

Aktenzeichen: 2 AZR 360/82

Bundesarbeitsgericht 2. Senat      Urteil vom 24. November 1983  
- 2 AZR 360/82 -

I. Arbeitsgericht      Urteil vom 16. November 1981  
Solingen      - 4 Ca 629/81 -

II. Landesarbeitsgericht      Urteil vom 17. Mai 1982  
Düsseldorf      - 3 Sa 278/82 -

---

Für die Amtliche Sammlung:      Nein

Für die Fachpresse:      Nein

---

Entscheidungsstichwort:

Ordentliche Kündigung Abmahnung

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung;  
Landespersonalvertretungsgesetz Nordrhein-Westfalen  
(LPVG NW) vom 3. Dezember 1974 (GVBl NW Seite 1514)  
§ 67

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Zur Frage, ob der die Zustimmung des Personalrates zur Kündigung ersetzende und mit Gründen versehene Beschluß der Einigungsstelle nach § 67 LPVG NW zu seiner Wirksamkeit der Unterschrift aller Mitglieder der Einigungsstelle bedarf.

Zum Erfordernis der Abmahnung vor einer Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 360/82

-----

3 Sa 278/82 Düsseldorf

Verkündet am  
24. November 1983

Bittner,

Amtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES !

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. November 1983 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Prof. Dr. Röhler und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Hauenschild und Brocksiepe für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 17. Mai 1982 - 3 Sa 278/82 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n   R e c h t s   w e g e n !

T a t b e s t a n d :  
-----

Der am 20. Mai 1941 geborene, verheiratete und einem Kind unterhaltspflichtige Kläger war bei der Beklagten aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 28. Juni 1973 seit dem 1. August 1973 als technischer Angestellter, zuletzt unter Eingruppierung in die VergGr. V b BAT mit einem Monatsgehalt von etwa 3.000,-- DM brutto beschäftigt und als Sachbearbeiter im Hochbauamt eingesetzt. Nach dem Dienstverteilungsplan und der Arbeitsplatzbeschreibung gehörte zu seinen Aufgaben u. a. die Mitwirkung bei der Vergabe von Aufträgen, die Überwachung der Arbeit, das Herstellen von Aufmaßen, die Abnahme der Arbeit und die Abrechnung der Baumaßnahmen. Seit 1980 war er für sämtliche in den Stadtteilen Opladen, Bürrig, Küppersteg, Rheindorf und Hitdorf anfallenden Reparatur- und Erhaltungsmaßnahmen an städtischen Gebäuden im Heizungs- und Sanitärbereich zuständig.

Im Jahre 1980 vergab die Beklagte umfangreiche Reparaturarbeiten an der Heizungsanlage in der Schule K

an eine Firma D . Bei einer Ortsbesichtigung zu-



sammen mit der beauftragten Firma wurde festgestellt, daß für den überwiegenden Teil der Reparaturarbeiten die gesamte Heizungsanlage außer Betrieb gesetzt werden müßte. Deshalb wurde mit der Firma D abgesprochen, diesen Teil der Arbeit nur an schulfreien Tagen durchzuführen. Die den Schulbetrieb nicht störenden Vorbereitungsarbeiten wurden in der Zeit vom 27. bis 31. Oktober 1980 und vom 24. bis 26. November 1980 durchgeführt. Fertiggestellt wurden die Arbeiten dann jedoch nicht - wie nach Angaben des Klägers vorgesehen - in den Weihnachtsferien 1980, sondern erst an den schulfreien Tagen im Karneval 1981. Gleichwohl bestätigte der Kläger, der die Reparaturarbeiten zu überwachen hatte, im November 1980 auf den von der Firma Dinnen-dahl erstellten Lohnarbeitsberichten und Materialnachweisen durch seine Unterschrift, daß die in diesen Belegen vermerkten Arbeiten durchgeführt, die angegebenen Arbeitsstunden erbracht und die aufgeführten Materialien eingebaut worden seien. Aufgrund dieser Bestätigung des Klägers wurden vier Rechnungen der Firma Dinnen-dahl vom 2., 3. und 4. Dezember 1980 über Reparaturarbeiten an der Schule K in Höhe von insgesamt 25.888,40 DM von der Beklagten beglichen.

