BAG v. 18.09.2008 - 2 AZR 827/06

Leitsatz

[1] Diese Entscheidung enthält keinen zur Veröffentlichung bestimmten Leitsatz.

Gesetz(e):

BGB § 626; BAT § 11; BAT § 54 Abs. 1; BAT § 55 Abs. 1; LBG NW § 68

Instanzenzug:

LAG Köln, 2 Sa 1206/05 19.06.2006 ArbG Köln, 8 Ca 3340/04 17.03.2005

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung.

Der 1954 geborene, verheiratete Kläger, der Diplom-Ingenieur (Elektrotechnik) ist und fünf Kinder aus einer früheren Ehe hat, war seit dem 1. Juni 1987 bei dem beklagten Land als technischer Angestellter beschäftigt. Er war zunächst beim Finanzbauamt K-O und anschließend bei dem neu gegründeten Bau- und Liegenschaftsbetrieb (BLB) N als Sachbearbeiter in der Planung, Durchführung und Überwachung öffentlicher Baumaßnahmen tätig. In den Jahren 1993 und 1994 war er zuständiger Sachbearbeiter der Baumaßnahme "Datenverarbeitung M-Kaserne". Von 2001 bis 2003 war er für die elektrotechnischen Belange der vom BLB betreuten Sanierung der Luftwaffenkaserne W zuständig. Auf das Arbeitsverhältnis fand der Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) Anwendung. Der Kläger war zuletzt in die Vergütungsgruppe II/a BAT eingruppiert und erzielte auf dieser Grundlage eine monatliche Vergütung in Höhe von 4.150,00 Euro brutto.

Vor seinem Eintritt in den öffentlichen Dienst war der Kläger bei dem Ingenieurbüro K. angestellt. Dieses Büro wurde in den Jahren 1993 bis 2003 von dem beklagten Land - erstmalig auf Empfehlung des Klägers - bei etwa 12 Baumaßnahmen, ua. im Rahmen der vom Kläger betreuten Baumaßnahmen in der M-Kaserne und in der Luftwaffenkaserne W, mit der Durchführung von Planungs- und Überwachungsaufgaben beauftragt. Eine solche Beauftragung ist grundsätzlich möglich, wenn die Kapazitäten der Behörde nicht ausreichend sind, um die verschiedenen Arbeitsaufgaben mit eigenen Kräften zu erledigen.

In der Zeit von 1992 bis 2000 zahlte das Ingenieurbüro K. an den Kläger insgesamt 808.194,00 DM und im Jahr 2003 weitere 38.686,00 Euro gegen eingereichte Rechnungen. Die Rechnungen lauteten weitgehend auf das "Schreibbüro G.", das der Kläger unter dem Namen seiner jeweiligen Ehefrau unterhielt, teils wurden die Rechnungen auch unter dem Namen eines Neffen des Klägers oder eines Untermieters gestellt. Die Rechnungsinhalte betreffend dort aufgeführter Schreibleistungen waren unstreitig teilweise fiktiv.

Darüber hinaus erhielt der Kläger Gelder von zwei Elektrofirmen, zum einen von der R. T. GmbH, die in der Baumaßnahme M-Kaserne Arbeiten im Bereich Fernmelde- und Datennetz erbrachte, zum anderen von der U. GmbH, die in der Baumaßnahme Luftwaffenkaserne W mit der Fernmelde- und Datenverkabelung beauftragt war. Während gegenüber der R. T. GmbH ebenfalls Rechnungen unter der Firma der Ehefrau des Klägers gestellt wurden, erfolgten seitens der U. GmbH Barzahlungen auf der Baustelle ohne Rechnung, mindestens in Höhe von insgesamt 10.000,00 Euro.

Im Jahr 2003 nahm die Staatsanwaltschaft Köln gegen den Kläger Ermittlungen wegen des Verdachts der Untreue, Vorteilsannahme und Bestechlichkeit auf. Am 16. Dezember 2003 erfolgten

1 Für die amtliche Sammlung: nein; Für die Fachpresse: nein

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

Durchsuchungen, ua. in der Wohnung des Klägers und in den Geschäftsräumen des BLB. Der Kläger wurde vorläufig inhaftiert.

Am 26. Februar 2004 erhielt das beklagte Land erstmals Auszüge aus der Ermittlungsakte. Nach Anhörung des Personalrats kündigte das beklagte Land das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 9. März 2004 außerordentlich fristlos.

