



Kohnke
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

der Frau B. U., L. straße 17, I.,

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwaltskanzlei I.,
I. str. 11, I.,

g e g e n

die F. GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer K. Q. und
Q. T., F. Straße 82, E.,

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte L. & W.,
H.-H.-Str. 8, E.,

hat die 16. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 15.02.2011
durch die Richterin am Arbeitsgericht Barth als Vorsitzende sowie den ehren-
amtlichen Richter Mülders und den ehrenamtlichen Richter Blum

für R e c h t erkannt:

- I. **Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 29.06.2010 – Az.: 7 Ca 7399/09 – unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:**
 1. **Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 30.09.2009 nicht aufgelöst worden ist.**
 2. **Die weitergehende Klage wird abgewiesen.**

- II. Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 40%, die Beklagte zu 60%.**
- III. Die Revision wird nicht zugelassen.**

TATBESTAND:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Kündigung sowie über einen Weiterbeschäftigungsanspruch.

Die am 01.12.1959 geborene verheiratete Klägerin ist seit dem 01.04.1993 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigt. Bis zum 31.08.2005 arbeitete sie als Psychologin, seit dem 01.09.2005 ist sie als Leiterin des Fachbereichs LIACON tätig. Das monatliche Bruttogehalt der Klägerin beträgt 6.261,55 €. Auf das Arbeitsverhältnis findet kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung der BAT-KF Anwendung. Nach § 33 Abs. 3 BAT-KF können Arbeitsverhältnisse von Mitarbeitern, die das 40. Lebensjahr vollendet haben, nach einer Beschäftigungszeit von mehr als 15 Jahren durch den Arbeitgeber nur noch aus einem wichtigen Grunde gekündigt werden.

Die Beklagte ist eine gemeinnützige diakonische Kinder- und Jugendhilfe-Einrichtung in Trägerschaft der Graf-Recke-Stiftung. Im Fachbereich LIACON bietet sie stationäre Hilfe für Kinder und Jugendliche mit einer geistigen Behinderung und/oder Störungen der Wahrnehmungsverarbeitung, einem autistischen Syndrom, sekundären Verhaltensauffälligkeiten und/oder einer Mehrfachbehinderung bei gewisser motorischer Selbständigkeit. Der Fachbereich LIACON verfügt über 43 Dauerplätze in fünf Wohngruppen. Dort arbeiten insgesamt ca. 50 Mitarbeiter. Dem Bereich ist darüber hinaus der Warteraum für Kinder und junge Erwachsene mit Hörbehinderung im Düsseldorfer Hauptbahnhof zugeordnet.

Zu den Aufgaben der Klägerin als Bereichsleiterin gehörte ausweislich einer bis zum 04.08.2008 geltenden Stellenbeschreibung, wegen derer Einzelheiten im Übrigen auf Bl. 79-82 der Gerichtsakte Bezug genommen wird, die Fachanleitung und pädagogische Leitung der Teams, die Mitarbeiterführung sowie die Personalangelegenheiten des Bereichs, die Verhandlung von Hilfeplänen und Leistungen mit den Kostenträgern, die Gestaltung der betriebswirtschaftlichen Belange des Bereichs, das Erfinden von Hilfeformen und die Weiterentwicklung der bestehenden Hilfen, die authentische und professionelle Repräsentation der Beklagten und sowie die interne und externe Kommunikation. Bei letzterem hatte die Klägerin insbesondere Teamsitzungen zu gestalten und zu leiten sowie an Dienstsitzungen, -konferenzen und Gruppenleiterbesprechungen teilzunehmen. Im Bereich der Fachanleitung bzw. pädagogischen Leitung war die Klägerin maßgeblich damit betraut, die Mitarbeiter/innen in pädagogischen, organisatorischen und wirtschaftlichen Belangen zu beraten, Fallbesprechungen zu initiieren und zu leiten sowie Kriseninterventionen zu begleiten bzw. bei Bedarf zu initiieren. Ausweislich Ziffer B. der Stellenbeschreibung standen der Klägerin zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben „interne Unterlagen und Informationen, die den Bereich betreffen, zur Verfügung“.

Neben den in der Stellenbeschreibung aufgeführten Aufgaben leistete die Klägerin an 2 ½ Nachmittagen in der Woche therapeutische Arbeit mit den Bewohnern. Die Büroräume der Klägerin lagen bis Ende 2007 in demselben Gebäudekomplex, in dem auch die Wohngruppe „Räuberhöhle“ untergebracht war.

Zum 01.04.2008 richtete die Beklagte die Gruppe „Lernfenster“ als neue (fünfte) Wohngruppe im Bereich LIACON ein. Sie war als Kleingruppe für fünf Kinder bzw. Jugendliche mit 7,5 Personalstellen konzipiert. Die Gruppe wurde für Kinder und Jugendliche installiert, die noch nicht gruppenfähig und in einer Regelgruppe mit neun weiteren Kindern und Jugendlichen überfordert waren. Sie wiesen massive Bindungsstörungen und damit einhergehende Körperkontaktblockierungen sowie ausgeprägte autistische Störungen und extreme Fremd- und Autoaggressionen auf. Als Gruppenleiterin setzte die Klägerin Frau T. ein, die bereits die Gruppe „Räuberhöhle“, eine andere Gruppe des Bereichs LIA-

CON, geleitet hatte. Eine Entlastung der Klägerin von anderen Tätigkeiten aufgrund der Einrichtung der Gruppe „Lernfenster“ erfolgte nicht.

Im „Lernfenster“ kam ein neues Erziehungskonzept zur Anwendung, das einen verhaltens-therapeutisch orientierten Therapie- und Interventionsansatz beinhaltete. An der Entwicklung der Grundidee dieses Erziehungskonzeptes war die Klägerin beteiligt. Das neue Konzept orientierte sich an dem von dem Diplompsychologen und Lehrtherapeuten für Verhaltenstherapie Dr. K. entwickelten INTRA ACT PLUS-Konzept. Die Therapie im Sinne dieses Konzeptes sollte dazu führen, dass falsche Ziele erkannt und positiv verändert wurden. Bei Kindern mit komplexen autistischen und aggressiven Störungsmustern sollten über einen positiven Beziehungsaufbau neue Oberziele gesetzt werden. Dabei antwortete die Therapie auf fremdaggressives Verhalten mit Sanktionen der Mitarbeiter gegenüber den Bewohnern. Wegen der Einzelheiten wird auf das Konzept „Lernfenster – Konzeption der Kleingruppe mit verdichteter Betreuung“ (Bl. 136 ff. der Gerichtsakte) Bezug genommen. Zum Zeitpunkt der Einrichtung der Gruppe hatte Frau T. bereits eine Ausbildung nach der Methode des Instituts K. absolviert. Um das neue Erziehungskonzept kennen- und anwenden zu lernen, nahmen weitere der dort eingesetzten Mitarbeiter an Seminaren des Instituts K. teil, u. a. die Mitarbeiterinnen D.-C. und van der M. in der Zeit vom 05.05. bis zum 10.05.2008.

In der Gruppe wurden seit Anbeginn Videoaufnahmen gemacht. Die Mitarbeiter führten zudem ein sogenanntes Gruppenbuch, in dem sie täglich Ereignisse dokumentieren. Weiter gab es ein Softwareprogramm „Betreuungsmanager“, in dem die Mitarbeiter Eintragungen vornahmen. Diese Eintragungen waren die Grundlage für die vom zuständigen Betreuer über die Bewohner zu erstellenden Berichte. Frau T. kontrollierte die Berichte, die im Anschluss daran der Klägerin vorgelegt wurden. Wegen der Einzelheiten der Eintragungen im „Betreuungsmanager“ wird insbesondere auf die von der Beklagten zur Gerichtsakte gereichten Anlagen (Bl. 127-153, 398-408), wegen des Inhalts der Gruppenbücher wird insbesondere auf die von der Beklagten überreichten Ablichtungen (Bl. 98

– 117, 156 – 167) Bezug genommen. Einsicht in die Gruppenbücher bzw. die EDV-Dokumentation nahm die Klägerin nicht.

Seit Einrichtung der Wohngruppe „Lernfenster“ führte eine externe Supervisorin mit den Erziehern einmal monatlich Supervisionen durch, in denen Abläufe und Probleme besprochen werden konnten. Zudem fanden 14-tägig Gruppenleiterkonferenzen und 1x monatlich Teambesprechungen statt, an denen auch die Klägerin teilnahm. Darüber hinaus hatten die Erzieher die Möglichkeit, Rücksprache mit Herrn Dr. K. und dessen Mitarbeitern zu halten.

In der Zeit vom 01.04.2008 bis zum 23.05.2008 kam es in der Wohngruppe „Lernfenster“ zu massiven Übergriffen und Misshandlungen an den betreuten Kindern/Jugendlichen aufgrund von Gewalthandlungen und menschenunwürdigen Erziehungsmethoden durch die dort Beschäftigten. Diese äußerten sich beispielsweise darin, dass sich die Erzieher für längere Zeit auf die Bewohner legten/setzten und sie so fixierten, Essensentzug, Einsperren, Wegnahme der Kleidung, Festhalten und Beschütten mit Wasser. Zudem wurde, insbesondere gegenüber N. D. und Q. E., die sogenannte „Teppichrunde“ durchgeführt, in der die Betroffenen wiederholt, zumeist mehrmals hintereinander, gezielt von fünf bis acht Erziehern zu Boden gestoßen, wieder aufgehoben und erneut zu Fall gebracht wurden. Die Klägerin war an diesen Misshandlungen nicht beteiligt.

