erstmals eine Ortstagung stattfinden.

Am Ende ihrer Eröffnungsrede versprach *Gräfl*, der Deutsche Arbeitsgerichtsverband e. V. werde weiterhin nach besten Kräften bemüht sein, aktuelle arbeitsrechtliche Themen aufzugreifen und zum Gegenstand seiner Tagungen zu machen. Für die 24. Verbandsversammlung sei dies sicherlich gelungen. Nicht nur die Grundrechte zwischen Deutschland und Europa seien von hohem aktuellen Interesse. Auch im Befristungsrecht, das heute Nachmittag auf dem Programm stehe, gebe es spannende neue Entwicklungen. Und der Gesetzentwurf zum Beschäftigtendatenschutz biete nach wie vor Anlass zur Diskussion. Wir alle dürften uns also auf eine interessante Veranstaltung freuen. Dafür garantierten nicht nur die Themen, sondern auch die überaus kompetenten Referenten und die hochkarätige Besetzung des Podiums am morgigen Vormittag. Abschließend wünschte *Gräfl* eine spannende und gewinnbringende Tagung.

Grußwort des Ministerialdirigenten im Hessischen Ministerium der Justiz, für Integration und Europa Dr. Roman Poseck

Als Vertreter des Hessischen Ministeriums der Justiz, für Integration und Europa übermittelte Ministerialdirigent *Poseck* die besten Grüße von Staatsminister *Jörg-Uwe Hahn* und Staatssekretär *Dr. Rudolf Kriszeleit*. Beide wären gern selbst gekommen, seien jedoch aufgrund der Justizministerkonferenz in Halle verhindert, die sich mit aktuellen und wichtigen Fragen rund um die Sicherungsverwahrung befasse. Im Festvortrag von *Prof. Dr. Bryde* würden anschließend die „Grundrechte der Arbeit zwischen Deutschland und Europa“ näher beleuchtet, am Nachmittag befasse sich die Versammlung mit der Praxis des Befristungsrechts und die Podiumsdiskussion am morgigen Tage werde sich um das brandaktuelle und in vielen Teilen kontrovers diskutierte Thema des Beschäftigtendatenschutzes drehen. Die Befassung mit all diesen für das Arbeitsrecht momentan so bedeutsamen Rechtsfragen sage viel über Selbstverständnis und Bedeutung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. aus. Dieser sei ein zentraler Bestandteil der arbeitsrechtlichen Praxis. Im Mittelpunkt seiner Tätigkeit stehe die Förderung des Arbeitsrechts und im Besonderen der Arbeitsgerichtsbarkeit. In ihm vereinten sich Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitsgerichte, der anwaltlichen Praxis und die namhaftesten Vertreter der Lehre zu einem laufenden Gedanken- und Erfahrungsaustausch. Im Deutschen Arbeitsgerichtsverband e. V. komme das „Who is who“ des deutschen Arbeitsrechts und damit der geballte arbeitsrechtliche Sachverstand zusammen. Mit beeindruckender Tiefe würden hier alle am Arbeitsrecht beteiligten Kreise arbeitsrechtliche Problemstellungen diskutieren. Die von Toleranz und gegenseitigem Respekt geprägte Diskussionskultur trage zur Klärung arbeitsrechtlicher Probleme bei und helfe, die Interessen der Arbeitsgerichtsbarkeit zu wahren.

Poseck stellte fest, Hessen sei stolz, als korporatives Mitglied Teil des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. zu sein. Im Verbandsausschuss sei Hessen sowohl durch den Präsidenten des Hessischen Landesarbeitsgerichts *Dr. Bader* als auch durch weitere Mitglieder aus den Arbeitgeberverbänden, aus den Gewerkschaften und aus der Rechtsanwaltschaft gut vertreten. Die gute Verbindung Hessens zum Deutschen Arbeitsgerichtsverband e. V. komme auch durch die Wahl des Tagungsorts Kassel zum Ausdruck.

Anschließend ging *Poseck* auf die Arbeitsgerichtsbarkeit ein. Diese gehöre in unserem demokratischen sozialen Rechtsstaat zu den zentralen Institutionen. Sie sei dafür verantwortlich, dass durch eine den sozialen und wirtschaftlichen Erfordernissen gerecht werdende Rechtsprechung der soziale Grundkonsens in unserer Gesell-

schaft erhalten und gestärkt werde. Ihr komme ein außerordentlich hoher Stellenwert in unserer Rechts- und Gesellschaftsordnung zu. Über 80 % der erwerbstätigen Bürgerinnen und Bürger stünden in einem Arbeitsverhältnis. Für sie seien der Bestand und der Erhalt des Arbeitsverhältnisses von existenzieller Bedeutung. Die Arbeitsgerichtsbarkeit sei daher in besonderem Maße gefragt, wenn es darum gehe, einen Ausgleich wirtschaftlicher und existenziell-sozialer Interessen herbeizuführen. Aufgabe der Arbeitsgerichte sei es, in allen Streitfragen rund um das Arbeitsverhältnis Rechtsschutz zu gewähren sowie Rechtssicherheit und Rechtsfrieden im Arbeitsverhältnis zu gewährleisten. Indem die Arbeitsgerichtsbarkeit diese Aufgaben bürgernah und mit sozialer Kompetenz wahrnehme, finde sie auch Vertrauen und Akzeptanz in der Bevölkerung.

Poseck war der Ansicht, die Arbeitsgerichte seien gewissermaßen der Seismograph für Veränderungen nicht nur in der Arbeitswelt, sondern auch für die wirtschaftliche Lage in Deutschland. Eine lahmende Konjunktur führe bekanntlich zur „Hochkonjunktur“ bei den Arbeitsgerichten und umgekehrt. Aber die Arbeitsgerichtsbarkeit sei als Institution auch selbst Veränderungen ausgesetzt. Die Länder stünden heute mehr denn je vor der Herausforderung, eine leistungsfähige und eigenständige Arbeitsgerichtsbarkeit auch in Zeiten knapper Kassen zu gewährleisten. Diese Herausforderung könnte nur in der Kooperation mit den am arbeitsgerichtlichen Verfahren Beteiligten bewältigt werden. Probleme bei der Finanzierung öffentlicher Aufgaben könnten nicht dadurch gelöst werden, dass immer neue Schulden gemacht würden. Hier stünden wir alle als Staatsbürger und Steuerzahler in der Verantwortung. Auch als „Vermächtnis“ gegenüber künftigen Generationen sei eine Konsolidierung des Staatshaushalts unerlässlich. Die Geschichte sowie der Blick in alle Bundesländer zeige, dass die Justiz dabei nicht außen vor stehen könne, sondern Teil des Ganzen sei und daher im Rahmen ihrer Möglichkeiten auch einen Beitrag zur Konsolidierung zu leisten habe.

Zur Arbeitsgerichtsbarkeit in Hessen bemerkte *Poseck*, mit der hessischen Arbeitsgerichtsbarkeit sei in den letzten Monaten ein intensiver Diskussionsprozess über Veränderungen und mögliche Sparmaßnahmen geführt worden. Dabei sei man den Weg gegangen, strukturelle Veränderungen einem möglichen Personalabbau vorzuziehen. Justiz lebe von der Arbeit und dem Engagement ihrer Bediensteten. Der Beitrag der Arbeitsgerichtsbarkeit in Hessen liege daher im Wesentlichen in Einsparungen, die sich aufgrund der vom Rechnungshof vorgeschlagenen Reduzierung

der Gerichtsstandorte ergäben. Bislang seien zwölf Arbeitsgerichte eingerichtet, deren regionale Verteilung seit dem Jahr 1946 im Wesentlichen unverändert geblieben sei. Der Hessische Rechnungshof habe für den Bereich der Arbeitsgerichtsbarkeit festgestellt, dass eine Zusammenlegung von Gerichtsstandorten durch Synergieeffekte für eine bessere Auslastung des Personals Sorge und die Aufgabenerledigung effizienter gestalte. Durch die Zusammenlegung von Gerichten könnten an Gebäuden und Sachmitteln strukturelle Einsparungen erzielt werden, die die Personalbestände möglichst unangetastet ließen. Der in den Landtag eingebrachte Gesetzentwurf sehe vor, in Hessen ab dem 1. Januar 2012 nur noch sieben Arbeitsgerichte an den Standorten Frankfurt am Main, Offenbach am Main, Darmstadt, Wiesbaden, Gießen, Fulda und hier in Kassel vorzuhalten. Nach der Beurteilung des Rechnungshofs sei dies für eine angemessene und flächendeckende Versorgung Rechtssuchender ausreichend. Die Reduzierung der Arbeitsgerichte sei zwar ein schmerzlicher Prozess, der den Bediensteten, den ehrenamtlichen Richtern, den Rechtsanwälten, den Verbänden und Gewerkschaften viel abverlange. Auch nach der Standortreduzierung werde Hessen jedoch über eine bürgernahe Arbeitsgerichtsbarkeit verfügen. Die heutige Gesellschaft sei deutlich mobiler, als sie es bei der Einrichtung der zwölf Standorte gewesen sei. Eine leistungsfähige und bürgernahe Arbeitsgerichtsbarkeit sei auch keine Frage des Standorts. Die aufnehmenden Arbeitsgerichte würden durch das Personal und die Zuständigkeiten der aufzuhebenden Arbeitsgerichte eine Stärkung erhalten. Der Zusammenlegungsprozess sei daher auch eine Maßnahme der Zukunftssicherung der hessischen Arbeitsgerichte. Die Aussicht, auch in Zeiten des Sparzwangs die Funktionsfähigkeit der hoch spezialisierten hessischen Arbeitsgerichtsbarkeit möglichst ohne größere Personaleinbußen aufrechterhalten zu können, lasse ihn optimistisch in die Zukunft blicken. Auf diese Weise würde zur Stärkung und zum Erhalt der eigenständigen Arbeitsgerichtsbarkeit beigetragen.

Grußwort der Stadträtin der Stadt Kassel Brigitte Bergholter

Stadträtin *Brigitte Bergholter* hieß die Tagungsteilnehmer im Namen der documenta-Stadt Kassel sehr herzlich willkommen. Sie zeigte sich sehr erfreut darüber, dass der Deutsche Arbeitsgerichtsverband e. V. nach längerer Zeit wieder in Hessen zu Gast sei, und wies darauf hin, dass Kassel quasi die Wiege des Bundesarbeitsgerichts sei. 45 Jahre sei die höchste Instanz der Arbeitsgerichtsbarkeit hier beheimatet gewesen. Die Verlegung des Bundesarbeitsgerichts im Jahr 1999 nach Erfurt habe

geschmerzt. Allerdings habe mit dem Bundessozialgericht noch ein oberster Gerichtshof des Bundes seinen Sitz in Kassel. Seit jeher sei Kassel eine Stadt der Juristen und verfüge über eine hohe „Justizdichte“. Gerichte aller Rechtsprechungszweige hätten in Kassel ihren Sitz und seien für das gesamte nördliche Hessen und damit für ca. eine Million Bürger zuständig. Hier seien der Hessische Verwaltungsgerichtshof, das Hessische Finanzgericht, einige Zivilsenate des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main, ein Landgericht nebst Staatsanwaltschaft, ein Amtsgericht, ein Verwaltungsgericht, ein Arbeitsgericht sowie ein Sozialgericht zuhause. Auch die hohe Verwaltungsdichte in Kassel biete vielfältige Betätigungsmöglichkeiten für Juristen. Dementsprechend hätten sich viele Anwälte und Notare in Kassel niedergelassen. Juristen hätten die Geschichte Kassels maßgeblich geprägt und ihre unauslöschlichen Spuren hinterlassen. Einigen von ihnen habe man Denkmäler gesetzt. Zahlreiche Ehrengräber auf dem Hauptfriedhof erinnerten an namhafte Juristen, Kasseler Straßen und Schulen seien nach ihnen benannt. *Bergholter* nannte beispielhaft die Namen: *Karl Schomburg*, die Brüder *Jacob* und *Wilhelm Grimm*, *Karl Murhard*, die Landgerichtsdirektorin *Nora Platiel*, *Georg August Zinn*, *Fritz Hoch*, *Hans Carl Nipperdey*, *Lauritz Lauritzen* und *Elisabeth Selbert*.

Anschließend stellte *Bergholter* die ehemals prächtige Residenzstadt der hessischen Landgrafen mit ihren vielen kulturellen Schönheiten näher vor. Kassel sei das wirtschaftliche, kulturelle und soziale Oberzentrum der Region Nordhessen und mit seinen 193.000 Einwohnern eine moderne und zugleich lebens- und liebenswerte Großstadt. Diese sei landschaftlich herrlich eingebettet und reich an Parks und Grünanlagen. Weltweites Renommee genieße Europas größter und schönster Bergpark mit Schloss Wilhelmshöhe, der Löwenburg und dem Herkules, dessen Aufnahme in die Welterbeliste der UNESCO derzeit vorbereitet werde. Die größten Söhne der Stadt seien die Brüder *Grimm*. Sie hätten hier jahrzehntelang gelebt und gearbeitet. Neben der bekannten Märchensammlung hätten *Jacob* und *Wilhelm Grimm* auch den Grundstock für die sprachwissenschaftliche Forschung gelegt und mit dem „Deutschen Wörterbuch“ das weltweit umfassendste Verzeichnis einer Sprache begonnen. Bekannt sei Kassel darüber hinaus aufgrund der alle fünf Jahre stattfindenden Weltkunstausstellung „documenta“. Im kommenden Jahr werde die Stadt wieder Mittelpunkt der Kunstinteressierten aus aller Welt sein. Das internationale Flair in der gesamten Stadt werde dann fast einmalig sein. Kassel verfüge darüber hinaus mit der viertgrößten Museumsdichte Deutschlands über eine vielfältige Museumsland-

schaft. Eine Vielzahl kultureller Einrichtungen und auch die Gastronomie ließen keine Wünsche offen.

Abschließend dankte *Bergholter* allen, die daran mitgewirkt hätten, Rechtsfrieden im Arbeitsleben zu gewährleisten. Sie nannte die ehrenamtlichen Richterinnen und Richter, die mit ihrer Sachkunde aus der Arbeitswelt und ihren betrieblichen Erfahrungen ganz maßgeblich mit dazu beigetragen hätten, für die Arbeitnehmer und die Arbeitgeber unseres Landes eine leistungsfähige und allgemein anerkannte Arbeitsgerichtsbarkeit zu schaffen. Für das hohe Ansehen, das sich diese Fachgerichtsbarkeit in den vergangenen Jahren erworben habe, sei aber auch die vertrauensvolle Zusammenarbeit mit den Arbeitgeberverbänden, mit den Gewerkschaften und mit der Anwaltschaft von Bedeutung. Die Herausforderung für alle Gerichtsbarkeiten bestehe darin, bei den zu bewältigenden wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Veränderungen Recht zu gewähren und Rechtsfrieden zu stiften. Diese Aufgabe sei auf hohem qualitativen Niveau, in möglichst kurzer Zeit und unter sparsamer Ausnutzung der zur Verfügung stehenden Ressourcen zu erfüllen. Die Arbeitsgerichtsbarkeit habe sich dieser Herausforderung stets erfolgreich gestellt. *Bergholter* war sich sicher, dass der hohe Standard auch künftig erhalten bleiben wird. In diesem Sinne wünschte sie der 24. Verbandsversammlung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. ein gutes und erfolgreiches Gelingen sowie zwei angenehme Tage in Kassel.

