

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 25. August 2022  
- 2 AZR 225/20 -  
ECLI:DE:BAG:2022:250822.U.2AZR225.20.0

I. Arbeitsgericht Nürnberg

Endurteil vom 22. Juli 2019  
- 3 Ca 4080/18 -

II. Landesarbeitsgericht Nürnberg

Urteil vom 19. Februar 2020  
- 2 Sa 274/19 -

---

Entscheidungsstichworte:

Datenschutzbeauftragter - Sonderkündigungsschutz - Vereinbarkeit mit  
DSGVO und GG

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 225/20  
2 Sa 274/19  
Landesarbeitsgericht  
Nürnberg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
25. August 2022

## URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

1.

Beklagte zu 1., Widerklägerin, Berufungsklägerin zu 1. und  
Revisionsklägerin,

2. bis 5. ...

pp.

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom  
25. August 2022 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht  
Prof. Dr. Koch, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann und

Dr. Schlünder sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Klein und die ehrenamtliche Richterin Alex für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten zu 1. gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 19. Februar 2020 - 2 Sa 274/19 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten zuletzt noch über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses. 1

Die Klägerin arbeitete seit 15. Januar 2018 bei der Beklagten zu 1. (im Folgenden Beklagte) als „Teamleiter Recht“. Mit Schreiben von diesem Tag bestellte die Beklagte die Klägerin mit Wirkung zum 1. Februar 2018 außerdem zur betrieblichen Datenschutzbeauftragten. Die Beklagte, ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen, war sowohl nach dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) in der vom 1. September 2009 bis 24. Mai 2018 geltenden Fassung (aF) als auch nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BDSG in der vom 25. Mai 2018 bis 25. November 2019 geltenden Fassung zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten verpflichtet. 2

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 13. Juli 2018 ordentlich zum 15. August 2018. Zur Wirksamkeit der Kündigung berief sie sich auf eine Umstrukturierungsmaßnahme, die zum Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses für die Klägerin geführt habe. 3

Die Klägerin hat mit ihrer Klage rechtzeitig die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht. Diese verstoße insbesondere gegen § 38 Abs. 2 iVm. § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG. 4

Die Klägerin hat - soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse - 5  
sinngemäß beantragt,

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und  
der Beklagten durch die Kündigung der Beklagten vom  
13. Juli 2018 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, die Klägerin 6  
könne sich nicht auf den Sonderkündigungsschutz als Datenschutzbeauftragte  
gemäß § 38 Abs. 2 iVm. § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG berufen. Die nationale Rege-  
lung verstoße gegen Art. 38 Abs. 3 Satz 2 der Verordnung (EU) 2016/679  
(Datenschutz-Grundverordnung; im Folgenden DSGVO). Durch den dreifachen  
Schutz des Datenschutzbeauftragten sowohl gegen Benachteiligung, seine Ab-  
berufung als auch gegen eine ordentliche Kündigung werde unzulässig in ihre  
Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG ein-  
gegriffen.

Die Vorinstanzen haben der Kündigungsschutzklage stattgegeben. Da- 7  
gegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Revision.

Der Senat hat mit Beschluss vom 30. Juli 2020 (- 2 AZR 225/20 (A) -) 8  
das Revisionsverfahren ausgesetzt und den Gerichtshof der Europäischen Union  
gemäß Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union  
(AEUV) um eine Vorabentscheidung gebeten, ob Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DSGVO  
der Regelung in § 38 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG entgegen-  
steht. Hierzu ist das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 22. Juni  
2022 (- C-534/20 - [Leistriz]) ergangen.

## **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die 9  
Berufung der Beklagten gegen das der Kündigungsschutzklage stattgebende Ur-  
teil des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen.

