Arbeitsvertragsrecht

RAin Sabrina Fehr / RA/FAArbR Dr. Joachim Wichert, beide Frankfurt/M.

»DB1393589

Elektronische Signatur zur Erstellung arbeitsrechtlicher Dokumente

– Arten elektronischer Signaturen und einzelne Anwendungsbeispiele –

RAin Sabrina Fehr und **RA/FAArbR Dr. Joachim Wichert** sind tätig bei aclanz Rechtsanwälte in Frankfurt/M.
Kontakt: autor@der-betrieb.de

Auch im Arbeitsleben ist der Wunsch nach papierlosen Verträgen groß. Technisch ist das ohne Weiteres möglich: Mittels elektronischer Signaturen können Verträge unabhängig vom jeweiligen Aufenthaltsort der Unterzeichner geschlossen und abgespeichert werden. Es ist dann nicht erforderlich, Dokumente auszudrucken, zu unterzeichnen und auf dem Postweg oder mittels Kurier zu versenden, um diese dann – nach Gegenzeichnung – zurück auf den Weg zu bringen, beim Empfänger einzuscannen und in der Akte abzuspeichern. Stehen dem gesetzliche Formvorschriften entgegen?

I. Einführung

Für die Verwendung elektronischer Signaturen besteht ein praktisches Bedürfnis und sie sind technisch längst möglich, daher werden sie zunehmend genutzt, auch im Arbeitsleben. Zuletzt häufen sich allerdings Rechtsstreitigkeiten vor den Arbeitsgerichten, die den Vertragsabschluss per elektronischer Signatur zum Gegenstand haben. In dem Rechtsstreit vor dem ArbG Berlin vom 28.09.2021[1] sollte ein Arbeitnehmer befristet als Mechatroniker eingestellt werden. Den Arbeitsvertrag unterzeichneten die Parteien unter Einsatz des Tools e-sign mittels einer fortgeschrittenen elektronischen Signatur. Ähnliche Probleme hat der Lieferdienst Gorillas. Laut Tagesspiegel klagen 17 Fahrradkuriere auf Entfristung ihrer Arbeitsverträge.[2] Auch hier erfolgte der Vertragsschluss mittels einer elektronischen Signatur.

Es stellt sich daher die Frage, wie rechtssicher der Abschluss arbeitsvertraglicher Dokumente unter Verwendung elektronischer Signaturen ist. Können Verträge nach der derzeitigen Rechtslage wirksam elektronisch geschlossen werden? Wenn ja, was gilt es zu beachten? Welche Sonderfälle gibt es, in denen elektronische Signaturen nicht verwendet werden dürfen oder sollten?

II. Arten der elektronischen Signatur

Elektronische Signaturen sind definiert in der eIDAS-VO.[3] eIDAS steht für „*electronic IDentification, Authentication and Trust Services*". Sie bietet eine europaweit einheitliche Grundlage für den Einsatz von Vertrauensdiensten und elektronischer Identifizierung.[4]

Die eIDAS-VO kennt drei Formen:

- die einfache elektronische Signatur,
- die fortgeschrittene elektronische Signatur und
- die qualifizierte elektronische Signatur.

Diese Formen unterscheiden sich hinsichtlich der technischen Anforderungen und der Sicherheit der Identität des Unterzeichners.

Eine einfache elektronische Signatur[5] kann z.B. der Namenszug unter einer E-Mail sein oder eine eingescannte Unterschrift. Die einfache elektronische Signatur ist anwenderfreundlich. Sie kann bequem am PC, Tablet oder Smartphone erfolgen. Zumeist können Unterzeichner wählen, ob sie für ihren Namen einen vorgegebenen Schriftzug verwenden möchten oder per Mouse oder Touchpad ihre Unterschrift in das Dokument setzen. Die Authentifizierung erfolgt über die E-Mail-Adresse, an die das zu unterzeichnende Dokument versandt wird.[6]

