

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 13. Dezember 2018
- 2 AZR 370/18 -
ECLI:DE:BAG:2018:131218.U.2AZR370.18.0

I. Arbeitsgericht Mannheim

Urteil vom 21. September 2017
- 12 Ca 63/17 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg
- Kammern Mannheim -

Urteil vom 29. Mai 2018
- 19 Sa 61/17 -

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - Interessenabwägung

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 370/18
19 Sa 61/17
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
13. Dezember 2018

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. Dezember 2018 durch die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor als Vorsitzende, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann und Dr. Schlünder sowie die ehrenamtlichen Richter Krüger und Koltze für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 29. Mai 2018 - 19 Sa 61/17 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Mannheim vom 21. September 2017 - 12 Ca 63/17 - abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. 1

Der im Jahr 1967 geborene, verheiratete und zwei Kindern unterhaltspflichtige Kläger arbeitete seit September 2008 bei der beklagten Stadt, die ihm eine Beschäftigungszeit ab August 2001 anrechnete. Die Beklagte beschäftigte den Kläger seit März 2010 als Abteilungsleiter der Fahr- und Sonderdienste im Eigenbetrieb Nationaltheater und vergütete ihn nach Entgeltgruppe 8 des zwischen den Parteien vereinbarten Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (TVöD/VKA, im Folgenden TVöD). Zu den Aufgaben des Klägers, dem acht Mitarbeiter unterstellt waren, gehörten insbesondere Planungs- und Überwachungstätigkeiten. 2

Die Parteien vereinbarten eine wöchentliche Arbeitszeit von 44,5 Stunden. Der Kläger leistete darüber hinaus Überstunden, die vergütet wurden. Zu diesem Zweck legte er der Beklagten monatsweise von ihm ausgefüllte sogenannte Forderungsnachweise vor, aus welchen - von wenigen Ausnahmen abgesehen - ohne nähere Zuordnung nach Tagen und Uhrzeiten lediglich das monatliche Gesamtaufkommen an Überstunden ersichtlich war. Der Kläger un- 3

terzeichnete die Forderungsnachweise mit der Angabe „sachlich und rechnerisch richtig“, sein fachlicher Vorgesetzte, der technische Leiter des Nationaltheaters, bzw. dessen Sekretärin mit dem Zusatz „gesehen und anerkannt“. Der Fachbereich Personal der Beklagten akzeptierte diese Vorgehensweise und kontrollierte vor Abrechnung und Auszahlung der Überstunden nur, ob alle erforderlichen Unterschriften vorhanden waren.

Vor der Ernennung zum Abteilungsleiter im März 2010 erhielt der Kläger regelmäßig Erschwerniszuschläge gemäß § 19 TVöD für Arbeiten mit extremer nicht klimabedingter Hitzeeinwirkung oder mit besonders starker Schmutz- oder Staubbelastung. Die Beklagte zahlte ihm diese für entsprechende Arbeiten auch danach zunächst weiter. Im Januar 2012 teilte eine beim Eigenbetrieb Nationaltheater tätige Personalreferentin dem Kläger mit, die Beklagte sei der Ansicht, ihm stünden die Erschwerniszuschläge seit März 2010 nicht mehr zu. Er könne sie künftig nicht mehr beanspruchen und müsse sie für die Vergangenheit eventuell zurückzahlen. Der Kläger empfand dies als Missachtung seiner Arbeit. Die Personalreferentin eröffnete ihm in einem Gespräch in Anwesenheit des technischen Leiters, dass der durchschnittliche monatliche Zuschlagsbetrag, den der Kläger bislang erhalten habe, etwa der Vergütung für sieben Überstunden monatlich entspreche. In diesem Umfang könne er doch übergangsweise zusätzliche Überstunden aufschreiben, während man versuche, eine Höhergruppierung in die Entgeltgruppe 9 zu betreiben.

4

Anlässlich des Jahresabschlusses für das Wirtschaftsjahr 2015/2016 stellte die Beklagte fest, dass dem Kläger in der Vergangenheit in erheblichem Umfang Überstunden mit bestimmten zahlenmäßigen Auffälligkeiten ausbezahlt worden waren. Sie konfrontierte den Kläger damit in einem Gespräch am 3. März 2017. Dazu äußerte sich dieser mit einer E-Mail vom 6. März 2017:

5

„Zum Überstundendilemma,

Ein Teil der von mir eingetragenen Überstunden beziehen sich **nicht auf Zeitstunden**, sondern sind ein GRAU-AUSGLEICH der verweigerten Schmutz und Erschwerniszulage; hierfür vereinbart wurden 7 „Stunden“.

