

**Titel:**

**Feststellung der Unwirksamkeit einer Kündigung eines Datenschutzbeauftragten**

**Normenketten:**

AEUV Art. 153

DS-GVO Art. 38 Abs. 3

BDSG § 6 Abs. 4 S. 2, § 38 Abs. 1 S. 1

**Leitsätze:**

Die nationalen Regelungen, wonach ein interner Datenschutzbeauftragter nur aus wichtigem Grund gekündigt und nur aus wichtigem Grund von seinem Amt abberufen werden kann (§ 38 Abs. 2 i. V. m. § 6 Abs. 4 BDSG), sind mit Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO vereinbar. (Rn. 59 und 65)

1. Die Umdeutung einer ordentlichen Kündigung gemäß § 140 BGB in eine außerordentliche Kündigung ggf. mit Auslauffrist ist nicht möglich. (Rn. 63) (redaktioneller Leitsatz)

2. Ein wichtiger Grund für die Abberufung eines Datenschutzbeauftragten liegt insbesondere nicht darin, einen internen Datenschutzbeauftragten durch einen externen Datenschutzbeauftragten aus organisatorischen, finanziellen oder personalpolitischen Gründen zu ersetzen. (Rn. 68) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Datenschutz, interner Datenschutzbeauftragter, Schadensersatzanspruch, unternehmerische Entscheidung, wichtiger Grund, Widerruf, Unwirksamkeit, Kündigung, Weiterbeschäftigung

**Vorinstanzen:**

ArbG Nürnberg, Endurteil vom 22.07.2019 – 3 Ca 4080/18

ArbG Nürnberg, Beschluss vom 09.05.2019 – 3 Ca 4080/18

**Rechtsmittelinstanzen:**

BAG Erfurt, Vorlagebeschluss vom 30.07.2020 – 2 AZR 225/20 (A)

Generalanwalt Luxemburg, Schlussantrag (EuGH) vom 27.01.2022 – C-534/20

EuGH Luxemburg, Urteil vom 22.06.2022 – C-534/20

BAG Erfurt, Urteil vom 25.08.2022 – 2 AZR 225/20

**Weiterführende Hinweise:**

Revision zugelassen

**Fundstellen:**

RDV 2020, 208

BeckRS 2020, 7694

NZA-RR 2020, 299

LSK 2020, 7694

ZD 2020, 418

**Tenor**

1. Die Berufungen der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 22.07.2019, Az. 3 Ca 4080/18, werden zurückgewiesen.

2. Die Beklagten zu 2) - 5) tragen je 10%, die Beklagte zu 1) trägt 60% der Kosten des Berufungsverfahrens.

3. Die Revision wird für die Beklagte zu 1) hinsichtlich der Klageanträge zu 1. (Kündigungsschutzklage) und 2. (Widerruf der Bestellung als Datenschutzbeauftragte) zugelassen. Im Übrigen wird die Revision nicht zugelassen.

## Tatbestand

1

Die Klägerin begehrt gegenüber der Beklagten zu 1) die Feststellung der Unwirksamkeit einer Kündigung des zwischen beiden bestehenden Arbeitsverhältnisses, die Feststellung des Bestehens einer Rechtsstellung der Klägerin als interne Beauftragte für den Datenschutz sowie Weiterbeschäftigung und gegenüber den Beklagten zu 2) bis 5) die Feststellung des Bestehens einer Rechtsstellung der Klägerin als externe Beauftragte für den Datenschutz.

2

Die am ...1977 geborene Klägerin ist auf Grundlage eines Arbeitsvertrages vom 12.12.2017/18.12.2017 (Bl. 5 ff. d. A.) seit 15.01.2018 bei der Beklagten zu 1) als „Teamleiter Recht“ beschäftigt gewesen. Zudem existiert eine im Arbeitsvertrag in Bezug genommene Aufgabenbeschreibung Nr. 9155 (Bl. 273 d. A.). Die Parteien sind im Detail unterschiedlicher Auffassung über den Inhalt der arbeitsvertraglichen Tätigkeitspflichten der Klägerin, deren Berichtspflichten sowie deren Vergütungshöhe. Auch ist die Konzernstruktur der Beklagten zwischen den Parteien nicht unstrittig.

3

Die Beklagte zu 1) beschäftigt regelmäßig mehr als 10 Vollzeitmitarbeiter ausschließlich der Auszubildenden. Ein Betriebsrat wurde bei der Beklagten zu 1) gebildet.

4

Mit Schreiben vom 15.01.2018 (Bl. 14 d. A.) wurde die Klägerin von der Beklagten zu 1) mit Wirkung vom 01.02.2018 zur betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestellt. Mit Schreiben vom 17.01.2018, 18.01.2018 und 29.01.2018 (Bl. 15 ff. d. A.) wurde die Klägerin zur betrieblichen Datenschutzbeauftragten der Beklagten zu 2) bis 5) bestellt. Die Beklagte zu 1) war zur Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BDSG verpflichtet.

5

Die Beklagte zu 1) hat eine unternehmerische Entscheidung vom 25.06.2018 (Bl. 63 ff. d. A.) vorgelegt.

6

Mit Schreiben vom 13.07.2018 (Bl. 21 f. d. A.) wurde das Arbeitsverhältnis der Klägerin durch die Beklagte zu 1) mit Wirkung zum 15.08.2018 gekündigt. Im Kündigungsschreiben wurde der Klägerin mitgeteilt, dass ihre bisherige Stellung als Datenschutzbeauftragte - vorsorglich auch im Auftrag der Tochterunternehmen - spätestens zum 15.08.2018 enden und hilfsweise aus wichtigem Grund widerrufen wird. Außerdem wurde sie aufgefordert, sich am 18.07.2018 um 09.30 Uhr am Hauptempfang einzufinden, um die gescheiterte Übergabe an Frau R... im Hinblick auf die Funktion Datenschutzbeauftragte nachzuholen und zu diesem Termin mit einem externen Anwalt/Dienstleister zusammenzuarbeiten.

7

Die Klägerin hat durch Schreiben vom 16.07.2018 (Bl. 24 ff. d. A.) die mit Schreiben vom 13.07.2018 erfolgten Widerrufe der Bestellung zur Datenschutzbeauftragten mangels Vorlage einer Vollmacht und hinreichender Vertretungsmacht gegenüber den Beklagten zu 2) bis 5) zurückgewiesen.

8

Für den Zeitraum 20.07.2018 bis 03.08.2018 war der Klägerin durch die Beklagte zu 1) Urlaub gewährt worden.

9

Durch Schreiben der Klägerin vom 17.07.2018 (Bl. 280 d. A.), der Beklagten zu 1) per E-Mail am selben Tag um 12.14 Uhr zugegangen, teilte diese mit, dass die Klägerin für den Rest dieser Kalenderwoche arbeitsunfähig fehlen und ihre Arbeit erst nach ihrem genehmigten Urlaub (23.07. bis 03.08.2018) wieder aufnehmen werde. Die Beklagte zu 1) hat am 18.07.2018, 9.44 Uhr, eine die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin attestierende Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erhalten.

