

Tenor

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 13. Februar 2019 - 6 Sa 567/18 - aufgehoben.
2. Die [Sache](#) wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das [Landesarbeitsgericht](#) zurückverwiesen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit zweier ordentlicher Kündigungen.

Der Kläger arbeitete bei der Beklagten - einem australischen Bankinstitut, das unter anderem in F eine Niederlassung unterhält - seit dem 1. April 2010 als Director Institutional Banking. Zu diesem Zeitpunkt waren in der Niederlassung neun [Beschäftigte](#) tätig, die alle ständig automatisiert [personenbezogene Daten](#) verarbeiteten. Am 8. April 2010 wurde der Kläger als einer von zwei Geschäftsleitern der Niederlassung nach § 53 Abs. 2 Nr. 1 KWG in das Handelsregister eingetragen. Mit Schreiben vom 1. Juni 2010 bestellte die Beklagte den Kläger gemäß § 4f [BDSG](#) in der bis zum 24. Mai 2018 geltenden Fassung (im Folgenden aF) zum Beauftragten für den Datenschutz. Ausweislich verschiedener „Organisation Charts“ [beschäftigte](#) die Beklagte in den Jahren 2010 bis 2015 zwischen zehn und dreizehn, im Jahr 2016 neun Mitarbeiter in der Niederlassung in F.

Mit Schreiben vom 12. April 2017 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers „ordentlich unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist“ zum 31. Juli 2017, hilfsweise zum nächstzulässigen Termin. Mit weiterem Schreiben vom selben Tag kündigte sie es „ordentlich unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist“ zum 30. September 2017, hilfsweise zum nächstzulässigen Termin. Im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungen [beschäftigte](#) die Beklagte in der Niederlassung insgesamt acht [Arbeitnehmer](#).

Der Kläger ist der Ansicht, die Kündigungen seien [willkürlich](#), da die von der Beklagten behauptete Unternehmerentscheidung bankaufsichtsrechtlich nicht umsetzbar sei. Ferner habe ihm aufgrund des Sonderkündigungsschutzes nach § 4f Abs. 3 Satz [5 BDSG](#) aF nur außerordentlich gekündigt werden können.

Der Kläger hat beantragt

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die seitens der Beklagten mit Schreiben vom 12. April 2017 ausgesprochene ordentliche Kündigung nicht zum 31. Juli 2017 aufgelöst worden ist;

2. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch durch die seitens der Beklagten mit Schreiben vom 12. April 2017 ausgesprochene weitere ordentliche Kündigung nicht zum 30. September 2017 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, dem Kläger stehe kein Sonderkündigungsschutz zu. Sie sei eine Kapitalgesellschaft nach australischem Recht und habe im Zeitpunkt der Bestellung des Klägers zum Beauftragten für den Datenschutz dauerhaft nur neun [Arbeitnehmer](#) in der Niederlassung beschäftigt. Zudem habe der Kläger als Geschäftsleiter der Niederlassung gar nicht bestellt werden dürfen. Jedenfalls sei der Schwellenwert des § 4f Abs. 1 Satz 4 [BDSG](#) aF noch vor Ausspruch der Kündigungen unterschritten worden. Aufgrund einer Restrukturierung sei der [Arbeitsplatz](#) des Klägers spätestens zum 30. September 2017 weggefallen. In der Revisionsbegründung hat die Beklagte erstmals die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers bestritten.

Das [Arbeitsgericht](#) hat festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigungen nicht aufgelöst worden ist. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das [Landesarbeitsgericht](#) zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

#### Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg. Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte das [Landesarbeitsgericht](#) die Berufung der Beklagten gegen das der Klage stattgebende erstinstanzliche Urteil nicht zurückweisen. Ob das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst worden ist, kann der Senat nicht selbst entscheiden. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 [ZPO](#)) und zur Zurückverweisung der [Sache](#) an das [Landesarbeitsgericht](#) zur neuen Verhandlung und Entscheidung (§ 563 Abs. 1 [ZPO](#)).

I. Der Kläger hat Klage nach § 4 Satz 1 [KSChG](#) erhoben. Er wendet sich trotz seiner auf konkret genannte Zeitpunkte bezogenen Anträge nicht allein gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu bestimmten [Daten](#), sondern insgesamt gegen dessen Auflösung. So haben auch die Vorinstanzen seine Klageanträge verstanden.

II. Das [Landesarbeitsgericht](#) hat zu Unrecht angenommen, die ordentlichen Kündigungen seien wegen des Sonderkündigungsschutzes gemäß § 4f Abs. 3 Satz 5 [BDSG](#) aF unwirksam. Der Kläger kann sich nicht auf diesen Sonderkündigungsschutz berufen, da die Beklagte bei Zugang der Kündigungen nicht in der Regel mehr als neun [Personen](#) ständig mit der automatisierten [Verarbeitung personenbezogener Daten](#) beschäftigt.