Am 30.04.2008 hatte Q. E. andere Wohngruppenbewohner ausgezogen und gebissen. Die Übergriffe von Q. wurden auf Video dokumentiert. Ein Zusammenschnitt des Videos, das diese Übergriffe zeigt, wurde der Klägerin am 30.04.2008 vorgeführt. In einem Gruppenbucheintrag vom gleichen Tag heißt es:

„sollte er (Q. E. – *Anmerkung der Unterzeichner*) das Zimmer verlassen (Toilettengang) steht er unter absoluter Aufsicht!
- beginnt er auch nur im geringsten zu motzen, pampig zu sein, etc. liegt er – und zwar sehr schnell und am besten auch auf dem Bauch.
Dadurch kann er seine Kraft in den Beinen nicht ausspielen und außerdem hat er auf dem Bauch einen eingeschränkten Blickwinkel – das mag er gar nicht da er dann den Überblick verliert

...

B. ist über „Q. – schlechtes Verhalten“ informiert!

Auch sie befürwortet die Kontaktaufnahme Merzenich und Bonn. Sie hat außerdem noch ein paar andere Ideen, Vorschläge, die wir (N., N.) erst einmal nicht zur Debatte stellen

...“

Im Protokoll der Gruppenleitersitzung vom Vortag wurde folgendes festgehalten:

„Top 14: Q.

Fr. T. berichtet über Q.. Aufgrund seiner Auffälligkeiten (aggressives Verhalten gegenüber Mitbewohnern) darf er zu keiner Zeit unbegleitet sein. Auch auf dem Außengelände darf sich Q. nicht ohne Begleitung eines Mitarbeiters des Lernfensters aufhalten.“

Bereits in den Jahren ab 2006 war es in der Wohngruppe „Räuberhöhle“ zu Übergriffen auf N. D. gekommen, bereits seit Anfang 2007 wurde dort die „Tepichrunde“ durchgeführt. In einem Gruppenleiterprotokoll vom 23.01.2007 (Bl.682 f. der Gerichtsakte) heißt es:

„TOP 14: N.

Fr. T. berichtet über den Therapieverlauf mit N.. Trotz schlechter Phasen wird der Verlauf als insgesamt vielversprechend beschrieben. Die RH ist im stetigen Austausch mit Dr. K.. Laut seiner Aussage können solche schlechten Phasen vorkommen, sie sollten aber nicht die Regel werden, was bei N. nicht der Fall ist. Fr. T. wies darauf hin, dass die Arbeit mit N. sehr durchdacht ist und die Handlungen nicht willkürlich sind, auch wenn dies für Außenstehende so scheinen mag.“

Im Protokoll der Teamsitzung vom 07.02.2007 (Bl. 684 f. der Gerichtsakte) wurde folgendes festgehalten:

„Gestern erfolgte ein Strategiewechsel im Umgang mit N.. N., G. Z., K. und D. gingen massiv mit ihr in Konfrontation. Es wurde kein vermeidendes Verhalten geduldet. Außerdem wurde die Methode der paradoxen Intervention genutzt, indem N. immer wieder überraschend von den Kollegen ´angegriffen´ wurde. Es gibt noch keine allgemein gültige und verbindliche Regelung. Es steht jedoch fest, dass N. nicht mehr in der bisherigen Form vermeiden darf. D.h. sie muss beispielsweise mit allen zusammen am Tisch essen. Weiterhin wird sie nicht gehalten, sondern in Angriffssituationen kurz zu Boden gebracht und sofort wieder hochgeholt.

Außerdem werden Forderungen jeglicher Art ihrerseits unterbunden bzw. ignoriert. Weitere verbindliche Maßnahmen werden noch besprochen und von N. festgelegt und mitgeteilt.“

Das Protokoll der Gruppenleitersitzung vom 29.04.2008 (Bl. 686 f. der Gerichtsakte) hat unter „Top 14“ folgenden Inhalt:

„Frau T. berichtet über Q.. Auf Grund seiner Auffälligkeiten (aggressives Verhalten gegenüber Mitbewohnern) darf er zu keiner Zeit unbegleitet sein. Auch auf dem Außengelände darf sich Q. nicht ohne Begleitung eines Mitarbeiters des Lernfensters aufhalten.“

Am Freitag, den 23.05.2008 erhielt die Klägerin, die sich in einem Kurzurlaub befand, gegen 17:00 Uhr vom Gruppenleiter der Wohngruppe „Villa Kunterbunt“, der seinerseits von der Erzieherin D.-C. informiert worden war, eine telefonische Nachricht, dass es zu massiven Grenzüberschreitungen in der Gruppe „Lernfenster“ gekommen sei. Die Klägerin führte daraufhin mehrere Telefonate mit den Mitarbeitern und fragte nach, ob die Sicherheit der Kinder am Wochenende gewährleistet sei. Dies wurde bejaht. Am Morgen des 26.05.2008 informierte die Klägerin den Geschäftsführer über die Ereignisse, am gleichen Tag fand ein Personalgespräch mit Frau T. im Beisein mehrerer Personen statt, an dessen Ende Frau T. vom Dienst suspendiert wurde. Am 28.05.2008 folgte ein Teamgespräch mit den Mitarbeitern, am 29.05.2008 die Information an das Landesjugendamt. Im Rahmen der Überprüfung der Vorwürfe kam die damalige Geschäftsleitung der Beklagten zu dem Ergebnis, dass die Grenzüberschreitungen im Wesentlichen auf ein Fehlverhalten der Frau T. zurückgeführt werden konnten.

Vorwürfe gegenüber der Klägerin erhob die Beklagte zu diesem Zeitpunkt nicht, vielmehr erteilte der ehemalige Geschäftsführer ihr unter dem 31.12.2008 ein Zwischenzeugnis, das eine sehr gute Leistungsbeurteilung beinhaltete und in dem der Klägerin bescheinigt wurde, sie sei „in jeder Hinsicht absolut loyal“ und genieße „stets das uneingeschränkte Vertrauen der Geschäftsführung.“ Wegen der Einzelheiten des Zwischenzeugnisses wird auf Bl. 237 ff. der Gerichtsakte Bezug genommen.

Am 06.08.2009 informierte der Teamleiter der Wohngruppe „Hexenhaus“ die Geschäftsleitung der Beklagten schriftlich darüber, Q. E. habe ihm gegenüber angegeben, er sei im „Lernfenster“ misshandelt worden; er sei öfters von Mitarbeitern vom Stuhl geschmissen worden und habe lange sein Zimmer nicht verlassen dürfen. Er habe auch nicht auf die Toilette gedurft. Einmal hätte sich jemand auf ihn „draufgeschmissen“, woraufhin er sich übergeben habe. Anschließend habe er sein Erbrochenes wieder in den Mund gestopft bekommen.

Nach dem Erhalt dieser Mitteilung leitete die Geschäftsführung eigene Ermittlungen ein, befragte die Klägerin am 07.08.2009, Q. E. am 14.08.2009 und die damaligen Mitarbeiter der Wohngruppe „Lernfenster“ in der Zeit vom 18. bis 21.08.2009. Die Klägerin erstellte in Ergänzung ihrer mündlichen Mitteilungen eine schriftliche Dokumentation „der wichtigsten Schritte im Umgang mit den massiven Grenzüberschreitungen...“, wegen deren Einzelheiten auf Bl. 88-92 der Gerichtsakte Bezug genommen wird. Mit Schreiben vom 24.08.2009 suspendierte die Beklagte die Klägerin sowie neun Erzieher vom Dienst und informierte die Staatsanwaltschaft. Die strafrechtlichen Ermittlungen sind noch nicht abgeschlossen.

Das Suspendierungsschreiben vom 24.08.2009 hat auszugsweise folgenden Inhalt:

„Anhörung zum Vorwurf der Misshandlung von Schutzbefohlenen in der Wohngruppe Lernfenster, I.
hier: Suspendierung vom Dienst

Sehr geehrte Frau U.,

wir beziehen uns auf die am 18.08.2009 und 21.08.2009 geführten gemeinsamen Gespräche, in denen wir die Mitarbeiter zu den Vorwürfen der Misshandlung von Schutzbefohlenen in der Wohngruppe `Lernfenster` I., anhörten.

Nach Abschluss der Gespräche mit allen betroffenen Mitarbeitenden sind wir – gemeinsam mit den Vertretern unserer Mitarbeitervertretung – zu dem Ergebnis gelangt, die Geschehnisse aufzuklären und dazu den Vorgang zunächst an die offiziellen Instanzen zur Prüfung abzugeben. In der

Konsequenz werden wir Selbstanzeige bei der zuständigen Staatsanwaltschaft und dem Landesjugendamt erstatten.

