



Willms
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn Dr. I. I., G. berg 137, X.,

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt I.-L. H.,
L. straße 10, C.,

g e g e n

die N. Augenärztliches Diagnostik- und Therapiezentrum E. GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführerin Dr. S. L.-L., C. Straße 7, E.,

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: T. Rechtsanwälte,
S. straße 12, N.,

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 24.11.2015
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Jansen als Vorsitzen-
den sowie den ehrenamtlichen Richter Priebe und die ehrenamtliche Richterin
Fossen

für R e c h t erkannt:

- 1. Die Berufung der Beklagten gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichts Wuppertal vom 10.07.2013 – 3 Ca 2764/12 – wird zurückgewiesen.**
- 2. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen bei einem Streitwert von 854.217,50 € der Kläger zu 5% und die Beklagte zu 95 %.**

3. Die Revision wird nicht zugelassen.

TATBESTAND:

Der Kläger (Facharzt für Augenheilkunde) betrieb zusammen mit seiner Ehefrau die Gemeinschaftspraxis „Ophtalmochirurgisches Zentrum X. (P.)“. Zum 01.01.2012 verkauften die Eheleute die Praxis an die Beklagte. Der Kläger war seit dem 01.01.2012 bei der Beklagten als angestellter Arzt auf der Grundlage des schriftlichen Arbeitsvertrages vom 18.11.2011 zu einem Grundgehalt von 20.000,-- € brutto zuzüglich einer Gewinnbeteiligung in Höhe von 19.357,50 € monatlich, insgesamt also 39.357,50 € brutto beschäftigt. Wegen des Inhalts des Arbeitsvertrages wird auf die Anlage K 1 (Bl. 21 ff d. A.) verwiesen.

Die Beklagte betreibt ein augenärztliches Diagnostik- und Therapiezentrum in E.. Die ehemalige Praxis des Klägers wird von ihr nach Verschmelzung als Nebenbetriebsstätte bzw. Zweigstelle geführt. Insgesamt sind bei der Beklagten in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt.

Der Praxisübernahmevertrag vom 18.11.2011 sieht in Ziff. 2.3 eine gestaffelte Rückzahlungsverpflichtung des Kaufpreises bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor dem 31.12.2016 vor. Die Rückzahlungspflicht entfällt danach bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine von der Beklagten veranlasste außerordentliche Kündigung seitens des Arztes, einer nicht verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung seitens der Gesellschaft, Erwerbsunfähigkeit des Arztes oder Versterben des Arztes. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vertrages wird auf die Anlage K 25 (Bl. 967 ff d. A.) Bezug genommen.

Im Vorfeld der Praxisübernahme fand im Dezember 2011 eine Inventur der Praxis statt. Die Inventur wurde von der Firma H. zur Vorbereitung des Praxisverkaufs durchgeführt.

Der Kläger war in der Zweigstelle in X. der einzige Arzt, der Operationen durchführte. Herr Dr. S. war als ärztlicher Leiter iSd § 95 Abs. 1 SGB V zumindest

formal sowohl für die Praxis der Beklagten in E. als auch für die Zweigstelle in X. zuständig. Der Kläger wurde im Auditbericht der Beklagten als Hygienebeauftragter geführt.

Nach erfolgloser mündlicher Aufforderung des Klägers an die Beklagte, ihn als ärztlichen Leiter iSd § 95 Abs. 1 SGB V in der Betriebsstätte in X. zu beschäftigen, erhob der Kläger am 19.09.2012 Klage auf entsprechende Beschäftigung und Bekanntgabe gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung.

Mit Schreiben vom 01.10.2012, dem Kläger am 04.10.2012 zugegangen, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger außerordentlich fristlos, hilfsweise außerordentlich zum nächst zulässigen Termin. Zudem wurde gegenüber dem Kläger ein Hausverbot ausgesprochen. Hiergegen wandte sich der Kläger mit der am 17.10.2012 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klageerweiterung.

Mit Schreiben vom 07.11.2012 machte die Beklagte gegenüber dem Kläger aufgrund der fristlosen Kündigung vom 01.10.2012 einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 1 Mio. € geltend. Dies wies der Kläger zurück.

Mit Schreiben vom 06.03.2013 kündigten die Prozessbevollmächtigten der Beklagten das Arbeitsverhältnis vorsorglich erneut außerordentlich und fristlos, hilfsweise zum nächst zulässigen Termin. Der Kündigung war eine Originalvollmacht beigelegt. Mit Schreiben vom 08.03.2013 wies der Klägervertreter die Kündigung wegen fehlender ordnungsgemäßer Bevollmächtigung zurück. Mit der am 13.03.2013 bei Gericht eingegangenen Klageerweiterung machte der Kläger auch die Unwirksamkeit dieser Kündigung geltend.

Am 28.06.2012 wurde der Beklagten ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluss im Auftrag der F. Novation GmbH über einen Betrag in Höhe von 74.322,94 € zzgl. 1.483,33 € Zinsen und 34,80 € Vollstreckungskosten als Drittschuldner zugestellt. In Höhe des gepfändeten Betrages wurde das gesamte gegenwärtige und künftige Arbeitseinkommen des Klägers der Gläubigerin zur Einziehung überwiesen. Ein vorläufiges Zahlungsverbot gemäß § 845 ZPO wurde der Beklagten am 18.06.2013 und erneut am 02.07.2013 zugestellt.

Mit Schreiben vom 17.07.2013, dem Kläger zugegangen am 18.07.2013, kün-

digte die Beklagte das Arbeitsverhältnis erneut außerordentlich und fristlos hilfsweise zum nächst möglichen Termin. Mit der nach Verkündung des Teilurteils am 23.07.2013 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klagerweiterung wendet sich der Kläger auch gegen diese Kündigung.

Mit Schreiben vom 29.10.2013 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis außerordentlich zum 31.12.2013 wegen der Vorwürfe der Beklagten in diesem Verfahren.

Der Kläger hat zuletzt, soweit für die Berufung von Bedeutung, beantragt:

1.

2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis weder durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 01.10.2012 noch durch die außerordentliche zum nächst möglichen Termin ausgesprochene Kündigung vom 01.10.2012, ihm während seines Urlaubs vom 01.10.2012 bis 12.10.2012 zugegangen, beendet ist.

3. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die ggf. hilfsweise ordentliche Kündigung (Umdeutung) der Beklagten vom 01.10.2012, ihm während seines Urlaubs vom 01.10.2012 bis 12.10.2012 zugegangen, nicht beendet wird.

4. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern über den 01.10.2012 hinaus ungekündigt fortbesteht.

5. Die Beklagte wird verurteilt, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten Arbeitsvertragsbedingungen gemäß dem Arbeitsvertrag als Arzt weiter zu beschäftigen.

6. ...

7. ...

8. ...

9. ...

10. Es wird festgestellt, dass er nicht verpflichtet ist, aufgrund der fristlosen Kündigung vom 01.10.2012, zugegangen am 04.10.2012, den mit Schreiben der Beklagten vom 07.11.2012 geltend gemachten Schadensersatz in Höhe von 1 Mio. EUR zu zahlen.

11....

12....

13....

14. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis weder durch die außerordentliche fristlose Kündigung der Beklagten, noch durch die hilfsweise zum nächst zulässigen Termin ausgesprochene Kündigung vom 06.03.2013 beendet wird, sondern unverändert fortbesteht.

15....

16....

17....

18....

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Widerklagend hat die Beklagte beantragt,

1. Für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die außerordentliche, fristlose Kündigung vom 01.10.2012 mit Wirkung zum 04.10.2012 beendet wurde, den Kläger zu verurteilen, der Beklagten Auskunft zu erteilen, ob und in welcher Höhe er seit dem 04.10.2012 anderweitigen Verdienst erzielt hat.
2. Nach erteilter Auskunft den Kläger zu verurteilen die Richtigkeit der Auskunft an Eides statt zu versichern.

Der Kläger hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Darüber hinaus hat die Beklagte beantragt,

die Vollstreckbarkeit des Urteils auszuschließen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass die fristlose Kündigung vom

01.10.2012 gerechtfertigt sei. Dem Kläger seien so erhebliche Vertragspflichtverletzungen vorzuwerfen, dass das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört sei. Der Kläger habe während seiner Beschäftigungszeit wissentlich Gase aus zwei in der Praxis befindlichen Gasflaschen im Rahmen von elf Operationen benutzt, die gemäß den auf den Gasflaschen befindlichen Aufdrucken bereits seit den Jahren 2001 bzw. 2002 abgelaufen gewesen seien. Der Ablauf der Verfallsdaten sei gleichzusetzen mit der Untauglichkeit der betreffenden Gase. Bei drei der elf betroffenen Patienten sei es zu erheblichen Schädigungen gekommen. Nachoperationen seien erforderlich gewesen. Zudem habe die Verwendung der abgelaufenen Gase zu einem Verlust der Deckung durch die Haftpflichtversicherung geführt. Es bestehe in diesem Zusammenhang gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 2 MPG auch ein ausdrückliches gesetzliches Verbot, gegen welches der Kläger bewusst verstoßen habe. Darüber hinaus habe der Kläger auch ausdrücklich die Mitarbeiter des OP-Teams angewiesen, die Chargennummern der betreffenden Gasflaschen nicht in die OP-Dokumentationen einzutragen. Der Kläger habe so verhindern wollen, dass die Verwendung der abgelaufenen Gase bei den Operationen zurückverfolgt werden konnten. Herr Dr. S. habe von der Verwendung der Gase erst am 10.10.2012 im Rahmen einer Erstanweisung eines medizinischen Gerätes durch die Firma B. erfahren und dies am 15.10.2012 der Geschäftsführerin mitgeteilt. Die Gasflaschen seien nur 5 cm x 40 cm groß und in einem Schrank aufbewahrt worden. Das Gestell habe zudem die Aufdrücke mit den Ablaufdaten verdeckt. Im Rahmen der Inventur sei niemand von ihren Mitarbeitern anwesend gewesen. Die Firma H. habe nichts von abgelaufenen Gasflaschen erwähnt. Zudem sei der Kläger als Verwender selbst dafür verantwortlich, sich Kenntnis über die bei den Operationen verwendeten Produkte zu verschaffen. Er könne die Verantwortung insbesondere nicht auf die Praxismanagerin Frau C. abwälzen. Diese sei lediglich für die Wartung der Geräte im OP verantwortlich. Im Rahmen von monatlichen Inventuren würde zudem nur der Ablauf von Medikamenten überprüft, nicht aber der Ablauf von Gasflaschen.

Dem Kläger seien auch erhebliche Verfehlungen im Umgang mit der Sterilgutaufbereitung vorzuwerfen. Gemäß § 4 Abs. 1 iVm Abs. 3 MPBetreibV seien lediglich ausgebildete Sterilgutassistentinnen zur Dokumentation und Freigabe der Sterilgutaufbereitung befugt. Auf ausdrückliche Anweisung des Klägers habe

auch Frau F., eine ungelernete Kraft, diese Tätigkeiten ausgeführt. Im Rahmen einer im Jahr 2012 durchgeführten Zertifizierung sei den Mitarbeitern in X. am 30.06.2012 auch noch einmal ausdrücklich kommuniziert worden, wie die Sterilgutaufbereitung zu erfolgen habe. Eine Dienstanweisung in Form eines Auditberichts liege vor. Der Kläger habe jedoch am 12.06.2012 zwei Operationen mit Instrumenten durchgeführt, bei denen zuvor Frau F. mit ihrem Kürzel „RE“ die Sterilgutaufbereitung eigenständig dokumentiert und freigegeben habe. Zum Teil habe Frau F. auch die Kürzel von Frau B. und Frau N. benutzt und sich entsprechende Dokumentationen im Vorhinein oder blanko abzeichnen lassen. Frau B. habe Herrn Dr. S. am 28.09.2012 auf diese Problematik angesprochen. Nachdem weitere Mitarbeiter diese Vorgänge bestätigt hätten, hätte er noch am selben Tag die Geschäftsführerin informiert.

Der Kläger habe einen Pendelmarkierer bei mehreren Patienten benutzt, ohne diesen vorher gemäß der Bedienungshinweise zu sterilisieren. Mit dem Pendelmarkierer würde direkt die Hornhaut des Patienten markiert, deshalb sei er vor jeder Anwendung zu sterilisieren. Der Kläger habe die Mitarbeiter ausdrücklich angewiesen, keine entsprechende Sterilisierung vorzunehmen. Die Nutzung des Pendelmarkierers im OP-Saal sei ausweislich der OP-Dokumentationen u.a. am 13.09.2012, 27.09.2012 und 08.08.2012 erfolgt. Eine Differenzierung zwischen sterilem und semisterilem Bereich im Operationssaal, so wie sie der Kläger vornehme, sei nicht gegeben. Der Kläger habe auch die Mitarbeiter ausdrücklich angewiesen, die Skin-Marker Stifte, bei denen es sich um Einmalprodukte handle, mehrfach zu benutzen, ohne sie zu reinigen oder aufzubereiten. Zwischen Operationen sei die Sterilisation von Instrumenten auf ausdrückliche Weisung des Klägers darüber hinaus mit einem Statim-Blitzsterilisator erfolgt. Dies sei insbesondere zwischen Operationen am 16.03.2012 im Zusammenhang mit der Nutzung eines Flapmobilisators erfolgt. Gegenüber Frau B. habe der Kläger dann erklärt, dass das entsprechende Instrument geblitzt werden solle. Der Kläger habe auch angewiesen, bei entsprechender Benutzung keine Dokumentationen anzufertigen. Die Anwendung des Statim-Blitzsterilisators sei im Rahmen der Vorbereitung der Zertifizierung bei einer Schulung am 04.05.2012 durch die OP-Leiterin der E. Praxis Frau T. ausdrücklich untersagt worden, da für das Gerät keine Gebrauchsanleitung mehr vorgelegen habe und wie der Kläger selbst einräume, nicht validiert und somit in die Zertifizierung eingebunden werden konnte.