Festvortrag des Richters des Bundesverfassungsgerichts a. D. Prof. Dr. Bruno Otto Bryde über das Thema: „Grundrechte der Arbeit zwischen Deutschland und Europa“

Den Beginn seines Vortrags über Grundrechte der Arbeit im Mehrebenensystem stellte *Bryde* unter die Überschrift „Grundrechtsarchitektur oder Grundrechtschaos in Europa“. Er wies darauf hin, dass sich die Bürgerinnen und Bürger Europas nicht über einen Mangel an Grundrechtsgarantien beklagen könnten. Neben den eigenen nationalen Grundrechten stünden die kontinentweite Europäische Menschenrechtskonvention und die Europäische Sozialcharta. Für die Mitgliedsländer der Europäischen Union kämen deren Grundrechte hinzu. Der Grundrechtskatalog der Union sei in sich selbst noch einmal komplex. Die Grundrechte seien zwar inzwischen in der Charta der Grundrechte kodifiziert und durch den Vertrag von Lissabon in die Gesamtverfassung der Union integriert worden. Die richterrecht-

lich entwickelten Grundrechte hätten aber daneben Geltung behalten. Immer wieder werde bezweifelt, dass diese Fülle von Grundrechten - zu denen man noch die Verbürgungen der Landesverfassungen und der völkerrechtlichen Menschenrechtsverträge hinzufügen könnte - eine Wohltat seien und nicht im Gegenteil unnötige Konflikte auslösten. Dass es nicht so chaotisch werde, wie man auf den ersten Blick befürchten könnte, habe einerseits inhaltliche Gründe, sei aber auch Verdienst der beteiligten Akteure.

Bryde war der Meinung, inhaltlich würden Konflikte schon dadurch begrenzt, dass sich der normative Gehalt der Grundrechte der verschiedenen Ebenen ziemlich ähnlich sei. Die Grundrechte stammten nicht nur aus derselben europäischen Grundrechtstradition, sondern seien auch unmittelbar voneinander beeinflusst. Europäische Menschenrechtskonvention und - in geringerem Maße - Europäische Sozialcharta seien für viele Grundrechtskataloge europäischer Verfassungen Vorbild. Die Europäische Menschenrechtskonvention gelte in einigen Staaten als Verfassungsrecht. Die Europäischen Grundrechte seien vom EuGH aus den nationalen Grundrechten und denen der Konvention entwickelt worden. Insgesamt wiesen die Garantien daher keinen großen Unterschied auf. Dabei komme der Europäischen Menschenrechtskonvention eine zentrale Bedeutung zu. Sie sei der Text, auf den sich alle europäischen Staaten als zutreffende Wiedergabe ihres Grundrechtsverständnisses geeinigt hätten und der den größten Einfluss auf nationales Verfassungsrecht habe. Die Europäische Menschenrechtskonvention habe seit der *Nold*-Entscheidung des EuGH stärker als die Verfassungstradition der Mitgliedstaaten die richterrechtliche Entwicklung des ungeschriebenen Grundrechtskatalogs beeinflusst. Wenn es trotzdem zu Konflikten komme, dann weniger wegen des normativen Materials. Ein guter Jurist könnte fast immer die Grundrechte aller Ebenen so auslegen, dass man zu einem stimmigen Ergebnis komme. In der Regel seien die Diskussionslinien in den verschiedenen Rechtsgebieten und Ländern durchaus ähnlich. Konflikte entstünden vielmehr, weil die unterschiedlichen Grundrechtskataloge auch von unterschiedlichen Gerichten ausgelegt würden. Wenn unterschiedliche Juristen Texte auslegten, könne es auch zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, selbst wenn die Texte sehr ähnlich oder sogar identisch seien. Das werde dann als Konflikt zwischen europäischer und nationaler Ebene gesehen, obwohl sich bei genauer Betrachtung von mehreren möglichen und auf beiden Ebenen auch vertretenen Auslegungsvorschlägen auf der nationalen Ebene der eine, auf der europäischen der andere durchgesetzt habe.

Wenn trotz der Konkurrenz von Straßburg, Luxemburg und nationalen Gerichten die Grundrechtsarchitektur in Europa insgesamt bisher noch harmonisch geblieben sei, liege das daher auch an den beteiligten Gerichten. Wenn die nationalen Gerichte ihre nationalen Grundrechte auch mit Blick auf die internationalen Verbürgungen auslegten und umgekehrt die transnationalen Gerichte die Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten achteten, ließen sich Konflikte minimieren, und im Großen und Ganzen geschehe das. Ziel dieses Vortrags sei es, an dieser Aufgabe weiterzuarbeiten.

Der Referent wies darauf hin, dass Konflikte juristisch - nicht unbedingt politisch - von vornherein weniger brisant sind, wenn es um die klassische Abwehrdimension der Grundrechte im Staat-Bürger-Verhältnis geht. Auch hier würden die Auffassungen der Gerichte gelegentlich voneinander abweichen, also Straßburg zum Beispiel die Zwangsernährung im Unterschied zu Karlsruhe als Folter einstufen, oder Entschädigung gewähren, wo die nationalen Gerichte keine Enteignung erkennen könnten. In der Öffentlichkeit werde dies als Krieg der Gerichte wahrgenommen und kommentiert. Juristisch sei es jedoch kein Widerspruch, dass eine Maßnahme zwar die Europäische Menschenrechtskonvention, nicht aber das Grundgesetz verletzt (oder - häufiger - umgekehrt). Für den Bürger stelle die Vielfalt von Grundrechtskatalogen in dieser Dimension tatsächlich einen Vorteil dar: Er verliere zwar in einem Forum, gewinne aber im anderen - und ein einziger Sieg reiche in dieser Konstellation, um zumindest Entschädigung zu bekommen. Anders sei es - und die bekannteren der Konflikte fielen in diesen Bereich - bei multiplen Grundrechtskonflikten, wenn also auf beiden Seiten eines Konflikts Grundrechte zu beachten seien. Wenn das eine Gericht der Auffassung sei, das Grundrecht der Pressefreiheit verlange ein bestimmtes Ergebnis, und das andere Gericht der Ansicht sei, der Schutz der Privatsphäre verlange das Gegenteil, wie es bei den *Caroline von Monaco*-Fällen gewesen sei, oder wenn in einem Sorgerechtskonflikt das eine Gericht die Seite des Vaters und das andere Gericht die Seite der Mutter ergreife, wie es bei *Görgülü* gewesen sei, hätten wir einen nicht ganz so leicht auflösbaren Konflikt.

Im zweiten Teil seines Festvortrags befasste sich *Bryde* mit den Grundrechten der Arbeit. Er stellte fest, gerade die Gründe, mit denen man hinsichtlich eines befürchteten Grundrechtschaos ein wenig Entwarnung geben könne, müsse man allerdings für die für das Arbeitsleben wichtigen Grundrechte relativieren. Bei diesen Grundrechten fänden sich größere Unterschiede in den nationalen Grundrechtstraditionen. Man habe es fast immer mit multipolaren Grundrechtskonflikten zu tun. Das

heiße, unterschiedliche Entscheidungen führten nicht zu einer Grundrechtskumulation und einem Freiheitsgewinn, sondern der Gewinn für einen Grundrechtsträger sei regelmäßig ein Verlust für einen anderen, typischerweise Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Während der Kern der Freiheitsrechte heute nicht nur europaweit, sondern weltweit mit so großer Ähnlichkeit garantiert sei, dass ein afrikanischer Kollege auf einer Konferenz habe sagen können, dass es in der Verfassungsvergleichung kaum noch auf den genauen Wortlaut ankomme, den diese Rechte in den Grundrechtsartikeln einer Verfassung gefunden hätten, weil ohnehin ein internationaler Konsens über ihren Inhalt bestehe, gelte dies für die Grundrechte mit Wirtschafts- und Sozialbezug nicht in gleichem Maße. Obwohl zur gemeinsamen europäischen Verfassungstradition auch der Sozialstaat gehöre und der Lissabon-Vertrag dies in seiner Präambel durch die Bezugnahme auf die sozialen Grundrechte der Europäischen Sozialcharta und in Art. 3 Abs. 3 durch die Definition der angestrebten Marktwirtschaft als „sozial“ ausdrücklich festgeschrieben habe, seien die Art und das Ausmaß, in dem soziale Grundrechte und Arbeitnehmerrechte einerseits, aber auch Eigentum und Unternehmerfreiheit andererseits verfassungsfest garantiert seien, in den europäischen Verfassungen teilweise recht unterschiedlich. Dass Großbritannien und Polen gerade hinsichtlich des Solidaritäts-Kapitels der Grundrechtecharta einen Vorbehalt angemeldet und eine - in ihrer Reichweite allerdings unklare - Protokollnotiz durchgesetzt hätten, sei kein Zufall. Im Grundrechte-Konvent sei daher auch die Aufnahme zum Beispiel des Streikrechts äußerst umstritten gewesen, weil eine ganze Reihe von Mitgliedstaaten keine entsprechende Verfassungsgarantie gehabt habe, andere Mitgliedstaaten aber wegen ihrer eigenen Verfassungssituation keinesfalls auf die Aufnahme hätten verzichten wollen. Allerdings sei auch hier die Angleichung des Rechtsbestands der verschiedenen Ebenen schon ziemlich weit gediehen.

Der Referent ging zunächst auf Kollektivmaßnahmen näher ein. Zur Koalitionsfreiheit bemerkte er, dass diese als Teil der gemeinsamen Verfassungstradition zweifellos auch ein europäisches Grundrecht ist. Das werde in Art. 12 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union redundant durch zweimalige Betonung gerade der gewerkschaftlichen Aktivität bestätigt. Die Einbeziehung von Tarifautonomie und Streikrecht in den europäischen Grundrechtsschutz sei lange nicht im gleichen Maße sicher gewesen, sei heute jedoch jedenfalls im Grundsatz unbestritten. Hier habe Art. 28 der Charta eine eindeutige Klarstellung gebracht. Das Recht, Kollektivverhandlungen zu führen, sei als eigenes Grundrecht geschützt und der

EuGH habe dies bereits vor dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags anerkannt. Dass europarechtliche Rechtsakte daher auch an einem europarechtlichen Grundrecht der Tarifautonomie zu messen seien, dürfte Politikern, die europarechtlich Lohnzurückhaltung anordnen wollten, noch nicht richtig bewusst sein. Hinsichtlich des Arbeitskampfrechts sei in Art. 28 der Charta unter den kollektiven Maßnahmen zur Durchsetzung von Interessenkonflikten der Streik ausdrücklich genannt. Wie erwähnt, sei das einer der strittigeren Diskussionspunkte im Konvent gewesen. Das Streikrecht sei in den Entwurfsstadien mehrmals in den Text hinein und wieder heraus „gewandert“. Auch das Streikrecht sei als europäisches Grundrecht vom EuGH anerkannt worden.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) habe sowohl die Tarifautonomie als auch das Streikrecht der allgemeinen Garantie der Vereinigungsfreiheit entnommen, das Streikrecht auch unter Bezugnahme auf die Sozialcharta. Bemerkenswert an dieser Entwicklung sei die Bedeutung der Europäischen Sozialcharta, die an sich wegen ihres fehlenden gerichtlichen Schutzes ganz im Schatten der Europäischen Menschenrechtskonvention stehe und auch viel weniger umfassend ratifiziert sei, insbesondere in ihrer revidierten Form. Auch Deutschland habe die revidierte Europäische Sozialcharta ja unverständlicherweise zwar gezeichnet, aber immer noch nicht ratifiziert. In der Regierung gebe es wohl auch keine Pläne, das in absehbarer Zeit zu tun. Dadurch, dass die Europäische Sozialcharta eine der vom Grundrechte-Konvent systematisch herangezogenen Quellen gewesen und auch in Entscheidungen des EGMR und des EuGH herangezogen worden sei, habe sie eine deutliche rechtliche Aufwertung erfahren, was wohl weder der Praxis noch der Wissenschaft so richtig bewusst geworden sei.

Anschließend befasste sich *Bryde* mit dem grundrechtlichen Schutz im Individualarbeitsrecht. Auch hier kämen die wichtigsten Impulse aus Europa und auch insoweit sei die Aufwertung der Europäischen Sozialcharta durch die Grundrechtecharta von besonderer Bedeutung. In den nationalen Verfassungen werde dieses Thema sehr unterschiedlich aufgegriffen. Einige Verfassungen forderten gerechte oder angemessene Arbeitsbedingungen. Vereinzelt werde Kündigungsschutz ausdrücklich verfassungsrechtlich garantiert. Die meisten Verfassungen schwiegen jedoch. In Deutschland entnehme das Bundesverfassungsgericht der Berufsfreiheit Schutzpflichten für den Arbeitsplatz. Das sei eine Konstruktion, die der Konstitutionalisierung des einfachen Rechts seit *Lüth* geschuldet sei und von der man nicht unbedingt

erwarten könne, dass sie europaweit rezipiert werde. Die Regelung in der Grundrechtecharta sei ausdifferenzierter. Die Schutzdimension sei in einer eigenen Bestimmung über den Schutz von Arbeitnehmern vor ungerechtfertigter Entlassung (Art. 30) geregelt, sodass man den Schutz von Arbeitnehmern nicht argumentativ aus der Berufsfreiheit abzuleiten brauche.

Bahnbrechend haben nach Ansicht *Brydes* das Völkerrecht, nämlich die Rasediskriminierungskonvention und die Frauenkonvention, und vor allem das Europarecht bei der Durchsetzung der Drittwirkung von Diskriminierungsverboten gewirkt, die in den nationalen Verfassungsrechten lange bestritten gewesen sei. Mit dem Verbot der Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit und dem Gebot der Lohngleichheit von Mann und Frau seien Diskriminierungsverbote die ältesten grundrechtlichen Verbürgungen des Europarechts überhaupt. Inzwischen gelte ein generelles Diskriminierungsverbot aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung.

Der Referent wies darauf hin, dass trotz Annäherung der verschiedenen Ebenen Konfliktpotenzial bleibe. Dieses bestehe, wie bereits ausgeführt, insbesondere darin, dass man es fast regelmäßig mit multipolaren Konflikten zu tun habe, in denen sich jeweils rechtlich - auch grundrechtlich - geschützte Arbeitnehmerinteressen und Arbeitgeberinteressen gegenüberstünden. Der dogmatische Streit drehe sich daher in der Regel weniger um die Frage, ob entsprechende Rechte auf beiden Seiten existierten, als um deren Abwägung gegeneinander. Plastisch sei das bei den besonders strittigen Entscheidungen des EuGH zum Arbeitskampfrecht, *Viking* (oder *Rosella*) und *Laval*. In diesen Entscheidungen sei es um das Verhältnis von Grundfreiheiten (Niederlassungsfreiheit) und Streikrecht gegangen. Die Gewerkschaften hätten mit Streiks und Boykottaktionen in einem Fall das Ausflaggen, im anderen Fall die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer zu Dumpinglöhnen verhindern wollen. Das Gericht habe, wie zuvor auch schon die Generalanwälte, erstmals und zwar vor Inkrafttreten der Charta, aber mit Verweis unter anderem auch auf die noch gar nicht in allen Mitgliedstaaten ratifizierte revidierte Sozialcharta, einen grundrechtlichen Schutz des Streikrechts im Europarecht ausdrücklich festgestellt und zwar einschließlich des in nationalen Rechten durchaus strittigen Unterstützungstreiks. Da sich letztlich in den konkreten Fällen die Grundfreiheiten durchgesetzt hätten, seien die Entscheidungen weithin im Sinne eines generellen Vorrangs der Grundfreiheiten

gegenüber Arbeitnehmergrundrechten verstanden und kritisiert worden. Die Verteidiger der Entscheidungen seien demgegenüber davon ausgegangen, dass der EuGH Grundfreiheiten und Grundrechte ohne Vorrang eines der beiden nach dem Prinzip praktischer Konkordanz abgewogen und nur im konkreten Fall für eine Seite entschieden habe, ja nicht einmal endgültig, da er die Sache an die nationalen Gerichte zurückgegeben habe.