Weiterhin kennt die eIDAS-VO zwei Arten von zertifikatbasierten Signaturen, die fortgeschrittene[7] und die qualifizierte[8] elektronische Signatur. Beide erfordern eine Legitimationsprüfung, wobei die Sicherheits- bzw. Vertrauensstufen unterschiedlich ausgestaltet sind. Verglichen mit der einfachen Signatur gibt es mindestens eine zusätzliche Authentifizierungsstufe. Diese kann z.B. dadurch erfüllt werden, dass der Unterzeichner zur Signatur eines Dokuments einen PIN-Code eingeben muss, den er zuvor von dem Anbieter per SMS erhalten hat.[9]

Die höchste Sicherheits- bzw. Vertrauensstufe bietet die qualifizierte elektronische Signatur. Technisch muss diese Signatur (zusätzlich zu den Anforderungen an eine fortgeschrittene elektronische Signatur) durch eine qualifizierte Signaturerstellungseinheit generiert werden und auf einem qualifizierten Zertifikat beruhen.

Vor allem aber erfolgt bei der qualifizierten elektronischen Signatur die Feststellung der Identität des Unterzeichners durch einen qualifizierten Vertrauensdiensteanbieter i.S.v. Art. 24 Abs. 1 eIDAS-VO. Nur bei dieser Form der Signatur wird geprüft und festgestellt, dass der aus dem Dokument hervorgehende Unterzeichner er selbst ist.

1 ArbG Berlin vom 28.09.2021 – 36 Ca 15296/20, DB 2021 S. 2843.
2 Tagesspiegel vom 21.09.2021, s.u. https://fmos.link/11741 (Abruf: 14.12.2021).
3 Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.07.2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG.
4 BSI, eIDAS-Verordnung, s.u. https://fmos.link/11742 (Abruf: 14.12.2021).
5 Unter einer elektronischen Signatur sind gem. Art. 3 Ziff. 10 eIDAS-VO sämtliche „Daten in elektronischer Form, die anderen elektronischen Daten beigefügt oder logisch mit ihnen verbunden werden und die der Unterzeichner zum Unterzeichnen verwendet" zu verstehen.
6 DocuSign, s.u. https://fmos.link/11743 (Abruf: 14.12.2021).
7 Die fortgeschrittene elektronische Signatur muss folgende Voraussetzungen erfüllen (vgl. Art. 26 eIDAS-VO): Sie ist eindeutig dem Unterzeichner zugeordnet; sie ermöglicht die Identifizierung des Unterzeichners; sie wird unter Verwendung elektronischer Signaturerstellungsdaten erstellt, die der Unterzeichner mit einem hohen Maß an Vertrauen unter seiner alleinigen Kontrolle verwenden kann; und sie ist so mit den auf diese Weise unterzeichneten Daten verbunden, dass eine nachträgliche Veränderung der Daten erkannt werden kann.
8 Gem. Art. 3 Ziff. 12 eIDAS-VO ist die qualifizierte elektronische Signatur „eine fortgeschrittene elektronische Signatur, die von einer qualifizierten elektronischen Signaturerstellungseinheit erstellt wurde und auf einem qualifizierten Zertifikat für elektronische Signaturen beruht."
9 Vgl. Fn. 6.

Diesen hohen Anforderungen entsprechend, legen Art. 25 Abs. 2 und 3 eIDAS-VO als Rechtswirkung für die qualifizierte elektronische Signatur fest:

> „(2) Eine qualifizierte elektronische Signatur hat die gleiche Rechtswirkung wie eine handschriftliche Unterschrift.
> (3) Eine qualifizierte elektronische Signatur, die auf einem in einem Mitgliedstaat ausgestellten qualifizierten Zertifikat beruht, wird in allen anderen Mitgliedstaaten als qualifizierte elektronische Signatur anerkannt."