1. Das [Landesarbeitsgericht](#) hat zutreffend geprüft, ob ein Anwendungsfall des § 4f Abs. 3 Satz [5 BDSG](#) aF vorliegt.

a) Die Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Entscheidung des Rechtsstreits ist gegeben (Art. 6 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 2, Art. 21 Abs. 1 Buchst. a EuGVVO, § 21 Abs. [1 ZPO](#) bzw. § 29 Abs. [1 ZPO](#) bzw. § 48 Abs. 1a Satz 1 iVm. § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b ArbGG). Es ist nicht zu prüfen, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist (§ 73 Abs. 2 iVm. § 65 ArbGG). Die Parteien haben wirksam die Anwendbarkeit deutschen Rechts vereinbart (Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Alt. 1, Art. 8 Rom I-VO). Auf die Möglichkeit einer konkludenten Rechtswahl kommt es nicht an, da die Parteien in Nr. 23 des Anstellungsvertrags vom 26. Februar 2010 ausdrücklich eine solche getroffen haben. § 4f Abs. 3 Satz [5 BDSG](#) aF ist im Übrigen bereits deshalb anwendbar, weil die Beklagte ein privater [Arbeitgeber](#) ist, für den nach dem im internationalen [Arbeitsrecht](#) geltenden Territorialitätsprinzip grundsätzlich die nationale Rechtsordnung des Aufnahmestaats gilt (vgl. BVerfG 8. Oktober 1996 - 1 BvL 15/91 - zu B II 1 b der Gründe, BVerfGE 95, 39; BAG 11. Dezember 2007 - 1 ABR 67/06 - Rn. 41, BAGE 125, 122).

b) Die Niederlassung der Beklagten in F gehört als [nichtöffentliche Stelle](#) iSv. § 4f Abs. 1 Satz [4 BDSG](#) aF zum Adressatenkreis der Norm.

aa) Gemäß § 2 Abs. 4 Satz [1 BDSG](#) aF sind nicht-öffentliche Stellen natürliche und [juristische Personen](#), Gesellschaften und andere Personenvereinigungen des privaten Rechts, soweit sie nicht unter die Absätze 1 bis 3 der Norm fallen. Letzteres ist bei der Beklagten offenkundig nicht der Fall. Die Aufzählung von natürlichen und [juristischen Personen](#), Gesellschaften und anderen Personenvereinigungen verdeutlicht den Willen des Gesetzgebers, unabhängig von Rechtsform oder [Rechtsfähigkeit](#) jede „Stelle“ zu erfassen, die [personenbezogene Daten](#) verarbeitet (vgl. Simitis in Simitis [BDSG](#) 8. Aufl. § 2 Rn. 118 ff.; Gola/Schomerus [BDSG](#) 12. Aufl. § 2 Rn. 20; ErfK/Franzen 19. Aufl. [BDSG](#) § 2 Rn. 2 f.).

bb) Nach Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 95/46/EG (RL 95/46/EG) wendet jeder Mitgliedstaat die Vorschriften, die er zur Umsetzung dieser Richtlinie erlässt, auf alle [Verarbeitungen personenbezogener Daten](#) an, die im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung ausgeführt werden, die der für die [Verarbeitung Verantwortliche](#) im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats besitzt (zur einheitlich richtlinienkonformen Auslegung auch bei überschießender Umsetzung einer Richtlinie: vgl. EuGH 10. Dezember 2009 - C-323/08 - [Rodriguez Mayor ua.] Rn. 27; BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 597/16 - Rn. 37, BAGE 159, 278). Die Wendung „im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung“ kann im Hinblick auf das Ziel der Richtlinie, bei der [Verarbeitung personenbezogener Daten](#) einen wirksamen und umfassenden Schutz der Grundfreiheiten und Grundrechte [natürlicher Personen](#), insbesondere des Rechts auf Privatleben, zu gewährleisten, nicht eng ausgelegt werden. Voraussetzung ist lediglich die effektive und tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung (vgl. EuGH 1. Oktober 2015 - C-230/14 - Rn. 24 f., 28 mwN).

cc) Die Niederlassung der Beklagten in F ist eine nicht-öffentliche Stelle im vorbezeichneten Sinn. Sie betreibt eine Bank mit mehreren Mitarbeitern in festen Räumlichkeiten.

c) Zwischen den Parteien ist ein Arbeitsverhältnis iSv. § 4f Abs. 3 Satz [5 BDSG](#) aF begründet worden. Der von der Beklagten erstmals im Revisionsverfahren gehaltene Vortrag, der Kläger sei kein [Arbeitnehmer](#), ist

wegen der den Senat nach § [559 Abs. 2 ZPO](#) bindenden entgegenstehenden Feststellung des Landesarbeitsgerichts unbeachtlich.