Auf Grund des geschilderten Sachverhaltes stellen wir Sie hiermit bis auf weiteres widerruflich, unter Fortzahlung Ihrer Bezüge, mit sofortiger Wirkung von Ihrer Verpflichtung zur Erbringung Ihrer Dienstaufgaben frei...“.

Am 18.09.2009 kam die Beklagte in den Besitz der Eintragungen im Softwareprogramm „Betreuungsmanager“ sowie in den Besitz der Gruppenbücher und wertete diese aus.

Im Rahmen der Aufklärung der Vorfälle gab die Mitarbeiterin K. T. am 10.11.2009 u. a. folgendes zu Protokoll:

„Frau T. ist grundsätzlich vom „K.-Konzept“ überzeugt. Jedoch muss es von den richtigen Personen richtig umgesetzt werden. Sie habe aber den Eindruck gehabt, dass Anfang 2007 alles aus dem Ruder lief. Sie habe nicht mehr mittragen können, dass es keine klare Regelung gab, wann man was bei N. machen durfte. Sie habe N. nicht einfach nur angreifen wollen, da ihr dies zu „schwammig“ war. Sie habe wissen wollen, wie die anderen Kolleginnen/Kollegen sich bei Angriffen verhalten und woran sie diese im Vorfeld erkennen. Sie habe eine gute Auseinandersetzung mit der Sache und im Team vermisst. Aber es habe immer nur Einzelgespräche mit Frau T. gegeben und keine Teambesprechung hierzu. Sie meint, dies habe verschiedene Ursachen gehabt. Viele Mitarbeiter/innen der Gruppe seien untereinander befreundet gewesen. Dies habe Methode gehabt.

Frau T. habe Frau U. in ihrer Gegenwart mit den Worten von Herrn K. das Vorgehen der „Teppichrunde“ gegenüber N. erklärt. Frau U. sei auch ab und zu bei den Teamsitzungen dabei gewesen...“

Wegen der weiteren Einzelheiten des Gesprächsprotokolls wird auf Bl. 118 ff. der Gerichtsakte Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 24.09.2008 hörte die Beklagte die Mitarbeitervertretung vorsorglich zu einer beabsichtigten außerordentlichen fristlosen Kündigung der Klägerin, hilfsweise zu einer außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit an. Die Mitarbeitervertretung äußerte sich zu den Vorwürfen nicht, sondern teilte mit, sie sei bei Personalangelegenheiten betreffend die Klägerin nicht zu-

ständig, da es sich bei ihr um ein Mitglied der Dienststellenleitung handele. Eine erneute vorsorgliche Anhörung der Mitarbeitervertretung, gestützt auf weitere angebliche Pflichtverletzungen, erfolgte mit Schreiben vom 21.04.2010. Die Mitarbeitervertretung erklärte sich wiederum für nicht zuständig.

Das Landesjugendamt schränkte die Betriebserlaubnis der Beklagten für das Jahr 2011 durch folgende Auflage ein:

„Nach § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII erteile ich Ihnen die Auflage, Frau B. U. so lange nicht im Zusammenhang mit Erziehungsaufgaben und im Kontakt mit Kindern und Jugendlichen zu beschäftigen, bis die polizeilichen/staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen oder ein rechtskräftig abgeschlossenes Strafverfahren ergeben, dass das Verhalten von Frau U. keinen Straftatbestand erfüllt.“

Gegen diese Auflage erhob die Klägerin eine Klage beim Verwaltungsgericht. Dieser Rechtsstreit ist noch nicht abgeschlossen.

Mit Schreiben vom 30.09.2009, der Klägerin zugegangen am gleichen Tag, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos sowie hilfsweise außerordentlich mit einer sozialen Auslaufzeit zum 31.03.2010.

Mit ihrer am 08.10.2009 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage, die der Beklagten am 14.10.2009 zugestellt worden ist, wendete sich die Klägerin gegen die ausgesprochene Kündigung. In der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht Düsseldorf vom 27.04.2010 erweiterte sie die Kündigungsschutzklage für den Fall des Obsiegens um einen Hilfsantrag auf Weiterbeschäftigung sowie für den Fall des Unterliegens um einen Hilfsantrag auf Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, Kündigungsgründe lägen nicht vor. Sie habe nicht gegen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Sie hat dazu behauptet, sie habe erstmalig am 23.05.2008 von den Übergriffen in der Gruppe „Lernfenster“ Kenntnis erlangt. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, Einblick in

die Gruppenbücher und in den „Betreuungsmanager“ zu nehmen. Soweit sie Videoaufzeichnungen angeschaut habe, hätten sich daraus keinerlei Anhaltspunkte ergeben, die auf Grenzüberschreitungen hingewiesen hätten.

Sie hat darüber hinaus gerügt, die fristlose Kündigung sei bereits wegen Nichteinhaltung der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB sowie wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung der Mitarbeitervertretung unwirksam.

Die Klägerin hat beantragt,

1. **festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 30.09.2009 nicht aufgelöst worden ist;**
2. **hilfsweise, die Beklagte zu verurteilen, ihr ein qualifiziertes Zeugnis zu erteilen;**
3. **die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Verfahrens tatsächlich als Bereichsleiterin zu den bisherigen Bedingungen weiterzubeschäftigen.**

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung liege aus verhaltens- sowie personenbedingten Gründen vor. Die Klägerin habe ihre arbeitsvertraglichen Pflichten in erheblicher Weise verletzt und sei deswegen auch ungeeignet für den Einsatz als Führungskraft in pädagogischen Handlungskontexten. Die fristlose Kündigung sei auch verhältnismäßig, sie sei wegen der erheblichen Pflichtverletzungen die unausweichlich letzte Maßnahme gewesen. Eine Abmahnung sei nicht erforderlich gewesen, denn für die Klägerin sei offensichtlich gewesen, dass sie mit ihrem Verhalten ihren Arbeitsplatz aufs Spiel setze.

Sie hat behauptet, die Klägerin habe spätestens am 30.04.2008 Kenntnis von den Übergriffen in der Wohngruppe „Lernfenster“ erlangt, jedoch dreieinhalb

Wochen nicht reagiert, um die Zustände abzustellen. Die Kenntnis der Klägerin ergebe sich aus dem Gruppenbucheintrag vom 30.04.2008. Zudem seien in dem Videozuschnitt, der der Klägerin am 30.04.2008 – unstrittig – gezeigt worden sei, nicht nur Verhaltensauffälligkeiten von Q. E. zu sehen, sondern auch, dass die Mitarbeiterin T., ohne dass die Situation dies erfordert hätte, die Bewohnerin T. U. und den Bewohner S. G. auf den Boden gelegt und teilweise dort festgehalten habe. Die Klägerin habe auch Kenntnis von weiteren Übergriffen gehabt, im Einzelnen:

- Sie habe Kenntnis davon gehabt, dass die Erzieher der Wohngruppen „Lernfenster“ und „Räuberhöhle“ in der Zeit vom 01.04.2008 bis zum 23.05.2008 auf Fehlverhalten der ihnen anvertrauten Schutzbefohlenen mit Strafsanktionen reagierten und dabei mit der Methode vorgegangen seien, dass sie diese lieber einmal zu viel und an falscher Stelle strafen als ein Fehlverhalten ohne negative Konsequenz durchgehen zu lassen.
- Ihr sei bekannt gewesen, dass die Erzieher auf jegliches aggressives Verhalten der Betreuten so reagierten, dass sie diese umklammerten und fixierten.
- Sie habe Kenntnis davon gehabt, dass die Kinder und Jugendlichen von den Erziehern für unerwünschtes Verhalten damit bestraft worden seien, dass sie über längere Zeit still auf einem Stuhl sitzen mussten.
- Sie habe Kenntnis davon gehabt, dass die Erzieher die Kinder und Jugendlichen für unerwünschtes Verhalten damit bestrafen, dass sie deren persönliche Sachen, Möbelstücke und die Matratzen zum Schlafen wegnahmen.

Diese „Erziehungsmethoden“ seien in den von der Gruppenleiterin Frau T. oder deren Stellvertreter Herrn N. geleiteten Teamsitzungen, an denen die Klägerin teilgenommen habe, thematisiert worden. Darüber hinaus hätten die Erzieher diese Vorgänge auch in persönlichen Gesprächen mit der Klägerin angesprochen.

Die Klägerin sei zudem – wie sich aus der Aussage der Frau T. vom 10.11.2009 ergebe – bereits im Jahr 2007 über die Existenz und den tatsächlichen Ablauf der „Teppichrunde“ in Kenntnis gesetzt worden. Aufgrund der räumlichen Nähe zwischen ihrem Büro und der Wohngruppe „Räuberhöhle“ bis Ende 2007 müsse vermutet werden, dass die Klägerin auch die Schreie, die N. D. bei den jeweiligen Misshandlungen ausgestoßen habe, gehört habe.

