

Besonderer Kündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten?

Ulf Berger-Delhey

I Der Datenschutzbeauftragte

Das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)¹⁾ verpflichtet „nicht-öffentliche Stellen“ – einen gewissen Mindestumfang der Verarbeitung personenbezogener Daten voraussetzend – in § 36 Abs. 1 zur Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten, der als innerbetriebliches Selbstkontrollorgan „die Ausführung dieses Gesetzes sowie anderer Vorschriften über den Datenschutz“ sicherstellen soll. Nicht-öffentliche Stellen in diesem Sinne sind gem. § 1 Abs. 4 BDSG alle natürlichen Personen, insbesondere also freiberuflich Tätige, sowie alle privatrechtlich organisierten Personenzusammenschlüsse in allen möglichen Rechtsformen^{2, 3)}. Für öffentliche Stellen, insbesondere also Behörden, fehlt es hingegen an einer entsprechenden gesetzlichen Verpflichtung im BDSG; allerdings sehen die Landesdatenschutzgesetze in Hessen (§ 5 Abs. 2 HDStG)⁴⁾, in Berlin (§ 19 Abs. 4 BlnDSG)⁵⁾ und in Niedersachsen (§ 8 Abs. 3 NDSG)⁶⁾ die Bestellung innerbehördlicher Datenschutzbeauftragter vor. Während hessisches und niedersächsisches Recht dabei zwar Aussagen zur Aufgabenstellung treffen, aber keine besonders hervorgehobene oder mit besonderen Rechten ausgestattete Po-

sition schaffen⁷⁾, verweisen die Berliner Regelungen für Tätigkeit und Rechtsstellung auf §§ 36 f. BDSG, also die Vorschriften für betriebliche Datenschutzbeauftragte. Auch Behörden und Versicherungsträger im Sozialleistungsbereich (gem. §§ 12, 35 SGB-I⁸⁾) sog. Sozial-

1) Vgl. Gesetz zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes vom 20. 12. 1990 (BGBl. I, S. 2954), zul. geändert durch Gesetz zur Neuordnung des Eisenbahnwesens – Eisenbahnneuordnungsgesetz (ENeuOG) – vom 27. 12. 1993 (BGBl. I, S. 2378).

2) DÖRR/SCHMIDT, Neues BDSG, 2. Aufl. 1992, § 2 Rn. 17 f.

3) Soweit nicht-öffentliche Stellen hoheitliche Aufgaben der Verwaltung wahrnehmen, z. B. als beliehene Unternehmer, gelten sie insoweit als öffentliche Stellen, vgl. DÖRR/SCHMIDT, a. a. O. (Fn. 2), § 2 Rn. 19.

4) Hessisches Datenschutzgesetz vom 11. 11. 1986 (GVBl., S. 309), zul. geändert durch Gesetz vom 21. 12. 1988 (GVBl., S. 424).

5) Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten in der Berliner Verwaltung – Berliner Datenschutzgesetz – vom 1. 11. 1990 (GVBl. 1991, S. 16).

6) Niedersächsisches Datenschutzgesetz vom 26. 5. 1978 (GVBl., S. 421), zul. geändert durch Gesetz vom 2. 7. 1985 (GVBl., S. 192).

7) Die Tätigkeit wird als reine, aus organisatorischen Gründen in einer Hand zusammengefaßte Verwaltungstätigkeit eingestuft; vgl. NUNGESER, HDStG, § 5 Rn. 14.

8) Sozialgesetzbuch (SGB) – Allgemeiner Teil – vom 11. 12. 1975 (BGBl. I, S. 3015), zul. geändert durch Zweites Gesetz zur Änderung des Sozialgesetzbuchs – 2. SGBÄndG – vom 13. 6. 1994 (BGBl. I, S. 1229).

leistungsträger) verpflichtet § 79 Abs. 1 SGB-X⁹⁾, behördeninterne Datenschutzbeauftragte nach Maßgabe der für Aufgabenstellung und Rechtsposition betrieblicher Datenschutzbeauftragte geltenden BDSG-Vorschriften zu bestellen.

II. Bestellung

Die Pflicht, Datenschutzbeauftragte zu bestellen, dependiert von einer bestimmten Mindestzahl von Personen, die bei Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind, nämlich fünf Arbeitnehmer bei automatisierter und zwanzig Arbeitnehmer bei nicht-automatisierter Datenverarbeitung (vgl. § 36 Abs. 1 BDSG). Dabei darf nach Maßgabe des § 36 Abs. 2 BDSG nur bestellt werden, „wer die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit besitzt“.

