

Da alle Personalvertretungsgesetze die Eingruppierung als beteiligungspflichtigen Vorgang ansehen, dürften auch die Stufenordnungsvorgänge in den vorstehenden Fallkonstellationen entsprechend den Ausführungen des BVerwG nach den bisher nicht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung behandelten Personalvertretungsgesetzen anderer Länder bzw. des Bundes der Mitbestimmung unterliegen. Die bisher ausschließlich zum TV-L ergangene Rechtsprechung des BVerwG erscheint wegen der nahezu identischen Vorschriften im TVöD auch auf diesen vollinhaltlich übertragbar.

Beim Abschluss abstrakt-genereller Grundsätze in den Fällen nach III. Nr. 2 muss berücksichtigt werden, dass in der Regel nicht beteiligungspflichtige Stufenordnungsvorgänge dadurch sogar der zweifachen Mitbestimmung unterworfen werden. Der praktische Nutzen weitgehender abstrakt-genereller Regelungen für Stufenordnungsvorgänge oder Zulagenzahlungen nach § 16 TV-L/TVöD wird bezweifelt, da sich wohl kaum alle denkbaren Fallgestaltungen zur flexiblen Entgeltfestsetzung für Zwecke der Personalgewinnung bzw. -bindung im Einzelfall abbilden lassen. ■

Außerdienstliche Straftaten im öffentlichen Dienst kein Kündigungsgrund mehr?

RA, FAArbR Dr. Klaus Pawlak und RA, FAArbR Michael Geißler, beide Ruge Krömer Fachanwälte für Arbeitsrecht, Hamburg

Das BAG hat mit Urteil vom 10.09.2009 (NZA 2010, 220) eine Neuausrichtung seiner Rechtsprechung zur Kündigung bei außerdienstlichen Straftaten vorgenommen. Nach Auffassung des BAG gelten für nicht hoheitlich tätige Beschäftigte des öffentlichen Dienstes im Anwendungsbereich des TVöD – anders als im BAT – keine Verhaltenspflichten, die über diejenigen von Beschäftigten der Privatwirtschaft hinausgehen. Die geänderte Situation sowie die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Praxis möchte dieser Beitrag aufzeigen.

I. Ausgangssituation

Anders als im Beamtenrecht (vgl. § 41 BBG und § 24 I BStG) führt die **strafgerichtliche Verurteilung** eines Arbeitnehmers im öffentlichen Dienst bei Überschreiten eines bestimmten Strafmaßes **nicht** zu einer **automatischen Beendigung** des Arbeitsverhältnisses. Da aber bei Vorliegen entsprechender Verurteilungen oftmals ein erhebliches Interesse des öffentlichen Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht, ist von besonderer Bedeutung, ob und unter welchen Voraussetzungen eine außerdienstliche Straftat einen Kündigungsgrund darstellen kann.

II. Rechtsprechung des BAG

Grundsätzlich geht das BAG davon aus, dass außerdienstliches Verhalten, das keine Auswirkungen auf die vertraglichen Beziehungen der Arbeitsvertragsparteien hat, **ungeeignet** ist, eine Kündigung zu rechtfertigen (BAG, NZA 2009, 604). **Anders** ist die Situation allerdings zu bewerten, wenn sich das außerdienstliche Verhalten **konkret innerbetrieblich auswirkt**. In einem solchen Fall ist das Verhalten kündigungsrelevant (BAG, NZA 2009, 1376). Straftaten, die sich nicht gegen den Arbeitgeber oder einen anderen Mitarbeiter richten, können also nur dann Kündigungsgrund sein, wenn sie das Arbeitsverhältnis belasten. Eine Straftat kann zudem ernsthafte Zweifel an der Eignung oder der

Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers für die von ihm zu verrichtende Tätigkeit begründen (ErfK/Müller-Glöge, 10. Aufl. 2010, § 626 BGB Rn. 85). So wird ein Vermögensdelikt die Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses mit einem Kassierer unzumutbar machen können. Auch kann einem Erzieher gekündigt werden, der wegen eines Körperverletzungs- oder Sittlichkeitsdelikt verurteilt worden ist (LAG Berlin 15.12.1989 – 2 Sa 29/89), bei einem Mitarbeiter der Stadtreinigung hingegen müsste ein besonderer Bezug zum Arbeitsverhältnis nachgewiesen werden. Entscheidend ist die Art der Straftat und die Tätigkeit und Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb.

