

Aktenzeichen: 2 AZR 272/08
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 26. November 2009
- 2 AZR 272/08 -

I. Arbeitsgericht
Köln

Urteil vom 31. Mai 2007
- 6 Ca 8239/06 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 11. Januar 2008
- 11 Sa 973/07 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - Tarifliche Unkündbarkeit

Gesetze:

BGB § 626; TVöD § 34 Abs. 2

Leitsatz:

Wird einem tariflich unkündbaren Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes die Zugangsermächtigung zum Umgang mit Verschlusssachen entzogen, kann dies wegen eines in seiner Person liegenden wichtigen Grundes eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist rechtfertigen. Voraussetzung ist, dass im gesamten Zuständigkeitsbereich des Vertragsarbeitgebers keine Möglichkeiten zur anderweitigen Beschäftigung bestehen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 272/08
11 Sa 973/07
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
26. November 2009

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

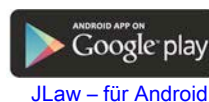
pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. November 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert, die



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Krichel und Löllgen für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 11. Januar 2008 - 11 Sa 973/07 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist und die vorläufige Weiterbeschäftigung des Klägers. 1

Der 1959 in K geborene Kläger, der die deutsche Staatsangehörigkeit hat, ist verheiratet und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtet. Er war seit Januar 1990 bei der Beklagten im Bundesamt für Verfassungsschutz in Köln (*im Folgenden: BfV*) als „fremdsprachlicher Vorauswerter“ für den russischen Sprachraum tätig und mit der Vorauswertung von Informationsmaterial befasst, das bei Telefonüberwachungsmaßnahmen anfiel. Seit 1996 wurde er zusätzlich, auch auf Auslandsdienstreisen des Amtsleiters des BfV, als Dolmetscher für Russisch eingesetzt. Er bezog zuletzt Gehalt nach der Entgeltgruppe 11 des auf das Arbeitsverhältnis der Parteien seit dem 1. Oktober 2005 anwendbaren Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (*Bund und Kommunen; im Folgenden: TVöD*). 2

Voraussetzung für die Wahrnehmung der dem Kläger übertragenen Arbeitsaufgaben ist - ebenso wie für alle anderen beim BfV auszuübenden Tätigkeiten - die Erteilung der Ermächtigung zum Umgang mit Verschlusssachen (*VS-Ermächtigung*) gemäß dem Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes vom 20. April 1994 3



(BGBl. I S. 867; im Folgenden: SÜG). § 5 SÜG in der für den Streitfall maßgebenden Fassung vom 21. Juni 2005 (BGBl. I S. 1818) bestimmt, wann ein Sicherheitsrisiko im Sinne des Gesetzes vorliegt. Gemäß § 3 SÜG ist innerhalb des BfV die Zuständigkeit nach dem SÜG dem Geheimschutzbeauftragten zugewiesen. Dem Kläger wurde bei Dienstantritt die VS-Ermächtigung erteilt.

Im August 2002 erhielt das BfV Kenntnis über laufende Ermittlungen gegen eine Tätergruppe aus dem Bereich der russischen organisierten Kriminalität wegen Geldwäsche, schweren Menschenhandels, bandenmäßig betriebener illegaler Einschleusung von Ausländern in die Bundesrepublik und Urkundenfälschung. Als einer der Hauptverdächtigen galt der Schwager des Klägers. Dieser war bereits wegen einer Straftat nach dem Betäubungsmittelgesetz zu einer Haftstrafe verurteilt worden, hatte sich dem Vollzug der Haft jedoch durch Flucht in das osteuropäische Ausland entzogen. Nachdem bekannt geworden war, dass der Kläger privaten Kontakt zu seinem Schwager hielt, wurde er am 3. Dezember 2002 unter Fortzahlung der Vergütung von seiner Arbeitsleistung freigestellt. Am 11. August 2003 hob der Geheimschutzbeauftragte die VS-Ermächtigung des Klägers mit sofortiger Wirkung auf. Mit Bescheid vom 22. August 2003 begründete er seine Entscheidung und ordnete deren sofortige Vollziehung an. Die vom Kläger zur Überprüfung des Bescheids erhobene Klage wies das Verwaltungsgericht mit - im Juni 2007 rechtskräftig gewordenem - Urteil vom 18. Januar 2006 ab.

Nach erfolgter Anhörung des Personalrats kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 30. Januar 2006 außerordentlich fristlos. Das Arbeitsgericht stellte mit rechtskräftig gewordenem Urteil vom 8. Juni 2006 fest, dass das Arbeitsverhältnis durch diese Kündigung nicht aufgelöst worden ist.

Daraufhin kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis - nach erneuter Anhörung des Personalrats - mit Schreiben vom 25. September 2006 außerordentlich mit Auslauffrist zum 31. März 2007.