Es ergibt sich dadurch:

Von den in der Kategorie Zeitkonten/Überstunden/Aus-

zahlung erfassten Stunden:

- 589

sind je Eintrag - von Januar 2015 bis Januar 2017 (= 24; jeweils ohne August) - 7 h nicht als „Zeit“ zu verrechnen d.h., sie sind dem Zeitkonto GUTZUSCHREIBEN:

24 x 7 = 168 Stunden, die nicht als geleistete Zeit zu gelten haben, sondern die Zulage repräsentieren.“

Nach schriftlicher Beteiligung des Personalrats vom 13. März 2017, der der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung mit Schreiben vom 15. März 2017 entgegentrat, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit am selben Tag zugegangenem Schreiben vom 16. März 2017 außerordentlich fristlos.

6

Dagegen hat sich der Kläger rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt. Er hat gemeint, die Beklagte habe die Frist zur Erklärung der Kündigung nicht eingehalten. Der Personalrat sei unzureichend angehört worden. Die Beklagte habe den Sachverhalt ungenügend aufgeklärt und ihm keine ausreichende Gelegenheit gegeben, zu den geltend gemachten Stunden Stellung zu nehmen. Sein Handeln sei nicht heimlich gewesen, sondern mit Rückabsicherung bei der Personalreferentin und dem direkten Vorgesetzten erfolgt. Ihm stehe die Erschwerniszulage tatsächlich zu. Er habe das Arbeitsverhältnis nicht mit einem Klageverfahren belasten wollen und darauf vertrauen dürfen, dass die Personalreferentin zulässige Lösungsmöglichkeiten vorschlage und befugt sei, rechtlich verbindliche Erklärungen abzugeben. Er habe die Forderungsnachweise nicht wissentlich und vorsätzlich falsch ausgefüllt. Denn er habe davon ausgehen dürfen, dass seine Arbeitgeberin mit der Dokumentation von sieben Überstunden als Ausgleich für die nicht vergüteten Erschwerniszuschläge einverstanden sei. Zumindest liege keine schwerwiegende Vertragsverletzung vor. Er habe mit vertretbaren Gründen annehmen dürfen, dass sein Verhalten nicht vertragswidrig sei.

7

Der Kläger hat sinngemäß beantragt

8

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die außerordentliche Kündigung vom

16. März 2017 aufgelöst worden ist;
2. im Falle des Obsiegens die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Für die Kündigung liege ein wichtiger Grund vor. Der Kläger habe einen schwerwiegenden Arbeitszeitbetrug begangen und sie über Jahre hinweg jeden Monat erneut über den Umfang seiner Arbeitsleistung getäuscht, um eine ihm nicht zustehende Zahlung zum Ausgleich für den Wegfall des tariflichen Erschwerniszuschlags zu erlangen. Die vom Kläger mit der Personalreferentin und dem technischen Leiter Anfang 2012 getroffene Absprache habe dazu geführt, dass sie zur Auszahlung von hochgerechnet 385 nicht geleisteten Überstunden veranlasst worden sei. Dies stelle eine schwere Pflichtverletzung dar, unabhängig davon, ob dem Kläger ein Erschwerniszuschlag zugestanden habe. Auf eine Berechtigung der Personalreferentin, einen „Grauausgleich“ zu vereinbaren, habe der Kläger nicht vertrauen dürfen. Als Führungskraft seien ihm die Kompetenzen bekannt gewesen. Der TVöD eröffne ohnehin keinen Verhandlungsspielraum. Einer Abmahnung habe es vor Ausspruch der Kündigung nicht bedurft. 9

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. 10

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat ihre Berufung gegen das der Klage stattgebende erstinstanzliche Urteil zu Unrecht zurückgewiesen. Das führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO). Einer Zurückverweisung bedarf es nicht. Der Rechtsstreit ist nach dem festgestellten Sachverhältnis zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Klage ist unbegründet. 11

- I. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht nicht annehmen, es fehle für die außerordentliche Kündigung an einem wichtigen Grund iSd. § 34 Abs. 2 Satz 1 TVöD, § 626 Abs. 1 BGB. 12
1. Nach § 34 Abs. 2 Satz 1 TVöD konnte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers nur aus einem wichtigen Grund kündigen. Der Kläger hatte im Kündigungszeitpunkt das 40. Lebensjahr vollendet und war länger als 15 Jahre bei ihr beschäftigt. Die Beklagte hatte ihm mit Schreiben vom 14. Mai 2010 unter Bezugnahme auf § 34 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 TVöD mitgeteilt, dass seine Beschäftigungszeit bei ihr am 23. August 2001 beginne. 13
- a) Mit dem Begriff „wichtiger Grund“ knüpft die tarifvertragliche Bestimmung an die gesetzliche Regelung des § 626 Abs. 1 BGB an, deren Verständnis deshalb auch für die Auslegung der Tarifnorm maßgebend ist (*vgl. BAG 25. April 2018 - 2 AZR 6/18 - Rn. 14; 25. Januar 2018 - 2 AZR 382/17 - Rn. 25 mwN*). 14
- b) Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das 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 selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, dh. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der (fiktiven) Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (*BAG 25. Januar 2018 - 2 AZR 382/17 - Rn. 26; 14. Dezember 2017 - 2 AZR 86/17 - Rn. 27, BAGE 161, 198*). 15
2. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, das Verhalten des Klägers sei „an sich“ als wichtiger Grund iSd. § 34 Abs. 2 Satz 1 TVöD, § 626 Abs. 1 BGB geeignet, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 16