Selbst wenn der Klägerin positive Kenntnis nicht nachgewiesen werden könne, so habe diese doch zumindest in erheblicher Weise gegen ihre Aufsichts- und Kontrollpflichten verstoßen. Die Kontrolle der Arbeit in den ihr unterstellten Gruppen sei ein zentraler Punkt ihrer Arbeitspflichten, was sich bereits aus der Stellenbeschreibung ergebe. Dementsprechend sei sie verpflichtet gewesen, das Gruppenbuch, den Inhalt des „Betreuungsmanagers“ sowie die Videoaufzeichnungen regelmäßig zumindest stichpunktartig zu sichten, um sich einen ausreichenden Einblick in die Abläufe der Gruppe „Lernfenster“ zu verschaffen. Das Gruppenbuch sei gerade auch deswegen geführt worden, um es der Klägerin und Frau T. zu ermöglichen, die durchgeführten Erziehungsmaßnahmen zu kontrollieren. Aus den Gruppenbucheintragungen, dem Inhalt des „Betreuungsmanagers“ sowie den Videodokumentationen hätten sich ausreichende Anhaltspunkte auf die Misshandlungen ergeben, die die Klägerin hätten hellhörig werden lassen müssen.

Eine engmaschige Kontrolle der Abläufe in der Gruppe „Lernfenster“ sei insbesondere deswegen notwendig gewesen, weil dort das neue INTRA-ACT-Plus-Konzept eingeführt worden sei, das die Klägerin maßgeblich mit verantwortet habe. Da dort mit differenzierten Belohnungen und Bestrafungen hätte gearbeitet werden sollen, sei es unerlässlich gewesen, die Einhaltung der Rahmenbedingungen des Konzeptes sowie die Anwendungsergebnisse regelmäßig zu überprüfen und die Umsetzung regelmäßig zu kontrollieren.

Zudem hätte die Klägerin unmittelbar nach dem 30.04.2008 Q. E. in eine andere Wohngruppe verlegen müssen, da spätestens an diesem Tag klar gewesen sei, dass er aufgrund der Art seiner Verhaltensauffälligkeiten gar nicht in das System des „Lernfensters“ gepasst habe.

Die Klägerin hat darauf erwidert, sie habe erstmals am 23.05.2008 von den Übergriffen erfahren. Auf dem Videozuschnitt, den sie am 30.04.2008 gesehen habe, seien keine Übergriffe seitens der Mitarbeiterin T. erkennbar gewesen. Weder in den Gruppenleiterkonferenzen noch in den Teambesprechungen seien unlösbare Probleme mit den Bewohnern, nicht akzeptable Behandlungsmethoden oder gar Übergriffe thematisiert worden. Soweit sie Frau T. oder Herrn N. auf aufgetretene Probleme angesprochen habe, hätten diese Lösungen präsentiert, die aus therapeutischer Sicht ohne weiteres akzeptabel gewesen seien. Bei ihren – auch unangemeldeten - Besuchen in der Gruppe habe sie niemals Übergriffe auf die Bewohner erlebt. Hinsichtlich des Benehmens von Q. E. am 30.04.2008 habe sie empfohlen, dass dieser sich in Situationen, in denen er sonst unbeaufsichtigt gewesen sei, in seinem Zimmer aufhalten sollen. Als „Alarmanlage“ hätten vor der Zimmertür leere Dosen aufgestellt werden sollen, die den Mitarbeitern signalisiert hätten, wenn er sein Zimmer verlassen habe. Kenntnis davon, dass Q. stunden- und tagelang in seinem Zimmer isoliert eingesperrt gewesen sei, habe sie nicht gehabt, solches habe sie auch nicht vorgeschlagen. Den tatsächlichen Inhalt des Begriffs „Tepichrunde“ habe sie erst im Zuge der Ermittlungen nach dem 23.05.2008 kennen gelernt. Sollte dieser Begriff zu einem früheren Zeitpunkt gefallen sein, habe sie zumindest damit nicht die Verhaltensweisen verknüpft, die damit verbunden gewesen seien. Sie habe Kenntnis davon gehabt, dass insbesondere N. zeitweise habe festgehalten werden müssen. Dies sei zu ihrer Beruhigung notwendig gewesen, wenn sie aggressive Anfälle gehabt habe. In solchen Fällen sei sie jedoch vorzugsweise an den Unterarmen festgehalten worden, wobei diese dann noch mit Handtüchern geschützt gewesen seien.

Die Klägerin trägt weiter vor, das Gruppenbuch habe ausschließlich zur Information der Erzieher der ablösenden Schicht gedient. Ihre umfangreichen Aufgaben hätten es zeitlich gar nicht zugelassen, für mehr als 40 Bewohner in fünf Wohngruppen die entsprechenden Eintragungen zu kontrollieren.

Das Arbeitsgericht Düsseldorf hat der Klage mit Urteil vom 29.06.2010 stattgegeben und seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Ein wichtiger Grund i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB liege nicht vor. Es könne mangels ausreichend konkreten Vortrages der Beklagten nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin vor dem 23.05.2008 positive Kenntnis von den Miss-handlungen ab dem 01.04.2008 oder zuvor bereits von der „Teppichrunde“ in ihrer konkreten Ausgestaltung gehabt habe. Etwaige Verstöße der Klägerin gegen ihre Sorgfalts- bzw. Kontrollpflichten könnten ohne vorherige Abmahnung nicht zur Grundlage einer außerordentlichen Kündigung gemacht werden. Der Weiterbeschäftigungsantrag sei ebenfalls begründet, ein der Weiterbeschäftigung entgegenstehendes überwiegendes Interesse der Beklagten sei nicht ersichtlich.

Gegen dieses Urteil, das der Beklagten am 02.07.2010 zugestellt worden ist, hat sie mit einem am 02.08.2010 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese, nach Verlängerung der Berufungsbe-gründungsfrist bis Montag, den 04.10.2010, mit einem am 04.10.2010 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Die Beklagte ist der Auffassung, das Arbeitsgericht habe unrichtig entschieden. Das Arbeitsverhältnis sei aufgrund der Kündigung vom 30.09.2009 mit sofortiger Wirkung, jedenfalls aber zum Ablauf der Auslaufrist am 31.03.2010 aufgelöst worden. Das Arbeitsgericht habe das Vorliegen eines wichtigen Kündi-gungsgrundes fehlerhaft verneint und die vorgetragene personenbedingten Gründe sowie den Verdacht einer Straftat der Klägerin durch Unterlassen über-haupt nicht geprüft.

Die Beklagte vertritt die Ansicht, im Hinblick auf die Tatsache, dass angesichts der Aufgabenstellung der Klägerin bei Vertragsverletzungen große Gefahren entstehen könnten, müsse das Vorliegen eines wichtigen Grundes unter er-leichterten Voraussetzungen angenommen werden. Insoweit rechtfertige bereits das erstmalige Versagen der Klägerin als Bereichsleiterin aufgrund der erheblichen Rechtsgutsverletzung bei den Bewohnern und der Beklagten eine außer-ordentliche Kündigung ohne Abmahnung. Bei der Frage, ob eine vorherige Ab-mahnung erforderlich sei, sei zudem zu berücksichtigen, dass es sich bei ihr um ein Tendenzunternehmen handele und damit für die Klägerin als Tendenzträge-

rin gesteigerte Pflichten bestünden. Die Ungeeignetheit der Klägerin für die Tätigkeit einer Bereichsleiterin ergebe sich aus dem zunächst drohenden und später ausgesprochenen Beschäftigungsverbot.

Der Weiterbeschäftigungsanspruch sei abzuweisen. Zumindest seit der ihr nur unter Einschränkungen erteilten Betriebserlaubnis für das Jahr 2011 stehe fest, dass sie die Klägerin selbst im Falle der Unwirksamkeit der Kündigung tatsächlich nicht beschäftigen könne.

Die Beklagte behauptet im Einzelnen, die frühzeitige Kenntnis der Klägerin von den Misshandlungen ergebe sich insbesondere aus folgendem:

- Die Klägerin sei unter anderem im Frühjahr 2008 von Frau C. T. darüber informiert worden, dass eine Bewohnerin vom „Lernfenster“ in mehreren Autoreifen ´gefangen´ gewesen und geweint habe, sie habe dieser Meldung jedoch kein Gewicht beigemessen. Wegen der Einzelheiten der schriftlichen Äußerung der Frau T. wird auf Bl. 412 der Gerichtsakte Bezug genommen.
- Eine Mitarbeiterin aus dem Bereich der Küche/Hauswirtschaft, Frau O., sei im April 2008 häufig zur Klägerin gegangen, um auf die Zustände in der Wohngruppe „Lernfenster“ aufmerksam zu machen. Die Klägerin habe Frau O. erklärt, sie solle sich um ihre Aufgaben kümmern, sie sei zu sensibel.
- Herr Q. habe im Herbst 2007 zufällig gesehen, wie drei Mitarbeiter auf N. gelegen und sie am Boden fixiert hätten. Er habe dies für einen Notfall gehalten. Am Folgetag sei diese Situation in Anwesenheit der Klägerin besprochen und als Therapie bezeichnet worden.
- Bereits vor der Einrichtung der Wohngruppe „Lernfenster“ habe Frau E., eine Mitarbeiterin in der Gruppe „Hexenhaus“, beobachtet, dass drei Mitarbeiter aus der „Räuberhöhle“ um N. herumhockten und sie festgehalten hätten. Sie habe diesen Vorfall in der folgenden Gruppenleitersitzung

thematisiert. Die Klägerin habe Frau T. um eine Erklärung gebeten, die lediglich darauf hingewiesen habe, dass das Festhalten im Rahmen der Therapie zu sehen sei. Damit habe es sein Bewenden gehabt.