Der Kläger hat Kündigungsschutzklage erhoben und geltend gemacht, auch diese Kündigung sei unwirksam. Es handele sich um eine unzulässige



Wiederholungskündigung. Jedenfalls fehle es an einem wichtigen Grund. Die Rechtmäßigkeit des Entzugs seiner VS-Ermächtigung habe im Kündigungszeitpunkt noch nicht endgültig festgestanden. Die Beklagte habe daher nicht von einer negativen Zukunftsprognose ausgehen dürfen. Zumindest sei die Beklagte verpflichtet, ihn außerhalb des BfV weiterzubeschäftigen. Geeignete - und sogar freie - Arbeitsplätze seien vorhanden gewesen, etwa beim Bundesamt für Güterverkehr in Köln. Dieses habe im Zusammenhang mit der Einführung der LKW-Maut Mitarbeiter gesucht. Er sei zudem bereit, eine beliebige andere Tätigkeit bei der Beklagten zu übernehmen.

Der Kläger hat beantragt,

8

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung vom 25. September 2006 nicht aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn zu unveränderten Arbeitsbedingungen gemäß Arbeitsvertrag als Angestellten bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auf-

9

fassung vertreten, nach der Begründung des Urteils im vorausgegangenen Kündigungsschutzprozess stehe mit Bindungswirkung für den Streitfall fest, dass der Entzug der VS-Ermächtigung „an sich“ als wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB anzusehen sei. Den - einzigen - Bedenken des Arbeitsgerichts habe sie durch den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung mit Auslauf-
frist entsprochen. Unabhängig davon sei die Kündigung gerechtfertigt. Dem Kläger fehle infolge des Entzugs der VS-Ermächtigung die persönliche Eignung für die Ausübung einer Tätigkeit beim BfV. Zur Beschäftigung auf Arbeitsplätzen außerhalb dieser Dienststelle sei sie nicht verpflichtet. Der Kläger habe im Übrigen keine geeigneten Beschäftigungsmöglichkeiten aufgezeigt. Für die Tätigkeit beim Bundesamt für Güterverkehr fehle ihm die erforderliche Qualifikation. Unabhängig davon sei ihr eine künftige Beschäftigung angesichts der Umstände, die zum Entzug der VS-Ermächtigung geführt hätten, generell unzumutbar.



Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

10

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dessen Urteil wird von seiner Begründung nicht getragen. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, der Beklagten sei die Beschäftigung des Klägers auf jedweden anderen Arbeitsplatz unzumutbar. Ob dessen Beschäftigung außerhalb des BfV möglich ist, vermag der Senat nicht selbst zu entscheiden.

11

I. Gemäß § 34 Abs. 2 TVöD konnte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers, der im Kündigungszeitpunkt das 40. Lebensjahr vollendet hatte und länger als 15 Jahre bei ihr beschäftigt war, nur aus einem wichtigen Grund kündigen. Mit dem Begriff des „wichtigen Grundes“ knüpft die tarifvertragliche Bestimmung an die gesetzliche Regelung des § 626 Abs. 1 BGB an, die das Vorliegen eines solchen Grundes voraussetzt (vgl. Senat 27. November 2003 - 2 AZR 601/02 - zu B I 5 der Gründe mwN, AP BGB § 626 Krankheit Nr. 11 = EzA BGB 2002 § 626 Krankheit Nr. 1; Sponer/Steinherr TVöD Stand Dezember 2007 § 34 Rn. 116). Bei einer derartigen Bezugnahme gilt zugleich § 626 Abs. 2 BGB, wonach die außerordentliche Kündigung nur innerhalb einer Ausschlussfrist von zwei Wochen erklärt werden kann (Senat 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - zu II 4 der Gründe, BAGE 88, 10).

12

II. Ob die Kündigung vom 25. September 2006 unter diesen Voraussetzungen wirksam ist, steht noch nicht fest.

13

1. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Kündigung nicht wegen Versäumung der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB unwirksam ist.

14



- a) Die auch im Fall einer außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist einzuhaltende Ausschlussfrist beginnt regelmäßig, sobald der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung ermöglicht, ob ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist. Uneingeschränkt gilt dies bei in der Vergangenheit liegenden, vollständig abgeschlossenen Kündigungssachverhalten, mögen diese auch - etwa als Vertrauensverlust - noch fortwirken (*KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 324*). Bei „Dauerstörtatbeständen“, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sich der Kündigungssachverhalt und seine betrieblichen Auswirkungen fortwährend neu verwirklichen, lässt sich der Fristbeginn nach § 626 Abs. 2 BGB nicht eindeutig fixieren. Liegt ein solcher Tatbestand vor, reicht es zur Fristwahrung aus, dass die Störung auch noch in den letzten zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung angehalten hat (*BAG 26. Juli 2001 - 8 AZR 739/00 - zu B II 3 d der Gründe, BAGE 98, 275; Senat 21. März 1996 - 2 AZR 455/95 - zu II 1 b der Gründe, AP BGB § 626 Krankheit Nr. 8 = EzA BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 10*). 15
- b) Der von der Beklagten geltend gemachte Kündigungsgrund ist ein solcher „Dauerstörtatbestand“. Das in Rede stehende Leistungsunvermögen des Klägers verwirklicht sich mit jedem Tag neu (*zu den vergleichbaren Fällen des Entzugs bzw. Fehlens einer Arbeitsgenehmigung Senat 13. Januar 1977 - 2 AZR 423/75 - zu II 1 der Gründe, BAGE 29, 1; zum dauerhaften Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit Senat 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - zu II 4 der Gründe, BAGE 88, 10*). 16
2. Mit Erfolg rügt die Revision eine fehlerhafte Anwendung von § 626 Abs. 1 BGB iVm. § 34 Abs. 2 TVöD. Zwar ist die Beklagte durch das rechtskräftige Urteil des Arbeitsgerichts vom 8. Juni 2006 nicht gehindert, sich zur Rechtfertigung der Kündigung auf den Entzug der VS-Ermächtigung zu berufen. Da es dem Kläger ohne VS-Ermächtigung unmöglich war, seiner geschuldeten Tätigkeit beim BfV nachzugehen, lag im Kündigungszeitpunkt auch ein Grund vor, der an sich geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist 17



