Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Bundesarbeitsgericht 2. Senat	Urteil vom 20. Juni 2013 - 2 AZR 583/12 -
I. Arbeitsgericht Berlin	Urteil vom 29. März 2011 - 50 Ca 13388/10 -
II. Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg	Urteil vom 25. Oktober 2011 - 19 Sa 1075/11 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Ordentliche Kündigung wegen außerdienstlich begangener Straftat

Gesetze:

KSchG § 1 Abs. 2; BGB § 241 Abs. 2; Verordnung über die Wahrnehmung bestimmter polizeilicher Aufgaben durch die Dienstkräfte der Polizei des Landes Berlin *(PDieVO)* § 3; BAT § 8 Abs. 1 Satz 1

Leitsätze:

keine

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

BUNDESARBEITSGERICHT

2 AZR 583/12
19 Sa 1075/11
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Juni 2013

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

beklagtes, berufungsbeklagtes und revisionsbeklagtes Land,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Juni 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Rachor sowie die ehrenamtlichen Richter Krichel und Dr. Grimberg für Recht erkannt:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 25. Oktober 2011 - 19 Sa 1075/11 - 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 einer ordentlichen Kündigung. 1

Der Kläger war beim beklagten Land seit Oktober 2001 als Wachpolizist im Objektschutz beschäftigt. Er versah seinen Dienst mit Dienstwaffe und in Polizeiuniform. Den Angehörigen der Wachpolizei sind die nach § 3 der Verordnung über die Wahrnehmung bestimmter polizeilicher Aufgaben durch die Dienstkräfte der Polizei vom 17. Februar 1993 des beklagten Landes *(PDieVO)* vorgesehenen polizeilichen Befugnisse übertragen. 2

Nach dem Arbeitsvertrag vom 19. Dezember 2001 waren für das Arbeitsverhältnis der Parteien der „Bundes-Angestelltentarifvertrag *(Bund, Länder, Gemeinden) (BAT)* unter Berücksichtigung der jeweils in Frage kommenden Sonderregelungen mit allen künftigen Änderungen und Ergänzungen“ sowie „die mit dem … (beklagten Land) bzw. dem Arbeitgeberverband, dem das … (beklagte Land) angehört, bisher vereinbarten, noch geltenden und künftig abzuschließenden Tarifverträge über Arbeitsbedingungen der Angestellten, insbesondere Vergütungstarifverträge“ maßgebend. 3

Im Januar 2010 wurde auf Beschluss des Amtsgerichts Nürnberg die Wohnung des Klägers polizeilich durchsucht. Dabei wurden verschiedene Behälter mit Gamma-Hydroxybuttersäure *(GHB)* und Gamma-Butyrolacton *(GBL)*, Natriumhydroxid, sowie eine Anleitung und Utensilien zur Herstellung von GHB 4

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

gefunden. GHB ist ein als „K.o.-Tropfen“ bezeichnetes, verbotenes Betäubungsmittel. GBL und Natriumhydroxid sind die Grundstoffe zur Herstellung von GHB.

Nach dem Bekanntwerden der Vorwürfe wurde der Kläger in den Innendienst versetzt. Nach einem Drogenscreening ohne Befund beschäftigte ihn das beklagte Land seit dem 24. Mai 2010 wieder mit Dienstwaffe im Objektschutz. 5

Am 30. Juni 2010 erfuhr die Disziplinarstelle, dass die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage gegen den Kläger erhoben hatte. Mit Schreiben vom 6. Juli 2010 hörte das beklagte Land den Kläger zu den Vorwürfen an. Darauf antwortete dieser mit Schreiben vom 19. Juli 2010. Mit Zustimmung der Frauenvertreterin und des Personalrats kündigte das beklagte Land das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 13. August 2010 ordentlich zum 31. Dezember 2010. Gegen die Kündigung hat der Kläger rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben. 6

Ende März 2011 wurde in der Presse über das Kündigungsschutzverfahren berichtet. Am 30. Mai 2011 verurteilte das Landgericht den Kläger rechtskräftig wegen des unerlaubten Herstellens von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in einem minderschweren Fall zu einer Freiheitsstrafe von elf Monaten auf Bewährung. Das Landgericht stellte fest, der Kläger habe in nicht geringer Menge unerlaubt Betäubungsmittel hergestellt. Er habe eingeräumt, die Betäubungsmittel zum Eigenverbrauch hergestellt zu haben. 7