- a) Der vorsätzliche Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung, die abgeleistete, vom Arbeitgeber nur schwer zu kontrollierende Arbeitszeit korrekt zu dokumentieren, ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung iSv. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. Dies gilt für den vorsätzlichen Missbrauch einer Stempeluhr ebenso wie für das wissentliche und vorsätzlich falsche Ausstellen entsprechender Formulare. Dabei kommt es nicht entscheidend auf die strafrechtliche Würdigung an, sondern auf den mit der Pflichtverletzung verbundenen schweren Vertrauensbruch. Der Arbeitgeber muss auf eine korrekte Dokumentation der Arbeitszeit seiner Arbeitnehmer vertrauen können. Überträgt er den Nachweis der geleisteten Arbeitszeit den Arbeitnehmern selbst und füllt ein Arbeitnehmer die dafür zur Verfügung gestellten Formulare wissentlich und vorsätzlich falsch aus, so stellt dies in aller Regel einen schweren Vertrauensmissbrauch dar. Der Arbeitnehmer verletzt damit in erheblicher Weise seine Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) gegenüber dem Arbeitgeber (*BAG 26. September 2013 - 2 AZR 682/12 - Rn. 54, BAGE 146, 161; 9. Juni 2011 - 2 AZR 381/10 - Rn. 14 mwN*). 17
- b) Der Kläger füllte die von der Beklagten zur Verfügung gestellten Formulare zur Erfassung von Überstunden vorsätzlich falsch aus. 18
- aa) Nach den nicht mit Gegenrügen angegriffenen und damit für den Senat gemäß § 559 Abs. 2 ZPO bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts legte er der Beklagten von Anfang 2012 bis Anfang 2017 monatlich Forderungsnachweise vor, in denen jedenfalls teilweise tatsächlich nicht geleistete Überstunden angegeben waren. 19
- bb) Der Kläger handelte vorsätzlich. Er trug in die Forderungsnachweise absichtlich nicht geleistete Überstunden ein. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass er der Beklagten die falsch ausgefüllten Forderungsnachweise mit dem Ziel vorlegte, für die tatsächlich nicht erbrachten Überstunden Vergütung zu erhalten, auf die er keinen Anspruch hatte. Es ging ihm dabei darum, den Wegfall der Erschwerniszuschläge auszugleichen. Nach den nicht mit Gegenrügen angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts war sich der Kläger dabei einer kollusiven Absprache mit der Personalreferentin und seinem 20

Vorgesetzten bewusst (*vgl. dagegen BAG 21. Juni 2012 - 2 AZR 694/11 - Rn. 34, BAGE 142, 188*). Auf deren Berechtigung zu entsprechenden Vereinbarungen vertraute er nicht. Er ging auch nicht davon aus, die Personalreferentin habe sich bei irgendeiner Stelle rückversichert.

- c) Das Verhalten des Klägers war nicht gerechtfertigt. 21
- aa) Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, er habe nicht alle tatsächlich geleisteten Überstunden geltend gemacht und ihm hätten auch weiterhin Erschwerniszuschläge gemäß § 19 TVöD zugestanden. Der vorsätzliche Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung zur korrekten Dokumentation der geleisteten Arbeitszeit wird nicht dadurch gerechtfertigt, dass andere Arbeitsleistungen zwar erbracht, aber nicht ordnungsgemäß abgerechnet worden sind (*vgl. BAG 13. August 1987 - 2 AZR 629/86 - zu B III 6 der Gründe*). 22
- bb) Das Verhalten des Klägers war nicht von einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung gedeckt. Erklärungen der Personalreferentin und/oder des Vorgesetzten des Klägers wirken nicht nach § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB unmittelbar für und gegen die Beklagte. Nach den bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts durfte die Entscheidung über die Auszahlung von Überstunden ausschließlich vom Fachbereich Personal der Beklagten getroffen werden. Diese muss sich das Handeln der beiden Mitarbeiter des Nationaltheaters auch nicht nach den Grundsätzen der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht zurechnen lassen. Der Kläger hat nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht auf eine Berechtigung der Personalreferentin und seines Vorgesetzten zu einer entsprechenden Vereinbarung vertraut. 23
- d) Der Kläger unterlag keinem unverschuldeten Rechtsirrtum (*vgl. dazu BAG 14. Dezember 2017 - 2 AZR 86/17 - Rn. 51, BAGE 161, 198*). Er musste vielmehr nach sorgfältiger Prüfung der Sach- und Rechtslage damit rechnen, dass er nicht anstelle der Erschwerniszuschläge monatlich sieben, tatsächlich nicht geleistete Überstunden abrechnen darf. Insbesondere konnte er nicht darauf vertrauen, dass die Beklagte entsprechende Vereinbarungen schließen oder billigen würde. Die Personalreferentin hatte dem Kläger nach den Feststel-