Die Mitarbeiterin N. habe den Kläger im Juni 2012 auch mehrfach darauf hingewiesen. Bereits seit der Zertifizierung der früheren Praxis des Klägers im Jahr 2004 habe der Kläger immer angeordnet, den Blitzsterilisator notfalls zu verstecken. Dies sei auch der Fall gewesen, wenn Mitarbeiter der E. Praxis oder die Geschäftsführerin in die X. Praxis gekommen seien. Zudem habe der Kläger teilweise die Mitarbeiter angewiesen, Instrumente vorzeitig aus dem Blitzsterilisator zu nehmen und zum Abkühlen auf den Tisch abzulegen. Die Instrumente seien dadurch nicht mehr als steril einzustufen gewesen. Frau N. habe den Kläger in dieser Hinsicht auf sein unverantwortliches Handeln auch aufmerksam gemacht. Hinsichtlich der Nutzung des Blitzsterilisators sei auch ein eigener Aktenordner angelegt worden. Dieser sei jedoch verschwunden.

Zudem habe der Kläger einen Betrugsversuch zu ihren Lasten begangen. Er habe mit seinem Steuerberater Herrn N. vereinbart, dass ein weiterer Klient des Steuerberaters, Herr I., an beiden Augen operiert werden solle, hierfür aber nicht die Behandlungskosten in Höhe von ca. 4.600,-- €, sondern lediglich die Materialkosten in Höhe von 700,-- € zu berechnen seien. Eine entsprechende Absprache habe es im August 2012 gegeben. Im Gegenzug sei vereinbart gewesen, dass Herr I. private Schulden des Klägers beim Steuerberater in Höhe von 2.800,-- € begleiche. Eine entsprechende Rechnung des Herrn I. beim Steuerberater sollte in diesem Zusammenhang erhöht und eine andere Rechnung des Klägers reduziert werden. Der Zeuge I. habe die erhöhte Rechnung mittlerweile auch gezahlt. Aus den schriftlichen Äußerungen des Herrn N. gehe eine entsprechende Vereinbarung auch unzweifelhaft hervor. Zu einer entsprechenden Operation des Zeugen I. sei es aber nicht gekommen. In einem Telefonat am 23.10.2012 oder 24.10.2012 habe der Zeuge I. jedoch noch einmal gegenüber Frau B. bestätigt, dass er mit dem Kläger telefoniert habe und mit dem Kläger alles besprochen sei. In einem weiteren Telefonat mit Herrn Dr. S. am 24.10.2012 sei dann eine Voruntersuchung für den 31.10.2012 vereinbart worden. An diesem Termin habe der Zeuge I. jedoch nicht über die Vereinbarung gesprochen. Das Thema sei dann unmittelbar vor dem Termin zur Operation am 09.11.2012 aufgekommen. Er habe mitgeteilt, dass der Kläger und der Steuerberater eine entsprechende Vereinbarung getroffen hätten. Dies habe Herr Dr. S. dann am gleichen Tag der Geschäftsführerin mitgeteilt. Im Termin zur Nachuntersuchung am 12.11.2012 habe der Zeuge I. die Vereinbarung noch einmal

bestätigt. In diesem Zusammenhang sei dann von ihm die schriftliche Erklärung vom 12.11.2012 (Anlage B 41, Bl. 1413 d. A.) unterschrieben worden. Diese Erklärung habe der Zeuge I. auch selbst gelesen. Augentropfen zur Pupillenerweiterung habe er zu diesem Termin überhaupt nicht verabreicht bekommen. Er habe in diesem Zusammenhang auch noch einmal gegenüber Herrn S. und einer weiteren Mitarbeiterin Frau C. geäußert, dass sich der gesamte Vorgang genau so zugetragen habe.

Die Kündigung sei auch unter dem Gesichtspunkt einer Druckkündigung gerechtfertigt. Das gesamte OP-Team habe mit der Kündigung gedroht, falls der Kläger weiterbeschäftigt werde. Dies stehe im Zusammenhang mit dem Verstoß des Klägers gegen die hygienischen Vorschriften. Ein erster anonymes Anruf sei am 02.08.2012 bei der Praxismanagerin der E. Praxis Frau T. eingegangen. Der Anrufer habe sich über die unerträgliche Lage im OP in der Zweigniederlassung in X. beklagt. So habe er sich beschwert, dass täglich elf bis zwölf Stunden zu arbeiten sei und zwischen den Operationen so lange auf den Kläger gewartet werden müsse, dass die Sterilität nicht mehr gewährleistet sei. Ein zweites anonymes Anruf sei dann am 07.08.2012 gegen 12:30 Uhr erfolgt. So habe sich der Anrufer beschwert, dass für den Tag 25 Operationen geplant seien, man jedoch erst bei der vierten Operation angekommen sei. Herr Dr. S. solle sofort in die Praxis nach X. kommen. Die Sache sei so weit gegangen, dass die Mitarbeiterin N. am 13.09.2012 gekündigt habe. In einem Gespräch am 24.09.2012 habe sie mitgeteilt, dass der Kläger der Grund für die Kündigung sei. Sie könne mit den Vorgaben hinsichtlich der Hygiene nicht mehr umgehen. Die Geschäftsführerin habe von diesem Gespräch am 25.09.2012 erfahren.

Die fristlose Kündigung vom 06.03.2013 sei ebenfalls wirksam. Der Kläger habe mit Schriftsatz vom 22.02.2013 schwere Anschuldigungen gegen sie erhoben. Ohne jegliche Anhaltspunkte habe der Kläger ihr versuchten Prozessbetrug vorgeworfen. Sie habe weder Zeugen beeinflusst noch Zeugen zu uneidlichen Falschaussagen angestiftet. Zudem stelle der Vortrag des Klägers, dass sie von Anfang an vorgehabt habe, die Praxis zu übernehmen, um sich die Kontingente zu sichern und dann den Kläger aus dem Arbeitsverhältnis zu drängen, nichts anderes als eine dreiste und haltlose Behauptung dar. Entsprechendes gelte im Hinblick auf den Vortrag des Klägers zu der Rückzahlungsverpflichtung in Höhe

von 1 Mio. € gemäß dem Praxisübernahmevertrag. Sie reime sich keinen Vortrag zusammen, um einen Kündigungssachverhalt zu konstruieren.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass ihm keine erheblichen Pflichtverletzungen vorzuwerfen seien. Hinsichtlich der verwendeten Gase sei zunächst zu bestreiten, dass es zu Schädigungen von Patienten gekommen sei. Ein Ablauf der Verfallsdaten führe nicht zu einer Untauglichkeit der Gase. Es handele sich um besonders reine Gase. Bei den betreffenden Gasen seien toxische Wirkungen nicht beschrieben. Der Inhalt der Gasflaschen stehe zudem unter hohem Druck. Eine Verunreinigung sei daher nicht zu befürchten. Für die Operationen werde zudem mit einer Spritze über einen Mikrofilter die benötigte Menge entnommen. Zusätzlich befinde sich an den Flaschen noch ein physischer Filter. Eine Gefahr für die Patienten habe daher zu keinem Zeitpunkt bestanden. Ein Verstoß gegen das Medizinproduktgesetz liege nicht vor. Ihm sei überhaupt nicht bekannt gewesen, dass sich Ablaufdaten auf den Gasflaschen befunden hätten. Dass die Beklagte von der Verwendung der Gase erst am 10.10.2012 Kenntnis erlangt habe, werde bestritten. Die Gasflaschen seien gut sichtbar in den Betriebsräumlichkeiten gelagert gewesen. Die OP-Leitung sei von Frau B. durchgeführt worden, die auch für die monatliche Überprüfung aller in den Schränken befindlichen Arbeitsmaterialien verantwortlich gewesen sei. Ihr hätten die abgelaufenen Flaschen auffallen müssen. Zu keinem Zeitpunkt habe er Mitarbeiter angewiesen, die Chargennummern nicht in die OP-Dokumentationen einzutragen. Eine solche Anweisung sei auch überhaupt nicht notwendig gewesen. Ausweislich der OP-Dokumentationen seien bereits im Jahr 2000 bei der Verwendung der Gase keine Chargennummern eingetragen worden.

Er habe zu keinem Zeitpunkt Anweisungen dahingehend erteilt, dass auch Frau F. Dokumentationen erstellen bzw. freigeben sollte. Im Rahmen der seit 2004 bestehenden Zertifizierung der Praxis sei bekannt, dass Frau F. als ungelernete Hilfskraft lediglich bei der Aufbereitung der Instrumente als Erfüllungsgehilfin eingesetzt werden könne. Es sei insoweit auch bekannt gewesen, dass Frau F. diese Arbeiten unter dem Monitoring der ausgebildeten Mitarbeiter ausführe. Eine eigenständige Dokumentation bzw. Freigabe sei von ihm nicht angewiesen worden. Lediglich Frau B. und Frau N. hätten dies getan. Von etwaigen Fälschun-

gen oder Blankounterschriften habe er keine Kenntnis. Er habe auf eine ordnungsgemäße Arbeit der Mitarbeiter vertraut. Er sei mit diesen Vorgängen jedoch nicht beschäftigt gewesen. Er habe insbesondere kein Wissen über die Einteilung der OP-Mitarbeiter gehabt. Zudem sei darauf hinzuweisen, dass die von der Beklagten angesprochenen Kürzel nicht gleichbedeutend mit der Freigabe der Sterilgutaufbereitung seien. Vielmehr seien sie nur ein Hinweis darauf, wer die Sterilgutaufbereitung vorbereitet habe. Zudem stellten die Kreuze und Sternchen keine Sonderkennzeichen der Frau B. dar. Vielmehr habe das entsprechende Kennzeichen nur darauf hindeuten sollen, dass im Rahmen der Sterilisation ein weiterer Indikator mitlaufe. Dies diene der Kontrolle des Vorgangs. Dies sei immer einmal am Tag bei jeweils einer Charge der Fall gewesen. Bereits seit 2007 wiesen die Dokumentationen entsprechende Kennzeichnungen auf.

Der Pendelmarkierer sei von ihm nie im sterilen Operationsbereich verwendet worden. Eine Sterilisierung sei daher auch nicht erforderlich gewesen. Vor jeder Anwendung sei eine desinfizierende Reinigung vorgenommen worden. Eine Verwendung im sterilen Bereich sei insoweit auch gar nicht möglich. Der Pendelmarkierer diene dazu, außerhalb des operativen Geschehens eine Achse auf der Hornhaut des Patienten einzutragen. Für die Markierung sei zwingend eine sitzende Position des Patienten erforderlich. Das Pendel des Markierers müsse sich nämlich senkrecht nach unten entsprechend der Schwerkraft frei bewegen und ausrichten können. Die Anwendung des Markierers erfolge in der anästhesiologischen Ecke des Operationsbereichs. Operationen erfolgten dagegen ausschließlich im sterilen Bereich in liegender Position des Patienten. Erst nach der Markierung und vor der OP-Feldabdeckung werde dann eine antiseptische Behandlung durchgeführt. Die Wahrnehmungen der Mitarbeiterin B. am 08.08.2012 würden bestritten. Die von der Beklagten benannten Skin-Marker Stifte seien stets aufbereitet worden. Dies sei entgegen des Vortrages der Beklagten möglich.

Der Blitzsterilisator sei nach seiner Kenntnis in den letzten Jahren seit Anschaffung des Femto-Lasers und auch nach dem Übergang der Praxis auf die Beklagte nicht mehr eingesetzt worden. Er habe die Mitarbeiter nach der Praxisübernahme nicht angewiesen, ihn zu nutzen. Mit der Anschaffung eines Femto-

Lasers im Jahr 2007 sei der Blitzsterilisator überflüssig geworden. Darüber hinaus sei im Jahr 2002 bzw. 2003 ein Großsterilisator angeschafft worden, der weiterhin im Einsatz sei. Im Rahmen der Schulung am 04.05.2012 sei der Blitzsterilisator nicht angesprochen worden. Es sei lediglich um eine rudimentäre Darstellung des QM-Handbuchs gegangen. Eine Anweisung an Frau B. zwischen Operationen am 16.03.2012 sei weder erfolgt noch notwendig gewesen. Im Übrigen seien die Sterilisationsvorgänge von ihm auch nicht im Einzelnen überprüft worden. Dies sei aufgrund der engen Abfolge der Operationen an einem Tag auch gar nicht möglich gewesen.

Ein Betrug könne ihm nicht vorgeworfen werden. Im August 2012 habe ihm sein Steuerberater Herr N. mitgeteilt, dass sich ein Freund wegen einer Augenoperation melden würde. Hinsichtlich des Honorars sei verabredet worden, dass hierüber nach der erfolgten OP weiter gesprochen werden sollte. Zu der OP sei es dann nicht gekommen. Der Zeuge I. habe sich nicht mit ihm in Verbindung gesetzt. Bis zum heutigen Tag habe er keinerlei Kontakt mit dem Zeugen I. gehabt. Einen irgendwie gearteten Deal habe es zwischen ihm und dem Steuerberater nicht gegeben. Der Steuerberater N. habe auch nicht mit dem Zeugen I. über eine Honorarvereinbarung gesprochen. Es sei lediglich über Fixkosten in Höhe von ca. 900,-€ gesprochen worden, die bei einer Operation des Steuerberaters zu Zeiten angefallen seien, zu denen er noch die Gemeinschaftspraxis geführt habe. Ein Gespräch zwischen dem Zeugen I. und Frau B. am 23.10.2012 oder 24.10.2012 werde mit Nichtwissen bestritten. Ebenso werde das von der Beklagten angeführte Gespräch vom 09.11.2012 zwischen dem Zeugen I. und Herrn Dr. S. bestritten. Sein gesamter Vortrag werde im Übrigen bestätigt durch die schriftliche Erklärung des Zeugen I. vom 18.02.2013. In dieser habe er ausdrücklich darauf hingewiesen, zum Kläger keinen persönlichen Kontakt gehabt zu haben und die Erklärung B 41 nicht habe lesen können. Der Vortrag der Beklagten hinsichtlich der Drohung von Kündigungen des gesamten OP-Teams sei für ihn nicht nachvollziehbar. Es habe keinen Verstoß gegen Hygienevorschriften gegeben. Das gesamte OP-Team habe mit ihm über Jahre hinweg vertrauensvoll zusammengearbeitet. Im Rahmen von Whats-App-Chats habe er auch nach Ausspruch der Kündigungen positive Rückmeldungen von dem OP-Team erhalten. Es sei sogar ein Treffen gewünscht gewesen.