Ob ein Anbieter oder vielmehr sein System die Anforderungen an eine qualifizierte elektronische Signatur erfüllt, wird in Deutschland durch die Bundesnetzagentur geprüft. Auf deren Website ist etwa die Deutsche Post AG als qualifizierter Vertrauensdiensteanbieter aufgeführt.[10] Bei ihr erfolgt die Identitätsfeststellung im Wege des Video-Ident-Verfahrens. Der Unterzeichner benötigt einen Ausweis oder Reisepass mit holografischen Merkmalen. Er signiert sein Dokument qualifiziert elektronisch über eine Handy-TAN.[11]

Weitere qualifizierte Vertrauensdiensteanbieter sind auf der „Trusted List" (Vertrauensliste) zu finden, die von der EU-Kommission zur Verfügung gestellt wird.[12] Z.B. der Anbieter DocuSign ist dort aufgeführt. Er wirbt auf seiner Website damit, dass innerhalb der EU alle Arten von elektronischen Signaturen angeboten werden können, einschließlich fortgeschrittener und qualifizierter Signaturen.[13]

III. Schriftformerfordernis bei verschiedenen arbeitsrechtlichen Dokumenten

Wann darf nun welche Form der elektronischen Signatur beim Abschluss arbeitsrechtlicher Dokumente verwendet werden? Bei welchen Vorgängen ist die Verwendung elektronischer Signaturen ausgeschlossen?

1. Grundsatz: § 126 BGB

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Fragen ist § 126 BGB. Danach gilt im Bürgerlichen Gesetzbuch der Grundsatz der Formfreiheit: Verträge bedürfen nur dann der Schriftform, wenn eine Norm dies ausdrücklich bestimmt. Ebenso kann die Schriftform durch die elektronische Form ersetzt werden (vgl. § 126 Abs. 3 BGB), es sei denn, es ergibt sich aus dem Gesetz etwas anderes.

Es ist also in einem ersten Schritt zu prüfen, ob das Gesetz kein Formerfordernis oder nur Textform gem. § 126b BGB vorsieht. In diesem Fall können Verträge unter Verwendung der (mindestens) einfachen elektronischen Signatur geschlossen werden.[14]

Schreibt das Gesetz Schriftform vor, schließt es aber die elektronische Form aus, kann keine der Signaturmöglichkeiten (auch nicht die qualifizierte elektronische Signatur) verwendet werden. Besteht ein gesetzliches Schriftformerfordernis, ohne dass die elektronische Form ausgeschlossen ist, kann allein die qualifizierte elektronische Signatur dieses wahren (vgl. § 126a Abs. 1 BGB). Denn die rechtliche Gleichstellung der elektronischen Form mit dem Schriftformerfordernis setzt voraus, dass die Identität des Ausstellers einer Erklärung ermittelt, deren Echtheit überprüft und damit ein Schutz gegen Fälschungen sichergestellt werden kann.[15] Allerdings ist die Erstellung dieser qualifizierten elektronischen Form technisch kompliziert und schwerfällig, weswegen sie sich im Privatrechtsverkehr bislang nicht durchgesetzt hat.[16]

2. Arbeitsvertrag

Für den Abschluss eines Arbeitsvertrags bedeutet dies Folgendes: Da der Arbeitsvertrag im Regelfall keiner besonderen Form bedarf,[17] kann er mittels einfacher, fortgeschrittener oder qualifizierter elektronischer Signatur wirksam geschlossen werden.

