

Schwab, Ehrhard: Sonderkündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte - Gelten mit Inkrafttreten der BDSG-Novelle II neue Spielregeln? NZA 2009 Heft 20 1118 ▼

### **Sonderkündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte - Gelten mit Inkrafttreten der BDSG-Novelle II neue Spielregeln?**

Rechtsanwälte Dr. Rouven Schwab, Mannheim, und Thorsten Ehrhard Heidelberg \*

**Der Beauftragte für den Datenschutz ist ein privilegierter Funktionsträger. Er hat die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften zu überwachen und Kontrollen hierzu durchzuführen. Auf Grund der besonderen Stellung des Beauftragten für den Datenschutz in einem Unternehmen kommt dessen Kündigungsschutz eine besondere Bedeutung zu. Durch die Novelle zum Bundesdatenschutzgesetz wurde die kündigungrechtliche Position des Beauftragten für den Datenschutz durch den neuen § 4f III 5 und 6 BDSG n.F. gestärkt. Der nachfolgende Artikel will zunächst einen Überblick über die bisher geltende Rechtslage und anschließend einen Ausblick auf die Neuerungen der BDSG-Novelle II geben.**

#### **I. Einleitung**

§ 4f III 4 BDSG ist unglücklich formuliert. Dort heißt es, dass die Bestellung des Beauftragten für den Datenschutz in entsprechender Anwendung des § 626 BGB widerrufen werden kann. Seit jeher war umstritten, ob der Datenschutzbeauftragte Sonderkündigungsschutz genießt und das zu Grunde liegende Dienstverhältnis nur aus wichtigem Grund gekündigt werden kann<sup>1</sup>.

#### **II. Sicht der Rechtsprechung**

Zum Komplex Kündigung und Widerruf im Hinblick auf der Datenschutzbeauftragten existieren zwei wesentliche Entscheidungen: Zur einen handelt es sich um ein Urteil des *LAG Niedersachsen* vom 16. 6. 2003 - 8 Sa 1968/02<sup>2</sup>, zum anderen um ein Urteil des *BAG* vom 13. 3. 2007 - 9 AZR 612/05<sup>3</sup>.

##### **1. Urteil des LAG Niedersachsen vom 16. 6. 2003**

Der Entscheidung des *LAG Niedersachsen* lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Kläger wurde als Qualitätsmanager beim Beklagten eingestellt. Zusätzlich wurde er zum Datenschutzbeauftragten bestellt. Kurz vor Ablauf der sechsmonatigen Probezeit hat der Beklagte das Arbeitsverhältnis zunächst ordentlich, später dann auch fristlos gekündigt. Vorsorglich hat der Beklagte die Bestellung zum Datenschutzbeauftragten widerrufen. Der Kläger wandte sich im Rahmen der Kündigungsschutzklage gegen beide Kündigungen mit der Begründung, dass diese wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des § 4f III 3 BDSG unwirksam seien. Des Weiteren

beehrte er Feststellung, dass der Widerruf zur Bestellung zum Datenschutzbeauftragten unwirksam sei.

Das *LAG Niedersachsen* hat die Klage abgewiesen. Es vertrat die Auffassung, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wirksam war. Eine Benachteiligung des Klägers vermochte die entscheidende Kammer nicht zu erkennen. Ausgehend vom Schutzzweck des § 4f III 4 BDSG sei eine ordentliche Kündigung möglich. Gesetzwidrig seien nur solche Kündigungen, die wegen der Amtsführung ausgesprochen würden, soweit kein wichtiger Grund i.S. des § 626 BGB vorliege. Dazu habe der Kläger aber nicht substantiiert vorgetragen. Abschließend urteilte das *LAG Niedersachsen*, dass der Kläger keinen Anspruch auf Feststellung der Unwirksamkeit des Widerrufs zur Bestellung zum Datenschutzbeauftragten habe. Ein solcher Feststellungsantrag setze den Bestand eines Arbeitsverhältnisses voraus. Das Arbeitsverhältnis sei aber wirksam durch Kündigung des Beklagten beendet worden. Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei darüber hinaus automatisch auch die Bestellung zum Datenschutzbeauftragten beendet worden. Eines ausdrücklichen Widerrufs bedürfe es nicht, da eine Akzessorietät des Amtes in Bezug auf das zu Grunde liegende Arbeitsverhältnis bestehe.