10

Mit E-Mail sowie Schreiben vom 20.07.2018 (Bl. 173 ff. d. A.) sprach die Beklagte zu 1) einen teilweisen Widerruf des gewährten Urlaubs aus. Der Klägerin wurden Alternativtermine am 23.07.2018, 14.00 Uhr, und am 26.07.2018, 11.00 Uhr, mitgeteilt und sie wurde aufgefordert, zu erklären, an welchem der benannten

Termine sie zur Übergabe des Datenschutzes an die Firma D... GmbH bereit sei. Die Klägerin teilte der Beklagten zu 1) am 23.07.2018, 13.46 Uhr, mit, dass sie die benannten Termine nicht wahrnehmen werde.

#### **11**

Mit Klageschriftsatz vom 02.08.2018, bei Gericht am selben Tag eingegangen, begehrt die Klägerin mit den Klageanträgen zu 1. und 2. gegenüber der Beklagten zu 1) die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung des zwischen beiden bestehenden Arbeitsverhältnisses sowie die Feststellung des Bestehens einer Rechtsstellung der Klägerin als interne Beauftragte für den Datenschutz und mit dem Klageantrag zu 3. gegenüber den Beklagten zu 2) bis 5) die Feststellung des Bestehens einer Rechtsstellung der Klägerin als externe Beauftragte für den Datenschutz. Mit Widerklageschriftsatz vom 14.12.2018 begehrt die Beklagte zu 1) gegenüber der Klägerin und Widerbeklagten die Zahlung eines Schadensersatzes. Mit Klageerweiterungsschriftsatz vom 29.03.2019 begehrt die Klägerin gegenüber der Beklagten zu 1) ihre Weiterbeschäftigung.

#### **12**

Die Klägerin hat erstinstanzlich vorgetragen, dass sie als „Teamleiter Recht“ und nicht als Teamleiterin „Zentralfunktion Recht“ eingestellt worden sei. Dies ergebe sich aus dem Arbeitsvertrag und der Aufgabenbeschreibung.

#### **13**

Die Kündigung der Beklagten zu 1) vom 13.07.2018 sei unwirksam. Eine ordentliche Kündigung scheidet gemäß § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG von vornherein aus. Eine außerordentliche Kündigung liege nicht vor. Auch seien deren Voraussetzungen nicht erfüllt. Die behauptete unternehmerische Entscheidung und deren Hintergründe würden bestritten. Herr Dr. S... sei zu dem behaupteten Zeitpunkt noch nicht Vorstandsmitglied der Beklagten zu 1) gewesen und ohnehin nicht allein vertretungsberechtigt. Die Beklagte zu 1) habe den Sonderkündigungsschutz nicht beachtet und den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört.

#### **14**

Auch seien die Widerrufe der Bestellungen zur Datenschutzbeauftragten unwirksam. Ein Gespräch am 04.07.2018 mit Herrn G. habe es nicht gegeben. Es habe allein ein Gespräch mit Herrn Dr. S... gegeben. In diesem habe man sich allein nicht auf eine einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses verständigen können. Über einen Widerruf der Bestellungen zur Datenschutzbeauftragten sei nicht gesprochen worden. Auch sei kein Übergabetermin am 05.07.2018 vereinbart worden. Vielmehr sei der Klägerin am 05.07.2018 der Zutritt zum Gebäude der Beklagten zu 1) verweigert worden. Sie sei zu einem Gespräch mit Herrn Dr. S. abgeholt worden. In diesem sei ihr mitgeteilt worden, dass sie gekündigt werde und dass sie ihre Fachbereiche übergeben solle. Eine Übergabe der Bereiche Compliance und der Rechtsabteilung sei erfolgt. Eine Übergabe des Bereiches Datenschutz habe die Klägerin abgelehnt, da sie noch nicht abberufen und ein neuer Datenschutzbeauftragter noch nicht bestellt gewesen sei. Auch nachdem die Mitarbeiterin der Beklagten zu 1), Frau R., behauptet habe, zur Datenschutzbeauftragten bestellt worden zu sein, habe die Klägerin mangels Abberufung und Vorlage von Bestellsurkunden eine Übergabe abgelehnt. Die durch Schreiben vom 13.07.2018 erfolgten Abberufungen verstießen gegen § 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG und seien hinsichtlich der Beklagten zu 2) bis 5) wirksam zurückgewiesen worden.

#### **15**

Die Widerklage sei abzuweisen. Dass die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten seit dem 15.07.2018 von der Firma D... GmbH ausgeführt würden, dass es Termine am 18.07.2018 und am 23.07.2018 gegeben habe, dass eine Anwesenheit der Klägerin zur Übergabe etwaiger Aufgaben erforderlich gewesen sei, dass die benannten Termine infolge der Abwesenheit der Klägerin nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden konnten und dass die behaupteten Kosten entstanden seien, werde bestritten. Die Klägerin habe per E-Mail vom 17.07.2018 die Fortdauer ihrer Arbeitsunfähigkeit mitgeteilt. Auch sei ein Widerruf des Urlaubs nicht zulässig und überdies überraschend gewesen.

#### **16**

Die Klägerin hat erstinstanzlich beantragt,

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 durch die Kündigung der Beklagten zu 1 vom 13.07.2018 nicht zum 15.08.2018 aufgelöst wird, sondern unverändert darüber hinaus fortbesteht.

2. Es wird festgestellt, dass die Rechtsstellung der Klägerin als interne Beauftragte für den Datenschutz der Beklagten zu 1 nicht durch den Widerruf der Beklagten zu 1 vom 13.07.2018 beendet worden ist.

3. Es wird festgestellt, dass die Rechtsstellung der Klägerin als Beauftragte für den Datenschutz der Beklagten zu 2, zu 3, zu 4 und zu 5 nicht durch den Widerruf der Beklagten zu 1 vom 13.07.2018 beendet worden ist.

4. Für den Fall des Obsiegens mit dem Klageantrag zu 1 und 2: Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, die Klägerin bis zur Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung als Teamleiterin Recht entsprechend dem Arbeitsvertrag vom 12.12.2017 und als betriebliche Datenschutzbeauftragte gemäß Bestellsurkunde vom 15.01.2018 weiterzubeschäftigen.

5. Für den Fall des Obsiegens lediglich mit dem Klageantrag zu 1: Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, die Klägerin bis zur Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung als Teamleiterin Recht entsprechend dem Arbeitsvertrag vom 12.12.2017 weiterzubeschäftigen.

## 17

Die Beklagte und Widerklägerin hat erstinstanzlich beantragt,

1. Die Klage abzuweisen.

2. Die Klägerin und Widerbeklagte wird verurteilt, an die Beklagte zu 1) einen Betrag in Höhe von 7.600,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweils maßgeblichen Basiszinssatz hieraus seit dem 22.09.2018 zu bezahlen.