lungen des Landesarbeitsgerichts mitgeteilt, in Bezug auf die Erschwerniszuschläge bei der Beklagten „keine Chance“ zu haben.

e) Es bedarf keiner weiteren Aufklärung zum Umfang der in die Forderungsnachweise eingetragenen, nicht geleisteten Überstunden. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts täuschte der Kläger die Beklagte jedenfalls über Jahre hinweg jeden Monat um bis zu sieben Stunden über die erbrachte Arbeitsleistung und veranlasste sie dadurch zu Zahlungen, auf die er keinen Anspruch hatte. 25

f) Die Beklagte hat die außerordentliche Kündigung ausdrücklich auf tatsächliches pflichtwidriges Verhalten des Klägers gestützt. Soweit dieser teilweise auf Grundsätze der Verdachtskündigung Bezug nimmt, kommt dem vorliegend keine Bedeutung zu. 26

3. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, die außerordentliche Kündigung erweise sich aufgrund der gemäß § 626 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Interessenabwägung als unverhältnismäßig. 27

a) Bei der Prüfung im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der - fiktiven - Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen (*BAG 14. Dezember 2017 - 2 AZR 86/17 - Rn. 54, BAGE 161, 198; 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 26, BAGE 159, 267*). 28

aa) Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ende der Frist für eine ordentliche Kündigung zumutbar war oder nicht, nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des 29

Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Sie scheidet aus, wenn es ein „schonenderes“ Gestaltungsmittel - etwa Abmahnung, Versetzung, ordentliche Kündigung - gibt, das ebenfalls geeignet ist, den mit einer außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck - nicht die Sanktion des pflichtwidrigen Verhaltens, sondern die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses - zu erreichen (*BAG 23. August 2018 - 2 AZR 235/18 - Rn. 40; 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 27, BAGE 159, 267*). Der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers ist im Rahmen der Interessenabwägung insbesondere hinsichtlich einer möglichen Wiederholungsgefahr von Bedeutung. Je höher er ist, desto größer ist diese (*BAG 16. August 1991 - 2 AZR 604/90 - zu III 3 e bb der Gründe*).

bb) Beruht 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. Ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Einer solchen bedarf es nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 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 (*BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 28, BAGE 159, 267; 20. November 2014 - 2 AZR 651/13 - Rn. 22, BAGE 150, 109*).

30

cc) Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Interessenabwägung wird in der Revisionsinstanz lediglich daraufhin überprüft, ob das Berufungsgericht bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnormen Denkge-

31

setze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob es alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände widerspruchsfrei berücksichtigt hat (BAG 23. August 2018 - 2 AZR 235/18 - Rn. 41; 14. Dezember 2017 - 2 AZR 86/17 - Rn. 54, BAGE 161, 198).

b) Die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts hält diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab nicht stand. 32

aa) Allerdings ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, eine Abmahnung sei vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung entbehrlich gewesen, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Es hat zu Recht angenommen, der Kläger habe seine Pflichten - indem er die Beklagte über Jahre hinweg monatlich um bis zu sieben Stunden über die erbrachte Arbeitsleistung täuschte und sie dadurch zu Zahlungen veranlasste, auf die er keinen Anspruch hatte - so schwer verletzt, dass eine Hinnahme dieses vorsätzlichen und systematischen Fehlverhaltens nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für ihn selbst erkennbar - ausgeschlossen war. 33

bb) Dagegen hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die außerordentliche Kündigung erweise sich bei Abwägung der relevanten Umstände im Ergebnis dennoch als unverhältnismäßig, einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 34

(1) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, das Verschulden des Klägers werde maßgeblich durch seine Beweggründe und Ziele charakterisiert. Beide Faktoren seien gewichtige Erkenntnismittel zur Beurteilung der Täterpersönlichkeit und der Verwerflichkeit der Tat, wie sich aus § 46 Abs. 2 StGB ergebe. Der Kläger habe die Weigerung der Beklagten, an ihn künftig Erschwerniszuschläge zu zahlen und die Ankündigung, darüber hinaus eventuell gezahlte Erschwerniszuschläge zurückzufordern, aus nachvollziehbaren Gründen als in hohem Maße ungerecht empfunden. Ferner sei er nicht von selbst auf den Gedanken verfallen, statt des verwehrten Erschwerniszuschlags als Ausgleich Überstunden vorzuspiegeln, sondern von der Personalreferentin zu seinem betrügerischem Verhalten gegenüber der Beklagten angestiftet worden. Dabei sei 35

der technische Leiter bereit gewesen, die monatlich gemeldeten Überstunden abzuzeichnen.

