



31. 10. 2017, C-623/17 [Privacy International]; dazu *Thiele*, EuGH: Vorratsdatenspeicherung reloaded, jusIT 2020/84, 224 mwN; zuletzt EuGH 2. 3. 2021, C-746/18 [Prokuratour], jusIT 2021/29, 87 [*Thiele*]). Demzufolge steht die ePrivacy-RL (Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation [Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation], ABl L 2002/201, 37) nationalen Rechtsvorschriften entgegen, die zur Bekämpfung schwerer Straftaten präventiv eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen und elektronische Kommunikationen betreffen (so bereits *Seiser*, Zur [neuerlichen] Speicherung von Daten auf Vorrat – alles auf Anfang?, ZIIR 2016, 18 [21 f] mwN).

Der EuGH betont in seiner Urteilsbegründung, dass eine anlasslose Vorratsdatenspeicherung überhaupt unzulässig sei und anlassbezogene Datenspeicherungen bei schweren Straftaten nur in sehr engen Grenzen zulässig sein können. Der EuGH liefert einige Klarstellungen, wann die Vorratsdatenspeicherung erlaubt sein könnte (Rz 101 ff des Urteils). So müsste ein mittelbarer Zusammenhang zwischen der Speicherung der Daten und dem damit verfolgten Ziel bestehen. Um nicht von vornherein der ePrivacy-RL zuwiderzulaufen, müsste die Speicherung daher gezielt, also etwa anhand von Kategorien betroffener Personen oder eines geografischen Kriteriums, erfolgen. Für das geografische Kriterium könnte zB die durchschnittliche Kriminalitätsrate in einem Gebiet herangezogen oder auf Orte und Infrastrukturen („hot spots“) wie zB Flughäfen oder Bahnhöfe abgestellt werden, an denen sich regelmäßig viele Personen aufhalten. Für die Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit dürfe auf IP-Adressen allgemein und unterschiedslos zurückgegriffen werden, wenn die Speicherung zeitlich auf das absolut Notwendigste begrenzt werde. Auch eine umgehende Sicherung der Verkehrs- und Standortdaten (sogenannter „quick freeze“) komme in Betracht (Rz 67 des Urteils; näher dazu bereits *Thiele*, jusIT 2020/84, 224 [226]), auch wenn diese keinen gleichwertigen sicherheitstechnischen Ersatz bieten. Der EuGH bleibt seiner sehr restriktiven Haltung und dem – unterstützenswerten – Misstrauen gegen die Vorratsdatenspeicherung durch öffentliche Stellen treu.

Ausblick: Die Zulässigkeit von Beweismitteln, die durch eine – wie im Anlassfall – unzulässige Vorratsspeicherung erlangt werden, unterliegt nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten dem nationalen Recht. Der EuGH beschränkt sich daher bloß auf den Hinweis auf die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität (Rz 127 f des Urteils), die von den nationalen Instanzen zu beachten sind (siehe EuGH 17. 12. 2015, C-419/14 [WebMindLicenses], ECLI:EU:C:2015:832). Aus dem Datenschutzgrundrecht des § 1 DSGVO leitet die österreichische Rechtspraxis kein Beweismittelverwertungsverbot ab (*Thiele/Wagner*, DSGVO § 1 Rz 196 mwN). Ein besonderes Beweismittelverbot enthält lediglich § 31 MedienG, der auch in datenschutz- und

zivilrechtlichen Verfahren zu beachten ist (vgl *Thiele*, Grenzen der Transparenz: Redaktionsgeheimnis und Datenschutz, in Berkauf/Holoubek/Leitl-Staudinger [Hrsg], Transparenz im Medienbereich [2021] 47 [57 ff] mwH).

Zusammenfassend hat der EuGH entschieden, dass Rechtsvorschriften, die eine allgemeine und unterschiedslose Vorratspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten der elektronischen Kommunikation zum Zwecke der Bekämpfung schwerer Straftaten erlauben, mit dem Unionsrecht schon vom Grundsatz her nicht vereinbar sind.