aa) Der Arbeitnehmerstatus des Klägers steht zwar nicht schon deshalb fest, weil ersichtlich beide Parteien bis zur Entscheidung des Landesarbeitsgerichts vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ausgegangen sind. Der Senat ist an die übereinstimmende Rechtsauffassung von Parteien nicht gebunden. Die Gerichte können auch zugunsten einer [Partei](#) von deren Rechtsmeinung abweichen (BAG 31. Juli 2014 - 2 AZR 422/13 - Rn. 21, BAGE 149, 18).

bb) Die Parteien können aber bestimmte [Tatsachen](#) durch allgemein gebräuchliche, einfache rechtliche Ausdrücke in den Rechtsstreit einführen, wenn diese den Teilnehmern des Rechtsverkehrs geläufig sind und das Vorliegen entsprechender tatsächlicher Umstände mit ihnen in Verbindung gebracht wird. Die Parteien lösen auch auf diese Weise eine Erklärungspflicht der Gegenseite gemäß § [138 Abs. 2 ZPO](#) aus (BAG 6. November 2007 - 1 AZR 862/06 - Rn. 13, BAGE 124, 323; vgl. BGH 19. März 2004 - V ZR 104/03 - zu II 1 [aa](#) der Gründe, BGHZ 158, 295). Im Gebrauch des betreffenden Rechtsbegriffs durch das [Landesarbeitsgericht](#) kann dann die komprimierte Feststellung der mit ihm regelmäßig verbundenen [Tatsachen](#) iSv. § [559 Abs. 2 ZPO](#) zu erblicken sein (BAG 31. Juli 2014 - 2 AZR 422/13 - Rn. 22, BAGE 149, 18).

cc) Das [Landesarbeitsgericht](#) hat im Tatbestand und in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils mehrfach das Vertragsverhältnis der Parteien als „Arbeitsverhältnis“ sowie den Kläger als „[Arbeitnehmer](#)“ bezeichnet. Es handelt sich hierbei um einfache Rechtsbegriffe und damit um Rechtstatsachen (zum Begriff „Arbeitsverhältnis“ vgl. BAG 26. Juni 2019 - 5 AZR 178/18 - Rn. 19 f.). Der Kläger hat den Ausdruck „[Arbeitnehmer](#)“ zur Beschreibung seines Rechtsstatus auch in einem tatsächlichen Sinn gebraucht, indem er vor einem [Arbeitsgericht](#) den Sonderkündigungsschutz für [Arbeitnehmer](#) nach § 4f Abs. 3 Satz [5 BDSG](#) aF in Anspruch genommen und zudem die Rüge fehlender sozialer Rechtfertigung der Kündigung erhoben hat, die nur für [Arbeitnehmer](#) in einem Arbeitsverhältnis erfolgversprechend ist. Die Beklagte ist dem vorinstanzlich nicht entgegengetreten. Das Nichtbestreiten von Rechtstatsachen hat die Geständnisfiktion des § [138 Abs. 3 ZPO](#) zur Folge (BAG 16. Dezember 2010 - 6 AZR 487/09 - Rn. 38, BAGE 136, 340).

dd) In dem Hinweis der Beklagten auf das Fehlen konkreter Feststellungen liegt keine zulässige Verfahrensrüge iSv. § 551 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b [ZPO](#). Die Beklagte bezeichnet kein tatsächliches Verhalten des Landesarbeitsgerichts, das einen Verfahrensmangel ergäbe (vgl. BAG 6. November 2007 - 1 AZR 862/06 - Rn. 14, BAGE 124, 323).

ee) Darüber hinaus haben die Parteien im schriftlichen Anstellungsvertrag vom 26. Februar 2010 ihr Vertragsverhältnis mehrfach als „Arbeitsverhältnis“ und den Kläger als „[Arbeitnehmer](#)“ bezeichnet sowie in Nr. 2 des Vertrags ein Recht der Beklagten vereinbart, dem Kläger ggf. auch eine andere angemessene Tätigkeit zuzuweisen. Schon deshalb ist der Kläger als [Arbeitnehmer](#) anzusehen (vgl. BAG 25. Januar 2007 - 5 AZB 49/06 - Rn. 12; 21. April 2005 - 2 AZR 125/04 - zu II 2 c der Gründe).

d) Die Beklagte bestellte den Kläger mit Schreiben vom 1. Juni 2010 in der von § 4f Abs. 1 Satz [1 BDSG](#) aF gebotenen Form (vgl. BAG 27. Juli 2017 - 2 AZR 812/16 - Rn. 19, BAGE 160, 1) zum Beauftragten für den Datenschutz.

e) Die Wirksamkeit der Bestellung des Klägers wird nicht durch seine bereits zuvor erfolgte Bestellung zum Geschäftsleiter nach § 53 Abs. 2 Nr. 1 KWG in Frage gestellt. Die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe aufgrund eines Interessenkonflikts nicht die nach § 4f Abs. 2 Satz [1 BDSG](#) aF erforderliche Zuverlässigkeit, ist zwar revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Eine Nichtigkeit der Bestellung folgt daraus aber nicht.