(2) Das Landesarbeitsgericht ist zu Unrecht von einem geringen Grad des Verschuldens des Klägers ausgegangen. Seine Würdigung beruht auf einer Verkennung des Rechtsbegriffs des Verschuldens und berücksichtigt überdies nicht alle wesentlichen Aspekte des Falls widerspruchsfrei. 36

(a) Verschulden im zivilrechtlichen Sinn ist anhand des in § 276 Abs. 2 BGB gesetzten Maßstabs zu beurteilen. Es umfasst demnach jede Form von Vorsatz und Fahrlässigkeit (*BAG 24. November 2011 - 2 AZR 614/10 - Rn. 16*). Das Landesarbeitsgericht hat im Rahmen seiner Interessenabwägung nicht berücksichtigt, dass der Kläger seine arbeitsvertraglichen Pflichten vorsätzlich verletzte. Den geringeren Grad des Verschuldens des Klägers hat es im Wesentlichen damit begründet, er habe sich aus nachvollziehbaren Gründen ungerecht behandelt gefühlt und sei von der Vertretung des Personalbereichs zu seinem Handeln im Zusammenwirken mit seinem Vorgesetzten angestiftet worden. Damit nimmt es die eigene Verantwortung des Klägers nicht ausreichend in den Blick. 37

(b) Das Landesarbeitsgericht hat insofern unter Verweis auf § 46 Abs. 2 StGB auf Umstände abgestellt, die bei der Strafzumessung abzuwägen sind. Nach § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB (*Grundsätze der Strafzumessung*) ist „die Schuld des Täters ... Grundlage für die Zumessung der Strafe“. Damit hat es verkannt, dass es bei der Frage der Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung nicht um eine repressive Strafzumessung oder Sanktion für begangenes Unrecht in der Vergangenheit geht, sondern um die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses (*BAG 23. August 2018 - 2 AZR 235/18 - Rn. 40; 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 27, BAGE 159, 267*) sowie um die Abwägung von Interessen im Zusammenhang mit der Frage, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Dauerschuldverhältnisses für die Zukunft zumutbar ist. 38

(c) Die Annahme eines geringen Grads des Verschuldens des Klägers widerspricht den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, aus denen sich ein 39

Verschulden in Form des Vorsatzes bei absichtlichem Handeln ergibt. Soweit es darauf abgestellt hat, der Kläger habe sich „aus nachvollziehbaren Gründen“ ungerecht behandelt gefühlt, gibt es keine dies rechtfertigenden Feststellungen. Es fehlt auch jede Darlegung des Klägers, warum und in welcher Höhe ihm Zuschläge nach § 19 TVöD zugestanden haben sollen. Soweit das Berufungsgericht bezüglich des Grads des Verschuldens eine „Anstiftung“ durch die Personalreferentin und ein „Zusammenwirken“ mit dem technischen Leiter berücksichtigt hat, hat es verkannt, dass dies allenfalls zu Beginn des pflichtwidrigen Verhaltens des Klägers eine Rolle spielte. Es geht vorliegend nicht um ein einmaliges Fehlverhalten, zu dem der Kläger überredet worden wäre. Vielmehr handelte der Kläger über einen Zeitraum von fünf Jahren jeden Monat durch bewusst falsches Ausfüllen der Forderungsnachweise erneut pflichtwidrig. Er mag zu Beginn durch die Personalreferentin auf den Gedanken gebracht worden sein. Er hätte in den folgenden Jahren aber jederzeit - insbesondere ohne sich gegenüber der Beklagten offenbaren zu müssen - zu rechtstreuem Verhalten zurückkehren können.

II. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich nicht iSd. § 561 ZPO aus anderen Gründen als richtig dar. Sie unterliegt daher der Aufhebung (§ 562 Abs. 1 ZPO). 40

1. Die Beklagte hat die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt (vgl. hierzu BAG 25. April 2018 - 2 AZR 611/17 - Rn. 50 f. mwN). Diese war zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 16. März 2017 noch nicht abgelaufen. Die Beklagte erlangte frühestens nach der Anhörung des Klägers am 3. März 2017 und seiner anschließenden Stellungnahme mit E-Mail vom 6. März 2017 ausreichende Kenntnis von dem maßgeblichen Kündigungssachverhalt. Die Kündigungserklärungsfrist ist auch nicht deshalb früher in Lauf gesetzt worden, weil die Beklagte zuvor trotz gewisser Anhaltspunkte für den maßgeblichen Kündigungssachverhalt weitere Ermittlungen nicht mit der gebotenen Eile durchgeführt hätte. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts war der Beklagten vielmehr aufgrund ihres Jahresabschlusses für das Wirtschaftsjahr 2015/2016 lediglich bekannt, dass dem Kläger zwischen Janu- 41

ar 2011 und Dezember 2016 in erheblichem Umfang Überstunden ausbezahlt worden waren. Dieser Umstand allein war kein ausreichender Anhaltspunkt für einen Sachverhalt, der zur außerordentlichen Kündigung hätte berechtigen können. Gleiches gilt für die im Anschluss festgestellten weiteren Auffälligkeiten.

2. Die außerordentliche Kündigung ist nicht nach § 108 Abs. 2 BPersVG unwirksam (*vgl. zur Anwendung von § 108 Abs. 2 BPersVG BAG 26. September 2013 - 2 AZR 843/12 - Rn. 21*). Die Beklagte hat den bei ihr gebildeten Personalrat ordnungsgemäß nach §§ 86, 87 Abs. 1 Nr. 9 und Abs. 3 LPVG Baden-Württemberg angehört. Sie hat durch Vorlage des Schreibens vom 13. März 2017 eine Anhörung des Personalrats zu der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung schlüssig aufgezeigt. Es war daher Aufgabe des Klägers, im Einzelnen darzulegen, in welchen Punkten er die Anhörung gleichwohl als fehlerhaft erachtet (*vgl. zur Darlegungslast für die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebs- oder Personalrats: BAG 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - Rn. 31; 24. Mai 2012 - 2 AZR 206/11 - Rn. 49*). Daran fehlt es.

a) Soweit der Kläger geltend macht, es sei nicht ersichtlich, welche Unterlagen die Beklagte dem Personalrat zur Verfügung gestellt habe, und sie habe ihm möglicherweise nicht seine Dienstpläne vorgelegt, die ihr zum Zeitpunkt der Anhörung zur Verfügung gestanden hätten, übersieht er, dass grundsätzlich keine Verpflichtung besteht, dem Personalrat vorhandene schriftliche Unterlagen auszuhändigen (*vgl. BAG 28. Juni 2007 - 6 AZR 750/06 - Rn. 46, BAGE 123, 191; 10. November 2005 - 2 AZR 44/05 - Rn. 40*).

b) Soweit der Kläger der Beklagten vorwirft, sie habe den Personalrat falsch über den Kündigungssachverhalt informiert, verkennt er, dass der Inhalt der Unterrichtung nach §§ 86, 87 Abs. 1 Nr. 9 und Abs. 3 LPVG Baden-Württemberg grundsätzlich subjektiv determiniert ist (*vgl. BAG 22. September 2016 - 2 AZR 700/15 - Rn. 26 zu § 102 Abs. 1 BetrVG*). Anhaltspunkte dafür, die Beklagte habe dem Personalrat schon aus ihrer Sicht Umstände unrichtig mitgeteilt, sind weder vom Kläger vorgetragen noch sonst ersichtlich.

c) Die Beklagte informierte den Personalrat zwar falsch über die Dauer der Beschäftigungszeit des Klägers, indem sie in dem Anhörungsschreiben als Beginn seiner Beschäftigung den 15. September 2008 angab. Der Wirksamkeit einer auf Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers gestützten Kündigung steht das Unterlassen der Angabe von dessen genauen Sozialdaten bei der Personalratsanhörung jedoch dann nicht entgegen, wenn es dem Arbeitgeber auf die genauen Daten ersichtlich nicht angekommen ist und der Personalrat jedenfalls die ungefähren Daten ohnehin kannte (vgl. BAG 19. November 2015 - 2 AZR 217/15 - Rn. 45 zu § 102 Abs. 1 BetrVG). Dies war hier der Fall. Dem Personalrat war zum einen erkennbar, dass es der Beklagten angesichts der Schwere der gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe nicht auf dessen genaue Beschäftigungszeit ankam. Zum anderen war ihm ausweislich seines Schreibens vom 15. März 2017 die ungefähre Beschäftigungszeit des Klägers („seit dem Jahr 2000“) bekannt. Da die Beklagte in ihrem Anhörungsschreiben zudem auf den TVöD Bezug nahm, verfügte der Personalrat über das erforderliche Tatsachenswissen, das den Schluss auf die ordentliche Unkündbarkeit des Klägers ermöglichte (vgl. BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 865/13 - Rn. 62, BAGE 149, 355; 23. Februar 2012 - 2 AZR 773/10 - Rn. 31).