Die Kündigung vom 06.03.2013 sei unwirksam. Der Vortrag aus dem Schriftsatz

vom 22.02.2013 sei im Rahmen der Wahrnehmung berechtigter Interessen erfolgt. Die Beklagte habe ihm gegenüber schwere Anschuldigungen erhoben. Diese habe sie zum Teil wieder zurückziehen müssen. Darüber hinaus seien die Behauptungen in dem Schriftsatz vom 22.02.2013 nicht ohne Anhaltspunkte oder lediglich ins Blaue hinein erfolgt.

Mit Teilurteil vom 10.07.2013 hat das Arbeitsgericht über die Anträge zu 2., 3, 4., 5., 10. und 14. entschieden und den Klageanträgen stattgegeben. Die Widerklage wurde abgewiesen. Es hat im Wesentlichen ausgeführt, dass die Kündigung vom 01.10.2012 unwirksam sei. Die Verwendung der abgelaufenen Gase könne die Kündigung nicht rechtfertigen, da eine Schädigung von Patienten durch die Verwendung der abgelaufenen Gase im Rahmen der vom Kläger durchgeführten Operationen nicht substantiiert dargetan sei. Von einer Anweisung des Klägers an Mitarbeiter keine Chargennummern in den jeweiligen OP-Dokumentationen einzutragen, könne nicht ausgegangen werden, da nach den OP-Dokumentationen des Klägers die Chargennummern bereits zu Zeiten nicht in den Dokumentationen eingetragen worden seien, als die Daten auf den Gasflaschen noch gar nicht abgelaufen waren. Dem Kläger sei zwar in dem Zusammenhang eine Pflichtverletzung vorzuwerfen. Der Beklagten sei es jedoch zumutbar gewesen, vorher eine Abmahnung als mildere Reaktionsmöglichkeit auszusprechen, zumal sie bei Übernahme der Praxis, die streitgegenständlichen Gasflaschen nicht kontrolliert bzw. beanstandet habe.

Im Hinblick auf die Sterilgutaufbereitung sei dem Kläger keine so schwerwiegende Pflichtverletzung vorzuwerfen, dass sie die fristlose Kündigung rechtfertigen könnte. Es sei nicht hinreichend dargetan, dass der Kläger die Mitarbeiterin F. konkret angewiesen habe, auch ohne Aufsicht einer gelernten Sterilgutassistentin die Aufbereitung und auch die Dokumentation und die abschließende Freigabe vorzunehmen. Selbst wenn man zugunsten der Beklagten davon ausgehe, dass der Kläger zumindest eine entsprechende Vorgehensweise geduldet habe, indem er Instrumente bei Operationen benutzte, die durch die Mitarbeiterin F. durch ihr entsprechendes Kürzel „RE“ freigezeichnet worden waren und er im Übrigen auch damit rechnen musste, dass bei einer bestimmten Einteilung der Schichten des OP-Teams Frau F. zwangsläufig auch die entsprechenden Arbeiten ausführen musste, so stelle dies nach Überzeugung der Kammer unter Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit lediglich einen Grund für eine Abmahnung

dar. Eine Gefährdung der Patienten sei für die Kammer in diesem Zusammenhang nicht erkennbar. Nach eigenem Vortrag der Beklagten sei davon auszugehen, dass die betreffende Mitarbeiterin F. die entsprechenden Arbeiten bereits seit längerer Zeit durchgeführt habe. Die frühere Praxis des Klägers sei zudem seit dem Jahr 2004 zertifiziert worden. Dass die Organisation der Sterilgutaufbereitung jemals konkret beanstandet worden ist, sei nicht ersichtlich. Es sei auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte zu dem gesamten streitgegenständlichen Geschehen einen ausdrücklichen Hinweis erst im Rahmen eines Gespräches am 30.06.2012 erteilt und in diesem Zusammenhang eine Dienstanweisung in Form eines Auditberichts erlassen habe. In welchem Umfang es danach zu konkreten Verstößen gegen diese Anweisung gekommen sei, werde von der Beklagten jedoch nicht substantiiert vorgetragen. Unter Abwägungsgesichtspunkten müsse sich die Beklagte auch hier vorhalten lassen, dass sich ihr ärztlicher Leiter Herr Dr. S. nicht um die Einhaltung der Standards gekümmert habe, die nun von der Beklagten eingefordert würde. Ob der Kläger konkret Kenntnis davon gehabt habe, dass Frau F. die Kürzel der Mitarbeiterinnen B. und N. gefälscht habe bzw. Blankoabzeichnungen erfolgt seien, stehe für die Kammer im Übrigen nicht fest. Der Vorwurf, dass der Kläger angeordnet habe, zwischen Operationen am 16.03.2012 Instrumente mit einem nicht validierten Blitzsterilisator zu sterilisieren, könne zugunsten der Beklagten als wahr unterstellt werden. Dieser Vorwurf sei nicht geeignet, ohne vorherige Abmahnung eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Der einzige konkrete Vortrag zur Nutzung des Sterilisators seitens der Beklagten sei im Zusammenhang mit den Operationen vom 16.03.2012 zu sehen. Dabei handelt es sich jedoch um einen Zeitpunkt, zu dem ein ausdrückliches und konkretes Verbot der Nutzung des Sterilisators durch die Beklagte am 04.05.2012 noch nicht ausgesprochen worden sei. Dass es nach Ausspruch dieses Verbotes zu einer relevanten Nutzung des Blitzsterilisators gekommen sei, könne nicht festgestellt werden. Darüber hinaus sei der Vortrag der Beklagten, der Kläger habe angewiesen, Instrumente vorzeitig aus dem Sterilisator zu nehmen, nicht hinreichend substantiiert.

Eine fristlose Kündigung wegen der Nutzung eines Pendelmarkierers durch den Kläger im Operationssaal ohne vorherige Sterilisierung und einer mehrfachen Verwendung von Skin-Marker Stiften, erweise sich, zumindest im Rahmen einer

abschließenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles, als unverhältnismäßig. Der Kläger habe im Einzelnen vorgetragen, wie der Pendelmarkierer bei den Patienten eingesetzt werde. Zudem habe er darauf verwiesen, dass vor der eigentlichen Operation noch einmal eine OP-Feldabdeckung mit entsprechender Sterilisierung erfolge. Allein der Hinweis der Beklagten, dass der Pendelmarkierer ohne Sterilisierung in dem Operationssaal gar keine Anwendung finden dürfe, reiche der Kammer für die Begründung einer fristlosen Kündigung ohne vorherige Abmahnung nicht aus. Es werde letztlich auch hier nicht deutlich, inwiefern eine konkrete Gefahr für die Patienten bestanden habe. Auch ein Vortrag über etwaige Komplikationen während der Operationen in der Vergangenheit aufgrund des Umgangs des Klägers mit dem Pendelmarkierer liege seitens der Beklagten nicht vor. Entsprechendes gelte für den Vortrag der Beklagten zu dem mehrmaligen Einsatz von Skin-Marker Stiften. Dem Kläger sei zwar im Zusammenhang mit der Beachtung von Hygienevorschriften grundsätzlich ein Fehlverhalten vorzuwerfen, da ein Arzt seine Tätigkeit mit entsprechendem Verantwortungsbewusstsein verrichten müsse. Ohne das Hinzutreten weiterer Umstände könne die fristlose Kündigung hierauf aber nicht gestützt werden. Im Rahmen von Kündigungen gelte das Prognoseprinzip. Eine Kündigung stelle keine Sanktion für vergangenes Verhalten dar.

Die Kündigung könne auch nicht auf einen Betrugsversuch gestützt werden. Es stehe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme, auch unter Berücksichtigung des vom Zeugen unterzeichneten Schreibens vom 12.11.2012 und der sonstigen Umstände nicht zur Überzeugung der Kammer fest, dass der Kläger die Absprache getroffen habe, dem Zeugen I. für eine Augenoperation einen geringeren Betrag als Honorar zu berechnen und im Gegenzug der Zeuge I. private Schulden des Klägers bei seinem Steuerberater tilge.

Die Kündigung sei auch nicht als Druckkündigung gerechtfertigt. Die von der Beklagten vorgebrachte angedrohte Kündigung des gesamten OP-Teams sei bereits an sich nicht geeignet, einen wichtigen Grund für eine Kündigung darzustellen. Es sei nicht dargetan, dass eine konkrete Drohung des gesamten OP-Teams bereits greifbare Formen angenommen habe. Der Verweis auf zwei anonyme Anrufe reiche nicht. Im Übrigen wäre die Beklagte vor Ausspruch einer fristlosen Kündigung gehalten gewesen, Maßnahmen zu ergreifen, um die Situation in der

Zweigstelle in X. zu beruhigen und sich insoweit zunächst schützend vor den Kläger zu stellen. Angesichts der Darlegungen sei auch eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit abzulehnen. Die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung im Wege der Umdeutung gemäß § 140 BGB scheitere bereits an dem Umstand, dass eine ordentliche Kündigung gemäß § 13 des Arbeitsvertrages erstmals zum 30.09.2016 möglich sei und ein Wille der Beklagten zum Ausspruch einer entsprechenden ordentlichen Kündigung nicht erkennbar sei.

Die fristlose Kündigung der Beklagten vom 06.03.2013 sei ebenfalls unwirksam. Grobe Beleidigungen des Arbeitgebers und seiner Vertreter oder Repräsentanten, die nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für den bzw. die Betroffenen bedeuten, könnten zwar eine außerordentliche fristlose Kündigung an sich rechtfertigen. Solche Umstände lägen aber nicht vor. Der Vorwurf des Klägers gegenüber der Beklagten, bereits bei Abschluss des Praxisübernahmevertrages geplant zu haben, ihn aus dem Arbeitsverhältnis zu drängen und nun versucht werde, einen Kündigungssachverhalt zu konstruieren, der gar nicht gegeben sei, sei angesichts des Verlaufs des Rechtsstreits durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen in einem gerichtlichen Verfahren gedeckt. Soweit der Kläger der Beklagten vorgeworfen habe, nach einer Verhandlung in dem Verfahren C. ./N. (Az. 6 Ca 2916/12) Zeugen beeinflusst zu haben, sei nicht ausreichend dargetan, dass die Behauptungen unwahr seien.

Aufgrund der Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigungen habe der Kläger auch einen Anspruch auf Feststellung, dass er nicht verpflichtet sei, an die Beklagte einen Betrag in Höhe von 1 Mio. € wegen Rückzahlung des Kaufpreises gemäß Ziff. 2.3 des Praxisübernahmevertrags zu zahlen.

Die Widerklage der Beklagten sei unbegründet. Die Beklagte habe keinen Anspruch auf Auskunftserteilung hinsichtlich eines etwaig erzielten Zwischenverdienstes des Klägers ab dem 04.10.2012. Der Anspruch sei gemäß § 362 BGB durch Erfüllung erloschen. Der Antrag der Beklagten, die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils auszuschließen, sei unbegründet. Es fehle an der Glaubhaftmachung eines nicht zu ersetzenden Nachteils im Falle einer Vollstreckung.

Gegen das der Beklagten am 24.07.2013 zugestellte Teilurteil des Arbeitsge-

richts hat die Beklagte mit dem am 22.08.2013 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 14.10.2013 mit dem am 14.10.2013 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. Die Berufung richtet sich gegen die Ziffern 1. bis 6. des Tenors (Anträge zu 2., 3, 4., 5., 10. und 14.). Gegen die Abweisung der Widerklage wurde keine Berufung eingelegt.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass die vorliegenden Gründe jeder für sich zumindest aber in ihrer Gesamtheit die fristlose Kündigung vom 01.10.2012 rechtfertigten. Der Kläger habe seit Jahren abgelaufene Gase bei Operationen verwendet. Dies könne nicht hingegenommen werden. Das Arbeitsgericht sei zu Unrecht zu dem Ergebnis gekommen, dass der Kläger von den abgelaufenen Verfallsdaten keine Kenntnis gehabt habe. Er habe nämlich selbst nur von der Unzulässigkeit ihrer Verwendung gesprochen. Die Verwendung habe zu einer konkreten Gefährdung von Patienten geführt. Nach Ablauf der Verfallsdaten könnten die nicht gesichert funktionstüchtigen Filter die aufgrund des Verfallsablaufs anzunehmenden Verunreinigungen und Veränderung der Gase nicht beheben. Deswegen habe auch der Hersteller die Verwendung nach Ablauf des Arbeitsdatums für unzulässig erklärt. Unabhängig von der Gefährdung liege ein Straftatbestand vor. Es bestehe nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 MPG ein ausdrückliches gesetzliches Verbot, Medizinprodukte mit abgelaufenem Datum zu verwenden. Angesichts der Erfüllung des Straftatbestandes und der dargelegten Ordnungswidrigkeit nach dem MPG bedürfe es für die Annahme eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung auch keiner Gefahr der Schädigung von Patienten. Hierbei müsse auch berücksichtigt werden, dass die Verwendung solcher Produkte zum Verlust der Deckung der Haftpflichtversicherung führe. Insofern habe es auch einer vorherigen Abmahnung nicht bedurft.