## 18

Die Klägerin und Widerbeklagte hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

## 19

Die Beklagten trugen erstinstanzlich vor, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte zu 1) während der Probezeit der Klägerin wirksam gewesen sei. Es sei unter anderem arbeitsvertragliche Aufgabe der Klägerin gewesen, juristische Beratung des Vorstandes der Beklagten zu 1) und der Geschäftsführer sowie sämtlicher Fachbereiche aller im Sinn der §§ 15 ff. AktG mit der Beklagten zu 1) verbundenen Unternehmen („L... Gesellschaften“) zu leisten. Zu diesem Zweck seien jedenfalls zwischen der Beklagten zu 1) und den Beklagten zu 2), 4) und 5) Dienstleistungsverträge geschlossen worden. Die Beklagte zu 1) habe infolge des Ausscheidens des Vorstandsvorsitzenden und kaufmännischen Vorstandes sowie im Zuge über die Entscheidungen über die Nachbesetzung der Leitung des Zentralbereichs Personal und Recht am 25.06.2018 unter Berücksichtigung an veränderte wirtschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen die unternehmerische Entscheidung getroffen, die Funktion des Zentralbereichsleiters im Teilbereich Recht zu streichen, die Stelle der Teamleitung ZR mit sofortiger Wirkung entfallen zu lassen, den Bereich Datenschutz extern zu vergeben und die interne Rechtsberatung durch eine Stelle im Stile eines Brückenkopfs hin zu externen Anwälten auszugestalten und im Übrigen auf eine externe Kanzlei zu übertragen. Dies habe zu einem Wegfall des Beschäftigungsbedarfs der Klägerin geführt. Die unternehmerische Entscheidung sei auch umgesetzt worden. Beispielsweise sei der Bereich Datenschutz ab dem 15.07.2018 auf die Firma D... GmbH durch Bestellung eines externen Datenschutzbeauftragten übertragen und Compliance-Themen seit dem 01.08.2018 an eine externe Rechtsanwaltskanzlei weitergereicht worden. Die Klägerin könne sich auf keinen Sonderkündigungsschutz als Datenschutzbeauftragte berufen. Die Regelung in § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG verstoße gegen Art. 38 DS-GVO und sei daher unwirksam. Der Betriebsrat sei ebenfalls ordnungsgemäß angehört worden. Die Benennung eines Sonderkündigungsschutzes sei gerade nicht erforderlich gewesen.

## 20

Auch sei die Klägerin als Datenschutzbeauftragte der Beklagten zu 1) bis 5) ordnungsgemäß abberufen worden. Die Klägerin sei am 04.07.2018 mündlich durch ihren Vorgesetzten Herrn A... G... - auch im

Auftrag der Beklagten zu 2) bis 5) - darüber informiert worden, dass alle Bestellungen zur Datenschutzbeauftragten mit sofortiger Wirkung enden würden. Zudem sei sie zur Übergabe des Datenschutzes aufgefordert und ein Übergabetermin am 05.07.2018 vereinbart worden. Die Klägerin habe sich hiermit einverstanden erklärt. Daran änderte es auch nichts, dass die Klägerin sich am 05.07.2018 geweigert habe, die Aufgaben als Datenschutzbeauftragte ordnungsgemäß zu übergeben. Lediglich zu einer einvernehmlichen Verständigung über einen Aufhebungsvertrag sei es nicht gekommen. Ohne Bedeutung seien folglich die gegenüber den Beklagten zu 2) bis 5) erfolgten Zurückweisungen mit Schreiben vom 16.07.2018. Ohne Bedeutung sei auch § 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG. Die Beauftragungen als Datenschutzbeauftragte seien einvernehmlich beendet worden. Ohnehin verstoße die innerstaatliche Regelung gegen Art. 38 DS-GVO. Ein Verstoß gegen die Vorgaben aus Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO liege jedenfalls nicht vor.

## **21**

Die Widerklage sei begründet. Die Klägerin habe sich am 05.07.2018 fortlaufend geweigert, ihre Aufgabe als Datenschutzbeauftragte ordnungsgemäß zu übergeben. Diese Weigerung habe sie auch aufrechterhalten, nachdem Frau R... kurzfristig interimsmäßig zur Datenschutzbeauftragten ernannt worden sei. Nachdem die Klägerin trotz des Schreibens vom 09.07.2018 den festgelegten Übergabetermin am 10.07.2018 nicht wahrgenommen hatte, sei mit dem Kündigungsschreiben der Beklagten zu 1) vom 13.07.2018 ein Übergabetermin am 18.07.2018, 9.30 Uhr, bestimmt worden. Zu diesem Übergabetermin sei die Klägerin nicht erschienen und habe ihr Fehlen nicht rechtzeitig mitgeteilt. Die Mitteilung der fortdauernden Arbeitsunfähigkeit der Klägerin vom 17.07.2018 sei intern nicht weitergeleitet worden, was der Prozessvertretung der Klägerin durch einen Abwesenheitsassistenten mitgeteilt worden sei. Die Mitteilung der Arbeitsunfähigkeit am 18.07.2018, Eingang gegen 9.44 Uhr, sei zu spät erfolgt. Hätte die Klägerin ihre gesetzlichen und arbeitsvertraglichen Mitteilungspflichten ordnungsgemäß erfüllt, hätte der Übergabetermin mit der Firma D... GmbH abgesagt werden können. Auch den Termin am 23.07.2018 hätte die Klägerin wahrnehmen oder jedenfalls rechtzeitig absagen müssen. Eine Reaktion der Klägerin sei, trotz dessen, dass sie mit einem Widerruf des Urlaubs habe rechnen müssen, verspätet erfolgt. Durch den - abgebrochenen - Termin am 18.07.2018 und den erfolglosen Termin am 23.07.2018 sowie den weiteren dadurch bedingten Aufarbeitungsaufwand seien Kosten in Höhe von € 7.600,- entstanden und durch die Beklagte zu 1) getragen worden.

## **22**

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags wird im Übrigen auf den Tatbestand im Urteil des Arbeitsgerichts nebst den in Bezug genommenen Schriftsätzen verwiesen.

## **23**

Das Arbeitsgericht hat durch Beschluss vom 10.04.2019 (Bl. 283 ff. d. A.) entschieden, dass es für den Rechtsstreit der Klägerin gegen die Beklagte zu 2) örtlich zuständig ist. Durch weiteren Beschluss vom 09.05.2019 (Bl. 288 ff. d. A.) hat das Gericht entschieden, dass hinsichtlich des Klageantrages zu 3. der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen zulässig ist. Der Beschluss ist rechtskräftig.

## **24**

Das Arbeitsgericht hat mit Endurteil vom 22.07.2019 den Klageanträgen zu 1. - 3. stattgegeben und die Beklagte zu 1) zur Weiterbeschäftigung als Teamleiterin Recht verurteilt. Hinsichtlich der Weiterbeschäftigung als betriebliche Datenschutzbeauftragte hat es die Klage abgewiesen. Ebenso hat es die Widerklage abgewiesen.

## **25**

Das Arbeitsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

## **26**

Der im Klageantrag zu 1. gestellte allgemeine Feststellungsantrag enthalte keinen über den Kündigungsschutzantrag hinausgehenden Streitgegenstand.

## **27**

Die Kündigung vom 13.07.2018 sei als ordentliche Kündigung wegen Verstoßes gegen §§ 38 Abs. 2, 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG unwirksam. Nach diesen Vorschriften sei die ordentliche Kündigung gegenüber der Klägerin als Datenschutzbeauftragte und auch ein Jahr nach Abberufung von diesem Amt ausgeschlossen. In der von der Beklagten zu 1) behaupteten unternehmerischen Entscheidung liege außerdem kein wichtiger

Grund, der eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen könnte. Dies gelte selbst für den Fall der wirksamen Abberufung der Klägerin als Datenschutzbeauftragte. Es sei nicht dargelegt, dass die Beklagte zu 1) alle Anstrengungen unternommen hätte, das Arbeitsverhältnis auch unter geänderten Bedingungen fortzusetzen. Der besondere Kündigungsschutz nach §§ 38 Abs. 2, 6 bis 4 Sätze 2 und 3 BDSG verstoße auch nicht gegen die Vorgaben des Art. 38 Abs. 3 DS-GVO. Durch die nationale Gesetzgebungskompetenz für die Regelung des materiellen Arbeitsrechts habe es dem Gesetzgeber freigestanden, einen besonderen Kündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte vorzusehen.