3. Auf eine Unwirksamkeit der Kündigung aus anderen Gründen hat sich der Kläger nicht berufen. 46

III. Die Sache ist nicht zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Er kann die im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB erforderliche Interessenabwägung abschließend selbst vornehmen. Eine eigene Abwägung durch das Revisionsgericht ist dann möglich, wenn - wie hier - die des Berufungsgerichts fehlerhaft oder unvollständig ist und sämtliche relevanten Tatsachen feststehen (vgl. BAG 20. Oktober 2016 - 6 AZR 471/15 - Rn. 29, BAGE 157, 84; 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 47, BAGE 153, 111). Die Abwägung ergibt, dass das Interesse der Beklagten an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses überwiegt. 47

1. Zulasten des Klägers sind die Schwere und Folgen seiner Pflichtverletzung sowie der Grad des ihn treffenden Verschuldens zu berücksichtigen. In seinem Verhalten lag ein schwerer Vertrauensmissbrauch. Er verletzte seine Verpflichtung zur korrekten Dokumentation der geleisteten Arbeitszeit vorsätzlich und erheblich und handelte dabei über Jahre hinweg in der Absicht, die Beklagte zu Zahlungen an ihn zu veranlassen, auf die er keinen Anspruch hatte. 48
2. Erschwerend kommt hinzu, dass es sich bei der Pflichtverletzung um ein Verhalten handelte, das auf Heimlichkeit angelegt war (*vgl. BAG 21. Juni 2012 - 2 AZR 153/11 - Rn. 20, BAGE 142, 176; 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 45, BAGE 134, 349*). Aus den Forderungsnachweisen war in der Regel nur der monatliche Umfang an Überstunden ohne nähere Zuordnung nach Tagen und Uhrzeiten ersichtlich. Eine effektive Kontrolle und Rückverfolgung der einzelnen Überstunden war dadurch kaum möglich. Der Kläger nutzte diese Umstände im Zusammenspiel mit der Personalreferentin und seinem Vorgesetzten gezielt aus, wobei die Wahrscheinlichkeit gering war, dass die Beklagte aus den angegebenen die fingierten Überstunden würde herausfiltern können. 49
3. Gegen den Kläger spricht weiter seine Vorbildfunktion als Vorgesetzter. Als Abteilungsleiter der Fahr- und Sonderdienste im Eigenbetrieb Nationaltheater oblag ihm ua. die Mitarbeiterführung und Personalplanung betreffend sechs bis 15 Stellen. 50
4. Dem Kläger ist - anders als das Landesarbeitsgericht gemeint hat - nicht zugutezuhalten, dass er sich aus nachvollziehbaren Gründen ungerecht behandelt fühlte und von der Personalreferentin im Zusammenwirken mit seinem Vorgesetzten zu seinem Handeln „angestiftet“ wurde. 51
- a) Zwar mag der Kläger die Auffassung der Beklagten, ihm stünden die Erschwerniszuschläge gemäß § 19 TVöD ab dem 1. März 2010 nicht mehr zu und er müsse sie für die Vergangenheit eventuell zurückzahlen, als im hohen Maße ungerecht empfunden haben, und in seiner Haltung durch die Personalreferentin und seinen Vorgesetzten bestärkt worden sein. Dies rechtfertigt es aber nicht, diese Zuschläge eigenmächtig und außerhalb jeglicher arbeits- und 52

tarifvertraglichen Regelungen „auszugleichen“. Auch wenn der Kläger subjektiv davon ausging, ihm stünden die Zuschläge nach wie vor zu, hätte er die Sach- und Rechtslage - mithilfe fachkundiger Beratung - sorgfältig prüfen und ggf. gerichtlich klären lassen können. Dass er darauf verzichtet und sich stattdessen auf die Absprache mit der Personalreferentin und seinem Vorgesetzten eingelassen hat, um eine Klage zu vermeiden, kann - entgegen seiner Auffassung - nicht zu seinen Gunsten gewertet werden. Vielmehr zeigt es, dass der Kläger allein seine Interessen durchsetzen wollte, ohne sich auf eine Überprüfung der Berechtigung der ihm vermeintlich zustehenden Ansprüche einlassen zu müssen. Im Übrigen könnte ein etwaiges eigenes rechtswidriges Verhalten der Beklagten, das zu der Situation beigetragen hatte, schon deshalb nicht berücksichtigt werden (vgl. dazu BAG 14. Februar 1978 - 1 AZR 76/76 - zu 8 der Gründe, BAGE 30, 50), weil es sowohl an Feststellungen des Berufungsgerichts als auch an jeder Darlegung des Klägers fehlt, warum und in welcher Höhe ihm weiterhin Zuschläge nach § 19 TVöD zugestanden haben sollen. Der Vorwurf, die Beklagte habe sich bei der Inanspruchnahme von Überstunden an der Grenze des Zulässigen bewegt, lässt ebenfalls kein rechtswidriges Vorverhalten erkennen.