Bryde war der Meinung, in der Tat sei die praktische Konkordanz das angemessene dogmatische Instrument, wenn man überhaupt eine Drittwirkung der Grundfreiheiten annehme, wofür viel spreche, wobei man aber in der Anwendung vorsichtig sein müsse, da man damit wirtschaftliche Freiheitsrechte in Eingriffsbefugnisse verwandele. Allerdings finde man dieses Instrument in den Entscheidungen gerade nicht: Die Prüfung sei die einer Eingriffsprüfung in die Grundfreiheiten, bei der Arbeitnehmerinteressen nicht gleichgewichtig seien, sondern nur als schwach gezeichnete mögliche Rechtfertigungsgründe auftauchten. Das möge an der prozessualen Situation gelegen haben. Das Gericht sei nach einer möglichen Verletzung der Niederlassungsfreiheit gefragt worden, die Grundrechte seien dann auf der Rechtfertigungsebene aufgetaucht, was an sich noch nicht schlimm sei, aber zu einer gedanklichen Hierarchisierung führen könne, bei der der Angreifer in den Genuss eines „in dubio pro libertate“ komme. Diese Versuchung sei übrigens nicht auf das Europarecht beschränkt. Grundrechtskonflikte gerieten sehr leicht infolge der kanonischen Dominanz der *Pieroth/Schlinkschen*-Grundrechtsprüfung in eine unangemessene Eingriffsprüfung, bei der das Gefühl für die Gleichgewichtigkeit der beiden Grundrechtspositionen, zwischen denen ein Ausgleich hergestellt werden müsse, verloren gehe. Aber die etwas wohlwollende Rekonstruktion der Argumente des Gerichts durch den Präsidenten und die dienstälteste Generalanwältin - wie auch schon die Schlussanträge der Generalanwälte - sprächen doch dafür, dass die Zukunft in der Suche nach praktischer Konkordanz und nicht in einem Rangverhältnis liegen werde. Das Insistieren auf einer angemessenen Dogmatik für Grundrechtskonflikte im Arbeitsleben bleibe sowohl für das Europarecht wie das nationale Recht wichtig.

Im dritten Teil des Vortrags ging es um die Kompetenzwahrung als Beitrag der Gerichte. *Bryde* vertrat die Ansicht, wenn Konfliktpotenzial entsprechend seiner These weniger im Normenbestand liege, als in dem, was die beteiligten Gerichte daraus machten, dann sei es auch in erster Linie deren Aufgabe, Konflikte zu vermeiden. Das könnten sie am besten tun, wenn sie ihre Kompetenzen strikt einhielten. Den

meisten Konflikten, die in der letzten Zeit Aufmerksamkeit gefunden hätten, liege auch ein expansives Kompetenzverständnis der beteiligten Gerichte zugrunde. Der Zufall wolle es, dass er morgen in London an einer Podiumsdiskussion über das Konkurrenzverhältnis der europäischen Gerichte teilnehmen werde. Die Diskussion stehe unter dem Titel: „Who will be the ultimate guardian of human rights in Europe?“ Er werde dort sagen, dass er diese Suche nach einem höchsten Gericht innerhalb einer Hierarchie für verfehlt halte. Juristen neigten zu solchen Verabsolutierungen. Die Rechtslage in Europa werde dem jedoch nicht gerecht. Keines der beteiligten Gerichte sei das höchste, sie hätten alle ihre Kompetenzen, in deren Rahmen sie sich auch gegen die anderen durchsetzen könnten. Gleichzeitig seien sie jedoch auf diese Kompetenzen beschränkt und müssten die Kompetenzen der anderen achten. Es sei wichtig, die Regeln zur Abgrenzung der Zuständigkeiten, einschließlich von Zurückhaltungsgeboten wie „margin of appreciation“ oder „judicial restraint“ als Kompetenzschränken ernst zu nehmen. Die übliche Ausdrucksweise vom „Kooperationsverhältnis“ laufe Gefahr, das zu verschleiern, und die Lösung in einer Art „gentleman’s agreement“ der beteiligten Gerichte zu sehen, sich nicht zu sehr auf die Füße zu treten. Bei aller Bedeutung, die ein auch persönlich und kollegial gutes Verhältnis der Richterinnen und Richter in Europa habe, wäre das keine tragfähige Lösung. Vor allem zwischen dem Europarecht und dem nationalem Verfassungsrecht bräuchte es in der Theorie gar keine Konflikte zu geben. Die europäischen Grundrechte bänden die Unionsgewalt, die nationalen Grundrechte die nationale Hoheitsgewalt. Für die erste Frage sei der EuGH zuständig, für die zweite Frage die nationalen Gerichte.

Allerdings ist es, so *Bryde*, nicht ganz so einfach. Die nationalen Gerichte, insbesondere das Bundesverfassungsgericht, hätten eine Reservezuständigkeit für die Kontrolle europäischer Normen nie aufgegeben. Mit der *Solange*-Rechtsprechung habe das Bundesverfassungsgericht diese aber im Grundrechtsbereich so eingeschränkt, dass es nicht zu einem ernststen Konflikt zu kommen brauche. Das Lissabon-Urteil sei zunächst vielfach so gelesen worden, als ob das Gericht seine Kontrolle über Europarecht entscheidend ausweiten würde. Entsprechende Befürchtungen oder Hoffnungen seien durch den *Honeywell*-Beschluss widerlegt. Die Kontrolle von Ultra-vires-Akten sei auf absolute Extremfälle zurückgeführt worden. Das sah *Bryde* nicht als Schritt gerichtlicher Diplomatie oder gar Einknicken, wie es in der Presse vielfach dargestellt worden ist, sondern juristisch gut begründet. Wenn die Mitgliedstaaten einer internationalen Organisation die Rechtskontrolle einem ei-

genen Gericht anvertrauten, dann seien sie auch an dessen Entscheidungen gebunden und könnten nur in Extremfällen deren Unanwendbarkeit im nationalen Recht behaupten. Dass sich die nationalen Gerichte eine Reservezuständigkeit für solchen Extremfälle vorbehielten, zeige aber auch, dass die internationalen Gerichte den nationalen nicht einfach übergeordnet seien. Sie stünden unter einer Ultima-ratio-Kontrolle der nationalen Gerichte, die sie nicht zu sehr herausfordern dürften.

Der Referent wies darauf hin, dass die *Solange*-Rechtsprechung auch vom EGMR im Verhältnis zum EuGH übernommen worden ist. Der Gerichtshof habe nämlich die Vermutung aufgestellt, dass das Handeln eines Konventionsstaats mit den Grundrechten der Europäische Menschenrechtskonvention übereinstimme, wenn er bloß seine sich aus der Mitgliedschaft in einer internationalen Organisation ergebenden rechtlichen Verpflichtungen erfülle und diese einen der Europäische Menschenrechtskonvention grundsätzlich gleichwertigen Grundrechtsschutz gewährleisten. Für die Union habe der Gerichtshof dies ausdrücklich bejaht. Auch der EuGH argumentiere im Verhältnis zu den Vereinten Nationen im Fall *Kadi* ganz ähnlich. Allerdings habe die *Solange*-Rechtsprechung einen schwachen Punkt. Sie verlange gleichwertigen Grundrechtsschutz, messe aber dessen Vorliegen nur materiell. Man könnte auch argumentieren, dass ein gleichwertiger Grundrechtsschutz auch gleichwertige prozessuale Möglichkeiten des Grundrechtsträgers verlange. Der Zugang der Bürger zum Grundrechtsschutz durch den EuGH bleibe aber beschränkt. In Deutschland werde diese Lücke theoretisch dadurch gefüllt, dass die Vorlage zum EuGH über Art. 101 GG mit der Verfassungsbeschwerde erzwungen werden könne. Sehr effektiv sei dieser Weg jedoch nicht. Erfolgreiche Berufungen auf Art. 101 GG ließen sich mit der Lupe suchen.

Bryde hob hervor, die Pflicht zur Kompetenzwahrung sei besonders wichtig für die europäischen Gerichte. Vor allem das Verhältnis nationaler Gerichte zum EuGH werde atmosphärisch durch den Verdacht belastet, der EuGH nehme es mit der Achtung seiner Kompetenzschränken nicht zu ernst. Diese Kritik sei zwar teilweise überzogen und ignoriere Signale, die in die andere Richtung wiesen. Das Konfliktpotenzial im europäischen Grundrechtssystem würde aber enorm entlastet, wenn man in den Mitgliedstaaten zuverlässig den EuGH nicht nur als Motor der Integration, sondern auch als Schützer nationalen Rechts sehen könnte. Auch im bereits erwähnten *Viking*-Fall gebe der EuGH die Sache zwar an die finnischen Gerichte zurück, mache

aber zu viel detaillierte Vorgaben für die Anwendung des dem nationalen Recht vorbehaltenen Streikrechts.

Der EGMR stehe zwar zu den nationalen Gerichten insofern in einer Art gedanklichem Rangverhältnis, als er ihnen gegenüber Berufungsinstanz sei. Er werde angerufen, wenn der nationale Rechtsweg erschöpft sei, und könne dessen Ergebnis korrigieren. Aber auch er habe die Pflicht, durch Wahrung seiner Kompetenzschränken Konflikte zu vermeiden. Materiell geschehe dies durch die Gewährung einer angemessenen „margin of appreciation“ an die nationalen Instanzen, die, wie bereits betont, rechtlich in einem internationalen Menschenrechtssystem geboten, keine Gnade sei. Prozessual geschehe dies dadurch, dass der EGMR sich auf die Feststellung einer Rechtsverletzung und die Zuerkennung von Entschädigung zu beschränken habe. In einem der spektakulärsten Konfliktfälle, dem *Görgülü*-Fall, habe der EGMR das nicht getan. Er habe im Sorgerechtskonflikt des Herrn *Görgülü* mit guten Gründen festgestellt, dass die deutschen Gerichte dessen Elternrecht verletzt hätten. Darüber hinaus habe er aber verlangt, dass dem Beschwerdeführer der Umgang mit seinem Kind ermöglicht werden müsse. Mit dieser Aussage habe sich der EGMR übernommen, entgegen einem in der Folgediskussion erweckten Eindruck nicht deshalb, weil er die Zurückhaltung eines internationalen Gerichts gegenüber der nationalen Rechtsordnung verfehlt habe, sondern es gehe um die Zurückhaltung des Menschenrechtsrichters gegenüber dem Tatrichter, wie sie das nationale Verfassungsgericht genauso üben müsse. Wenn das Ausgangsgericht Rechte eines Beteiligten verletze, habe das Verfassungsgericht oder das internationale Menschenrechtsgericht das festzustellen und je nach Kompetenz die beanstandete Entscheidung aufzuheben oder eine Entschädigung zuzusprechen. Es könne den Fachrichter in aller Regel aber nicht anweisen, wie er letztlich zu entscheiden habe. In Deutschland sei die Rangfrage zwischen dem EGMR und dem Verfassungsgericht noch offener als in anderen Staaten, weil die Bundesrepublik eine sogenannte dualistische Sicht des Verhältnisses von Völkerrecht und nationalem Recht habe und die Europäische Menschenrechtskonvention als einfaches Recht gelte. Das könne zur Situation führen, dass die völkerrechtliche Verpflichtung der Bundesrepublik und Verfassungsrecht in Konflikt kämen. Darauf, dass das theoretisch möglich sei, habe das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zur Sicherheitsverwahrung nochmals hingewiesen, aber auch den Weg aufgezeigt, wie dieser Konflikt so weit wie möglich vermieden werden könne, nämlich durch eine interpretatorische Integration der Europäi-

schen Menschenrechtskonvention und der Entscheidungen des EGMR in das Recht der Bundesrepublik, soweit dies methodisch möglich sei.

Bryde sprach sich im vierten Teil seines Festvortrags für einen „erwachsenen Umgang“ mit europäischen Urteilen aus. Auch wenn alle Beteiligten ihre Kompetenzgrenzen wahrten, werde es zu unterschiedlichen Urteilen und Konflikten kommen und man werde mit Urteilen europäischer Gerichte konfrontiert sein, die einem nicht gefielen. Sein Plädoyer sei, in einem solchen Fall Urteile europäischer Gerichte nicht anders zu behandeln als die nationaler Gerichte. Gerichtsurteile könnten richtig oder falsch sein und günstig oder ungünstig für die eigenen Interessen. Damit müsse man sich im Rechtsstaat abfinden. Es gebe Strategien dafür, wie man mit Niederlagen umgehen und die Folgen kompensieren könne. Das sei uns allen geläufig, wenn wir uns über ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts oder des Bundesverfassungsgerichts geärgert hätten. Im Verhältnis zu den europäischen Gerichten werde hingegen viel zu schnell und routinemäßig unter Berufung auf nationale Souveränität zu Ungehorsam aufgerufen. Dabei werde ebenfalls sehr schnell grob vereinfachend ein Gegensatz zwischen einer europäischen und einer nationalen juristischen Sicht aufgebaut, der so überhaupt nicht existiere. Wenn ein europäisches Gericht zum Beispiel von der Auffassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts abweiche, sei dessen Entscheidung in aller Regel auch in Deutschland hoch umstritten gewesen, gelegentlich - durch „dissenting opinions“ ausgewiesen - im Gericht selbst. Auch auf der europäischen Ebene seien die Meinungen häufig geteilt. Beim EGMR könnten wir das wiederum in abweichenden Meinungen nachlesen, beim EuGH gehe das leider, und er glaube, dass das dem EuGH inzwischen mehr schade als nütze, wegen des wenig diskursiven Urteilsstils und des Fehlens der „dissenting opinion“ nicht. Jedoch könnten wir auch hier zum Beispiel den Schlussanträgen der Generalanwälte entnehmen, dass wir es in Luxemburg nicht mit einem monolithischen Block zu tun haben. Anders als immer wieder unterstellt, gehe es also in aller Regel nicht um eine Verkennung deutscher Grundrechtsstandards durch ein europäisches Gericht, sondern um Grundrechtsauslegungen, die auf beiden Ebenen strittig seien und bei denen sich in einem Forum die eine und im anderen die andere Auslegung durchgesetzt habe.