Im Jahre 1981 führte das Rechnungsamt der Beklagten eine Überprüfung u. a. der Reparaturarbeiten an der Heizungsanlage der Schule K durch und stellte fest, daß die vom Kläger bestätigten Arbeiten noch nicht abgeschlossen waren. Mit Bericht vom 4. März 1981 unterrichtete das Rechnungsamt davon die Beklagte.



Nach Ersetzung der vom Personalrat verweigerten Zustimmung zur fristgemäßen Kündigung durch Beschluß der Einigungsstelle bei der Beklagten vom 29. Juni 1981 kündigte die Beklagte das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 16. Juli 1981 fristgemäß zum 31. Dezember 1981.

Mit seiner am 29. Juli 1981 beim Arbeitsgericht Solingen erhobenen Klage wendet sich der Kläger gegen diese Kündigung, die er für sozial nicht gerechtfertigt hält. Er hat vorgetragen, für die Erhaltungs- und Reparaturarbeiten im Heizungsbereich u. a. der Schule K seien im Jahre 1980 keine besonderen Haushaltsmittel vorhanden gewesen. Die Mittel seien in einem Sammelnachweis bereitgestellt worden und hätten, weil nicht auf das nächste Haushaltsjahr übertragbar, im laufenden Haushaltsjahr verbraucht werden müssen. Nachdem ihm durch Mitteilung vom 11. August 1980 und 7. Oktober 1980 bekanntgegeben worden sei, daß dafür doch noch Geldmittel zur Verfügung stünden, habe er am 9. und 28. Oktober 1980 die notwendig gewordenen Heizungsreparaturen beim Liegenschaftsamt beantragt und diese am 21., 22. Oktober 1980 und 11. November 1980 auch genehmigt erhalten. Zur Fertigstellung der Arbeiten durch die Firma D während der Weihnachtsferien 1980 sei es nicht mehr gekommen, weil nach Angabe der Firma der Schulhausmeister nicht anzutreffen und das Schulgebäude abgeschlossen gewesen sei. Aus der Sorge heraus, daß die für die Reparaturarbeiten bereitgestellten Mittel mit Ablauf des Haushaltsjahres verfallen und dann den Haushalt des Folgejahres belasten könnten, habe er aber dennoch die Belege der Firma D unterzeichnet, damit die



Rechnungen noch im laufenden Haushaltsjahr hätten angewiesen werden können. Ein Vorwurf könne ihm daraus nicht gemacht werden, zumal es sich bei der Firma D um ein seriöses Unternehmen handle und er sich auf eine ordnungsgemäße Abwicklung der Baumaßnahmen habe verlassen können. Abgesehen davon, daß er der Beklagten arbeitsvertraglich für eventuell schuldhaft verursachte Schäden hafte, habe er nicht aus Eigennutz die bestehenden Vorschriften übertreten, sondern nur, um die schon lange notwendigen Baumaßnahmen zum Abschluß zu bringen. Im Zeitpunkt der Prüfung durch das Rechnungsamt am 18. Februar 1981 seien auch bereits die gesamten Aufmaßarbeiten und kleinere Arbeiten ausgeführt gewesen. Das zu verbauende Material habe bei Unterzeichnung der Materialnachweise bereits in der Schule gelagert, so daß er den Empfang habe quittieren können. Es habe sich um sichtbare Reparaturen mit vorab genau bestimmbarem Materialverbrauch und genau vorkalkulierbarer Arbeitszeit gehandelt. Aufgrund seiner Berufserfahrung habe er deshalb die notwendige Arbeitszeit bestimmen und bestätigen können. In den Lohn- und Materialnachweisen habe er somit keine fingierten Angaben anerkannt und bestätigt. Er habe sich nicht anders verhalten als andere Mitarbeiter auch, denen die Beklagte ihren Arbeitsplatz aber nicht genommen habe. Eine solche Differenzierung sei nicht gerechtfertigt, zumal es auf den Umfang des der Beklagten aus einem solchen Fehlverhalten erwachsenden wirtschaftlichen Risikos mangels objektiver Maßstäbe nicht ankommen und auch nicht nach einer größeren oder geringeren Intensität bei einer Täuschungshandlung unterschieden werden könne. Im Verhältnis zu der von ihm jährlich abzurechnenden Auftragssumme von 0,5 bis 1,1 Mio. DM erscheine der beanstandete