## **28**

Die Abberufung der Klägerin als Datenschutzbeauftragte der Beklagten zu 1) durch Erklärungen vom 04.07.2018 und/oder 13.07.2018 sei unwirksam. Ein wichtiger Grund für die Abberufung, wie es § 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG erfordere, liege nicht vor. Pflichtenverstöße seien nicht geltend gemacht. Das freie Bestellungs- und Auswahlrecht rechtfertige es nicht, einen bereits bestellten Datenschutzbeauftragten ohne Weiteres aufgrund einer erneuten Organisationsentscheidung wieder abzurufen. Denn dies würde den besonderen Abberufungsschutz zur Disposition der nicht-öffentlichen Stelle stellen. In der Ersetzung des internen Datenschutzbeauftragten durch einen externen Datenschutzbeauftragten liege daher regelmäßig kein wichtiger Grund für die Abberufung. Der besondere Abberufungsschutz verstoße auch nicht gegen die Vorgaben des Art. 38 Abs. 3 DS-GVO, sondern sei durch die nationale Gesetzgebungskompetenz für das materielle Arbeitsrecht gedeckt. Darüber hinaus habe die Beklagte zu 1) nicht ausreichend vorgetragen, dass sich die Klägerin mit ihrem Vorgesetzten Herrn G... einvernehmlich auf die Abberufung als Datenschutzbeauftragte am 04.07.2018 geeinigt hätte. Entsprechend konkrete Erklärungen habe die Beklagte zu 1) nicht behauptet.

## **29**

Auch der Widerruf der Bestellungen zur externen Datenschutzbeauftragten für die Beklagten zu 2) - 5) sei unwirksam. Eine diesbezügliche Einigung im behaupteten Gespräch mit Herrn G... am 04.07.2018 sei nicht feststellbar gewesen. Die Widerrufe im Kündigungsschreiben vom 13.07.2018 seien nach § 174 Satz 2 BGB unverzüglich wegen fehlender Vorlage einer Vollmacht zurückgewiesen worden und daher unwirksam.

## **30**

Der Weiterbeschäftigungsanspruch als Teamleiterin habe seine Grundlage im von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entwickelten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch. Eine Anspruchsgrundlage für die Weiterbeschäftigung als Datenschutzbeauftragte sei nicht erkennbar.

## **31**

Die Widerklage sei unbegründet. Zwar könne die Verletzung von Mitwirkungspflichten gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG bezogen auf den Termin vom 18.07.2018 bzw. ein unberechtigtes Nichterscheinen am Arbeitsplatz bezogen auf den Termin vom 23.07.2018 Grundlage für einen Schadensersatzanspruch sein. Die Klägerin habe aber keine solchen Pflichtverletzungen begangen. Sie habe ihre Arbeitsunfähigkeit am 17.07.2018 um 12.14 Uhr rechtzeitig angezeigt. Die Beklagte zu 1) habe gerade nicht dargelegt, auf welchem Kommunikationsweg die Klägerin ihre Mitteilungspflichten zu erbringen gehabt habe und warum die unterbliebene Weiterleitung der Mitteilung nicht in der Organisationsverantwortung der Beklagten zu 1) gelegen habe. Hinsichtlich des 23.07.2018 habe die Beklagte zu 1) unabhängig davon, ob ein Widerruf von Urlaub rechtlich denkbar sei, nicht dargelegt, aus welchen unvorhersehbaren und zwingenden Notwendigkeiten, die keinen anderen Ausweg zuließen, der Urlaub widerrufen wurde. Selbst wenn man Pflichtverletzungen der Klägerin anerkennen würde, lägen etwaige Verstöße der Klägerin durch Nichtbeachtung der Nichterreichbarkeit der Mitarbeiterin der Beklagten zu 1), Frau M..., am 17.07.2018 und dem Nichtabbruch des vom 20.07. bis 03.08.2018 genehmigten Urlaubs im Bereich leichtester Fahrlässigkeit. Des Weiteren habe die Beklagte zu 1) nicht nachgewiesen, dass sämtliche Rechnungspositionen der Rechnung vom 31.07.2018 dann nicht entstanden wären, wenn die Klägerin an einem der Termine am 18.07.2018 oder 23.07.2018 teilgenommen hätte.

## **32**

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe im Urteil des Arbeitsgerichts verwiesen.

## **33**

Das Urteil des Arbeitsgerichts wurde den Beklagtenvertretern am 02.08.2019 zugestellt. Diese legten hiergegen namens aller fünf Beklagten mit Schriftsatz vom 22.08.2019, eingegangen beim Landesarbeitsgericht am 23.08.2019, Berufung ein und begründeten sie mit Schriftsatz vom 14.10.2019,

eingegangen beim Landesarbeitsgericht am selben Tage, innerhalb der bis zu diesem Tage verlängerten Berufungsbegründungsfrist.

### **34**

Die Beklagten halten an ihrem erstinstanzlichen Vortrag unter weiterer Vertiefung fest. Die Probezeitkündigung der Klägerin durch die Beklagte zu 1) vom 13.07.2018 sei wirksam. Die ordentliche Kündigung sei nicht durch §§ 38 Abs. 2, 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG ausgeschlossen. Diese nationalen Regelungen verstießen gegen Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO. Dieser bestimme lediglich, dass der Datenschutzbeauftragte von dem Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht abberufen oder benachteiligt werden dürfe. Für einen weitergehenden Kündigungsschutz fehle dem nationalen Gesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz. Die Kündigung sei jedoch unter anderem aufgrund des relativ hohen Risiko- und Haftungspotenzials für Anwendungs- und Ausführungsfehler im Bereich Datenschutz und der daraus resultierenden Notwendigkeit der dringend notwendigen Professionalisierung für den Aufgabenbereich des Datenschutzbeauftragten erfolgt. Deshalb habe sich die Beklagte zu 1) entschieden, das Thema Datenschutz nicht länger durch einen internen betrieblichen Datenschutzbeauftragten wahrnehmen zu lassen. Die Übertragung der Aufgaben des betrieblichen Datenschutzbeauftragten auf ein externes Unternehmen sei daher weder willkürlich oder gar aus sachfremden Gründen heraus erfolgt. Sie habe mit der Art und Weise, wie die Klägerin ihre Aufgaben als Datenschutzbeauftragte wahrgenommen habe, nichts zu tun.

