

Inhalt

Danosa: Schutz vor Diskriminierung auch für Organmitglieder?

Kein Anspruch auf Privatnutzung des Dienstwagens während lang andauernder Arbeitsunfähigkeit

Fristbeginn nach § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB für eine außerordentliche Kündigung

Vorsicht geboten bei Vertragsklausel zur pauschalen Abgeltung von Überstunden

Entwarnung bei Betriebsübergang: Erwerber haftet nicht für rückständige Sozialversicherungsbeiträge

Q&A zum betrieblichen Datenschutzbeauftragten (bD) bei nicht öffentlichen Institutionen

**Höchststrichterliche
Entscheidungen****Danosa: Schutz vor Diskriminierung auch für Organmitglieder?****EuGH, Urteil vom 11.11.2010, C-232/09****Abberufung eines Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft wegen Schwangerschaft**

Die Rechtslage zur Arbeitnehmereigenschaft von Mitgliedern der Unternehmensleitung schien für Deutschland bisher klar zu sein: Bei Organmitgliedern juristischer Personen (Vorstände, Geschäftsführer) fehle es an der für Arbeitnehmer maßgeblichen persönlichen Abhängigkeit, sie repräsentieren vielmehr die juristische Person unmittelbar als Arbeitgeber, so die Argumente sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur.

Diese Sichtweise dürfte nach neuester europäischer Rechtsentwicklung so nicht mehr haltbar sein.

Der Sachverhalt

In der Sache war die Klägerin des lettischen Ausgangsverfahrens, Frau Danosa, alleinige Geschäftsführerin einer lettischen Kapitalgesellschaft. Im Jahre 2007 wurde Frau Danosa als Geschäftsführerin abberufen. Zum Zeitpunkt der Abberufung war Frau Danosa schwanger. Die Gesellschaft ging davon aus, dass Frau Danosa nicht auf der Basis eines Arbeitsvertrages, sondern auf der Grundlage eines Geschäftsbesorgungsvertrages für die Gesellschaft tätig war. Daher seien, so die Auffassung des Unternehmens, die nationalen Gesetze zum Schutz von Schwangeren im Arbeitsverhältnis nicht anzuwenden. Die Klage von Frau Danosa wurde in den ersten beiden Instanzen abgewiesen, das lettische Revisionsgericht *Augstakas Tiesas Senats* war der Ansicht, dass dieser Rechtsstreit europarechtliche Probleme aufwirft und legte dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor: (1) Fallen Mitglieder eines Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft unter den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff, und (2) ist die Abberufung von Mitgliedern der Unternehmensleitung von Kapitalgesellschaften ohne jede Einschränkung, insbesondere – im Falle einer Frau – ungeachtet des Bestehens einer Schwangerschaft, gestattet?

Die Entscheidung

Die Auffassung des EuGH lässt sich wie folgt zusammenfassen: Nach Ziel und Zweck der maßgeblichen europäischen Richtlinien können auch Mitglieder der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft unter den europarechtlichen Arbeitnehmerbegriff fallen, wenn deren Tätigkeiten für eine bestimmte Zeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausgeübt werden und wenn für die Tätigkeit ein Entgelt geleistet wird. Sofern die Abberufungsentscheidung im Wesentlichen auf der Schwangerschaft des Mitglieds der Unternehmensleitung beruht, stellt dies eine unmittelbare Diskriminierung auf-

grund des Geschlechts dar, da ein solcher Abberufungsgrund nur Frauen treffen kann. Dabei spielt es keine Rolle, ob mit dem Mitglied der Unternehmensleitung ein Arbeitsvertrag geschlossen worden ist oder nicht. Dieses Ergebnis, so der EuGH, finde auch Bestätigung in Artikel 23 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, wonach der Grundsatz der Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen sicherzustellen ist.

Mit dieser Entscheidung verstärkt sich die Tendenz, den Arbeitnehmerschutz und das Anti-Diskriminierungsrecht auch auf Organe einer Gesellschaft auszudehnen. So wurde im Juli 2010 durch das OLG Köln (18 U 196/09) entschieden, dass die Nichtverlängerung des Dienstvertrages eines Geschäftsführers wegen des Alters als Diskriminierung im Sinne des AGG einzustufen ist.