- I. Die von der Beklagten ausgesprochene ordentliche Kündigung ist gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 iVm. § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG, § 134 BGB nichtig. Der Klägerin konnte als zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs verpflichtend bestellte Datenschutzbeauftragte der Beklagten nur außerordentlich aus wichtigem Grund gekündigt werden. Der durch das BDSG normierte Sonderkündigungsschutz des betrieblichen Datenschutzbeauftragten ist mit Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht vereinbar. 10
1. Die Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes nach § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG liegen vor. Die Klägerin war im Zeitpunkt des Kündigungszugangs verpflichtend bestellte Datenschutzbeauftragte der Beklagten iSv. § 38 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BDSG. Für das Eingreifen des Sonderkündigungsschutzes ist es ohne Bedeutung, dass die Kündigung während der im Arbeitsvertrag vereinbarten Probezeit von sechs Monaten sowie der Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG) zugegangen ist (vgl. zur Probezeit: *ErfK/Franzen 22. Aufl. BDSG § 38 Rn. 10*; zur Wartezeit: *Schaub ArbR-HdB/Rinck 19. Aufl. § 145 Rn. 7*). Anderes wäre weder mit dem Wortlaut der Regelung vereinbar, der insoweit keine Einschränkungen vorsieht, noch mit dem Zweck des Sonderkündigungsschutzes, durch den die „Position“ des Datenschutzbeauftragten gestärkt werden soll (vgl. *BT-Drs. 16/12011 S. 30 zu § 4f Abs. 3 Satz 5 BDSG aF*). 11
2. Aufgrund der teilweisen Rücknahme der Revision durch die Beklagte im Termin vom 30. Juli 2020 steht inzwischen rechtskräftig fest, dass die Stellung der Klägerin als Datenschutzbeauftragte nicht aufgrund der Abberufung durch die Beklagte am 13. Juli 2018 beendet wurde, was von der Klägerin ebenfalls mit ihrer Klage angegriffen worden war. Unabhängig davon könnte sich die Klägerin anderenfalls auf den nachwirkenden Kündigungsschutz gemäß § 6 Abs. 4 Satz 3 BDSG berufen. 12
3. Dem durch § 38 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 iVm. § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG bewirkten Sonderkündigungsschutz des betrieblichen Datenschutzbeauftragten steht Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DSGVO, der nur ein Abberufungs- und Benachteiligungsrecht vorsieht, entgegen. 13

gungsverbot des Datenschutzbeauftragten „wegen der Erfüllung seiner Aufgaben“ vorsieht, nicht entgegen.

- a) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat mit Urteil vom 22. Juni 2022 (- C-534/20 - [Leistriz]) aufgrund des Vorlagebeschlusses des Senats vom 30. Juli 2020 (- 2 AZR 225/20 (A) -) entschieden, dass Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DSGVO dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, nach der einem bei einem Verantwortlichen oder einem Auftragsverarbeiter beschäftigten Datenschutzbeauftragten nur aus wichtigem Grund gekündigt werden kann, auch wenn die Kündigung nicht mit der Erfüllung seiner Aufgaben zusammenhängt, sofern diese Regelung die Verwirklichung der Ziele der DSGVO nicht beeinträchtigt. 14
- b) Durch die Kündigungsschutzbestimmungen in § 38 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 iVm. § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG wird die Verwirklichung der Ziele der DSGVO nicht beeinträchtigt. 15
- aa) Ziel des Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DSGVO ist nach dem Erwägungsgrund 97 zur DSGVO, dass die Datenschutzbeauftragten unabhängig davon, ob es sich bei ihnen um Beschäftigte des Verantwortlichen handelt oder nicht, ihre Pflichten und Aufgaben in vollständiger Unabhängigkeit „ausüben können sollten“ (EuGH 22. Juni 2022 - C-534/20 - [Leistriz] Rn. 26 f.). Es soll im Wesentlichen die funktionelle Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten gewahrt und damit die Wirksamkeit der Bestimmungen der DSGVO gewährleistet werden (vgl. EuGH 22. Juni 2022 - C-534/20 - [Leistriz] Rn. 28). Dabei steht es jedem Mitgliedstaat frei, in Ausübung seiner vorbehaltenen Zuständigkeit besondere, strengere Vorschriften für die arbeitgeberseitige Kündigung eines Datenschutzbeauftragten vorzusehen, sofern diese mit dem Unionsrecht und insbesondere mit den Bestimmungen der DSGVO, vor allem Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DSGVO, vereinbar sind (vgl. EuGH 22. Juni 2022 - C-534/20 - [Leistriz] Rn. 34). Diese führen dann zu einer unzulässigen Beeinträchtigung der mit der DSGVO verfolgten Ziele, wenn ein strengerer nationaler Schutz jede durch einen Verantwortlichen oder einen Auftragsverarbeiter ausgesprochene Kündigung eines Datenschutzbeauftragten 16