Bearbeiter: Clemens Thiele

EuGH: Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz für DSBA unionsrechtskonform

» jusIT 2022/63

- § VO (EU) 2016/679: Art 37 Abs 1 und Abs 6, Art 38 Abs 3 und Abs 5, Art 39 Abs 1 lit b
BDSG (Deutschland): § 6 Abs 6 Satz 2, § 38 Abs 2
DSG: §§ 5, 57
- # EuGH 22. 6. 2022, C-534/20 (Leistrütz)

1. Art 38 Abs 3 Satz 2 DSGVO gilt gem Art 37 Abs 6 leg cit gleichermaßen für Datenschutzbeauftragte, die Beschäftigte des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters sind, und für diejenigen, die ihre Aufgaben auf der Grundlage eines mit dem Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter geschlossenen Dienstvertrags erfüllen.
2. Daher gilt Art 38 Abs 3 Satz 2 DSGVO im Verhältnis zwischen einem Datenschutzbeauftragten und einem Verantwortlichen oder einem Auftragsverarbeiter, und zwar unabhängig von der Art des sie verbindenden Beschäftigungsverhältnisses.
3. Interne und externe Datenschutzbeauftragte sollen nach ErwGr 97 iVm Art 38 Abs 3 Satz 2 DSGVO ihre Pflichten und Aufgaben in vollständiger Unabhängigkeit ausüben können.
4. Art 38 Abs 3 Satz 2 DSGVO steht einer nationalen Regelung grundsätzlich nicht entgegen, nach der ein Datenschutzbeauftragter, der bei einem Verantwortlichen oder einem Auftragsverarbeiter beschäftigt ist, nur aus wichtigem Grund gekündigt werden kann, auch wenn die Kündigung nicht mit der Erfüllung seiner Aufgaben zusammenhängt.
5. Der auch für Mitarbeiter in der Probezeit gültige Sonderkündigungsschutz nach § 6 Abs 6 Satz 2 iVm § 38 Abs 3 BDSG verstärkt die unabhängige Stellung des Datenschutzbeauftragten in Erfüllung seiner Aufga-

ben und kann daher unionsrechtskonform beibehalten werden.

Anmerkung des Bearbeiters:

Im aus Deutschland stammenden Ausgangsfall war die spätere Klägerin vor den Arbeitsgerichten, eine Mitarbeiterin der Leitztritz AG, die als interne Datenschutzbeauftragte (DSBA) bestellt wurde, ordentlich aus betriebsbedingten Gründen in ihrer Probezeit im August 2018 gekündigt worden. Das beklagte Unternehmen wollte, dass die Funktion der DSBA zukünftig von einer externen Person ausgeübt würde. Die Mitarbeiterin erhob Kündigungsschutzklage und berief sich insb darauf, dass ihr als DSBA ein Sonderkündigungsschutz nach § 38 Abs 2 iVm § 6 Abs 4 BDSG zustehen würde. Das ArbG Nürnberg stellte die Unwirksamkeit der Kündigung fest und verurteilte die Arbeitgeberin, die Klägerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens über die Wirksamkeit der Kündigung entsprechend dem Arbeitsvertrag weiter zu beschäftigen. Das Berufungsgericht (LAG Nürnberg 19. 2. 2020, 2 Sa 274/19) bestätigte diese Rechtsauffassung und ließ die ordentliche Revision zu. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte Zweifel an der Unionsrechtskonformität des Sonderkündigungsschutzes für DSBA nach dem BDSG und legte den Fall dem EuGH zur Klärung vor. Der Gerichtshof hatte zu klären, ob die deutsche Vorschrift zum Kündigungsschutz eines internen DSBA im Widerspruch zur Regelung des Art 38 Abs 3 DSGVO stehen würde.

Die Erste Kammer stellt klar, dass es nach nationalen datenschutz- oder arbeitsrechtlichen Vorschriften zulässig bleibt, einen internen DSBA nur aus wichtigem Grund kündigen zu dürfen, auch wenn die Kündigung nicht mit der Erfüllung seiner Aufgaben zusammenhängt. Art 38 DSGVO dient primär der funktionellen Unabhängigkeit des DSBA und gewährleistet damit die Wirksamkeit der Bestimmungen der DSGVO bzw deren betrieblichen Einhaltung. Nicht bezweckt wurde hingegen, generell das Arbeitsverhältnis eines betrieblichen DSBA zu regeln.

Insgesamt bedeutet der Richterspruch aus Luxemburg eine deutliche Stärkung der Stellung des betrieblichen und behördlichen DSBA. Die Parallelität von datenschutz- und dienstrechtlicher Sonderstellung bleibt gewahrt. Eine Schlechterstellung der weisungsfreien und unabhängigen Position des DSBA nach Art 38 DSGVO darf auch durch arbeitsrechtliche Maßnahmen keineswegs eintreten – eine Verbesserung seiner Kontrollfunktion hingegen schon. Der österreichische Gesetzgeber regelt die Stellung des DSBA in § 5 DSG. Darin sind lediglich die Verschwiegenheitspflicht samt Aussageverweigerungsrecht und die Weisungsfreiheit verankert (vgl näher *Thiele/Wagner*, Praxiskommentar zum DSG² [2022] § 5 DSG Rz 22 ff). Ein besonderer Kündigungsschutz findet sich im DSG nicht. Im Anwendungsbereich des Dritten Hauptstücks, dh im polizeilich-strafgerichtlichen Datenschutz nach der JI-RL (Richtlinie [EU] 2016/680, ABl L 2016/119, 89), rezipiert § 57 DSG die Regelung des Art 38 DSGVO (*Thiele/Wagner*, DSG² § 57 DSG Rz 14), letztlich