Für die Unternehmen ist dabei erschwerend zu berücksichtigen, dass sich ein Kläger zum Nachweis einer Diskriminierung immer auf die gesetzlich festgeschriebene Beweiserleichterung (§ 22 AGG) berufen kann. Darauf wird auch ausdrücklich in der Danosa-Entscheidung seitens des EUGH nochmals hingewiesen.

Praktikerhinweis:

Das Anti-Diskriminierungsrecht wird zukünftig auch auf der Ebene der Unternehmens- und Geschäftsleitung, also für Geschäftsführer deutscher GmbHs und Vorstände deutscher Aktiengesellschaften, grundsätzlich zu berücksichtigen sein. Das wird vor allem den Schutz von Schwangeren (MuSchG) und der Eltern (BEEG) sowie die Altersdiskriminierung betreffen. Selbst wenn bei deutschen GmbHs häufig kein Aufsichtsrat besteht, hat die Gesellschafterversammlung entsprechende Weisungsbefugnisse gegenüber den Geschäftsführern. Das AGG wird damit zur Pflichtlektüre für Aufsichtsräte und Gesellschafter.

Prof. Dr. Renate Dendorfer, LL.M. MBA

Kein Anspruch auf Privatnutzung des Dienstwagens während lang andauernder Arbeitsunfähigkeit**BAG, Urteil vom 14.12.2010, 9 AZR 631/09**

Die Gebrauchsüberlassung eines Pkw zur privaten Nutzung ist nur solange geschuldet, wie der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt zu zahlen. Bei der Gebrauchsüberlassung zur privaten Nutzung handelt es sich um einen steuer- und abgabepflichtigen Teil der Arbeitsvergütung. Folglich ist diese in Zeiten der Arbeitsunfähigkeit, in denen keine Entgeltfortzahlungspflicht nach § 3 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz besteht, nicht zu gewähren.

Der Sachverhalt

Der Kläger ist bei der Beklagten als Bauleiter beschäftigt. Die Beklagte stellt ihm arbeitsvertraglich für seine Tätigkeit einen Pkw auch zur privaten Nutzung zur Verfügung. Der Kläger war in der Zeit vom 03.03.2008 bis einschließlich 14.12.2008 arbeitsunfähig erkrankt. Der Entgeltfortzahlungsanspruch endete am 13.04.2008. Auf Verlangen der Beklagten gab der Kläger den Pkw am 13.11.2008 an diese zurück. Die Beklagte überließ dem Kläger erst nach Wiederaufnahme der Arbeit am 18.12.2008 den Dienstwagen auch zur privaten Nutzung. Der Kläger verlangt Nutzungsausfallentschädigung für den Zeitraum vom 13.11. bis 15.12.2008.

Die Entscheidung

Das BAG hat einen entsprechenden Anspruch des Klägers verneint. Es stellt fest, dass für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit der Arbeitgeber grundsätzlich den Dienstwagen während der Dauer der Entgeltfortzahlungspflicht gewähren muss. Danach kann er ihn jedoch herausverlangen, sofern sich nichts anderes aus einer vertraglichen Vereinbarung ergibt. Das BAG verneinte einen vertragswidrigen Entzug des Pkws, da der Arbeitnehmer außerhalb des Zeitraums des § 3 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz keinen Arbeitsentgeltanspruch habe.

Die Rechtsprechung des BAG entspricht der in der Praxis bisher weithin verbreiteten Auffassung und überrascht daher nicht. Nicht zu entscheiden, aber wesentlich umstrittener ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Dienstwagen auch vor Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums zurückgefordert werden kann. Entsprechende vertragliche Regelungen finden sich zumeist für Fälle der Freistellung nach erfolgter Kündigung. Derartige Regelungen können jedoch nur rechtswirksam sein, wenn ein (1) wirksamer Widerrufsvorbehalt, insbesondere unter konkreter Nennung der Widerrufsründe vereinbart wurde (vgl. hierzu BAG, Urteil vom 13.04.2010 – 9 AZR 113/09) und (2) die Freistellung rechtswirksam erfolgt ist. Darüber hinaus ist umstritten, ob bei derartigen Konstellationen eine Entschädigung in Höhe des geldwerten Vorteils zu zahlen ist.

