

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 5. Dezember 2019
- 2 AZR 223/19 -
ECLI:DE:BAG:2019:051219.U.2AZR223.19.0

I. Arbeitsgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 9. November 2017
- 21 Ca 2986/17 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 13. Februar 2019
- 6 Sa 567/18 -

Entscheidungsstichworte:

Datenschutzbeauftragter - Sonderkündigungsschutz

Leitsatz:

Der Sonderkündigungsschutz des Beauftragten für den Datenschutz nach § 4f Abs. 3 Satz 5 BDSG in der bis zum 24. Mai 2018 geltenden Fassung (aF) endet mit Absinken der Beschäftigtenzahl unter den Schwellenwert des § 4f Abs. 1 Satz 4 BDSG aF. Gleichzeitig beginnt der nachwirkende Sonderkündigungsschutz des § 4f Abs. 3 Satz 6 BDSG aF.

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 223/19
6 Sa 567/18
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
5. Dezember 2019

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. Dezember 2019 durch die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor als Vorsitzende, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann und Dr. Schlünder sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Grimberg und Wolf für Recht erkannt:

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.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit zweier ordentlicher Kündigungen. 1

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. 2

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. 3

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.

4

Der Kläger hat beantragt

5

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.

6

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.

7

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). 8
- 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. 9
- 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 beschäftigte. 10
1. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend geprüft, ob ein Anwendungsfall des § 4f Abs. 3 Satz 5 BDSG aF vorliegt. 11
- 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 beschriebene 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 12

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 Aufnahme-
staats 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. 13

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.*). 14

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 15

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. 16

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. 17

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*). 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*). 19

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 Rechts- 20

tatsachen (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 Rechtstat-sachen 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). 21

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). 22

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. 23

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. 24

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. 25

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). 26

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 schwerbehin- 27

derthen 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. 28

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). 29

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. 30

(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). 31

(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). 32

(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. 33

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. 34

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. 35

- 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. 36
- 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 („/st nach Absatz 1 ein Beauftragter für den Datenschutz zu bestellen“). 37
- bb) Für dieses Verständnis spricht auch die sich aus der Gesetzesbegründung ergebende gesetzesübergreifende Systematik. 38
- (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*). 39
- (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 diejenigen 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. 40
- (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* 41

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 gesetzes-systematisch keinen Anlass, bei der dem Sonderkündigungsschutz für Mitglieder des Betriebsrats nachgebildeten kündigungrechtlichen 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 Amtes 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. 44

(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 BDSG aF verpflichtend bestellten Beauftragten für den Datenschutz, nicht auf einen freiwillig bestellten Beauftragten, da dies die Stellen davon abhalten könnte, 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. 45

(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 ge- 46

währleistet. 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. 47

(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. 48

(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. 49

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 50

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. 51

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 aus-

drücklich auf die gesetzliche und die Kündigung zum 30. September 2017 auf die vertragliche Kündigungsfrist bezogen, gleichzeitig aber jeweils „hilfsweise zum nächstzulässigen Termin“ gekündigt.

Rachor

Niemann

Schlünder

Grimberg

Wolf