zu rechtfertigen. Vom Fehlen der Möglichkeit, den Kläger auf einem anderen Arbeitsplatz zu beschäftigen, durfte das Landesarbeitsgericht aber nicht mit der Begründung ausgehen, ihr sei dies wegen dessen „Unzuverlässigkeit“ schlechthin unzumutbar.

a) Die Kündigung vom 25. September 2006 ist, wie das Landesarbeitsgericht zu Recht ausgeführt hat, keine unzulässige „Wiederholungskündigung“. Der Beklagten ist es nicht verwehrt, sie auf einen Lebenssachverhalt zu stützen, den sie bereits der rechtskräftig für unwirksam erklärten Kündigung vom 30. Januar 2006 zugrunde gelegt hatte. 18

aa) Das Verbot wiederholter Kündigungen bei gleichgebliebenem Kündigungssachverhalt findet seine Grundlage sowohl in der materiellen Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen (§ 322 ZPO) als auch im rechtlichen Charakter der Kündigung als Gestaltungserklärung (*Senat 26. August 1993 - 2 AZR 159/93 - zu II 1 der Gründe, BAGE 74, 143*). Ein Gestaltungsrecht ist nach seiner Ausübung verbraucht. Der Arbeitgeber kann nur dann ein weiteres Mal kündigen, wenn er andere Kündigungsgründe geltend macht, wenn sich der Sachverhalt wesentlich geändert hat, wenn er nunmehr nicht fristlos, sondern fristgerecht kündigen will oder wenn die erste Kündigung aus lediglich formellen Gründen - etwa wegen Formmangels oder fehlerhafter Betriebsratsanhörung - unwirksam war. Mit der Wiederholung der Kündigung gestützt auf denselben Lebenssachverhalt ist er ausgeschlossen (*Senat 22. Mai 2003 - 2 AZR 485/02 - zu B I 1 a der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 71 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 127*). 19

bb) Danach hat die Beklagte ihr Kündigungsrecht nicht verbraucht. Die außerordentliche Kündigung mit Auslaufrist ist ihrer Art nach von der außerordentlichen fristlosen Kündigung unterschieden. Zwar finden beide ihre Grundlage in § 626 Abs. 1 BGB. Auch bei der außerordentlichen Kündigung mit Auslaufrist müssen die Voraussetzungen des § 626 BGB uneingeschränkt erfüllt sein (*KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 306*). Sie ist jedoch in ihren Rechtsfolgen weitgehend der ordentlichen Kündigung angenähert. Falls eine ordentliche Kündigung tariflich ausgeschlossen ist, ersetzt sie diese bei Vor- 20



liegen eines Sachverhalts, der dem Arbeitgeber ein Festhalten am Arbeitsverhältnis für dessen voraussichtliche Dauer unzumutbar macht und bei einem vergleichbaren, ordentlich kündbaren Arbeitnehmer nur eine solche - ordentliche - Kündigung rechtfertigen könnte. Mit dem Erfordernis der Auslaufzeit soll gewährleistet werden, dass zugunsten des besonders geschützten Arbeitnehmers zumindest die Kündigungsschranken beachtet werden, die im Fall einer ordentlichen Kündigung gälten (vgl. Senat 8. April 2003 - 2 AZR 355/02 - zu II 3 b bb der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 181 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 2; 11. März 1999 - 2 AZR 427/98 - zu B II 3 b der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 150 = EzA BGB § 626 nF Nr. 177). Hat daher das Arbeitsgericht gegenüber einem tariflich unkündbaren Arbeitnehmer die erklärte außerordentliche fristlose Kündigung rechtskräftig mit der Begründung für unwirksam erklärt, dem Arbeitgeber sei die Einhaltung einer der (fiktiven) ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufzeit zumutbar gewesen, ist es diesem regelmäßig nicht verwehrt, den betreffenden Lebenssachverhalt zur Rechtfertigung einer erneuten außerordentlichen Kündigung heranzuziehen, die nunmehr die erforderliche Auslaufzeit einhält. Dies gilt auch dann, wenn schon zuvor die Möglichkeit einer entsprechenden Umdeutung bestanden hätte (vgl. dazu Senat 18. Oktober 2000 - 2 AZR 627/99 - zu III der Gründe, BAGE 96, 65; 8. Juni 2000 - 2 AZR 638/99 - zu B IV der Gründe, BAGE 95, 78), das Gericht sie aber - wie im Streitfall - unterlassen hat.

b) Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Die Prüfung, ob ein gegebener Lebenssachverhalt einen wichtigen Grund in diesem Sinne darstellt, vollzieht sich zweistufig. Zunächst ist zu prüfen, ob der betreffende Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls als wichtiger Grund „an sich“ geeignet ist. Ist dies der Fall, ist sodann zu prüfen, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berück-

21



sichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zumutbar ist oder nicht (*st. Rspr., Senat 27. April 2006 - 2 AZR 386/05 - Rn. 17, BAGE 118, 104*).

c) Der von der Beklagten angeführte Sachverhalt ist „an sich“ geeignet, 22
die erklärte außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist zu rechtfertigen.

aa) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht insoweit eine eigenständige 23
Prüfung vorgenommen. Soweit das Arbeitsgericht im Urteil vom 8. Juni 2006 das Vorliegen eines wichtigen Grundes „an sich“ bejaht hatte, nimmt ein solches einzelnes Begründungselement an der Rechtskraftwirkung des Urteils nicht teil und entfaltet für nachfolgende Kündigungsschutzprozesse keine Bindungswirkung (*vgl. Senat 6. Dezember 1984 - 2 AZR 543/82 - zu B III 1 der Gründe*).

bb) Auch vom Arbeitnehmer nicht zu vertretende Umstände in seiner 24
Person können geeignet sein, eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen (*vgl. BAG 10. März 1977 - 4 AZR 675/75 - zu V 3 der Gründe, BAGE 29, 57; Preis Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen S. 333; KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 129*). Ein wichtiger Grund kann vorliegen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund von Umständen, die in seiner Sphäre liegen, zu der nach dem Vertrag vorausgesetzten Arbeitsleistung auf unabsehbare Dauer nicht mehr in der Lage ist. Darin liegt regelmäßig eine schwere und dauerhafte Störung des vertraglichen Austauschverhältnisses, der der Arbeitgeber, wenn keine anderen Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen, mit einer außerordentlichen Kündigung begegnen kann (*Senat 5. Juni 2008 - 2 AZR 984/06 - Rn. 27 mwN, AP BGB § 626 Nr. 212 = EzA KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 22*). Liegt eine dauerhafte Leistungsunfähigkeit vor, kann dies den Arbeitgeber bei tariflichem Ausschluss der ordentlichen Kündbarkeit des Arbeitnehmers jedenfalls zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung mit einer der ordentlichen Kündigung entsprechenden Auslauffrist berechtigen (*Senat 27. November 2003 - 2 AZR 601/02 - zu B I 5 b der Gründe mwN, AP BGB § 626 Krankheit Nr. 11 = EzA BGB 2002 § 626 Krankheit Nr. 1; 18. Oktober 2000 - 2 AZR 627/99 - zu II 3 der Gründe, BAGE 96, 65*).



cc) Im Entscheidungsfall kann der Kläger wegen des Entzugs der VS-Ermächtigung seine vertragsgemäß geschuldete Arbeitsleistung beim BfV nicht mehr erbringen. 25

(1) Zwar fehlt es an einer ausdrücklichen arbeitsvertraglichen Vereinbarung, dass für die Beschäftigung des Klägers beim BfV eine VS-Ermächtigung notwendig ist. Für die geschuldete Arbeitsleistung ist diese aber schon aufgrund des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden SÜG Voraussetzung. Wer mit einer „sicherheitsempfindlichen Tätigkeit“ betraut ist, muss sich nach dem SÜG einer Sicherheitsüberprüfung unterziehen (§ 1 Abs. 1 iVm. § 2 Abs. 1 SÜG). Eine sicherheitsempfindliche Tätigkeit übt ua. aus, wer Zugang zu Verschlusssachen hat, die zumindest als „VS-Vertraulich“ eingestuft sind, oder sich diesen Zugang verschaffen kann (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 SÜG). Dementsprechend muss das BfV gewährleisten, dass bei allen Mitarbeitern, die Zugang zu Verschlusssachen haben, keinerlei Sicherheitsbedenken bestehen. Die Überprüfung von Mitarbeitern und Angehörigen auf Sicherheitsbedenken ist eine vorbeugende Maßnahme, um Risiken auszuschließen oder doch zu minimieren. Sicherheitsbedenken können immer dann gegeben sein, wenn im Einzelfall tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, aufgrund derer sich die Besorgnis rechtfertigt, ein Mitarbeiter könne geheimhaltungsbedürftige Umstände preisgeben. So formuliert § 5 Abs. 1 Satz 1 SÜG, dass „ein Sicherheitsrisiko vor(liegt), wenn tatsächliche Anhaltspunkte Zweifel an der Zuverlässigkeit des Betroffenen bei der Wahrnehmung einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit begründen (Nr. 1) oder eine besondere Gefährdung durch Anbahnungs- und Werbungsversuche fremder Nachrichtendienste, insbesondere die Besorgnis der Erpressbarkeit, begründen (Nr. 2) oder Zweifel am Bekenntnis des Betroffenen zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes oder am jederzeitigen Eintreten für deren Erhaltung begründen (Nr. 3)“. Ferner kann ein Sicherheitsrisiko auch aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zur Person des Ehegatten, Lebenspartners oder Lebensgefährten vorliegen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 SÜG). 26