Praktikerhinweis:

1. Fällt der Arbeitnehmer aus der Entgeltfortzahlung, so besteht kein Anspruch auf Überlassung des Dienstwagens zur privaten Nutzung. Der Arbeitgeber kann den Dienstwagen herausverlangen. Trotz der Rechtsprechung des BAG empfiehlt sich die Aufnahme einer entsprechenden arbeitsvertraglichen Klausel, um Streitigkeiten zu vermeiden. Der Arbeitnehmer weiß in diesem Fall, was auf ihn zukommen kann.
2. Will sich der Arbeitgeber das Recht vorbehalten, die private Nutzung des Dienstwagens auch in anderen Fällen zu widerrufen, so bedarf es hierzu einer vertraglichen, die Widerrufsründe konkret bezeichnenden Regelung.
3. Die Vereinbarung einer umfassenden, auch Punkte wie Haftung, Nutzung durch Dritte etc. berücksichtigende Dienstwagenregelung dient der Vermeidung von Streitigkeiten.

Thomas Krebs

**Fristbeginn nach § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB für eine außerordentliche Kündigung
BAG, Urteil vom 25.11.2010, 2 AZR 171/09**

Die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB beginnt, wenn der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis von den maßgebenden Tatsachen hat und ihm deshalb eine fundierte Entscheidung über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses möglich ist. Zu den maßgeblichen Tatsachen gehören auch solche Aspekte, die für den Arbeitnehmer sprechen. Diese lassen sich regelmäßig nicht ohne eine Anhörung des Arbeitnehmers erfassen. Der Kündigungsberechtigte, der bislang nur Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu laufen beginnt. Im Regelfall darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer deshalb noch zu dem Ermittlungsbericht einer Detektei befragen.

Der Sachverhalt

Der knapp 40-jährige Arbeitnehmer war in der Einsatzsteuerung des städtischen Abfallwirtschaft-Eigenbetriebes tätig. Nach Hinweisen auf illegale Abfallentsorgungen beauftragte der Arbeitgeber eine Detektei mit verdeckten Ermittlungen. Der schriftliche Bericht mit entsprechenden Videoaufnahmen der Detektei belegte die wiederholten illegalen Müllentsorgungen unter Beteiligung des auf den Arbeitnehmer zugelassenen Fahrzeugs einerseits und städtischen Müllfahrzeugen anderer-

seits. Der Bericht war am 8.11. dem Arbeitgeber übergeben worden. Am 14.11. hörte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer, der die Vorwürfe bestritt, dazu an und kündigte nach entsprechender Personalratsbeteiligung das über 17 Jahre bestehende Arbeitsverhältnis am 28.11. fristlos.

Die Entscheidung

In seiner Entscheidung machte das Bundesarbeitsgericht klar, dass der Arbeitnehmer durch seine mehrfache Beteiligung an der umfänglichen illegalen Müllentsorgung ausreichend Gründe zur außerordentlichen Kündigung gegeben hatte. Blieb die Frage, ob diese Kündigung vom 28.11. noch innerhalb der 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB erklärt wurde, obwohl der Detekteibericht vom 8.11. schon 20 Tage vorher dem Arbeitgeber übergeben worden war.

Das Bundesarbeitsgericht stellt klar, dass diese Frist erst dann zu laufen beginnt, wenn dem Arbeitgeber alle maßgeblichen Tatsachen bekannt sind, die ihm eine fundierte Entscheidung über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen. Zu diesen maßgeblichen Tatsachen gehören alle für, aber auch gegen die Kündigung sprechenden Umstände. Aus einer Anhörung des Arbeitnehmers zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen können sich in der Regel solche für den Arbeitnehmer selbst sprechende Aspekte ergeben. Deshalb darf der Arbeitgeber im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens eine solche Anhörung mit einbeziehen, ohne dass die gesetzliche Verwirkungsfrist nach § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB zu laufen beginnt. Dabei ist unbeachtlich, ob eine solche Anhörung oder andere vom Arbeitgeber zum Kündigungssachverhalt angestellte zusätzliche Ermittlungen tatsächlich eine weitere Aufklärung des Kündigungssachverhalts gebracht haben oder völlig überflüssig waren. Hauptsache, sie entsprachen dem pflichtgemäßen Ermessen des Arbeitgebers.