III. Bisherige Rechtsprechung zum öffentlichen Dienst

Die dargestellte Ausgangssituation des allgemeinen Arbeitsrechts galt **im Bereich des öffentlichen Dienstes** nicht deckungsgleich. Vielmehr legte die Rechtsprechung hier – gestützt auf die früher geltenden tarifvertraglichen Regelungen – einen **strengeren Maßstab** an. Nach bisheriger Rechtsprechung des BAG konnten auch außerdienstliche Straftaten, die ein Beschäftigter im Privatbereich ohne Bezug zur dienstlichen Tätigkeit beging, eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen. Diese Rechtsprechung stütze sich insbesondere auf § 8 I 1 BAT, wonach der Angestellte sich so zu verhalten hat, „wie es von Angehörigen des öffentlichen Dienstes erwartet wird.“

Zwar handelt es sich hierbei nach Auffassung des BAG um eine „recht allgemein gehaltene Generalklausel“, es war aber in der Rechtsprechung anerkannt, dass der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes sich innerhalb und außerhalb des Dienstes so zu verhalten hat, dass das **Ansehen des Arbeitgebers** nicht beeinträchtigt wird. Die dienstliche Verwendbarkeit kann auch durch außerdienstliche Vorgänge beeinflusst werden. Zur Begründung führte die Rechtsprechung an, dass die Öffentlichkeit das Verhalten eines Arbeitnehmers im öf-

fentlichen Dienst mit einem strengeren Maßstab messe, als das eines Arbeitnehmers in der Privatwirtschaft. Der Beschäftigte des öffentlichen Dienstes habe auch außerhalb des Dienstes die Rechtsordnung zu wahren. Für die Tauglichkeit zur Erbringung seiner Arbeitsleistung komme es, da er als Repräsentant des Staates gegenüber der Öffentlichkeit auftrete – abhängig von seiner Dienstfunktion – auch auf sein Ansehen in der Öffentlichkeit an (BAG, NZA 2002, 1030). Ein Angestellter der Finanzverwaltung, der sich außerhalb des Dienstes fortgesetzt und wiederholt der Steuerhinterziehung schuldig macht, verletzt damit seine aus § 8 I 1 BAT folgende Pflicht, sich so zu verhalten, wie es von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes erwartet wird.

IV. Geänderte tarifvertragliche Situation

Mit Inkrafttreten der neuen Tarifverträge des öffentlichen Dienstes hat sich die tarifvertragliche Ausgangssituation geändert. **TVöD und TV-L enthalten keine § 8 I 1 BAT vergleichbare „Verhaltens-Generalklausel“** mehr. Auch die in § 8 I 2 BAT enthaltene Verpflichtung, sich durch sein gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes zu bekennen, enthält der TVöD-AT nicht mehr. Lediglich in § 41 S. 2 TVöD-BT-V ist geregelt, dass Beschäftigte, in deren Aufgabenbereich auch hoheitliche Tätigkeiten wahrgenommen werden, sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung bekennen müssen. Auch § 3 I 2 TV-L enthält eine solche Verpflichtung, ohne diese jedoch auf hoheitliche Tätigkeiten zu begrenzen. Eine § 8 I 1 BAT vergleichbare Regelung gibt es aber im TV-L ebenfalls nicht.

Seit Inkrafttreten der neuen Tarifverträge war deshalb fraglich, ob dies zu einer Änderung der kündigungrechtlichen Rechtsprechung des BAG führen würde (vgl. *Bröhl*, ZTR 2006, 174).

V. Urteil des BAG vom 10.09.2009

Mit Urteil vom 10.09.2009 hat sich das BAG erstmals mit den geänderten tariflichen Voraussetzungen beschäftigt (vgl. *Gerdorn*, öAT 2010, 16). In dem zugrunde liegenden Fall war ein als Arbeiter auf einem Bauhof Beschäftigter wegen mehrfachen **Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz (BtMG)** in Untersuchungshaft genommen und später rechtskräftig zu einer **Freiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten** verurteilt worden. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis zunächst ordentlich fristgerecht, später nach Kenntnis von der Verurteilung außerordentlich fristlos. Das BAG, das sich mit der Wirksamkeit der ordentlichen **Kündigung** zu beschäftigen hatte, erachtete diese – anders als die erste Instanz – für **unwirksam**. Es liege weder ein Grund im Verhalten noch in der Person des Klägers vor, der die Kündigung gemäß § 1 II KSchG rechtfertigen würde.

Der Kläger hat nach Ansicht des BAG **keine vertraglichen Pflichten verletzt**. Hierbei stellt das BAG aus-

drücklich auf die geänderte tarifliche Situation ab. Das BAG führt aus, dass Beschäftigte sich nach § 8 I 1 BAT so zu verhalten hatten, wie es von Angehörigen des öffentlichen Dienstes erwartet werden konnte, so dass eine außerdienstlich begangene Straftat von einigem Gewicht eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen konnte. Sodann stellt das BAG jedoch heraus, dass diese Regelung in den TVöD nicht übernommen wurde. Die Tarifvertragsparteien haben für die nicht hoheitlich tätigen Arbeitnehmer keine weitergehenden Verhaltenspflichten mehr begründen wollen als für die Beschäftigten in der Privatwirtschaft. Dies habe die Rechtsprechung zu beachten.