verböte, der nicht mehr die für die Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen beruflichen Eigenschaften besitzt oder seine Aufgaben nicht im Einklang mit der DSGVO erfüllt (*vgl. EuGH 22. Juni 2022 - C-534/20 - [Leistriz] Rn. 35*).

bb) Durch § 38 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 iVm. § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG werden die Ziele der DSGVO nicht beeinträchtigt. Die Kündigung - wie auch die Abberufung - des Datenschutzbeauftragten ist nach nationalem Recht zwar an besondere Anforderungen geknüpft, da jeweils die Schwelle des „wichtigen Grundes“ erreicht werden muss. Damit werden die Voraussetzungen, unter denen der Verantwortliche das Arbeitsverhältnis mit einem verpflichtend benannten Datenschutzbeauftragten beenden kann, erhöht, jedoch ist ihm dies weder unmöglich noch unzumutbar erschwert. Insbesondere ist auch nach nationalem Recht nicht „jede“ Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Datenschutzbeauftragten, der nicht mehr die für die Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen beruflichen Eigenschaften besitzt oder seine Aufgaben nicht im Einklang mit der DSGVO erfüllt (*so ausdrücklich EuGH 22. Juni 2022 - C-534/20 - [Leistriz] Rn. 35*), verboten. Die personen- oder verhaltensbedingten Gründe müssen nur die Erheblichkeitsschwelle des „wichtigen Grundes“ erreichen. Die Möglichkeit eines Abberufungsverlangens durch die Aufsichtsbehörden der Länder nach § 40 Abs. 6 Satz 2 BDSG unterstreicht, dass Datenschutzbeauftragte, die ihre Aufgaben nicht im Einklang mit der DSGVO erfüllen, nach nationalem Recht nicht vor jedem Verlust ihrer Rechtsstellung geschützt werden. Zur Sicherung der Ziele der DSGVO wird es im Übrigen in der Regel - neben der Abberufung des Datenschutzbeauftragten - nicht erforderlich sein, dessen Arbeitsverhältnis zu kündigen (*vgl. APS/Greiner 6. Aufl. DSGVO Art. 38 Rn. 30*).

17

cc) Eine Beeinträchtigung der Ziele der DSGVO durch die Sonderkündigungsschutznorm des § 38 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 iVm. § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG ist auch vorliegend nicht gegeben. Der dazu gehaltene pauschale Vortrag der Beklagten, wonach es sich nach kurzer Zeit herausgestellt habe, dass die anfallenden Aufgaben von einer internen Datenschutzbeauftragten nicht hätten erledigt werden können, viele Aufgaben unbearbeitet geblieben seien und diese

18

auch nicht zeitnah und termingerecht „von einer einzigen Datenschutzbeauftragten“ hätten erbracht werden können, ist nicht geeignet, eine unzulässige Beeinträchtigung der Ziele der DSGVO allein durch den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses aufgrund der nationalen Kündigungsschutzregelung aufzuzeigen.