(2) Auf dieser Grundlage hat der nach § 3 SÜG zuständige Geheimschutzbeauftragte beim BfV dem Kläger die erforderliche VS-Ermächtigung entzogen. Damit stand bei Zugang der Kündigung fest, dass die Weiterbeschäftigung des Klägers mit einem Sicherheitsrisiko verbunden ist und dieser mit einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit nicht mehr betraut werden darf. Aufgrund der Anordnung der sofortigen Vollziehung der Maßnahme waren zugleich die rechtlichen Voraussetzungen für die Beschäftigung des Klägers mit den ihm übertragenen Aufgaben entfallen.

27

(3) Entgegen der Auffassung der Revision steht der grundsätzlichen Eignung eines solchen Umstands als Kündigungsgrund nicht entgegen, dass der Entzug der VS-Ermächtigung auf einer Sicherheitsüberprüfung durch das BfV selbst beruht und von diesem veranlasst wurde. Das SÜG weist dem BfV diese Aufgabe in § 3 Abs. 3 SÜG ausdrücklich zu. Zugleich sind die Voraussetzungen, unter deren ein Sicherheitsrisiko anzunehmen ist, gesetzlich umschrieben. Mit der Erteilung bzw. dem Entzug der Zugangsermächtigung zu Verschlussachen wird ausschließlich dem Sicherheitsbedürfnis in dem besonders sicherheitsrelevanten Bereich des BfV Rechnung getragen. Die Maßnahmen erweisen sich als notwendiges Instrument zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Amts. Zwar kann sich die Ablehnung der Zulassung zu einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit auf den weiteren beruflichen Werdegang des Arbeitnehmers wegen damit verbundener Einschränkungen nachteilig auswirken. Die Rechtsverhältnisse der Mitarbeiter des BfV sind aber von vornherein derart durch dessen besondere Aufgabenstellung geprägt, dass die Beschäftigten zu jeder Zeit mit der Entziehung der VS-Ermächtigung rechnen müssen (*vgl. BVerwG 15. Februar 1989 - 6 A 2.87 - BVerwGE 81, 258*). Hinzu kommt, dass den betroffenen Arbeitnehmern zur Überprüfung der Entscheidung des Geheimschutzbeauftragten der Verwaltungsrechtsweg offensteht. Aus diesen Gründen ist mit dem Entzug der VS-Ermächtigung und den sich daraus ergebenden Auswirkungen auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses auch keine Verletzung des Grundrechts auf freie Berufsausübung (*Art. 12 Abs. 1 GG*) verbunden.

28



- (4) Ob die Voraussetzungen für den Entzug der VS-Ermächtigung gegeben waren, unterliegt keiner eigenständigen Nachprüfung durch die Gerichte für Arbeitssachen. Diese Prüfung ist allein Sache der nach dem SÜG zuständigen Stellen und der Verwaltungsgerichte (vgl. *BVerwG 2. April 1996 - 1 WB 71.95 - BVerwGE 103, 311; 8. November 1994 - 1 WB 64.94 - NJW 1995, 740*). An deren Entscheidungen sind andere Behörden und Gerichte gebunden, sofern sich die behördliche Maßnahme nicht als nichtig darstellt (*zur Feststellungswirkung von Verwaltungsentscheidungen im Integrationsrecht vgl. Senat 2. März 2006 - 2 AZR 46/05 - Rn. 17, BAGE 117, 168; BVerwG 2. Mai 1996 - 5 B 186.95 - Buchholz 436.61 SchwbG § 21 Nr. 7*). Hat die nach dem SÜG vorzunehmende Sicherheitsüberprüfung zum Entzug der VS-Ermächtigung geführt, haben die Arbeitsgerichte diese Entscheidung, falls sie sich nicht als nichtig erweist oder im Verwaltungsrechtsweg rechtskräftig aufgehoben worden ist, ihrer eigenen Entscheidung ohne Weiteres zugrunde zu legen. 29
- (5) Im Kündigungszeitpunkt war davon auszugehen, dass der Kläger dauerhaft gehindert wäre, seine geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Ihm war die VS-Ermächtigung zeitlich unbefristet entzogen worden. Auf die Erfolgsaussichten des von ihm angestrebten verwaltungsgerichtlichen Verfahrens kommt es nicht an. Ob für die Dauer des Rechtsstreits über die Rechtmäßigkeit der Entziehung die Aussetzung des Kündigungsrechtsstreits nach § 148 ZPO angezeigt ist, bedarf hier keiner Beurteilung (*zur Problematik vgl. Senat 17. Juni 1998 - 2 AZR 519/97 - zu II 1 der Gründe mwN*). Die gegen den Entzug der VS-Ermächtigung gerichtete Klage wurde rechtskräftig abgewiesen. Die Rechtmäßigkeit des Bescheids des Geheimschutzbeauftragten steht damit endgültig fest. 30
- (6) Zu Unrecht rügt die Revision, von einer negativen Zukunftsprognose könne so lange nicht ausgegangen werden, wie die Möglichkeit der Wiedererteilung der VS-Ermächtigung bestehe. Zwar mag es Fälle geben, in denen sich aus veränderten Umständen ein Anspruch des Betroffenen auf eine erneute Sicherheitsüberprüfung ergibt (vgl. *BVerwG 23. Juni 2004 - 1 WB 12.04 - Buchholz 402.8 SÜG § 17 Nr. 2*). Im Streitfall fehlt es aber an Anhaltspunkten 31