Am 27. April 2004 und am 24. Oktober 2005 gingen dem beklagten Land weitere Auszüge aus der Ermittlungsakte zu. Da sich hieraus nach Auffassung des beklagten Landes zusätzliche Indizien dafür ergaben, dass es sich bei den erfolgten Zahlungen um Schmiergelder handelte, hörte es den Personalrat am 22. November 2004 und am 23. November 2005 erneut an. Anschließend führte es die dem Personalrat ergänzend mitgeteilten Sachverhalte unter ausdrücklicher Berufung auch auf einen entsprechenden Verdacht als Kündigungsgrund in den Kündigungsrechtsstreit ein. Eine Anhörung des Klägers hierzu erfolgte nicht. Unstreitig ist insoweit geblieben, dass der Kläger ausschließlich Zahlungen von solchen Firmen erhielt, die auch in Projekten des Klägers eingesetzt waren. Ferner ließ er von einem Mitarbeiter der U. GmbH Texte für eine Ausschreibung erstellen, an der sich die U. GmbH später beteiligte und den Zuschlag erhielt. Im Rahmen eines Nachtragsauftrags der Firma U. GmbH (Fernmeldedosen zählen) akzeptierte der Kläger einen um 5,00 Euro überhöhten Stundensatz. Im Rahmen eines anderen, freihändig vergebenen Nachtragsauftrags beauftragte der Kläger die U. GmbH mit der Erstellung einer sog. "Fusionsspleiße", obwohl diese Position bereits im Ursprungsauftrag enthalten war.

Nach umfangreichen Ermittlungen hat die Staatsanwaltschaft Köln inzwischen gegen den Kläger beim Landgericht Köln - große Strafkammer als Wirtschaftsstrafkammer - Anklage erhoben.

Der Kläger hält die Kündigung für unwirksam. Von Schmiergeldzahlungen könne keine Rede sein. Er habe gegenüber den beauftragten Firmen ausschließlich in seiner Freizeit im Rahmen der diesen vom beklagten Land erteilten Aufträge werthaltige Leistungen erbracht und hierfür eine adäquate Vergütung erhalten. Dem Ingenieurbüro K. habe er angeboten, gegen Honorar Ingenieurleistungen - wie die Erstellung von Planungs- und Ausschreibungsarbeiten einschließlich diesbezüglicher Zeichnungen - zu erbringen, da dieses Schwierigkeiten mit der Abarbeitung der Aufträge des beklagten Landes gehabt habe. Soweit K. im Rahmen des Ermittlungsverfahrens nicht in der Lage gewesen sei, Arbeitsergebnisse des Klägers vorzuweisen, bedeute dies nicht, dass der Kläger keine entsprechenden Unterlagen erstellt habe. Auch die R. T. GmbH sei mit den ihr erteilten öffentlichen Aufträgen überfordert gewesen. Deshalb habe er dieser gegen Entgelt seine Dienste angeboten und ua. die Ausführungspläne für Baumaßnahmen in der M-Kaserne erstellt. Der U. GmbH habe er angeboten, im Rahmen des vom beklagten Land erteilten Auftrags zu erstellende Bestands- und Revisionspläne zu fertigen, weil die Firma sich wegen fehlender Softwareausstattung in einer Zwangslage befunden habe und einen Dritten hiermit habe beauftragen müssen. Er habe die Firmen weder bei der Auftragsvergabe noch bei der Leistungsabrechnung begünstigt. Über freihändige Vergaben habe nicht er, sondern sein Vorgesetzter verantwortlich entschieden. So sei auch im Fall eines vom beklagten Land beanstandeten, an die R. T. GmbH vergebenen Auftrags verfahren worden. Was den Sachverhalt "Fusionsspleiße" anbelange, sei ihm nicht bewusst gewesen, dass der Ursprungsauftrag an die U. GmbH bereits die betreffende Leistung enthalten habe. Die Position sei - unrichtigerweise - in einer Vorbemerkung der nicht von ihm erstellten Ausschreibung erwähnt gewesen. Diesbezüglich wie auch hinsichtlich der Akzeptanz eines überhöhten Stundenlohns im Fall eines der U. GmbH erteilten anderen Auftrags lägen allenfalls fahrlässige Pflichtverletzungen vor. Bei der Fertigung von Vorschlägen zur Erstellung von Ausschreibungstexten durch die U. GmbH habe es sich um einen bei komplizierten Baumaßnahmen üblichen Vorgang gehandelt. Da ihm bewusst gewesen sei, dass das beklagte Land seine Nebentätigkeit nicht genehmigen würde, habe er Dritte als Rechnungssteller angegeben. Die gesamten Umstände, ins-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

besondere die unstreitige Nichteinholung einer Nebentätigkeitsgenehmigung, rechtfertigten keine fristlose Kündigung, sondern allenfalls eine Abmahnung.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, dass die mit Schreiben vom 9. März 2004 ausgesprochene fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien unwirksam ist.