4. Entgegen der von der Beklagten zuletzt vertieften Auffassung verstößt die normative Ausgestaltung des Sonderkündigungsschutzes von betrieblichen Datenschutzbeauftragten nicht gegen ihre Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 sowie Art. 3 Abs. 1 GG. 19

a) Eine grundrechtliche Prüfung der Sonderkündigungsschutznorm für den betrieblichen Datenschutzbeauftragten gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 iVm. § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG und ihrer Anwendung ist primär am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes vorzunehmen (vgl. BVerfG 6. November 2019 - 1 BvR 16/13 - [Recht auf Vergessen I] Rn. 42, BVerfGE 152, 152). Es handelt sich hierbei um unionsrechtlich nicht vollständig determiniertes innerstaatliches Recht. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union bestehen hinsichtlich datenschutzrechtlicher Regelungen und den diese ergänzenden arbeitsrechtlichen Regelungen „geteilte Zuständigkeiten“ der Union und der Mitgliedstaaten (vgl. EuGH 22. Juni 2022 - C-534/20 - [Leistriz] Rn. 30 ff.). Die DSGVO enthält zahlreiche Öffnungsklauseln, mit denen sie die Normsetzungskompetenz ausdrücklich auf die Mitgliedstaaten überträgt, wodurch sie sich von einer klassischen Verordnung unterscheiden und in die Nähe einer Richtlinie rücken lässt (so ausdrücklich die Schlussanträge des Generalanwalts de la Tour vom 27. Januar 2022 - C-534/20 - [Leistriz] Fn. 28). 20

b) In Bezug auf das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG ist schon der Schutzbereich nicht berührt. Die Eigentumsgarantie schützt das Erworbene, also die Ergebnisse geleisteter Arbeit, Art. 12 Abs. 1 GG dagegen den Erwerb, mithin die Betätigung selbst. Da sich die Beklagte gegen Regelungen wendet, die ihre Erwerbs- und Leistungstätigkeit als Unternehmerin beeinträchtigen (können), ist allein der Schutzbereich der Berufsfreiheit berührt (vgl. BVerfG 30. Juli 2008 21



- 1 BvR 3262/07 ua. - zu B I 1 a der Gründe, BVerfGE 121, 317). Die Begrenzung der Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter, für die der Schutz des Art. 14 GG grundsätzlich in Betracht kommt, sind dabei nur mittelbare Folgen der angegriffenen Handlungsbeschränkung; Art. 14 Abs. 1 GG wird daher von Art. 12 Abs. 1 GG als dem sachnäheren Grundrecht verdrängt (vgl. BVerfG 8. Juni 2010 - 1 BvR 2011/07 ua. - zu B II 1 der Gründe, BVerfGE 126, 112).

c) Hinsichtlich des Eingriffs in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG (vgl. BVerfG 30. Juli 2003 - 1 BvR 792/03 - zu B II 1 a der Gründe) ist die gesetzliche Regelung gemessen an der Regelungsabsicht eine geeignete, erforderliche wie auch angemessene Einschränkung der Berufsfreiheit, die im Wesentlichen dem Sonderkündigungsschutz für Betriebsräte (§ 15 Abs. 1 KSchG) oder Immissionsschutzbeauftragte (§ 58 Abs. 2 BImSchG) entspricht. 22

aa) Der Sonderkündigungsschutz ist dazu geeignet, dass betriebliche Datenschutzbeauftragte ihre sich aus § 7 BDSG ergebenden Aufgaben und Befugnisse selbstbewusst gegenüber dem Arbeitgeber durchführen und einfordern sowie ihre Unabhängigkeit im Interesse eines effektiven Datenschutzes zu stärken (vgl. BAG 5. Dezember 2019 - 2 AZR 223/19 - Rn. 45 f., BAGE 169, 59; zu den Zielen des Sonderkündigungsschutzes nach dem BDSG aF, die der Gesetzgeber in der Neufassung der Sache nach fortgeschrieben hat, vgl. BT-Drs. 18/11325 S. 82). Soweit die Beklagte diese Zielsetzung unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 22. Juni 2022 (- C-534/20 - [Leistriz] Rn. 31) nicht mehr für maßgeblich hält, verkennt sie, dass der Gerichtshof nicht zur Auslegung des nationalen Rechts berufen ist (vgl. EuGH 6. März 2018 - C-52/16 und C-113/16 - [SEGRO und Horváth] Rn. 98). 23