Als wichtigstes Kontrollmittel gegen Urteile, die man für falsch hält, nannte *Bryde* die Kritik. Kritik sei ein wichtiges, von Juristen in seiner Effektivität oft unterschätztes Kontrollmittel für höchste Gerichte, bei denen wegen der richterlichen Unabhängigkeit andere Kontrollmittel fehlten. Man könne nicht sagen, dass die europäi-

schen Gerichte nicht bereit wären, Kritik ernst zu nehmen. Ob sie dabei so gehorsam sein sollten, wie die Große Kammer des EGMR, die mit der Korrektur der *Kruzifix*-Entscheidung auf einen Proteststurm reagiert habe, möge man bezweifeln. Dass fundierte Kritik aus den Mitgliedstaaten den europäischen Gerichten das deutlich mache, wenn diese problematische Wege einschlugen, sei aber wichtig. Die europäischen Gerichte seien nicht kritikresistent. Der EuGH habe seine sehr weitgehenden Aussagen in *Mangold* längst in *Palacios* relativiert, als die Kritiker mit Nähe zu den Unternehmern immer noch zum Aufstand aufgerufen hätten. Und hinsichtlich der von Gewerkschaftlern ähnlich polemisch gesehenen Fälle *Laval* und *Viking* sei es immerhin bemerkenswert, dass die beiden ranghöchsten Mitglieder des Gerichts, der Präsident und die dienstälteste Generalanwältin, zur Feder gegriffen hätten, um diese Entscheidungen zu verteidigen, sie dabei aber auch subtil reinterpretiert und durchaus selbstkritisch eine gewisse Kurzschlüssigkeit der Begründung zugestanden hätten.

Weil Kritik so wichtig sei, so *Bryde*, habe ihn die *Honeywell*-Entscheidung, die den Anspruch des Bundesverfassungsgerichts auf eine Ultra-vires-Kontrolle auf eine Ultima-ratio-Position zurückgenommen habe, nicht nur in der Sache überzeugt, sondern auch deshalb gefreut, weil er Urteile des EuGH jetzt wieder frei kritisieren könne. Nach dem Lissabon-Urteil habe er folgendes kontraproduktives Szenarium für wahrscheinlich gehalten: Da jede Kritik an einem Urteil des EuGH als Aufforderung verstanden werden musste, es als ausbrechenden Rechtsakt vor das Bundesverfassungsgericht zu bringen, war zu erwarten, dass sich die deutsche Europarechtswissenschaft aus Loyalität dem europäischen Rechtssystem gegenüber und aus Angst vor dem europäischen Verfassungskonflikt mit Kritik an Entscheidungen des EuGH extrem zurückhält, wozu sie ohnehin etwas neigt. Damit wäre der korrekte und fruchtbarste Weg, Fehlentwicklungen in der europäischen Rechtsprechung zu korrigieren, erschwert gewesen.

Zu einem juristischen Umgang mit europäischen Entscheidungen, die man für falsch hält, gehört nach Ansicht *Brydes* auch, dass man die Spielräume ausschöpft, die Einzelfallentscheidungen lassen, um mit neuer Begründung die für richtig gehaltenen Überzeugungen doch noch durchzusetzen. Man sollte nicht übersehen, dass die Gerichte in Straßburg und Luxemburg keine monolithischen Blöcke seien, sondern Institutionen mit einer großen Richterzahl, die in relativ kleinen Spruchkörpern entschieden, sodass eine Entscheidung nicht das letzte Wort sein müsse. Man sei

kein schlechter Europäer, wenn man unter diesen Umständen im Ausnahmefall auch einmal eine zweite Vorlage mache oder sich um eine erneute Entscheidung bemühe. Dem Bürger seien ja neue Klagen und Menschenrechtsbeschwerden in bereits entschiedenen Fragen ohnehin nicht verwehrt, er müsse sich halt nur mit einer hohen Wahrscheinlichkeit mit einer neuen Niederlage abfinden.

Abschließend bemerkte *Bryde*, sein Beitrag zum Umgang mit der komplexen Grundrechtsarchitektur in Europa und den daraus erwachsenden Schwierigkeiten ziele vor allem auf Entdramatisierung, sei netwegen auch auf Banalisierung. Er plädiere für einen juristischen und nicht nationalistischen Umgang mit den Urteilen europäischer Gerichte. Bei Divergenzen gehe es in aller Regel nicht um den Zusammenstoß der deutschen mit einer fremden Rechtskultur, sondern darum, dass sich eine auch in Deutschland vertretene, aber unterlegene Position in einem anderen Forum durchgesetzt habe. Urteile des EGMR und des EuGH sollten genauso ernst genommen werden wie die von deutschen höchsten Gerichten (dies an die Euro-skeptiker), aber auch nicht ernster (dies an die Europhilen).

Präsidentin *Gräfl* dankte als Tagungsleiterin dem Referenten für den mit außerordentlich großem Beifall aufgenommenen Festvortrag, bevor sie gegen 12:00 Uhr die Teilnehmer in die Mittagspause entließ.

Referate zum Thema „Sachgrundbefristungen in der betrieblichen Praxis“

Nach der Mittagspause wurde die Tagung gegen 13:30 Uhr mit Referaten zum Thema „Sachgrundbefristungen in der betrieblichen Praxis“ fortgesetzt.

Zunächst befasste sich der Leiter der Rechtsabteilungen der Vereinigung der hessischen Unternehmerverbände e. V. und des Verbandes der Metall- und Elektro-Unternehmen Hessen e. V. *Dr. Franz-Josef Rose*, zugleich Fachanwalt für Arbeitsrecht und Lehrbeauftragter an der TU Darmstadt, mit dem Befristungsrecht des Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz - TzBfG), insbesondere dem in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG geregelten Befristungsgrund „Beschäftigung zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers“.

Einleitend bemerkte *Rose*, das Recht der sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG sei dank der Rechtsprechung des Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts zwar immer noch schwierig, aber dennoch als relativ konsistent in der Bedeutung von „stimmig“ zu bezeichnen. Dies habe bislang auch für die Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG gegolten. Mit *Bauer* könne man zwar die Rechts-

lage immer noch als problematisch bezeichnen, das Befristungsrecht sei jedoch immer eine Materie des klugen Rechtsanwenders gewesen und geblieben. Die Erfüllung von Tatbestandsmerkmalen, ferner die Einhaltung bestimmter Formerfordernisse hätten „Befristungsschnellschüssen“ immer im Weg gestanden. Der Referent griff das von *Bauer* gebrauchte Wort des „Minenfeldes“ auf und vertrat die Ansicht, dieses werde langsam geräumt. Allerdings habe er bewusst die Vergangenheitsform verwendet, als er von der Rechtsprechung des Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts zur Sachgrundbefristung gesprochen habe. Dies hänge vor allem mit der Vorlageentscheidung des Siebten Senats vom 17. November 2010 (-7 AZR 443/09 -) zusammen. Inhaltlich bitte der Siebte Senat den EuGH um die Beantwortung der Frage, ob auch die wiederholte Befristung mit Gemeinschaftsrecht vereinbar sei. Damit sei die bisherige Rechtsprechung zur Sachgrundbefristung mit insgesamt drei Vorlagen zur Überprüfung durch den EuGH gestellt. Inhaltlich sei stets die Justizverwaltung in Nordrhein-Westfalen betroffen.

Rose ging anschließend auf die den Vorlageentscheidungen des Landesarbeitsgerichts Köln vom 13. April 2010 und des Bundesarbeitsgerichts vom 27. Oktober 2010 sowie vom 17. November 2010 zugrunde liegenden Sachverhalte ein und nannte die dem EuGH von den vorlegenden Gerichten jeweils gestellten Fragen. Mit der Vorlage des Siebten Senats vom 27. Oktober 2010 befasste er sich allerdings nicht näher, weil die in der Vorlageentscheidung gestellten Fragen vom EuGH nicht mehr beantwortet werden müssen, nachdem die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben.

Danach behandelte der Referent mit die bisherige Rechtsprechung zur Vertretungsbefristung. Die Befristung eines Arbeitsvertrags zur Vertretung sei nur ein möglicher Sachgrund im Rahmen des § 14 Abs. 1 TzBfG. Das Gesetz definiere zulässige Sachgründe nicht, sondern beschränke sich vielmehr darauf, im Rahmen einer Aufzählung Beispielfälle einer zulässigen Befristung zu nennen. Inhaltlich handele es sich damit um eine nicht abschließende Aufzählung. Weitere Sachgründe könnten die Befristung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigen.

Rose wies darauf hin, dass das Bundesarbeitsgericht bei der wiederholten Vertretungsbefristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG eine Prüfungsreihenfolge vorgegeben habe. Danach sei zunächst das Vorliegen eines Vertretungsfalls zu prüfen. Der Vertretungsfall liege nach der Gesetzesbegründung dann vor, wenn durch den zeitweiligen Ausfall eines Arbeitnehmers ein vorübergehender Bedarf an der Be-

schäftigung eines anderen Arbeitnehmers entstehe. Die Gründe für den Ausfall des zu vertretenden Arbeitnehmers könnten z. B. darin liegen, dass der Arbeitnehmer mittel- oder längerfristig erkrankt sei, sich in einem längeren bezahlten oder unbezahlten Urlaub befinde oder an einer Fortbildungsmaßnahme teilnehme. Der Hauptfall der Vertretung finde „rund um den Nachwuchs“ statt. Sowohl für schwangere Arbeitnehmerinnen während der Mutterschutzphase als auch für Mütter und Väter, die gleich nach der Geburt oder zu einem späteren Zeitpunkt Elternzeit in Anspruch nehmen würden, könnte ein Vertretungsfall vereinbart werden. Im Fall der Elternzeit müsse allerdings nicht auf das TzBfG zur Rechtfertigung zurückgegriffen werden, da insoweit § 21 BEEG die speziellere Norm sei. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts erfordere die Vertretung als Grund der Befristung eine Prognose, die der Arbeitgeber bezüglich der Rückkehr des zu vertretenden Arbeitnehmers treffen müsse. Vor allem müsse er das Ende des Vertretungsfalls von vornherein planen und vertraglich fixieren. Nach § 15 Abs. 1 TzBfG sei dies durch kalendermäßige Befristung möglich oder nach § 15 Abs. 2 TzBfG durch Fixierung der angestrebten Zweckerreichung.

Anschließend befasste sich *Rose* mit dem notwendigen Kausalzusammenhang zwischen Ausfall und Vertretung. Der Sachgrund der Vertretung liege vor, wenn der befristet zur Vertretung eingestellte Arbeitnehmer den vorübergehend ausfallenden Kollegen vertrete. Die Durchführung der vertraglich geschuldeten Tätigkeiten müsse auf den Vertreter übergegangen sein. Bei identischer Tätigkeit sei das Vorliegen einer unmittelbaren Kausalität der Vertretung zu bejahen. Notwendig sei eine solche unmittelbare Kausalität jedoch nicht. Der Vertreter könne vielmehr auch andere Aufgaben wahrnehmen. Im Zweifel müsse der Arbeitgeber aber nachweisen können, dass die Beschäftigung des Vertreters wegen des Arbeitskräftebedarfs erfolge, der mit dem Ausfall des zu vertretenden Arbeitnehmers eingetreten sei. In diesen Fällen liege ein Fall der mittelbaren Kausalität vor. Dem Vertreter würden zwar andere Aufgaben zugewiesen, im Ergebnis finde gleichsam ein Ringtausch oder eine Vertretungskette statt. Auch die Umsetzungs- oder Versetzungsbefugnis des Arbeitgebers könne dazu führen, dass der Vertreter nicht die Arbeiten durchführe, die der Vertretene zuvor erledigt habe. In diesen Fällen erledige der Vertreter die Aufgaben, die der Vertretene bei identischer Anweisung auch hätte durchführen müssen. Erst dann, wenn der Arbeitgeber sein auf § 106 GewO beruhendes Direktionsrecht überschreite, könne ein Fall der unzulässigen Vertretung vorliegen, der einen unbefriste-

ten Vertrag zur Folge habe. Das Bundesarbeitsgericht fordere in diesem Zusammenhang, dass der Arbeitgeber dem Vertreter die Aufgabe des zu vertretenden Arbeitnehmers so zuordne, dass die Vertretung klar erkennbar werde.

Rose führte weiter aus, dass nach der bislang ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch die wiederholte Befristung aufeinanderfolgender Arbeitsverträge möglich sei, z. B. dann, wenn die Vertretung eines Arbeitnehmers mehrfach, unter Umständen aus verschiedenen Gründen, notwendig sei oder wenn die Vertretung für verschiedene Arbeitnehmer erfolge, die ihrerseits zeitlich befristet an der Arbeitsleistung gehindert seien. Bei mehreren aufeinanderfolgenden Befristungen unterliege nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nur der letzte Vertrag der Befristungskontrolle. Nur insoweit würden das Vorliegen des Vertretungsfalls und die Kausalität der Arbeitsbeziehung geprüft. Gleiches gelte für die Einhaltung des notwendigen Formerfordernisses nach § 14 Abs. 4 TzBfG, wonach zwingend die Schriftform nach § 126 BGB einzuhalten sei. Eine Überprüfung der Verträge der Vergangenheit finde schon aus Rechtsgründen nicht statt. Denn die Pflicht, die Entfristung im Klageweg nach § 17 TzBfG geltend zu machen, gelte für jeden befristeten Vertrag und nicht nur für den letzten. Dies bedeute, dass für jeden Vertrag isoliert geprüft werde, ob die Klagfrist eingehalten sei. Sei die Frist des § 17 Satz 1 TzBfG versäumt, gelte die Befristung im Wege einer Fiktion gemäß § 17 Satz 2 TzBfG i. V. m. § 7 KSchG als rechtswirksam. Hinzu komme ein weiterer Rechtsaspekt. Durch den Abschluss des neuen Vertrags wollten die Parteien ihr Rechtsverhältnis auf eine neue Grundlage stellen und damit auch alte Verträge einvernehmlich durch Aufhebung beenden. Etwas anderes gelte nur dann, wenn die Parteien ausdrücklich oder durch Klageerhebung konkludent einen Vorbehalt vereinbart hätten. Allerdings ende ein Vorbehalt, der nicht in eine Klage eingemündet sei, nach Ablauf der Frist des § 17 Satz 1 TzBfG automatisch. Eine nachträgliche Zulassung gemäß § 17 Satz 2 i. V. m. § 5 KSchG werde in diesen Fällen von der Rechtsprechung ausgeschlossen. Auch die mehrfache Vertretung, also der Abschluss einer größeren Anzahl von Verträgen, hätte nach der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts nicht dazu geführt, an die Prüfung, ob ein Sachgrund vorliege, strenge Anforderungen zu stellen. Die Prüfung entspreche demselben Maßstab wie bei der Erstbefristung. Die Anzahl zuvor geschlossener Befristungsverträge sei im Ergebnis unerheblich.

Nach diesen Ausführungen zur Zulässigkeit wiederholter und langjähriger Befristungen widmete sich *Rose* den europarechtlichen Vorschriften und ging dabei vor

allem auf die Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (im Folgenden: Richtlinie) ein. Diese Richtlinie sei der europarechtliche Maßstab zur Prüfung des deutschen Befristungsrechts. Mit ihr sei die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (im Folgenden: Rahmenvereinbarung), die der Europäische Gewerkschaftsbund, der Europäische Arbeitgeberverband und der Europäische Zentralverband der Wirtschaft ausgehandelt hätten, umgesetzt worden. Den einzelnen Paragraphen der Rahmenvereinbarung seien allgemeine Erwägungen vorangestellt, die den Sinn und Zweck der Regelung verdeutlichten. Danach diene die Möglichkeit, befristete Verträge zu schließen, der Flexibilität der Arbeitszeit. Gleichzeitig sollten die Arbeitnehmer geschützt werden. Dies werde insbesondere an zwei Punkten deutlich. In § 4 der Rahmenvereinbarung sei der Schutz der befristet beschäftigten Arbeitnehmer vor diskriminierenden Befristungen niedergelegt. Deziert sei in § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung der Schutz vor Missbrauch in Form von Kettenbefristungen verankert. Die Mitgliedstaaten oder die Sozialpartner müssten zur Verhinderung eine oder mehrere der nachfolgenden Regeln erstellen. Dies seien Regeln, die das Vorliegen legitimierender Gründe für eine Verlängerung oder weitere Befristung, eine maximal zulässige Zeitdauer und eine Begrenzung der Anzahl der Befristungen vorschrieben. Das Befristungsrecht des TzBfG und die den Normtext ausfüllende Rechtsprechung seien folglich gehalten, die materiellen Vorgaben der Rahmenvereinbarung zum Schutz vor Missbrauch zu erfüllen. Unter das Schutzniveau der Richtlinie dürfe das deutsche Befristungsrecht auch bei der Vertretungsbefristung nicht zurücktreten.