b) Das Gewicht der Pflichtverletzung des Klägers wird nicht dadurch gemildert, dass er auf Anregung der Personalreferentin und mit Billigung seines Vorgesetzten einen „Ausgleich“ für die Erschwerniszuschläge gemäß § 19 TVöD erzielen wollte. Im Gegenteil verstärkt das bewusste, kollusive Zusammenwirken mit diesen Mitarbeitern zum Nachteil der Beklagten das Gewicht der Pflichtverletzung, da der ihr gegenüber begangene Vertrauensmissbrauch durch diese Vorgehensweise vergleichsweise sicher vor Entdeckung umgesetzt werden konnte. 53

5. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts war der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht bis zum Ablauf der - fiktiven - Kündigungsfrist am 30. September 2017 zumutbar, weil sie den Kläger bis dahin unter Ausschluss jeglicher Überstunden oder bei Ableistung derselben erst nach vorheriger schriftlicher Genehmigung durch den geschäftsfüh- 54

renden Intendanten und den Personalrat hätte weiterbeschäftigen können. Die Störung des Vertrauensverhältnisses der Parteien durch das vorsätzliche und systematische Fehlverhalten des Klägers wiegt unabhängig davon, ob eine Wiederholungsgefahr durch solche Maßnahmen ausgeschlossen werden könnte und sie überhaupt praktikabel wäre, besonders schwer (*vgl. BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 381/10 - Rn. 23*). Auch das Landesarbeitsgericht ist insoweit zu Recht davon ausgegangen, der Kläger könne sich nicht mit Erfolg darauf berufen, er habe durch sein Schreiben vom 6. März 2017 ohne Not an der Aufklärung seines Fehlverhaltens, um die er bemüht gewesen sei, mitgewirkt. Er hat dadurch insbesondere keine Einsicht in sein Fehlverhalten gezeigt, die das Gewicht der Vertrauensstörung mindern würde. Mit dem Schreiben vom 6. März 2017 ging es dem Kläger nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ersichtlich darum, die Beanstandung der hohen Zahl von geleisteten und ausgezahlten Überstunden zu relativieren.

6. Die Dauer des Arbeitsverhältnisses der Parteien wirkt sich nicht entscheidend zugunsten des Klägers aus. Dabei kann dahinstehen, ob dafür die Beschäftigungszeit des Klägers ab dem 23. August 2001 oder - wie das Landesarbeitsgericht meint - erst ab dem 15. September 2008 maßgeblich ist (*vgl. zur Dauer der Betriebszugehörigkeit iSv. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG BAG 6. Februar 2003 - 2 AZR 623/01 - zu II 1 b bb der Gründe*). Zwar weist das Arbeitsverhältnis im ersteren Fall bei Kündigungszugang eine Dauer von mehr als 16 Jahren auf. Auch hat der Kläger nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts über mehrere Jahre hinweg einen überobligatorischen Einsatz gezeigt. Dem kommt aber mangels störungsfreien Verlaufs des Arbeitsverhältnisses kein besonderes Gewicht zu. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass dieses seit dem Jahr 2012 belastet war. Der Kläger hat seitdem über einen Zeitraum von fünf Jahren monatlich systematisch seine Rücksichtnahmepflicht gegenüber der Beklagten verletzt und sich regelmäßig ihm nicht zustehende Zahlungen verschafft.

55

7. Soziale Belange rechtfertigen kein Überwiegen des Interesses des Klägers an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der

56

- fiktiven - Kündigungsfrist. Zwar sind das Lebensalter und die Unterhaltspflichten des Klägers - entgegen der Auffassung der Revision - grundsätzlich zu berücksichtigen (vgl. BAG 19. Juli 2012 - 2 AZR 989/11 - Rn. 43, BAGE 142, 351; 26. März 2009 - 2 AZR 953/07 - Rn. 28). Angesichts des schwerwiegenden, systematischen und vorsätzlichen Fehlverhaltens des Klägers treten sie im Streitfall aber in den Hintergrund (vgl. BAG 27. April 2006 - 2 AZR 415/05 - Rn. 19; 16. Dezember 2004 - 2 ABR 7/04 - zu B II 3 b aa der Gründe).

IV. Der hilfsweise nur für den Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag gestellte Weiterbeschäftigungsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. 57

V. Die Kosten des Rechtsstreits hat nach § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO der Kläger zu tragen. 58

Rachor

Niemann

Schlünder

Krüger

Jan Koltze