Damit ist der Weg für die papierlose Akte aber nicht gänzlich frei. Den Arbeitgeber trifft aufgrund des Nachweisgesetzes die Pflicht, spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Gem. § 2 Satz 3 NachwG ist die elektronische Form (derzeit noch) ausdrücklich ausgeschlossen. Kopien, digitalisierte Ausfertigungen oder Fax- bzw. E-Mail-Zusendungen genügen deshalb nicht.[18]

Die Verpflichtung zur nachträglichen Niederlegung entfällt, wenn dem Arbeitnehmer, wie üblich, bereits ein schriftlicher Arbeitsvertrag ausgehändigt worden ist (§ 2 Abs. 4 NachwG). Dort ist die elektronische Form nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Ob dies dazu führt, dass der Arbeitsvertrag in qualifiziert elektronischer Form geschlossen werden kann oder ob § 2 Satz 3 NachwG auch insofern gilt, ist bislang wenig thematisiert.[19]

Bei der Dokumentationsverpflichtung des Nachweisgesetzes handelt es sich zwar nicht um ein konstitutives Formerfordernis, d.h. der Arbeitsvertrag ist auch bei Nichtbeachtung der Verpflichtungen aus dem Nachweisgesetz wirksam zustande gekommen. Auch ist die Durchsetzung nicht durch besondere Sanktionen gesichert.[20] Allerdings sind die im Zusammenhang mit dem Nachweisgesetz geregelten, vergleichbaren Sondervorschriften zum Teil bußgeldbewehrt (§ 16 Abs. 1 Nr. 8 AÜG, § 101 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BBiG).[21] Zudem hat der Arbeitnehmer einen einklagbaren Anspruch auf Aushändigung eines ordnungsgemäßen Nachweises. Schließlich können im Fall eines Rechtsstreits Nachteile bei der Beweisführung für den Arbeitgeber entstehen.[22]

Hinzuweisen ist noch auf eine unionsrechtliche Änderung: Ab August 2022 muss die EU-Richtlinie 2019/1152 umgesetzt werden, welche die Nachweisrichtlinie ersetzt. Der dortige Art. 3 lässt im Hinblick auf die Informationen über den Arbeitsvertrag die elektronische Form zu. Es ist damit zu rechnen, dass das Nachweisgesetz entsprechend angepasst wird.[23]

10 Bundesnetzagentur, Elektronische Vertrauensdienste, s.u. https://fmos.link/11744 (Abruf: 14.12.2021).
11 Deutsche Post, POSTIDENT E-Signing, s.u. https://fmos.link/11745 (Abruf: 14.12.2021).
12 EU-Kommission, e-Signature, s.u. https://fmos.link/11522, (Abruf: 14.12.2021).
13 Vgl. Fn. 6.
14 BT-Drucks. 14/4987 S. 20; Einsele, in: MünchKomm-BGB, 9. Aufl. 2021, § 125b Rn. 10.
15 Einsele, a.a.O. (Fn. 14), § 126 Rn. 2.
16 Dazu Staudinger/Hertel, Neubearb. 2017, § 126a Rn. 37; Noack/Kremer, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 126a Rn. 5 ff.
17 Spinner, in: MünchKomm-BGB, 8. Aufl. 2020, § 611a Rn. 560.
18 Kliemt, in: HWK, 9. Aufl. 2020, § 2 NachwG Rn. 5; Schaub, in: NK-GA, 1. Aufl. 2016, § 2 NachwG Rn. 17.
19 Dazu Norde/Stoecker/Wilde, NZA 2022 S. 8 (10 ff.).
20 Schaub, a.a.O. (Fn. 18), § 2 NachwG Rn. 16.
21 ErfK/Preis, 22. Aufl. 2022, § 2 NachwG Rn. 36; zum Thema Schriftform im Bereich AÜG Norde/Stoecker/Wilde, NZA 2022 S. 8.
22 Patora/Neugebauer, ArbRAktuell 2021 S. 565.
23 Vgl. Patora/Neugebauer, ArbRAktuell 2021 S. 565 (566); Norde/Stoecker/Wilde, NZA 2022 S. 8 (11); Maul-Sartori, NZA 2019 S. 1161 (1163).