aa) Die Zuverlässigkeit eines Beauftragten für den Datenschutz kann in Frage stehen, wenn Interessenkonflikte drohen. Eine Überschneidung von Interessensphären kann die von § 4f Abs. 2 Satz [1 BDSG](#) aF geforderte Zuverlässigkeit beeinträchtigen. Mit der Stellung und Funktion des Datenschutzbeauftragten ist es nicht zu vereinbaren, wenn er in erster Linie seine eigene Tätigkeit kontrollieren muss (vgl. BAG 23. März 2011 - 10 AZR 562/09 - Rn. 24; 22. März 1994 - 1 ABR 51/93 - zu B IV der Gründe, BAGE 76, 184). Das [Landesarbeitsgericht](#) hat einen solchen Interessenkonflikt im Fall des Klägers festgestellt.

bb) Aus der fehlenden Zuverlässigkeit einer zum Beauftragten für den Datenschutz bestellten [Person](#) folgt nach dem [BDSG](#) aF indes nicht die Nichtigkeit der Bestellung. Das Gesetz ordnet diese Rechtsfolge nicht selbst an (zur Unergiebigkeit der Formulierung „darf nicht“ für die Frage nach der Nichtigkeitsfolge: vgl. BGH 30. April 1992 - III ZR 151/91 - zu II 3 b der Gründe, BGHZ 118, 142; Palandt/Ellenberger 78. Aufl. § 134 Rn. 6a). Es kann offenbleiben, ob es sich bei § 4f Abs. 2 Satz [1 BDSG](#) aF um ein Verbotsgesetz iSv. § [134 BGB](#) handelt. Ebenso wenig bedarf der Entscheidung, ob selbst bei Annahme einer Verbotsgesetzeigenschaft des § 4f Abs. 2 Satz [1 BDSG](#) aF schon deshalb gemäß § [134 Halbs. 2 BGB](#) nicht die Nichtigkeit der Bestellung die Folge ist, weil es sich um ein ausschließlich einseitig gegen die datenverarbeitende Stelle gerichtetes Verbot handelt (zu einseitigen Verbotsgesetzen: vgl. BGH 12. Mai 2011 - III ZR 107/10 - Rn. 12; Palandt/Ellenberger 78. Aufl. § 134 Rn. 9). Jedenfalls ergibt die systematische Auslegung, dass der Gesetzgeber keine Nichtigkeit der Bestellung des Beauftragten für den Datenschutz im Fall fehlender Zuverlässigkeit iSv. § 4f Abs. 2 Satz [1 BDSG](#) aF anordnen wollte. Es bliebe ansonsten nur ein erheblich verringerter Anwendungsbereich für den in § 4f Abs. 3 Satz [4 BDSG](#) aF vorgesehenen Widerruf der Bestellung und das Recht der [Aufsichtsbehörde](#), eine Abberufung wegen fehlender Zuverlässigkeit zu verlangen (§ 38 Abs. 5 Satz [3 BDSG](#) aF), liefe im Wesentlichen ins Leere (vgl. Gola/Schomerus [BDSG](#) 12. Aufl. § 4f Rn. 29b).

cc) Ob etwas Anderes gelten kann, wenn die Bestellung eines Beauftragten für den Datenschutz an einem so schwerwiegenden und offenkundigen Fehler leidet, dass sie ihre Unwirksamkeit „auf der Stirn geschrieben“ trägt (zu diesem Maßstab für die Nichtigkeit der Wahl der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen vgl. BAG 25. Oktober 2017 - 7 ABR 2/16 - Rn. 15), bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

f) Der Kläger wurde als verpflichtender Beauftragter für den Datenschutz iSv. § 4f Abs. 1 Satz [4 BDSG](#) aF bestellt und zählte zu den nach § 4f Abs. 3 Satz [5 BDSG](#) aF geschützten [Personen](#). Zum Zeitpunkt seiner Bestellung [beschäftigte](#) die Beklagte in der Regel mehr als neun [Personen](#) ständig mit der automatisierten [Verarbeitung personenbezogener Daten](#).

aa) Mit der Voraussetzung, dass ein Beauftragter „nach Absatz 1 ... zu bestellen (ist)“, knüpft § 4f Abs. 3 Satz [5 BDSG](#) aF nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut an die grundsätzliche (allgemeine) Bestellpflicht

der [verantwortlichen](#) Stelle nach § 4f Abs. [1 BDSG](#) aF an (BAG 27. Juli 2017 - 2 AZR 812/16 - Rn. 13, BAGE 160, 1).

bb) Zum Zeitpunkt der Bestellung des Klägers zum Beauftragten für den Datenschutz am 1. Juni 2010 bestand für die Beklagte die Pflicht zu einer solchen Bestellung. Das [Landesarbeitsgericht](#) hat mit bindender Wirkung für den Senat gemäß § [559 Abs. 2 ZPO](#) festgestellt, dass im Zeitpunkt der Bestellung der Schwellenwert des § 4f Abs. 1 Satz [4 BDSG](#) aF von in der Regel neun [Personen](#) überschritten und er damit nicht ein bloß „freiwilliger“ Beauftragter für den Datenschutz war.<sup>1</sup>