Umstritten ist insoweit, ob für die Zuverlässigkeit Kriterien wie überdurchschnittlicher Charakter, Loyalität, Gewissenhaftigkeit und mit Durchsetzungsvermögen gepaarte Gründlichkeit im Vordergrund zu stehen haben¹⁰⁾ oder ob sich diese Voraussetzung vor allem dahingehend auswirkt, daß zusätzliche, wirksamen Datenschutz gefährdende Belastungen des Datenschutzbeauftragten von vornherein ausgeschlossen sein müssen¹¹⁾. Die höchstgerichtliche Rechtsprechung scheint inzwischen zur sog. Inkompatibilität zu tendieren¹²⁾, was zur Folge hätte, daß zum Datenschutzbeauftragten grundsätzlich nur bestellt werden könnte, wer wegen einer u. U. zusätzlichen Tätigkeit mit seiner vom Gesetz vorgegebenen Aufgabenstellung nicht zu leicht in Konflikt geriete. Über erforderliche Fachkunde verfügt im übrigen, wer das BDSG und die für die jeweilige Sparte einschlägigen besonderen datenschutzrechtlichen Bestimmungen kennt und anwenden kann, die Informationstechniken zumindest ihren Grundzügen nach kennt und über Organisation des Betriebs, Geschäftszwecke sowie interne Aufgabenverteilung informiert ist¹³⁾.

Bestellt werden können sowohl Mitarbeiter der speichernden Stelle als auch außenstehende Personen¹⁴⁾, ggf. auch befristet¹⁵⁾. Bei der Bestellung, die schriftlich zu erfolgen hat (vgl. § 36 Abs. 1 Satz 1 BDSG), ist ein Mitbestimmungsrecht der Betriebsvertretung nicht vorgesehen¹⁶⁾, die allerdings nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG¹⁷⁾ darüber zu wachen hat, daß datenschutzrechtliche Vorschriften ordnungsgemäß eingehalten werden. Entsprechendes gilt im Anwendungsbereich personalvertretungsrechtlicher Vorschriften, vgl. § 68 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG^{18, 19)}. „Konkurrenzprobleme“ können im Einzelfall freilich auftreten, wenn die Bestellung zum Datenschutzbeauftragten mit einer Einstellung bzw. mit einer Versetzung zusammenfällt. Sofern es sich nicht um leitende Angestellte handelt, stehen der Betriebsvertretung dann Mitbestimmungsrechte nach § 99 BetrVG – ebenso § 75 Abs. 1 Nr. 1 bzw. 3 BPersVG – zu, allerdings nicht im Hinblick auf das datenschutzrechtliche Amt. Die Betriebsvertretung kann also ihre Zustimmung zur Einstellung nicht mit Gründen verweigern, die sich auf die Funktion als Datenschutzbeauftragter beziehen²⁰⁾; Entsprechendes gilt für Versetzungen²¹⁾.

III. Abberufung

Nach seiner Stellung ist der Datenschutzbeauftragte – § 36 Abs. 3 Satz 1 BDSG – „dem Inhaber, dem Vorstand, dem Geschäftsführer oder dem sonstigen gesetzlich oder nach der Verfassung des Unternehmens berufenen Leiter unmittelbar unterstellt“ und – § 36 Abs. 3 Satz 2 BDSG – „bei Anwendung seiner Fachkunde auf dem Gebiet des Datenschutzes weisungsfrei“. Seine Unabhängigkeit sichert insoweit § 36 Abs. 3 Satz 3 BDSG, demzufolge die Bestellung zum Datenschutzbeauftragten „nur auf Verlangen der Aufsichtsbehörde oder in entsprechender Anwendung von § 626 des Bürgerlichen Gesetzbuchs widerrufen werden“ kann. Dementsprechend räumt § 38 Abs. 5 Satz 3 BDSG der Aufsichtsbehörde das Recht ein, die Abberufung des Datenschutzbeauftragten zu verlangen²²⁾. Weitere Vorschriften fehlen, und zwar auch zur Frage einer Abberufung in Ausführung von § 18 BDSG auf freiwilliger Basis eingesetzter behördlicher Datenschutzbeauftragter. Das hat die Frage aufkommen lassen, inwieweit die Einschränkung des Widerrufs seiner Bestellung einem im Arbeitsverhältnis beschäftigten Datenschutzbeauftragten auch besonderen Kündigungsschutz einräumt. Das Meinungsstabileu dazu bietet – nicht nur in der Argumentation²³⁾ – zahlreiche Facetten²⁴⁾, scheint aber inzwischen mehrheitlich dahin zu tendieren, Kündigungen des der Tätigkeit „hauptamtlicher“ Datenschutzbeauftragter zugrundeliegender Arbeitsverhältnisse nur eingeschränkt unter Be-