## 2. Urteil des BAG vom 13. 3. 2007

Das *BAG* hatte sich mit folgendem Sachverhalt zu beschäftigen: Der Kläger war bei der Beklagten als Leiter des Bereichs Biomedizintechnik beschäftigt. Zusätzlich wurde er von der Beklagten zum Datenschutzbeauftragten bestellt. Zu einem späteren Zeitpunkt hat die Beklagte die Bestellung des Klägers zum Datenschutzbeauftragten mit sofortiger Wirkung widerrufen. Der Kläger hat daraufhin mit seiner Klage Feststellung begehrt, weiterhin Datenschutzbeauftragter der Beklagten zu sein.

Das *BAG* hat der Klage stattgegeben. Das Gericht führte aus, dass das Bundesdatenschutzgesetz für öffentliche und nichtöffentliche Stellen, die personenbezogene Daten automatisiert erheben, einen Beauftragten für den Datenschutz verlange. Welches Rechtsverhältnis mit der Bestellung begründet werden solle, regle das Bundesdatenschutzgesetz nicht. Wenn der Datenschutzbeauftragte auf Grundlage eines Arbeitsverhältnisses tätig sei, bedürfe dessen Bestellung einer entsprechenden Erweiterung seiner arbeitsvertraglichen Aufgaben durch Änderung des Arbeitsvertrages. Der Widerruf der Bestellung führe dementsprechend nur dann zur Beendigung der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter, wenn gleichzeitig durch eine geeignete Gestaltungserklärung der Inhalt des Arbeitsverhältnisses so geändert werde, dass der Arbeitnehmer nach seinem Arbeitsvertrag nicht mehr die Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten schulde. Im Ergebnis müsse nach Ansicht des *BAG* zusätzlich zum Widerruf der Bestellung eine Teilkündigung im Hinblick auf die Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter erfolgen. Sowohl bezüglich des Widerrufs als auch im Hinblick auf die Teilkündigung müsste ein wichtiger Grund i.S. des § 626 BGB vorliegen.

## III. Literaturmeinungen

In der Literatur wurde bislang kontrovers diskutiert, ob durch § 4f III und IV BDSG ein Sonderkündigungsschutz für den Datenschutzbeauftragten geschaffen worden ist. Eine ordentliche Kündigung eines betrieblicher Datenschutzbeauftragten wurde wegen des vom Gesetzgeber gewollter „stärkeren Schutzes“ des Datenschutzbeauftragten von großen Teilen der Kommentarliteratur für unzulässig gehalten<sup>4</sup>. Der Arbeitgeber sollte deshalb an einer ordentlichen Kündigung

des betrieblichen Datenschutzbeauftragten gehindert sein, weil diese durch § 4f III 4 BDSG ausgeschlossen sei<sup>5</sup>. Diesbezüglich wurde hervorgehoben, dass die damalige Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes von 1990 als Stärkung des Kündigungsschutzes interpretiert werden müsse<sup>6</sup>. Ferner wurde die Auffassung vertreten, dass der betriebliche Datenschützer vor einer ihr benachteiligenden Entlassung speziell durch den nur bei wichtigem Grund zulässigen Widerruf seiner Bestellung geschützt sei<sup>7</sup>. Weiterhin wurde angenommen, dass sich aus § 4f III 4 BDSG ein besonderer Kündigungsschutz ergebe<sup>8</sup>.

Die Gegenmeinung hierzu sah in § 4f III 3 und 4 BDSG keinen genereller Ausschluss der ordentlichen Kündigung<sup>9</sup>. Sie orientierte sich am Schutzzweck der Norm. Anhand des Normzwecks des § 4f III 4 BDSG habe ermittelt werden müssen, welche Kündigungen unzulässig sein sollen. Unzulässig seien jedenfalls solche Kündigungen gewesen, die wegen der Amtsausübung ausgesprochen werden, solange kein wichtiger Grund i.S. des § 626 BGB vorliege<sup>10</sup>.