Rechnungsbetrag von etwa 25.000,-- DM ohnehin relativ gering. Durch sein Verhalten sei das Vertrauensverhältnis nicht so gestört, daß es der Beklagten nicht möglich wäre, ihn weiterzubeschäftigen. Schließlich habe ihn die Beklagte bis zum Auslaufen der Kündigungsfrist an seinem bisherigen Arbeitsplatz als Sachbearbeiter weiterbeschäftigt, ohne seine Befugnisse einzuschränken. Auch sei ein gegen ihn eingeleitetes Ermittlungsverfahren eingestellt worden.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß durch die mit Schreiben der Beklagten vom 16. Juli 1981 zum 31. Dezember 1981 ausgesprochene Kündigung das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgelöst worden ist, sondern fortbesteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger über den 31. Dezember 1981 hinaus zu unveränderten Arbeitsbedingungen bis zur rechtskräftigen Entscheidung weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt und geltend gemacht, der Kläger habe durch sein Fehlverhalten, durch das es zur Bezahlung noch nicht erbrachter Arbeiten und nicht gelieferter Materialien gekommen sei, seine ihm obliegende Pflicht in schwerwiegender Weise verletzt und damit das für eine selbständige Tätigkeit mit Prüf- und Kontrollfunktionen erforderliche Vertrauensverhältnis zerstört. Mit seinem Bestätigungsvermerk auf den Arbeits- und Materialnachweisen habe er auch einen weiteren Mitarbeiter getäuscht, der mit der Feststellung der sachlichen und rechnerischen Richtigkeit der Rechnungen der Firma D beauftragt gewesen sei und der sich auf die Bestätigung des Klä-



gers verlassen und die Berechtigung des in Rechnung gestellten Betrages bestätigt habe. Der Kläger könne sich nicht darauf berufen, die bestehenden Vorschriften überschritten zu haben, um die Baumaßnahmen zu Ende zu führen. Während der Weihnachtsferien 1980 habe der Schulhausmeister auch zur Verfügung gestanden, und der Kläger hätte genügend Zeit gehabt, die Bauarbeiten zum Abschluß zu bringen. Auch darauf könne sich der Kläger nicht berufen, daß andere Mitarbeiter trotz gleicher Verfehlungen weiterbeschäftigt wurden, weil deren Fehlverhalten nicht so schwer wiege und nur ein geringeres wirtschaftliches Risiko gebracht haben. Für die beabsichtigte Änderungskündigung einem der Beteiligten gegenüber habe die Einigungsstelle die vom Personalrat verweigerte Zustimmung zudem nicht ersetzt. Durch die Weiterbeschäftigung des Klägers während der Kündigungsfrist, während der er einer besonderen Kontrolle durch seine Vorgesetzten unterworfen worden sei, habe sie nicht zum Ausdruck gebracht, daß ihr Vertrauensverhältnis zum Kläger ungetrübt sei. Die von ihr ausgesprochene fristgemäße Kündigung sei jedenfalls gerechtfertigt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb ohne Erfolg.

Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger nur noch seinen Feststellungsantrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.