Der Kläger hat gemeint, die Kündigung sei unwirksam. Die Straftat habe er außerdienstlich begangen. Diese habe keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis. Er unterliege nicht mehr den besonderen Pflichten des § 8 BAT, sondern nur noch denen des § 41 TVöD. Seit dem 19. Juli 2010 sei er wieder in der Aktensammelstelle eingesetzt worden. 8

Der Kläger hat beantragt 9

> 1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom 13. August 2010 nicht aufgelöst worden ist;

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

2. hilfsweise für den Fall des Obsiegens mit diesem Antrag das beklagte Land zu verurteilen, ihn bis zur Rechtskraft der Entscheidung zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Angestellter des Zentralen Objektschutzes weiter zu beschäftigen.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat gemeint, der Kläger habe das Ansehen seines Dienstherrn in der Öffentlichkeit beschädigt. Bei einem Polizisten sei jedes Delikt von Bedeutung, er stelle für die Öffentlichkeit das „Auge des Gesetzes“ dar. Zudem sei der Fall in der Tagespresse wiedergegeben worden. Der negative Befund des Drogenscreenings sei unbeachtlich, da GHB schon nach kurzer Zeit vom Körper abgebaut werde. 10

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. 11

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht die Klage nicht abweisen. Ob die Kündigung wirksam ist, steht noch nicht fest. 12

I. Auf Grundlage der bisherigen Feststellungen hat das Landesarbeitsgericht zu Unrecht angenommen, die Kündigung des beklagten Landes vom 13. August 2010 sei aus personen- und verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 KSchG. 13

1. Mit der Befugnis zur personenbedingten Kündigung wird dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, wenn der Arbeitnehmer die erforderliche Eignung oder Fähigkeit nicht (mehr) besitzt, die geschuldete Arbeitsleistung vertragsgerecht zu erfüllen *(BAG 6. September 2012 - 2 AZR 372/11 - Rn. 19; 10. September 2009 - 2 AZR 257/08 - Rn. 24, BAGE 132, 72)*. Auch strafbares außerdienstliches Verhalten kann Zweifel an der Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit eines Beschäftigten begründen. 14

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Sie können dazu führen, dass es ihm - abhängig von seiner Funktion - an der Eignung für die künftige Erledigung seiner Aufgaben mangelt. Ob daraus ein personenbedingter Kündigungsgrund folgt, hängt von der Art des Delikts, den konkreten Arbeitspflichten des Arbeitnehmers und seiner Stellung im Betrieb ab. So können außerdienstlich begangene Straftaten eines im öffentlichen Dienst mit hoheitlichen Aufgaben betrauten Arbeitnehmers auch dann zu einem Eignungsmangel führen, wenn es an einem unmittelbaren Bezug zum Arbeitsverhältnis fehlt. Generelle Wertungen lassen sich nicht treffen. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls *(BAG 10. September 2009 - 2 AZR 257/08 - aaO)*.

a) Danach war die außerdienstliche Straftat des Klägers grundsätzlich geeignet, eine Kündigung aus personenbedingten Gründen iSv. § 1 Abs. 2 KSchG sozial zu rechtfertigen. Die Herstellung eines verbotenen Betäubungsmittels in nicht unerheblichem Umfang ist geeignet, berechtigte Zweifel an der Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit und damit an der Eignung des Klägers für die künftige Erledigung seiner Aufgaben als Wachpolizist im Objektschutz zu begründen. 15

aa) Zwar ist nicht festgestellt, dass der Kläger wegen des privaten Konsums des von ihm hergestellten GHB und daraus resultierender körperlicher Beeinträchtigungen nicht mehr in der Lage gewesen wäre, seinen Aufgaben nachzugehen. Die bislang festgestellten Tatsachen rechtfertigen auch nicht die Annahme, es liege nahe, dass er seinen Dienst unter Drogeneinfluss versehe. Aufgabenstellung und Funktion eines Wachpolizisten stellen aber weitergehende Anforderungen auch an die charakterliche Eignung des Beschäftigten. Dieser muss die Gewähr dafür bieten, jederzeit zuverlässig und vertrauenswürdig seinen Dienst zu versehen. Je näher die Aufgaben eines Arbeitnehmers des öffentlichen Dienstes dem Bereich der klassischen Eingriffsverwaltung kommen, desto höhere Anforderungen sind an seine Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit zu stellen. Bei einem Mitarbeiter, dem hoheitliche Befugnisse übertragen sind, können sich berechtigte Zweifel an der erforderlichen Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit schon daraus ergeben, dass er außerdienstlich in erheblicher Weise straffällig geworden ist. 16