Dem Kläger sei weiterhin die Nutzung eines Pendelmarkierers an der Hornhaut des Patienten ohne eine Sterilisierung zwischen dem Patienten und die mehrfache Nutzung von Einmal-Skin-Marker-Farbstiften vorzuwerfen. Er habe die allgemeinen Bedienungs- und Reinigungshinweise nicht beachtet. Er habe die Mitarbeiter sogar ausdrücklich angewiesen, den Pendel-Markierer anders als vorgeschrieben nicht nach jeder Anwendung zu sterilisieren oder wenigstens zu reinigen. Damit habe er Patienten gefährdet. Bei der Behandlung könne es zu ober-

flächlichen Verletzungen des Gewebes der Patienten kommen. Bei einer Nutzung des Geräts ohne Sterilisation könnte die Übertragung von Geweberesten, Sekreten etc. von einem Patienten auf den anderen nicht ausgeschlossen werden. Erkrankungen durch diese Verhaltensweise würden naturgemäß erst später gegebenenfalls nach Jahren zu Tage treten. Dieses Verhalten sei jedenfalls eine so erhebliche Vertragsverletzung, dass sie die fristlose Kündigung rechtfertige. Zudem behaupte der Kläger jetzt immer noch, dass das Gerät nicht sterilisiert werden müsse. Es sei folglich auch im Falle einer Abmahnung offensichtlich, dass der Kläger sein Verhalten nicht geändert hätte.

Darüber hinaus habe der Kläger die Einmal-Skin-Markierer-Farbstifte mehrfach benutzt, ohne sie zu reinigen, geschweige denn sie nach den Vorgaben des MPG aufzubereiten. Die mehrfache Nutzung habe er ausdrücklich angeordnet. Die mutwillige Gefährdung der Gesundheit der Patienten und auch des Rufs der Beklagten sei alleine aus Gründen der Gewinnmaximierung erfolgt. Dies könne nicht hingenommen werden. Durch dieses Verhalten habe er bewusst den Verlust der Haftpflichtversicherung herbeigeführt.

Der Kläger habe auch die Verwendung eines nicht zugelassenen Blitzsterilisators angeordnet und die Beklagte über dessen weitere Verwendung getäuscht. Der Blitzsterilisator garantiere keine ordnungsgemäße Sterilisation der beim Patienten zu verwendenden Medizinprodukte. Mögliche Erkrankungen durch die Verwendung würden sich erst nach Jahren herausstellen. Der Kläger habe selbst zugegeben, dass das Gerät seit 2004 nicht mehr in den Zertifizierungsprozess integriert werden konnte. Wenn er es trotzdem benutze, könne das nicht hingenommen werden. Erschwerend komme hinzu, dass der Kläger in einer Schulung am 04.05.2012 ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei, dass der Blitzsterilisator nicht mehr benutzt werden dürfe. Darauf habe auch die Zeugin N. im Beisein weiterer Mitarbeiter den Kläger mehrfach hingewiesen. Trotzdem habe der Kläger das Gerät weiter benutzt. Er habe die Beklagte über die Nutzung getäuscht, da er gegenüber den Mitarbeitern angeordnet habe, das Gerät zu verstecken, wenn die Geschäftsführerin der Beklagten oder der ärztliche Leiter der

Beklagten oder sonstige Mitarbeiter der Beklagten ihren Besuch in X. angekündigt hätten. Dies sei beispielsweise am 28.06.2012 der Fall gewesen. Er habe auch angeordnet, zu den Sterilisationsvorgängen keine Dokumentationen zu erstellen. Auch dieser Themen-Komplex rechtfertige die fristlose Kündigung, zumal der Kläger unter Verstoß gegen die Medizinproduktbetreiberverordnung nicht ordnungsgemäß sterilisierte Instrumente an den Patienten verwendet und damit bewusst und konkret ihre Gesundheit gefährdet habe.

Außerdem habe der Kläger einen Betrug zulasten der Beklagten durch Vereinbarung der Tilgung privater Schulden beim seinem Steuerberater durch den Zeugen I. als Gegenleistung für eine nicht ordnungsgemäße Abrechnung seiner Augenoperation begangen. Der Zeuge I. habe dies in dem vorgelegten Schreiben bestätigt. Die Beweisaufnahme habe auch bestätigt, dass es zu einem konkreten Deal gekommen sei. Der Zeuge I. habe in seiner Vernehmung nicht nur erläutert, dass Herr N. ihm gegenüber ausdrücklich erklärt habe, dass man mit dem Kläger hinsichtlich des Honorars sprechen könne, sondern auch, dass ihm die Vereinbarung, dass fixe Kosten zu tragen seien, ihm von Herrn N. übermittelt worden sei. Er habe zudem die Vereinbarung mit Herrn N. mehrfach bestätigt, auch dass der Kläger wohl offene Rechnungen bei diesem habe. Zudem habe das Gericht zu Unrecht die Vernehmung der Zeugen Dr. S., C. und B. unterlassen. Bei ihrer Vernehmung hätte sich herausgestellt, dass der Zeuge I. entgegen seinen Äußerungen die vorformulierte Erklärung gelesen und die Richtigkeit bestätigt habe und auch, dass der Zeuge L. der Zeugin B. mitgeteilt habe, dass ihm der Zeuge I. bestätigt habe, einen Sonderpreis vom Kläger zu bekommen, weil er ein Bekannter von Herrn N. sei.

In jedem Fall sei die fristlose Kündigung vom 06.03.2013 gerechtfertigt. Der Kläger werfe der Beklagten einen von langer Hand geplanten Millionenbetrug vor, indem er im Schriftsatz vom 22.02.2013 im Zusammenhang mit der vereinbarten Kaufpreisrückzahlung von 1 Million Euro bei einer fristlosen Kündigung sich dahingehend äußere, „dass die Beklagte versuche, mit allen Mitteln (auch unlaute- ren) einen Sachverhalt zu konstruieren, der real überhaupt nicht gegeben sei“. Zu Unrecht werde auch der Vorwurf der Beeinflussung von Zeugen in dem Verfahren bezüglich der Kündigung der Mitarbeiterin C. erhoben. So werde vorge- tragen, dass die Beklagte „sich einen Vortrag zusammenreime, versuche einen Sachverhalt zu konstruieren, um an einen Kündigungsgrund zu gelangen, und

Mitarbeiter bewusst zu unrichtigen Folgeaussagen animiert habe“.

Der Beklagte beantragt zuletzt:

Das Urteil des Arbeitsgerichts Wuppertal vom 10. Juli 2013, Az.3 Ca 2764/12, wird in Bezug auf die Ziffern 1. bis einschließlich 6. des Tenors aufgehoben.

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger geht mit dem Arbeitsgericht davon aus, dass die Kündigungen vom 01.10.2012 und 06.03.2013 unwirksam seien. Auf die Verwendung abgelaufener Gase könne die Kündigung vom 01.10.2012 nicht gestützt werden. Hiervon habe er keine Kenntnis gehabt. Die Verfallsdaten auf den Gasflaschen seien für den Verwender nicht sichtbar gewesen. Auch die Beklagte habe trotz der Inventur nicht darauf hingewiesen, dass die Gase nicht mehr verwendet werden könnten. Nicht er, sondern Dr. S. sei ärztlicher Leiter in X. gewesen. Ihm könne nicht vorgeworfen werden, dass die Nummern der Chargen nicht in die Dokumentation eingetragen worden seien. Auch hiervon habe er keine Kenntnis gehabt. Es sei auch keine Gefährdung von Patienten gegeben, wie die schriftlichen Stellungnahmen der vom Kläger eingereichten Gutachten ergäben. Mangels der Unbedenklichkeit der Verwendung von Gasen nach dem Verfallsdatum ergebe sich auch kein Verstoß gegen das Medizinproduktegesetz. Im Übrigen sei eine Abmahnung vor Ausspruch einer Kündigung wegen des Sachverhalts in jedem Fall erforderlich gewesen.

Die Verwendung des Pendel-Markierers könne auch nicht eine Kündigung rechtfertigen. Das Gerät werde nicht im direkten OP-Bereich sondern im semisterilen Bereich eingesetzt. Eine Gefährdung des Auges sei bei sachgerechter Anwendung nicht gegeben. Im Übrigen werde das Gerät von den assistierenden OP Mitarbeiterinnen angereicht. Die chirurgischen Instrumente würden von den Mitarbeitern des OP-Teams den Containern entnommen, die durch die Mitarbeiter der Sterilgutküche aufbereitet worden seien. Die Sterilgutküche sei auch für die Reinigung des Pendel-Markierers zuständig. Nach der Nutzung sei das Gerät

wieder den Mitarbeitern übergeben worden. Aufgrund dieser Umstände habe er davon ausgehen müssen, dass die Geräte ordnungsgemäß aufbereitet worden seien, auch zwischen den einzelnen Operationen. Im Übrigen sei eine Desinfektion ausreichend. Er habe nicht die Anweisung gegeben, den Pendel-Markierer weder zu reinigen noch zu sterilisieren. Auch bei der Anwendung der Skin-Marker-Stifte sei eine Gefährdung von Patienten nicht vorhanden gewesen, da diese keinen direkten Kontakt zum Auge des Patienten gehabt hätten.

Auf die Nutzung der Blitzsterilisation könne die Kündigung auch nicht gestützt werden. Er habe keine entsprechende Anweisung an die Mitarbeiter gegeben. Ihm sei nicht aufgefallen, dass das Gerät weiter genutzt worden sei. An eine Äußerung, „Geräte zu blitzen“ könne er sich nicht erinnern. Für ihn sei es selbstverständlich, dass Geräte, mit denen er operiere, steril seien. Er habe ja eine Kontrolle installiert. Insofern habe er keine Veranlassung gehabt zu bezweifeln, dass diese nicht ordnungsgemäß funktioniere. Er habe auch keine Anweisung gegeben, den Blitzsterilisator zu verstecken, wenn Besuch aus Düsseldorf gekommen sei. Im Übrigen sei der Vortrag der Beklagten insoweit unsubstantiiert. Unabhängig davon seien die Instrumente auch bei Nutzung des Blitzsterilisators steril.

Ihm könne auch kein versuchter Betrug zulasten der Beklagten vorgeworfen werden. Zu Recht sei das Arbeitsgericht zum Ergebnis gekommen, dass die Vernehmung des Zeugen I. nicht die behauptete Vereinbarung bestätigt habe. Es habe keinen Deal zwischen ihm, dem Zeugen N. und I. gegeben.

Die Kündigung vom 06.03.2013 habe das Arbeitsverhältnis auch nicht beendet. Er habe keine unzutreffenden Vorwürfe erhoben, sondern sich darauf beschränkt darzustellen, was sich aus dem Gang des Verfahrens ergeben habe. Ihm sei eine Vielzahl von versuchten Straftaten etc. vorgeworfen worden, die er nicht begangen habe, u.a. das Umschreiben von Rechnungen. Angesichts dieser Vorwürfe habe er mit der notwendigen Schärfe reagieren dürfen. Hinsichtlich des Vorwurfs der Beeinflussung von Zeugen sei zu beachten, dass die Beklagte ihren Sachverhalt mehrfach habe korrigieren müssen. Im Verfahren bezüglich der Kündigungen von Frau C. habe es eine schriftliche Erklärung der Zeugin N. vom 15.05.2013 gegeben, in der sie ausgeführt habe, dass sie mitbekommen habe, dass Dr. S. den Kolleginnen gesagt habe, dass sie bei Falschaussagen ganz beruhigt sein könnten, da genügend Geld vorhanden wäre. Insofern seien keine

haltlosen Vorwürfe erhoben worden.

Die Parteien haben den Weiterbeschäftigungsantrag zu Ziffer. 5. im Termin vom 21.04.2015 übereinstimmend für erledigt erklärt. Der Kläger hat im Einverständnis mit der Beklagten, den Antrag zu 3. zurückgenommen, nachdem diese im Termin erklärt hat, dass mit der Kündigung vom 01.10.2012 nicht hilfsweise eine ordentliche Kündigung ausgesprochen worden sei. Im Hinblick auf die gesonderten Kündigungsschutzanträge hat der Kläger weiterhin den allgemeinen Feststellungsantrag zu Ziffer 4. mit Zustimmung der Beklagten zurückgenommen.

Das Gericht hat Beweis erhoben aufgrund der Beweisbeschlüsse vom 21.04.2015 und 16.06.2015 durch Vernehmung der Zeugen N., B., B., Z., F. und Dr. S.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.

Von der weitergehenden Darstellung des Tatbestandes wird gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG abgesehen und wegen der übrigen Einzelheiten des zugrundeliegenden Sachverhalts sowie des widerstreitenden Sachvortrags und der unterschiedlichen Rechtsauffassungen der Parteien gemäß § 69 Abs. 3 Satz 2 ArbGG ergänzend auf den Akteninhalt, insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen aus beiden Instanzen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

A. Die Berufung der Beklagten ist zulässig.

Sie ist an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig (§ 64 Abs. 2 Ziffer b ArbGG) sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§ 66 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ArbGG, §§ 519, 520 ZPO).

B. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg.

I. Zu Recht hat das Arbeitsgericht den noch im Streit stehenden Anträgen zu 2. und 6. stattgegeben. Das Arbeitsgericht ist in zutreffender Darstellung und Anwendung der für die Entscheidung des Rechtsstreits maßgeblichen Rechtsgrundsätze zu dem Ergebnis gelangt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien

weder durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 01.10.2012 noch durch außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 06.03.2013 beendet worden ist. Im Berufungsverfahren haben sich weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht neue Gesichtspunkte ergeben, die zu einer Abänderung der ausführlich begründeten Entscheidung des Arbeitsgerichts Veranlassung geben könnten.

II. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 01.10.2012 ist unwirksam. Es fehlt an einem wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB.

a) Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. In einer Gesamtwürdigung ist das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen (BAG, Urteil vom 08.05.2014 - 2 AZR 249/13 -, NZA 2014, 1258 - 1261; BAG, Urteil vom 21.11.2013 - 2 AZR 797/11 - NZA 2014, 243-250; BAG, Urteil vom 19.04.2012 - 2 AZR 258/11 - AP Nr. 238 zu § 626 BGB mwN; BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 - AP Nr. 229 zu § 626 BGB). Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumutbar ist oder nicht, nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen der in Rede stehenden Pflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf (BAG, Urteil vom 21.11.2013 - 2 AZR 797/11 - aaO; BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 34, BAGE 134, 349). Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (BAG, Urteil vom 09.06.2011 - 2 AZR 323/10 - NZA 2011, 1342-1346; BAG, Urteil vom 16.12.2010 - 2 AZR 485/08 - NZA 2011, 571-575). Als mildere Reaktionen sind insbesondere Abmahnung und ordentliche Kündigung anzusehen. Sie sind dann

alternative Gestaltungsmittel, wenn schon sie geeignet sind, den mit der außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck - die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen - zu erreichen (BAG, Urteil vom 21.11.2013 - 2 AZR 797/11 - aaO BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 - aaO; KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 251 mwN). Der Kündigende ist für die Tatsachen, die die Kündigung bedingen, darlegungs- und beweispflichtig. Das gilt auch für diejenigen Tatsachen, die einen vom Gekündigten behaupteten Rechtfertigungsgrund ausschließen (BAG, Urteil vom 28.08.2008 - 2 AZR 15/07 - EzA § 626 BGB Nr. 22; BAG, Urteil vom 17.06.2003 - 2 AZR 123/02 - EzA § 626 BGB Nr. 4; BAG, Urteil vom 06.08.1987 - 2 AZR 226/87 - EzA § 626 BGB Nr. 109).

Das Erfordernis weitergehend zu prüfen, ob nicht schon eine Abmahnung ausreichend gewesen wäre, folgt aus dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (die Kündigung als „ultima ratio“) und trägt zugleich dem Prognoseprinzip bei der verhaltensbedingten Kündigung Rechnung (BAG, Urteil vom 19.04.2007 - 2 AZR 180/06 - AP BGB § 174 Nr. 20; BAG, Urteil vom 12.01.2006 - 2 AZR 179/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54). Das Erfordernis gilt auch bei Störungen im Vertrauensbereich. Es ist nicht stets und von vorneherein ausgeschlossen, verlorenes Vertrauen durch künftige Vertragstreue zurückzugewinnen (BAG, Urteil vom 04.06.1997 - 2 AZR 526/96 - BAGE 86, 95). Der Gesetzgeber hat nunmehr in § 314 Abs. 2 S. 1 BGB ebenfalls das Erfordernis einer Abmahnung bei einer Vertragspflichtverletzung festgeschrieben.

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, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 AP Nr. 229 zu § 626 BGB; Schlachter NZA 2005, 433, 436). Die ordentliche wie die außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Sie dient der Objektivierung der negativen Prognose (BAG, Urteil vom 23.06.2009 - 2 AZR 283/08 - AP KSchG 1969 § 1 Abmahnung Nr. 5; Staudinger/Preis <2002> § 626 BGB Rn. 109). Ist der Arbeitnehmer ordnungsgemäß abgemahnt worden und verletzt er dennoch seine arbeitsvertraglichen Pflichten erneut, kann regelmäßig davon ausgegangen wer-

den, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen (BAG, Urteil vom 13.12.2007 - 2 AZR 818/06 – AP KSchG 1969 § 4 Nr. 64). Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes deshalb nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 - AP Nr. 229 zu § 626 BGB; BAG, Urteil vom 23.06.2009 - 2 AZR 103/08 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59; BAG, Urteil vom 19.04.2007 - 2 AZR 180/06 - AP BGB § 174 Nr. 20). Diese Grundsätze gelten uneingeschränkt selbst bei Störungen des Vertrauensbereichs durch Straftaten gegen Vermögen oder Eigentum des Arbeitgebers (BAG, Urteil vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 - AP Nr. 229 zu § 626 BGB; BAG, Urteil vom 23.06.2009 - 2 AZR 103/08 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59; BAG, Urteil vom 27.04.2006 - 2 AZR 415/05 - AP BGB § 626 Nr. 203).

b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt. Das Fehlverhalten des Klägers ist weder in Bezug auf die einzelnen Vorwürfe noch bei einer Gesamtbetrachtung so schwerwiegend, dass der Kläger erkennen konnte, dass der Arbeitgeber dieses Verhalten in jedem Fall ohne vorherige Abmahnung zum Anlass für eine fristlose Kündigung nimmt.

aa) Die Beklagte kann die Kündigung nicht mit Erfolg auf einen Betrugsversuch stützen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht bereits nicht zur Überzeugung der Kammer fest, dass der Kläger eine konkrete Absprache dahingehend getroffen hat, dem Zeugen I. für eine Augenoperation einen geringeren Betrag als Honorar zu berechnen und dieser im Gegenzug private Schulden des Klägers bei seinem Steuerberater tilgt.

Die Kammer übersieht nicht, dass der Zeuge I. die schriftliche Erklärung vom 12.11.2012 unterzeichnet hat. Zu Recht weist das Arbeitsgericht aber bereits auf die Widersprüchlichkeit des Schreibens hin, in dem zunächst ein Gespräch zwischen dem Kläger und dem Zeugen I. über die Zahlung von Beträgen an den Steuerberater und die Beklagte und im nächsten Absatz eine Vereinbarung mit dem Steuerberater aufgeführt wird. Unabhängig davon hat der Zeuge I. in seiner Vernehmung ausgesagt, dass er den Kläger nie gesehen bzw. telefonischen

Kontakt mit ihm gehabt habe, sondern Gespräche über eine Augen-OP und deren Kosten mit dem Zeugen N. geführt worden seien. Der Zeuge N. hat seinerseits ausgesagt, nie mit dem Kläger über die Kosten der OP des Zeugen I. gesprochen zu haben. Er habe vielmehr zu einer Zeit, als der Kläger noch Inhaber der Praxis gewesen sei, seinerseits mit dem Kläger eine Honorarvereinbarung über seine Augen-OP getroffen und im Hinblick darauf dem Zeugen I. angeboten, einen Kontakt zum Kläger herzustellen. Er habe dann auch den Kläger angerufen und ihn über seinen Mandanten und seinen Wunsch informiert.

Angesichts der Aussagen der Zeugen kann nach Auffassung der Kammer nicht von der behaupteten Vereinbarung ausgegangen werden. Keiner der beiden Zeugen hat bestätigt, dass der Kläger an einer solchen Absprache beteiligt war. Die von der Beklagten weiter vorgetragene Indizien, insbesondere die Äußerungen von Herrn I. gegenüber anderen und dass er das Schreiben vom 12.11.2012 in Kenntnis des Inhalts unterschrieben hat, führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Selbst wenn man diese Umstände unterstellt, lassen sie nur den Schluss zu, dass sich der Zeuge I. in der vorgetragenen Form geäußert hat. Dies reicht aber nicht aus, um von einer Beteiligung des Klägers an einer konkreten Absprache zu Lasten der Beklagten ausgehen zu können. Insofern konnte auf eine Vernehmung der von der Beklagten benannten Zeugen L., B., C. und Dr. S. verzichtet werden, zumal keiner der Zeugen unmittelbaren Kontakt zum Kläger hatte. Der Einzige, der danach mit dem Kläger gesprochen hat, ist der Zeuge N.. Der hat aber nachvollziehbar und insoweit überzeugend ebenfalls keine Vereinbarung bestätigt, wie sie von der Beklagten behauptet worden ist. Er hat letztlich nur auf Vorgespräche verwiesen, ohne dass es zu einer konkreten Vereinbarung gekommen ist. Insofern kann im Ergebnis dem Arbeitsgericht gefolgt werden, dass dem Kläger nicht der Vorwurf eines Betrugsversuchs gemacht werden kann.

bb) Die Beklagte kann die Kündigung nicht auf Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Sterilgutaufbereitung stützen. Zu Recht hat das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass der Vortrag der Beklagten, dass der Kläger die Mitarbeiterin F. konkret angewiesen habe, auch ohne Aufsicht einer gelernten Sterilgutassistentin die Aufbereitung und auch die Dokumentation und die abschließende Freigabe vorzunehmen, nicht hinreichend substantiiert sei. Dem Arbeits-

gericht ist auch darin zu folgen, dass die mögliche Duldung von Mängeln im Zusammenhang mit der Freizeichnung von medizinischen Instrumenten durch die nicht ausgebildete Mitarbeiterin F. zwar eine Vertragsverletzung darstellt, aber nicht ausreichend dargetan sei, dass der Kläger davon Kenntnis gehabt habe. Außerdem ergibt sich nicht, dass es nach dem ausdrücklichen Hinweis durch die Beklagte in dem Gespräch vom 30.06.2012 und nach der Erteilung der Dienst-anweisung zu weiteren Verstößen dagegen gekommen ist. Den Ausführungen des Arbeitsgerichts ist die Beklagte in der Berufung auch nicht mehr entgegengetreten. Sie war im Kammertermin ausweislich des Protokolls damit einverstanden, dass der Sachverhalt nicht weiter verfolgt wird.

cc) Die Beklagte kann die fristlose Kündigung nicht darauf stützen, dass noch 2012 abgelaufene Gase bei Operationen verwendet worden sind.

Es kann bereits nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger bei ihrer Nutzung Kenntnis hatte, dass die Gase abgelaufen waren. Die Kenntnis davon hat er in der Berufungserwiderung ausdrücklich bestritten. Allein aus dem Umstand, dass der Kläger im Einzelnen begründet hat, warum er davon ausgeht, dass die Gase auch über das Ablaufdatum hinaus eingesetzt werden konnten, ohne eine konkrete Gefährdung der Patienten darzustellen, lässt sich gegenteiliges nicht entnehmen. Der Kläger hat nachvollziehbar dargetan, dass für die Geräte und Gasflaschen Mitarbeiter in seiner Praxis zuständig waren und im Zusammenhang mit der im Dezember 2011 durchgeführten Inventur durch eine Drittfirma vor der Praxisübernahme ebenfalls kein Hinweis auf das Vorhandensein abgelaufener Gase erfolgt ist. Insofern ergab sich zunächst keine konkrete Veranlassung, in dem nunmehr 2012 bestehenden Arbeitsverhältnis, den Bestand der Gase auf die jeweiligen Verfallsdaten zu überprüfen. Im Übrigen hat sich ergeben, dass die Aufkleber mit den Verfallsdaten aus den Gasflaschen nicht direkt sichtbar waren, sondern vom Gestänge verdeckt waren. Anhaltspunkte, dass dies dem Kläger zuzurechnen ist, ergeben sich nicht. Dies spricht auch dagegen, dass dem Kläger nach Übernahme der Praxis der Ablauf der Verfallsdaten bewusst war. Soweit die Beklagte zusätzlich darauf hingewiesen hat, dass der Kläger die Mitarbeiter des OP-Teams angewiesen habe, keine Charge Nummern in die OP-Dokumentation einzutragen, ergibt sich keine andere Beurteilung. Dem Arbeitsgericht ist zu folgen, dass solche Anweisung, wenn sie so gefallen ist,

keinen Schluss auf eine Kenntnis der Umstände zulässt, da die Charge-Nummern bereits zu Zeiten nicht in Dokumentationen eingetragen worden sind, als die Daten auf den Gasflaschen nicht abgelaufen waren.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Kläger seinen Überwachungspflichten als Hygienebeauftragter und Operateur nicht nachgekommen ist, reicht dies als Kündigungsgrund nicht aus. Der Beklagten war zuzumuten, den Kläger zuvor abzumahnern. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass auch die Beklagte als Arbeitgeberin ebenfalls verpflichtet war, für einen ordnungsgemäßen Bestand der zum Betrieb der Praxis notwendigen Materialien zu sorgen. Die ärztliche Leitung war ausdrücklich nicht dem Kläger, sondern Dr. S. übertragen. Bei der Beurteilung ist auch zu berücksichtigen, dass der Kläger nunmehr als angestellter Arzt keine Veranlassung hatte, nicht mehr verwendbare Materialien zu verwenden. Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwar dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (BAG 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 - AP Nr. 229 zu § 626 BGB). Solche Umstände liegen aber nicht vor. Für den Kläger war es nicht offensichtlich, dass die Beklagte Verstöße gegen Überprüfungspflichten zum Anlass für eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses nimmt. Dies gilt auch vor dem Hintergrund eines Verstoßes gegen das Medizinproduktegesetz und Konsequenzen für die Zertifizierung und Haftung bei Schädigungen. Es liegen auch keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür vor, dass die Abmahnung keine Wirkung gezeigt hätte. Dass der Kläger die Verwendung der Gase unter Hinweis auf ein von ihm eingeholtes Privatgutachten als ungefährlich verteidigt, und seine Verantwortung zurückgewiesen hat, ändert nichts an der Beurteilung. Als angestellter Arzt hat der Kläger keine Veranlassung, nicht mehr verwendbare Materialien gegen eine ausdrückliche Anweisung der Beklagten unter Kündigungsandrohung zu verwenden.

dd) Die Beklagte kann die fristlose Kündigung auch nicht mit Erfolg darauf stützen, dass der Kläger den Blitzsterilisator genutzt bzw. ausdrücklich angeordnet hat, chirurgische Instrumente zu blitzten bzw. solche vorzeitig aus dem Gerät zu nehmen, die Sterilisationsvorgänge nicht zu dokumentieren und letztlich die Mit-

arbeiter angewiesen hat, das Gerät zu verstecken, wenn Besuch von der Beklagten aus E. kam.