## E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

-----

Die Revision ist begründet; sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe die ihm nach dem Arbeitsvertrag obliegende Pflicht verletzt, die von Fremdfirmen für die Beklagte erbrachten Bauleistungen ordnungsgemäß zu überwachen, abzunehmen und abzurechnen. Auf Lohn-, Arbeits- und Materialnachweisen der Firma D habe er die Ausführung von Arbeiten, die Ableistung von Montagestunden und den Verbrauch von Material durch seine Unterschrift bestätigt, obwohl diese Leistungen durch die Firma noch nicht erbracht worden seien. Dieses Verhalten werde nicht dadurch gerechtfertigt, daß der Kläger nach seiner eigenen Einlassung uneigennützig und im Interesse der Beklagten gehandelt habe, die Baumaßnahmen noch mit Mitteln des Haushaltsjahres 1980 zum Abschluß bringen zu können. Bei einer Überwachungs- und Abnahmetätigkeit, die gerade dem Zweck diene, die von Fremdfirmen erstellten Leistungsnachweise darauf zu überprüfen, ob die angegebenen Bauleistungen auch tatsächlich erbracht worden seien, sei der Kläger zu wahrheitsgemäßen Prüfungstestaten verpflichtet gewesen. Sein Hinweis, auch andere vergleichbare Mitarbeiter der Beklagten hätten unrichtige Leistungstestate für Baumaßnahmen erteilt, könne sein Fehlverhalten nicht rechtfertigen. Die Beklagte habe den mit Prüfungs- und Abnahmeaufgaben betrauten Mitarbeitern nicht das Recht zu einer großzügigen Ausübung ihrer Überwachungsaufgaben eingeräumt, und es habe auch nicht die Bestätigung noch nicht erbrachter

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Bauleistungen geduldet. Für eine dahingehende Duldung der Beklagten habe der Kläger jedenfalls keine hinreichenden Tatsachen dargetan. Auf ein der Beklagten nicht bekanntgewordenes und somit auch nicht von ihr geduldetes Fehlverhalten anderer Mitarbeiter könne sich der Kläger zu seiner Rechtfertigung deshalb nicht berufen. Auch das Vertrauen des Klägers darauf, die Firma Dinnendahl werde die bereits als erbracht bestätigten Bauleistungen abreedgemäß nach Weihnachten abschließen, habe ihn nicht zur unrichtigen Bestätigung der Arbeitsleistungen berechtigt. Der Kläger habe nicht nur das ihm von der Beklagten entgegengebrachte Vertrauen in seine Zuverlässigkeit und sein loyales Verhalten ihr gegenüber in schwerwiegender Weise mißbraucht, sondern durch seine Unterschrift unter die in den Nachweisen aufgeführten Leistungen auch bei den mit der Rechnungsprüfung beauftragten Mitarbeitern der Beklagten den Eindruck erweckt, daß die von der Firma D angegebenen Leistungen erbracht worden seien. Der betreffende Mitarbeiter sei dadurch veranlaßt worden, die in Rechnung gestellten Beträge als sachlich und rechnerisch richtig anzuerkennen.

Durch diesen Vertrauensbruch des Klägers sei das für die beiderseitige Zusammenarbeit erforderliche Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien so nachhaltig gestört worden, daß das Interesse der Beklagten an einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger bei weitem überwiege. Der Kläger habe zwar aufgrund der Dauer seines Arbeitsverhältnisses bei der Beklagten ein erhebliches Interesse an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes, zumal er verheiratet sei und auch für ein minderjähriges Kind zu