Vor diesem Hintergrund habe der Kläger nicht gegen die allgemeine Pflicht zur Rücksichtnahme aus § 241 II BGB verstoßen. Der Arbeitnehmer sei zwar auch außerhalb der Arbeitszeit verpflichtet, auf die Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen, sodass die **Pflicht zur Rücksichtnahme** auch durch außerdienstliches Verhalten verletzt werden kann. Voraussetzung ist allerdings, dass durch das außerdienstliche Verhalten des Arbeitnehmers berechnete Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt werden. Bei einer außerdienstlichen Straftat ist dies der Fall, wenn sie einen Bezug zu den arbeitsvertraglichen Verpflichtungen oder der Tätigkeit hat und dadurch berechnete Interessen des Arbeitgebers verletzt werden. Das ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer die Straftat zwar außerdienstlich, aber unter Nutzung von Betriebsmitteln oder betrieblichen Einrichtungen begangen hat. Einen solchen Zusammenhang hatte die Arbeitgeberin des vom BAG entschiedenen Falles nicht dargelegt. Ihr Vorbringen beschränkte sich in diesem Zusammenhang auf die Tatsache, dass der Kläger wegen des Verdachts mehrfachen Verstoßes gegen das BtMG in Untersuchungshaft gesessen und diese Verstöße eingestanden habe.

Auch einen **personenbedingten Kündigungsgrund** hat das BAG **verneint**. Ein solcher liege nur vor, wenn von der außerdienstlichen Straftat auf die mangelnde Eignung des Arbeitnehmers zur Wahrnehmung seiner Aufgaben geschlossen werden könne. Ob dies der Fall sei, hänge von der Art des Delikts und den konkreten Arbeitspflichten des Arbeitnehmers und seiner Stellung im Betrieb ab. Im entschiedenen Fall stellt das BAG darauf ab, dass sich mit der Person des Klägers keine besonderen Erwartungen der Öffentlichkeit an ein rechtlich korrektes außerdienstliches Verhalten verbinden. Etwas anderes ergebe sich nicht daraus, dass die Arbeitgeberin Auszubildende, Zivildienstleistende und Schülerpraktikanten beschäftigt und der Kläger zeitweise auf Grünflächen in Schul- und Kindergartennähe eingesetzt ist. Die bloß abstrakte Gefahr des Missbrauchs damit verbundener Anbahnungsmöglichkeiten begründe für sich allein keinen Mangel der Eignung zum Bauhofmitarbeiter.

VI. Auswirkungen auf die Praxis

Zunächst ist festzuhalten, dass das BAG danach unterscheidet, ob ein Beschäftigter hoheitlich tätig ist. Diese Unterscheidung fußt auf § 41 TVöD-BT-V. Im Anwen-

dungsbereich des TVöD-V hält das BAG eine Kündigung für möglich, wenn entweder eine **hoheitliche Tätigkeit** ausgeübt wird, oder wenn die Straftat oder sonstige Verfehlung einen **konkreten Bezug zum Arbeitsverhältnis** hat. Bei einem im öffentlichen Dienst mit hoheitlichen Aufgaben betrauten Beschäftigten geht das BAG also davon aus, dass Straftaten **grundsätzlich** auch dann zu einem **Eignungsmangel** führen können, wenn sie auerdienstlich begangen wurden und es an einem unmittelbaren Bezug zum Arbeitsverhältnis fehlt. Insoweit scheint das BAG also von einer unveränderten Rechtslage auszugehen. Daneben ist festzuhalten, dass bei Straftaten im Dienst weiterhin eine Kündigung unabhängig von der Frage der hoheitlichen Tätigkeit möglich ist.

Da das BAG ausdrücklich zwischen hoheitlichen Tätigkeiten und nicht hoheitlichen Tätigkeiten unterscheidet, § 41 S. 2 TVöD-BT-V jedoch lediglich die Regelung enthält, dass hoheitlich tätige Beschäftigte sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung bekennen müssen und § 3 I 2 TV-L eine ähnliche Regelung enthält, kann dies dahingehend verstanden werden, dass die vom BAG angedeutete Wertung für hoheitlich tätige Beschäftigte möglicherweise für den gesamten Bereich des TV-L gilt.