9) Sozialgesetzbuch (SGB) – Verwaltungsverfahren – vom 18. 8. 1980 (BGBl. I, S. 1469; ber. S. 2218), zul. geändert durch Zweites Gesetz zur Änderung des Sozialgesetzbuchs – 2. SGBÄndG – vom 13. 6. 1994 (BGBl. I, S. 1229).

10) So z. B. SCHAFFLAND/WILTFANG, BDSG, § 36 Rnm. 23 f.

11) So z. B. WOHLGEMUTH, Datenschutzrecht, 2. Aufl. 1992, Rn. 368 m. w. Nachw., ebenso schon KRIEGER, DuD 1980, 206.

12) BAG vom ...

13) DÖRR/SCHMIDT, a. a. O. (Fn. 2), § 36 Rn. 12.

14) DÖRR/SCHMIDT, a. a. O. (Fn. 2), § 36 Rn. 11.

15) GOLA, DuD 1991, 341, 343, fordert bei befristeter Bestellung von Betriebsangehörigen einen die Befristung rechtfertigenden wichtigen Grund.

16) DÖRR/SCHMIDT, a. a. O. (Fn. 2), § 36 Rn. 11.

17) Betriebsverfassungsgesetz vom 15. 1. 1972 (BGBl. I, S. 13) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. 12. 1988 (BGBl. 1989 I, S. 1; ber. S. 902), zul. geändert durch Gesetz zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern – Zweites Gleichberechtigungsgesetz (2. GleichB) – vom 24. 6. 1994 (BGBl. I, S. 1406).

18) Bundespersonalvertretungsgesetz vom 15. 3. 1974 (BGBl. I, S. 693), zul. geändert durch Gesetz zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern – Zweites Gleichberechtigungsgesetz (2. GleichB) – vom 24. 6. 1994 (BGBl. I, S. 1406).

19) Nach BVerwG, PersR 1990, 102, gehört das BDSG zu den nach dieser Norm von der Beschäftigtenvertretung zu überwachenden Vorschriften.

20) DÖRR/SCHMIDT, a. a. O. (Fn. 2), § 36 Rn. 11.

21) EHRICH, DB 1991, 1981 ff.

22) Ob einem solchen Abberufungsverlangen zu entsprechen ist, ist umstritten, vgl. DÖRR/SCHMIDT, a. a. O. (Fn. 2), § 36 Rn. 25; und ORDEMANN/SCHOMERUS/GOLA, BDSG, § 36 Anm. 5.1 a; einerseits sowie – Abberufungsverlangen als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt – BERGMANN/MÖHRLE/HERB, Datenschutzrecht, § 36 Rn. 84, andererseits.

23) Vgl. dazu EHRICH, NZA 1993, 248.

24) Nach SCHAFFLAND/WILTFANG, a. a. O. (Fn. 10), z. B. einerseits § 36 Rn. 65 b – weit über praktische Gegebenheiten hinausgehender „umfassender Kündigungsschutz“ – und andererseits Rn. 65 e – Kündigungsschutz, der nicht so verstanden werden könne, „daß eine ordentliche Kündigung des Anstellungsverhältnisses selbst nicht mehr möglich ist“!

achtung des § 36 Abs. 3 Satz 4 BDSG als zulässig anzusehen²⁵).

Die Streitfrage kann nur durch gemeinsame Betrachtung des datenschutzrechtlichen Aktes der Bestellung bzw. der Abberufung des Datenschutzbeauftragten einerseits und des dieser Tätigkeit zugrundeliegenden Arbeitsverhältnisses andererseits gelöst werden (sog. Trennungsprinzip²⁶). Insoweit geht der Gesetzgeber davon aus, daß mit Kündigung des Arbeitsverhältnisses auch die Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter endet²⁷, beide Vorgänge also jedenfalls dann unlösbar miteinander verknüpft sind, wenn die arbeitsrechtliche Grundlage insgesamt wegfällt²⁸. Bewirkt eine Kündigung aber dergestalt – entsprechend den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (vgl. § 242 BGB)²⁹ – auch den Widerruf der Bestellung als Datenschutzbeauftragter, so stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Gesetzeszweck, nämlich u. a. betriebliche Selbstkontrolle und Position des Datenschutzbeauftragten zu stärken³⁰. Mit anderen Worten: Eine Begrenzung der Widerrufsmöglichkeiten einer Bestellung als Datenschutzbeauftragter drohte leerzulaufen, wären Kündigungen des Arbeitsverhältnisses eines Datenschutzbeauftragten „schrankenlos“ möglich. Die gesetzliche (Neu-)Regelung wird deshalb als Stärkung des Kündigungsschutzes des Datenschutzbeauftragten interpretiert werden müssen³¹.