### **35**

Auch die Abberufung der Klägerin als Beauftragte für den Datenschutz der Beklagten zu 1) sei wirksam. Auch insofern habe der nationale Gesetzgeber keine Kompetenz, in der Vorschrift des § 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG die Abberufung eines Datenschutzbeauftragten nur in entsprechender Anwendung des § 626 BGB zuzulassen. Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO enthalte auch insoweit eine abschließende Regelung. Eine Regelungslücke liege gerade nicht vor. Denn der nach deutschem Recht vorgesehene doppelte Schutz des Datenschutzbeauftragten führe letztlich dazu, dass nebenamtlich tätige Datenschutzbeauftragte ordentlich unkündbar und damit auf Lebenszeit gegen eine betriebsbedingte Kündigung geschützt seien. Die Abberufung der Klägerin als Datenschutzbeauftragte sei wegen des relativ hohen Risiko- und Haftungspotenzials für Anwendungs- und Ausführungsfehler im Bereich Datenschutz und der daraus resultierenden Notwendigkeit der dringend notwendigen Professionalisierung für den Aufgabenbereich des Datenschutzbeauftragten erfolgt. Die Abberufung der Klägerin als Datenschutzbeauftragte sei somit gerade nicht im Zusammenhang damit, wie die Klägerin ihre Aufgaben als Datenschutzbeauftragte erfüllt habe, erfolgt. Eine Benachteiligung im Sinne des Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO liege nicht vor.

### **36**

Die Klägerin sei auch in dem Gespräch vom 04.07.2018 mit ihrer Abberufung als Datenschutzbeauftragte einverstanden gewesen. Sie habe die Übergabe nur solange abgelehnt, bis geklärt sei, wer zum neuen Datenschutzbeauftragten der Beklagten bestellt sei. Dies sei am 05.07.2018 unter Vorlage der Bestellungsurkunden von Frau R... erfolgt. Damit sei die von der Klägerin gestellte Bedingung eingetreten.

### **37**

Die Zurückweisung der Abberufungen vom 13.07.2018 nach § 174 BGB hinsichtlich der Beklagten zu 2) - 5) sei treuwidrig. Die Klägerin habe die gesellschaftsrechtliche Konzernstruktur der Beklagten zu 1) - 5) und der Vertretungsregelungen innerhalb dieser Konzernstruktur gekannt. Ihr sei bekannt gewesen, dass Herr G. nicht nur für die Beklagte zu 1), sondern vielmehr auf für die Beklagten zu 2) - 5) Prokura gehabt habe.

### **38**

Da das Arbeitsverhältnis wirksam beendet worden sei, bestehe auch kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung.

### **39**

Die Widerklage sei zu Unrecht abgewiesen worden. Unmittelbar nach der Anzeige der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin am 17.07.2018 sei dem Klägervertreter um 12:29 Uhr in der automatisch generierten E-Mail mitgeteilt worden, dass sich Frau M. bis zum 03.08.2018 nicht im Büro befinde und die E-Mail daher nicht weitergeleitet werde. In dieser E-Mail habe sich der Hinweis befunden, dass man sich in dringenden Fällen an Frau H. wenden möge. Die E-Mail-Adresse von Frau H... sei in der E-Mail angegeben gewesen. Dem Klägervertreter wäre es daher ein Leichtes gewesen, die Mitteilung an die in diesem Fall zuständige Person

rechtzeitig weiterzuleiten. In diesem Falle hätte die Beklagte zu 1) den für 18.07.2018 vereinbarten Termin ohne Kosten absagen können.

#### **40**

Das Erstgericht habe auch verkannt, dass das Audit/die Übergabe mit der Firma D... GmbH keinen weiteren Aufschub wegen der Risikopotenziale für Anwendungs- und Ausführungsfehler im Bereich des Datenschutzes geduldet habe. Eine weitere - nunmehr urlaubsbedingte - Verzögerung der Übergabe des Datenschutzes hätten die Beklagten daher nicht weiter hinnehmen können und wollen. Soweit das Erstgericht meine, es habe alleine im Verantwortungsbereich der Beklagten zu 1) gelegen, dass diese einen Übergabetermin während des bereits bewilligten Urlaubs der Klägerin bestimmt habe, so sei dem entgegenzuhalten, dass die Klägerin den Datenschutz bereits in der Zeit vom 05.07. bis 14.7.2018 an die damalige Interimsdatenschutzbeauftragte hätte übergeben können. Das Verhalten der Klägerin könne nur so interpretiert werden, dass sie die Übergabe des Datenschutzes vorsätzlich verweigert bzw. hinausgezögert habe, um den Beklagten hierdurch einen Schaden zuzufügen.

#### **41**

Die Rechnungspositionen 1, 2 und 3 aus der Rechnung vom 31.07.2018 beinhalteten sämtlich die nutzlos aufgewendeten Zeiten für die Bereithaltung der Durchführung des Audits/ der Übergabe des Datenschutzes für den 18.07.2018 sowie für den 23.07.2018 sowie für die Kosten für die eigene Ermittlung/Vervollständigung des datenschutzrechtlichen Ist-Zustandes.

#### **42**

Die Beklagten haben im Berufungsverfahren folgende Anträge gestellt:

I.

#### **43**

Das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 22.07.2019, Az.: 3 Ca 4080/18, wird aufgehoben.

II.

#### **44**

Die Klage wird abgewiesen.

III.

#### **45**

Die Klägerin und Widerbeklagte wird verurteilt, an die Beklagte zu 1) einen Betrag in Höhe von 7.600,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweils maßgeblichen Basiszinssatz hieraus seit dem 22.09.2018 zu bezahlen.

IV.

#### **46**

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

#### **47**

Die Klägerin hat beantragt,

Die Berufung wird zurückgewiesen.

#### **48**

Die Klägerin verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Die Kündigung vom 13.07.2018 sei wegen Verstoßes gegen §§ 38 Abs. 2, 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG unwirksam. Dies gelte selbst bei wirksamer Abberufung wegen des nachwirkenden Sonderkündigungsschutzes nach § 6 Abs. 4 Satz 3 BDSG. Diese nationalen Regelungen seien nicht unwirksam. Dem nationalen Gesetzgeber stehe es im Rahmen des materiellen Arbeitsrechts offen, einen besonderen Kündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte vorzusehen. Dasselbe gelte auch für den Abberufungsschutz nach §§ 38 Abs. 2, 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG. Mit Nichtwissen werde bestritten, dass rein sachliche Erwägungen, insbesondere wegen des relativ hohen Risiko- und Haftungspotentials für Anwendungs- und Ausführungsfehler usw. erfolgt seien.

#### **49**



Eine einvernehmliche Auflösung der Benennung der Klägerin zur betrieblichen Datenschutzbeauftragten sei nicht erfolgt. Die Klägerin habe die Übergabe des Datenschutzes ausdrücklich abgelehnt.

#### **50**

Die Klägerin habe die Abberufungen vom 13.07.2018 hinsichtlich der Beklagten zu 2) - 5) wirksam nach § 174 BGB mangels Vollmachtsvorlage zurückgewiesen. Sie kenne die behaupteten Vertretungsregeln, die insbesondere die Bestellung und Abberufung eines Datenschutzbeauftragten erfassen sollten, nicht. Ihr sei lediglich mitgeteilt worden, dass die jeweiligen Geschäftsführer für die Tochtergesellschaften handeln würden. Die Stellung Herrn G... als Prokurist sei ihr nicht mitgeteilt worden. Im Übrigen habe laut Handelsregister für Herrn G... nur Gesamtprokura, also gemeinsam mit einem weiteren Prokuristen oder einem Geschäftsführer bestanden.