(1) Das verfassungsrechtliche Geeignetheitsgebot verlangt keine vollständige Zielerreichung, sondern lediglich eine Eignung zur Förderung des legislativen Ziels. Der Gesetzgeber verfügt in der Beurteilung der Eignung einer Regelung über eine Einschätzungsprärogative. Verfassungsrechtlich genügt es grundsätzlich, wenn die Möglichkeit der Zweckerreichung besteht. Eine Regelung ist erst dann nicht mehr geeignet, wenn sie die Erreichung des Gesetzeszwecks in 24

keiner Weise fördern kann oder sich sogar gegenläufig auswirkt (vgl. *BVerfG 7. April 2022 - 1 BvL 3/18 ua. - Rn. 300; 8. Juli 2021 - 1 BvR 2237/14 ua. - Rn. 131 mwN, BVerfGE 158, 282*).

(2) Durch den Sonderkündigungsschutz wird der Datenschutzbeauftragte vor einem Arbeitsplatzverlust bewahrt, der ihm - und sei es in verschleierter Form - wegen der Ausübung seiner Tätigkeit drohen kann. Durch den besonderen Kündigungsschutz wird seine Unabhängigkeit bei der Erledigung der gesetzlichen Aufgaben geschützt, was der Durchsetzung der Ziele des BDSG und der DSGVO zugutekommt. Eine solche Sicherstellung der Amtsausübung hält sich jedenfalls im Rahmen der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative. 25

bb) Der besondere Kündigungsschutz des betrieblichen Datenschutzbeauftragten ist für die vom Gesetzgeber erstrebten Ziele erforderlich. 26

(1) Grundrechtseingriffe dürfen nicht weitergehen, als es der Schutz des Gemeinwohls erfordert. Daran fehlt es, wenn ein gleich wirksames Mittel zur Erreichung des Gemeinwohlziels zur Verfügung steht, das den Grundrechtsträger weniger und Dritte und die Allgemeinheit nicht stärker belastet. Dem Gesetzgeber steht grundsätzlich auch für die Beurteilung der Erforderlichkeit ein Einschätzungsspielraum zu (vgl. *BVerfG 23. März 2022 - 1 BvR 1187/17 - Rn. 125; 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 ua. - Rn. 204*). 27

(2) Der Gesetzgeber hat sich mit der Frage der Erforderlichkeit des Sonderkündigungsschutzes für Datenschutzbeauftragte ausdrücklich beschäftigt und angenommen, dass sich das bis zum Jahr 2009 bestehende gesetzliche Benachteiligungsverbot sowie die erschwerte Möglichkeit der Abberufung des Datenschutzbeauftragten als in der Praxis nicht ausreichend erwiesen habe, vor allem dann, wenn die Aufgabe des Datenschutzbeauftragten - was der Regelfall sei - nur als Teilaufgabe wahrgenommen werde (vgl. *BT-Drs. 16/12011 S. 30*). Dass eine das Grundrecht der Beklagten aus Art. 12 Abs. 1 GG weniger belastende, aber sachlich in jeder Hinsicht gleichwertige Regelung zur Zweckerreichung des gesetzgeberischen Ziels möglich wäre, ist - auch angesichts des Einschätzungs- 28

spielraums des Gesetzgebers - nicht zu erkennen. Insbesondere ist nicht offensichtlich, dass ein Sonderkündigungsschutz, der - ähnlich wie das Benachteiligungsverbot - allein an die „Erfüllung der Aufgaben des Datenschutzbeauftragten“ anknüpfte, dieselbe Wirksamkeit hätte.