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

bb) Aufgabe des Klägers war es, gegenüber der Öffentlichkeit als mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteter Ordnungshüter - ggf. durch Ausübung unmittelbaren Zwangs - aufzutreten. Aufgrund der ihm als Wachpolizist im Objektschutz eingeräumten Befugnisse war er auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Eingriffsnormen und damit hoheitlich tätig *(vgl. zu diesem Merkmal Kutzki in Dörring/Kutzki TVöD § 41 BT-V Rn. 1, 7; KomTVöD/Dahlem 2011 § 41 TVöD, Rn. 4)*. Nach § 3 PDieVO idF vom 11. Dezember 2001 sind den Angehörigen der Wachpolizei des beklagten Landes weitgehend dieselben Befugnisse wie verbeamteten Polizisten auf der Grundlage des Polizei- und Ordnungsrechts übertragen. Das hoheitliche Handeln des Klägers zeigte sich äußerlich darin, dass er Polizeiuniform und Dienstwaffe trug. 17

cc) Die Herstellung eines verbotenen Betäubungsmittels in nicht unerheblichem Umfang ist mit dieser hoheitlichen Funktion unvereinbar. Auch wenn es nicht unmittelbar zum Aufgabenbereich des Klägers gehörte, Betäubungsmittelstraftaten zu verfolgen, hatte er im Rahmen des ihm übertragenen Objektschutzes bei einer polizeirechtlichen Gefahr, zu der auch Verstöße gegen das BtMG gehören, doch einzuschreiten. Nachdem er planmäßig ein mit Strafe bewehrtes Verbot übertreten und sich damit in Widerspruch zu seinen und zu den Aufgaben seiner Anstellungsbehörde gesetzt hatte, bestanden berechtigte Zweifel daran, dass er die Gewähr dafür biete, jederzeit korrekt und integer seinen Dienst als Wachpolizist zu versehen. Es handelte sich um ein schwer wiegendes, über einen längeren Zeitraum begangenes Delikt. Der Kläger hat sich nicht nur aufgrund eines „Augenblicksversagens“ strafbar gemacht, sondern hat zielgerichtet eine nicht geringe Menge eines verbotenen Betäubungsmittels hergestellt. Die bei ihm aufgefundenen Grundstoffe hätten es zudem ermöglicht, das Mittel in noch weitaus größerem Umfang zu produzieren. 18

b) Eine Kündigung ist trotz Vorliegens von Gründen in der Person des Arbeitnehmers durch diese nicht „bedingt“, deshalb unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam, wenn die Möglichkeit besteht, den Arbeitnehmer zu anderen (ggf. auch schlechteren) Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen, unter denen sich die eingetretene Vertragsstörung nicht mehr, zumindest nicht mehr in 19

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

erheblicher Weise auswirkt *(vgl. BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 1020/08 - Rn. 15; 10. Dezember 2009 - 2 AZR 198/09 - Rn. 14)*. Grundsätzlich ist daher auch beim Fehlen der Eignung für die vertraglich geschuldete Tätigkeit zu prüfen, ob eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen in Betracht kommt *(BAG 31. Januar 1996 - 2 AZR 68/95 - zu II 2 der Gründe, BAGE 82, 139)*. Das gilt auch bei Eignungsmängeln aufgrund außerdienstlicher Straftaten, es sei denn, dem Arbeitnehmer fehlte aufgrund ihrer zwangsläufig die Eignung für sämtliche in Betracht kommenden Tätigkeiten.