#### **51**

Die Widerklage sei zu Recht abgewiesen worden. Es habe in der Organisationsverantwortung der Beklagten zu 1) gelegen, für die interne Weiterleitung der E-Mail der Klägerin zu sorgen. Die Klägerin habe ihre Arbeitsunfähigkeit für den 18.07.2018 daher rechtzeitig am 17.07.2018 mitgeteilt. Die urlaubsbedingte Verzögerung des Audits habe die Beklagte zu 1) in Kauf nehmen müssen. Mit Nichtwissen werde bestritten, dass der Beklagten zu 1) nichts anderes übrig geblieben sei, als den Urlaub zu widerrufen und dass die Übergabe nur durch die Klägerin habe erfolgen können. Etwaige Versäumnisse der Umsetzung der DSGVO vor Einstellung der Klägerin und damit einhergehende Risikopotentiale, die auf Grund des Inkrafttretens des DS-GVO schon zu diesem Zeitpunkt erkennbar gewesen seien, könnten nicht der seit 15.01.2018 beschäftigten Klägerin angelastet werden.

#### **52**

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf den Schriftsatz der Beklagten vom 14.10.2019 (Blatt 410 - 426 der Akten) und den Schriftsatz der Klägerin vom 16.12.2019 (Blatt 451 - 458 der Akten) verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

A.

#### **53**

Die Berufungen der Beklagten sind zulässig.

#### **54**

Sie sind statthaft, § 64 Abs. 1, 2 b ArbGG, und auch in der gesetzlichen Form und Frist ein-gelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO.

B.

#### **55**

Die Berufungen sind jedoch unbegründet. Das Arbeitsgericht hat mit ausführlicher und zutreffender Begründung festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin zur Beklagten zu 1) nicht durch die Kündigung vom 13.07.2018 mit Ablauf des 15.08.2018 beendet wurde, und dass die Rechtsstellung der Klägerin als Beauftragte für den Datenschutz der Beklagten zu 1) nicht durch den Widerruf der Beklagten zu 1) vom 13.07.2018 beendet wurde. Ebenso ausführlich und zutreffend hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass die Rechtsstellung der Klägerin als Beauftragte für den Datenschutz der Beklagten zu 2) bis 5) nicht durch den Widerruf der Beklagten zu 1) vom 13.07.2018 beendet wurde. Das Arbeitsgericht hat daher die Beklagte zu 1) zu Recht zur Weiterbeschäftigung der Klägerin als Teamleiterin Recht verurteilt. Nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens ist die erstinstanzliche Abweisung der Klage bezüglich der Weiterbeschäftigung der Klägerin als Datenschutzbeauftragte. Darüber hinaus hat das Arbeitsgericht die Widerklage mit zutreffender und ausführlicher Begründung abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht nimmt daher auf die Entscheidungsgründe im Urteil des Arbeitsgerichts vollumfänglich Bezug und macht sie sich zu eigen (§ 69 Abs. 2 ArbGG).

#### **56**

Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen sind lediglich noch folgende ergänzenden Ausführungen veranlasst:

I.

## 57

Die Klägerin genoss zum Zeitpunkt der Kündigung den besonderen Kündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte nach §§ 38 Abs. 2, 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG. Danach ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Datenschutzbeauftragten unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Nach einer wirksamen Abberufung als Datenschutzbeauftragter gilt dies noch für ein Jahr weiter (§§ 38 Abs. 2, 6 Abs. 4 Satz 3 BDSG).

## 58

1. Die Klägerin war wirksam schriftlich zur Datenschutzbeauftragten nach § 4f Abs. 1 BDSG in der bis 24.05.2018 geltenden Fassung (BDSG aF) bestellt worden. Zum Zeitpunkt der Kündigung war die Beklagte zu 1) unstreitig verpflichtet, einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen (§ 38 Abs. 1 und 2, 2. HS BDSG in der vom 25.05.2018 - 25.11.2019 geltenden Fassung). Dieser Sonderkündigungsschutz gilt auch bereits in der Probezeit (KR-Treber, 12. Aufl., 2019, § 13 KSchG Rn 84; ErfK-Franzen, 20. Aufl., 2020, § 38 BDSG, Rn 10; Schaub ArbR-Hdb/Linck § 145 Rn 5).

## 59

2. Dieser besondere Kündigungsschutz auf nationaler Ebene verstößt nicht gegen Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO. Nach dieser Vorschrift darf der Datenschutzbeauftragte wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht abberufen oder benachteiligt werden. Zwar ist davon auszugehen, dass die DS-GVO als EU-Verordnung unmittelbar und zwingend im Sinne einer Vollharmonisierung (EuArbRK/Franzen, 3. Aufl., 2020, DS-GVO Art. 88, Rn 10 mwN) gilt und nicht lediglich Mindeststandards setzt („Mindestharmonisierung“). Die Mitgliedstaaten dürfen somit von ausdrücklichen Vorgaben der DS-GVO nur insoweit abweichen, wie dies die DS-GVO ausdrücklich oder durch Auslegung ermittelbar zulässt, und im Übrigen die Vorgaben der DS-GVO lediglich konkretisieren (EuArbRK/Franzen a.a.O mwN).

## 60

Eine ausdrückliche Öffnungsklausel für den nationalen Gesetzgeber, einen besonderen Kündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte zu regeln, findet sich in der DS-GVO nicht. Allerdings ergibt die Auslegung, dass die DS-GVO spezifisch arbeitsrechtliche Regelungen für den Datenschutzbeauftragten zulässt, soweit der Schutz nicht hinter des DS-GVO zurückbleibt. Die DS-GVO regelt den Datenschutz als Querschnittsmaterie mit Art. 16 Abs. 2 AEUV als Kompetenzgrundlage. Die Kompetenznorm für spezifisch arbeitsrechtliche Regelungen findet sich hingegen in Art. 153 AEUV und hier insbesondere für Arbeitsbedingungen in Abs. 1 lit. b und für den Schutz der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsvertrags in Abs. 1 lit. d. Nach Abs. 2 der Vorschrift handelt die EU in diesem Bereich durch Richtlinien, nicht durch Verordnung. Dies spricht dafür, dass die DS-GVO keine genuinen abschließenden arbeitsrechtlichen Regelungen trifft (EuArbRK/Franzen, 3. Aufl. 2020, AEUV Art. 153, Rn 76), jedenfalls nicht für das Arbeitsverhältnis, das der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragtem zu Grunde liegt. So regelt Art. 38 DS-GVO die Stellung sowohl des intern als auch des extern bestellten Datenschutzbeauftragten allgemein. Im Bereich des Arbeitsrechts sind die Mitgliedstaaten nicht gehindert, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu treffen, die mit den EU-Verträgen vereinbar sind (Art. 153 Abs. 4, 2. Spiegelstrich AEUV). Dem nationalen Gesetzgeber ist es daher nicht verwehrt, spezifisch arbeitsrechtliche Regelungen für den Datenschutzbeauftragten, der auf Grund eines Arbeitsvertrages als solcher tätig ist („interner Datenschutzbeauftragter“) zu erlassen, soweit sie den in Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO gewährleisteten Abberufungs- und Benachteiligungsschutz nicht beeinträchtigen.