- In der Fortbildung vom 05.05. bis 10.05.2008 hätten Frau D.-C. und Frau van der M. ein Video vorgeführt, das einen Vorfall mit N. gezeigt habe. Herr Dr. K. habe dazu sinngemäß erklärt, diese Vorgehensweise habe nichts mit dem Konzept bzw. der Therapie zu tun. Weiter habe er erklärt, die Leitung sei über das Fehlverhalten zu informieren. Daraufhin hätten die Mitarbeiterinnen unverzüglich nach dem 10. Mai 2008 die Klägerin angesprochen und ihr das Video gezeigt. Es sei zu vermuten, dass das Video einen Vorfall vom 02.05.2008 gezeigt habe, an dem eine besonders grausame Teppichrunde gegenüber N. D. durchgeführt worden sei. Dieses Video sei – unstrittig – nicht mehr auffindbar.
- Eine Helferin im Erziehungsdienst, Frau O. M., habe sich weit vor dem 23.05.2008 an die Klägerin gewandt, weil sie über die Fehlentwicklungen im Team „Lernfenster“ besorgt gewesen sei.

Die Beklagte ist im Hinblick auf die behaupteten Verletzungen der Überwachungs- und Kontrollpflichten der Ansicht, die Klägerin sei weder berechtigt gewesen, die Verantwortung für den Arbeitsablauf in der Gruppe „Lernfenster“ vollständig auf Frau T. zu delegieren, noch, die Nutzung der vorhandenen Kontrollsysteme wie Gruppenbuch und EDV-Programm zu unterlassen. Es sei auch in keiner Weise ausreichend gewesen, lediglich einmal pro Monat eine Teambesprechung des „Lernfensters“ durchzuführen, insbesondere, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass in einer Teambesprechung sämtliche Details offen diskutiert würden.

Sie behauptet zu diesem Komplex, die Klägerin habe im Anschluss an die Vorfälle vom 30.04.2008 nicht nachverfolgt, was aus der von ihr vorgeschlagenen Verlegung von Q. E. in die Kinder- und Jugendpsychiatrie geworden sei. Nachdem das Team unter Leitung von Frau T. beschlossen habe, Q. mehrere Tage in seinem Zimmer zu isolieren, habe die Klägerin Ratschläge gegeben, wie das

sog. „time-out“ zu überprüfen sei, ohne sich anschließend zu vergewissern, wie die Mitarbeiter die Isolation handhabten. Damit habe sie die freiheitsentziehenden Maßnahmen bei Q. gebilligt, ohne sich zu vergewissern, ob die erforderliche Anordnung der behandelnden Ärztin vorgelegen bzw. ob eine Überprüfung und Genehmigung der Maßnahmen durch das Familiengericht beantragt worden sei.

Sie ist darüber hinaus der Auffassung, ein wichtiger Kündigungsgrund liege auch darin, dass die Klägerin Frau T. ausgewählt habe, um die Gruppe „Lernfenster“ zu leiten, obwohl es bereits seit dem Jahr 2006 Übergriffe in der „Räuberhöhle“ gegeben habe. Sie behauptet dazu, Aufgabe der Bereichsleitung sei es auch, durch Mitarbeiterbefragungen das Arbeitsklima einzuschätzen. In der Presse sei berichtet worden, Frau T. sei von einem Mitarbeiter als „extrem gereizte Egoistin, die einen aggressiven Tonfall gehabt habe“, beschrieben worden.

Die Beklagte trägt zur Begründung der Kündigung weiter vor, es bestehe gegenüber der Klägerin der Verdacht des Begehens einer Straftat durch Unterlassen. Die notwendige Anhörung sei erfolgt. Die Klägerin sei in den Gesprächen am 07.08., 18.08. und 21.08.2009 zum Vorwurf der mangelnden Aufsichtspflicht und der Kindeswohlgefährdung angehört worden. Sie sei über die Einzelheiten der Übergriffe in der Zeit vom 01.04.2008 bis 23.05.2008 und dazu befragt worden, wie es dazu habe kommen können. Dies ergebe sich auch aus dem Suspendierungsschreiben.

Die Interessenabwägung müsse zu ihren Gunsten ausfallen. Der eingetretene Schaden psychischer und physischer Art müsse genauso berücksichtigt werden, wie die Tatsache, dass nicht davon auszugehen sei, dass sich die Mitarbeiter im Bereich LIACON in Zukunft vertrauensvoll an die Klägerin wenden könnten. Zudem sei zu ihren Gunsten zu berücksichtigen, dass sie durch die Vorfälle eine massive Rufschädigung erlitten habe.

Die Beklagte beantragt,

**das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 29.10.2010
– Az.: 7 Ca 7399/09 – abzuändern und die Klage abzuweisen.**

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und rügt den neuen zweinstanzlichen Vortrag der Beklagten als verspätet.

Ergänzend behauptet sie, nichts habe darauf hingedeutet, dass die Kinder/Jugendlichen nicht ordnungsgemäß betreut worden seien. Vielmehr habe sie zur Kenntnis genommen, dass sich insbesondere der Zustand von N. deutlich verbessert habe. Da deren Fortschritte so sichtbar und die Zufriedenheit der Eltern und der Betreuer im Vergleich zur vorherigen Gruppe unverkennbar gewesen seien, habe kein Anlass bestanden, den Mitarbeitern Methoden zu unterstellen, die absolut untragbar gewesen seien. Die Mitarbeiter hätten ihr auch nicht vor dem 23.05.2008 von Übergriffen berichtet. Erst ab Juni 2008 seien sie allmählich dazu bereit gewesen, zu offenbaren, welche Maßnahmen im April/Mai 2008 in der Gruppe „Lernfenster“ erfolgt seien.

Es sei nicht zutreffend, dass es erforderlich gewesen wäre, Q. E. in eine andere Gruppe zu verlegen. Schließlich sei die Gruppe „Lernfenster“ ja gerade eingerichtet worden, um Kinder und Jugendliche aufzunehmen, die für eine größere Gruppe nicht geeignet gewesen seien. Auch bei Q. hätten sich Fortschritte gezeigt. Es sei angedacht gewesen, Q. durch eine schrittweise Anbahnung von Kontakten zur Wohngruppe „Räuberhöhle“ später in diese Gruppe zu verlegen. Sie habe auch keine freiheitsentziehende Maßnahme vorgeschlagen, immerhin sei das Zimmer, zumindest soweit es ihren Vorschlag betroffen habe, nicht verschlossen gewesen.

Eine Anhörung zu einer Verdachtskündigung habe es nicht gegeben. Auch der Verdacht der Begehung einer Straftat durch Unterlassen sei nicht geäußert und von einer Kündigung sei nie die Rede gewesen.

Auf Antrag der Beklagten ist mit Beschluss vom 12.10.2010 die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 29.06.2010 bis zum Erlass des Urteils in der Berufungsinstanz einstweilen eingestellt worden. Wegen der Einzelheiten dieses Beschlusses wird auf Bl. 522 ff. der Gerichtsakte Bezug genommen. Wegen der weiteren Einzelheiten des zugrunde liegenden Sachverhaltes sowie des widerstreitenden Sachvortrages wird auf den Inhalt der zwischen den Parteien in beiden Rechtszügen gewechselten Schriftsätze sowie auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

A.

Die Berufung ist zulässig, aber nur zu einem Teil begründet.

I.

Es bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufung. Sie ist nach Maßgabe der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG i. V. m. § 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie ist auch statthaft gemäß § 64 Abs. 1, 2 Ziffern b und c ArbGG.

II.

Die Berufung ist hinsichtlich des Kündigungsschutzantrages unbegründet, hinsichtlich des Weiterbeschäftigungsantrages jedoch begründet.

1.

Die Kündigung vom 30.09.2009 hat das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst.

a.

Die fristlose Kündigung ist unwirksam.

aa.

Die Klägerin hat die dreiwöchige Klagefrist der §§ 13 Abs. 1 Satz 2, 4 Satz 1 KSchG gewahrt. Die Kündigung ging ihr am 30.09.2009 zu, die Klage ging am 08.10.2009 beim Arbeitsgericht ein und wurde der Beklagten am 14.10.2009 zugestellt.

bb.

Ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB liegt nicht vor. Dies hat das Arbeitsgericht zutreffend erkannt.