Die Beweisaufnahme hat diese Vorwürfe in der Gesamtheit nicht zur Überzeugung der Kammer bestätigt. Die Zeugin B., die dem Kläger während der Operation attestiert hat, konnte sich weder zeitlich an eine konkrete Anweisung des Klägers, das Gerät zu nutzen oder bei Besuch aus E. zu verstecken, erinnern, noch an eine, einen Sterilisationsvorgang zu unterbrechen. Sie konnte sich nur daran erinnern, dass der Sterilisator genutzt wurde, ohne eine zeitliche Einordnung vor oder nach der Praxisübernahme. Sie konnte sich auch nur daran erinnern, dass das Gerät mal ins Sekretariat geschoben wurde. Dies gilt auch für die Zeugin Z., die sich nur allgemein daran erinnern konnte, dass der Blitzsterilisator genutzt werden sollte, wenn man schneller arbeiten wollte. Bezüglich des Versteckens des Geräts bei einem Besuch aus E. konnte sie sich nicht ein konkretes Datum oder eine Anweisung des Klägers, sondern nur an eine Anweisung von Frau C. bei einem Besuch aus E. erinnern. Das Gerät sei in den Keller gebracht worden. An eine Anweisung, Sterilisationsvorgänge nicht zu dokumentieren, konnte sie sich auch nicht erinnern. Die Zeugin B. konnte sich zwar daran erinnern, dass der Kläger ihr gesagt habe, dass ein Trichter geblitzt werden soll. Sie musste sich aber unmittelbar danach korrigieren und wies darauf hin, dass nicht sie, sondern der Kläger den Mitarbeitern der Sterilgutküche gesagt habe, einen Trichter zu blitzen. Eine zeitliche Einordnung erfolgte aber nicht. Eine Anweisung des Klägers, Dokumentationen über die Nutzung des bisherigen Blitzsterilisators nicht zu erstellen, konnte sie nicht bestätigen. Die Zeugin F. konnte sich auch nicht an konkrete Einzelheiten erinnern, sondern nur allgemein daran, dass Sachen geblitzt wurden, wenn es eilig war; dass es Fälle gegeben hat, in denen etwas vorzeitig herausgenommen worden wurde, auch wenn es noch nicht trocken gewesen sei, etwa zwei Mal im Monat. Sie konnte sich allerdings nicht daran erinnern, ob es nach dem 01.01.2012 eine konkrete Arbeitsanweisung zur Nutzung des Geräts gegeben hat. Sie hat weiter bekundet, dass sie von Frau C. die Anweisung bekommen habe, es nicht aufzuschreiben, wenn etwas geblitzt worden sei. Sie konnte sich zudem auch an einen Tag erinnern, an dem der Blitzsterilisator in das Büro geschoben wurde und es geheißen habe, dass das Gerät weg müsse. Der Kläger habe dann das Gerät eingeschlossen. Ein konkre-

tes Datum konnte sie hierzu aber genauso wenig nennen wie zu einer Anweisung, einen Sterilisationsvorgang abubrechen. Nach ihrer Erinnerung kann letzteres in 2010, 2011 oder 2012 gewesen sein. Angesichts dieser Bekundungen kann zunächst nicht von einer Anweisung des Klägers, Sterilisationsvorgänge mit dem Blitzsterilisator nicht zu dokumentieren, ausgegangen werden. Keiner der Zeugen hat eine solche bestätigt. Lediglich die Zeugen F. hat eine entsprechende Anweisung von Frau C. bestätigt und allgemein auf eine Absprache mit dem Kläger hingewiesen, ohne dies zu konkretisieren. Eine solche allgemeine Bekundung überzeugt aber nicht, zumal jegliche Einordnung sowohl zeitlich als auch inhaltlich in einen konkreten Lebenssachverhalt fehlt. Insofern kann auch nicht beurteilt werden, ob sich solche Umstände bereits vor oder vor und nach der Praxis abgespielt haben. Anweisungen vor der Praxisübernahme sind aber für die Beurteilung der Kündigung nicht von Bedeutung.

Es kann auch nicht von einer konkreten Anweisung des Klägers nach der Praxisübernahme ausgegangen werden, den Blitzsterilisator bei einem Besuch aus zu E. zu verstecken. Keiner der Zeugen hat eine solche Anweisung des Klägers bestätigt. Die Aussage der Zeugin B. ist insoweit unergiebig, da sie einen Zusammenhang zum Besuch der Beklagten in X. nicht herstellen konnte. Die Zeugin B. hat allgemein auf eine Anweisung von Frau C. hingewiesen und sich im Übrigen auf eine Äußerung von Frau N. und F. bezogen. Die Zeugin Z. konnte sich ebenfalls nur an eine Anweisung von Frau C. erinnern, ohne auch eine konkrete zeitliche Einordnung vornehmen zu können. Hinsichtlich des Ortes, an den das Gerät gebracht wurde, werden auch unterschiedliche Angaben gemacht. So wird vom Keller bzw. von einem Ort gesprochen, für den nur der Kläger einen Schlüssel hatte.

Angesichts dieser Umstände war eine Vernehmung der Zeugin N., soweit sie vom Kläger benannt wurde, entbehrlich. Unabhängig davon war eine Vernehmung der Zeugin nicht möglich. Sie war für unabsehbare Zeit unerreichbar. Die Zeugin hat mit fachärztlichem Attest vom 22.05.2015 mitgeteilt, dass aus nervenärztlicher Sicht bis auf weiteres keine Belastbarkeit besteht und die Patientin nicht vernehmungsfähig ist, ohne gesundheitlichen Schaden zu nehmen. Mit ärztlichem Attest vom 21.08.2015 wurde bestätigt, dass sie mündlich nicht vernehmungsfähig ist und lediglich eine schriftliche Zeugenvernehmung möglich ist. Ihre schriftliche Erklärung war nicht verwertbar (Zöller ZPO 31. Aufl. § 377 Rdnr.

11). Dem Antrag des Klägers auf Einholung einer schriftlichen Zeugenaussage hat die Beklagte widersprochen.

ee) Trotz der teilweise allgemeinen Ausführungen geht die Kammer allerdings auf Grund der Aussagen davon aus, dass der Blitzstatim - Sterilisator vor und auch nach der Praxisübernahme von den Mitarbeitern, die für die Sterilisation ständig waren, genutzt wurde. Über den Umfang hat die Beweisaufnahme angesichts der nur allgemeinen Bekundungen der Zeuginnen jedoch kein konkretes Bild ergeben. Dem Arbeitsgericht ist zu folgen, dass die teilweise weitere Nutzung des Blitzsterilisators die fristlose Kündigung nicht rechtfertigt. Ob dem Kläger geglaubt werden kann, dass ihm die weitere Nutzung nicht bekannt war, kann dahinstehen. Selbst wenn er durch die eilige Anforderung von Instrumenten damit rechnete, dass das Gerät zumindest in besonderen Situationen benutzt wurde, oder es Veranlassung gab, dies zu nutzen, und ihm als Hygienebeauftragten angesichts der fehlenden Validierbarkeit des Geräts in der Zertifizierungsprozess eine erhebliche Pflichtverletzung vorzuwerfen ist, führt dies aber nicht zur Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung ohne vorherige Abmahnung. Bei der Beurteilung des Fehlverhaltens sind die besonderen Umstände des Falles zu berücksichtigen. Der Kläger hat letztlich seine Praxis wie zuvor weitergeführt. Er hatte etwaige Mängel bis 31.12.2011 als Praxisinhaber selbst zu verantworten. Als angestellter Arzt war er nunmehr den Weisungen der Beklagten unterworfen. Insofern lag es aber auch an der Beklagten, ihren Überwachungsaufgaben nachzukommen. So kann davon ausgegangen werden, dass der Beklagten bekannt war, dass in der Praxis ein Blitzsterilisator vorhanden war. Wenn auch die Beklagte behauptet, nicht gewusst zu haben, dass er weiterhin genutzt wurde, so hätte sie auch für seine Entsorgung bzw. Entfernung sorgen können. Bei Fortführung der Praxis hätte es auch an ihr gelegen, den bisherigen Praxisbetrieb und auch die Nutzung der Geräte zu überprüfen und konkrete Anweisungen für die künftige Fortführung zu geben. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die Gesamtumstände zu berücksichtigen sind, insbesondere, ob nicht eine Abmahnung erforderlich gewesen wäre, um die Einhaltung ihrer Richtlinien zu erreichen. Entgegen der Auffassung der Beklagten lassen die vorgetragenen Tatsachen nicht den Schluss zu, dass der Kläger auf eine Abmahnung nicht reagiert hätte. Die fristlose Kündigung hat für den Kläger erhebliche

Konsequenzen. Sie ist hat nicht nur die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge, sondern er ist aufgrund der Regelungen im Praxisübernahmevertrag bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses im ersten Jahr durch fristlose Kündigung der Beklagten verpflichtet, 1 Million Euro des Kaufpreises zurückzuzahlen. Vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass er einer Abmahnung wegen der Pflichtverletzungen nicht gefolgt wäre.

Soweit die Beklagte darauf verweist, dass erschwerend zu berücksichtigen sei, dass in der Schulung vom 04.05.2012 die Mitarbeiter der Praxis darauf hingewiesen worden seien, dass der Blitzsterilisator nicht benutzt werden darf, führt das nicht weiter. Der Kläger hat vorgetragen, dass ihm dies nicht mitgeteilt worden ist. Für den Vortrag spricht, dass sich keiner der hierzu vernommenen Mitarbeiter B., B. und Z. daran erinnern haben. Unabhängig davon kann eine Äußerung in einer Schulung keine Abmahnung ersetzen, da nur diese die Rüge der Pflichtverletzung mit der Androhung einer Kündigung für den Wiederholungsfall verbindet. Dass in der Weise Erklärungen in der Schulung erfolgt sind, hat die Beklagte nicht behauptet.

ff) Die Beklagte kann die Kündigung auch nicht mit Erfolg auf einen fehlerhaften Einsatz des Pendel-Markierers und die mehrfache Nutzung der einmal Skin-Marker-Farbstifte stützen.

(1) Der Kläger hat vorgetragen, dass die Handhabung im nicht sterilen Bereich des Operationsraums erfolge, es sich bei der Verwendung um einen semisterilen Bereich handele und damit bei ordnungsgemäßer Anwendung keine Gefahr für die Patienten bestehe. Er hat hierzu auf eine kursorische gutachterliche Stellungnahme von Prof Dr. G. E. verwiesen. Dem hat die Beklagte zwar entgegen gehalten, dass der Kläger mit seinem Verhalten nicht nur gegen die Bedienungsanleitung und die Reinigungsanleitung sondern auch gegen das Medizinproduktegesetz verstoßen habe. Außerdem ergebe sich aus den Anforderungen an die Hygiene bei der Aufbereitung von Medizinprodukten des Robert-Koch Instituts für die Medizinprodukte der Einstufung semikritisch B die Erforderlichkeit der Sterilisation. Selbst wenn der Kläger fehlerhaft zu der Einschätzung gekommen ist, dass die Desinfizierung des Geräts mit Mikrozidtüchern ausreichend ist und die mehrmalige Verwendung der Einmal-Skin-Marker Stifte einen erheblichen

Vertragsverstoß darstellt, erweist sich die fristlose Kündigung als nicht gerechtfertigt.

(2) Zunächst kann nicht von einer Anweisung, den Pendel-Markierer nicht zu sterilisieren, ausgegangen werden. Eine solche Anweisung hat keiner der Zeugen bestätigt. Sie haben lediglich bestätigt, dass ihnen gesagt worden sei, ihn mit Mikrozidtüchern zu reinigen. Es kann auch nicht von einer wiederholten Nutzung am gleichen Tag in dem Zeitraum des Bestandes des Arbeitsverhältnisses ausgegangen werden. Zunächst sind die Aussagen unterschiedlich. Während die Zeugin B. ausdrücklich nur von der einmaligen Nutzung des Markierers an einem Operationstag spricht, konnte sich die Zeugin B. gar nicht nicht an eine Mehrfachnutzung an einem Tag erinnern. Die Zeugin Z. hat dagegen eine Mehrfachnutzung an einem Tag bestätigt, ohne sich daran erinnern zu können, wann und wie häufig das der Fall war. Bei der Beurteilung des Sachverhalts darf nicht außer Acht gelassen werden, dass der Kläger zu Recht darauf hinweist, dass er auch schon vor der Praxisübernahme geschulte Mitarbeiter für die Sterilisation beschäftigte und damit auch davon ausgehen konnte, dass das benötigte Material in ordnungsgemäßem Zustand zur Verfügung stand.

Insgesamt ist auch bei der Beurteilung dieses Sachverhalts zu berücksichtigen, dass eine bereits bestehende Verfahrensweise nach der Praxisübernahme nicht geändert wurde, und zudem nicht feststeht, wann und in welchem Umfang Verstöße vorgekommen sind. Der Kläger hat seinen bisherigen von eigener Verantwortung getragenen Betriebsablauf mit seinen möglicherweise auch fehlerhaften Verhaltensweisen einfach fortgeführt. Hierbei mag ihm auch Unkenntnis bzw. eine fehlerhafte Beurteilung in Bezug auf die Notwendigkeit der Reinigung des Geräts vorzuwerfen sein. Aber auch diese Umstände sind nicht so erheblich, dass eine Abmahnung entbehrlich wäre. Bei der Frage, ob eine vorherige Abmahnung erforderlich ist, sind diese Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen. Es ist davon auszugehen, dass der Kläger seine Praxis lediglich fortgeführt hat. Es kommt, wie bereits ausgeführt, hinzu, dass sich die Konsequenzen einer wirksamen fristlosen Kündigung nicht auf den Arbeitsplatzlust beschränken, sondern nach dem Praxisübernahmevertrag zu einer Rückzahlungsverpflichtung eines großen Teils des Kaufpreises führen. Angesichts dieser Umstände gilt auch das oben ausgeführte Argument, dass es auch der Beklagten oblag, den übernommenen Betrieb, insbesondere seine bisherigen Strukturen,

zu überprüfen und für die Einhaltung der von ihr geforderten Standards zu sorgen. Es wäre ihr nach Auffassung der Kammer deswegen zuzumuten gewesen, vor Ausspruch der Kündigung den Kläger wegen dieser Vertragsverstöße abzumahnern. Auch in Bezug auf diesen Sachverhalt ergeben sich keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger bei einer Abmahnung sein Verhalten nicht geändert hätte. Allein der Umstand, dass der Kläger nach Ausspruch der Kündigung im Prozess sein Verhalten rechtfertigt und das Vorliegen einer Vertragsverletzung in Zweifel zieht, reicht nicht aus, um das anzunehmen.

gg) Die Beklagte kann die Kündigung auch nicht auf eine Druckkündigung stützen.