3. Befristungsabrede

Vorsicht ist geboten bei befristeten Arbeitsverträgen. Die Befristungsabrede (und nur diese, nicht der gesamte Arbeitsvertrag) bedarf gem. § 14 Abs. 4 TzBfG zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Bei Nichtbeachtung droht dem Arbeitgeber als Rechtsfolge das Damoklesschwert der Entfristung gem. § 16 TzBfG.

Ob die Befristungsabrede wirksam in elektronischer Form geschlossen werden kann, regelt das Teilzeit- und Befristungsgesetz nicht. Ein ausdrückliches Verbot existiert also nicht, sodass nach der Gesetzessystematik von der Zulässigkeit der elektronischen Form – mit qualifizierter elektronischer Signatur – auszugehen sein dürfte.[24] Gleichwohl ist diese Frage mit Blick auf die Entstehungsgeschichte und die Gesetzesbegründung umstritten.[25] Höchstrichterlich ist sie noch nicht entschieden.

Das ArbG Berlin konnte dies in seinem Urteil vom 28.09.2021[26] mangels Entscheidungserheblichkeit dahinstehen lassen. In dem Fall war die Schriftform bereits deshalb nicht gewahrt, weil das zum Vertragsschluss verwendete Tool keine qualifizierte elektronische Signatur darstellte. Über die Entfristungsklagen der Fahrradkuriere der Gorillas entscheidet das ArbG Berlin voraussichtlich am 09.02.2022.[27] Es bleibt abzuwarten, ob diese Entscheidung(en) – wenn auch nur erstinstanzlich – etwas Rechtssicherheit bringen. Eine höchstrichterliche Klärung wird dauern.

Der sicherste Weg besteht derzeit darin, bei befristeten Arbeitsverträgen die Befristungsabrede in der Schriftform des § 126 BGB und nicht in elektronischer Form zu schließen. Wer das wirtschaftliche Risiko einer Entfristung für tragbar hält, z.B. weil der Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes nicht eröffnet ist oder Entfristungsklagen in der betreffenden Branche nicht üblich sind, mag das anders halten.

4. Kündigung oder Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Gesetzlich eindeutig geregelt ist die Rechtslage bei der Beendigung von Arbeitsverträgen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag. Hier ist gem. § 623 Hs. 2 BGB die elektronische Form ausgeschlossen; erforderlich ist eine physische Urkunde in der Form des § 126 BGB. Dies gilt übrigens auch, wenn die Arbeitsvertragsparteien eine Aufhebungs- oder Abwicklungsvereinbarung geschlossen haben, ggf. durch einen gerichtlichen Vergleich, und dem Arbeitnehmer das Recht zur vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingeräumt ist („Turboklausel").[28] Dieses Recht muss schriftlich in der Form des § 126 BGB ausgeübt werden; die elektronische Form ist ausgeschlossen.

Bedarf die Kündigung gem. § 174 BGB der Vollmacht, muss diese ebenfalls in Schriftform erteilt und dem Kündigungsschreiben beigefügt werden. Insbesondere genügt die Vorlage eines „Signing Log" über eine elektronisch erfolgte Signatur nicht.[29] Denn unter den zivilrechtlichen Begriff der Urkunde fallen nur solche verkörperten Erklärungen, die ohne die Verwendung technischer Hilfsmittel lesbar sind.[30]

5. Arbeitszeugnis

Eindeutig ist auch die Rechtslage beim Arbeitszeugnis. § 630 Satz 3 BGB regelt dazu: Die Erteilung eines Arbeitszeugnisses in elektronischer Form ist ausgeschlossen. Unzulässig ist damit auch ein mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehenes Arbeitszeugnis.