sorgen habe. Auch werde der Kläger durch eine Kündigung in seinem beruflichen Fortkommen beeinträchtigt. Gleichwohl überwiege aber das Interesse der Beklagten an einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger, weil die von ihm bekleidete Position das unbedingte Vertrauen der Beklagten in die Zuverlässigkeit des betreffenden Mitarbeiters voraussetze. Auch wenn durch sein Verhalten kein Schaden entstanden sei, habe der Kläger dieses Vertrauen durch seine bewußte Falschbestätigung so nachhaltig zerstört, daß dieses auch durch eine bloße Verwarnung nicht habe wiederhergestellt werden können. Einer vergeblichen Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung habe es nicht bedurft, da der Kläger die Unzulässigkeit seines Verhaltens gekannt habe, zumindest aber habe erkennen können. Die Beklagte habe auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt, wonach eine Beendigungskündigung nur dann gerechtfertigt sei, wenn keine Möglichkeit zu einer anderweitigen Beschäftigung bestehe. Eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz ohne Prüf- und Kontrolltätigkeit sei jedoch nicht möglich gewesen, weil der Beklagten nach ihrem Vortrag ein solcher freier Arbeitsplatz nicht zur Verfügung gestanden habe.

II. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in vollem Umfang stand.

1. Entgegen der Auffassung der Revision ist die Kündigung allerdings nicht schon deswegen unwirksam, weil der die Zustimmung des Personalrats zur Kündigung (§ 72 Abs. 1 Nr. 8 LPVG Nordrhein-Westfalen) ersetzende und mit Gründen versehene Beschluß



der Einigungsstelle vom 29. Juni 1981 nur vom Vorsitzenden, nicht aber auch von den übrigen an der Beratung der Einigungsstelle teilnehmenden Mitgliedern unterschrieben worden ist. Wie andere Personalvertretungsgesetze (vgl. z. B. § 71 BPersVG, § 61 Brem. PersVG, Art. 71 Bayer. PersVG u. a.), so enthält - wie die Revision selbst einräumt - auch das Landespersonalvertretungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 3. Dezember 1974 (GVBl. NW, S. 1514, geändert durch Gesetz vom 21. Juli 1981, GVBl. NW, S. 408) keine ausdrückliche Verpflichtung der Einigungsstellenmitglieder zur Unterzeichnung des Einigungsstellenbeschlusses. In § 67 Abs. 6 Satz 1 LPVG NW ist nur bestimmt, daß der gemäß § 67 Abs. 5 Satz 3 LPVG NW mit Stimmenmehrheit zu fassende Beschluß von der Einigungsstelle zu begründen und den Beteiligten zuzustellen ist. Aus dieser gesetzlichen Regelung folgt aber nur, daß der Beschluß schriftlich zu begründen ist, weil andernfalls nicht zugestellt werden kann (Havers, Landespersonalvertretungsgesetz NW, 5. Aufl., § 67 Erl. 7; Krieg/Orth/Welkoborsky, Landespersonalvertretungsgesetz für Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., § 67 Anm. 5, S. 428). Dabei bleibt offen, wer den Beschluß zu begründen hat. Nicht bestimmt ist, und dies läßt sich auch nicht mittelbar aus der gesetzlichen Regelung entnehmen, ob der Beschluß vom Vorsitzenden oder auch von den übrigen Mitgliedern der Einigungsstelle zu unterzeichnen ist. Wenn es auch zweckmäßig und aus Gründen der Rechtssicherheit vielleicht auch geboten erscheinen mag, daß der Beschluß von den beteiligten Beisitzern und dem Vorsitzenden der Einigungsstelle unterschrieben wird, so kann bei der gegebenen Gesetzeslage somit gleichwohl nicht die Rechtswirksamkeit des Beschlusses von einer



Unterzeichnung durch alle Mitglieder der Einigungsstelle abhängig gemacht werden. Abgesehen davon, daß die Beschlußformel von allen Mitgliedern der Einigungsstelle unterschrieben worden ist, muß es vielmehr als ausreichend angesehen werden, wenn - wie auch nach § 76 Abs. 3 BetrVG vorgesehen - der Beschluß, wie vorliegend geschehen, vom Vorsitzenden der Einigungsstelle, der den Beschluß in der Regel auch absetzt und mit Gründen versieht, unterschrieben wird.