aa) Nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG sind in Betrieben und Verwaltungen des öffentlichen Dienstes solche Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zu berücksichtigen, die in derselben Dienststelle oder in einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweigs bestehen *(BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 1020/08 - Rn. 17)*. 20

bb) Die Weiterbeschäftigung muss sowohl dem Arbeitnehmer als auch dem Arbeitgeber objektiv möglich sein. Dies setzt voraus, dass ein freier Arbeitsplatz zu vergleichbaren (gleichwertigen) oder zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen vorhanden ist. Als „frei" sind nur solche Arbeitsplätze anzusehen, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt sind *(BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 552/11 - Rn. 29; 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 24, BAGE 140, 169)*. Dem steht es gleich, dass ein Arbeitsplatz bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei wird *(BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 552/11 - aaO; 1. März 2007 - 2 AZR 650/05 - Rn. 24)*. 21

cc) Für das Fehlen einer anderweitigen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ist gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG der Arbeitgeber darlegungs- und beweispflichtig. Dabei gilt eine abgestufte Darlegungslast. Bestreitet der Arbeitnehmer lediglich, nicht mehr auf seinem bisherigen Arbeitsplatz beschäftigt werden zu können, genügt der Vortrag des Arbeitgebers zu den Gründen, aus denen eine Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Bedingungen nicht möglich sein soll. Will der Arbeitnehmer *(außerdem)* vorbringen, es sei eine Beschäftigung an anderer Stelle möglich, obliegt es ihm darzulegen, wie er sich seine anderweitige Beschäftigung vorstellt. Dabei genügt es, wenn er angibt, welche Art der Be- 22

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

schäftigung gemeint ist. Einen konkreten freien Arbeitsplatz muss er in der Regel nicht benennen *(BAG 1. März 2007 - 2 AZR 650/05 - Rn. 21; 6. November 1997 - 2 AZR 253/97 - zu II 4 b der Gründe).* Erst daraufhin hat der Arbeitgeber eingehend zu erläutern, aus welchen Gründen (auch) eine Umsetzung nicht möglich gewesen sei *(vgl. BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 552/11 - Rn. 30; 1. März 2007 - 2 AZR 650/05 - aaO).*

dd) Ob eine andere Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Kläger bestand, hat das Landesarbeitsgericht bisher nicht geprüft. Dazu hätte Veranlassung bestanden. Das beklagte Land hatte den Kläger nach Bekanntwerden der Vorwürfe zunächst im Innendienst eingesetzt. Der Kläger hat sich außerdem darauf berufen, er sei ab dem 19. Juli 2010 erneut in der Aktensammelstelle eingesetzt worden. Dass keine zumutbare Möglichkeit bestand, ihn dort dauerhaft weiter zu beschäftigen, steht bislang nicht fest. Der Kläger war wegen der außerdienstlich begangenen Straftat nicht zwangsläufig für sämtliche Tätigkeiten auch im Innendienst ungeeignet. Ihm fehlte zwar die Eignung für eine weitere Tätigkeit als Wachpolizist im Objektschutz. Dies muss aber nicht gleichermaßen für eine nicht hoheitliche Aufgabe im Innendienst gelten. 23

2. Eine Kündigung ist aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers gemäß § 1 Abs. 2 KSchG „bedingt“ und damit sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer seine Vertragspflichten erheblich - in der Regel schuldhaft - verletzt hat und eine dauerhafte störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht. Dann kann dem Risiko künftiger Störungen nur durch die - fristgemäße - Beendigung des Arbeitsverhältnisses begegnet werden. Das wiederum ist nicht der Fall, wenn schon mildere Mittel und Reaktionen von Seiten des Arbeitgebers geeignet gewesen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue zu bewirken *(BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 284/10 - Rn. 34 mwN).* Im Vergleich mit einer fristgemäßen Kündigung kommen als mildere Mittel insbesondere Versetzung und Abmahnung in Betracht. Ein kündigungsrelevantes Verhalten liegt nicht nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer eine Hauptpflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt hat. Auch die erhebliche Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht kann eine Kündigung sozial rechtfertigen *(BAG 28. Oktober* 24

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

2010 - 2 AZR 293/09 - Rn. 12; 10. September 2009 - 2 AZR 257/08 - Rn. 12, BAGE 132, 72). Eine Nebenpflicht kann auch durch die Begehung einer außerdienstlichen Straftat verletzt werden.