#### IV. Auslegung des § 4f III 4 BDSG

Nach grammatikalischer und systematischer Auslegung des § 4f III und IV BDSG war dieser Regelung ein absolutes Kündigungsverbot für ordentliche Kündigungen nicht zu entnehmen. Anders als in der ausdrücklichen Regelung des § 15 I 1 KSchG, wonach „eine Kündigung eines Mitgliedes des Betriebsrats etc. unzulässig ist, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die der Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung der Kündigungsfrist berechtigen ...“, hat der Gesetzgeber im § 4f III und IV BDSG eine solche Formulierung - trotz umfangreicher Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes im Jahre 2002 - nicht übernommen. Auch eine Regelung, wie sie der Gesetzgeber in § 58 II BImSchG getroffen hat, wurde nicht ansatzweise übernommen. Nach dieser Norm ist dann, wenn der Immissionsschutzbeauftragte Arbeitnehmer des zur Bestellung verpflichteter Betreibers ist, die Kündigung des Arbeitsvertrags unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Betreiber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Anhand dieser Formulierung wird deutlich, dass der Gesetzgeber für der Immissionsschutzbeauftragten (ebenso wie für den Störfallbeauftragten nach § 58d BImSchG) einen besonderen Kündigungsschutz explizit geregelt hat. Gleiches gilt übrigens auch im Hinblick auf den Abfallbeauftragten (§ 55 III KrW-/AbfG mit Verweisung auf § 58 BImSchG) sowie im Hinblick auf der Gewässerschutzbeauftragten (§ 21f WHG). Eine entsprechend deutliche Formulierung fehlte aber bislang in § 4f III BDSG.

Die historische Auslegung führte zu keinem anderen Ergebnis. Der Gesetzgeber hat bereits in der Gesetzesbegründung zu § 36 III BDSG 1990 ausgeführt, dass diese Regelung einen stärkeren Schutz gegen die Abberufung des Datenschutzbeauftragten beinhalte und damit seine Unabhängigkeit gegenüber der Leitung der speichernden Stelle festige („die Bestellung eines Arbeitnehmers zum Beauftragten endet - ohne dass dies einer ausdrücklicher Regelung bedarf - auch mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses“)<sup>11</sup>. Aus dieser Klarstellung ist für die Interpretation auch der aktuellen Norm des § 4f III BDSG eine eindeutige Vorgabe erkennbar. Sie bezieht sich auf der betrieblichen Datenschutzbeauftragten. Vor dem Hintergrund eines ansonsten ohne arbeitsvertragliche Regelungen weiter bestehender Bestellungsverhältnisses zum Datenschutzbeauftragten gibt die Gesetzesbegründung in den Materialien einen wichtigen Hinweis zum gesetzgeberischen Willen. Daraus wird deutlich, dass eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses trotz Verbesserung und „Stärkung“ des Schutzes des betrieblichen Datenschutzbeauftragten gerade vom Gesetzgeber nicht ausgeschlossen werden sollte. Soweit die Literaturstimmen, die eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit ausschließen wollen, entgegen dieser Äußerung aus dem Gesetzgebungsverfahren auf einen „erforderlichen“ Schutz bestehen, übersehen sie, dass die Gerichte für Arbeitsachen sich nicht

Schutz bestehen, übersieht sie, dass die Gerichte für Arbeitssachen sich nicht an die Stelle des Gesetzgebers setzen und „gewünschte“ Schutzregelungen in die Gesetze hineininterpretieren dürfen. Vielmehr sind die Arbeitsgerichte an die Anwendung der vorhandenen Gesetzesbestimmung gebunden und müssen den zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Willen respektieren.

Auch die teleologische Auslegung führte nicht zu einem ordentlichen Kündigungsverbot der betrieblichen Datenschutzbeauftragten. Sinn und Zweck des § 4f III 3 und 4 BDSG ist es, den Datenschutzbeauftragten, der gem. § 4f II 2 BDSG in Ausübung seiner Fachkunde auf dem Gebiet des Datenschutzes weisungsfrei ist, zu schützen. Das Benachteiligungsverbot ist eine Konsequenz der Unabhängigkeit<sup>12</sup>. Gleichwohl lässt sich aus dem Gedanken des Benachteiligungsverbot kein so weit reichender Kündigungsausschluss für eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses entnehmen.

Eine andere Auslegung ergibt sich auch nicht aus der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (EU-Datenschutzrichtlinie). In dieser Richtlinie, die der Gesetzgeber bei der Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes beachten musste, gibt es nämlich keinen festgeschriebenen Kündigungsschutz für der Datenschutzbeauftragten.