Demgegenüber hat allerdings der Hessische Verwaltungsgerichtshof in dem nicht veröffentlichten Beschluß vom 10. März 1982 (HPV TL 10/81), auf den sich die Revision beruft, die Auffassung vertreten, aus der vorgeschriebenen Pflicht zur Begründung und aus der Art der Zusammensetzung des Spruchkörpers folge, obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich ausgeführt, daß der Beschluß schriftlich mit Gründen zu versehen und von sämtlichen Mitgliedern zu unterschreiben ist. Dieser teilweise auch im Schrifttum, meist nur aus Zweckmäßigkeitsgründen und ohne nähere Begründung vertretenen Auffassung (vgl. Fischer/Fürst/Goeres, GKÖD, Bd. V, Personalvertretungsrecht des Bundes und der Länder, K § 71 Rz 24; Schelter, Bayerisches Personalvertretungsgesetz, Art. 71 Rz 17; Großmann/Mönch/Röhr, Bremisches Personalvertretungsgesetz, § 61 Rz 21), vermag sich der Senat jedoch nicht anzuschließen. Sie findet im Gesetz keine Stütze und ist auch nicht aus rechtsstaatlichen Erwägungen geboten. Auch staatliche Spruchkörper sind, wie etwa im arbeits- oder sozialgerichtlichen Verfahren, aufgrund ihrer Zusammensetzung durch "Interessengegensätze" gekennzeichnet. Gleichwohl bedarf es nicht der Unterzeichnung der



Urteilsformel durch die Mitglieder des Spruchkörpers; nur wenn ein von der Kammer gefälltes Urteil ohne Zuziehung der ehrenamtlichen Richter verkündet wird, ist die Urteilsformel vorher von dem Vorsitzenden und den ehrenamtlichen Richtern zu unterschreiben (§ 60 Abs. 3, § 69 Abs. 1 ArbGG). Im arbeitsgerichtlichen Verfahren erster Instanz ist das Urteil nebst Tatbestand und Entscheidungsgründen nur vom Vorsitzenden, nicht auch von den ehrenamtlichen Richtern zu unterschreiben (§ 60 Abs. 4 Satz 1 ArbGG). Im sozialgerichtlichen Verfahren unterschreiben sogar in allen drei Instanzen nur die Berufsrichter das Urteil (§ 135, § 153 Abs. 2, § 165 SGG). Gegen diese Verfahrensregelungen bestehen weder aus verfassungsrechtlicher noch aus rechtsstaatlicher Sicht Bedenken. Gleiches gilt für das in § 67 LPVG NW geregelte Verfahren von Einigungsstellen. Die Gewähr, daß die schriftliche Begründung des Spruches der Einigungsstelle nicht einseitig ausfällt, ist durch die Bestellung des unparteiischen Vorsitzenden gegeben.

2. Soweit die Revision rügt, der Beschluß der Einigungsstelle sei den Beteiligten entgegen § 67 Abs. 6 Satz 1 LPVG NW nicht ordnungsgemäß zugestellt worden, ist diese Rüge unzulässig, da es sich insoweit um einen neuen Tatsachenvortrag handelt, der in der Revisionsinstanz nicht berücksichtigt werden kann (§ 561 Abs. 1 ZPO).

3. Bei der Würdigung der in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbaren Frage der Sozialwidrigkeit der Kündigung (BAG 1, 99; 29, 49; 30, 272) ist das Landesarbeitsgericht zutreffend da-