dafür, dass im Kündigungszeitpunkt Veränderungen hinsichtlich der Sach- und Rechtslage vorgelegen oder sich abgezeichnet hätten, die in einem überschaubaren Zeitraum zu einer abweichenden Beurteilung der sicherheitsrelevanten Aspekte hätten führen können. Dies gilt umso mehr, als sich laut der Ausführungen im Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. Januar 2006 die Zweifel an der Zuverlässigkeit des Klägers iSv. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SÜG durch seine Einlassungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren noch verstärkt hatten.

d) Aufgrund des Entzugs der VS-Ermächtigung war zugleich die Möglichkeit entfallen, den Kläger auf einem anderen Arbeitsplatz beim BfV einzusetzen. Die Zugangsermächtigung ist auch auf allen anderen Arbeitsplätzen dieser Dienststelle Voraussetzung für eine Beschäftigung. 32

e) Indes steht noch nicht fest, ob die Beklagte alle zumutbaren Möglichkeiten einer Weiterbeschäftigung des Klägers außerhalb des BfV ausgeschöpft hat und die Kündigung auch insoweit verhältnismäßig ist. Die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts tragen nicht das Ergebnis, wegen der zum Entzug der VS-Ermächtigung führenden Unzuverlässigkeit sei der Beklagten eine Weiterbeschäftigung des Klägers selbst in nicht sicherheitsempfindlichen Bereichen unzumutbar. 33

aa) Der Arbeitgeber ist auch bei dauernder Unmöglichkeit, den ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer in seinem bisherigen Tätigkeitsbereich zu beschäftigen, erst dann zur Kündigung berechtigt, wenn das aus der persönlichen Sphäre des Arbeitnehmers resultierende Hindernis nicht nur seiner Weiterbeschäftigung am bisherigen Arbeitsplatz, sondern auch einer Beschäftigung an anderer Stelle entgegensteht (*so schon Senat 30. Mai 1978 - 2 AZR 630/76 - zu III 2 c der Gründe, BAGE 30, 309; KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 288 ff. mwN*). Dies gilt bei allen Arten von Kündigungsgründen (*Senat 6. Oktober 2005 - 2 AZR 280/04 - Rn. 33, AP KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 25 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 66; 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - zu B II der Gründe, BAGE 47, 26*). 34



bb) Im Fall eines tariflich unkündbaren Arbeitnehmers ist zu berücksichtigen, dass der Verpflichtung des Arbeitgebers, die Kündigung wenn möglich durch andere Maßnahmen abzuwenden, eine besondere Bedeutung zukommt. Der Arbeitgeber hat zur Vermeidung einer Kündigung alle in Betracht kommenden Beschäftigungs- und Einsatzmöglichkeiten von sich aus umfassend zu prüfen und eingehend zu sondieren. In diese Prüfung sind - entgegen der Auffassung der Beklagten - nicht nur die in § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG genannten Arbeitsplätze in derselben Dienststelle oder einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweigs an demselben Dienstort einschließlich seines Einzugsgebiets einzubeziehen. Die Prüf- und Sondierungspflichten des Arbeitgebers gehen - wie auch sonst bei der außerordentlichen Kündigung - darüber deutlich hinaus. Sie erstrecken sich im Grundsatz auf sämtliche Geschäftsbereiche des betreffenden öffentlichen Arbeitgebers und zwar im Rahmen seines gesamten territorialen Einflussbereichs (*so schon Senat 23. März 1972 - 2 AZR 216/71 - zu 2 der Gründe, BAGE 24, 222*).

35

cc) Eine entsprechende Prüfung ist nur entbehrlich, wenn der Grund, der einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf dem bisherigen Arbeitsplatz entgegensteht, es zugleich ausschließt, den Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz oder zu anderen Bedingungen weiterzubeschäftigen (*Senat 11. März 1999 - 2 AZR 507/98 - zu II 1 b aa der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 149 = EzA BGB § 626 nF Nr. 176; 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - zu B II 3 der Gründe, BAGE 47, 26*). Bestimmte in der Person oder im Verhalten liegende Kündigungsgründe können auch bei einer Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz fortwirken (*Senat 6. Oktober 2005 - 2 AZR 280/04 - zu B I 2 e der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 25 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 66*). Insbesondere bei Vorliegen arbeitsplatzunabhängiger Gründe, etwa bei fortwährender Unpünktlichkeit oder Straftaten gegenüber dem Arbeitgeber, scheidet eine Versetzung als milderes Mittel gegenüber der Kündigung in der Regel aus (*KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 291; Stahlhacke/Preis 9. Aufl. Rn. 1182*).

36



dd) Danach durfte das Landesarbeitsgericht - jedenfalls aufgrund seiner bisherigen Feststellungen - nicht davon ausgehen, der Beklagten sei die Weiterbeschäftigung des Klägers schlechthin unzumutbar. 37

(1) Allerdings hat vertragswidriges Verhalten des Klägers zum Entzug der VS-Ermächtigung beigetragen. Für den Arbeitnehmer besteht unabhängig von konkret erteilten Anordnungen die vertragliche Nebenpflicht, auf die Belange des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen (§ 241 Abs. 2 BGB). Welche Pflichten damit im Einzelnen verbunden sind und welches Gewicht ihnen zukommt, bestimmt sich letztlich nach dem konkreten Inhalt des jeweiligen Arbeitsverhältnisses (Senat 27. November 2008 - 2 AZR 193/07 - Rn. 33 mwN, AP BGB § 626 Nr. 219; MünchKommBGB/Roth 5. Aufl. § 241 Rn. 32). Die Tätigkeit des Klägers beim BfV verlangte von ihm die Offenbarung aller die Sicherheit gefährdender Umstände, auch soweit diese aus seinem privaten Umfeld herührten. Insbesondere die Verletzung dieser Pflicht war nach Auffassung der Verwaltungsgerichte geeignet, Zweifel an seiner Zuverlässigkeit bei der Wahrnehmung sicherheitsempfindlicher Tätigkeiten zu begründen. Der Einwand der Revision, ein solcher Gesichtspunkt könne im Rahmen einer personenbedingten Kündigung keine Berücksichtigung finden, geht fehl. Die Möglichkeit und Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung betrifft die Verhältnismäßigkeit der Kündigung. Hat die Kündigung ihre Ursache in der Sphäre des Arbeitnehmers, ist sowohl bei der Prüfung von Beschäftigungsmöglichkeiten als auch im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen, inwieweit den Arbeitnehmer an der Unmöglichkeit, ihn mit seinen bisherigen Aufgaben weiterzubetruen, ein Verschulden trifft (vgl. Bröhl Die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufrist S. 166). 38

(2) Nicht jede in einer Vertragspflichtverletzung deutlich werdende Unzuverlässigkeit rechtfertigt aber den Schluss, der Arbeitnehmer sei generell und ohne Bezug zur konkreten Tätigkeit nicht zu vertragsgemäßigem und regelgerechtem Verhalten bereit. Hierfür bedarf es besonderer Anhaltspunkte, die sich etwa aus einer besonders gewichtigen, vorsätzlichen Pflichtverletzung ergeben können (zur Verwendungsmöglichkeit eines Beamten außerhalb des 39



sicherheitsempfindlichen Bereichs vgl. BVerwG 20. Januar 2004 - 1 D 33.02 - zu 3 c bb bbb der Gründe, BVerwGE 120, 33).

(3) Tatsachen, die ohne Rücksicht auf den Arbeitsplatz Zweifel an der Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit des Klägers begründen könnten, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Es hat sich stattdessen der - auf das SÜG bezogenen - Wertung der Verwaltungsgerichte angeschlossen, dass „schwerwiegende Zweifel“ an der Zuverlässigkeit des Klägers bestünden und dieser „unzuverlässig erscheine“. Dabei hat es sich ua. auf Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts im Beschluss vom 20. Juni 2007 gestützt, wo es heißt, der Kläger habe es pflichtwidrig unterlassen, seine Kontakte zu seinem Schwager zu offenbaren, obwohl die Verbindung eine besondere Brisanz aufgewiesen habe und es einem Mitarbeiter wie dem Kläger in keiner Weise zustehe, die Sicherheitsrisiken insoweit selbst einzuschätzen und eigene Entscheidungen zu treffen.

40

Welche konkreten, als „brisant“ zu qualifizierenden Verbindungen der Kläger zu seinem Schwager hatte und worin der „ungewöhnlich enge Kontakt“ zwischen beiden bestanden haben soll, lässt sich dem ebenso wenig entnehmen wie eine Feststellung dazu, ob dem Kläger die „Brisanz“ seiner Kontakte bewusst war und er konkrete Kenntnisse von kriminellen Handlungen seines Schwagers und dessen „Illegalität“ hatte. Ohne entsprechend gesicherte Tatsachenbasis durfte das Landesarbeitsgericht nicht davon ausgehen, der Kläger habe sich nicht nur im Rahmen einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit iSd. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SÜG als unzuverlässig erwiesen, sondern sei auch für jegliche anderen Aufgaben bei der Beklagten ungeeignet.

41

3. Dies führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht. Dieses wird unter Beachtung der aufgezeigten Maßstäbe die Zumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung des Klägers neu zu bewerten haben. Dabei wird es berücksichtigen müssen, dass der Inhalt der von der Beklagten in Bezug genommenen Verwaltungsvorgänge und verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen als Parteivorbringen zu werten ist. Will es auf darin enthaltene streitige Tatsachenbehauptungen zurückgreifen, hat es deren Richtigkeit auf

42



der Grundlage von § 286 ZPO selbst festzustellen. Das schließt die Heranziehung fremden Akteninhalts, soweit es sich um eine zulässige Verwertung im Rahmen eines Urkundsbeweises handelt, nicht aus.