Im Ergebnis war damit der Gegenmeinung in der Literatur zuzustimmen, weil sie anhand des Schutzzwecks des § 4f III 3 und 4 BDSG eine Differenzierung vornahm, welche Kündigung ausgeschlossen sein soll. Bei einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung konnten demnach nur solche Kündigungsgründe in Betracht kommen, die mit der Amtsführung nichts zu tun haben.

#### V. Akzessorietät zwischen Arbeitsverhältnis und Amt als Datenschutzbeauftragter

Zur Akzessorietät zwischen dem Arbeitsverhältnis und dem Amt als Datenschutzbeauftragter hat sich bislang nur das *LAG Niedersachsen* geäußert. Das *BAG* hat sich in seinem Urteil vom 13. 3. 2007 in Zurückhaltung geübt<sup>13</sup>.

Zwar hat das *BAG* ausgeführt, dass Prüfungsmaßstab für die Wirksamkeit der Teilkündigung § 4f III 4 BDSG i.V. mit § 626 BGB sei, also die Teilkündigung sowie der Widerruf für ihre Wirksamkeit jeweils eines wichtigen Grundes bedürften.

Schwab, Ehrhard: Sonderkündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte - Gelten mit Inkrafttreten der BDSG-Novelle II neue Spielregeln? NZA 2009 Heft 20 1120

Daraus folgte aber gerade nicht, dass sich das *BAG* für den Fall des betrieblichen Datenschutzbeauftragten für die Abstraktheit des zu Grunde liegenden Arbeitsvertrages im Verhältnis zur Bestellung als Datenschutzbeauftragter entschieden hat. Eine Aufgabe der Trennungstheorie hat auch der Gesetzgeber bislang nicht gewünscht. Ausweislich der Materialien zu § 36 III BDSG 1990 war daher anzunehmen, dass der gesetzgeberische Wille von einer Akzessorietät zwischen Arbeitsverhältnis und Amt als Datenschutzbeauftragter ausgeht.

#### VI. Änderungen durch die BDSG-Novelle II

Mit Wirkung zum 1. 9. 2006 ist durch die BDSG-Novelle II eine Änderung der Regelungen über den Sonderkündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte in Kraft getreten. Die Regelung des § 4f III BDSG wurde um Bestimmungen über den Kündigungsschutz und die Fortbildung des Beauftragten für den Datenschutz ergänzt. Der Gesetzgeber verfolgte mit der Änderung den Zweck, die Position des Beauftragten für den Datenschutz zu stärken. Nach § 4f III 5 BDSG n.F. soll der Kündigungsschutz für der Beauftragten für den Datenschutz erweitert werden. Nach Satz 6 der

vorschrift erstreckt sich der Kündigungsschutz auch auf die Zeit nach Beendigung der Funktion des Beauftragten für den Datenschutz. Nach § 4f III 7 BDSG n.F. wird die Fortbildung und damit die fachliche Eignung des Beauftragten für den Datenschutz unterstützt. Die Neuregelung des § 4f III 5 bis 7 BDSG hat folgenden Wortlaut:

„Ist nach Absatz 1 ein Beauftragter für den Datenschutz zu bestellen, so ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, welche die verantwortliche Stelle zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Nach der Abberufung als Beauftragter für den Datenschutz ist die Kündigung innerhalb eines Jahres nach der Beendigung der Bestellung unzulässig, es sei denn, dass die verantwortliche Stelle zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt ist. Zur Erhaltung der zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen Fachkunde hat die verantwortliche Stelle dem Beauftragten für den Datenschutz die Teilnahme an Fort- und Weiterbildungsveranstaltungen zu ermöglichen und deren Kosten zu übernehmen“.

Die Regelung des § 4f III 5 BDSG passt den Kündigungsschutz der nach § 4f I BDSG bestellten Beauftragten für den Datenschutz an der Kündigungsschutz vergleichbarer Funktionsträger, wie beispielsweise dem Gewässerschutzbeauftragten nach § 21f II 1, 2 WHG, dem Immissionsschutzbeauftragten nach § 58 II 1, 2 BImSchG, dem Abfallbeauftragten nach § 55 III KrW-/AbfG i.V. mit § 58 II 1, 2 BImSchG oder dem Betriebsratsmitglied nach § 15 I 1, 2 KSchG, an.