(1)

Gemäß § 626 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Die Prüfung, ob danach im konkreten Fall ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliegt, hat nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in zwei Schritten zu erfolgen (st. Rspr. vgl. nur BAG v. 26.03.2009 – 2 AZR 953/07 – AP Nr. 220 zu § 626 BGB; BAG v. 27.04.2006 – 2 AZR 386/05 – BAGE 118, 104; BAG v. 07.07.2005 - 2 AZR 581/04 – BAGE 115, 195; BAG v. 11.12.2003 – 2 AZR 36/03 – AP Nr. 179 zu § 626 BGB). Zunächst ist festzustellen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalles an sich geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben. Dabei muss auch festgestellt werden, ob der an sich zur außerordentlichen Kündigung geeignete Sachverhalt im Streitfall zu einer konkreten Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses geführt hat. In einer zweiten Stufe ist zu untersuchen, ob nach Abwägung der in Betracht kommenden Interessen der Parteien des Arbeitsverhältnisses die konkrete Kündigung gerechtfertigt ist (BAG v. 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – NZA 2010, 1227; BAG v. 26.03.2009 – 2 AZR 953/07 – a.a.O.; BAG v. 27.04.2006 – 2 AZR 386/05 – a.a.O.).

Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist eine Kündigung nicht gerechtfertigt, wenn es mildere Mittel gibt, eine Vertragsstörung künftig zu beseitigen. Dieser Aspekt hat durch die Regelung des § 314 Abs. 2 BGB i. V. m. § 323 Abs. 2 BGB eine gesetzgeberische Bestätigung erfahren (BAG v. 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – a.a.O.; BAG v. 12.01.2006 – 2 AZR 179/05 – AP Nr. 54 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung). Beruht die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Die ordentliche wie die außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Sie dient der Objektivierung der negativen Prognose. Ist der Arbeitnehmer ordnungsgemäß abgemahnt worden und verletzt er dennoch seine arbeitsvertraglichen Pflichten erneut, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen (BAG v. 10.06.2010 – 2 AZR 41/09 – a.a.O.; BAG v. 13.12.2007 – 2 AZR 818/06 – AP Nr. 64 zu § 4 KSchG 1969). Auch bei Handlungsweisen, die den sogenannten Vertrauensbereich berühren, ist eine Abmahnung nicht stets entbehrlich, sondern notwendig, wenn ein steuerbares Verhalten in Rede steht und erwartet werden kann, dass das Vertrauen wiederhergestellt wird (BAG v. 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – a.a.O.; BAG v. 04.06.1997 – 2 AZR 526/96 – EzA § 626 BGB n. F. Nr. 168). Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn der Arbeitnehmer mit vertretbaren Gründen davon ausgehen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber nicht als ein erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten angesehen. Bei besonders schweren Verstößen, deren Rechtswidrigkeit der Arbeitnehmer ohne weiteres erkennen konnte und bei der die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist, ist eine Abmahnung nicht erforderlich (vgl. BAG v. 12.01.2006 – 2 AZR 179/05 aaO; BAG v. 06.10.2005 – 2 AZR 280/04 – AP Nr. 25 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung; BAG v. 15.11.2001 – 2 AZR 605/00 – AP Nr. 175 zu § 626 BGB). Dabei muss die Pflichtverletzung so schwer sein, dass dem Arbeitnehmer klar gewesen sein muss, dass sein Verhalten nicht lediglich mit einer Abmahnung geahndet wer-

den, sondern dass der Arbeitgeber sofort mit einer Kündigung reagieren wird (vgl. BAG v. 10.02.1999 – 2 ABR 31/98 – NZA 1999, 708).

Ist die ordentliche Kündigung tariflich ausgeschlossen, so ist im Rahmen der Interessenabwägung bei einer vom Arbeitgeber erklärten außerordentlichen Kündigung nicht auf die Dauer einer fiktiven Kündigungsfrist, sondern auf die tatsächliche künftige Vertragsbindung abzustellen (vg. BAG v. 14.11.1984 – 7 AZR 474/83 – AP Nr. 83 zu § 626 BGB; LAG Rheinland-Pfalz v. 27.03.2009 – 9 Sa 720/08 – n.v., juris). Der tarifliche Ausschluss der ordentlichen Kündigung und die hierdurch in der Regel bedingte langfristige Vertragsbindung stellen Umstände dar, die bei einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers im Rahmen der einzelfallbezogenen Interessenabwägung entweder zugunsten oder zuungunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind. Welche Betrachtungsweise im Einzelfall den Vorrang verdient, ist insbesondere unter Beachtung des Sinn und Zwecks des tariflichen Ausschlusses der ordentlichen Kündigung sowie unter Berücksichtigung der Art des Kündigungsgrundes zu entscheiden. Bei einmaligen Vorfällen ohne Wiederholungsgefahr wirkt sich die längere Vertragsbindung zugunsten des Arbeitnehmers aus. Bei Dauertatbeständen oder Vorfällen mit Wiederholungsgefahr kann die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber wegen des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung unter Umständen eher unzumutbar sein als bei einem ordentlich kündbaren Arbeitnehmer (BAG v. 21.06.2001 – 2 AZR 30/00 – EzA § 626 BGB Unkündbarkeit Nr. 7; BAG v. 14.11.1984 – 7 AZR 474/83 – a.a.O. jeweils m.w.N.; LAG Rheinland-Pfalz v. 27.03.2009 – 9 Sa 720/08 – a.a.O.). Einem tariflich unkündbaren Arbeitnehmer kann allerdings außerordentlich *fristlos* nur dann gekündigt werden, wenn dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung nicht einmal bis zum Ablauf der fiktiven Frist zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist (BAG v. 27.04.2006 – 2 AZR 386/05 – a.a.O.; LAG Rheinland-Pfalz v. 27.03.2009 – 9 Sa 720/08 – a.a.O.).

Darlegungs- und beweisbelastet für das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist der Arbeitgeber.

(2)

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze liegt im vorliegenden Fall kein wichtiger verhaltens- oder personenbedingter Grund für eine fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung vor.

(a)

Aufgrund einzelvertraglicher Vereinbarung findet der BAT-KF auf das Arbeitsverhältnis Anwendung. Danach ist die Klägerin ordentlich nicht mehr kündbar, da sie zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung das 40. Lebensjahr bereits vollendet hatte und länger als 15 Jahre bei der Beklagten beschäftigt war. Im Rahmen der Prüfung, ob ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliegt, ist daher darauf abzustellen, ob der Beklagten die Weiterbeschäftigung der Klägerin nicht einmal bis zum Ablauf der fiktiven Frist zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist. Diese beträgt hier nach § 33 Abs. 1 BAT-KF sechs Monate zum Schluss eines Kalendervierteljahres.

(b)

Unter Berücksichtigung der Dauer dieser fiktiven Kündigungsfrist liegen keine ausreichenden Gründe vor, die trotz der festzustellenden Pflichtverletzungen der Klägerin die weitere Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses – zumindest - für die Dauer dieser Kündigungsfrist als unzumutbar erscheinen lassen.

(aa)

Soweit die Beklagte der Klägerin vorwirft, diese habe vor dem 23.05.2008 konkrete Kenntnis von den Misshandlungen gehabt und sei dennoch nicht zum Schutz der Kinder bzw. Jugendlichen eingeschritten, ist es der Beklagten auch in der Berufungsinstanz nicht gelungen, ausreichend konkrete Tatsachen vorzutragen, aus denen sich eine positive Kenntnis der Klägerin ableiten lässt. Einer Beweisaufnahme bedurfte es dementsprechend nicht.

Allerdings ist der Beklagten darin zuzustimmen, dass eine positive Kenntnis der Klägerin von den Misshandlungen vor dem 23.05.2008 einen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen kann. Duldete eine Bereichsleiterin „sehenden Auges“ die Misshandlung der ihr anvertrauten Kinder und Jugendlichen, so liegt darin eine ganz erhebliche Pflichtverletzung, die eine außerordentliche Kündigung – auch ohne vorherige Abmahnung – rechtfertigen kann.

(aaa)

Die Beklagte stützt die von ihr behauptete positive Kenntnis der Klägerin zum einen darauf, dass die Klägerin über „Q. schlechtes Verhalten“ informiert war und selbst verschiedene Lösungsvorschläge unterbreitet hat.

Das so bezeichnete „schlechte Verhalten“ von Q. E. bezog sich insbesondere darauf, dass dieser die anderen Bewohner der Wohngruppe mehrfach ausgezogen und gebissen hat. Die Kenntnis der Klägerin von diesem übergriffigen Verhalten von Q. bedeutet jedoch nicht gleichzeitig, dass sie auch Kenntnis von den inakzeptablen Maßnahmen hatte, die die Erzieher gegenüber Q. anwandten. Auch der Gruppenbucheintrag vom 30.04.2008 sagt nichts darüber aus, dass die Erzieher die Klägerin an diesem Tag von den von ihnen angewandten unakzeptablen Maßnahmen unterrichtet hätten.

(bbb)

Zudem behauptet die Beklagte, dass auf dem Videozuschnitt, den die Klägerin am 30.04.2008 gesehen hat, nicht nur die Übergriffe von Q. E. zu sehen gewesen seien, sondern auch eine unangemessene Vorgehensweise der Mitarbeiterin T. gegenüber den Bewohnern T. U. und S. G., die sie auf den Boden gelegt und dort teilweise festgehalten haben soll, ohne dass das Verhalten der beiden Kinder eine unmittelbare Bedrohung dargestellt habe.