Praktikerhinweis:

Auch wenn dem Arbeitgeber schon viele kündigungsrelevante Informationen vorliegen, kann er zügig im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens zusätzliche Ermittlungen veranlassen, um eine zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen zu erhalten. Erst wenn diese weiteren Ermittlungen durchgeführt sind – egal ob mit oder ohne weitere aufklärende Erkenntnisse –, beginnt die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB zu laufen.

Klaus Uwe Benneter

Vorsicht geboten bei Vertragsklausel zur pauschalen Abgeltung von Überstunden**Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 01.09.2010, 5 AZR 517/09**

Die AGB-Klausel "erforderliche Überstunden sind mit dem Monatsgehalt abgegolten" genügt nicht dem Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB), wenn sich der Umfang der danach ohne zusätzliche Vergütung zu leistenden Überstunden nicht hinreichend deutlich aus dem Arbeitsvertrag ergibt.

Der Sachverhalt

Der Kläger war bei der Beklagten als Leiter des Hochregallagers tätig. Die Parteien hatten ein monatliches Bruttogehalt von € 3.000 vereinbart. Der formularmäßige Arbeitsvertrag enthielt u.a. folgende Regelungen:

„Das Bruttogehalt bezieht sich auf 45 Arbeitsstunden wöchentlich. Davon sind 38 Normalstunden und sieben Mehrarbeitsstunden ... Mit der vorstehenden Vergütung sind erforderliche Überstunden des Arbeitnehmers mit abgegolten.“

Die Beklagte führte für den Kläger ein Arbeitszeitkonto. Alle über die Sollarbeitszeit von 45 Wochenstunden hinausgehenden Arbeitsstunden wurden dem Arbeitszeitkonto als „Mehrarbeit“ gutgeschrieben. Im laufenden Arbeitsverhältnis wurden diese Mehrarbeitsstunden teilweise durch Freizeit ausgeglichen. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses wies das Arbeitszeitkonto des Klägers ein Guthaben von 102 Mehrarbeitsstunden aus, deren Vergütung in Höhe von € 1.565,70 er sodann verlangte. Seine Klage hatte in allen Instanzen Erfolg.

Die Entscheidung

Der Kläger hat einen Anspruch auf die geltend gemachte Zusatzvergütung nebst Zinsen, weil die Vertragsklausel zur pauschalen Abgeltung der Überstunden, die über seine Sollarbeitszeit hinausgehen, unwirksam ist. Die Klausel verstößt gegen das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Eine rechtswirksame Klausel muss im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers so klar und präzise wie möglich umschreiben. Eine die pauschale Vergütung von Überstunden/Mehrarbeit regelnde Klausel ist nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen von ihr erfasst werden sollen. Der Umfang der Leistungspflicht muss so bestimmt sein, dass der Arbeitnehmer bereits bei Vertragsschluss erkennen kann, was ggf. „auf ihn zukommt“ und welche Leistung er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss. Ist eine Pauschalisierungsklausel unklar, so besteht die Gefahr, dass der Arbeitnehmer irrig annimmt, dass er keinen Anspruch auf Überstundenvergütung hat.

Nach diesen Grundsätzen verstößt die Klausel im Arbeitsvertrag des Klägers gegen das Transparenzgebot und das daraus abzuleitende Bestimmtheitsanforderung. In dem Arbeitsvertrag ist der Umfang der abgegoltenen Überstunden in keiner Weise definiert; insbesondere lässt sich weder der Klausel selbst noch den übrigen arbeitsvertraglichen Bestimmungen eine Begrenzung auf die nach § 3 ArbZG zulässige Höchst Arbeitszeit entnehmen. Danach war die Abgeltungsklausel unwirksam.