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Urteil vom 18.07.2013 - 6 AZR 420/12 - AP Nr. 14 zu § 626 BGB) ist zwar eine Druckkündigung grundsätzlich möglich. Sie liegt vor, wenn Dritte unter Androhung von Nachteilen für den Arbeitgeber von diesem die Entlassung eines bestimmten Arbeitnehmers verlangen. An die Zulässigkeit einer sogenannten „echten Druckkündigung“ sind aber nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts strenge Anforderungen zu stellen. Der Arbeitgeber hat sich in diesem Fall zunächst schützend vor den betroffenen Arbeitnehmer zu stellen. Nur wenn auf diese Weise die Drohung nicht abgewendet werden kann und bei Verwirklichung der Drohung schwere wirtschaftliche Schäden für den Arbeitgeber drohen, kann die Kündigung sozial gerechtfertigt sein. Dabei ist jedoch Voraussetzung, dass die Kündigung das einzig praktisch in Betracht kommende Mittel ist, um die Schäden abzuwenden (BAG 19.06.1986 - 2 AZR 563/85 - NZA 1987, 21-23). Typische Fälle einer echten Druckkündigung sind Drohungen der Belegschaft mit Streik oder Massenkündigungen oder die Androhung des Abbruchs von Geschäftsbeziehungen für den Fall der Weiterbeschäftigung eines bestimmten Arbeitnehmers (zur Abgrenzung zwischen betriebsbedingter Druckkündigung und personenbedingter Kündigung vgl. BAG, Urteil vom 26.06.1997 - 2 AZR 502/96 - AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG, Urteil vom 31.01.1996 - 2 AZR 158/95 - AP Nr. 13 zu § 626 BGB Druckkündigung).

(2) Mit dem Arbeitsgericht ist davon auszugehen, dass die Beklagte die Voraussetzungen für eine Druckkündigung nicht dargelegt hat. Es hat zu Recht ausgeführt, dass sich nicht aus dem Vortrag ergibt, dass eine konkrete Drohung des

gesamten OP-Teams bereits greifbare Formen angenommen hatte. Die von der Beklagten vorgetragene zwei anonymen Anrufe am 02.08.2012 und 07.08.2012 reichen hierzu genauso wenig aus wie die Kündigung einer einzelnen Mitarbeiterin. Inwieweit die Anrufer tatsächlich für das gesamte OP-Team gesprochen hätten, ist, wie das Arbeitsgericht zu Recht ausgeführt hat, von der Beklagten nicht aufgeklärt worden. Die Beklagte ist zudem vor Ausspruch einer fristlosen Kündigung gehalten gewesen, Maßnahmen zu ergreifen, um die Situation in der Zweigstelle in X. zu beruhigen und sich insoweit zunächst schützend vor den Kläger zu stellen. Auch insoweit wird dem Arbeitsgericht gefolgt, dass nicht substantiiert dargetan ist, dass die Beklagte überhaupt etwas in diese Richtung unternommen habe. Den Ausführungen ist die Beklagte zu einen in der Berufung nicht entgegengetreten und hat zum anderen keine weiteren Umstände vorgetragen, die den Schluss darauf zulassen, dass der Beklagten bei Verwirklichung der Drohung schwere wirtschaftliche Schäden drohten. Ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung ist aufgrund dieses Sachverhalts nicht gegeben.

hh) Letztlich führt auch eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des vorliegenden Falls nicht zur Rechtfertigung der fristlosen Kündigung vom 01.10.2012. Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der 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. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen 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 (BAG, Urteil vom 28.01.2010 - 2 AZR 1008/08 - Rn. 26 mwN, DB 2010, 1709;). Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn sämtliche milderer Reaktionsmöglichkeiten, insbesondere auch eine Abmahnung unzumutbar sind (BAG, Urteil vom 10. Juni 2010 – 2 AZR 541/09 – BAGE 134, 349-367, Rn. 34).

Hier sind zwar dem Kläger Vertragsverletzungen vorzuwerfen, da er gegen interne Anweisungen, Hygienevorschriften, Bedienungsanleitungen und Vorgaben der Hersteller für die Verwendung ihrer Produkte verstoßen hat und dadurch eine Gefährdung von Patienten nicht ausgeschlossen werden kann. Andererseits hat die Beklagte auch nicht konkret darlegen können, dass ein Patient durch die dem Kläger vorgeworfenen Verhaltensweisen tatsächlich geschädigt wurde. Der Kläger ist zwar noch nicht lange beschäftigt, so dass er allein dadurch keinen besonderen Vertrauensvorschuss erworben hat. Hier ergibt sich aber die Besonderheit, dass die Beklagte die Praxis des Klägers übernommen hat, ohne die Verfahrensweise, insbesondere den bisherigen Praxisablauf im Einzelnen zu überprüfen. Der Kläger hatte seinerseits seit vielen Jahren die Praxis erfolgreich betrieben und seine Arbeit als angestellter Arzt einfach fortgesetzt. Dies ist bei der Abwägung zu berücksichtigen. Die vorliegenden nach der Beweisaufnahme verbleibenden Vertragsverletzungen sind nach Auffassung der Kammer auch in ihrer Gesamtheit nicht so schwerwiegend, dass für den Kläger offensichtlich erkennbar war, dass die Beklagte das vor wenigen Monaten begründete aber durch die Rückzahlungsregeln auf viele Jahre ausgelegte Arbeitsverhältnis ohne vorige Abmahnung fristlos beenden würde. Vielmehr konnte der Kläger davon ausgehen, wegen eines Fehlverhaltens im Praxisablauf zunächst abgemahnt zu werden. Entgegen der Auffassung der Beklagten liegen auch keine ausreichenden Umstände dafür vor, dass die Abmahnung keine Wirkungen gezeigt hätte. Die fristlose Kündigung führt nicht nur zu einem sofortigen Arbeitsplatzverlust, sondern nach dem Praxisübernahmevertrag auch zur Rückzahlung von 1 Million € und damit nahezu der Hälfte des vereinbarten ideellen Werts der Praxis, der mit 2.100.000,- € angesetzt wurde. Es ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger vor dem Hintergrund dieser Konsequenzen die vorgeworfenen Handlungen fortgeführt hätte. Der Verweis auf die Schulung reicht wie oben aufgeführt nicht aus.

Der Beklagten war folglich nach den Rügen von Mitarbeitern aus der Praxis durchaus zu zumuten, den Kläger wegen der aus ihrer Sicht bedeutenden Mängel abzumahnern.

Nach alledem ist die fristlose Kündigung mangels eines wichtigen Grundes nicht gerechtfertigt.

II. Da es an einem wichtigen Grund iSd § 626 Abs. 2 BGB für die Kündigung vom 01.10.2012 fehlt, kam es nicht darauf mehr an, ob die Beklagte die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten und von den Sachverhalten bezüglich des Einsatzes des Blitzstatim-Sterilisierers, der Art des Einsatzes des Pendel-Markierers und der Skin Markier Stifte erst nach Ausspruch der Kündigung erfahren hat.

III. Die hilfsweise als außerordentliche Kündigung zum nächst möglichen Termin ausgesprochene Kündigung vom 01.10.2012 ist ebenfalls unwirksam. Die Beklagte weist darauf hin, dass ihr nur eine Kündigung unter Einhaltung einer Auslaufrist von drei Monaten zum Quartal zumutbar sei. Der Wirksamkeit steht bereits entgegen, dass eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufrist nur in Betracht kommt, wenn der wichtige Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB darin liegt, dass der Arbeitgeber wegen des tariflichen Ausschlusses der ordentlichen Kündigung andernfalls gezwungen wäre, für Jahre an einem sinnentleerten Arbeitsverhältnis festzuhalten (BAG 23.01.2014 - 2 AZR 582/13 - NZA-RR 2015, 16-20). Ist das Arbeitsverhältnis noch ordentlich kündbar, scheidet eine außerordentliche Kündigung - auch eine solche mit Auslaufrist - von vornherein aus. Dies ist hier gegeben. Die ordentliche Kündigung war nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Nach § 13 des Anstellungsvertrages vom 18.11.2011 war eine ordentliche Kündigung mit einer Frist von drei Monaten zum Quartal zum ersten Mal zum 30.09.2016 möglich.

Zudem bedarf auch die außerordentliche Kündigung unter Einhaltung einer Ausschlussfrist eines wichtigen Grundes iSd. § 626 Abs. 1 BGB (BAG, Urteil vom 27.09.2012 – 2 AZR 646/11 – EzA § 626 BGB 2002 Nr. 43). Daran fehlt es, wie unter II. dargelegt wurde.

IV. Darüber, ob die fristlose Kündigung vom 01.10.2012 als fristgerechte Kündigung Bestand hat, war nicht zu entscheiden. Im Termin vom 24.11.2015 hat die Beklagte erklärt, dass eine fristgerechte Kündigung nicht ausgesprochen worden ist. Dies kann nur dahingehend verstanden werden, dass sie sich nicht mehr auf eine ordentliche Kündigung beruft. Im Hinblick auf die Erklärung hat der Kläger

den Antrag zu 3. aus der Antragschrift mit Zustimmung der Beklagten zurückgenommen.

V. Der Feststellungsantrag zu 10. ist zulässig. Für den Antrag besteht das erforderliche Rechtsschutzinteresse gem. § 256 Abs. 1 ZPO. Die Beklagte hat mit Schreiben vom 07.11.2013 einen Rückzahlungsanspruch in Höhe von 1 Million € geltend gemacht, weil das Arbeitsverhältnis nach ihrer Auffassung durch fristlose Kündigung der Beklagten von 01.10.2012 im ersten Jahr der Beschäftigung endet.

Der Antrag ist auch begründet. Da die fristlose Kündigung der Beklagten von 01.10.2012 wie oben ausgeführt unwirksam ist, und das Arbeitsverhältnis darüber hinaus fortbesteht, sind die Voraussetzungen für die Rückzahlung des geltend gemachten Betrages gem. § 2.3 Abs. 2 erster Spiegelstrich des Praxisübernahmevertrages vom 18.11.2011 nicht erfüllt.

VI. Das Arbeitsverhältnis ist auch nicht durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 06.03.2013 beendet worden.

1. Dies ergibt sich nicht bereits daraus, dass es an einer ordnungsgemäßen Bevollmächtigung der die fristlose Kündigung aussprechenden Rechtsanwälte fehlt. Der Kündigung war eine Originalvollmacht der Beklagten vom 25.01.2013 beigelegt. Die Vollmacht bevollmächtigt die aufgeführten Rechtsanwälte zur Abgabe von einseitigen Willenserklärungen (z.B) Kündigungen. Aufgeführt sind die Rechtsanwälte (Dr. X. und Dr. M.), die auch die Kündigung unterschrieben haben. Soweit der Kläger rügt, dass die Rechtsanwälte die Kündigung gemeinsam hätten aussprechen müssen, kann dem nicht gefolgt werden. Aus der Vollmacht ergibt sich kein Hinweis auf eine Gesamtvertretung. Danach werden jeweils die dort aufgeführten Rechtsanwälte zur Abgabe der der dort aufgeführten Erklärungen und Handlungen bevollmächtigt.

2. Die fristlose Kündigung der Beklagten ist nicht gerechtfertigt. Es liegt kein wichtiger Grund iSd § 626 Abs. 1 BGB zur fristlosen Kündigung vor.

a) Die Beklagte stützt die Kündigung darauf, dass der Klägervertreter im Schriftsatz vom 22.02.2013 aus ihrer Sicht dreiste und haltlose Behauptungen gegen sie erhoben hat. Sie habe von Anfang an den Plan gehabt, sich durch den Kauf die Praxiskontingente des Klägers zu sichern und sei davon ausgegangen, dass

dem Kläger Fehler unterlaufen werden, die zu einer fristlosen Kündigung führen könnten. Er habe behauptet, dass die Beklagte versucht habe, „Gründe zu finden, um den Kläger aus dem Beschäftigungsverhältnis entfernen zu können“, „bewusst auch eine fristlose Kündigung ausgesprochen (...), um (...) einen Rückzahlungsbetrag iHv 1 Mio. €“ geltend zu machen, dass die Beklagte verschiedene Gründe vorgetragen habe, um „sich aus den sich aus dem Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen zu stehlen“. Er habe strafrechtliche Vorwürfe erhoben, in dem er ausführt, dass die Beklagte „sich einen Vortrag zusammengereimt“ habe, sie Mitarbeiter zu bewusst unrichtigen Zeugenaussagen „animiert“ habe, dass sie versuchen würde, „einen Sachverhalt zu konstruieren, um an einen Kündigungsgrund zu gelangen“, dass die Beklagte versuche, mit allen Mitteln (auch unlauteren) einen Sachverhalt zu konstruieren, der real überhaupt nicht gegeben sei .