Die Kammer vermag nicht zu erkennen, dass das von der Beklagten geschilderte Verhalten der Frau T. bei der Klägerin zu der Erkenntnis hätte führen müssen, dass es im Bereich der Räuberhöhle zu Misshandlungen gekommen ist. Zum einen kann sich die Kammer ohne eine genaue Darstellung der auf dem

Video gezeigten Situation kein ausreichendes Bild darüber machen, ob das von Frau T. geschilderte Verhalten tatsächlich eine Misshandlung darstellt. Eine nähere Darlegung dieses Vorfalles bleibt die Beklagte jedoch schuldig. Zudem hat es die Beklagte auch nicht vermocht, den Vortrag der Klägerin, auf dem ihr gezeigten Videoausschnitt seien lediglich die Übergriffe von Q., nicht aber etwaige unangemessene Methoden der Frau T. zu sehen, zu entkräften. Die Beklagte hat weder den *genauen* Inhalt des der Klägerin gezeigten Ausschnittes vorgetragen noch das Video vorgelegt.

(ccc)

Die Beklagte hat es auch nicht vermocht, schlüssig darzulegen, dass die Klägerin Kenntnis von den „Teppichrunden“ hatte. Die Bezugnahme auf die schriftliche Aussage der Frau T. vom 10.11.2009 reicht insoweit nicht aus. Frau T. hat, worauf auch das Arbeitsgericht bereits zutreffend hingewiesen hat, nicht bezeugt, die Klägerin habe gewusst, welche Bedeutung die „Teppichrunde“ hatte. Vielmehr hat sie erklärt, Frau T. habe der Klägerin in ihrer Gegenwart *mit den Worten von Herrn K.* das Vorgehen der „Teppichrunde“ gegenüber N. erklärt. Diese Erklärung kann damit aber nicht die tatsächliche misshandelnde Ausgestaltung der „Teppichrunde“ beinhaltet haben, denn das Konzept des Dr. K. sah solche übergriffige Verhaltensweisen nicht vor.

(ddd)

Soweit die Beklagte als weitere Indizien für eine Kenntnis der Klägerin von den Misshandlungen behauptet hat, die Klägerin habe gewusst, dass die Erzieher der Wohngruppen „Lernfenster“ und „Räuberhöhle“ auf Fehlverhalten der ihnen anvertrauten Schutzbefohlenen mit Strafsanktionen reagiert hätten und dabei mit der Methode vorgegangen seien, lieber einmal zu viel als einmal zu wenig zu strafen, so ist diese Behauptung nicht durch ausreichende Tatsachen belegt. Wann genau und durch wen die Klägerin diese Information erhalten haben soll, erschließt sich dem Vortrag der Beklagten nicht.

Entsprechendes gilt für die angebliche Kenntnis der Klägerin davon, dass die Erzieher auf jegliches aggressives Verhalten der Kinder/Jugendlichen mit Umklammerungen und Fixierungen reagiert hätten und dass die Kinder und Jugendlichen von den Erziehern für unerwünschtes Verhalten damit bestraft worden seien, dass sie über längere Zeit still auf einem Stuhl hätten sitzen müssen. Auch hier fehlt es an genauen Darlegungen, wann und durch wen die Klägerin informiert worden sein soll.

Der Vortrag, der Klägerin sei bekannt gewesen, dass die Erzieher den Betreuten bei unerwünschtem Verhalten deren persönlichen Sachen weggenommen hätten, ist in gleicher Weise unkonkret.

Soweit die Beklagte behauptet, diese „Erziehungsmethoden“ seien zum einen in den Teamsitzungen im Beisein der Klägerin thematisiert worden und zudem seien diese Vorgänge auch von den Erziehern in persönlichen Gesprächen an die Klägerin herangetragen worden, so benennt sie keinen einzigen konkreten Fall, der dies belegt. Der Vortrag bleibt viel zu pauschal, es wird weder deutlich, in welcher konkreten Teamsitzung welcher Vorfall besprochen worden sein soll noch, welche Erzieherin sich wann und mit welcher Information an die Klägerin gewendet haben soll.

(eee)

Soweit die Beklagte erstmals in der Berufungsinstanz weitere Indizien vorgetragen hat, die eine Kenntnis der Klägerin von den Misshandlungen nachweisen sollen, kann es dahinstehen, ob dieser neue Vortrag gemäß § 67 ArbGG überhaupt noch zuzulassen ist. Er ist zumindest ebenfalls nicht konkret genug, um einen Kündigungsgrund stützen zu können.

(aaaa)

Die Beklagte behauptet insoweit, die Klägerin sei unter anderem im Frühjahr 2008 von Frau C. T. darüber informiert worden, eine Bewohnerin vom „Lernfenster“ sei in mehreren Autoreifen ´gefangen´ und habe geweint, die Klägerin habe dieser Meldung jedoch kein Gewicht beigemessen.

Diesen Vorwurf vermochte die Beklagte, auch auf ausdrückliche Nachfrage der Kammer in der mündlichen Verhandlung vom 15.02.2011, nicht näher zu schildern. So, wie die Beklagte den Vorfall vorgetragen hat, ist er jedoch nicht geeignet, um gegenüber der Klägerin einen konkreten Vorwurf zu erheben. Es ist bereits nicht verständlich, warum sich ein „Autoreifen“ im Bereich der Wohngruppe befand, ob es sich ggf. um einen dort aufgehängten Schaukelersatz handelte. Zudem wurde weder geschildert, wie die „Bewohnerin des Lernfensters“ in den Autoreifen gelangt ist, ob sie beispielsweise hineingeklettert oder dort von dritten Personen eingesperrt wurde. Insoweit ist bereits nicht verständlich, welcher Person wegen welchen Fehlverhaltens ein Vorwurf gemacht werden soll. Zudem ließ sich der behauptete Vorfall zeitlich nicht näher konkretisieren, so dass auch nicht festgestellt werden kann, ob er sich vor dem 26.05.2008 abgespielt haben soll. Auch deckt sich der Vortrag der Beklagten zu diesem Vorfall nicht mit der schriftlichen Einlassung der Frau T. vom 29.04.2010, auf die sie sich stützt. Frau T. hat in ihrer schriftlichen Einlassung entgegen der Behauptung der Beklagten nicht behauptet, die Klägerin habe der Meldung kein Gewicht beigemessen, sie hat lediglich schriftlich erklärt, sie habe die Klägerin während einer Teamsitzung von dem Vorfall informiert. Welche Reaktion darauf erfolgte, ergibt sich aus der schriftlichen Erklärung der Frau T. nicht.

(bbbb)

Die Beklagte behauptet weiter, Frau O. sei im April 2008 häufig zur Klägerin gegangen, um sie auf die Zustände in der Gruppe „Lernfenster“ aufmerksam zu machen.

Auch diese Behauptung hat keine ausreichende Substanz, um daraus schließen zu können, dass die Klägerin Kenntnis von den Misshandlungen gehabt hat. Auf Nachfrage der Kammer in der mündlichen Verhandlung hat der Geschäftsführer der Beklagten den diesbezüglichen Vortrag dahingehend konkretisiert, dass er behauptet hat, Frau O. habe die Klägerin insbesondere darauf hingewiesen, dass die Essenssituation aus ihrer Sicht nicht akzeptabel gewe-

sen sei. Die Kammer vermag nicht zu erkennen, wie die Klägerin aus dieser – bestrittenen – Aussage heraus eine positive Kenntnis von den Misshandlungen in der Gruppe hätte bekommen können.

(cccc)

Ähnliches gilt für die Behauptung der Beklagten, Herr Q. habe im Herbst 2007 zufällig gesehen, wie drei Mitarbeiter auf N. lagen und sie am Boden fixierten. Er habe dies für einen Notfall gehalten. Am Folgetag sei diese Situation in Anwesenheit der Klägerin besprochen und als Therapie bezeichnet worden.

Ohne nähere Schilderung der behaupteten Situation, ihrer Entstehung und zeitlichen Dauer vermag auch hier die Kammer nicht zu erkennen, dass die Klägerin – und dies bereits weit vor der Einrichtung der Gruppe „Lernfenster“ - Kenntnis von Misshandlungen hatte. Um feststellen zu können, ob es sich bei der geschilderten Situation um einen Übergriff gehandelt hat, wäre es erforderlich gewesen, den Vorfall in seinen Einzelheiten zu schildern. Dazu war die Beklagte nicht in der Lage.

(dddd)

Auch die Behauptung der Beklagten, vor der Einrichtung der Wohngruppe „Lernfenster“ habe Frau E., eine Mitarbeiterin in der Gruppe „Hexenhaus“, beobachtet, dass drei Mitarbeiter aus der „Räuberhöhle“ um N. herum hockten und sie festhielten. Sie habe diesen Vorfall in der folgenden Gruppenleitersitzung thematisiert. Die Klägerin habe Frau T. um eine Erklärung gebeten, die lediglich darauf hingewiesen habe, dass das Festhalten im Rahmen der Therapie zu sehen sei. Damit habe es sein Bewenden gehabt.