VII. Mögliches Vorgehen bei auerdienstlichen Straftaten

Praxistipps: Arbeitgeber sollten bei außergerichtlichen Straftaten zunächst nicht dem Missverständnis erliegen, diese könnten keinen **Kündigungsgrund** mehr darstellen. Zum einen kann dies bei **hoheitlichen Tätigkeiten** schon aufgrund der Regelung des § 41 S. 2 TVöD-BT-V und der sich daraus nach Auffassung des BAG ergebenden Konsequenzen anders sein. Zum anderen kann sich ein Kündigungsgrund unabhängig von hoheitlichen Tätigkeiten aus dem **Bezug zur jeweiligen Tätigkeit** ergeben, entweder dadurch, dass der Beschäftigte Betriebsmittel verwendet hat oder dadurch, dass die Straftat seine Eignung für die von ihm ausgeübte Tätigkeit entfallen lässt, sodass ein personenbedingter Kündigungsgrund gegeben wäre. Der Beschäftigte der Finanzverwaltung, der privat Steuern hinterzieht, kann weiter gekündigt werden. Zwar mag es insoweit an einem verhaltensbedingten Kündigungsgrund fehlen. Eine solche Straftat kann aber dazu führen, dass es dem Beschäftigten zukünftig an der erforderlichen Eignung fehlt.

Anders als nach der früheren Rechtsprechung wird man bei der Prüfung einer möglichen Kündigung und der Begründung derselben – auch in einer Personalratsanhörung – ein besonderes **Augenmerk auf den Bezug zur dienstlichen Tätigkeit** zu legen haben. Möglicher-

weise wird man einen größeren Begründungsaufwand betreiben müssen, um den erforderlichen Bezug zur Tätigkeit darzustellen. Hierfür ist nicht nur die eigentliche Tätigkeit maßgeblich, sondern auch die Frage, mit welchen Kunden oder Mitarbeitern, beispielsweise Auszubildenden oder Praktikanten der Beschäftigte Kontakt hat oder warum die Tätigkeit des Beschäftigten ein besonderes Vertrauensverhältnis erfordert. Die Entscheidungsgründe des BAG lassen vermuten, dass auch in dem entschiedenen Fall ein Bezug zur Tätigkeit herstellbar gewesen wäre, wenn hierzu detaillierter vorgebracht worden wäre. So führt das BAG aus, die Beklagte habe „nicht dargelegt, wie intensiv der dienstliche Kontakt des Klägers zu den jugendlichen Arbeitskollegen ist und dass er sich ebenso wie ein Einsatz im Bereich von Schulen und Kindergärten nicht nötigenfalls durch Umorganisation vermeiden ließe.“ Diese Ausführungen zeigen, dass der Arbeitgeber, wenn er dargelegt hätte, dass und warum sich ein solcher Kontakt nicht sicher vermeiden lässt, die Kündigung durchaus hätte rechtfertigen können. Ferner hatte der Kläger in einem Fall einem Auszubildenden Drogen angeboten. Diesen Sachverhalt hatte der Arbeitgeber nicht zur Begründung der ordentlichen Kündigung herangezogen. Auch hierüber hätte sich der erforderliche Bezug zum Arbeitsverhältnis begründen lassen.

Einen Begründungsansatz könnte auch der **Zeitpunkt der Begehung einer Straftat** bieten. Obwohl in dem vom BAG entschiedenen Fall die Straftaten vor Inkrafttreten des TVöD begangen worden sind, wird nicht die Frage aufgeworfen, auf welchen Zeitpunkt hier für den Kündigungsgrund abgestellt werden muss. Kommt es auf den Zeitpunkt der Begehung der Straftat an und galt zu diesem Zeitpunkt noch der BAT, könnte das entsprechende Auswirkungen haben. Letztlich muss diese Frage hier zwar offen bleiben. Für Arbeitgeber könnte es dennoch sinnvoll sein zu prüfen, wann Straftaten begangen wurden, welche Regelungen zu dem Zeitpunkt galten und ob dementsprechend ein diesbezüglicher Vortrag im Kündigungsschutzprozess lohnt.

Vorbeugend könnte aus Arbeitgebersicht auch überlegt werden, in die **Arbeitsverträge** bestimmter Beschäftigter **konkrete Regelungen** hinsichtlich besonderer Pflichten aufzunehmen, um die durch die Änderung der Tarifverträge entstandene Lücke zu schließen. Denkbar ist – zumindest bei nichttarifgebundenen Beschäftigten – in den Arbeitsvertrag eine § 8 I 1 BAT entsprechende und mit Bezug auf das konkrete Arbeitsverhältnis inhaltlich ausgestaltete Regelung aufzunehmen. Auch bei tarifgebundenen Arbeitnehmern kann eine solche Vereinbarung – unabhängig davon, ob sie zulässig ist – zumindest den Bezug zum Arbeitsverhältnis dokumentieren. ■