a) § 8 Abs. 1 Satz 1 BAT begründete in seinem Anwendungsbereich die Pflicht, sich so zu verhalten, wie es von Angehörigen des öffentlichen Dienstes erwartet werden konnte. Danach hatten sich Arbeitnehmer auch außerdienstlich so zu verhalten, dass das Ansehen des öffentlichen Arbeitgebers nicht beeinträchtigt würde. Eine außerdienstlich begangene Straftat von einigem Gewicht vermochte auf dieser tariflichen Grundlage die verhaltensbedingte Kündigung eines Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu rechtfertigen *(BAG 10. September 2009 - 2 AZR 257/08 - Rn. 16, BAGE 132, 72; 21. Juni 2001 - 2 AZR 325/00 - zu B I 2 a der Gründe)*. Die Regelung wurde in die den BAT ablösenden Tarifwerke des öffentlichen Dienstes nicht übernommen. So ist nach § 41 Abs. 1 Satz 1 TVöD-BT-V und § 3 Abs. 1 Satz 1 TV-L nur noch „die im Rahmen des Arbeitsvertrags geschuldete Leistung gewissenhaft und ordnungsgemäß auszuführen“. Nach § 41 Abs. 1 Satz 2 TVöD-BT-V müssen sich Beschäftigte von Arbeitgebern, in deren Aufgabenbereichen auch hoheitliche Tätigkeiten wahrgenommen werden, zwar überdies „durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen“. Damit ist aber lediglich bei den politischen Loyalitätspflichten auch außerdienstliches Verhalten erfasst *(vgl. BAG 6. September 2012 - 2 AZR 372/11 - Rn. 17)*. Darüber hinausgehende Anforderungen an die private Lebensführung stellt der TVöD nicht mehr, auch nicht an anderer Stelle *(BAG 10. September 2009 - 2 AZR 257/08 - Rn. 17, aaO)*. Dies gilt ebenso für die Regelungen des TV-L. 25

b) Nach der allgemeinen Regel des § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei eines Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Der Arbeitnehmer hat seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Be- 26

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android
Available on the App Store
JLaw – für iOS

trieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden kann *(BAG 10. September 2009 - 2 AZR 257/08 - Rn. 20, BAGE 132, 72; 26. März 2009 - 2 AZR 953/07 - Rn. 24)*. Er ist danach auch außerhalb der Arbeitszeit verpflichtet, auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen *(BAG 10. September 2009 - 2 AZR 257/08 - aaO)*. Durch - rechtswidriges - außerdienstliches Verhalten des Arbeitnehmers werden berechtigte Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt, wenn es negative Auswirkungen auf den Betrieb oder einen Bezug zum Arbeitsverhältnis hat *(BAG 10. September 2009 - 2 AZR 257/08 - aaO; 27. November 2008 - 2 AZR 98/07 - Rn. 21)*. Diese Grundsätze gelten auch für eine außerdienstlich begangene Straftat. Der Arbeitnehmer verstößt mit einer solchen Tat gegen die schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB, wenn sie einen Bezug zu seinen arbeitsvertraglichen Verpflichtungen oder zu seiner Tätigkeit hat und dadurch berechtigte Interessen des Arbeitgebers oder anderer Arbeitnehmer verletzt werden *(BAG 10. September 2009 - 2 AZR 257/08 - Rn. 21, aaO)*.

c) Ob der Kläger dadurch, dass er außerdienstlich in nicht unerheblichem Umfang ein verbotenes Betäubungsmittel hergestellt hat, zugleich eine vertragliche (Neben-)Pflicht aus der Bestimmung des für ihn seinerzeit möglicherweise noch geltenden § 8 Abs. 1 BAT oder aus § 241 Abs. 2 BGB verletzt hat, bedarf keiner Entscheidung. Es kann daher auch dahinstehen, ob - wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat - ein relevanter Bezug zum konkreten Arbeitsverhältnis tatsächlich dadurch gegeben war, dass das beklagte Land nach Ausspruch der Kündigung durch Presseberichte über den Kündigungsschutzprozess mit der Straftat des Klägers in Verbindung gebracht wurde. 27

aa) Selbst wenn der Kläger mit seiner Straftat zugleich eine vertragliche Nebenpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB verletzt haben sollte, hätte dies das beklagte Land nicht - ebenso wenig wie mit Blick auf Kündigungsgründe in seiner Person - von der Pflicht entbunden, ihn auf einem anderen, für beide Seiten zumutbaren Arbeitsplatz weiter zu beschäftigen, wenn dadurch künftige Störun- 28