## 61

Hierfür spricht auch der Wortlaut des Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO. Der Datenschutzbeauftragte darf wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht abberufen oder benachteiligt werden. Er darf deshalb also nicht gekündigt werden. Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO enthält aber keine spezifischen Regeln des Kündigungsschutzes für Datenschutzbeauftragte und verbietet somit auch vom Wortlaut her keinen darüber hinaus gehenden Kündigungsschutz, um die Unabhängigkeit des im Übrigen abhängig beschäftigten Arbeitnehmers von der Einflussnahme seines Arbeitgebers auf die Arbeit als Datenschutzbeauftragten zu gewährleisten. Dies dient dem in Erwägungsgrund 97 der DS-GVO niedergelegten Ziel, dass der Datenschutzbeauftragte unabhängig davon, ob es sich bei ihnen um Beschäftigte des Verantwortlichen handelt oder nicht, ihre Pflichten und Aufgaben in vollständiger Unabhängigkeit ausüben können.

## 62

Der Ausschluss der ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Datenschutzbeauftragten während seiner Bestellung und ein Jahr danach steht daher mit der DS-GVO in Einklang (so auch Jaspers/Reif RDV 2016, 61 (64); in Ehmann/Seelmayr/Heberlein DS-GVO 2. Aufl., 2018, Art. 38, Rn 28; Paal in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 2. Aufl., 2018, Art. 38 DS-GVO Rn 10; BeckOK DatenschutzR/Moos DS-GVO Art. 38 Rn 23; EuArbRK/Franzen 3. Aufl., 2020, DS-GVO Art. 38, Rn 1; Kühling/Buchner/Bergt, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 38 Rn 33; Gola DS-GVO/Klug, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 38 Rn. 15).

### 63

3. Da die Beklagte zu 1) keine außerordentliche, sondern eine ordentliche Kündigung ausgesprochen hat, ist die Kündigung schon deshalb gem. § 38 Abs. 2 iVm § 6 Abs. 4 Satz 2 bzw. Satz 3 BDSG unwirksam. Eine Umdeutung gem. § 140 BGB in eine außerordentliche Kündigung ggf. mit Auslaufrfrist ist nicht möglich (KR-Rachor, 10. Aufl., 2019, § 1 KSchG Rn 175 mwN). Auch wurde der Betriebsrat nicht zu einer außerordentlichen Kündigung angehört.

### 64

4. Darüber hinaus hat das Arbeitsgericht zu Recht und überzeugend unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BAG vom 23.03.2011 - 10 AZR 562/09 - begründet, dass ein wichtiger Grund für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht vorlag. Dem schließt sich das erkennende Gericht unter Bezugnahme auf das Urteil des Arbeitsgerichts an. Weiterer Ausführungen hierzu waren nicht veranlasst.

II.

### 65

Die Beklagte zu 1) bedurfte auch für die Abberufung der Klägerin als ihre interne Datenschutzbeauftragte eines wichtigen Grundes. Diese nunmehr in §§ 38 Abs. 2 iVm § 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG enthaltene nationale Regelung verstößt nicht gegen Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO.

### 66

1. Auch die Abberufung des Datenschutzbeauftragten ist in der DS-GVO nicht abschließend geregelt. Nach Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO darf der Datenschutzbeauftragte zwar nicht wegen der Erfüllung seiner Aufgaben abberufen oder benachteiligt werden. Damit ist aber nicht geregelt, unter welchen weitergehenden Voraussetzungen eine Abberufung des Datenschutzbeauftragten tatsächlich erfolgen kann. Mit der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten überträgt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die entsprechenden Aufgaben als Teil seiner arbeitsvertraglichen Pflichten. Der Arbeitsvertragsinhalt ändert sich (BAG 23.03.2011 - 10 AZR 652/09 - Rn 30; 13.03.2007 - 9 AZR 612/05 - Rn 23). Die Abberufung als interner Datenschutzbeauftragter zielt damit im Umkehrschluss ebenfalls auf eine Änderung der arbeitsvertraglichen Pflichten. Damit handelt es sich auch beim besonderen nationalen Abberufungsschutz nach § 38 Abs. 2 iVm § 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG im Kern um eine arbeitsrechtliche Regelung. Es bedurfte daher auch bezüglich der arbeitsrechtlichen Regeln über die Abberufung keiner ausdrücklichen Öffnungsklausel (a.A. Kühling/Buchner/Kühling/Sackmann, 2. Aufl., 2018, BDSG § 38 Rn 20; Ehmann/Sehmayr/Heberlein, 2.Aufl., 2018, DS-GVO Art. 38 Rn 28), da die europarechtliche Kompetenznorm sich insoweit in Art. 153 Abs. 1 lit. b AEUV („Arbeitsbedingungen“) findet. In diesem Bereich wird die EU jedoch nicht durch Verordnung, sondern durch Richtlinien tätig und hindert strengere Schutzmaßnahmen der Mitgliedstaaten nicht (Art. 153 Abs. 4, 2. Spiegelstrich). Ebenso wie der Kündigungsschutz dient auch verstärkter nationaler Abberufungsschutz gerade dem Ziel, dass der als Arbeitnehmer abhängig beschäftigte interne Datenschutzbeauftragte seine Pflichten und Aufgaben in vollständiger Unabhängigkeit ausüben kann (s. Erwägungsgrund 97 der DS-GVO). Der externe Datenschutzbeauftragte steht hingegen nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Verantwortlichen und ist somit gerade nicht abhängig beschäftigt. Dies alles spricht dafür, dass die DS-GVO bezogen auf interne Datenschutzbeauftragte einen national verstärkten Abberufungsschutz nicht ausschließen wollte.

### 67

Mit dem Bundesgesetzgeber (BT-Drs. 18/11326, 82) vertritt die Berufungskammer daher die Auffassung, dass es sich auch bei dem besonderen Abberufungsschutz eines internen Datenschutzbeauftragten um eine arbeitsrechtliche Regelung handelt, die ergänzend zu den Vorgaben der DS-GVO auch im BDSG n. F. beibehalten werden kann (LAG Sachsen 19.08.2019 - 9 Sa 268/18 Rn 49; ErfK/Franzen, 20. Aufl., 2020, BDSG § 38 Rn 7; BeckOK DatenschutzR/Moos BDSG § 38 Rn 18; Pauly in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, § 38 BDSG Rn 17; Körffer in Paal/Pauly, a.a.O § 6 BDSG, Rn 3).

**68**

2. Ein wichtiger Grund für die Abberufung der Klägerin als Datenschutzbeauftragte lag nicht vor. Dies hat das Arbeitsgericht überzeugend unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BAG vom 23.03.2011 - 10 AZR 562/09 herausgearbeitet. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere nicht darin, einen internen Datenschutzbeauftragten durch einen externen Datenschutzbeauftragten aus organisatorischen, finanziellen oder personalpolitischen Gründen zu ersetzen. Weitere Ausführungen seitens des Berufungsgerichts sind hierzu nicht veranlasst.

**69**

3. Unabhängig davon folgt nach Überzeugung des erkennenden Gerichts auch aus dem Vortrag der Beklagten zu 1), dass die Abberufung jedenfalls auch wegen der Erfüllung der Aufgaben der Klägerin als Datenschutzbeauftragte erfolgte und damit nicht in Einklang mit Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO stand. Die Beklagte zu 1) beruft sich darauf, dass die Abberufung der Klägerin als Datenschutzbeauftragte wegen des relativ hohen Risiko- und Haftungspotenzials für Anwendungs- und Ausführungsfehler im Bereich Datenschutz und der daraus resultierenden Notwendigkeit der dringend notwendigen Professionalisierung für den Aufgabenbereich des Datenschutzbeauftragten erfolgt sei.