Praktikerhinweis:

Zur Vermeidung böser Überraschungen bezüglich nachträglich eingeforderter Vergütung von Überstundenguthaben empfiehlt sich eine Überprüfung der bisher verwendeten Vertragsklauseln zur pauschalen Abgeltung von Mehrarbeit/Überstunden. Unter Berücksichtigung des Transparenzgebots ist es notwendig, den Umfang der pauschal abgegoltenen Überstunden wenigstens annähernd zu begrenzen. Bei Arbeitnehmern ebenso wie bei leitenden Angestellten stellt die Höchst Arbeitszeit des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) die äußerste Grenze dar. Bei eventuellem Änderungsbedarf Ihrer Vertragsklauseln leisten wir gerne Hilfestellung.

Ute Bilger-Jung

**Entscheidungen der
Instanzgerichte**

Entwarnung bei Betriebsübergang: Erwerber haftet nicht für rückständige Sozialversicherungsbeiträge

Bayerisches Landessozialgericht, Beschluss vom 28.01.2011, L 5 R 848/10 B ER

Ergibt eine Betriebsprüfung durch die Rentenversicherung eine Beitragsnachforderung wegen nicht entrichteter Sozialversicherungsbeiträge für die Zeit vor einem Betriebsübergang, so kann der Betriebserwerber dafür nicht in Anspruch genommen werden.

Der Sachverhalt

Dem vierjährigen Turnus entsprechend hatte die Rentenversicherung ein Zeitarbeitsunternehmen geprüft und die beitragsfreie Behandlung von Aufwandsersatzleistungen moniert, weil diese nicht zusätzlich zum Arbeitsentgelt, sondern an dessen Stelle gezahlt worden seien. In der Nachforderungssumme von € 1,7 Mio. waren rund € 950.000 enthalten, die aus Beschäftigungsverhältnissen in der Zeit vor einem Betriebsübergang nach § 613a BGB herrührten. Der Betriebserwerber wandte sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen seine Inanspruchnahme für den letztgenannten Teil der rückständigen Beitragsschuld.

SG und LSG gaben dem Betriebserwerber hinsichtlich der übergebenen Arbeitsverhältnisse recht.

Die Entscheidung

Die Rentenversicherung kann den Betriebserwerber nicht für Beitragsschulden des Betriebsveräußerers in Anspruch nehmen. Die Beitragsschulden sind insbesondere nicht im Wege des Betriebsübergangs nach § 613a BGB auf den Betriebserwerber übergegangen.

Zwar gehen bei einem Betriebsübergang gemäß § 613a BGB die Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten auf den Betriebserwerber über. Dazu gehören jedoch nicht eventuelle Beitragsrückstände zur Sozialversicherung, für die der Arbeitgeber gegenüber den Sozialversicherungsträgern einzustehen hat.

Die rückständigen Beiträge sind auch hinsichtlich der Arbeitnehmerbeiträge keine Verpflichtung des Arbeitgebers aus dem laufenden Arbeitsverhältnis. Die Regelung des § 613a BGB ist dem Sonderprivatrecht der Arbeitsverhältnisse zuzuordnen und erfasst nicht die öffentlich-rechtlich begründeten Beitragspflichten nach dem Sozialgerichtsbuch (SGB) IV.

Eine Haftung des Betriebserwerbers ergibt sich auch nicht aus der Richtlinie 2001/23/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen. Ebenso wenig stellt § 25 HGB (Haftung bei Firmenfortführung) eine Haftungsgrundlage dar, da sich diese Vorschrift nur auf die Geschäftsverbindlichkeiten des Betriebs bezieht und nicht auf die öffentlich-rechtlichen Beiträge zur Sozialversicherung.

Praktikerhinweis:

Der Beschluss des bayerischen LSG schafft Klarheit bezüglich der beitragsrechtlichen Folgen eines Betriebsübergangs.

Wenngleich ein Betriebserwerber nach der Entscheidung kein Risiko eingeht bezüglich rückständiger, in der Zeit vor dem Betriebsübergang angefallener Beitragsleistungen zur Sozialversicherung, wird er dennoch gut daran tun, im Rahmen der Due Diligence Prüfung vor dem Betriebserwerb die sozialversicherungsrechtliche Behandlung von Arbeitgeberleistungen an die Arbeitnehmer des Zielobjekts näher zu untersuchen. Bei unveränderter Fortführung der unrichtigen Behandlung von Arbeitgeberleistungen hat nämlich der Betriebserwerber ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs allein und in voller Höhe für rückständige Sozialversicherungsbeiträge einzustehen.