von ausgegangen, daß als Gründe für eine verhaltensbedingte Kündigung in der Regel nur solche Umstände in Betracht kommen, die der Arbeitnehmer bei der Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten, insbesondere bei der Erbringung der Arbeitsleistung, schuldhaft herbeigeführt hat und die bei verständiger Würdigung und Abwägung der Interessen der Vertragsparteien die Kündigung als billigenswert und angemessen erscheinen lassen (vgl. BAG 1, 99; 11, 357; KR-Becker, 2. Aufl., § 1 KSchG Rz 232). Dem Landesarbeitsgericht ist auch darin beizupflichten, daß der Kläger, zu dessen Aufgaben als Sachbearbeiter unstreitig die Überwachung, Abnahme und die Abrechnung der von Fremdfirmen erbrachten Bauleistungen gehört, seine arbeitsvertraglichen Pflichten an sich schwerwiegend verletzt hat. Der Kläger hat, wie er selbst einräumt, auf Lohn-, Arbeits- und Materialnachweisen der Firma D die Ausführung von Arbeiten, die Ableistung von Montagestunden und den Verbrauch von Material bestätigt, obwohl diese Leistungen durch die Firma jedenfalls zum größten Teil noch nicht erbracht waren. Keinen Bedenken begegnet auch die von der Revision nicht angegriffene Auffassung des Landesarbeitsgerichts, daß die Pflichtwidrigkeit des Klägers nicht dadurch gerechtfertigt wird, weil er möglicherweise uneigennützig und im Interesse der Beklagten gehandelt habe, nämlich um die erforderlichen Baumaßnahmen noch mit Mitteln des laufenden Haushalts zum Abschluß zu bringen. Zur Rechtfertigung seines pflichtwidrigen Verhaltens kann sich der Kläger, wie das Landesarbeitsgericht richtig gesehen hat, grundsätzlich auch nicht darauf berufen, daß mit entsprechenden Aufgaben betraute Kollegen sich ähnlich verhalten haben und er mit einem baldigen ordnungsgemäßen Abschluß der Ar-





winnen konnte, ein bestimmtes objektiv pflichtwidriges Verhalten sei dem Arbeitgeber nicht unbekannt geblieben und werde von ihm nicht als erhebliche Vertragsverletzung empfunden bzw. werde von ihm stillschweigend hingenommen. Dies ist etwa dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber das später beanstandete, zur Kündigung führende Verhalten zunächst längere Zeit bei dem betreffenden Arbeitnehmer selbst oder bei dessen Arbeitskollegen geduldet hat (BAG 37, 387, 397 f.; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 1 Rz 90 a; Hillebrecht, aaO, § 626 BGB Rz 100). Eine Abmahnung ist immer nur dann entbehrlich, und zwar gleichgültig, ob das Fehlverhalten des Arbeitnehmers dem Leistungsbereich oder dem Vertrauensbereich zuzuordnen ist, wenn sie im Hinblick auf die Einsichts- und Handlungsfähigkeit des Arbeitnehmers keinen Erfolg verspricht, wenn also aufgrund hartnäckig und uneinsichtig begangener Vertragsverletzungen mit einer vertragsmäßigen Abwicklung des Arbeitsvertrages nicht mehr zu rechnen ist (BAG Urteile vom 28. Oktober 1971 - 2 AZR 15/71 - AP Nr. 62 zu § 626 BGB und vom 29. Juli 1976 - 3 AZR 50/75 - AP Nr. 9 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung; BAG 37, 387, 398; Becker, aaO, § 1 KSchG Rz 234; Hillebrecht, aaO, § 626 BGB Rz 98; Hueck, aaO, § 1 Rz 90 a).

b) Das Fehlverhalten des Klägers bezieht sich vorliegend ganz überwiegend auf den Vertrauensbereich. Die Beklagte wirft dem Kläger nämlich nicht eine fehlerhafte oder nachlässige Rechnungsüberprüfung vor, sondern wider besseres Wissen von der Firma D nicht oder noch nicht ausgeführte Arbeiten als bereits erbracht bestätigt zu haben. Das Landesarbeitsgericht hat deshalb