Das beklagte Land hat zur Begründung seines Klageabweisungsantrags vorgetragen, bereits das eigene Vorbringen des Klägers in Verbindung mit den unstreitigen Tatsachen rechtfertige die fristlose Kündigung. Der Kläger sei unter Ausnutzung seiner dienstlichen Stellung mit Vertragspartnern seines Dienstherrn in geschäftlichen Kontakt getreten, deren Tätigkeiten zur Planung und Durchführung von Bauleistungen er habe überwachen und kontrollieren müssen. Die vom Kläger beschriebenen Zwangslagen hätten nicht bestanden, jedenfalls sei er verpflichtet gewesen, das beklagte Land hiervon zu unterrichten. Unerheblich für die kündigungsrechtliche Bewertung sei, ob der Kläger tatsächlich Leistungen erbracht habe oder "reine Schmiergeldzahlungen" vorlägen. Die im Verlauf des Rechtsstreits bekannt gewordenen Ermittlungsergebnisse zeigten deutlich, dass der Kläger den beauftragten Firmen Aufträge unrechtmäßig verschafft habe und hierfür "bezahlt" worden sei. Dies gelte insbesondere bezüglich der freihändigen Vergabe eines Auftrags an die R. T. GmbH. Die vom Kläger diesbezüglich behauptete Dringlichkeit habe nicht vorgelegen. Auch sei die Ausführungsplanung betreffend einzelne Gebäude der M-Kaserne nicht Gegenstand des der R. T. GmbH erteilten Auftrags gewesen, sondern - wie auch sonst - eine der vom beklagten Land zu erbringenden Leistungen. Zumindest insoweit habe der Kläger Zahlungen ohne entsprechende - private - Gegenleistung erhalten. Keine der vom Kläger angeblich gegenüber dem Ingenieurbüro K. und der U. GmbH erbrachten Leistungen sei verifizierbar. Der Hinweis des Klägers auf die bei seinem Vorgesetzten liegende Entscheidungskompetenz könne ihn nicht entlasten. Der Kläger habe entsprechende Vorschläge/Vergabevermerke gefertigt und das in ihn gesetzte Vertrauen missbraucht. Die Erstellung von Ausschreibungstexten durch die U. GmbH sei deshalb zu beanstanden, weil der Kläger es dieser damit ermöglicht habe, Scheinpositionen einzubauen und sich einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Außerdem habe er der U. GmbH Nachtragsaufträge durch Manipulationen bei der Erstellung des Preisspiegels des Ursprungsauftrags verschafft und diese auch dadurch begünstigt, dass er die vollständige Zahlung von Leistungen vor Abschluss der Arbeiten veranlasst habe.

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

Gründe

Die Revision des Klägers hat keinen Erfolg.

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Bereits aufgrund der unstreitigen Sachverhaltselemente bestehe der Verdacht, dass der Kläger seine Stellung beim beklagten Land ausgenutzt habe, um sich rechtswidrige Vorteile entweder - wie im Verhältnis zum Ingenieurbüro K. - für eine "wohlwollende" Überwachung der erbrachten Leistungen durch ihn oder aber dafür gewähren zu lassen, dass er sowohl K. als auch den Elektrofirmen R. T. GmbH und U. GmbH Aufträge zum Nachteil des beklagten Landes verschafft habe. Der Kläger habe nicht darzulegen vermocht, dass den an ihn geleisteten Zahlungen - auch in Anbetracht ihrer Höhe - in vollem Umfang werthaltige Gegenleistungen gegenüber standen. Der Verdacht der Begünstigung der betreffenden Firmen ergebe sich ua. aus dem Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit der Ausschreibung der "Fusionsspleiße", der Erstellung des Preisspiegels im Zusammenhang mit einer Auftragsvergabe an die U. GmbH und der in einem Fall erfolgten Fertigung eines Teils des Ausschreibungstextes durch die U. GmbH als einem bei der betreffenden Ausschrei-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

bung mitbietenden Unternehmen. Die Summe aller den Kläger belastenden Einzelindizien ergebe einen Sachverhalt, der - unter Abwägung der beiderseitigen Interessen - eine außerordentliche fristlose Verdachtskündigung rechtfertige. Zumindest in dem hier vorliegenden Fall nachträglich bekannt gewordener "Verdachtsgründe" sei es möglich, diese nach erneuter Beteiligung des Personalrats als eigenständigen Kündigungsgrund in das Verfahren einzuführen, ohne den Arbeitnehmer hierzu vorher anzuhören. Der Arbeitnehmer könne im Fall einer bereits ausgesprochenen Kündigung seine Einlassungsmöglichkeiten im Kündigungsrechtsstreit nutzen, um sich zu dem nachgeschobenen Verdacht zu erklären. Außerdem habe der Kläger im Rahmen des Ermittlungsverfahrens bereits ausreichend Gelegenheit gehabt, sich mit den Verdachtselementen auseinanderzusetzen.

B. Der Senat folgt dem Landesarbeitsgericht im Ergebnis. Die Klage ist unbegründet. Die außerordentliche Kündigung vom 9. März 2004 hat das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung wirksam beendet.

I. Die Revision rügt zu Unrecht eine Verletzung von § 626 BGB, §§ 54, 55 Abs. 1 BAT.

1. Soweit das Landesarbeitsgericht die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Kündigung allein unter dem Gesichtspunkt des § 626 BGB geprüft hat, obwohl nach seinen Feststellungen der BAT anwendbar und damit § 54 BAT einschlägig ist, wirkt sich dies nicht aus. Die genannten Vorschriften sind nahezu gleichlautend, so dass das Landesarbeitsgericht vom zutreffenden Rechtsbegriff des wichtigen Grundes ausgegangen ist (vgl. etwa Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - AP BGB § 174 Nr. 20 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7; 21. Juni 2001 - 2 AZR 325/00 - AP BAT § 54 Nr. 5 = EzA BGB § 626 nF Nr. 189). Da der Kläger im Hinblick auf Alter und Dienstzugehörigkeit unstreitig die Voraussetzungen des § 53 Abs. 3 BAT erfüllt, konnte ihm gemäß § 55 Abs. 1 BAT nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden.

2. Nach § 626 Abs. 1 BGB (gleichlautend § 54 Abs. 1 BAT) kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann (vgl. Senat 27. April 2006 - 2 AZR 386/05 - BAGE 118, 104, 113; 25. März 2004 - 2 AZR 341/03 - AP BGB § 626 Nr. 189 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 6).

Der in § 626 Abs. 1 BGB (und inhaltsgleich in § 54 Abs. 1, § 55 Abs. 1 BAT) verwandte Rechtsbegriff des wichtigen Grundes ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Seine Anwendung durch die Tatsachengerichte kann im Revisionsverfahren nur daraufhin überprüft werden, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, widerspruchsfrei beachtet hat (st. Rspr. etwa Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - AP BGB § 174 Nr. 20; 29. November 2007 - 2 AZR 1067/06 - jeweils mwN).

3. Dieser eingeschränkten revisionsrechtlichen Kontrolle hält das angegriffene Berufungsurteil stand.

Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, dass es dem beklagten Land bereits ausgehend von den durch den Kläger eingeräumten und insoweit unstreitigen Tatsachen unzumutbar war, das Arbeitsverhältnis, sei es auch nur bis zum Ablauf der - fiktiven - ordentlichen Kündigungsfrist, fortzusetzen. Dabei kann der Senat dahinstehen lassen, ob die außerordentliche Kündigung wegen des Verdachts begründet ist, der Kläger habe von Drittfirmen, die in die Durchführung der Baumaßnahmen in der M-Kaserne und in der Luftwaffenkaserne W eingebunden waren, Zahlungen teils ohne Gegenleistung entgegen genommen und diese im Gegenzug bei seiner Amtsführung begünstigt. Denn bereits unter Zugrundelegung der eigenen Ausführungen des Klä-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

gers in Verbindung mit dem als unstreitig festgestellten Sachverhalt liegt eine grobe, die Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigende Pflichtverletzung des Klägers vor. Der Kläger hat - sein Vorbringen als wahr unterstellt - in schwerwiegender Weise zumindest gegen die ihn im Zusammenhang mit der Ausübung von Nebentätigkeiten treffenden Vertragspflichten verstoßen und durch die damit verbundenen Umstände dem Ansehen des beklagten Landes schweren Schaden zugefügt.

a) Nach der im Streitfall maßgebenden Regelung des § 11 BAT finden für die Nebentätigkeiten des Angestellten die für die Beamten des Arbeitgebers jeweils geltenden Bestimmungen sinngemäß Anwendung. Diese Verweisung auf die beamtenrechtlichen Bestimmungen (Gesetze, Rechtsverordnungen und Erlasse) ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zulässig (vgl. etwa BAG 22. Februar 2001 - 6 AZR 398/99 - EzBAT BAT § 11 Nr. 10; 25. Juli 1996 - 6 AZR 683/95 - BAGE 83, 311, 315).

Für den Kläger sind danach die für die Nebentätigkeiten der Beamten des Landes Nordrhein-Westfalen geltenden Bestimmungen sinngemäß anzuwenden. Das Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (LBG NW) vom 1. Mai 1981 (GV NW S. 234) in der Fassung des Gesetzes vom 7. März 1990 (GV NW S. 196) lautete - auszugsweise - wie folgt:

"§ 68

(1) Der Beamte bedarf, soweit er nicht nach § 67 zur Übernahme verpflichtet ist, der vorherigen Genehmigung

...

3. zur Übernahme einer Nebenbeschäftigung gegen Vergütung, zu einer gewerblichen Tätigkeit, zur Mitarbeit in einem Gewerbebetrieb oder zur Ausübung eines freien Berufes,

...

(2) Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die Nebentätigkeit dienstliche Interessen beeinträchtigen kann. Ein solcher Versagungsgrund liegt insbesondere vor, wenn die Nebentätigkeit

1. nach Art und Umfang die Arbeitskraft des Beamten so stark in Anspruch nimmt, daß die ordnungsgemäße Erfüllung seiner dienstlichen Pflichten behindert werden kann,

2. den Beamten in einen Widerstreit mit seinen dienstlichen Pflichten bringen kann,

3. die Unparteilichkeit oder die Unbefangenheit des Beamten beeinflussen kann oder

4. zu einer wesentlichen Einschränkung der künftigen dienstlichen Verwendbarkeit des Beamten führen kann.

..."

Durch das Neunte Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 20. April 1999 (GV NW S. 148) wurde § 68 LBG NW mit Wirkung vom 1. Juli 1999 in seinem Abs. 2 wie folgt gefasst:

"(2) Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die Nebentätigkeit dienstliche Interessen beeinträchtigen kann. Ein solcher Versagungsgrund liegt insbesondere vor, wenn die Nebentätigkeit

1. nach Art und Umfang die Arbeitskraft des Beamten so stark in Anspruch nimmt, daß die ordnungsgemäße Erfüllung seiner dienstlichen Pflichten behindert werden kann,

2. den Beamten in einen Widerstreit mit seinen dienstlichen Pflichten bringen kann,

3. in einer Angelegenheit ausgeübt wird, in der die Behörde oder Einrichtung, der der Beamte angehört, tätig wird oder werden kann,

4. die Unparteilichkeit oder die Unbefangenheit des Beamten beeinflussen kann,

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

5. zu einer wesentlichen Einschränkung der künftigen dienstlichen Verwendbarkeit des Beamten führen kann oder

6. dem Ansehen der öffentlichen Verwaltung abträglich sein kann.

..."

Von weiteren Änderungen des § 68 LBG NW im hier maßgeblichen Zeitraum blieben § 68 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 Satz 1 und 2 LBG NW unberührt.

Die sich aus § 68 Abs. 2 Satz 2 LBG NW jeweils ergebenden Versagungsgründe machen deutlich, dass es bei der Genehmigungspflicht der Nebentätigkeit nicht nur darum geht, eine übermäßige, der Erledigung der Dienstgeschäfte abträgliche Beanspruchung des Amtsträgers zu verhindern. Vielmehr soll auch vermieden werden, dass durch die Übernahme der Nebentätigkeit die Integrität des Amtsträgers und damit auch des öffentlichen Arbeitgebers in Frage gestellt wird. § 11 BAT iVm. § 68 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und Abs. 2 LBG NW ergänzen insoweit die sich bereits aus § 8 BAT ergebende Verpflichtung des Angestellten, sich so zu verhalten, wie es von Angehörigen des öffentlichen Dienstes erwartet wird und das in § 10 Abs. 1 BAT an den Angestellten gerichtete Verbot, jedenfalls bei fehlender Zustimmung seines Arbeitgebers, in Bezug auf seine dienstliche Tätigkeit keine Belohnungen und Geschenke anzunehmen. All diesen Regelungen ist der Zweck gemeinsam, das Vertrauen der Öffentlichkeit und auch des Arbeitgebers in eine saubere, an sachlichen Kriterien orientierte Ausübung der Dienstpflichten der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes zu bewahren, insbesondere bereits den bösen Schein zu vermeiden, der Angestellte könne aufgrund ihm gewährter Vorteile oder durch einen aufgrund der ausgeübten Nebentätigkeit hervorgerufenen Interessenkonflikt in seiner Amtsführung beeinflussbar sein.

b) Hiervon ausgehend hat der Kläger seine arbeitsvertraglichen Pflichten gegenüber dem beklagten Land schwerwiegend verletzt.

aa) Der Kläger hat nach seinen eigenen Bekundungen über Jahre hinweg Nebentätigkeiten ausgeübt, ohne eine Genehmigung einzuholen. Er hat dies, wie von ihm eingeräumt, deshalb unterlassen, weil ihm bewusst war, dass diese Nebentätigkeiten nicht genehmigungsfähig waren. Die fortgesetzte und vorsätzliche Ausübung offensichtlich nicht genehmigungsfähiger Nebentätigkeiten in Unkenntnis des Arbeitgebers stellt aber regelmäßig bereits ohne das Hinzutreten besonderer Umstände an sich einen wichtigen Grund zur Kündigung iSd. § 626 Abs. 1 BGB dar (vgl. dazu auch Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - AP BGB § 174 Nr. 20 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7). Mit einem derartigen Verhalten gibt der Angestellte zu erkennen, dass er jederzeit bereit ist, seine eigenen wirtschaftlichen Interessen über seine Vertragspflichten und die von ihm erwartete, ausschließlich an den Belangen seines Arbeitgebers orientierte Amtsführung zu stellen.

bb) Die dem Kläger vorzuwerfenden Pflichtverletzungen stellen sich im Streitfall zudem aufgrund der damit verbundenen Einzelfallumstände als besonders schwerwiegend dar. Die Höhe der vom Kläger bezogenen Leistungen, das Stellen von Rechnungen unter dem Namen Dritter mit teils fingierten Rechnungsinhalten, die Entgegennahme von Barzahlungen auf Baustellen ohne Rechnung und die unstreitige Tatsache, dass der Kläger ausschließlich von solchen Firmen beauftragt wurde, mit denen er auch in dienstlichem Kontakt stand, waren grundsätzlich geeignet, zumindest nach "außen", den Eindruck von Schmiergeldzahlungen zu erwecken. Der Kläger hat zudem erklärt, dass er von sich aus den betreffenden Drittfirmen seine Dienste in einer bei diesen bestehenden "Notsituation" angeboten haben will. Dies als zutreffend unterstellt musste er aber davon ausgehen, dass ihn die Firmen auch deshalb beauftragten, weil sie mit einer anschließenden, beanstandungsfreien Prüfung der ihm übertragenen Teilleistungen rechneten. Mit diesem Verhalten hat der Kläger das Vertrauen der Allgemeinheit und seines Arbeitgebers in eine von den ihm gewährten Verdienstmöglichkeiten unbeeinflusste Amtsführung erheblich verletzt. Zudem hat der Kläger das Ansehen des beklagten Landes beschädigt, und zwar ohne dass es noch darauf ankäme, ob ihn

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

die vermeintlichen Nebentätigkeiten und daraus geflossenen Zahlungen tatsächlich dazu bewogen haben, die betreffenden Drittfirmen bei der Auftragsvergabe zu begünstigen und ob dem beklagten Land hierdurch ein Schaden entstanden ist.

cc) Hinzu kommt, dass der Kläger - wie von ihm ausdrücklich eingeräumt - für die benannten Drittfirmen im Rahmen der vermeintlichen Nebentätigkeiten gerade solche Zeichnungen und Planungsunterlagen erstellt haben will, deren Prüfung ihm als zuständigem Sachbearbeiter oblag. Mit der gemäß seinem eigenen Vorbringen ausgeübten "Doppelfunktion" hat der Kläger eingerichtete und notwendige Kontrollmechanismen, die bei der Planung und Durchführung öffentlicher Baumaßnahmen auch den Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit dienen, faktisch außer Kraft gesetzt und entwertet. Auch um der Ausübung dieser Kontrollbefugnisse willen war der Kläger aber beim beklagten Land als Sachbearbeiter beschäftigt und bezog eine dementsprechende Vergütung. Ferner gehörte es als zuständigem Sachbearbeiter zu den Arbeitsaufgaben des Klägers, seine Vorgesetzten über etwaige Schwierigkeiten der beauftragten Unternehmen bei der Abwicklung der vergebenen öffentlichen Aufträge zu unterrichten, um ggf. die Einleitung geeigneter Schritte zu ermöglichen bis hin zu der Erwägung, künftig andere Firmen zu beauftragen. Statt dessen hat der Kläger - von seinem Vorbringen ausgehend - diese Schwierigkeiten zu seinem eigenen wirtschaftlichen Vorteil genutzt.

c) Das beklagte Land war nicht verpflichtet, den Kläger vor Ausspruch der Kündigung abzumahnen.

aa) Für eine verhaltensbedingte Kündigung gilt das sog. Prognoseprinzip. Der Zweck der Kündigung ist nicht Sanktion für die Vertragspflichtverletzung, sondern dient der Vermeidung des Risikos weiterer Pflichtverletzungen. Die vergangene Pflichtverletzung muss sich deshalb noch in der Zukunft belastend auswirken (Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - AP BGB § 174 Nr. 20 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7; 12. Januar 2006 - 2 AZR 179/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68). Eine negative Prognose liegt vor, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde den Arbeitsvertrag auch nach einer Kündigungsandrohung erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen. Deshalb setzt eine Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung regelmäßig eine Abmahnung voraus. Sie dient der Objektivierung der negativen Prognose (Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - aaO. mwN).

bb) Die Abmahnung ist zugleich aber auch Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Eine Kündigung ist nicht gerechtfertigt, wenn es andere geeignete mildere Mittel gibt, um die Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen. Dieser Aspekt hat durch die Regelung des § 314 Abs. 2 BGB eine gesetzgeberische Bestätigung erfahren (KR/Fischermeier 8. Aufl. § 626 BGB Rn. 256; Stahlhacke/Preis 9. Aufl. Rn. 1172; Gotthardt Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform Rn. 204 ff.; Schlachter NZA 2005, 433, 437). Nach dieser Norm ist eine Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach einer erfolglosen Abmahnung zulässig. Dies gilt grundsätzlich auch bei Störungen im Vertrauensbereich. Eine vorherige Abmahnung ist unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aber ausnahmsweise entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann (vgl. Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - AP BGB § 174 Nr. 20 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7 mwN) oder es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei der die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist (Senat 15. November 2001 - 2 AZR 605/00 - BAGE 99, 331, 336; 10. Februar 1999 - 2 ABR 31/98 - BAGE 91, 30, 38 f.). Ähnliches ergibt sich aus § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB, nach dem § 323 Abs. 2 BGB entsprechende Anwendung findet. Nach § 323 Abs. 2 BGB ist eine Fristsetzung bzw. damit auch eine Abmahnung entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder besondere Umstände vorliegen,

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt bzw. eine Kündigung rechtfertigen (Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - aaO.; 12. Januar 2006 - 2 AZR 179/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68).

cc) Gemessen hieran bedurfte es vor Ausspruch der Kündigung keiner Abmahnung. Der Kläger konnte keinesfalls damit rechnen, dass das beklagte Land sein Verhalten billigen oder diesem lediglich mit einer Abmahnung begegnen würde. Eine dahingehende Würdigung lässt bereits die Schwere der sich aus dem eigenen Vorbringen des Klägers ergebenden Vertragspflichtverletzungen und der dadurch auf Seiten des beklagten Landes bewirkte erhebliche Vertrauensverlust nicht zu. Insbesondere die Anstrengungen, die der Kläger unternommen hatte, um seine Nebentätigkeiten zu verschleiern und gegenüber dem beklagten Land geheim zu halten, lassen eine Wiederherstellung des Vertrauens in ein vertragsgetreues Verhalten des Klägers nicht mehr erwarten.

d) Die Interessenabwägung führt zu keinem für den Kläger günstigen Ergebnis. Das Landesarbeitsgericht hat - wie schon das Arbeitsgericht - eine umfassende Abwägung der Interessen beider Vertragsteile vorgenommen. Soweit das Landesarbeitsgericht die Kündigung unter dem Gesichtspunkt einer Verdachtskündigung gewürdigt hat, während der Senat von einer nachweislichen Pflichtverletzung des Klägers als Kündigungsgrund ausgeht, vermag dies die Abwägung unter Berücksichtigung der Fallumstände nicht wesentlich zu beeinflussen. Alle übrigen abwägungsrelevanten Umstände sind festgestellt, eine Aufklärung für die Entscheidung relevanter weiterer Aspekte ist nicht zu erwarten.

aa) Hiervon ausgehend ist den Vorinstanzen darin zuzustimmen, dass keiner der für den Kläger streitenden, abwägungsrelevanten Gesichtspunkte angesichts des Gewichts der Pflichtverletzungen ein überwiegendes Interesse des beklagten Landes an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ernsthaft in Zweifel ziehen konnte. Die Unterhaltspflichten des Klägers konnten vor diesem Hintergrund nur marginale Bedeutung gewinnen (vgl. etwa Senat 5. April 2001 - 2 AZR 159/00 - AP BGB § 626 Nr. 171 = EzA BGB § 626 nF Nr. 187; 27. Februar 1997 - 2 AZR 302/96 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 36 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 51). Anhaltspunkte dafür, dass die Chancen des Klägers auf dem Arbeitsmarkt altersbedingt konkret beeinträchtigt sind, liegen nicht vor. Zugunsten des Klägers zu gewichten war zwar die Dauer des Arbeitsverhältnisses, welches bereits seit 1987 bestand. Allerdings wird dieser Gesichtspunkt erheblich relativiert durch die Tatsache, dass der Kläger seine vermeintlichen Nebentätigkeiten insbesondere für das Ingenieurbüro K. bereits im Jahr 1992 aufgenommen hatte und deshalb nicht von einem langjährig unbelasteten Arbeitsverhältnis ausgegangen werden konnte.

bb) Aus der ordentlichen Unkündbarkeit des Klägers gemäß § 53 Abs. 3 BAT ergibt sich kein anderes Bild. Bei der Prüfung der Frage, ob ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt, geht es allein um die Abwägung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der bei einem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer "fiktiven" Kündigungsfrist dem Arbeitgeber noch zugemutet werden kann. Bei dieser Prüfung besteht kein hinreichender Anlass, neben dem Alter und der Beschäftigungsdauer die ordentliche Unkündbarkeit erneut zu Gunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen und diesen besser zu stellen als einen Arbeitnehmer ohne diesen Sonderkündigungsschutz bei entsprechenden Einzelfallumständen und beiderseitigen Interessen (Senat 27. April 2006 - 2 AZR 386/05 - BAGE 118, 104, 113 f.; im Ansatz auch Senat 21. Januar 1999 - 2 AZR 665/98 - BAGE 90, 367). Die im Streitfall noch anzuwendenden Tarifregelungen der § 54 Abs. 1, § 55 BAT enthalten keinen Anhaltspunkt für einen Willen der Tarifpartner, selbst beim Vorliegen eines verhaltensbedingten wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung den unkündbaren Arbeitnehmer besser zu behandeln als jeden anderen Arbeitnehmer (Senat 27. April 2006 - 2 AZR 386/05 - aaO.; 10. Oktober 2002 - 2 AZR 418/01 - EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 1).