(1) Da § 4f Abs. 1 Satz [4 BDSG](#) aF auf die „in der Regel“ ständig mit der automatisierten [Verarbeitung personenbezogener Daten](#) beschäftigten [Personen](#) abstellt, kommt es für die Größe der nicht-öffentlichen Stelle nicht auf die zufällige tatsächliche Anzahl der Beschäftigten im Zeitpunkt der Bestellung an. Maßgebend ist die Beschäftigungslage, die im Allgemeinen für die Stelle kennzeichnend ist. Zur Feststellung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl bedarf es deshalb eines Rückblicks auf die bisherige personelle Stärke der Stelle und einer Einschätzung ihrer zukünftigen Entwicklung; Zeiten außergewöhnlich hohen oder niedrigen Verarbeitungsanfalls sind dabei nicht zu berücksichtigen (zu § 23 Abs. 1 Satz [3 KSchG](#) vgl. BAG 24. Januar 2013 - 2 AZR 140/12 - Rn. 24, BAGE 144, 222; zu § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vgl. BAG 2. August 2017 - 7 ABR 51/15 - Rn. 25).

(2) Beim Begriff der „in der Regel“ Beschäftigten handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Die revisionsgerichtliche Kontrolle seiner Anwendung ist eingeschränkt. Das Revisionsgericht kann nur prüfen, ob das Berufungsgericht den unbestimmten Rechtsbegriff richtig erkannt, bei der Subsumtion des Einzelfalls beibehalten, nicht gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze verstoßen und alle erheblichen Umstände berücksichtigt hat (vgl. BAG 24. Februar 2005 - 2 AZR 207/04 - zu B III 3 der Gründe).

(3) Nach diesen Grundsätzen ist die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe zum Zeitpunkt der Bestellung des Klägers zum Beauftragten für den Datenschutz am 1. Juni 2010 in ihrer Niederlassung in F in der Regel mehr als neun [Personen](#) iSv. § 4f Abs. 1 Satz [4 BDSG](#) aF beschäftigt, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass maßgeblich die für die Stelle im Allgemeinen oder typischerweise kennzeichnende Anzahl der mit automatisierter [Datenverarbeitung](#) ständig beschäftigten [Personen](#) ist. Vor diesem Hintergrund hat es nicht allein auf die im Zeitpunkt der Bestellung des Klägers beschäftigten neun [Personen](#) abgestellt, sondern die vom [Arbeitgeber](#) vorgesehene Beschäftigtenzahl im September 2009 und die tatsächliche Beschäftigtenzahl im September 2010 in seine Betrachtungen eingestellt. Revisionsrechtlich erhebliche Fehler hat die Beklagte diesbezüglich nicht aufgezeigt. Soweit sie in der Revisionsbegründung neuen Vortrag zum Wegfall und zu der Besetzung bestimmter Stellen hält, kann das nach § [559 Abs. 1 ZPO](#) nicht berücksichtigt werden.

2. Das [Landesarbeitsgericht](#) hat rechtsfehlerhaft angenommen, die gegenüber dem Kläger ausgesprochenen ordentlichen Kündigungen seien nach § 4f Abs. 3 Satz [5 BDSG](#) aF unzulässig und damit nach § [134 BGB](#) nichtig, obwohl die Beklagte bei Zugang der Kündigungen in ihrer Niederlassung nicht in der Regel mehr als neun [Personen](#) iSv. § 4f Abs. 1 Satz [4 BDSG](#) aF [beschäftigte](#).

a) Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungen in ihrer Niederlassung in F in der Regel nicht mehr als neun [Personen](#) iSv. § 4f Abs. 1 Satz [4 BDSG](#) aF

beschäftigt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

b) Ein Absinken der Beschäftigtenzahl unter den Schwellenwert des § 4f Abs. 1 Satz [4 BDSG](#) aF während der Tätigkeit als Beauftragter für den Datenschutz führt dazu, dass dessen Sonderkündigungsschutz nach § 4f Abs. 3 Satz [5 BDSG](#) aF entfällt, ohne dass es eines Widerrufs der Bestellung durch den [Arbeitgeber](#) bedarf. Das folgt aus der Auslegung der Norm.

[aa](#)) Der Wortlaut der Regelung spricht stark für die Annahme, dass ein Sonderkündigungsschutz nur besteht, wenn im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung die Voraussetzungen für die verpflichtende Bestellung eines Beauftragten für den Datenschutz vorliegen. § 4f Abs. 3 Satz [5 BDSG](#) aF knüpft nicht vergangenheitsbezogen an die ursprüngliche Bestellung an, sondern an eine gegenwärtige Pflicht zur Bestellung („Ist nach Absatz 1 ein Beauftragter für den Datenschutz zu bestellen“).