Das zwingt freilich keinesfalls zur Schlußfolgerung, Kündigungen derartiger Arbeitsverhältnisse seien nur noch aus wichtigem Grunde zulässig³². Vielmehr ist entsprechend dem Trennungsprinzip strikt danach zu differenzieren, ob der Kündigungsgrund im speziellen Aufgabenbereich des datenschutzrechtlichen Amtes oder im diesem zugrundeliegenden Arbeitsverhältnis angesiedelt ist: Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus Gründen, die nichts mit der Funktion als Datenschutzbeauftragter zu tun haben, ist daher auch als

ordentliche entsprechend den Maßstäben allgemeinen Kündigungsschutzes zulässig (und beendet auch das datenschutzrechtliche Amt), während eine nur auf den Tätigkeitsbereich als Datenschutzbeauftragter bezogene Kündigung ausschließlich unter den Voraussetzungen des § 626 BGB möglich ist³³). Das muß im übrigen sinngemäß auch dann gelten, wenn betriebsfremde Personen durch Dienstvertrag als Datenschutzbeauftragte bestellt sind, während ein entsprechender Werkleistungsvertrag mangels Anwendbarkeit des § 626 BGB auf diesen Vertragstyp unter normalen Voraussetzungen gekündigt werden kann³⁴). Unberührt bleibt selbstverständlich die Möglichkeit, die Bestellung als Datenschutzbeauftragter ebenso wie das Arbeitsverhältnis jederzeit im gegenseitigen Einvernehmen aufzuheben³⁵).

25) BEDER, CR 1990, 476, 619; EHRICH, CR 1993, 226; DB 1991, 1881; NZA 248; GRUNEWALD, RDV 1993, 226; KOCH, Der betriebliche Datenschutzbeauftragte, 3. Aufl. 1992, S. 50; MÜLLER/WÄCHTER, Der Datenschutzbeauftragte, 2. Aufl., 1991, S. 85; ORDEMANN/SCHOMERUS/GOLA, a. a. O. (Fn. 22), § 36 Anm. 5.3; SCHIERBAUM/KIESCHE, CR 1992, 726; WOHLGEMUTH, a. a. O. (Fn. 11), Rn. 370.

26) So – zum betrieblichen Immissionsschutzbeauftragten – BAG vom 22. 7. 1992 – 2 AZR 85/92 –; ausf. WEBER, Der Betriebsbeauftragte, 1988, S. 191.

27) So – Amtl. Begr. zu § 36 Abs. 3 Satz 4 BDSG – BR-Drs. 618/88, S. 137: „Die Bestellung eines Arbeitnehmers zum Beauftragten endet – ohne daß dies einer ausdrücklichen Regelung bedarf – auch mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.“

28) DÖRR/SCHMIDT, a. a. O. (Fn. 2), § 36 Rn. 28.

29) KOCH, a. a. O. (Fn. 25), S. 50.

30) KOCH, a. a. O. (Fn. 25), S. 50.

31) KOCH, a. a. O. (Fn. 25), S. 31.

32) So aber – jedenfalls bei „hauptamtlicher“ Bestellung – GOLA, DuD 1991, 341; MÜLLER/WÄCHTER, a. a. O. (Fn. 25), S. 85; SCHIERBAUM/KIESCHE, CR 1992, 226.

33) So zutreffend DÖRR/SCHMIDT, a. a. O. (Fn. 2), § 36 Rn. 28; und EHRICH, DB 1991, 1981; a. A. – Zulässigkeit ordentlicher Kündigung nur bei „Zustimmung“ der Aufsichtsbehörde – GRUNEWALD, RDV 1993, 226.

34) DÖRR/SCHMIDT, a. a. O. (Fn. 2), § 36 Rn. 29.

35) DÖRR/SCHMIDT, a. a. O. (Fn. 2), § 36 Rn. 30.