cc) Der Sonderkündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne. 29

(1) Die Angemessenheit und damit die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erfordert, dass der mit der Maßnahme verfolgte Zweck und die zu erwartende Zweckerreichung nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs stehen. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, die entgegenstehenden verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter unter Ausnutzung seines Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums gegeneinander abzuwägen und in einen Ausgleich zu bringen (*vgl. BVerfG 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. 203; 23. März 2022 - 1 BvR 1187/17 - Rn. 134 mwN*). 30

(2) Der Eingriff in das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Interesse der Beklagten, in ihrem Unternehmen nur Mitarbeiter zu beschäftigen, die ihren Vorstellungen entsprechen, und deren Zahl auf das von ihr bestimmte Maß zu beschränken, ist durchaus erheblich. Die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses wird dem Arbeitgeber genommen, selbst wenn der Kündigungssachverhalt nichts mit der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter zu tun hat. Hinzu kommt, dass der Arbeitgeber der Sache nach an das einmal gewählte Konzept eines betriebsinternen Datenschutzbeauftragten gebunden bleibt, da auch die Abberufung nach § 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG nur in entsprechender Anwendung des § 626 BGB zulässig ist. Eine organisatorische Änderung, nach der der betriebliche Datenschutz zukünftig durch einen externen statt durch einen internen Datenschutzbeauftragten gewährleistet werden soll, rechtfertigt den Widerruf der Bestellung aus wichtigem Grund nicht (*BAG 23. März 2011 - 10 AZR 562/09 - Rn. 18 ff.*). Dadurch wird die Kündigung des Arbeitsverhältnisses in besonderer Weise erschwert und zwar bereits in der Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG), während 31

der das Arbeitsverhältnis regelmäßig unter erleichterten Bedingungen beendet werden kann.

(3) Dem stehen aber die vom Gesetzgeber als besonders wichtig angesehenen Ziele des Datenschutzes gegenüber, dessen Effizienz von einem unabhängigen Datenschutzbeauftragten besonders gefördert werden kann. Das BDSG dient der Umsetzung der DSGVO und soll ein reibungsloses Zusammenspiel mit ihr ermöglichen (vgl. *BT-Drs. 18/11325 S. 1*). Die DSGVO hebt in Erwägungsgrund 1 hervor, dass der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten ein Grundrecht ist (vgl. *Art. 8 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und Art. 16 Abs. 1 AEUV*). Angesichts dieser Bedeutung des Datenschutzes, die sich der deutsche Gesetzgeber zu eigen gemacht hat, können auch erhebliche Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit von Grundrechtsträgern als verhältnismäßig angesehen werden. Dabei ist es von besonderer Bedeutung, dass von dem Verantwortlichen nichts Unzumutbares verlangt wird. Die Kündigung (und auch die Abberufung) des Datenschutzbeauftragten ist zwar erschwert, aber an den Maßstab des § 626 Abs. 1 BGB („wichtiger Grund“) gebunden, der gerade auf die Unzumutbarkeit der Beschäftigung bis zum Ablauf der (ordentlichen) Kündigungsfrist abstellt. 32

(a) Insoweit geht die Beklagte zu Unrecht davon aus, sie könne einem internen Datenschutzbeauftragten „auf Lebenszeit“ nicht mehr betriebsbedingt kündigen. Vielmehr kommt nach der Senatsrechtsprechung eine auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Kündigung in Betracht, wenn die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist und dies dazu führt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer anderenfalls trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit noch für Jahre vergüten müsste, ohne dass dem eine entsprechende Arbeitsleistung gegenüberstünde (vgl. *BAG 27. Juni 2019 - 2 AZR 50/19 - Rn. 13; 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - Rn. 30, BAGE 152, 47*). 33

(b) Darüber hinaus hat sich die Beklagte freiwillig dafür entschieden, ihre gesetzlichen Aufgaben auf einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten zu über- 34

tragen, dessen Arbeitsverhältnis während dieser Zeit einem besonderen Kündigungsschutz unterliegt. Bei der erstmaligen Benennung eines Datenschutzbeauftragten kann eine nichtöffentliche Stelle frei entscheiden, ob sie einen internen oder externen Datenschutzbeauftragten benennen will (*vgl. BAG 23. März 2011 - 10 AZR 562/09 - Rn. 19*). Davon unterscheidet sich der ähnlich starke Sonderkündigungsschutz eines Betriebsratsmitglieds in § 15 Abs. 1 KSchG (der durch das Erfordernis der Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG sogar noch verstärkt wird). Wenn der Arbeitgeber hingegen von seinem Wahlrecht Gebrauch macht und sich für einen internen Datenschutzbeauftragten entscheidet, ist der in diesem Zusammenhang bereits feststehende Sonderkündigungsschutz nach § 38 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG nicht unverhältnismäßig, sondern beruht ebenso auf einer freien Entscheidung des Verantwortlichen wie die Benennung eines Arbeitnehmers zum internen Datenschutzbeauftragten, der sich noch in der gesetzlichen Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG befindet.

d) Die Beklagte beruft sich ohne Erfolg auf einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Der Gesetzgeber hat mit dem Kündigungsschutz aus § 38 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstoßen (*vgl. zu Letzterem BVerfG 8. Juni 2016 - 1 BvR 3634/13 - Rn. 16 mwN; 26. Januar 1993 - 1 BvL 38/92 ua. - zu B I 1 der Gründe, BVerfGE 88, 87*). Selbst wenn wegen des Rechts der Beklagten aus Art. 12 Abs. 1 GG vorliegend nicht nur eine bloße Willkürkontrolle, sondern eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen wäre (*vgl. dazu BVerfG 21. März 2015 - 1 BvR 2031/12 - Rn. 6 ff.*), läge keine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG vor. 35

aa) Soweit die Beklagte auf eine ungleiche Behandlung von Arbeitgebern, die (interne) Datenschutzbeauftragte beschäftigen und solchen, die (interne) Immissionsschutzbeauftragte (*vgl. § 58 Abs. 2 BImSchG; sh. zB auch Gewässerschutzbeauftragte (§ 66 WHG iVm. § 58 Abs. 2 BImSchG), Störfallbeauftragte (§ 58d iVm. § 58 Abs. 2 BImSchG) oder Abfallbeauftragte (§ 60 Abs. 3 KrWG iVm. § 58 Abs. 2 BImSchG)*) beschäftigen, abstellt, liegt eine „wesentlich unglei- 36

che“ Behandlung der betroffenen Arbeitgebergruppen hinsichtlich der Beachtung eines Sonderkündigungsschutzes der jeweiligen „Beauftragten“ nicht vor. Vielmehr ist der Sonderkündigungsschutz sogar „gleich“ ausgestaltet. Es kommt nach § 38 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG ebenso wie nach § 58 Abs. 2 Satz 1 BImSchG nur eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB in Betracht.

bb) Der von der Beklagten in diesem Zusammenhang in den Vordergrund gerückte, unterschiedlich ausgestaltete Abberufungsschutz von Datenschutzbeauftragten und - beispielsweise - Immissionsschutzbeauftragten, ist für die grundrechtliche Beurteilung des Sonderkündigungsschutzes ohne Bedeutung. Selbst wenn die Abberufung der Klägerin wegen einer „Unwirksamkeit“ der Regelung in § 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG ohne jeden Grund und mit sofortiger Wirkung gleichzeitig mit der Kündigung vom 13. Juli 2018 oder sogar unmittelbar nach ihrer Bestellung möglich gewesen wäre, stünde der Klägerin der nachwirkende Sonderkündigungsschutz aus § 38 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. § 6 Abs. 4 Satz 3 BDSG zu, der ebenfalls nur eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund zulässt. Auch dieser ist wie für die anderen „Beauftragten“ (vgl. § 58 Abs. 2 Satz 2 BImSchG) beziehungsweise für Betriebsratsmitglieder (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG) ausgestaltet, so dass insoweit keine „wesentlich ungleiche“, sondern sogar eine „wesentlich gleiche“ Behandlung vorliegt. 37

cc) Soweit die Beklagte eine Gruppenbildung der Datenschutzbeauftragten vornimmt (interner Datenschutzbeauftragter gegenüber externem Datenschutzbeauftragten) und ein Defizit beim Kündigungsschutz des Dienstvertrags des externen Datenschutzbeauftragten sieht, wodurch dessen Abberufungsschutz in § 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG „unterlaufen“ werde, ist schon nicht erkennbar, welche für sie günstigen Rechtsfolgen daraus abgeleitet werden sollen. Unabhängig davon verkennt die Beklagte, dass sich das Arbeitsverhältnis eines internen Datenschutzbeauftragten gemäß § 611a BGB vom freien Dienstverhältnis eines externen Datenschutzbeauftragten nach § 611 BGB „wesentlich“ unterscheidet, wie schon die prinzipiell freie Kündbarkeit des letzteren (§ 620 Abs. 2 BGB) zeigt (vgl. 38

zur wesentlichen Ungleichheit sogar von Arbeitnehmern und arbeitnehmerähnlichen Personen BAG 8. Mai 2007 - 9 AZR 777/06 - Rn. 25 ff.). Die Beklagte wendet sich darüber hinaus auch hier der Sache nach gegen die Abberufungsvorschriften, die sie als belastend empfindet. Deren Wirksamkeit spielt aber - wie in Rn. 37 ausgeführt - vorliegend keine Rolle.

5. § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG erlaubt allein eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund. Dem genügt die von der Beklagten ausgesprochene ordentliche Kündigung vom 13. Juli 2018 nicht. 39

a) Nach § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Damit greift der Gesetzgeber die Formulierung aus § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG auf, die sich wiederum an § 626 Abs. 1 BGB anlehnt, wo der Fall einer außerordentlichen Kündigung geregelt ist. 40

b) Für die Wirksamkeit einer solchen außerordentlichen Kündigung reicht es nicht aus, dass ein wichtiger Grund für sie „objektiv“ vorgelegen hat, wenn nur eine ordentliche Kündigung ausgesprochen wurde (vgl. BAG 19. Juni 1980 - 2 AZR 660/78 - zu 3 a der Gründe, BAGE 33, 220). Auch zu § 15 Abs. 1 KSchG ist anerkannt, dass allein das Bestehen eines wichtigen Grundes für eine außerordentliche Kündigung nicht ausreicht, sondern eine solche auch ausgesprochen sein muss (vgl. BAG 23. April 1981 - 2 AZR 1112/78 - zu II 2 a der Gründe; 5. Juli 1979 - 2 AZR 521/77 - zu III 2 der Gründe). 41

c) Mit dem Schreiben vom 13. Juli 2018 hat die Beklagte nur eine ordentliche und keine außerordentliche Kündigung ausgesprochen. Das folgt nicht nur aus der gewählten Frist für eine ordentliche Kündigung, sondern aus der ausdrücklichen Bezeichnung als „ordentliche“ Kündigung in Absatz 1 des Schreibens. 42

d) Ob die Umdeutung der von der Beklagten erklärten ordentlichen Kündigung in eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger oder sozialer Auslauf-  
frist nach § 140 BGB überhaupt möglich ist, kann dahinstehen. Vorliegend kommt  
dies jedenfalls deshalb nicht in Betracht, weil nach den Ausführungen des Lan-  
desarbeitsgerichts kein wichtiger Grund für die Kündigung vorliegt. Dies lässt we-  
der revisionsrechtlich erhebliche Fehler erkennen noch hat die Beklagte diesbe-  
zügliche Rügen erhoben. 43

II. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, § 565 Satz 1 iVm. § 516 44  
Abs. 3 Satz 1 ZPO.

Koch

Niemann

Schlünder

Alex

Klein