[bb](#)) Für dieses Verständnis spricht auch die sich aus der Gesetzesbegründung ergebende gesetzesübergreifende Systematik.

(1) Maßgebliche Beurteilungsgrundlage für die Rechtmäßigkeit einer Kündigung sind die objektiven Verhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung (für die soziale Rechtfertigung vgl. BAG 24. März 2011 - 2 AZR 790/09 - Rn. 17). Das gilt auch für die Frage, ob Sonderkündigungsschutz besteht (für § 15 Abs. 1 Satz [1 KSchG](#) iVm. § 103 Abs. 1 BetrVG vgl. BAG 27. September 2012 - 2 AZR 955/11 - Rn. 20).

(2) Der Gesetzgeber hat sich bei der Einführung des Sonderkündigungsschutzes in § 4f [BDSG](#) aF ausdrücklich darauf bezogen, dass Abs. 3 Satz 5 der Norm den Kündigungsschutz für den Datenschutzbeauftragten an denjenigen für vergleichbare Funktionsträger wie Betriebsratsmitglieder nach § 15 Abs. 1 Satz 1 und Satz [2 KSchG](#) anpasst (vgl. BT-Drs. 16/12011 S. 30). Das spricht für die Übertragbarkeit entsprechender Wertungen.

(a) Das Amt des Betriebsrats endet, wenn die Zahl der ständig beschäftigten [Arbeitnehmer](#) des Betriebs nicht nur vorübergehend auf unter fünf [Arbeitnehmer](#) absinkt und damit die Voraussetzungen für die Bildung eines Betriebsrats entfallen (BAG 7. April 2004 - 7 ABR 41/03 - zu B II 1 b der Gründe mwN, BAGE 110, 159; ErfK/Koch 19. Aufl. BetrVG § 1 Rn. 21; Fitting 29. Aufl. § 1 Rn. 269; KR/Rinck 12. Aufl. § 103 BetrVG Rn. 27; Richardi/Maschmann in Maschmann BetrVG 16. Aufl. § 1 Rn. 143).

(b) Der besondere Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 Satz [1 KSchG](#) besteht nur während der Amtszeit des Betriebsrats (APS/Linck 5. Aufl. KSchG § 15 Rn. 75; ErfK/Kiel 19. Aufl. KSchG § 15 Rn. 18; LSSW/Wertheimer 11. Aufl. § 15 Rn. 15 f.). Der Begriff „Beendigung der Amtszeit“ in § 15 Abs. 1 Satz [2 KSchG](#) erfasst alle Fälle, in denen das Gesetz ihn ausdrücklich [verwendet](#) (zB in § 21 BetrVG) und in denen sich entweder aus dem Gesetz selbst oder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt, dass das betreffende [Gremium](#) die ihm obliegenden Aufgaben auf Dauer nicht mehr wahrnehmen darf (KR/Kreft 12. Aufl. § [15 KSchG](#) Rn. 79). Mit dem Ende der Amtszeit beginnt der nachwirkende Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 Satz [2 KSchG](#) (LKB/Bayreuther 16. Aufl. § 15 Rn. 65). Das ist beispielsweise der Fall, wenn die Zahl der wahlberechtigten [Personen](#) unter fünf [sinkt](#) (ErfK/Kiel 19. Aufl. KSchG § 15 Rn. 32).

(3) Da der Gesetzgeber den besonderen Kündigungsschutz des § 4f Abs. 3 Satz 5 [BDSG](#) aF an den des § 15 Abs. 1 Satz 1 [KSchG](#) „anpassen“ wollte, ist es folgerichtig, dass auch beim Beauftragten für den Datenschutz der Sonderkündigungsschutz mit Absinken der Beschäftigtenzahl unter den Schwellenwert des § 4f Abs. 1 Satz 4 [BDSG](#) aF endet und der nachwirkende Kündigungsschutz des § 4f Abs. 3 Satz 6 [BDSG](#) aF beginnt. Es gibt gesetzessystematisch keinen Anlass, bei der dem Sonderkündigungsschutz für Mitglieder des Betriebsrats nachgebildeten kündigungsrechtlichen Regelung andere Maßstäbe anzulegen. Zwar beruht das Betriebsratsamt nicht auf einer Bestellung durch den [Arbeitgeber](#). Es gibt aber auch keine mit § 18 Abs. 3 BetrVG vergleichbare zwingende Publizität, ob der Beauftragte für den Datenschutz verpflichtend oder freiwillig bestellt ist. Für die Beendigung des Amts des verpflichtend bestellten Beauftragten für den Datenschutz bedarf es nicht zwingend eines Widerrufs der Bestellung (zum Fall der Fusion zweier Krankenkassen vgl. BAG 29. September 2010 - 10 AZR 588/09 - Rn. 23 und Rn. 27, BAGE 135, 327; so auch Simitis in Simitis [BDSG](#) 8. Aufl. § 4f Rn. 200; ausdrücklich für den Fall des Absinkens unter den Schwellenwert: Gola/Schomerus [BDSG](#) 12. Aufl. § 4f Rn. 45a; wohl auch Gehlhaar NZA 2010, 373; [aA](#) Taeger/Gabel/Scheja § 4f [BDSG](#) Rn. 53; Auernhammer/Raum [BDSG](#) 4. Aufl. § 4f Rn. 150 f.; mit einer Einschränkung für den Fall, dass die Voraussetzungen der Bestellpflicht offenkundig nicht mehr vorliegen: Däubler in Däubler/Klebe/Wedde/Weichert [BDSG](#) 5. Aufl. § 4f Rn. 64; unentschieden zur Frage des Widerrufserfordernisses v. d. Bussche in Plath [BDSG/DSGVO](#) 2. Aufl. § 4f Rn. 67).