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

gen des Arbeitsverhältnisses hätten vermieden werden können. Auch eine Kündigung aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers ist nur dann sozial gerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 KSchG, wenn eine andere zumutbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht besteht. Die Weiterbeschäftigung des Klägers mit einer - nicht-hoheitlichen - Tätigkeit, die nicht in gleichem Maße Anforderungen an die Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit des Arbeitnehmers stellt, kann ein zumutbares milderes Mittel gegenüber der (Beendigungs-)Kündigung darstellen. Ob dem beklagten Land eine Weiterbeschäftigung des Klägers im Innendienst zumutbar war, ist bislang nicht festgestellt.

bb) Eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen kommt selbst dann in Betracht, wenn zum Zeitpunkt der vom Kläger begangenen Straftat die Vorschrift des § 8 Abs. 1 Satz 1 BAT für das Arbeitsverhältnis der Parteien noch gegolten haben sollte. Danach hatte zwar jeder Angestellte des öffentlichen Dienstes auch sein außerdienstliches Verhalten so einzurichten, dass das Ansehen des öffentlichen Arbeitgebers nicht beeinträchtigt würde. Das Maß der Beeinträchtigung ist aber abhängig von der konkret übertragenen Tätigkeit. Könnte der Kläger künftig mit nicht-hoheitlichen Aufgaben betraut werden, könnte sich seine Weiterbeschäftigung als zumutbar erweisen. Hinzu kommt, dass im Zeitpunkt der Kündigung der Anwendungs-Tarifvertrag vom 31. Juli/1. August 2003, der zunächst zur statischen Fortgeltung des BAT im beklagten Land geführt hatte, bereits außer Kraft getreten und nach dem veröffentlichten Eckpunktepapier der Tarifvertragsparteien vom 12. März 2010 die Übernahme des Tarifrechts der Tarifgemeinschaft der Länder auch für das beklagte Land absehbar war *(vgl. Bochmann ZTR 2011, 459, 462 Fn. 33, 464 Fn. 52; Conze öAT 2011, 247, 248)*. 29

cc) Ob der Kläger durch seine außerdienstliche Straftat schuldhaft eine vertragliche Nebenpflicht verletzt hat, kann auch dann dahinstehen, wenn eine zumutbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht bestanden haben sollte. Die Kündigung wäre in diesem Fall - vorbehaltlich des Ergebnisses der vorzunehmenden Interessenabwägung - bereits aus Gründen in seiner Person bedingt und sozial gerechtfertigt. Soweit das Landesarbeitsgericht die spätere Presse- 30

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

veröffentlichung in die Interessenabwägung hat einfließen lassen, ist zu berücksichtigen, dass nachträglich eingetretene Umstände allenfalls insoweit von Bedeutung sein können, wie sie die Vorgänge, die zur Kündigung geführt haben, in einem neuen Licht erscheinen lassen *(BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 53 mwN, BAGE 134, 349).* Das dürfte für die vom Kläger nicht beeinflusste Berichterstattung über den Kündigungsschutzprozess nicht der Fall sein. Andererseits hat bei einer Kündigung aus Gründen mangelnder Eignung zu Lasten des Arbeitnehmers Berücksichtigung zu finden, dass der Eignungsmangel aus einem von dem Arbeitnehmer selbst verschuldeten Verhalten resultiert *(vgl. zur selbst verschuldeten Arbeitsverhinderung wegen Verurteilung zu einer Freiheitstrafe BAG 24. März 2011 - 2 AZR 790/09 - Rn. 29; 25. November 2010 - 2 AZR 984/08 - Rn. 29, BAGE 136, 213).*

II. Der nur hilfsweise für den Fall des Obsiegens mit der Kündigungsschutzklage gestellte Weiterbeschäftigungsantrag ist dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen. 31

Kreft Berger Rachor

Krichel Grimberg

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS