

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 284/10
3 Sa 235/08
Sächsisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
9. Juni 2011

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. Juni 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Roeckl und Falke für Recht erkannt:

- I. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 7. Oktober 2009 - 3 Sa 235/08 - wird als unzulässig verworfen, soweit sie sich gegen die Zurückweisung der Berufung gegen die Abweisung des Antrags auf Rücknahme und Entfernung der Abmahnungen vom 3. August 2006 und 23. Oktober 2007 im Urteil des Arbeitsgerichts Leipzig vom 6. März 2008 - 16 Ca 5432/07 - richtet.
- II. Auf die weitergehende Revision des Klägers wird das genannte Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts teilweise aufgehoben.
- III. Auf die Berufung des Klägers wird das genannte Urteil des Arbeitsgerichts Leipzig teilweise abgeändert:
Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 29. November 2007 nicht aufgelöst worden ist.
- IV. Im Übrigen wird die Revision des Klägers zurückgewiesen.
- V. Der Kläger hat 4/5, der Beklagte hat 1/5 der Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis aufgrund außerordentlicher, zumindest aufgrund ordentlicher Kündigung geendet hat. 1

Der beklagte Landkreis ist nach Sächsischem Landesgesetz untere Brandschutz-, Rettungsdienst- und Katastrophenschutzbehörde. In seinem Auftrag werden die damit verbundenen Aufgaben teilweise von Kreisverbänden des Deutschen Roten Kreuzes (*DRK*) wahrgenommen. Der beklagte Landkreis selbst hat die angemessene Ausstattung und Einsatzfähigkeit des damit betrauten Personals und der benötigten Sachmittel sicherzustellen. Dazu werden ua. die Einsatzfahrzeuge und deren Ausstattung einmal jährlich auf ihre Funktionsfähigkeit hin überprüft. 2

Behördenintern war mit diesen Überprüfungen - neben sonstigen Aufgaben - seit Oktober 2003 der Kläger betraut. Der Kläger wurde 1962 geboren. Er ist verheiratet und Vater zweier Kinder. Er war bei dem beklagten Landkreis und dessen Rechtsvorgänger seit dem 1. April 1995 beschäftigt, zuletzt als Sachbearbeiter im Ordnungsamt. Zum Zwecke der Überprüfungen hatte er die bereitgehaltenen Katastrophenschutzfahrzeuge persönlich zu inspizieren und die Vollständigkeit und Funktionstauglichkeit ihrer Ausstattung einschließlich der Funkausrüstung zu kontrollieren. Darüber hatte er Protokolle zu führen, die dem Regierungspräsidium als obere Aufsichtsbehörde vorzulegen waren. Über das Ergebnis der Inspektionen war neben dem Regierungspräsidium auch das Innenministerium zu informieren. 3

Der Kläger erfüllte seine Aufgabe nur unvollständig. Er hatte Überprüfungen ua. beim DRK G und DRK W durchzuführen. Im Jahr 2004 unterließ er die Kontrollen gänzlich. Im Jahr 2005 überprüfte er nur die Fahrzeuge des DRK G. Als das Regierungspräsidium im November 2007 die Ausbildung des Sanitätszugs beim DRK W kontrollierte, ergab sich, dass dort seit 2004 keine staatlichen Überprüfungen vor Ort mehr vorgenommen worden waren. Der Kreisverband hatte lediglich Eigenkontrollen durchgeführt, bei denen der Kläger nicht anwesend war. In den Jahren 2004 bis 2006 hatte er jeweils Kopien der Prüfprotokolle an den Kläger gesandt. An einem Prüftermin im September 2007 hatte der Kläger ebenfalls nicht teilgenommen. Er hatte dem DRK vorab teilweise schon ausgefüllte und abgestempelte Protokollvordrucke übersandt, in denen er die Ausstattung der Fahrzeuge als ausreichend und die Fahrzeuge selbst als einsatzfähig und in gutem Pflegezustand befindlich eingestuft und die er als „Prüfender“ bereits unterzeichnet hatte. Die Mitarbeiter des DRK hatten sie anschließend vervollständigt und an den Kläger zurückgesandt. 4

Von diesen Vorgängen erhielt der beklagte Landkreis aufgrund eines Schreibens des Regierungspräsidiums vom 16. November 2007 Kenntnis. Noch am selben Tag nahm er eigene Recherchen beim DRK G vor. Er erfuhr, dass auch dort im Januar 2007 eine Überprüfung stattgefunden hatte, bei der der Kläger nicht anwesend war. Dennoch waren die Prüfprotokolle von ihm als „Prüfendem“ unterschrieben worden. Für künftige Überprüfungen hatte der 5

Kläger dem DRK G teilweise vorweg ausgefüllte und unterschriebene Blanko-Formulare bereits zukommen lassen.

Bei seiner Anhörung am 27. November 2007 räumte der Kläger die gegen ihn erhobenen Vorwürfe ein. Mit Schreiben vom selben Tage unterrichtete der Landkreis den Personalrat über seine Absicht, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger außerordentlich, hilfsweise ordentlich zu kündigen. Der Personalrat teilte tags darauf mit, er stimme einer ordentlichen Kündigung zu, die Absicht zur außerordentlichen Kündigung nehme er zur Kenntnis. 6

Mit vier separaten Schreiben vom 29. November 2007 kündigte der beklagte Landkreis das Arbeitsverhältnis der Parteien zweimal außerordentlich fristlos, zweimal ordentlich jeweils zum 30. Juni 2008. 7

Dagegen hat der Kläger rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben. Er hat die Auffassung vertreten, Kündigungsgründe lägen nicht vor. Er hat vorgebracht, er sei - unstreitig - von Oktober 2004 bis Juli 2005 erkrankt gewesen. Das habe dazu geführt, dass er im gesamten Jahr 2005 nicht selbst Auto fahren dürfe. Zudem sei er durch schwere Erkrankungen seines Sohnes und seiner Schwiegermutter im Jahr 2006 und seiner Ehefrau im Jahr 2007 psychisch stark belastet gewesen. Vor einer Kündigung habe er abgemahnt werden müssen. Zwei Abmahnungen vom August 2006 und Oktober 2007 seien insoweit nicht einschlägig. Im Übrigen habe der beklagte Landkreis den Personalrat nicht hinreichend über entlastende Umstände unterrichtet. 8

Der Kläger hat - soweit noch von Interesse - beantragt 9

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die zwei außerordentlichen Kündigungen vom 29. November 2007 noch durch die zwei ordentlichen Kündigungen von diesem Tag aufgelöst worden ist;
2. den Beklagten zu verurteilen, die Abmahnungen vom 3. August 2006 und 23. Oktober 2007 zurückzunehmen und aus der Personalakte zu entfernen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat gemeint, der Kläger habe grob gegen seine Arbeitspflichten verstoßen. Mit seinem Verhalten 10

habe er die erforderliche Vertrauensbasis für eine weitere Zusammenarbeit zerstört. Eine Beschäftigung an anderer Stelle komme nicht in Betracht. Bei allen Tätigkeiten, die der für den Kläger einschlägigen Entgeltgruppe 9 der Anlage 3 zum TVÜ-VKA entsprächen, habe der jeweilige Stelleninhaber in der Regel selbständige Entscheidungen zu treffen und Aufgaben von nicht geringer Bedeutung zu erfüllen. Daraus folge mit Blick auf den Kläger eine dauernde Wiederholungsgefahr.

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

Entscheidungsgründe

Die Revision ist teilweise begründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien wurde nicht durch eine außerordentliche Kündigung aufgelöst. Die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB liegen nicht vor. Die Revision ist unbegründet, soweit sich der Kläger auch gegen eine Auflösung durch fristgerechte Kündigung wehrt. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat mit Ablauf der Kündigungsfrist am 30. Juni 2008 geendet. Die Revision ist unzulässig, soweit sie sich gegen die Abweisung des Antrags auf Rücknahme und Entfernung der Abmahnung richtet. 12

I. Die Revision ist nicht wegen eines absoluten Revisionsgrundes iSv. § 547 ZPO - in vollem Umfang - begründet. Zwar hat das Landesarbeitsgericht über die Frage einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gem. § 156 Abs. 1, Abs. 2 ZPO ohne Hinzuziehung der ehrenamtlichen Richter entschieden. Darin liegt ein Besetzungsfehler nach § 547 Nr. 1 ZPO. Eine Rechtsverletzung iSv. § 73 ArbGG, § 547 Halbs. 1 ZPO ist aber vom Revisionsgericht wegen § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO nur zu beachten, wenn die Revision (*auch*) auf sie gestützt wird. Die ordnungsgemäße Besetzung des Gerichts ist keine in der Rechtsmittelinstanz von Amts wegen zu prüfende Voraussetzung für die Fortsetzung des Prozesses (*BAG 28. September 1961*) 13

- 2 AZR 32/60 - BAGE 11, 276; Müller-Glöge in Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG 7. Aufl. § 74 Rn. 103). Erhebt der Revisionskläger die entsprechende Verfahrensrüge nicht, kommt es auf einen Verstoß gegen § 547 Nr. 1 ZPO nicht an. Dies gilt selbst dann, wenn gerade diese Rüge der Beschwerde, die gegen die Nichtzulassung der Revision geführt wurde, nach § 72 Abs. 2 Nr. 3, § 72a Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ArbGG zum Erfolg verholfen hat. Der Beschwerdeführer muss seine Rüge im anschließenden Revisionsverfahren nicht aufrechterhalten.

Danach ist das Vorliegen eines absoluten Revisionsgrundes iSv. § 547 Nr. 1 ZPO im Streitfall ohne Bedeutung. Der Kläger hat in der Revisionsbegründung ausdrücklich erklärt, er erhebe die im Beschwerdeverfahren vorgebrachte Verfahrensrüge im Revisionsverfahren selber nicht. 14

II. Die Revision hat Erfolg, soweit der Kläger die Feststellung begehrt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch außerordentliche Kündigung beendet worden ist. 15

1. Der entsprechende Antrag des Klägers bedarf der Auslegung. Er ist auf die Feststellung gerichtet, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht „durch die zwei außerordentlichen Kündigungen vom 29. November 2007“ aufgelöst worden ist. Der Antrag nimmt mit dieser Formulierung darauf Bezug, dass der beklagte Landkreis mit zwei separaten, indes nach äußerem Erscheinungsbild und Wortlaut vollständig identischen Schreiben vom 29. November 2007 jeweils die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses erklärt hat. Dem Verhalten des beklagten Landkreises liegt offenbar die Absicht zugrunde, mit unterschiedlichen Kündigungsgründen jeweils eine eigenständige Kündigungserklärung zu verbinden. 16

Aus der nach §§ 133, 157 BGB maßgeblichen Sicht des Klägers als des Empfängers der Erklärungen stellen die beiden Schreiben dagegen eine einheitliche identische Willenserklärung dar, die zweimal ausgesprochen wurde. Schon weil in den beiden Schreiben selbst die ihnen jeweils zugeordneten Kündigungsgründe nicht aufgeführt waren, konnte der Kläger sie angesichts ihrer völligen äußeren Übereinstimmung nicht als eigenständige Willenserklä- 17

rungen verstehen - unbeschadet der Frage, ob nicht selbst bei Angabe von Kündigungsgründen materiell-rechtlich nur eine einzige, einheitliche Erklärung - gestützt auf die in beiden Schreiben aufgeführten Gründe - vorläge.

Entsprechend der materiell-rechtlichen Lage ist der Antrag des Klägers 18
dahin zu verstehen, dass er sich gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die eine einheitliche außerordentliche Kündigung seitens des beklagten Landkreises vom 29. November 2007 richtet.

2. Der Antrag ist begründet. Die außerordentliche Kündigung vom 19
29. November 2007 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst. Es fehlt an einem wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB.

a) Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem 20
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 Vertrags-
teile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungs-
frist nicht zugemutet werden kann.

Eine Kündigung aus wichtigem Grund kann insbesondere dann berech- 21
tigt sein, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglichen Hauptleistungspflichten und/oder vertragliche Nebenpflichten erheblich verletzt hat. Liegt eine solche Pflichtverletzung vor, ist nach § 626 Abs. 1 BGB weiter zu prüfen, ob nicht eine ordentliche Kündigung genügt hätte, um künftige Vertragsstörungen seitens des Arbeitnehmers zu vermeiden (*BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 34, AP BGB § 626 Nr. 229 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32*). Dazu ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist abzuwägen. Es hat eine Bewertung des konkreten Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen.

Die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die 22
Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ende der Frist für eine ordentliche

Kündigung zumutbar war oder nicht, lassen sich nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkung einer Vertragspflichtverletzung - etwa im Hinblick auf das Maß eines durch sie bewirkten Vertrauensverlusts und ihre wirtschaftlichen Folgen - der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn dem Arbeitgeber angesichts der Gesamtumstände sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Die außerordentliche Kündigung ist unwirksam, wenn schon eine ordentliche Kündigung geeignet war, das Risiko künftiger Störungen zu vermeiden (*BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 34 mwN, AP BGB § 626 Nr. 229 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32*). Diese Grundsätze gelten uneingeschränkt auch bei Vertragsstörungen im Vertrauensbereich.

b) Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, dem beklagten Landkreis sei es unzumutbar gewesen, das Arbeitsverhältnis auch nur bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung fortzusetzen. Seine Entscheidung hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht in jeder Hinsicht stand. Zwar liegt eine erhebliche Vertragspflichtverletzung des Klägers und damit „an sich“ ein wichtiger Grund zur Kündigung vor. Dennoch erweist sich die außerordentliche Kündigung als unverhältnismäßig. Aufgrund der besonderen, vom Landesarbeitsgericht nicht hinreichend beachteten Umstände des Streitfalls war dem beklagten Landkreis die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls für die Dauer der Kündigungsfrist zuzumuten. 23

aa) Der Kläger hat gegen seine vertraglichen Pflichten erheblich verstoßen. Für die kündigungsrechtliche Beurteilung ist es dabei nicht von Belang, ob das Verhalten des Klägers insgesamt als Verletzung von Hauptleistungspflichten anzusehen ist oder zwischen einem Verstoß gegen die Hauptleistungspflicht - dem Unterlassen der vorgeschriebenen Überprüfungen - und einem Verstoß gegen Nebenpflichten aus § 241 Abs. 2 BGB - dem zusätzlichen Vortäuschen ihrer Vornahme - unterschieden werden kann. 24

(1) Das Landesarbeitsgericht hat - für den Senat nach § 559 Abs. 1 ZPO 25
bindend - festgestellt, dass der Kläger beim Kreisverband des DRK in W auch
nach dem Ende seiner Arbeitsunfähigkeit im Sommer 2005 nicht nur keine
eigenen Kontrollen mehr durchgeführt, sondern vorgedruckte Protokolle über
eine angeblich im September 2007 von ihm vorgenommene Überprüfung als
„Prüfender“ unterzeichnet hat, nachdem er die Formulare teilweise vorab schon
ausgefüllt und mit dem Behördenstempel versehen hatte. Gleiches gilt für eine
angebliche Kontrolle der Ausrüstung beim DRK G am 18. Januar 2007. Auch
für danach anstehende Überprüfungen hatte der Kläger bereits unterzeichnete
Blanko-Formulare übermittelt. Ähnlich war er, wie das Landesarbeitsgericht in
den Entscheidungsgründen festgestellt hat, schon im Jahr 2006 verfahren.

(2) Ein solches Verhalten kommt „an sich“ als wichtiger Grund iSv. § 626 26
Abs. 1 BGB in Betracht. Der Kläger hat durch das Unterlassen eigener Überprü-
fungen über einen Zeitraum von knapp zwei Jahren, ohne dass er daran durch
eigene Arbeitsunfähigkeit gehindert gewesen wäre, nicht nur einige seiner
Hauptleistungspflichten nicht erfüllt. Er hat durch die Unterzeichnung der Proto-
kolle überdies aktiv darüber getäuscht, seine Pflichten wahrgenommen zu
haben. Beides zusammen genommen wiegt schwer. Der Kläger hat auf diese
Weise sein tatsächliches Untätigbleiben gerade verschleiert. Er hat den Auf-
sichtsbehörden damit die Möglichkeit und Chance genommen, auf erkennbare
Unregelmäßigkeiten zeitnah zu reagieren. Sein Verhalten stellt sich vor dem
Hintergrund, vor welchem die behördlichen Kontrollen vorzunehmen sind
- einem möglichen Brand- oder Katastrophenfall -, und angesichts der Zeit-
spanne, während derer er untätig geblieben war, als erheblicher Verstoß gegen
seine vertraglichen Pflichten dar.

bb) Eine außerordentliche Kündigung ist bei Berücksichtigung aller Um- 27
stände des Streitfalls und nach Abwägung der gegenteiligen Interessen der
Parteien gleichwohl nicht gerechtfertigt.

(1) Dies vermag der Senat selbst zu entscheiden. Zwar kommt dem Beru- 28
fungsgericht bei der im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB vorzunehmenden
Interessenabwägung nach der Rechtsprechung des Senats ein Beurteilungs-

spielraum zu (vgl. BAG 11. Dezember 2003 - 2 AZR 36/03 - zu II 1 f der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 179 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 5). Dennoch handelt es sich auch dabei nicht um Tatsachenfeststellung, sondern um Rechtsanwendung. Eine eigene Abwägung durch das Revisionsgericht ist deshalb möglich, wenn die des Berufungsgerichts fehlerhaft oder unvollständig ist und sämtliche relevanten Tatsachen feststehen (BAG 23. Juni 2009 - 2 AZR 103/08 - Rn. 36, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 17).

(2) So liegt der Fall hier. Das Landesarbeitsgericht hat bei der Interessenabwägung nicht alle wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtigt. Es hat außer Betracht gelassen, dass der Kläger nicht ausschließlich mit der Überprüfung von Gerätschaften des Katastrophenschutzes und Rettungsdienstes betraut war. Seine Arbeitsaufgaben bestanden vielmehr nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat überwiegend in Sachbearbeitertätigkeiten am Dienstsitz selbst. Diese Aufgaben hat er ohne Einschränkungen erfüllt. War es dem beklagten Landkreis nach den gesamten Umständen zwar nicht zuzumuten, den Kläger jemals noch bei den fraglichen Kontrollen einzusetzen, so war der Kläger doch ohne diese Aufgabe nicht etwa beschäftigungslos. Die Überprüfungen waren zudem nur je einmal im Jahr vorzunehmen. Für die Dauer der bis zum 30. Juni 2008 laufenden Kündigungsfrist war weder mit weiteren Vertragsstörungen durch den Kläger noch mit organisatorischen Schwierigkeiten zu rechnen, die gerade dadurch entstünden, dass der Kläger auf seiner Stelle nicht umgehend ersetzt würde.

29

Angesichts dessen und angesichts des Umstands, dass der Kläger durch seine familiäre Situation in einer Weise psychisch belastet war, von der das Landesarbeitsgericht angenommen hat, sie sei „geeignet [gewesen], Schlecht- oder Fehlleistungen zu begünstigen“, war es dem beklagten Landkreis zumutbar, das Arbeitsverhältnis jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen.

30

- III. Die Revision ist unbegründet, soweit der Kläger die Feststellung begehrt, dass das Arbeitsverhältnis ebensowenig durch ordentliche Kündigung geendet hat. 31
1. Der Feststellungsantrag ist auch hinsichtlich der von ihm erfassten „zwei ordentlichen Kündigungen“ vom 29. November 2007 dahin zu verstehen, dass er sich - entsprechend der materiellen Rechtslage - gegen eine einzige einheitliche fristgemäße Kündigung von diesem Tage richtet. Die Ausführungen unter II 1 gelten im vorliegenden Zusammenhang gleichermaßen. 32
2. Der so verstandene Antrag ist unbegründet. Die ordentliche Kündigung vom 29. November 2007 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Ablauf des 30. Juni 2008 beendet. 33
- a) Auf das Arbeitsverhältnis findet das Kündigungsschutzgesetz Anwendung. Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist eine Kündigung sozial gerechtfertigt, wenn sie durch Gründe, die im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, bedingt ist. Sie ist durch solche Gründe „bedingt“, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat und eine dauerhaft 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 Vertrags-treue zu bewirken (*BAG 28. Oktober 2010 - 2 AZR 293/09 - Rn. 12, EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 78; 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 34, 37, AP BGB § 626 Nr. 229 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32*). Im Vergleich mit einer fristgemäßen Kündigung kommen als mildere Mittel insbesondere Versetzung und Abmahnung in Betracht. 34
- Beruhet die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann (*BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 -* 35

Rn. 36, AP BGB § 626 Nr. 229 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32; Schlachter NZA 2005, 433, 436). Einer Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 iVm. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes demnach nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (vgl. BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 37 mwN, aaO).

b) Danach ist die ordentliche Kündigung vom 29. November 2007 durch Gründe im Verhalten des Klägers bedingt. 36

aa) Der Kläger hat seine vertraglichen Pflichten - wie dargelegt - schuldhaft erheblich verletzt. 37

bb) Der Ausspruch der darauf gestützten fristgerechten Kündigung ist nicht unverhältnismäßig. Angesichts der Schwere der Pflichtverletzungen war eine Hinnahme des Verhaltens des Klägers durch den beklagten Landkreis ausgeschlossen. Die mit einer Abmahnung oder Versetzung als mildere Mittel verbundene Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus ist dem beklagten Landkreis objektiv unzumutbar. 38

(1) Der Kläger hat über sein Untätigsein nicht nur einmal, sondern über einen Zeitraum von knapp zwei Jahren mehrfach, dh. systematisch getäuscht. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass er seine Kontrolltätigkeit in absehbarer Zeit von sich aus wieder aufgenommen hätte. 39

(2) Der Kläger hat durch seine Falschangaben Aktivitäten vorgetäuscht, deren tatsächliche Vornahme gewährleisten soll, dass bei plötzlichen Brand- oder Katastrophenfällen und im „regulären“ Rettungsdienst effektive und technisch zuverlässige Mittel zur Bekämpfung bzw. für den Einsatz zur Verfügung stehen. Durch sein Verhalten hat er diese Gewähr leichtfertig aufs Spiel ge- 40

setzt. Zwar ist anzunehmen, dass die zu kontrollierenden DRK-Kreisverbände auf die Einsatzfähigkeit ihrer Ausrüstung auch von sich aus geachtet haben. Gleichwohl konnten sich dabei „Großzügigkeiten“ einschleichen, denen eine staatliche Kontrolle gerade entgegenwirken soll.

(3) Der Kläger hat durch sein Verhalten gezeigt, dass er um offensichtlich privater, freilich von ihm nicht näher erläuterter Dispositionen willen bereit ist, erhebliche Risiken für das Allgemeinwohl in Kauf zu nehmen. Dass er den Weg der Täuschung und nicht - wenn er denn der Auffassung gewesen sein sollte, die vorgesehenen Überprüfungen seien sachlich nicht geboten - den der offenen Erklärung und ggf. Aussprache gewählt hat, ist durch schwierige private Umstände und psychische Belastungen weder zu erklären noch zu entschuldigen. Seine systematischen Verschleierungen, die auch den zu kontrollierenden Einrichtungen nicht verborgen geblieben sind, machen es dem beklagten Landkreis objektiv unzumutbar, das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist am bisherigen oder - nach Versetzung - auf einem anderen Arbeitsplatz fortzusetzen. 41

c) Die ordentliche Kündigung ist nicht gem. § 108 BPersVG, § 78 Abs. 3 SächsPersVG mangels ordnungsgemäßer Beteiligung des Personalrats unwirksam. 42

aa) Nach § 78 Abs. 1 SächsPersVG hat der Personalrat bei ordentlichen Kündigungen mitzuwirken. Gem. § 76 Abs. 1 SächsPersVG ist dazu die beabsichtigte Maßnahme vor ihrer Durchführung mit dem Ziel einer Verständigung rechtzeitig und eingehend mit ihm zu erörtern. 43

Hier hat die Personalratsvorsitzende, nachdem das Mitwirkungsverfahren durch Übermittlung des Begründungsschreibens vom 27. November 2007 seitens des beklagten Landkreises eingeleitet worden war, mit Schreiben vom 28. November 2007 erklärt, der Personalrat stimme der ordentlichen Kündigung zum 30. Juni 2008 zu. Damit war das Mitwirkungsverfahren äußerlich ordnungsgemäß abgeschlossen. 44

bb) Es ist nicht deshalb fehlerhaft, weil der Personalrat vom beklagten Landkreis über die Kündigungsgründe unzutreffend unterrichtet und damit nicht korrekt iSv. § 78 Abs. 1, § 76 Abs. 1 SächsPersVG beteiligt worden wäre. 45

(1) Die im Rahmen der Mitwirkung erforderliche Unterrichtung des Personalrats über die Gründe für die beabsichtigte ordentliche Kündigung soll diesem die Möglichkeit eröffnen, sachgerecht zur Kündigungsabsicht Stellung zu nehmen. Dazu ist es nötig, dass der Dienstherr dem Personalrat die für ihn - den Dienstherrn - maßgeblichen Kündigungsgründe mitteilt. Der Personalrat ist ordnungsgemäß unterrichtet, wenn der Dienstherr ihm die aus seiner subjektiven Sicht tragenden Umstände unterbreitet hat (*zu § 102 BetrVG: BAG 22. April 2010 - 2 AZR 991/08 - Rn. 13 mwN, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 163 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 26*). Darauf, ob diese Umstände auch objektiv geeignet und ausreichend sind, die Kündigung zu stützen, kommt es für die Korrektheit der Unterrichtung nicht an (*zu § 102 BetrVG: BAG 11. Juli 1991 - 2 AZR 119/91 - zu II 2 a der Gründe, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 57 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 81*). Fehlerhaft ist die Unterrichtung indessen, wenn der Dienstherr dem Personalrat bewusst unrichtige oder unvollständige Sachverhalte unterbreitet oder einen für dessen Entschließung wesentlichen, insbesondere einen den Arbeitnehmer entlastenden Umstand verschweigt. Enthält der Dienstherr dem Personalrat bewusst ihm bekannte und seinen Kündigungsent-schluss bestimmende Tatsachen vor, die nicht nur eine Ergänzung oder Konkretisierung des mitgeteilten Sachverhalts darstellen, sondern diesem erst das Gewicht eines Kündigungsgrundes verleihen oder weitere eigenständige Kündigungsgründe enthalten, ist die Unterrichtung fehlerhaft und die Kündigung unwirksam (*zu § 102 BetrVG: BAG 11. Juli 1991 - 2 AZR 119/91 - zu II 2 b der Gründe, aaO*). 46

(2) Danach hat der beklagte Landkreis den Personalrat ordnungsgemäß unterrichtet. 47

(a) Der Einwand des Klägers, der Personalrat habe nicht erkennen können, welche einzelnen Gründe welche der beiden beabsichtigten Kündigungen hätten tragen sollen, ist unerheblich. Abgesehen von der dargelegten materiell- 48

rechtlichen und prozessualen Lage war der Personalrat trotz dieser Unkenntnis nicht gehindert, zu den einzelnen Kündigungsgründen Stellung zu nehmen.

(b) Soweit der Kläger vorbringt, der beklagte Landkreis habe bei der Erwähnung der beiden Abmahnungen vom 3. August 2006 und 23. Oktober 2007 nicht auf seine - des Klägers - Gegendarstellungen hingewiesen, macht dieser Umstand die Unterrichtung nicht fehlerhaft. Eines Hinweises auf die Gegendarstellungen bedurfte es schon deshalb nicht, weil der beklagte Landkreis seinen Kündigungsentschluss nicht von der Erteilung der betreffenden Abmahnungen abhängig gemacht hatte. Angesichts der Schwere der Pflichtverletzungen des Klägers hielt der beklagte Landkreis eine vorherige Abmahnung gerade für entbehrlich. Die erteilten Abmahnungen betrafen überdies gänzlich andere Sachverhalte. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der beklagte Landkreis habe ihnen ersichtlich kein entscheidendes Gewicht bei seiner Kündigungsabsicht beigemessen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Im Übrigen hat der Kläger zum Inhalt seiner Gegendarstellungen nicht näher vorgetragen. Es lässt sich deshalb nicht beurteilen, ob diese überhaupt substantiiertes und erhebliches Entlastungsvorbringen enthielten, welches dem Personalrat ggf. hätte mitgeteilt werden müssen.

49

(c) Soweit der beklagte Landkreis dem Personalrat bestimmte tatsächliche Umstände mitgeteilt hat, auf die er vor Gericht die ausgesprochene Kündigung gar nicht stützt, ist dies für die Korrektheit der Unterrichtung ohne Bedeutung. Der Dienstherr ist nicht verpflichtet, sämtliche Kündigungsgründe, die er dem Personalrat mitgeteilt hat, auch vor Gericht heranzuziehen. Problematisch ist nur der umgekehrte Fall.

50

(d) Anders als der Kläger gemeint hat, musste der beklagte Landkreis dem Personalrat nicht mitteilen, dass er - der Kläger - im Jahr 2004 Überprüfungen wegen eigener Arbeitsunfähigkeit nicht wahrnehmen konnte. Auf ein Untätigbleiben im Jahr 2004 hat der beklagte Landkreis die Kündigung nicht gestützt. Das zeigt die nur beiläufige Erwähnung dieses Jahres unter B IV des Unterrichtsschreibens und der Umstand, dass dieses Jahr in der Zusammenfassung der Recherche-Ergebnisse unter D I des Schreibens nicht aufgeführt wird.

51

- (e) Weitergehende Einwände gegen die Korrektheit der Unterrichtung des Personalrats hat der Kläger nicht erhoben. 52
- IV. Die Revision ist unzulässig, soweit der Kläger den Antrag auf Rücknahme und Entfernung der Abmahnungen vom August 2006 und Oktober 2007 verfolgt. Der Kläger hat sich mit den Gründen des Berufungsurteils nicht hinreichend auseinandergesetzt. 53
1. Gem. § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO müssen zur ordnungsgemäßen Begründung der Revision die Gründe angegeben werden, auf die sie gestützt wird. Will der Revisionskläger die Verletzung materiellen Rechts geltend machen, hat er nach § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a ZPO diejenigen Umstände bestimmt zu bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt. Die Revisionsbegründung muss dazu den möglichen Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts in einer Weise verdeutlichen, die Gegenstand und Richtung des Revisionsangriffs erkennen lässt. Sie muss sich mit den tragenden Gründen des Berufungsurteils auseinandersetzen und darlegen, worin sie den Rechtsfehler erblickt. Dadurch soll zum einen sichergestellt werden, dass der Revisionskläger das angefochtene Urteil auf das Rechtsmittel hin überprüft und die Rechtslage präzise durchdenkt. Zum anderen sollen Kritik und Diskussion des angefochtenen Urteils zu einer richtigen Rechtsfindung durch das Revisionsgericht beitragen (*st. Rspr., vgl. zuletzt BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 346/10 - Rn. 10 mwN, NZA 2011, 878*). 54
2. Diesen Anforderungen wird die Revisionsbegründung mit Blick auf die Entscheidung über den Leistungsantrag nicht gerecht. Das Landesarbeitsgericht hat unter Bezugnahme auf das erstinstanzliche Urteil ausgeführt, der Kläger habe wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses keinen Anspruch auf Rücknahme und Entfernung der ihm erteilten Abmahnungen. Dazu habe es der Darlegung von Umständen bedurft, aus denen erkennbar werde, dass ihm trotz Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem beklagten Landkreis Nachteile aus einem Verbleib der Abmahnungen in der Personalakte entstehen könnten. Allein die Möglichkeit, dass er bei einer erneuten Bewerbung für den öffentlichen Dienst die Personalakte vorlegen müsse, reiche dazu nicht aus. 55

Die Revisionsbegründung des Klägers greift allein die sachliche Be- 56
rechtigung der Abmahnungen an, die sie zu widerlegen unternimmt. Mit dem für
das Landesarbeitsgericht entscheidenden Umstand, dass das Arbeitsverhältnis
der Parteien beendet ist, setzt sie sich nicht auseinander.

V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 91 Abs. 1 ZPO. 57

Kreft

Rachor

Koch

Torsten Falke

Dr. Roeckl