also den durch das vorliegende Urteil konkretisierten Standard (Rz 21 des Urteils).

Offen geblieben ist – schon mangels entsprechenden Ausgangssachverhalts – die gerade in Österreich kontrovers diskutierte Frage, ob bereits aus der DSGVO selbst ein Kündigungsverbot abgeleitet werden kann und nicht erst auf nationaler Ebene ein Kündigungsschutz des DSBA verankert werden muss (dafür *Feiler/Horn*, Umsetzung Datenschutz in der Praxis [2018] 36; *R. Riedl* Die arbeitsrechtliche Stellung/Schutz/Kündigungsschutz des DSBA, in Scheichenbauer [Hrsg], Der Datenschutzbeauftragte, 76 [79]; aA *Thiele/Wagner*, DSG² § 57 Rz 37 f; für einen Motivkündigungsschutz nach § 105 ArbVG *Gerhartl*, Der Datenschutzbeauftragte im Arbeitsrecht. Überblick und Problemstellungen, ASoK 2019, 343 [349]). Ausgehend davon, dass dem europäischen Gesetzgeber im Bereich der Sozialpolitik nach Art 153 Abs 2 lit e AEUV lediglich eine geteilte Zuständigkeit zukommt (*GA de la Tour*, SA 27. 1. 2022, C-534/20, ECLI:EU:C:2022:62 Rz 44), könnte es bei der durchaus unbefriedigenden Lage in Österreich bleiben (Rz 31 des Urteils).

Bei externen DSBA ist die Situation anders (vgl zur steuerrechtlichen Seite bereits BFH 14. 1. 2020, VIII R 27/17, *justIT* 2020/45, 125 [*Thiele*]). Diese sind keine Arbeitnehmer des Verantwortlichen; sie unterfallen damit nicht dem Kündigungsschutz nach § 6 Abs 4 BDSG. Sie dürfen dennoch nicht wegen unliebsamer Maßnahmen in ihrer Funktion als DSBA gekündigt werden. Es gilt Art 38 DSGVO, der eine Abberufung oder Benachteiligung wegen der Erfüllung der Aufgaben verbietet. Dieses sogenannte „Abberufungs- und Benachteiligungsverbot“ stellt keinen besonderen Kündigungsschutz im Sinne des Arbeitsrechts dar, wie er im internen Bereich etwa Betriebsräten oder Schwangeren gewährt wird. Der DSBA darf gem Art 38 Abs 3 DSGVO nicht deshalb abberufen werden, weil er seine Aufgaben (korrekt) erfüllt. Beim externen DSBA läuft dies in der Praxis auf eine Beweisfrage hinaus (zutr *Gerhartl*, Der Datenschutzbeauftragte im Arbeitsrecht. Überblick und Problemstellungen, ASoK 2019, 343 [349]), wobei – vorbehaltlich vertraglicher Regelungen – die Beweispflicht ordnungsgemäßer Erfüllung den Externen trifft.

Ausblick: Zu beachten ist, dass das Kündigungs- und Benachteiligungsverbot nicht ausschließt, dass ein DSBA aufgrund Nicht- oder Schlechterfüllung seiner Aufgaben und Pflichten aus persönlichen oder betriebsbedingten Gründen abberufen und/oder gekündigt oder entlassen wird. Die einhellige Ansicht der deutschen Arbeitsgerichte, dass es sich bei der Restrukturierung des beklagten Unternehmens nicht um einen „wichtigen Grund“ zur Kündigung iSv § 6 Abs 4 BDSG handle, hat der EuGH nicht behandelt. Dies zu beurteilen, ist für die Vorlagefrage nämlich unerheblich gewesen. Der Fall liegt jetzt wiederum beim BAG (zur AZ 2 AZR 225/20).

Zusammenfassend hat der EuGH entschieden, dass eine nationale Regelung, wonach eine Kündigung des internen DSBA nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes wirksam ist, mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

Bearbeiter: Clemens Thiele