In diesem Zusammenhang noch folgender Hinweis: Auch eine Vereinfachung des Arbeitszeugnisses dadurch, dass es in Tabellenform erstellt wird, ist unzulässig. Begründung: Der wie ein Schulzeugnis aufgebauten tabellarischen Darstellungsform fehle die erforderliche Aussagekraft; sie erwecke (nur) den unzutreffenden Eindruck einer besonders präzisen und objektiven Beurteilung.[31]

6. Betriebsvereinbarung

Geklärt ist zwischenzeitlich die Rechtslage bei Betriebsvereinbarungen. Diese bedürfen gem. § 77 Abs. 2 BetrVG der Schriftform. In der seit dem 18.06.2021 geltenden Fassung darf diese durch die qualifizierte elektronische Signatur ersetzt werden. Zu beachten ist die Maßgabe des § 77 Abs. 2 Satz 3 BetrVG: Arbeitgeber und Betriebsrat müssen dasselbe Dokument signieren.[32] Ob die Betriebsparteien in der Praxis von der elektronischen Form Gebrauch machen, muss sich zeigen. Zweifel sind durchaus angebracht, da die qualifizierte elektronische Signatur technisch kompliziert und schwerfällig anmutet.[33]

Auch Beschlüsse der Einigungsstelle können in elektronischer Form niedergelegt werden; der Vorsitzende hat sie dann mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur zu versehen und den Betriebsparteien zuzuleiten (vgl. § 76 Abs. 3 Satz 4 BetrVG).

IV. Schlussbemerkung

Die Digitalisierung ist auch im Arbeitsrecht auf dem Vormarsch, derzeit allerdings mehr in technischer als in rechtlicher Hinsicht. Ein praktisches Bedürfnis danach besteht, Stichwort: papierloses Büro. Allerdings ist eine vollständige Umstellung nicht empfehlenswert. Das gilt vor allem für befristete Arbeitsverträge und Dokumente zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Zudem ist das Verfahren, Dokumente qualifiziert elektronisch zu signieren, unverhältnismäßig kompliziert und für die Praxis kaum brauchbar. Das liegt an den übertriebenen (absoluten) Anforderungen von Datenschutz und Datensicherheit. Hier bedarf es dringend anwenderfreundlicher Vereinfachungen.

Indes lässt sich nicht absehen, welche gesetzgeberischen Entwicklungen wann zu erwarten sind. Der Koalitionsvertrag der Ampel-Parteien gibt zumindest einen ersten Hinweis:

> „Deutschland braucht einen umfassenden digitalen Aufbruch. ... Digitalisierungshemmnisse (Schriftform u.a.) bauen wir mittels Generalklausel ab ..."[34]

Man darf gespannt sein, ob und wann solchen Ankündigungen Taten folgen.

24 APS/Backhaus, 6. Aufl. 2021, § 14 TzBfG Rn. 694; HWK/Rennpferdt, 9. Aufl. 2020, § 14 TzBfG Rn. 201.

25 Vgl. Wroblewski, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 11. Aufl. 2020, § 14 TzBfG Rn. 257; Patora/Neugebauer, ArbRAktuell 2021 S. 565 (566).

26 Vgl. Fn. 1.

27 Röstermundt, Human Resources Manager vom 29.11.2021, s.u. https://fmos.link/11746 (Abruf: 14.12.2021).

28 BAG vom 17.12.2015 – 6 AZR 709/14, DB 2016 S. 778.

29 OLG Stuttgart vom 31.03.2021 – 9 U 34/21, BeckRS 2021, 6282, Rn. 37; jurisPK-BGB/Weinland, Stand 02.12.2021, § 174 Rn. 11.1.

30 OLG Stuttgart vom 31.03.2021 – 9 U 34/21, a.a.O. (Fn. 29).

31 BAG vom 27.04.2021 – 9 AZR 262/20, DB 2021 S. 2363.

32 ErfK/Kania, 22. Aufl. 2022, § 77 BetrVG Rn. 19 mit Verweis auf BT-Drucks. 19/28899 S. 21 (zu Nr. 13).

33 Siehe Nachweise in Fn. 16.

34 Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, s.u. https://fmos.link/11749 (Abruf: 14.12.2021), S. 15.