Die Regelung der sachgrundlosen Befristung, so *Rose*, erfülle diese Vorgaben. Sie orientiere sich an den Vorgaben des § 5 Nr. 1 Buchst. b und c der Rahmenvereinbarung. § 14 Abs. 2 TzBfG sehe vor, dass ein Arbeitsvertrag, der die Tätigkeit eines Arbeitnehmers für den Arbeitgeber zeitlich befristet, bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig sei und maximal dreimal verlängert werden könne. Die Befristung ohne Sachgrund sei daher zeitlich an enge Grenzen gebunden. Da nach der Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber die Ausfüllung der Norm obliege und dieser nach § 5 der Rahmenvereinbarung auch regeln dürfe, was zum Schutz vor Missbrauch getan werden müsse, habe der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts - stellvertretend für den Gesetzgeber - in seiner Entscheidung vom 6. April 2011 in Einklang mit § 5 der Rahmenvereinbarung weise vom Verbot jeglicher Vorbeschäfti-

gung abgesehen und die erneute Zeitbefristung nach Ablauf von drei Jahren zugelassen.

Als offenkundige und richtlinienkonforme Zielsetzung des deutschen Gesetzgebers nannte *Rose*, das Abweichen vom unbefristeten Vertrag an Voraussetzungen zu knüpfen. Die Sachgrundbefristung belege deutlich, dass gerade keine zeitliche oder begrenzte Anzahl von Wiederholungen gewollt gewesen sei, sondern eine innere Legitimation, die sich aus einer Begründung für das Abweichen vom unbefristeten Vertrag ergeben müsse. Der Gesetzgeber habe in § 14 Abs. 1 TzBfG eine Richtschnur an notwendiger Intensität des Sachgrundes vorgegeben, die aber auch klar erkennen lasse, dass daneben für die Dauer oder die Begrenzung der Anzahl von Verlängerungen keine Schranken bestünden. Mit dem Siebten Senat des Bundesarbeitsgerichts bleibe zu fragen, ob aus dem rechtlichen Gehalt der Richtlinie eine Begrenzung der wiederholten Befristung im Vertretungsfall geboten sei. Rechtskonstruktiv seien vor allem drei inhaltliche Schranken denkbar, die zum Teil in der Rahmenvereinbarung verankert seien. So könnte die Anzahl der hintereinander geschalteten Befristungen beschränkt werden. Dies würde bedeuten, dass ohne Unterbrechung mit einem Arbeitnehmer z. B. nur eine bestimmte Anzahl entsprechender Verträge geschlossen werden dürfe. Bei einer Unterbrechung - das Bundesarbeitsgericht habe richtungsweisend von drei Jahren gesprochen - laufe die Anzahl von vorn. Diese Form der Begrenzung wäre unabhängig von der jeweils inhaltlichen Länge. Auch die Gesamtdauer der ununterbrochenen, aber hintereinander geschalteten Befristungen könnte beschränkt werden. Wie vom Landesarbeitsgericht Köln vorgeschlagen, könnte aber auch eine steigende Anforderung an den notwendigen Befristungsgrund gestellt werden. So könnte bei Befristungen wegen Vertretung irgendwann nur noch § 21 BEEG, also die Elternzeitvertretung, als Grundlage dienen.

Rose warf die Frage auf, ob der nach der deutschen Rechtsprechung gesetzte Rechtsrahmen dem Inhalt der Richtlinie bzw. der ihr zugrunde liegenden Rahmenvereinbarung widerspricht. Anknüpfungspunkt könnte der Wortlaut sein oder der Sinn und Zweck der Regelung, der aus den normativen Vorgaben zu schließen sei. Wichtige Aussagen zu hintereinander geschalteten Befristungen aus Gründen der Vertretung von Arbeitnehmern seien der Präambel und den Erwägungen der Rahmenvereinbarung zu entnehmen. Danach sei der Grundtypus eines Arbeitsvertrags ein unbefristeter. Demgegenüber werde aus Gründen der Flexibilität die Notwendigkeit der Regelung von Befristungen ausdrücklich als zulässig erwähnt. Für die Abwägung der

betroffenen Rechtsgüter gebe der Wortlaut eine Lösung vor. Danach reiche es zur Vermeidung von Missbrauch aus, wenn eine der in § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung genannten Maßnahmen durch den nationalen Gesetzgeber ergriffen worden sei. Es könnten mehrere ergriffen werden, müssten es aber nicht. Im Falle der hintereinander geschalteten Befristungen sei dies nach der Regelung des TzBfG das Bestehen eines sachlichen Grundes nach § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung. Der deutsche Gesetzgeber habe sich am Wortlaut orientiert und richtlinienkonform verhalten. Der Wortlaut der Rahmenvereinbarung gebiete daher keine einschränkende Zulässigkeit dieser Form der Befristung. Allerdings könnte sich die Zulässigkeit von Befristungen mit Sachgrund gemäß dem Sinn und Zweck der Richtlinie dahin verengen, dass zum Schutz der Arbeitnehmer auch die Voraussetzungen nach § 5 Nr. 1 Buchst. b und c der Rahmenvereinbarung zur Anwendung kommen müssten. Dann wäre das Recht, hintereinander befristet beschäftigen zu können, rechtskonstruktiv eine Mischung aus § 14 Abs. 1 und Abs. 2 TzBfG. Ergänzend könnte an sich inhaltlich steigernde Begründungsanforderungen gedacht werden. Dies unterstellt, müsste dann aber die Anzahl der Wiederholungen und auch die Höchstdauer deutlich über § 14 Abs. 2 TzBfG hinausgehen. Wenn schon ohne Sachgrund mit Grundvertrag und drei Verlängerungen vier Verträge möglich seien und eine Höchstgrenze von zwei Jahren vorgesehen sei, müsste die kumulative Anwendung aller Voraussetzungen von § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung beim Vorliegen eines Sachgrundes zu deutlich größeren Befristungsmöglichkeiten führen. Dies gelte insbesondere dann, wenn der Vertretungsgrund in § 21 BEEG verankert sei. Die Vorlage des Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts lasse erkennen, dass dieser offensichtlich ähnlich denke.

Rose fragte sich, ob wir ergänzende Beschränkungen und/oder intensivere Befristungsgründe - wie vom Landesarbeitsgericht Köln gefordert - überhaupt brauchen und ob Sinn und Zweck der Rahmenvereinbarung die angedeutete Verbindung von § 14 Abs. 1 und Abs. 2 TzBfG verlangen. Hintereinander geschaltete Befristungen böten unstreitig nicht die Sicherheit, die ein unbefristeter Vertrag biete. Dies sei als Nachteil zulasten des betroffenen Arbeitnehmers festzustellen. Diesem Nachteil stünden aber eine Reihe von Vorteilen gegenüber, die letztlich auch für den Vertreter selbst gelten würden. Die Anbindung dieses Arbeitnehmers an das Unternehmen wachse mit jeder Befristung, folglich mit zunehmender Zeitdauer. Demgegenüber bedeute jede Beschränkung die Gefahr des Verlustes der Beschäftigung. Dies gelte

insbesondere bei geringer Qualifikation oder einfacher Austauschbarkeit der betroffenen Arbeitnehmer. Nur „High Potentials“ hätten eine Chance auf Übernahme in ein unbefristetes Vertragsverhältnis, wenn der Arbeitgeber vor die Wahl gestellt werde, bei fehlender Anschlussbefristung den Arbeitnehmer unbefristet zu beschäftigen oder zu entlassen. Auch der vertretene Arbeitnehmer habe Vorteile. Er könne sich - aus welchen Gründen auch immer - rechtssicher eine Auszeit nehmen. Angst, den Arbeitsplatz verlieren zu können, existiere nicht. Anders wäre der Fall zu lösen, wenn z. B. eine Arbeitnehmerin nach zweijähriger Beschäftigung schwanger werde und in Elternzeit gehe. Müsste der Vertrag einer sechsjährig wiederholt befristeten Vertretung entfristet werden, könnte der vertretenen Kraft die betriebsbedingte Kündigung drohen. Letztlich sei die Befristungsmöglichkeit für den Arbeitgeber von Vorteil. Sie biete ein hohes Maß an Flexibilität und vor allem an Rechtssicherheit.

Auch der EuGH, so *Rose*, habe sich in seinen Entscheidungen vom 4. Juli 2006 und vom 23. April 2009 mit der aus der Rahmenvereinbarung vorgegebenen Abwägung befasst. Inhaltlich werde festgelegt, wo die notwendige Flexibilität zugunsten der Arbeitgeber aufhöre und wo Missbrauch zulasten der Arbeitnehmer beginne. In dem Urteil vom 4. Juli 2006 (- C-212/04 -) werde gefordert, dass jede nationale Regelung den in der Richtlinie niedergelegten legitimierenden Grund weiter präzisieren müsse. In dem vom EuGH beurteilten Sachverhalt sei im Rahmen einer nationalen Regelung als Grenze der Befristung lediglich eine Frist von 20 Tagen zwischen zwei Verträgen gesetzt worden. Dies habe der EuGH zu Recht als nicht vereinbar mit der Richtlinie angesehen und einen entsprechend präzise gefassten Sachgrund für die Befristung gefordert. In dem Urteil vom 23. April 2009 (- C-378/07 -) lege der EuGH klar, dass die Grenze der Zulässigkeit hintereinander geschalteter Befristungen dann erreicht sei, wenn für die Vertretung „ständig und dauernd“ Bedarf existiere. Auf diese Grenze beziehe sich das Bundesarbeitsgericht in den Vorlagen. Dabei scheine es jedoch die „Dauer-“ bzw. die „ständige Vertretung“ mit einer langjährigen Vertretung zu verwechseln. Nur Teile eines Arbeitslebens erfüllten das vom EuGH vorgegebene Merkmal nicht. Das Merkmal der „ständigen Vertretung“ könne nur bei Personen eintreten, die auf Dauer, also nie mehr ihren Arbeitsbereich ausfüllen könnten. Hier sei z. B. an schwere Krankheiten zu denken. In den vom Bundesarbeitsgericht zu beurteilenden Fällen hätten zwar Vertretungsbedürfnisse von über zehn Jahren vorgelegen. Dies entspreche aber schon dem Wortlaut nach keiner ständigen oder dauernden Vertretung.

Als Fazit hielt *Rose* fest, weder der Wortlaut noch Sinn und Zweck der Richtlinie begründeten für das Bundesarbeitsgericht unter Beachtung von Gemeinschaftsrecht die Notwendigkeit, von der bisherigen Rechtsprechung zur wiederholten Befristung zur Vertretung von Arbeitnehmern abzuweichen. Die notwendige Abwägung zwischen Sicherheit und Flexibilität sei anhand der aufgezeigten Vorteile für alle Beteiligten zu lösen. Das Wort „prekär“ sei nicht angebracht, eher das von einer „Win-win-Situation“. Die Grenze in Form des Missbrauchs sei erst dann erreicht, wenn prognostizierbar und auf Dauer des Arbeitslebens sich eine Vertretungsnotwendigkeit ergebe. Für kürzere Vertretungen - auch wenn sie wiederholt vorkämen - präzisiere § 14 Abs. 1 Nr. 3 TzBfG insoweit den Legitimationsgrund aus § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung. Daher könne der EuGH im Ergebnis die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nur als konform mit der Richtlinie erklären. Darüber hinaus bestehe in unserer Rechtsordnung ausreichender Schutz vor Missbrauch. So gölten die allgemeinen Grenzen zulässigen Handelns, also das Verbot der sittenwidrigen Schädigung nach § 134 BGB, des unzulässigen Verstoßes gegen das Gebot von Treu und Glauben nach § 242 BGB oder das Diskriminierungsverbot nach dem AGG. Liege ein entsprechender Verstoß vor, benötige man zur Bewertung einer Befristung als unzulässig keinen EuGH. Nationales Recht sei ausreichend in der Lage, die entsprechende Frage zu beantworten. Im Ergebnis hätte der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts die Zulässigkeit wiederholter Befristungen positiv anhand der eigenen europarechtskonformen Rechtsprechung entscheiden können. Demgegenüber wäre es möglich gewesen, die ständige Rechtsprechung zu ändern und die inhaltlichen Anforderungen zu verschärfen. Dies allerdings ohne Not, denn Sinn und Zweck des Befristungsrechts und vor allem die Richtlinie würden - wie gezeigt - ein solches Tun nicht gebieten. Folglich bleibe die Frage, warum das Bundesarbeitsgericht die Fragen dem EuGH zur Prüfung vorgelegt habe. Der notwendige Mut sei vorhanden. Er, *so Rose*, könne sich ein bescheidenes Urteil erlauben, da er selbst - allerdings an dieser Entscheidung nicht beteiligt - ehrenamtlicher Richter im Siebten Senat des Bundesarbeitsgerichts sei. Wolle man etwa die Vorlagen nicht mehr nur den Instanzgerichten überlassen? Dies werfe die Frage auf, ob es nicht besser wäre, die europäischen Rechtsvorgaben so zu ändern, dass nur die obersten nationalen Gerichte eines Mitgliedstaates den EuGH anrufen dürfen. Dies wäre auch für den Bereich des Arbeitsrechts von Vorteil und würde - das hätten die Beispiele der Vergangenheit gezeigt - die Sicherheit der Rechtssuchenden eher

verbessern. Dies sei aber ein anderes Thema, das beim Europarechtlichen Symposium beim Bundesarbeitsgericht diskutiert werden sollte.

Ass. jur. *Beate Schuh* von der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, Landesbezirk Berlin-Brandenburg, hob einleitend hervor, ihre Sichtweise auf die betriebliche Praxis der Sachgrundbefristung sei geprägt durch ihre berufliche Tätigkeit als Prozessbevollmächtigte für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und als Leiterin der Rechtsabteilung der Gewerkschaft ver.di in Berlin-Brandenburg. Die Entscheidung des EuGH vom 10. März 2011 (- C-109/09 -) zur Altersgrenze von Flugbegleiterinnen fordere von unserer Rechtsprechung erneut eine unionsrechtskonforme Auslegung des TzBfG im Sinne einer im europäischen Recht angelegten und geforderten Missbrauchskontrolle.