b) Die Äußerungen im Schriftsatz vom 22.02.2013 rechtfertigen nach Auffassung der Kammer nicht die fristlose Kündigung.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Urteil vom 29.08.2013 - 2 AZR 419/12 - AP Nr. 70 zu § 9 KSchG 1969; BAG, Urteil vom 10.12.2009 - 2 AZR 534/08 - AP Nr. 226 zu § 626 BGB) können grobe Beleidigungen des Arbeitgebers und/oder seiner Vertreter und Repräsentanten, die nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für den Betroffenen bedeuten, einen gewichtigen Verstoß gegen die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers darstellen und eine außerordentliche fristlose Kündigung an sich rechtfertigen. Entsprechendes gilt für bewusst wahrheitswidrig aufgestellte Tatsachenbehauptungen, etwa wenn sie den Tatbestand der üblen Nachrede erfüllen. Der Arbeitnehmer kann sich dafür nicht auf sein Recht zur freien Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) berufen. Falsche Tatsachenbehauptungen sind nicht vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG umfasst (BVerfG, 25.10. 2012 - 1 BvR 901/11 - NJW 2013, 217-218). Äußerungen, die ein Werturteil enthalten, fallen hingegen in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG. Dasselbe gilt für Äußerungen, in denen sich Tatsachen und Meinungen vermengen, sofern sie durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt sind (BVerfG 25. Oktober 2012 - 1 BvR 901/11 – aaO). In diesem Fall ist das Grundrecht der Meinungsfreiheit gegen die betroffenen Grundrechte des Arbeitgebers abzuwägen und mit diesen in

ein ausgeglichenes Verhältnis zu bringen. Im Rahmen der Abwägung fällt die Richtigkeit des Tatsachengehalts, der dem Werturteil zugrunde liegt, ins Gewicht (BVerfG 25.10.2012 - 1 BvR 901/11 - aaO; 13.02.1996 - 1 BvR 262/91 - zu B II 2 der Gründe, BVerfGE 94, 1). Meinungsäußerungen, die auf einer gesicherten Tatsachenbasis beruhen, hat der Arbeitgeber eher hinzunehmen, als solche, bei denen sich der Arbeitnehmer auf unzutreffende Tatsachen stützt. Soweit in einem laufenden Gerichtsverfahren Erklärungen abgegeben werden, ist zu berücksichtigen, dass diese durch ein berechtigtes Interesse des Arbeitnehmers gedeckt sein können. Parteien dürfen zur Verteidigung von Rechten schon im Hinblick auf den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) alles vortragen, was als rechts-, einwendungs- oder einredebe gründender Umstand prozesserheblich sein kann. Ein Prozessbeteiligter darf auch starke, eindringliche Ausdrücke und sinnfällige Schlagworte benutzen, um seine Rechtsposition zu unterstreichen, selbst wenn er seinen Standpunkt vorsichtiger hätte formulieren können. Parteien dürfen allerdings nicht leichtfertig Tatsachenbehauptungen aufstellen, deren Unhaltbarkeit ohne Weiteres auf der Hand liegt (BAG, Urteil vom 29.08. 2013 – 2 AZR 419/12 –, NZA 2014, 660-66). Es darf aber die in einem Zivilprozess vorgetragene Behauptung einer ehrverletzenden Tatsache, die nicht der Stimmungsmache gegen einen anderen Prozeßbeteiligten dient, sondern aus der Sicht der Partei als rechts-, einwendungs- oder als einredebe gründenden Umstand prozesserheblich sein kann, nicht schon deshalb geahndet werden, weil sich später nicht aufklären lässt, ob die Behauptung wahr ist.

bb) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze überschreitet der Kläger mit seinen Äußerungen nicht die erlaubten Grenzen. Dem Arbeitsgericht ist zu folgen, dass der Vorwurf des Klägers gegenüber der Beklagten, bereits bei Abschluss des Praxisübernahmevertrages geplant zu haben, ihn aus dem Arbeitsverhältnis zu drängen und deshalb nun versucht werde, einen Kündigungssachverhalt zu konstruieren, der gar nicht gegeben sei, bzw. sie versuche, sich den Zahlungsverpflichtungen usw. zu entziehen, angesichts des Geschehensablaufs durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen in einem gerichtlichen Verfahren gedeckt ist. Aus seiner Sicht kam es erst zur Kündigung, nachdem er mit der Klage vom 19.09.2012 versuchte, seine ihm vertraglich zugesicherte Stelle

als ärztlicher Leiter gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung durchzusetzen. Außerdem wurde der Restkaufpreis erst im September 2012 nach Einschaltung eines Inkassobüros gezahlt. Zu Recht weist das Arbeitsgericht auch darauf hin, dass bei Ausspruch der Kündigung vom 01.10.2012 einige Kündigungsgründe noch gar nicht vorlagen. Nach den Angaben der Beklagten im Schriftsatz vom 14.11.2012, in dem sie zu den Kündigungsgründen Stellung genommen hat, hat sie vorgetragen, von der Androhung von Kündigungen durch Mitarbeiter am 25.09.2012, von der Anordnung der Sterilgutaufbereitung und Freigabe durch ungelerntes Personal am 28.09.2012, von einem versuchten Betrug durch Umschreibung von Rechnungen der Firma B. Germany am 28.9.2012 und von den anderen Kündigungsgründen erst nach Ausspruch der Kündigung erfahren zu haben. Zudem musste sie den Betrugsvorwurf über die Umschreibung von Rechnungen später zurücknehmen. Es ist auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte in dem Kündigungsschutzverfahren gegen die ehemalige Mitarbeiterin Frau C. wegen etwaiger Mängel im Rahmen der Sterilgutaufbereitung ihren Vortrag im Laufe des Verfahrens abänderte. Der Kläger hat den Vortrag im dortigen Verfahren schriftsätzlich im Einzelnen wiedergegeben. Wenn die Verfahren auch voneinander zu trennen sind, so kann nicht außer Acht gelassen werden, dass dort nicht nur der Kläger als Zeuge und sondern auch sein Prozessbevollmächtigte als Vertreter der Mitarbeiterin C. involviert waren und auch in diesem Verfahren die Ordnungsgemäßheit der Sterilgutaufbereitung von Bedeutung war. Zudem hat der Kläger in Bezug auf den wesentlichen Vortrag zur Anweisung und zur Handhabung bei Operationen die Unsubstantiiertheit des Vortrags, dem das Arbeitsgericht auch teilweise gefolgt ist, gerügt. Insofern können der Vortrag und die daraus gezogenen Schlüsse und Wertungen nicht als reine Stimmungsmache verstanden werden, sondern in erster Linie als rechts-, einwendungs- oder als einredebegründende Umstände. Mit der Darstellung des Ablaufs des Vortrags im anderen Verfahren und der wiedergegebenen Vermutung über die Absichten der Beklagten hat der Kläger versucht, das Gericht von seiner Rechtsauffassung zu überzeugen, dass ihm, wenn überhaupt, nur geringfügige Pflichtverletzungen vorzuwerfen sind, die keinen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen und die Beklagte dies trotzdem zum Anlass für eine fristlose Kündigung nimmt. Im Übrigen hat sich auch ein Betrugsversuch in Bezug auf die Behandlung des Zeugen I. nicht

herausgestellt. Im Rahmen der Abwägung fällt auch die Richtigkeit des Sachangehalts, der dem Werturteil zu Grunde liegt, ins Gewicht (BVerfG zum 12.10.2012 - 1 BvR 901/11 - Rn. 19). Vor diesem gesamten Hintergrund gehen die Äußerungen des Klägers, die letztlich in dieselbe Richtung gehen, nicht über ein vertretbares Maß hinaus. Dazu gehört auch die Äußerung, dass die Beklagte verschiedene Gründe vorgetragen habe, um " sich aus den sich aus dem Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen zu stellen."

Soweit sich der Klägervertreter im Schriftsatz vom 22.02.2013 Seite 69/70 weiter dahingehend geäußert hat, „die Vorwürfe haben den Kläger zu tiefst verletzt, und er verlange insofern die Wiederherstellung seiner nachgewiesenen exzellenten Reputation sowie seiner Ehre, die ihm durch die nicht der Wahrheit entsprechende Zeugenaussagen seiner ehemaligen Mitarbeiter, die von der Beklagten entsprechend „animiert“ und unterstützt werden, genommen werden soll“, ergibt sich auch kein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung. Die Erklärung kann nicht isoliert betrachtet werden. Die Äußerung erfolgte vor dem Hintergrund der aus seiner Sicht unzumutbaren Behandlung durch den Ausspruch einer fristlosen Kündigung ohne jede vorherige Rücksprache, die bei ihrem Bestand zu seinem wirtschaftlichen Ruin führen würde, sowie unzutreffenden und unsubstantiierten Sachverhaltsdarstellungen. Wie bereits ausgeführt hat sich auch der behauptete Betrugsversuch im Zusammenhang mit dem Patienten I. nicht herausgestellt. Der Kläger hat sich zudem, wie sich aus dem Schriftsatz ergibt, auf das Verfahren C. ./ N. (Az. 6 Ca 2916/12) bezogen, in dem auch dieselben Prozessvertreter die Parteien vertreten haben. In dem dortigen Verfahren ist ausweislich des eingereichten Urteils des Arbeitsgerichts Essen vom 13.06.2013 gegen die Mitarbeiterin C. ebenfalls eine fristlose Kündigung wegen des gegen die Beklagte erhobenen Vorwurfs des versuchten Prozessbetrugs, Zeugen zur Falschaussage anzustiften, erklärt worden. Es ging, wie im vorliegenden Fall, um Vertragsverstöße im Zusammenhang mit der ordnungsgemäßen Erstellung von Sterilisationsdokumenten. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass die Behauptungen der dortigen Klägerin vor dem Hintergrund der schriftlichen Niederlegung der Mitarbeiterin der Beklagten N. vom 15.05.2013 nicht bewusst wahrheitswidrig und nicht „ins Blaue hinein“ erfolgt seien, weil die Mitarbeiterin in dem Schreiben bestätigt habe, dass sie in einem Gespräch der Kolleginnen mitbekommen habe, „dass Herr Dr. S. ihnen gesagt habe, dass sie bei Falschaussagen ganz beruhigt sein könnten, da

genügend Geld vorhanden wäre, wenn es zu einer Bestrafung wegen Falschaussage im Rahmen der Prozesse kommen und eine Falschaussage immer zunächst mit einer Geldstrafe bestraft würde (Seite 23)“. Es kann dahinstehen, ob die Angaben der Mitarbeiterin N. der Wahrheit entsprechen oder sich ihre Richtigkeit herausstellt. Angesichts der Gesamtumstände darf die auch nur angefügte und allgemein gehaltene Erklärung des Klägers nicht überbewertet werden. Vielmehr kann die im Rahmen der Rechtsverteidigung erhobene Erklärung noch nicht als eine Grenzüberschreitung angesehen werden, aufgrund der der Beklagten unter Abwägung der Interessen der beiderseitigen Vertragsteile eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Es darf hier letztlich nicht übersehen werden, dass der Kläger mit sehr schweren Vorwürfen konfrontiert worden ist, und die Parteien im Einzelnen über die Frage, ob überhaupt ein Fehlverhalten des Klägers vorliegt und welches Gewicht diesem zuzumessen ist, gestritten haben.

c) Die hilfsweise als außerordentliche Kündigung zum nächst möglichen Termin ausgesprochen Kündigung vom 06.03.2013 ist ebenfalls unwirksam. Auch die außerordentliche Kündigung unter Einhaltung einer Ausschlussfrist setzt einen wichtigen iSd. § 626 Abs. 1 BGB voraus, an dem es hier fehlt, wie unter IV. ausgeführt.

Die Kündigung hatte auch nicht als hilfsweise ordentliche Kündigung Bestand. Nach § 13 des Anstellungsvertrages vom 18.11.2011 war eine ordentliche Kündigung mit einer Frist von drei Monaten zum Quartal zum ersten Mal zum 30.09.2016 möglich.

Es ergibt sich auch nicht, dass die Kündigung überhaupt als ordentliche Kündigung zum 30.09.2016 ausgesprochen werden sollte. Das Kündigungsschreiben spricht nicht hilfsweise von einer ordentliche Kündigung sondern nur von einer Kündigung außerordentlichen und fristlosen hilfsweise zum nächst zulässigen Termin. Es wurde auch im Schriftsatz zur Begründung der Kündigung nur die fristlose Kündigung begründet. Ein Hinweis auf die Absicht hilfsweise eine ordentliche Kündigung unter Einhaltung der Frist bis zum 30.09.2016 aussprechen zu wollen erfolgte auch nicht in der mündlichen Verhandlung nicht. Wenn man berücksichtigt, dass die Beklagte auf Befragen zu Protokoll zur Kündigung vom 01.10.2012 erklärt hat, dass keine ordentliche Kündigung ausgesprochen worden

ist, so kann das Kündigungsschreiben vom 06.03.2013 auch nur dahingehend verstanden werden, dass die Kündigung lediglich hilfsweise als fristlose Kündigung unter Einhaltung einer Auslauffrist von drei Monaten zum Quartal ausgesprochen wurde. Dies war aber wie oben ausgeführt unwirksam.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 S. 1 iVm. mit § 91 a ZPO. Ausgehend von einem Berufungss Streitwert von 854.217,50 € (zwei Kündigungsschutzanträge a drei Bruttomonatsgehälter, Weiterbeschäftigungsantrag zwei Bruttomonatsgehälter, Feststellungsantrag auf Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ein Bruttomonatsgehalt, Feststellungsantrag, dass keine Rückzahlungspflicht besteht 500.000,- €) hat der Kläger die Kosten des Berufungsverfahrens zu 5 % und die Beklagte zu 95 % zu tragen. Die Kündigungsschutzanträge des Klägers gegen die außerordentlichen Kündigungen hatten Erfolg. Insoweit hatte die Beklagte die Kosten des Verfahrens zu tragen. Der Antrag bezüglich der gegebenenfalls hilfsweise in eine ordentliche Kündigung umzudeutenden Kündigung vom 01.10.2012 (Antrag zu 3.) fiel streitwertmäßig nicht ins Gewicht. Die Kosten des übereinstimmend für erledigt erklärten Weiterbeschäftigungsantrags (Antrag zu 5.) waren gem. § 91 a der Beklagten aufzuerlegen, da er zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses, dem Ausspruch der nachfolgende Kündigung vom 17.07.2013 zulässig und begründet war. Die Kosten des zurückgenommenen allgemeinen Feststellungsantrags (Antrag zu 4.) hatte der Kläger gem. § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO zu tragen.

Einer Aufhebung des Urteils bezüglich der Anträge zu 3., 4., 5. bedurfte es nicht. Gem. § 269 Abs. 3 S. 1 ZPO wird ein noch nicht rechtskräftiges Urteil wirkungslos, wenn die die Klage zurückgenommen wird. Dies gilt entsprechend bei einer übereinstimmenden Erledigungserklärung (Zöller/Vollkommer 31. Aufl. ZPO § 91 a Abs. 1 S. 1 ZPO).

D. Die Revision war gemäß § 72 Abs.2 ArbGG nicht zuzulassen, da weder Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung entschieden wurden, noch die Voraussetzungen einer Divergenzrevision ersichtlich sind.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

Jansen

Priebe

Fossen

Beglaubigt

Willms
Regierungsbeschäftigte