cc) Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung stehen dieser Lesart nicht entgegen.

(1) Durch die im Jahr 2009 erfolgte Änderung des § 4f [BDSG](#) aF sollte die Position des Beauftragten für den Datenschutz gestärkt werden, insbesondere durch den besonderen und nachwirkenden Kündigungsschutz in § 4f Abs. 3 Satz 5 und Satz 6 [BDSG](#) aF (BT-Drs. 16/12011 S. 30). Die Änderung bezog sich nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich nur auf den nach § 4f Abs. 1 Satz 4 [BDSG](#) aF verpflichtend bestellten Beauftragten für den Datenschutz, nicht auf einen freiwillig bestellten Beauftragten, da dies die Stellen davon abhalten könne, auch freiwillig Beauftragte zu bestellen, was ein ungewolltes Ergebnis wäre. Könnte der [Arbeitgeber](#) bei einem Absinken der Beschäftigtenzahl unter den Schwellenwert des § 4f Abs. 1 Satz 4 [BDSG](#) aF nur durch einen Widerruf der Bestellung ein Fortbestehen des Sonderkündigungsschutzes nach § 4f Abs. 3 Satz 5 [BDSG](#) aF [vermeiden](#), führte dies zu dem gesetzgeberisch nicht gewollten Anreiz, damit zugleich das Fortbestehen der Bestellung auf freiwilliger Basis zu beenden.

(2) Wenn keine [Verpflichtung](#) mehr zur Bestellung eines Beauftragten für den Datenschutz besteht, bedarf es außerdem nicht mehr des Schutzes der Unabhängigkeit seiner Stellung. Der Schutz des § 4f Abs. 3 Satz 5 [BDSG](#) aF erfolgt vorrangig im Interesse eines effektiven Datenschutzes. Der Beauftragte für den Datenschutz soll in die Lage versetzt werden, seine sich aus § 4g [BDSG](#) aF ergebenden Aufgaben und Befugnisse selbstbewusst gegenüber dem [Arbeitgeber](#) durchzuführen und einzufordern. Dadurch soll seine Unabhängigkeit gestärkt werden. Wenn ihm diese gesetzlichen Befugnisse nicht mehr zustehen, bedarf es dieses besonderen Schutzes seiner Unabhängigkeit nicht mehr. Der persönliche Schutz des Funktionsträgers wird ausreichend über den nachwirkenden Kündigungsschutz gemäß § 4f Abs. 3 Satz 6 [BDSG](#) aF gewährleistet. Das Benachteiligungsverbot des § 4f Abs. 3 Satz 3 [BDSG](#) aF und das Maßregelungsverbot des § 612a [BGB](#) ergänzen diesen Schutz.

dd) Probleme bei der Bestimmung des genauen Zeitpunkts, ab dem der Schwellenwert des § 4f Abs. 1 Satz 4 [BDSG](#) aF unterschritten ist, haben bei der Auslegung, die allerdings auch zu praktikablen Ergebnissen führen soll, kein ausschlaggebendes Gewicht.

(1) Es kommt auf die Zahl der „in der Regel“ mit der automatisierten [Verarbeitung personenbezogener Daten](#) beschäftigten [Personen](#) an, so dass kurzfristige Schwankungen ohnehin nicht von Bedeutung sind. Probleme bei der Feststellung des Unterschreitens eines Schwellenwerts kann es im Übrigen ebenso bei § 23 Abs. 1 [KSchG](#), § 1 Abs. 1 [BetrVG](#) oder § 5 Abs. 1 iVm. § 3 Abs. 1 [PflegeZG](#) geben. Der Beauftragte für den Datenschutz wird dabei sogar weniger als [Arbeitnehmer](#) in den vorgenannten Fällen im Ungewissen über die Zahl der in der Regel ständig mit der automatisierten [Verarbeitung personenbezogener Daten](#) beschäftigten [Personen](#) sein, da dies seinen eigenen Aufgabenbereich und der Schwellenwert eine überschaubare Beschäftigtenzahl betrifft.