e) Danach kam es nicht entscheidungserheblich darauf an, ob es sich bei den geflossenen Zahlungen um Schmiergelder iSd. § 10 BAT gehandelt hat und ob sich der Kläger mit dem gezeigten Ver-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

halten einer Vorteilsannahme iSd. § 331 StGB oder anderer strafbewehrter Verfehlungen schuldig oder zumindest dringend verdächtig gemacht hat. Dass der Kläger für die an ihn geflossenen Zahlungen, wie er behauptet, "werthaltige" Gegenleistungen erbracht haben will, schließt allerdings die Verwirklichung des Straftatbestandes der Vorteilsannahme bzw. eines dahingehenden dringenden Verdacht nicht von vornherein aus (vgl. BGH 21. Juni 2007 - 4 StR 69/07 - NStZ-RR 2007, 309; 21. Juni 2007 - 4 StR 99/07 - NStZ 2008, 216). Weiter konnte offen bleiben, ob es bezüglich des nachgeschobenen Verdachts als Kündigungsgrund und dahingehender, im Verlauf des Kündigungsrechtsstreits eingeführter Verdachtsmomente, va. betreffend die vom beklagten Land behauptete Begünstigung der Drittfirmen, einer vorherigen Anhörung des Klägers bedurfte. Ebenso wenig kam es auf die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen nach § 286 ZPO an, die sich ausnahmslos gegen die Verwertung solcher, vom beklagten Land vorgetragener Sachverhalte richten, auf die es seine Behauptungen zum Schmiergeldcharakter der erfolgten Zahlungen gestützt hat. Soweit sich der Kläger gegen die Zulassung verspäteten Vorbringens durch das Berufungsgericht wendet, kann dies mit der Revision ohnehin nicht gerügt werden (BAG 6. April 1994 - 5 AZR 518/93 - EEK I/1141; BAG 20. April 1983 - 4 AZR 497/80 - BAGE 42, 244, 256 f.).

f) Die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB (bzw. § 54 Abs. 2 Satz 1 BAT) hat das Landesarbeitsgericht - ersichtlich den diesbezüglichen Ausführungen des Arbeitsgerichts folgend - als gewahrt angesehen. Anhaltspunkte dafür, dass diese Bewertung unzutreffend sein könnte, liegen nicht vor. Der Kläger hat die Einhaltung der Frist zu keiner Zeit beanstandet und erhebt auch in der Revision diesbezüglich keine Rügen.

II. Die ordnungsgemäße Beteiligung des Personalrats steht zwischen den Parteien grundsätzlich nicht im Streit. Das beklagte Land hat den Personalrat mit der Anhörung vom 4. März 2004 bereits umfänglich zu einer beabsichtigten Tatkündigung angehört und dabei den Sachverhalt, der die Kündigung im Hinblick auf die vermeintlichen Nebentätigkeiten des Klägers aus wichtigem Grund nach den vorstehenden Ausführungen rechtfertigt, vollständig mitgeteilt. Soweit das beklagte Land das Fehlverhalten des Klägers dabei im Sinne einer Vorteilsannahme bzw. Bestechlichkeit sowie einer Untreue zum Nachteil des beklagten Landes als strafrechtlich relevant beurteilt hat, entspricht dies der subjektiven Determiniertheit der Anhörung des Personalrats, dh. der Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Personalrat die Kündigungsgründe mitzuteilen, die für seinen Kündigungsentschluss tragend sind (vgl. dazu nur Senat 18. Oktober 2006 - 2 AZR 676/05 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 163 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 73 mwN). Die dahingehende Mitteilung steht auch einer materiell-rechtlichen Bewertung des geltend gemachten Kündigungsgrundes als grobe Vertragspflichtverletzung ohne entsprechende strafrechtliche Qualifizierung, auf die es ohnehin für die kündigungsrechtliche Beurteilung nicht entscheidend ankommen kann (vgl. etwa Senat 12. August 1999 - 2 AZR 923/98 - BAGE 92, 184, 193 f.; 20. August 1997 - 2 AZR 620/96 - AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 27 = EzA BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 7), nicht entgegen.

C. Der Kläger hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen.

Auf diese Entscheidung wird Bezug genommen in folgenden Gerichtsentscheidungen:
BAG 13.5.2015 - 2 ABR 38/14
BAG 31.7.2014 - 2 AZR 407/13
BAG 31.7.2014 - 2 AZR 408/13

Fundstelle(n):
DB 2009 S. 743 Nr. 14
[EAAAD-15868]

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.