Sie versuche, so *Schuh*, die deutsche Befristungsrechtsprechung zum Sachgrund kurz nachzuvollziehen, um Differenzen und Ähnlichkeiten der Begriffsbildung im deutschen und europäischen Recht einordnen zu können. Das Bundesarbeitsgericht habe mit den Entscheidungen vom 27. Oktober 2010 (- 7 AZR 485/09 (A) -) und vom 17. November 2010 (- 7 AZR 443/09 (A) -) den EuGH um Vorabentscheidung wegen europarechtskonformer Anwendung der Befristungssachgründe „Haushalt“ (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG) und „Vertretung“ (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG) ersucht. Zuvor sei das Landesarbeitsgericht Köln wegen der Befristung mit Sachgrund an den EuGH mit einem Vorlagebeschluss herangetreten. Allerdings sei das Verfahren zum Sachgrund „Haushalt“ zwischenzeitlich durch Vergleich beendet worden. Es sei schwierig, Betroffenen die Sachgrundbefristung darzustellen. Den Begriff „Kettenarbeitsvertrag“ verstehe jedoch offenbar spontan jeder. Es scheine sich von selbst zu verstehen, dass diese Form der Vertragsgestaltung „anrühig“, „sittenwidrig“ oder zumindest „fragwürdig“ sei. Laien gingen regelmäßig davon aus, dass die Aneinanderreihung von befristeten Verträgen, auch wenn die Befristung sachlich begründet sei, irgendwann in ein unbefristetes, festes Arbeitsverhältnis münden müsse. Sie vermute, dieses Verhältnis zu Kettenverträgen hänge mit Gerechtigkeitsvorstellungen weiter Kreise der Bevölkerung zusammen. Die „Zeit“ habe am 12. Mai 2011 von *Armin Falk* berichtet, der als Ökonom und Volkswirt das individuelle Entscheidungsverhalten von Menschen in wirtschaftlichen Fragen untersuche. Für seine Forschungsergebnisse habe er u. a. 2009 den hoch dotierten *Leibniz*-Preis erhalten. Nach seinen Untersuchungen und Experimenten käme Fairness und Gerechtigkeit tatsächlich beim ökonomischen Handeln eine wichtige motivierende Rolle zu. Verträ-

ge bedürften einer Vertrauensbasis, damit sie abgeschlossen würden. In der Realität handelten Teilnehmer im wirtschaftlichen Prozess durchaus nicht überwiegend wie „knallharte Egoisten“. Vielmehr gehörten Grundregungen der Gerechtigkeit viel stärker zum ökonomischen menschlichen Verhalten dazu als bislang angenommen. Wer seinen Vertragspartner anständig behandelt habe, dem werde nachweislich ebenfalls mit Fairness begegnet. Wer unfair behandelt werde, reagiere auf sein Gegenüber mit Abweisung. Die dauernde Aneinanderreihung von befristeten Verträgen werde als unfair empfunden, wenn sie nicht irgendwann in eine unbefristete Beschäftigung münde. Insofern halte sich in unseren Bevölkerungskreisen stabil das Rechtsempfinden, dass das Kettenarbeitsverhältnis, auch wenn ein sachlicher Grund für die Befristungsabrede bestehe, als solches wohl rechtswidrig sein müsse, auch wenn Juristen darüber lächeln mögen. *Wiedemann* habe Anfang der 70er-Jahre in der Festschrift für *Heinrich Lange* die Abhängigkeit im befristeten Arbeitsverhältnis sehr plastisch formuliert: „Es ist nicht nur allgemein Ziel des Arbeitsrechts, die Unselbständigen wirtschaftlich zu sichern und ihre persönliche Abhängigkeit, soweit sie über die notwendige Weisungsgebundenheit hinausgeht, aufzuheben, sondern es ist dies gerade die Aufgabe des allgemeinen Kündigungsschutzes, dem Arbeitnehmer die Betriebszugehörigkeit in den Grenzen des Vertretbaren zu erhalten und ihm damit die Freiheit zu sichern, sein Verhalten nicht am Stirnrunzeln eines Vorgesetzten orientieren zu müssen.“

Schuh stellte fest, seit Mitte der 90er-Jahre entwickle sich im öffentlichen Dienst aber auch in der Kommunikations-, Werbe- und Medienbranche der verfestigte Sektor einer flexiblen Randbeschäftigung. In der Regel seien es Frauen, die in solchen prekären Beschäftigungsverhältnissen, häufig auch mit Teilzeit bzw. Teilgeld kombiniert, auf Jahre hinweg verblieben. Nach einer aktuellen Untersuchung der Hans-Böckler-Stiftung (Generation Praktikum 2011) starteten beispielsweise Hochschulabsolventen nur noch zu 19 % das Erwerbsleben mit einer unbefristeten Einstellung, 27 % würden befristet beschäftigt und 28 % „qualifizierten“ sich zunächst als Praktikanten. Die Unterzeichnerparteien der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse hätten 1999 anerkannt, dass unbefristete Verträge die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses darstellten und weiter darstellen würden, da sie zur Lebensqualität der betreffenden Arbeitnehmer und zur Verbesserung ihrer Leistungsfähigkeit beitrügen, dass jedoch befristete Beschäftigungsverträge unter bestimmten Umständen den Bedürfnissen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern ent-

sprächen. Befristungen seien damit nur begrenzt als Ausnahme vertretbar. Sozialpolitisch könnten befristete Verträge dann nicht mehr akzeptiert werden, wenn sich daraus ein Modell als Dauerzustand für eine ganze Generation von Beschäftigten entwickle.

Im Anschluss daran ging Schuh auf die bisherige Rechtsprechung ein. Schon das Reichsarbeitsgericht habe in einer Entscheidung vom 2. Juli 1932 Kettenverträge für unwirksam erklärt, wenn damit eine Umgehung des geltenden Kündigungsschutzes subjektiv beabsichtigt gewesen sei. Das Bundesarbeitsgericht habe in den 50er-Jahren deutliche Ansätze gezeigt, das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelarbeitsverhältnis anzuerkennen. In seiner Entscheidung vom 26. November 1955 (- 2 AZR 516/54 -) habe der Zweite Senat in den Leitsätzen formuliert:

„1. Die Gültigkeit von Kettenverträgen im öffentlichen Dienst hängt davon ab, ob ein verständiger Behördenleiter, der sich in gleicher Weise der Verantwortung für die öffentlichen Belange seiner Behörde wie für seine Angestellten bewusst ist, bei Prüfung aller Umstände den Arbeitsvertrag mehrfach befristet hätte.

2. Aus § 620 BGB folgt nicht, dass befristete Dienstverträge die Regel und unbefristete die Ausnahme bilden. Für das Arbeitsrecht ist im Gegenteil davon auszugehen, dass unbefristete Arbeitsverträge sozialstaatlich gesehen den Vorzug verdienen.“

Der Gesetzgeber habe in der Gesetzesbegründung zum Kündigungsschutzgesetz 1951 bezüglich des Problems der Befristung von Arbeitsverhältnissen auf die gefestigte Rechtsprechung der Arbeitsgerichte verwiesen. Damit sei das Bundesarbeitsgericht legitimiert gewesen, durch Rechtsfortbildung und teleologische Reduktion des § 620 BGB Maßstäbe zur Befristungskontrolle zu entwickeln. Die Rechtsprechung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts habe 1960 als Ausgangspunkt eine „objektive Umgehung von kündigungrechtlichen Schutzvorschriften“ gefordert, um den dogmatischen Einstieg zur als notwendig erachteten Befristungskontrolle zu finden. Die vom Reichsarbeitsgericht vorausgesetzte verwerfliche Umgehungsabsicht sei damit nicht mehr erforderlich gewesen. Maßstab sei auch nicht mehr gewesen, dass ein „fürsorglicher und verständig handelnder Arbeitgeber eine Befristung des Arbeitsverhältnisses durch Kettenverträge nicht vorgenommen haben würde“. Hueck habe damals vorgeschlagen, neben der unzulässigen objektiven Gesetzesumgehung auch die Verletzung der Fürsorgepflicht bei Vertragsabschluss zu

prüfen. Demgegenüber habe der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts die Rechtswidrigkeit der Befristung dann angenommen, wenn dafür keine Gründe in den sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen vorhanden gewesen seien. Die Befristung sei unwirksam gewesen, wenn bei Vertragsabschluss für sie selbst kein verständiger, sachlich rechtfertigender Grund gesprochen habe. Eine Gesetzesumgehung habe vorgelegen, wenn der Zweck einer zwingenden Rechtsnorm dadurch vereitelt worden sei, dass andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten missbräuchlich verwendet worden seien. Der Sinn und Zweck der zwingenden Rechtsnorm des Kündigungsschutzes habe es erfordert, befristete Arbeitsverträge daraufhin zu prüfen, ob sie eine Umgehung dieses Schutzes bedeuteten. Allerdings habe der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts darauf hingewiesen, dass befristete Arbeitsverträge in § 620 BGB geregelt seien. Diese Vorschrift und der Grundsatz der Vertragsfreiheit müssten sich jedoch insofern Einschränkungen gefallen lassen, als Befristungen bei Umgehung des Kündigungsschutzes eines verständigen, sachlich gerechtfertigten Grundes bedürften. Der Grundsatz, wonach der unbefristete Vertrag die Regel und der befristete Vertrag die Ausnahme sei, sei nicht mehr aufgegriffen worden. Auch dem Ansatz, die Befristungskontrolle aus dem Sozialstaatsprinzip herzuleiten, sei der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts nicht gefolgt. Diese bis Dezember 2000 geltende Rechtsprechung habe die unbegrenzte Aneinanderreihung von befristeten Verträgen ermöglicht, soweit jeweils bei Vertragsabschluss ein sachlicher Grund bestanden habe.

Danach befasste sich *Schuh* mit dem Befristungsgrund „Vertretung“. In den Fällen der Vertretung bestehe das sachliche Bedürfnis für die Befristung nach der Definition des Bundesarbeitsgerichts darin, dass der Arbeitgeber bereits eine vertragliche Beziehung zu einem anderen Arbeitnehmer eingegangen sei, die unbefristet bestehe, und dieser unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer nur vorübergehend an der Erbringung seiner Arbeitsleistung gehindert sei. Der Arbeitgeber rechne mit der Rückkehr des vertretenen Mitarbeiters. Die Vertretungskraft erbringe zeitweilig die Leistung, die der unbefristete Mitarbeiter aus Krankheits- oder Freistellungsgründen nicht erbringen könne. Dass dies klar, einfach und gerecht sei, diese Sichtweise werde in der Regel auch von den betroffenen Beschäftigten geteilt. Ende eine Befristung, weil der Vertretene an den Arbeitsplatz zurückkehre, dann komme es erfahrungsgemäß nicht zum Prozess.

Anders sieht die Akzeptanz nach *Schuh* aus, wenn der Vertretene tatsächlich nicht zurückkehrt, weiterhin krank oder in Elternzeit ist oder aber in Rente geht und gleichwohl das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung enden soll. Diese Konstellationen - aufgrund verschiedener Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zum TzBfG akzeptiert - würden durchweg als willkürlich, als missbräuchlich empfunden. Aus Sicht der betroffenen Arbeitnehmer sei die Beendigung von fortlaufenden Vertretungsbefristungen unfair, weil sich ja bereits in der Vergangenheit gezeigt habe, dass ein Bedarf real vorhanden sei. Es entwickle sich mit zunehmender Dauer des Arbeitsverhältnisses das Verständnis, zur festen Belegschaft zu gehören und aufgrund der bisherigen Leistungen, die ja immer wieder durch Neuabschluss des Vertrags von der Arbeitgeberseite bestätigt worden seien, einen Anspruch auf weitere Beschäftigung zu haben. Kein Arbeitnehmer klage gern im laufenden Arbeitsverhältnis. Die Scheu davor werde eher größer als geringer. Bei Kettenbefristungen hofften die Betroffenen bei längerer Dauer nachvollziehbar darauf, auch von der Rechtsordnung in ihrer Einschätzung unterstützt zu werden. In diesen Konstellationen stellten betroffene Arbeitnehmer/innen regelmäßig ihren Prozessbevollmächtigten die Frage des Missbrauchs, der Sittenwidrigkeit und des Grundsatzes von Treu und Glauben. Die bei Vertragsabschluss aufgestellte Prognose der Arbeitgeberseite, wonach das Arbeitsverhältnis sachlich begründet zu befristen sei, verliere mit zunehmender Anzahl der Befristungen an Glaubwürdigkeit und Konsistenz. Umgekehrt steige auch mit zunehmender Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses der Vermögensschaden, die Eingriffstiefe, die mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses schließlich verbunden sei. Beschäftigung werde in Sozialplänen entsprechend der Dauer von Arbeitsverhältnissen dotiert. Dem liege die realistische Einschätzung zugrunde, dass der Arbeitsplatzverlust bei langjährigen Verträgen schwerer wiege als bei relativ kurzen Beschäftigungsverhältnissen.

Danach befasste sich *Schuh* mit dem europäischen Recht. Seit über zehn Jahren finde nun die Befristungskontrolle dort ihre Grundlage. Die Umsetzung des europäischen Rechts sei zum 1. Januar 2001 mit dem TzBfG erfolgt. Der Befristungsrichtlinie von 1999 sei zu entnehmen, dass unbefristete Verträge die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses darstellten, da sie zur Lebensqualität der betreffenden Arbeitnehmer und zur Verbesserung ihrer Leistungsfähigkeit beitragen würden, dass jedoch befristete Beschäftigungsverträge unter bestimmten Umständen den Bedürfnissen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern entsprächen. Die Inan-

spruchnahme von befristeten Arbeitsverträgen aus objektiven Gründen solle helfen, den Missbrauch zulasten der Arbeitnehmer zu vermeiden. Spontan würden wir, so *Schuh*, vor dem Hintergrund der dargestellten Entwicklung der Rechtsprechung zur arbeitsvertraglichen Befristung bei „objektiven Gründen“ und „sachlichen Gründen“ an die (inzwischen in § 14 TzBfG normierte) Rechtsprechung zum sachlichen Grund denken, der die ansonsten zur Umgehung des obligatorischen Bestandsschutzes geeignete vertragliche Befristungsabrede rechtfertige. In unserem tradierten Rechtsverständnis stelle der sachliche Grund somit bereits als solcher eine inhaltliche Begründung und den Rechtfertigungsgrund für die gewählte Vertragsgestaltung der Befristung dar. Sei ein Sachgrund gegeben, komme es im Weiteren auf einen sozialen Ausgleich der gegenseitigen Interessenslagen von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite für die Beurteilung der Befristungsabrede logischerweise nicht mehr an. Die Feststellung im Arbeitsgerichtsverfahren, dass ein sachlicher Grund für die Befristung bei Vertragsschluss aus Arbeitgebersicht gegeben sei, lasse alle weiteren Überlegungen zur Missbrauchskontrolle aus deutscher tradierter Rechtsanschauung obsolet erscheinen. Unserer Rechtstradition sei in diesem Zusammenhang die Ergebnisorientierung eher fremd. Auf das Ergebnis kommt es nicht an. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts habe sich nicht zum Ziel gesetzt, strukturelle Ungleichheit bei Vertragsschluss auszugleichen oder Befristungsabreden einzudämmen. Sie sei unter Berücksichtigung der Voraussetzungen des § 620 Abs. 1 und Abs. 2 BGB völlig neutral geblieben. Die rechtsfortbildende Rechtsprechung habe sich darin erschöpft, die objektive Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes durch Sachgründe zu rechtfertigen. Die grundlegenden Vorstellungen von Vertragsfreiheit hätten der Jurisprudenz den Blick für tatsächlich bestehende strukturelle Defizite verstellt. Die Vertragsgestaltung werde im Arbeitsleben nicht gleichermaßen von beiden Vertragsparteien frei ausgehandelt. Bei der Vertragsanbahnung habe der Bewerber die Vorgaben der Arbeitgeberseite zu akzeptieren, weil anderenfalls der Vertrag nicht zustande komme. Seit der Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts sei nicht mehr angenommen worden, dass das unbefristete Arbeitsverhältnis der rechts- und sozialpolitisch erstrebenswerte Regelzustand sein solle. Die Feststellung eines sachlichen Grundes im arbeitsgerichtlichen Verfahren habe weitere Überlegungen gehindert, insbesondere die, ob das Ergebnis im Rahmen einer weiteren Interessensabwägung akzeptabel sei.