**70**

Diese Risiken und Notwendigkeiten lagen jedoch bereits bei der Einstellung der Klägerin zum 15.01.2018 vor. Die DS-GVO stammt vom 27.04.2016. Das diese ergänzende BDSG wurde am 30.06.2017 verkündet. In beiden Regelungswerken ist als Datum des Inkrafttretens von Anfang an der 25.05.2018 bestimmt gewesen. Die Klägerin wurde praktisch unmittelbar nach Beginn des Arbeitsverhältnisses mit Datum vom 15.01./31.01.2018 zur Datenschutzbeauftragten gem. § 4f BDSG aF bestellt. Die Bestellung zur Datenschutzbeauftragten war Teil der Aufgabenbeschreibung 9155, aus der sich gem. § 3 Abs. 1 des Arbeitsvertrages die Arbeitsaufgaben der Klägerin ergaben. Wenn die Beklagte zu 1) nunmehr anführt, die Verlagerung der Aufgaben auf einen externen Datenschutzbeauftragten sei aus Gründen der Professionalisierung notwendig, die Klägerin andererseits aber von Anfang an mit der Aufgabe der Datenschutzbeauftragten betraut wurde, so heißt das, dass die Klägerin ihre Aufgaben insoweit nicht ausreichend professionell wahrgenommen hat, um die von Anfang an absehbaren Risiken zu beherrschen.

**71**

Dies steht im Widerspruch zu der Behauptung, die Abberufung der Klägerin als Datenschutzbeauftragte sei nicht im Zusammenhang damit erfolgt, wie die Klägerin ihre Aufgaben als Datenschutzbeauftragte erfüllt habe. Die Beklagte zu 1) hat keinerlei Gründe vorgetragen, warum eine ausreichende Professionalisierung nicht durch Einräumung von mehr Zeit für die Klägerin für den Datenschutz hätte erreicht werden können. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund des behaupteten Wegfalls anderer Arbeitsaufgaben auf Grund der unternehmerischen Entscheidung. Werden jedoch nach Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO nicht explizit verbotene Gründe für die Abberufung nur vorgeschoben, ist die Abberufung unwirksam (Kühling/Buchner/Bergt, 2. Aufl., 2018, DS-GVO Art. 38 Rn 30).

**72**

Im Übrigen wird der europarechtlich gewährte Abberufungsschutz weit auszulegen sein, um zu gewährleisten, dass der Datenschutzbeauftragte seine Pflichten und Aufgaben in vollständiger Unabhängigkeit ausüben kann, wie in Erwägungsgrund 97 des DS-GVO festgehalten ist (vgl. hierzu EuArbRK/Franzen 3. Aufl., 2020, DS-GVO Art. 38, Rn 4).

III.

**73**

Die Abberufungen der Klägerin als externe Datenschutzbeauftragte für die Beklagten zu 2) - 5) vom 13.07.2018 sind gem. § 174 BGB unwirksam. Dies hat das Arbeitsgericht zutreffend und ausführlich herausgearbeitet. Es ist nicht ersichtlich auf Grund welcher der Klägerin bekannt gegebener Vertretungsregelung die Vorstände der Beklagten zu 1) rechtsgeschäftlich die nicht personenidentischen Geschäftsführer der Beklagten zu 2) - 5) vertreten durften. Ebenso wenig folgt eine solche Vertretungsbefugnis für Herrn G... bezogen auf das behauptete Gespräch vom 04.07.2018. Zwar ist Herr G... Prokurist aller fünf Beklagten. Ihm war jedoch nur Gesamtprokura mit einem anderen Prokuristen oder Vorstand bzw. Geschäftsführer eingeräumt. Die Beklagten sind dieser Behauptung der Klägerin, die sie aus dem Handelsregister abgeleitet hat, nicht entgegengetreten.

IV.

**74**

Die Klägerin hat sich weder mit der Beklagten zu 1) noch mit den Beklagten zu 2) - 5) auf die Abberufung als Datenschutzbeauftragte geeinigt. Auch dies hat das Arbeitsgericht überzeugend herausgearbeitet. Die behauptete Einigung am 04.07.2018 auf die Übergabe des Datenschutzes am 05.07.2018 bedeutet nicht die Einigung auf die Abberufung und den damit verbundenen arbeitsrechtlichen Schutz. Weitergehende Ausführungen seitens des Berufungsgerichts sind nicht veranlasst.

V.

**75**

Da die Kündigung des Arbeitsverhältnisses unwirksam ist, hat das Arbeitsgericht die Beklagte zu 1) zu Recht zur vorläufigen Weiterbeschäftigung als Teamleiterin Recht verurteilt.

VI.

**76**

Auch die Widerklage hat das Arbeitsgericht zu Recht abgewiesen. Auch das Berufungsgericht vermag eine Pflichtverletzung der Klägerin nicht zu erkennen.

**77**

Insbesondere war der Klägervertreter am 17.07.2018 nicht verpflichtet, die Arbeitsunfähigkeit erneut bei der Vertreterin von Frau M... anzuzeigen. Es war Aufgabe der Beklagten zu 1) für die interne Weiterleitung der E-Mail Sorge zu tragen. Der Arbeitgeber kann diese Aufgabe nach erfolgtem Zugang nicht wieder zurückverlagern auf den Arbeitnehmer, damit dieser einen erneuten Versuch der Mitteilung startet.

**78**

Ebenso ist nicht ersichtlich, warum die Übergabe des Datenschutzes an den externen Dienstleister nach Scheitern des Termins vom 18.07.2018 während des Urlaubs der Klägerin am 23.07.2018 stattfinden musste. Nach Ende des Urlaubs der Klägerin hätten noch zwei Wochen im laufenden Arbeitsverhältnis zur Verfügung gestanden. Eine Interimsdatenschutzbeauftragte war bestellt.

**79**

Im Übrigen haben die Beklagten der Klägerin das Amt der Datenschutzbeauftragten nicht wirksam entzogen. Auch das Arbeitsverhältnis bestand fort. Die Klägerin war daher auch nicht verpflichtet, ihre Aufgaben als Datenschutzbeauftragte auf den eingeschalteten Dienstleister zu übertragen. Denn die Datenschutzbeauftragte unterliegt als solche keinen Weisungen (Art. 38 Abs. 3 Satz 1 DS-GVO).

C.

**80**

Die Beklagten haben die Kosten der von ihnen eingelegten Berufungen jeweils anteilmäßig zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO. Dabei ging das Gericht für die Klägerin von einem Streitwert von 64.388,65 € aus, für die Beklagte zu 1) von einem Streitwert von 39.149,25 € und für die Beklagten zur 2) - 5) von jeweils einem Streitwert von 6.309,85 €.

**81**

Die Revision war für die Beklagte zu 1) hinsichtlich der Kündigungsschutzklage und der Klage bezüglich des Abberufungsschutzes der Klägerin als Datenschutzbeauftragte nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen. Soweit ersichtlich ist insbesondere die Frage, ob § 6 Abs. 4 Satz 1 iVm § 38 Abs. 2 BDSG nF mit Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO vereinbar ist, höchstrichterlich noch ungeklärt. Im Übrigen liegt ein Grund für die Zulassung der Revision nicht vor.