Ute Bilger-Jung

*Arbeitsrecht
in der Praxis***Q&A zum betrieblichen Datenschutzbeauftragten (bD) bei nicht öffentlichen Institutionen****1. Wer muss einen bD bestellen?**

Unternehmen, Freiberufler und Verbände müssen unabhängig von der Gesamtzahl der Arbeitnehmer in ihrem Betrieb einen bD bestellen, sobald

- mindestens fünf Arbeitnehmer personenbezogene Daten mit Hilfe von EDV-Anlagen verarbeiten und zwar innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit
- wenn mindestens 20 Arbeitnehmer in nicht automatisierter Form personenbezogene Daten verarbeiten
- wenn automatisierte Verfahren, für die eine Vorabkontrolle nötig ist, angewandt werden. Nach der Bestellung eines bD entfällt die Meldepflicht von automatisierten Verfahren bei der zuständigen Datenschutzbehörde.
- personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zwecke der Übermittlung oder anonymisierten Übermittlung erhoben, verarbeitet oder genutzt werden.

In der Regel genügt pro Institution ein bD; bei großen Institutionen mit vielen Zweigstellen kann es organisatorisch ratsam und in der Praxis üblich sein, Unterbeauftragte zu ernennen, die nach seiner Leitung die Kontrolle vor Ort ausüben.

2. Wird ein Verstoß gegen die Pflicht zur Bestellung sanktioniert?

Ja. Unterlässt es ein Arbeitgeber vorsätzlich oder fahrlässig einen bD (rechtzeitig) zu bestellen, stellt dies eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einer Geldbuße bis zu € 50.000 belegt werden kann.

3. Welche persönlichen Voraussetzungen benötigt der bD?

Zum bD darf nur bestellt werden, wer die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit besitzt. Fachkunde setzt technische, rechtliche und organisatorische Kenntnisse voraus. Sind die erforderlichen Qualifikationen zum Zeitpunkt der Bestellung nicht vorhanden, müssen diese unverzüglich nachgeholt werden. Zuverlässigkeit erfordert eine Einzelfallbeurteilung, zu der regelmäßig persönliche Voraussetzungen wie sorgfältige und gründliche Arbeitsweise, Gewissenhaftigkeit, Lernfähigkeit und Fähigkeit zur Lösung von Konflikten gehören.

Dem bD steht ein Fortbildungsanspruch auf Kosten des Arbeitgebers zu.

4. Auf welche Umstände im Betrieb ist bei der Auswahl noch zu achten?

Zu einem bD darf nicht berufen werden, wer durch die Bestellung in übermäßige Interessenkonflikte geraten würde. Inkompatibel sind daher einerseits wesentliche Unternehmensfunktionen wie Inhaber, Geschäftsführer, Personal- und IT-Leiter als auch andererseits Mitarbeiter, die im Betrieb eng mit der operativen Datenverarbeitung betraut sind. Dagegen können Mitarbeiter der Rechtsabteilung, der Innenrevision und der Organisation zum bD bestellt werden.

5. Unterliegt die Bestellung zum bD dem Direktionsrecht des Arbeitgebers?

Nein. Die Bestellung zum bD wird nicht vom Direktionsrecht umfasst, sondern erfordert eine Vertragsänderung. Mit der Zustimmung des Mitarbeiters zur Berufung als bD wird der Inhalt seines Arbeitsvertrages um eine zusätzliche Arbeitsaufgabe ergänzt. Umgekehrt erfordert der Widerruf der Bestellung gleichzeitig eine Teilkündigung hinsichtlich der Aufgaben des Datenschutzbeauftragten.

Die Bestellung ist weiter von der Beteiligung des Betriebsrates abhängig, der bei Fehlen der Fachkunde und Zuverlässigkeit seine Zustimmung verweigern kann.