(2) Der vorliegende Fall gibt keinen Anlass zur Entscheidung, ob der Beauftragte wieder als verpflichtend bestellter Beauftragter iSv. § 4f Abs. 3 Satz [5 BDSG](#) aF anzusehen ist, wenn der Schwellenwert des § 4f Abs. 1 Satz [4 BDSG](#) aF zunächst - ggf. von den Beteiligten unerkannt - unterschritten und später erneut überschritten wird (vgl. Gehlhaar NZA 2010, 373). Dafür könnte sprechen, dass der Gesetzgeber zwischen dem Oberbegriff „Abberufung“ (vgl. § 4f Abs. 3 Satz [6 BDSG](#) aF) und dem „Widerruf der Bestellung“ (vgl. § 4f Abs. 3 Satz [4 BDSG](#) aF) unterscheidet. Solange der [Arbeitgeber](#) die Bestellung des Beauftragten nicht widerruft, hinderte auch nicht das Schriftformerfordernis des § 4f Abs. 1 Satz [1 BDSG](#) aF ein erneutes Einrücken in die zuvor übertragene Funktion eines verpflichtend bestellten Beauftragten für den Datenschutz.

ee) Endet durch ein Unterschreiten des Schwellenwerts des § 4f Abs. 1 Satz [4 BDSG](#) aF die Funktion als verpflichtender Beauftragter für den Datenschutz, beginnt der nachwirkende Sonderkündigungsschutz des § 4f Abs. 3 Satz [6 BDSG](#) aF. Es handelt sich auch insoweit um eine Abberufung im Sinne der Bestimmung (vgl. APS/Greiner 5. Aufl. [BDSG](#) § 4f Rn. 17). Der Begriff der „Abberufung“ in § 4f Abs. 3 Satz [6 BDSG](#) aF umfasst „jede Beendigung des Amtes, die durch ein Verhalten der [verantwortlichen](#) Stelle veranlasst wurde“ (BAG 27. Juli 2017 - 2 AZR 812/16 - Rn. 25, BAGE 160, 1). Darunter fällt auch das Absinken der Beschäftigtenzahl aufgrund von Personalentscheidungen des [Arbeitgebers](#).

III. Der Senat kann nicht selbst entscheiden, ob die Kündigungen wirksam sind (§ 563 Abs. [3 ZPO](#)). Dem Kläger könnte ein nachwirkender Kündigungsschutz nach § 4f Abs. 3 Satz [6 BDSG](#) aF zustehen. Zur Frage, wann der Schwellenwert des § 4f Abs. 1 Satz [4 BDSG](#) aF nicht mehr überschritten war, hat das [Landesarbeitsgericht](#) keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Es hat nur ausgeführt, dass zu einem Zeitpunkt zwischen dem 1. Oktober 2015 und dem 30. November 2016 die Beschäftigtenzahl der Beklagten auf neun [gesunken](#) sei und sich ab Januar 2017 auf acht [Beschäftigte](#) weiter reduziert habe. Ob zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungen am 12. April 2017 die Jahresfrist des § 4f Abs. 3 Satz [6 BDSG](#) aF abgelaufen war, lässt sich den Feststellungen nicht entnehmen.

IV. Der Rechtsstreit ist an das [Landesarbeitsgericht](#) zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz [1 ZPO](#)), damit es die erforderlichen Feststellungen zum Zeitpunkt des Unterschreitens des Schwellenwerts des § 4f Abs. 1 Satz [4 BDSG](#) aF trifft. Sollte das [Landesarbeitsgericht](#) zu dem Ergebnis kommen, dem Kläger habe wegen Zeitablaufs kein nachwirkender Sonderkündigungsschutz nach § 4f Abs. 3 Satz [6 BDSG](#) aF zugestanden, wird es sich insbesondere mit dessen Rüge einer Unwirksamkeit der Kündigung wegen Verstoßes gegen das Willkürverbot auseinandersetzen haben. Hierauf ist es bislang - aus seiner Sicht konsequent - nicht eingegangen. Ferner wird das Berufungsgericht aufzuklären haben, welches Verhältnis die beiden Kündigungen vom 12. April 2017 zueinander haben. Nach der Senatsrechtsprechung können mehrere vom [Arbeitgeber](#) zu unterschiedlichen Zeitpunkten ausgesprochene Kündigungen in einem Hilfsverhältnis zueinander stehen, dh. die weitere Kündigung kann nur für den Fall ausgesprochen sein, dass sich nicht schon die frühere Kündigung als wirksam erweist (vgl. BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - Rn. 15, BAGE

152, 47). Die Beklagte hat zwar die Kündigung zum 31. Juli 2017 ausdrücklich auf die gesetzliche und die Kündigung zum 30. September 2017 auf die vertragliche Kündigungsfrist bezogen, gleichzeitig aber jeweils „hilfsweise zum nächstzulässigen Termin“ gekündigt.

E-Learning Datenschutz

Datenschutz praktische  
Lektion



[Zur Buchung \(EUR 7,00 / 1 Monat\)](#)

**7 Min Datenschutz** [juristi.e-Seminar](#)

Aus- und Weiterbildung