Schuh war der Ansicht, unter Berücksichtigung der europäischen Rechtslage reiche die Feststellung eines sachlichen Grundes allein nicht mehr aus, um eine Befristung zu rechtfertigen. Die Befristungsrichtlinie ziele darauf, Missbrauch zu vermeiden. Den Missbrauch sehe die Richtlinie ersichtlich in der Vereinbarung aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge. Daher sehe die Richtlinie vor, einen Rahmen zu schaffen, der diesen Missbrauch verhindere. Das gehe über unser deutsches Rechtsverständnis hinaus. Wir hätten dieses Ziel nie verfolgt und auch als solches seit den 60er-Jahren in der oberinstanzlichen Rechtsprechung als solches nicht benannt. Gleichwohl seien sich die Sozialpartner auf europäischer Ebene einig, dass es bei der Richtlinie um ein Gleichgewicht zwischen Flexibilität der Arbeitszeit und der Sicherheit der Arbeitnehmer gehe und dass die aus objektiven Gründen erfolgte Vereinbarung (Inanspruchnahme) befristeter Arbeitsverträge helfe, den Missbrauch zu lasten der Arbeitnehmer zu vermeiden. Das sei auch insofern völlig zutreffend, als die Besinnung auf die objektiven Gründe im Befristungsgeschäft jedenfalls diejenigen Tatbestände ausgrenze, die an der Person des Arbeitnehmers ansetzten. Die Diktion der nationalen Gesetzgebung im TzBfG weiche bereits in der Definition der Gesetzesziele von der europäischen Vorgabe der Richtlinie mit Relevanz und zu lasten einer effektiven Missbrauchskontrolle von Befristungsabreden ab. Gesetzgeberisches Ziel des TzBfG sei gemäß § 1 TzBfG, die Voraussetzungen für die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge festzulegen. Demgegenüber definiere die europäische Richtlinie immerhin an vier Stellen deutlich das vorgegebene Ziel der Missbrauchskontrolle von aufeinanderfolgenden Arbeitsverträgen.

Zur Rechtsprechung des EuGH bemerkte *Schuh*, nach dieser seien unbefristete Arbeitsverträge die Regel, befristete Beschäftigungen demgegenüber die Ausnahme. Der EuGH gehe davon aus, dass unbefristete Arbeitsverträge einen wichtigen Aspekt des Arbeitnehmerschutzes darstellten und dass die Rahmenvereinbarung den wiederholten Rückgriff auf befristete Arbeitsverträge als Quelle potenziellen Missbrauchs zu lasten der Arbeitnehmer sehe. Die Mitgliedstaaten seien zur Verhinderung des Missbrauchs verpflichtet, mindestens eine von den drei in § 5 Nr. 1 Buchst. a, b und c der Rahmenvereinbarung genannten Maßnahmen in ihr nationales Recht aufzunehmen. Es stehe im Ermessen der Mitgliedstaaten, ob sie für diese Ziele und das unionsrechtlich vorgegebenen Ergebnis, eine oder mehrere der vorgegebenen Maßnahmen umsetzten oder auf bereits bestehende gleichwertige gesetzli-

che Maßnahmen zurückgriffen. Nach der Rechtsprechung des EuGH komme es entscheidend auf das Ergebnis an.

Dieses Ergebnis, so *Schuh*, müsse lauten: „Die nationale Rechtsprechung verhindert wirksam den Missbrauch aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge.“ Diese Überlegungen bedeuteten einen wesentlich strengeren Überprüfungsmaßstab bei Sachgrundbefristungen, wenn sie zu Kettenarbeitsverhältnissen geführt hätten. Dazu hätten das Bundesarbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht Köln mit ausführlicher Begründung zwei Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH auf den Weg gebracht. Ein Rückgriff auf die bisherige Dogmatik zum TzBfG schein angesichts der Rechtsprechung des EuGH nur noch eingeschränkt, eventuell im Hinblick auf Elternzeitvertretungen, möglich. Jedenfalls stehe die Befristungslandschaft in Deutschland wohl vor einem Wandel.

In der sich anschließenden regen Aussprache mit dem Plenum war man sich einig, dass Befristungsketten möglichst zu vermeiden sind. Diskutiert wurde u. a. darüber, ob ein ständiger Vertretungsbedarf die Befristung von Arbeitsverträgen hindert und die Befristung von Arbeitsverträgen im öffentlichen Dienst aufgrund einer begrenzten Anzahl von Stellen zulässig ist. Gegen 15:30 Uhr dankte Präsidentin *Gräfl* den Referenten und den Diskussionsteilnehmern für ihre Beiträge und lud zur Podiumsdiskussion am folgenden Tag ein.

Podiumsdiskussion „Aktuelles zum Beschäftigtendatenschutz“

Am 20. Mai 2011 wurde die 24. Verbandsversammlung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. um 10:00 Uhr im Südflügel des Kulturbahnhofs in Kassel mit einer Podiumsdiskussion zum Thema „Aktuelles zum Beschäftigtendatenschutz“ unter der Leitung des Präsidenten des Hessischen Landesarbeitsgerichts *Dr. Peter Bader* fortgesetzt. Teilnehmer dieser Podiumsdiskussion waren *Peter Schaar*, Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Bonn, *Prof. Dr. Rainer Schlegel*, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Berlin, *Prof. Dr. Martin Franzen*, Ludwig-Maximilians-Universität München und *Prof. Dr. Peter Wedde*, Goethe-Universität Frankfurt am Main.

Nach einer Einführung *Baders* nahm zunächst *Schlegel* zu der geplanten Ergänzung des Bundesdatenschutzgesetzes um ein Kapitel zum Datenschutz für Beschäftigte Stellung. Er wies darauf hin, dass die Federführung für dieses Gesetzesvorhaben dem Bundesministerium des Innern übertragen worden sei. Seiner Ein-

schätzung nach würden die vorgesehenen Änderungen insgesamt eine Verbesserung des Datenschutzes für die Beschäftigten zur Folge haben.

Nach einer ersten Stellungnahme *Schaars* würdigte *Franzen* das Gesetzesvorhaben, wobei er sich zunächst mit dem Anwendungsbereich der gesetzlichen Regelung befasste. Bereits die Neufassung des § 32 BDSG habe den Anwendungsbereich der datenschutzrechtlichen Regelungen für den Beschäftigtendatenschutz erweitert. Diese derzeitige Regelung des § 32 Abs. 2 BDSG solle inhaltlich unverändert in § 27 Abs. 3 BDSG-E beibehalten werden. Danach sei jeder Umgang mit personenbezogenen Daten des Betroffenen dem datenschutzrechtlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nach dem BDSG unterworfen. Damit habe sich der Arbeitnehmerdatenschutz von den Gefahren der automatisierten oder wenigstens strukturierten Datenerhebung und -verarbeitung mittels nicht automatisierter Dateien vollständig gelöst. Erfasst seien nun beispielsweise auch handschriftliche Aufzeichnungen des Arbeitgebers und Datenerhebung durch rein tatsächliches Handeln, wie etwa Taschen- und Torkontrollen, Befragung des Arbeitnehmers oder eines früheren Arbeitgebers oder durch Beobachtungen des Wach- oder Sicherheitspersonals. Es werde schon gespottet, dass nun auch Fragen des Vorgesetzten an seine Arbeitnehmer unter das Gesetz fallen, wie etwa: „Guten Morgen, hatten Sie einen schönen Urlaub?“ oder „Wie geht es ihnen?“ All dies müsse nun streng genommen durch das datenschutzrechtliche Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gerechtfertigt werden. Persönlichkeitsrechtsschutz im Arbeitsverhältnis und Arbeitnehmerdatenschutz fielen zusammen. Dies könne man rechtspolitisch wollen. Der rechtssystematisch richtige Standort für eine derartige Regelung wäre aber das Recht des Arbeitsvertrags - und nicht das Polizeirecht. Solche Regelungen gehörten also rechtssystematisch richtig in ein Arbeitsvertragsgesetz.

Ferner sollte man, so *Franzen*, auch Rechenschaft darüber ablegen, ob die Gefährdungen für das Persönlichkeitsrecht im Arbeitsverhältnis so viel stärker seien als bei allen anderen Rechtsverhältnissen zwischen Privatpersonen. Dort bleibe es bei den Aufgreifkriterien des § 27 Abs. 1 BDSG: Danach knüpfe das datenschutzrechtliche Verbot mit Erlaubnisvorbehalt an einen Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen oder den Bezug der Datenverarbeitung zu einer (nicht notwendigerweise automatisierten) Datei an. Im Gesetzgebungsverfahren seien nun verschiedene Vorschläge gemacht worden, die Weite des Anwendungsbereichs der geplanten Regelungen des Beschäftigtendatenschutzes wieder einzuschränken. Der Bundesrat wolle

„sozialübliche innerbetriebliche Kommunikation“ vom Anwendungsbereich ausnehmen. Der Arbeitsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins gehe noch einen Schritt weiter und wolle zusätzlich Daten ausnehmen, „die auf den Inhalt und die Ausführung der vom Beschäftigten vertraglich geschuldeten Tätigkeit bezogen sind“. Dieser zuletzt genannte Vorschlag reduziere dann wieder durch die Hintertür den Anwendungsbereich der Regelungen zum Arbeitnehmerdatenschutz ganz erheblich und wäre überdies wohl unionsrechtswidrig. Alle solche Rückausnahmen verursachten Kollateralschäden und verkomplizierten die Rechtslage. Sein Plädoyer laute: Rückkehr zur Rechtslage vor dem 1. September 2009 und damit zu den Aufgreifkriterien des § 27 Abs. 1 BDSG, der für alle privatrechtlichen Rechtsverhältnisse gelte, außer dem Arbeitsvertrag. Die Regelungen über den Arbeitnehmerdatenschutz seien anwendbar bei automatisierter Datenverarbeitung oder bei einem Bezug der Datenverarbeitung zu einer nicht notwendig automatisierten Datei. Damit würden auch viele neu zu klärende Einzelfragen von vornherein gar nicht aufgeworfen. Beispielsweise scheitere der bislang für zulässig gehaltene Einsatz von Testkäufern an der Regelung des § 32e BDSG-E.

Franzen ging dann auf die Einwilligung (§ 4a BDSG) ein. Diese dränge der Regierungsentwurf erheblich zurück. Sie sei nur noch zulässig, wenn das Gesetz diese ausdrücklich vorsehe (§ 32i BDSGE), und das sei relativ selten. Als Grund nenne der Regierungsentwurf die Besonderheit des Beschäftigungsverhältnisses und die Situation der Beschäftigten. *Franzen* fragte: „Ist der Unterschied zu anderen privatrechtlichen Rechtsverhältnissen so erheblich, bei denen die Einwilligung nach wie vor große Bedeutung als Rechtfertigungstatbestand hat?“ Außerdem müsse man bedenken, dass die Möglichkeit einer Einwilligung dem Arbeitnehmer nützen könne. Beispielsweise erlaubten Arbeitgeber in der Praxis vielfach die maßvolle private Nutzung elektronischer Medien am Arbeitsplatz, wenn der Arbeitnehmer im Gegenzug in gewisse, im Einzelnen näher spezifizierte Kontrollbefugnisse einwillige. Ohne das Instrument der Einwilligung wäre eine derartige Vereinbarung nicht mehr möglich, weil der gut beratene Arbeitgeber dann im Regelfall die Privatnutzung gänzlich untersagen würde. Ferner sei das Regelungsbedürfnis für einen solch weitgehenden Ausschluss der Einwilligung zu hinterfragen. Die vorformulierte Einwilligung unterliege der AGB-Kontrolle durch die Rechtsprechung. Und deren Maßstäbe seien nicht sehr großzügig.

Franzen war der Ansicht, wenn § 4a BDSG von der Einwilligung handele und verlange, dass die Einwilligung auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruhe, könnte man dieses Erfordernis der Freiwilligkeit der Einwilligung bezogen auf das Arbeitsverhältnis definieren und dann die Einwilligung auch vollständig zulassen, etwa in folgender Art: Freiwillig ist eine Einwilligung im Arbeitsverhältnis nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Begründung des Arbeitsvertrags. Freiwillig ist sie im bestehenden Arbeitsverhältnis stets, wenn der Arbeitnehmer von der entsprechenden Vereinbarung auch profitiert. Dies würde auch gewisse, nicht von der Hand zu weisende unionsrechtliche Bedenken gegen den weitgehenden Ausschluss der Einwilligung relativieren.

Danach nahm *Franzen* zu anderen Rechtsvorschriften als Erlaubnistatbestand nach § 4 Abs. 1 BDSG Stellung. Er stellte fest, dass für das Arbeitsrecht im Zusammenhang mit anderen Rechtsvorschriften vor allem kollektivrechtliche Regelungen wie Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge bedeutsam sind. Der Gesetzentwurf wolle die Möglichkeit, dass die Betriebs- und Tarifpartner zu abweichenden Lösungen kämen, zurückdrängen und sei in sich nicht ganz widerspruchsfrei. Einerseits werde in § 4 Abs. 1 BDSG-E klargelegt, dass andere Rechtsvorschriften im Sinne dieses Gesetzes auch Betriebs- und Dienstvereinbarungen seien. Der Bundesrat habe moniert, dass Tarifverträge ohne sachlichen Grund hier ausgenommen worden seien. Dem habe die Bundesregierung zugestimmt. Daher dürfte die künftige Regel lauten: „Andere Rechtsvorschriften im Sinne des Gesetzes sind auch Tarifverträge sowie Betriebs- und Dienstvereinbarungen.“ Andererseits nehme der Entwurf in § 32l Abs. 5 BDSG-E diese Regelungen erheblich zurück. Danach dürfe von den Vorschriften des Unterabschnitts über den Beschäftigtendatenschutz nicht zu Ungunsten der Beschäftigten abgewichen werden. Wenn diese Regelung Gesetz werde, stellten sich den Arbeitsrechtlern bekannte Fragen des Günstigkeitsvergleichs - ist damit ein Einzel-, Gesamt- oder Sachgruppenvergleich gemeint? Das werde die Rechtsanwendung nicht vereinfachen. Außerdem stelle sich die Frage: Ist hierdurch ein Mehr an Arbeitnehmerdatenschutz gewonnen? Er meine nein. Bei der Aufstellung betriebsautonomer Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Arbeitnehmerdatenverarbeitung müssten die Betriebspartner ohnehin die allgemeinen Schranken ihrer Regelungsbefugnisse beachten, unter anderem zwingendes staatliches Recht, wie etwa bestehende Informationserhebungsverbote sowie § 75 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG. Die Betriebspartner müssten demnach die freie Entfaltung der Persönlichkeit der Ar-

beitnehmer schützen und in diesem Rahmen die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte, insbesondere des Grundrechts der informationellen Selbstbestimmung beachten. Im Ergebnis seien bereits nach geltendem Recht die Fälle selten, in denen eine Betriebsvereinbarung zwar derzeit noch zulässigerweise den datenschutzrechtlichen Standard des BDSG unterschreite, aber die gleichwohl nicht gegen § 75 Abs. 2 BetrVG verstoße. Wieso aber brauche man dann zusätzliche Regulierung?