6. Kann auch ein Externer zum bD bestellt werden?

Mit der Aufgabe eines bD kann auch eine Person außerhalb des Unternehmens beauftragt werden, dem die Datenverantwortung obliegt. Der Arbeitgeber muss aber sicherstellen, dass der bD ebenso wie ein interner Mitarbeiter seinen Aufgaben sachgerecht nachgehen kann, und er muss ihn bei der Durchführung seiner Aufgaben unterstützen, d. h. er muss ihm Zugang zu den EDV-Systemen und Einsicht in alle relevanten Unterlagen geben.

7. Welches sind die Aufgaben des betrieblichen Datenschutzbeauftragten?

Der bD hat sicherzustellen, dass die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes sowie anderer Vorschriften über den Datenschutz einschließlich der Normen aus Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen eingehalten werden. Er prüft insbesondere die Zulässigkeit der Datenverarbeitung, die technischen und organisatorischen Maßnahmen zur Verhinderung von Datenmissbrauch und die Sicherstellung des Rechts der Beschäftigten auf Benachrichtigung, Auskunft, Berechtigung und Löschung. Zur Übersicht dokumentiert er die eingesetzten Datenverarbeitungsanlagen, die Bezeichnung und Art der geführten Dateien, die Art der gespeicherten Daten, die Zwecksetzung der Datenverarbeitung und die zugriffsberechtigten Personen. Der bD ist der Ansprechpartner der Beschäftigten in Datenschutzfragen. Er unterliegt bezüglich seiner Tätigkeit der Pflicht zur Verschwiegenheit, so dass Mitarbeiter nichts befürchten müssen, wenn sie sich in Datenschutzangelegenheiten an ihn wenden. Der bD hat selbst keine eigenständige Entscheidungsbefugnis, denn nicht er, sondern der Arbeitgeber ist für die Verarbeitung der Daten verant-

wortlich. Er kann deshalb weder den Arbeitgeber noch andere Mitarbeiter im Unternehmen anweisen, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen. Bei Missachtung seiner Ratschläge hat aber die Möglichkeit, sich an die Aufsichtsbehörde, d.h. in der Regel den Landesbeauftragten für den Datenschutz, zu wenden.

Auch die Unterweisung und Schulung des mit der Datenverarbeitung befassten Personals gehört zu seinen Aufgaben. Er hat festzulegen, welche geeigneten Schulungsmaßnahmen, beispielsweise Rundbriefe, Dienstbesprechungen und Fortbildungsveranstaltungen, erforderlich sind. Bei der Aus- und Fortbildung hat er das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates zu beachten.

8. Wie unabhängig ist die Rechtsstellung des bD?

Der bD hat eine weitgehend unabhängige Rechtsstellung. Er ist unmittelbar der Geschäftsleitung unterstellt und hat das Recht und die Pflicht, sich mit Anregungen und Kritik direkt an die Geschäftsleitung zu wenden. Bei der Durchführung seiner Kontrolle ist der bD in Ausübung seiner Fachkunde weisungsfrei, d.h. der Arbeitgeber darf nicht in seine überwachende Tätigkeit eingreifen. Obwohl der bD die wohlverstandenen Betriebsinteressen zu berücksichtigen hat, stehen im Vordergrund seiner Tätigkeit die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung im Betrieb und der Grundrechtsschutz der zu verarbeitenden Daten.

Der bD darf wegen der Wahrnehmung seiner Aufgabe nicht benachteiligt werden. Er unterliegt seit der BDSG-Novelle 2009 einem besonderen Kündigungsschutz; das Arbeitsverhältnis eines zwingend zu bestellenden Datenschutzbeauftragten darf nur beim Vorliegen von Tatsachen beendet werden, die zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen. Bei vertragsgemäßer Beendigung des Amtes eines Datenschutzbeauftragten, der zugleich Arbeitnehmer des Unternehmens ist, greift zusätzlich ein einjähriger Kündigungsschutz als Arbeitnehmer, sofern nicht eine Kündigung aus wichtigem Grund in Betracht kommt.