III. Eine Zurückverweisung ist nicht deshalb entbehrlich, weil sich die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts aus anderen Gründen als richtig darstellte (§ 561 ZPO). 43

1. Ob überhaupt die Möglichkeit bestand, den Kläger auf einem anderen Arbeitsplatz außerhalb des BfV zu beschäftigen, hat das Landesarbeitsgericht - von seinem rechtlichen Standpunkt aus konsequent - nicht geprüft. Diese Prüfung konnte nicht wegen der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen der Parteien oder der ungenügenden Bezeichnung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten durch den Kläger entfallen. 44

a) Der Verpflichtung der Beklagten, zur Vermeidung einer außerordentlichen Kündigung des tariflich unkündbaren Klägers auch Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten außerhalb des BfV zu berücksichtigen, steht nicht entgegen, dass der Arbeitsvertrag für die Beklagte durch den Präsidenten des BfV abgeschlossen wurde. Die Zuweisung von Personalbefugnissen an eine bestimmte, personalführende Stelle ändert nichts an der Arbeitgeberstellung der hinter der Dienststelle stehenden Gebietskörperschaft. 45

b) Fehl geht der Einwand der Beklagten, der Kläger habe es jedenfalls im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast versäumt, substantiiert eine bestehende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit aufzuzeigen. Die Beklagte übersieht, dass sich die tarifliche Unkündbarkeit im Prozess auch bei der Darlegungslast auswirkt. Aus dem Vorbringen des Arbeitgebers muss von vornherein erkennbar sein, dass er alles Zumutbare unternommen hat, die durch die Veränderung der Umstände notwendig gewordenen Anpassungen auf das unbedingt erforderliche Maß zu beschränken (*Senat 2. März 2006 - 2 AZR 64/05 - Rn. 29 mwN, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 84 = EzA KSchG § 2 Nr. 58; 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - zu B II 3 e der Gründe, AP BGB § 613a Nr. 278 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 5*). Wie weit seine Darlegungslast 46



reicht, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Im Regelfall wird der Arbeitgeber zumindest anhand vorhandener Stellenpools und Stellenpläne prüfen müssen, ob im Kündigungszeitpunkt oder in absehbarer Zeit die Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung des Arbeitnehmers bestand bzw. sich eröffnen könnte. Im Prozess hat er aufzuzeigen, dass er dieser Prüfpflicht genügt hat. In Fällen, in denen der Arbeitnehmer bereits konkrete Vorstellungen von seiner Weiterbeschäftigung geäußert hat, muss der Arbeitgeber substantiiert aufzeigen, weshalb ihm trotz seiner gegenüber dem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer bestehenden besonderen Beschäftigungspflicht ein Einsatz auf dem benannten Arbeitsplatz nicht möglich oder nicht zumutbar gewesen sein soll (*Senat 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - aaO*). Im Streitfall hätte die Beklagte deshalb jedenfalls auf die vom Kläger bezeichneten Beschäftigungsmöglichkeiten beim Bundesamt für Güterverkehr eingehen und im Einzelnen darlegen müssen, weshalb dort eine Beschäftigung aus Qualifikationsgesichtspunkten nicht in Betracht kam. Außerdem hätte sie näher ausführen müssen, weshalb für den fremdsprachenkundigen, als Dolmetscher bereits eingesetzten Kläger unter Berücksichtigung seiner erklärten Bereitschaft, im gesamten Gebiet der Bundesrepublik ggf. auch zu schlechteren Arbeitsbedingungen tätig zu werden, keine Verwendungsmöglichkeit bestand (*vgl. Senat 23. März 1972 - 2 AZR 216/71 - zu 2 der Gründe, BAGE 24, 222*).

c) Diesen Anforderungen genügt der Vortrag der Beklagten nicht. Da sie ihre Darlegungslast ersichtlich verkannt hat, wird ihr - für den Fall, dass es hierauf noch ankommen sollte - Gelegenheit zur Ergänzung ihres Vorbringens zu geben sein. Der nachträglichen Darlegung des Fehlens von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten steht nicht entgegen, dass sie es im Zeitpunkt der Kündigung möglicherweise unterlassen hat, nach einer für den Kläger geeigneten Beschäftigung außerhalb des Verwaltungszweigs, dem das BfV zuzuordnen ist, zu suchen.

47

2. Einer möglichen Rechtfertigung der Kündigung als verhaltensbedingt, worauf sich die Beklagte anfänglich berufen hatte, dürfte eine eigenständige

48



Bedeutung kaum mehr zukommen. Insoweit dürfte es bereits an der Einhaltung der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB fehlen.

IV. Der Zurückverweisung unterliegt auch der vom Kläger geltend gemachte Weiterbeschäftigungsantrag.

49

Kreft

Eylert

Berger

F. Löllgen

Krichel