Zur Durchsetzbarkeit der Regelungen bemerkte *Franzen*, der Gesetzentwurf der Bundesregierung lege insgesamt viel Wert auf die materiell-rechtliche Regulierung. Das sei sicherlich ein lobenswertes Unterfangen. Wir müssten aber auch nach den Rechtsfolgen und der Durchsetzbarkeit fragen. Verstöße der Arbeitgeber gegen datenschutzrechtliche Regelungen seien regelmäßig bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeiten. Zuständig seien die Aufsichtsbehörden. Der Persönlichkeitsrechtsschutz der Arbeitnehmer - eigentlich ein Individualrechtsgut - werde nun staatlichen Behörden anvertraut. Dies stehe in einem gewissen Gegensatz zu jüngeren Entwicklungen in anderen Bereichen der Wirtschaftsregulierung. Hier setze man eher auf Privatisierung der Aufsicht, indem man Private in die Pflicht nehme. Weiter stellten sich Fragen der Kapazität der Aufsichtsbehörden. In der Frankfurter Allgemeinen Zeitung sei am 24. September 2010 zu lesen gewesen, dass ein deutsches Unternehmen im statistischen Schnitt nur alle 39.400 Jahre mit einer Datenschutzüberprüfung rechnen müsse. Das sei also ungefähr so wahrscheinlich wie ein Meteoriteneinschlag. Für die Durchsetzung datenschutzrechtlicher Regelungen seien ferner die Gerichte zuständig. Arbeitsgerichtliche Auseinandersetzungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber über datenschutzrechtliche Fragen seien aber selten. Dies liege an dem leicht erklärbaren Phänomen, dass man sich im bestehenden Rechtsverhältnis zwar durchaus streite, aber ungern gerichtlich auseinandersetze. Das sei im Arbeitsverhältnis nicht anders als in der Ehe oder in einem anderen länger andauernden Rechtsverhältnis. Daher spielten diese Themen zumeist erst bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Rolle, und zwar in aller Regel im Rahmen von Kündigungsschutzklagen bei der Frage, ob der Arbeitgeber eine gegebenenfalls (datenschutz-)rechtswidrig erlangte Information im Prozess verwerten dürfe. Hierzu finde man im Gesetzentwurf nichts. Das sei auch gesetzessystematisch richtig. Diese Frage stelle nur einen Ausschnitt aus der allgemeinen Problematik der Verwertungsverbote im Prozessrecht dar, die nicht isoliert nur für das Arbeitnehmerdatenschutzrecht geregelt werden könne. Gleichwohl müsse man sehen, dass es auf fein ausziselierte

materiell-rechtliche Regeln möglicherweise gar nicht entscheidend ankomme, sondern auf die Frage, ob ein Verstoß gegen solche Regeln dennoch gerichtsverwertbare Erkenntnisse produzieren könne.

Franzen wies darauf hin, dass die Konzerndatenverarbeitung nicht angesprochen werde. Der Bundesrat wolle Konzerndatenverarbeitung erleichtern. Danach solle ein Auftragsdatenverarbeiter nicht nur - wie bisher - nicht als Dritter betrachtet werden, wenn er seinen Sitz im Inland oder EU-/EWR-Ausland habe, sondern auch, wenn er in einem „sicheren“ Drittland sitze, in dem ein angemessenes Datenschutzniveau herrsche. Das würde bedeuten, dass die Übermittlung an solche Stellen nicht unter das BDSG fallen würde, sondern die allgemeinen Regeln für die Auftragsdatenverarbeitung gelten würden. Die Bundesregierung habe das abgelehnt und wolle den Konzerndatenschutz im Rahmen der Reform der EG-Datenschutzrichtlinie beraten und im Übrigen noch näher nachdenken. Dieses Regelungsbedürfnis werde dringlicher, weil Konzernbetriebsvereinbarungen und Einwilligungen keine rechtfertigende Wirkung mehr haben würden.

Zur erlaubten privaten Nutzung von Telekommunikation am Arbeitsplatz führte *Franzen* aus, der Gesetzentwurf gehe davon aus, dass Arbeitgeber die private Nutzung von Telekommunikation am Arbeitsplatz verböten, wie dies im BMI in einer Dienstvereinbarung geregelt sei. Nach h. M. werde der Arbeitgeber Diensteanbieter im Sinne vom TKG und müsse daher die entsprechenden Pflichten beachten. Eine gesetzliche Klarstellung sei erwägenswert, dass Arbeitgeber insoweit nicht Diensteanbieter seien. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (11. November 1997 - 1 ABR 21/97 -) gelte das Bundesdatenschutzgesetz auch für die Datenverarbeitung durch Betriebsräte. Das Bundesarbeitsgericht habe jedoch die Kontrolle des Betriebsrats durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten abgelehnt, weil dieser nicht unabhängig sei und daher die unabhängige Amtsführung des Betriebsrats gefährdet sei. Das Bundesarbeitsgericht habe aber ferner eine ausdrückliche gesetzliche Regelung verlangt, weil insoweit eine datenschutzrechtliche Regelungslücke bestünde. Die Bundesregierung habe sich diese Argumentation zu eigen gemacht, jedoch ein Regelungsbedürfnis verneint. *Franzen* hielt dies für nicht so recht nachvollziehbar. Der Bundesrat habe eine ausdrückliche Regelung verlangt, welche die Zuständigkeit des betrieblichen Datenschutzbeauftragten begründe, wenn der Betriebsrat keine andere Person betraue.

Franzen fragte nach Alternativen. Man könnte an eine Stärkung der Selbstregulierung und an eine Stärkung prozeduraler Lösungen denken. Im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes hätten wir immerhin zwei Akteure, welche in eine Selbstregulierung einbezogen werden könnten, den betrieblichen Datenschutzbeauftragten und die Arbeitnehmervertretung, Betriebs- oder Personalrat. Die Rechtsstellung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten sei durch eine BDSG-Novelle im Jahr 2009 gestärkt worden. Er genieße nun Sonderkündigungsschutz wie andere Betriebsbeauftragte auch. Der Betriebsrat sei in den Arbeitnehmerdatenschutz ohnehin aufgrund seiner allgemeinen Überwachungsaufgabe eingebunden (§ 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG). Dem Betriebsrat stehe ferner nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen zu, mit deren Hilfe der Arbeitgeber Leistung und Verhalten der Arbeitnehmer kontrollieren könne. Der Regierungsentwurf nehme diese Akteure des Arbeitnehmerdatenschutzes aber nur ganz am Rande zur Kenntnis.

Franzens Fazit lautete:

„Der Gesetzentwurf folgt der traditionellen Konzeption des deutschen Datenschutzrechts. Dieses statuiert ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Datenerhebung, Datenverarbeitung und Datennutzung sind danach also grundsätzlich verboten, es sei denn, eine gesetzliche Rechtsvorschrift erlaubt diese. Der Gesetzentwurf statuiert solche Erlaubnistatbestände. Dabei knüpft er an die einzelnen Stadien der Anbahnung, Begründung und Durchführung des Arbeitsvertrags an und sieht überdies Regelungen für einzelne Instrumente der Datenerhebung und -verarbeitung vor, wie etwa Videoüberwachung, Ortungssysteme und Internetnutzung. Mit dieser Regelungstechnik kann der Entwurf nicht auf relativ abstrakte Tatbestandsmerkmale verzichten, wie etwa Erforderlichkeit, Angemessenheit und Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Bei solchen generalklauselartigen Rechtsbegriffen kann der Rechtsunterworfenen die Ergebnisse im Vorhinein nur schwer einschätzen. Diese Regelungstechnik wird somit sowohl Rechtsunsicherheit bringen als auch Überregulierung zulasten der Arbeitgeber wie ‚Unterregulierung‘ zulasten der Arbeitnehmer. Deshalb verwundert es nicht, wenn der Entwurf aus beiden ‚Lagern‘ durchaus berechtigte Kritik erfährt.

Aus meiner Sicht sollte der Entwurf insofern ergänzt werden, dass Betriebsrat und betrieblicher Datenschutzbeauftragter stärker eingebunden werden sollten, etwa mit folgender Leitlinie: Stimmen diese beiden Akteure einer Datenerhebung, -verar-

beitung oder -nutzung zu, dann wird die Rechtskontrolle auf grobe Fehlerhaftigkeit beschränkt. Ferner könnte man Ansätze zur Selbstregulierung wie etwa in § 38a BDSG ausbauen, was im Übrigen auch neueren Vorstößen der EU-Kommission zum Datenschutzrecht entspricht.“

Wedde erinnerte zunächst an die Ausgangssituation. In den letzten Jahren habe es in der Arbeitswelt zahlreiche Verstöße gegen das geltende Datenschutzrecht sowie gegen die von der Rechtsprechung zum Arbeitnehmerdatenschutz entwickelten Grundsätze gegeben. Die größte öffentliche Beachtung hätten unzulässige Ausforschungen von Beschäftigten durch verdeckte Kameraüberwachungen bei *Lidl* und umfassende Datenabgleiche bei der *Deutschen Telekom AG* und der *Deutschen Bahn AG* gefunden.

Die Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorgaben seien teilweise vorsätzlich, teilweise aber auch nur fahrlässig erfolgt. Grund für das fahrlässige Handeln sei insbesondere die unklare Rechtssituation zu diesem Thema gewesen. Der Gesetzgeber habe im Sommer 2009 in einer ersten Reaktion eine Regelung zum Beschäftigtendatenschutz in das BDSG eingefügt, die seit dem 1. September 2009 in Kraft sei. Der neue § 32 BDSG solle nach den Ausführungen in den Materialien der Novelle den aktuellen Stand der Rechtsprechung zum Beschäftigtendatenschutz wiedergeben.

§ 32 BDSG, so *Wedde*, sei ein erster Schritt hin zu einem gesetzlich normierten Schutz der Beschäftigten gewesen. Inzwischen wolle der Gesetzgeber den zweiten Schritt machen. Der vorliegende Entwurf einer umfassenderen gesetzlichen Regelung bestehe aus den §§ 32 bis 32I BDSG-E. Zu den Zielen der neuerlichen Novelle gehöre es, die Rechtssicherheit für Arbeitgeber und für Beschäftigte zu erhöhen, berechtigten Informationsinteressen der Arbeitgeber Rechnung zu tragen und Beschäftigte vor unrechtmäßigen Erhebungen, Verarbeitungen und Nutzungen ihrer Daten zu schützen. Bewerte man den vorliegenden Regelungsentwurf, müsse man feststellen, dass die vom Gesetzgeber formulierten Ziele in einer unterschiedlichen Tiefe erreicht würden. Einerseits würden zwar die Informationsmöglichkeiten von Arbeitgebern gestärkt. Andererseits erfolge aber gerade kein adäquater Ausbau der Rechtspositionen der Beschäftigten. Im Gegenteil würden deren Rechte reduziert.

Wedde verdeutlichte seine Einschätzung mit Beispielen. § 32a BDSG-E gebe Regeln zur Zulässigkeit ärztlicher Untersuchungen und psychologischer Tests vor. Nach dem Abs. 2 dieser Norm sei es aber nicht ausgeschlossen, dass ein Arbeitge-

ber umfassend über die Ergebnisse von psychologischen Tests informiert werde, wenn diese von Personen durchgeführt würden, die keiner beruflichen Schweigepflicht unterlägen. Dies eröffne Arbeitgebern weite und unzulässige Ausforschungsspielräume. Durch § 32 Abs. 6 BDSG-E würden Arbeitgeber ausdrücklich legitimiert, zusätzliche Informationen über Bewerberinnen und Bewerber im Internet zu sammeln. Sie müssten lediglich vorher (z. B. in der Stellenanzeige) darauf hinweisen. Adäquate Informationsrechte der Beschäftigten (z. B. Übergabe der Protokolldaten der Internetsuche) würden hingegen nicht geschaffen. Dies eröffne umfassende Ausforschungsmöglichkeiten. Durch § 32d Abs. 3 BDSG-E würden Arbeitgebern weitgehende Ermittlungsbefugnisse bezüglich vermuteter Straftaten oder schwerwiegender Pflichtverletzungen der Beschäftigten eingeräumt. Es fehlten aber vergleichsweise weitgehende Informationspflichten gegenüber den Beschäftigten bzw. gegenüber bestehenden Betriebsräten. Diese Regelung räume Arbeitgebern weitgehende neue Möglichkeiten ein: In Anwendung dieser Regelung wären beispielsweise zukünftig umfassende Datenabgleiche in der Art, die zu den Aktivitäten des Gesetzgebers geführt hätten, auf der Grundlage von Beschäftigtendaten zulässig. Arbeitgeber müssten nur zunächst einen anonymen Datenabgleich durchführen. Ergäben sich hierbei Auffälligkeiten (was praktisch immer der Fall sein werde), dürften sich personenbezogene Datenabgleiche anschließen. Die Regelung zur Einwilligung in § 32i BDSG-E reduziere zwar die tatsächlichen Einwilligungsmöglichkeiten, schließe aber „erzwungene Einwilligungen“ im Arbeitsleben nach wie vor nicht wirksam aus. Der Gesetzgeber nehme praktische Erfahrungen (etwa eine durch Betriebsvereinbarung vorgegebene Vereinbarung mit dem Betriebsrat) nicht auf.

Nach Ansicht *Weddes* ließe sich die beispielhafte Aufzählung von Verschlechterungen zulasten der Beschäftigten fortsetzen. Es könnte aber noch schlimmer kommen, wenn Pläne Wirklichkeit würden, die Regelungen des BDSG-E zulasten von Beschäftigten nochmals zu modifizieren. In der Diskussion seien die Möglichkeit, von den zwingenden Regelungen des BDSG durch „verbösernde“ Betriebsvereinbarungen abweichen zu können, die Ausweitungen von Abweichungen von alle Schutztatbeständen des Gesetzes durch individuelle Einwilligungen der Beschäftigten, die Schaffung eines Konzernprivilegs, das es Konzernen erlaube, Beschäftigtendaten über Unternehmensgrenzen hinaus europa- und gegebenenfalls weltweit zu verarbeiten.

Wedde zog das Fazit:

„Die Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz im BDSG-E verfehlen insgesamt das Ziel, Beschäftigtenrechte zu verbessern. Sie erzeugen das genaue Gegenteil und reduzieren den Schutz der Beschäftigten vor weitgehenden Ausforschungen durch Arbeitgeber und damit vor unzulässigen Eingriffen in ihre Persönlichkeitsrechte. Das selbst gesetzte Ziel einer Verbesserung der Rechtssituation verfehlt der Gesetzgeber damit weit.“

Nach der sich anschließenden regen Aussprache mit dem Plenum sprach *Gräfl* den Diskutanten und *Bader* für die Moderation ihren herzlichen Dank aus und schloss die 24. Verbandsversammlung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. gegen 12:00 Uhr.

Dr. Gernot Brühler

Richter am Bundesarbeitsgericht und Geschäftsführer des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V., Erfurt