9. Wie ist das Verhältnis des bD zum Betriebsrat?

Der bD ist umfassend in die Datenverantwortung der jeweiligen Institution eingebunden. Zum Datenschutzrecht in einem Unternehmen gehören auch die Informations- und Beteiligungsrechte des Betriebsrates, dessen Recht auf Akteneinsicht, sowie Betriebsvereinbarungen und die Spruchpraxis von Einigungsstellen mit Datenschutzbezug. Auch der Betriebsrat unterliegt, soweit er Daten verarbeitet, der Kontrolle des bD. Andererseits ist der Betriebsrat der natürliche Partner des bD, da auch er die Einhaltung von Gesetzen zugunsten der Arbeitnehmer überwacht und bei der Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, die zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle geeignet sind, mitbestimmt. Ein ausdrückliches Mitbestimmungsrecht bei der Durchführung des Datenschutzes besteht hingegen nicht.

10. Wem gegenüber haftet der Datenschutzbeauftragte?

Der bD haftet nach arbeitsvertraglichen Grundsätzen für sorgfältige und gewissenhafte Durchführung der ihm übertragenen Aufgaben gegenüber seinem Arbeitgeber. Eine vertragliche Haftung gegenüber einem in die Interessenwahrnehmung der Datenschutzkontrolle einbezogenen Betroffenen wird überwiegend abgelehnt. Eine deliktische Haftung des bD wegen von ihm nicht gerügter und nicht abgestellter Datenschutzverstöße ist zwar denkbar, wird aber in der Regel an der Ursächlichkeit oder Vorwerfbarkeit scheitern, weil die Letztentscheidung des Datenschutzes bei der Unternehmensleitung liegt. Die strafrechtlich relevante Garantenstellung, wie sie die Rechtsprechung für den Compliance-Verantwortlichen im Unternehmen annimmt, ist bisher auf den Datenschutzverantwortlichen nicht ausgedehnt worden.

Reinhold Kopp

Über diesen Newsletter

Die Autoren dieser Ausgabe sind in der Praxisgruppe Employment and Human Resources unserer Kanzlei tätig.

Mit unserem Newsletter möchten wir unsere Mandanten und interessierte Dritte über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur informieren. Sollten Sie an diesen Informationen nicht interessiert sein, bitten wir Sie, uns dies per E-Mail mitzuteilen.

Sofern Sie zu bestimmten Themen oder zum Newsletter insgesamt Fragen oder Anregungen haben, können Sie sich jederzeit gerne an die Ihnen bekannten Ansprechpartner wenden. Gerne greifen wir auch Ihre Ideen für künftige Beiträge oder weitere Empfänger des Newsletters auf. Bitte wenden Sie sich an: reinhold.kopp@heussen-law.de (Büro Berlin), ralf.busch@heussen-law.de oder renate.dendorfer@heussen-law.de (Büro München), georg-ludwig.schleder@heussen-law.de (Büro Frankfurt) oder ute.bilger-jung@heussen-law.de (Büro Stuttgart).

Weitere Informationen

Besuchen Sie auch unsere Homepage unter der URL <http://www.heussen-law.de>

Herausgeber

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
 Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB: 46524

Geschäftsführung:

Christoph Hamm

Verantwortlich i.S.d. MDStV und des Presserechts:

Dr. Ralf Busch
 Prof. Dr. Renate Dendorfer LL.M. MBA
Büro München:
 Brienner Straße 9 / Amiraplatz
 80333 München
 Telefon: +49 (0) 89 29 09 7-0
 Telefax: +49 (0) 89 29 09 7-200

Ludwig Schleder
Büro Frankfurt:
 Platz der Einheit 2
 60327 Frankfurt am Main
 Telefon: +49 (0) 69 15 242-0
 Telefax: +49 (0) 69 15 242-111

Ute Bilger-Jung
Büro Stuttgart:
 Friedrichstraße 14
 70174 Stuttgart
 Telefon: +49 (0) 711 2 28 40-0
 Telefax: +49 (0) 711 2 28 40-111

Reinhold Kopp
Büro Berlin:
 Lise-Meitner-Straße 1
 10589 Berlin
 Telefon: +49 (0) 30 7009 49-10
 Telefax: + 49 (0) 30 7009 49-89

Haftungsausschluss

Dieser Newsletter stellt ausgewählte Themen aus dem Arbeitsrecht im Überblick dar und ersetzt nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall. Wir bitten um Ihr Verständnis dafür, dass wir für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Angaben trotz sorgfältiger Recherche keine Haftung übernehmen.