Durch die Regelungen des § 4f III 5 BDSG n.F. wird der Beauftragte für den Datenschutz mit den vorbenannten bereits privilegiert geschützter Funktionsträgern nach Art und Umfang seiner Aufgabenstellung vergleichbar geschützt. Allen vorgenannten Beauftragten ist gemeinsam, dass sie die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften überwachen. Der Bundesgesetzgeber hat damit die bisherige Praxis des Kündigungsschutzes des Beauftragten für den Datenschutz als nicht ausreichend erachtet und den Kündigungsschutz für den Beauftragten für den Datenschutz klarstellend geregelt<sup>14</sup>. § 4f III 6 BDSG n.F. beinhaltet einen nachwirkenden Kündigungsschutz, indem er diesen auf ein Jahr nach Beendigung des Amtes des Beauftragten für den Datenschutz erstreckt.

Die neuen Vorschriften über den Kündigungsschutz des Beauftragten für den Datenschutz stellen insbesondere mit Blick darauf, dass die Aufgaben des Beauftragten für den Datenschutz im Regelfall nur als Teilaufgaben wahrgenommen werden, eine begrüßenswerte Stärkung der Stellung des Beauftragten für den Datenschutz dar.

## VII. Ergebnis

Einen Sonderkündigungsschutz für betriebliche Datenschutzbeauftragte gab es vor Inkrafttreten der BDSG-Novelle II am 1. 9. 2009 nicht. Das Amt des Datenschutzbeauftragten war abhängig vom zu Grunde liegender Arbeitsverhältnis. Wurde das Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt, endete automatisch auch die Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter, ohne dass es eines zusätzlichen Gestaltungsakts bedurfte. Wurde der Arbeitnehmer zusätzlich zu seinen arbeitsvertraglichen Pflichten einvernehmlich zum Datenschutzbeauftragten bestellt, so war für die einseitige Beendigung der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter seitens des Arbeitgebers eine Teilkündigung in Bezug auf die arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter sowie ein Widerruf der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten notwendig. Mit der Neuregelung in § 4f III 5 BDSG n.F. wird klargestellt, dass auch der betriebliche Datenschutzbeauftragte Sonderkündigungsschutz genießt. Selbst nach Abberufung des Datenschutzbeauftragten wirkt der Sonderkündigungsschutz ein Jahr lang fort.

\* Der Autor *Schwab* ist Rechtsanwalt in Mannheim; der Autor *Ehrhard* ist Partner der Sozietät *Tiefenbacher* in Heidelberg.

<sup>1</sup> Vgl. nur ErfK/Wank, 9. Aufl. (2009), § 4f BDSG Rdnrn. 5 m.w. Nachw.

<sup>2</sup> LAG Niedersachsen, NZA-RR 2004, 354.

<sup>3</sup> BAG, NZA 2007, 563.

<sup>4</sup> Schierbaum/Kiesche, CR 1992, 726 (728); Herb, CR 1994, 486 m.w. Nachw.

<sup>5</sup> Wohlgemuth, BB 1992, 281 (284), i.E. auch: ErfK/Wank (o. Fußn. 1), § 4f Rdnr. 5.

<sup>6</sup> Berger-Delhey, ZTR 1995, 14 (16) m.w. Nachw.

<sup>7</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 7. Aufl. (2002), § 4f Rdnr. 53.

<sup>8</sup> Vgl. noch zur alten Regelung des § 36 III 4 BDSG 1990: Ehmann, CR 1994, 485, Anm. zu ArbG Dresden, Urt. v. 9. 2. 1994 - 3 Ca 7628/93, CR 1994, 486.

<sup>9</sup> So für die alte Regelung in § 36 III 4 BDSG 1990: Ehrlich, DB 1991, 1981; ders., NZA 1993 248; ders., CR 1993, 226; ArbG Dresden, CR 1994, 484.

<sup>10</sup> Ostrowicz, RDV 1995, 115 (116); LAG Berlin, RDV 1998, 73 (74).

<sup>11</sup> BT-Dr 11/4306, S. 52.

<sup>12</sup> Gola/Schomerus (o. Fußn. 7).

<sup>13</sup> BAG, NZA 2007, 563 (565).

<sup>14</sup> Vgl. BT-Dr 16/12011 v. 18. 2. 2009, Begr. zu Art. 2 Nr. 2 (S. 24f.).