eine Abmahnung für entbehrlich gehalten. Hierbei hat es aber nicht berücksichtigt, daß der Kläger wiederholt und auch unter Beweisantritt behauptet hat, derartige Verstöße gegen die Dienstanweisung seien bei der Beklagten üblich gewesen. Der Kläger hat in diesem Zusammenhang vorgetragen, außer ihm hätten sich auch noch fünf andere Mitarbeiter des Hochbauamtes ähnliche Pflichtverletzungen zuschulden kommen lassen, ohne allerdings gekündigt worden zu sein. Ferner hat der Kläger auf einen bereits 1979 im Tiefbauamt zugetragenen und bekanntgewordenen ähnlichen Fall hingewiesen. Die Beklagte hat eine solche "Übung" in Abrede gestellt und die Kenntnis oder die Duldung einer solchen Handhabung bestritten. Obwohl entscheidungserheblich, ist das Landesarbeitsgericht diesem bestrittenen Vortrag nur unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Rechtfertigung des klägerischen Fehlverhaltens, nicht aber auch unter dem der Notwendigkeit einer Abmahnung nachgegangen. Sollte es nämlich zutreffen, daß die Beklagte nicht erst durch den Bericht des Rechnungsprüfungsamtes über die im Januar 1981 durchgeführte Prüfung hiervon Kenntnis gehabt und diese Handhabung, wenn auch nicht gebilligt, aber doch geduldet haben, so hätte es vor Ausspruch der Kündigung einer vergeblichen Abmahnung bedurft. Eine Abmahnung wäre unter den gegebenen Umständen auch erfolgversprechend gewesen, da der Kläger die Falschtestierung, wie auch von der Beklagten nicht ernsthaft bestritten wird, weder aus persönlichem Interesse noch in Bereicherungsabsicht vorgenommen hat. Ob der Kläger aufgrund der gegebenen Umstände allerdings wirklich davon ausgehen konnte, daß die Beklagte die unkorrekte Übung kenne und dulde, läßt sich aus dem bisher festgestellten Sachverhalt nicht entnehmen. Im-



merhin sind beim Hochbauamt derartige Verstöße gegen die auch in der Dienstanweisung niedergelegten Grundsätze einer ordnungsgemäßen Haushaltsführung erstmals im Rahmen der Prüfung des Rechnungsprüfungsamtes im Januar 1981 "aufgedeckt" worden. Die vom Kläger zitierten Vorfälle aus dem Jahre 1979 haben sich im Tiefbauamt zugetragen.

III. Der bislang festgestellte Sachverhalt läßt eine abschließende Beurteilung der Frage, ob es einer Abmahnung bedurft hat, nicht zu. Das macht die Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht notwendig. Zur weiteren Sachverhaltsaufklärung wird daher das Landesarbeitsgericht zunächst den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme geben und nach Erhebung der erforderlichen Beweise sodann die notwendigen Feststellungen treffen müssen. Bei der weiteren Aufklärung und Überprüfung wird es sich zwar in erster Linie, aber nicht allein auf das Hochbauamt beschränken dürfen; es wird in seine Überlegungen auch den Bereich des Tiefbauamtes mit einbeziehen und prüfen müssen, ob und inwieweit die dortigen Vorfälle aus dem Jahre 1979 auch im Hochbauamt bekanntgeworden sind und Auswirkungen gezeigt haben.

Kommt das Landesarbeitsgericht bei seiner erneuten Überprüfung zu dem Ergebnis, daß zuvor eine Abmahnung hätte erfolgen müssen, wird es in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils der Klage stattgeben müssen. War dagegen eine Abmahnung entbehrlich, wird es die Berufung des Klägers gegen das erstinstanzliche Urteil wiederum zurückzuweisen haben ohne Rücksicht darauf, daß die Beklagte den übrigen Angestellten, denen ein ähnliches Fehlver-



halten zur Last gelegt wird, nicht gekündigt hat. Der Gleichbehandlungsgrundsatz findet im Bereich des individuellen Kündigungsschutzes keine Anwendung (Becker, aaO, § 1 KSchG Rz 153 mit zahlreichen weiteren Nachweisen).

Hillebrecht - zugleich für  
den durch Erkrankung an der  
Unterschrift verhinderten  
Richter Dr. Weller und für  
den ehrenamtlichen Richter  
Hauenschild, dessen Amtszeit  
abgelaufen ist.

Dr. Röhsler

Brocksiepe



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)