Hier vermag die Kammer ohne nähere Schilderung ebenfalls nicht zu erkennen, dass es sich um einen Übergriff gehandelt hat, der zu einer entsprechenden Kenntnis der Klägerin geführt haben soll. Zudem zeigt die Darstellung der Beklagten selbst, dass die Klägerin die Schilderung nicht kommentarlos hingenommen, sondern von Frau T. eine Erklärung gefordert hat. Ob die Klägerin sich mit der gegebenen Erklärung, es handele sich um eine Therapiemaßnahme, zufrieden geben durfte, kann dahinstehen. Eine positive Kenntnis der Klägerin von Misshandlungen kann diesem Vorfall nicht entnommen werden.

(eeee)

Die Behauptung der Beklagten, Frau O. M. habe sich weit vor dem 23.05.2008 an die Klägerin gewandt, weil sie über die Fehlentwicklungen im Team besorgt gewesen sei, ist ebenfalls unkonkret. Wann und über welche „Fehlentwicklungen“ sie die Klägerin informiert haben will, bleibt völlig unklar.

(ffff)

Soweit die Beklagte vorträgt, die Mitarbeiterinnen D.-C. und van der M. hätten der Klägerin im unmittelbaren Anschluss an eine Weiterbildung im Institut K. in der Zeit vom 05.05. bis 10.05.2008 ein Video gezeigt, auf dem Übergriffe zu sehen seien, reicht dieser Vortrag auch nicht aus, um eine Kenntnis der Klägerin von der „Teppichrunde“ oder sonstigen Misshandlungen annehmen zu können. Auch hinsichtlich dieses Vorwurfs fehlt es erneut an einem substantiierten Sachvortrag dazu, was genau auf dem Video – das nach Angaben des Geschäftsführers der Beklagten verschwunden ist - zu sehen sein soll. Insoweit vermutete der Geschäftsführer der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 15.02.2011, dass das Video Misshandlungen gegenüber N. am 02.05.2008 zeigen soll. Dies stellt jedoch keine ausreichende Grundlage für den gegenüber der Klägerin erhobenen Vorwurf einer Kenntnis der Misshandlungen dar. Es wäre insoweit notwendig gewesen, detailliert vorzutragen, welche Handlungen auf dem Video zu sehen sind. Außerdem wäre es erforderlich gewesen, den Zeitpunkt, an dem das Video der Klägerin gezeigt worden sein soll, exakt einzugrenzen, immerhin handelte es sich bei dem 10.05.2008 um einen Samstag, an dem die Klägerin nicht im Dienst war. Beides konnte die Beklagte nicht leisten.

(gggg)

Die Behauptung der Beklagten, die Klägerin hätte aufgrund der bis zum Jahr 2007 bestehenden räumlichen Nähe zwischen ihrem Büro und der Gruppe „Räuberhöhle“ schon aus akustischen Gründen zwingend die damaligen Misshandlungen von N. D. bemerken müssen, da diese während ihrer Misshandlungen geschrien habe, ist ebenfalls nicht geeignet, das Gericht davon zu über-

zeugen, dass die Klägerin positive Kenntnis von den Misshandlungen hatte. Die Beklagte hat nicht für einen einzigen Fall konkret vorgetragen, 1) wann N. misshandelt wurde, 2) dass es dabei zu Schreien gekommen ist, 3) dass sich die Klägerin zu diesem Zeitpunkt in ihrem Büro aufgehalten hat und 4) dass sie deshalb die Schreie hat hören und daraus auf eine Misshandlung hat schließen müssen.

(hhh)

Aus den Gruppenleiter- und Teambesprechungsprotokollen aus den Jahren 2007 und 2008 ergibt sich ebenfalls nicht, dass die Klägerin wusste, dass die Kinder und Jugendlichen in der Gruppe „Lernfenster“ und zuvor bereits in der Gruppe „Räuberhöhle“ misshandelt wurden. Ausweislich des Gruppenleiterprotokolls vom 21.01.2007 wies Frau T. darauf hin, dass der Therapieverlauf mit N. insgesamt vielversprechend, die Arbeit mit N. sehr durchdacht und die Handlungen nicht willkürlich seien, auch wenn dies für Außenstehende so scheinen möge.

Dem musste die Klägerin nicht entnehmen, dass N. misshandelt wurde. Was dort genau unter „Handlungen, die nicht willkürlich sind, auch wenn dies für Außenstehende so scheinen mag“, gemeint war, legt die Beklagte nicht dar. Möglicherweise hätte die Klägerin insoweit nachhaken müssen, ein etwaiges Unterlassen genauerer Nachfragen führt jedoch nicht zu einer positiven Kenntnis.

Ähnliches gilt für den Inhalt des Protokolls der Teamsitzung vom 07.02.2007. Soweit dort im Zusammenhang mit N. von „angegriffen“ gesprochen wird, ist dieses Wort bereits im Protokoll in Anführungsstriche gesetzt worden und damit nicht wörtlich zu nehmen. Soweit geschildert wird, N. werde in Angriffssituationen „kurz zu Boden gebracht und sofort wieder hochgeholt“, deutet dies nicht zwingend auf eine Misshandlung hin, es könnte sich genauso gut um die Schilderung eines Notfalleingriffs handeln, mit dem auf einen von N. ausgehenden Angriff reagiert wurde. Eine Darstellung der sog. „Teppichrunde“ beinhaltet dieser Gruppenbucheintrag ebenfalls nicht, denn im Rahmen der Teppichrunden wurde N. über einen längeren Zeitraum immer wieder zu Fall gebracht. Dies wird in diesem Eintrag nicht geschildert.

Auch das Protokoll der Gruppenleitersitzung vom 29.04.2008, in dem geschildert wurde, dass Q. E. aufgrund seines aggressiven Verhaltens gegenüber Mitbewohnern nicht unbeaufsichtigt sein darf, enthält keinen Hinweis auf eine Misshandlung von Q.. Vielmehr scheint es zunächst zum Schutz der Mitbewohner notwendig gewesen zu sein, Q. zu diesem Zeitpunkt unter ständiger Kontrolle zu haben, um ihm die Möglichkeit zu nehmen, seine Aggressionen gegenüber den Mitbewohnern auszuleben.

Insgesamt gesehen ist zu der behaupteten Kenntnis der Klägerin von den Misshandlungen festzuhalten, dass die Beklagte mit wenig konkreter Substanz vorgetragen hat. Soweit die Beklagte der Auffassung ist, aufgrund des Zeitablaufs sei eine genauere Darlegung der Geschehnisse nicht mehr möglich, vermag dies an der Darlegungslast nichts zu ändern.

(bb)

Ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung liegt nicht in einer etwaigen Verletzung der Kontroll- und Aufsichtspflichten der Klägerin.

(aaa)

Dabei steht für die Kammer allerdings fest, dass der Klägerin im Zusammenhang mit den ihr obliegenden Kontroll- und Aufsichtspflichten ein arbeitsvertragliches Fehlverhalten vorzuwerfen ist. Die Klägerin hat nicht mit der gebotenen Intensität die Arbeitsweise in der Gruppe „Lernfenster“ überwacht.

Mit der Einrichtung der neuen Wohngruppe „Lernfenster“ zum 01.04.2008 war die Umsetzung eines völlig neuen Konzeptes verbunden. In der Gruppe wurden fünf Kinder/Jugendliche betreut, die in größeren Gruppen nicht gruppenfähig und in einer Regelgruppe mit neuen weiteren Kindern und Jugendlichen überfordert waren, die massive Bindungsstörungen und damit einhergehende Körperkontaktblockierungen sowie ausgeprägte autistische Störungen und extreme Fremd- und Autoaggressionen aufwiesen. Die Klägerin hätte sich – wenn viel-

leicht auch nicht jeden Tag, so doch regelmäßig - darüber vergewissern müssen, dass das INTRA-ACT-Plus- Konzept richtig umgesetzt wurde und die Betreuten in der Gruppe gut versorgt waren. Dabei hätte die Klägerin, der als Bereichsleiterin alle internen Unterlagen zur Verfügung standen, auch – zumindest stichprobenartig – die Gruppenbücher sowie die EDV-Dokumentation einsehen müssen.

Die Überwachung und Einhaltung der Betreuungsstandards war ausweislich der Stellenbeschreibung zentraler Inhalt ihrer Arbeitspflicht. Denn danach gehörte die fachliche und pädagogische Anleitung der Teams ebenso zu ihren Aufgaben wie die Überwachung und Sorge für die Einhaltung aller internen Richtlinien und die regelmäßige Überprüfung der bestehenden Hilfeangebote des Bereichs. Die von der Klägerin eingerichteten Kontrollmechanismen, im Wesentlichen die einmal im zweiwöchigen Rhythmus stattfindenden Gruppenleiter- und die einmal pro Monat stattfindenden Teambesprechungen waren nicht ausreichend, um sich ein regelmäßiges zuverlässiges Bild von der Arbeit in der Gruppe machen zu können. Soweit die Klägerin vorgetragen hat, sie sei darüber hinaus auch unangemeldet in der Gruppe erschienen, reicht dies nicht aus. Die Klägerin hat nicht vorgetragen, wie häufig sie in der Gruppe erschienen ist und wie lange sie sich dort aufgehalten hat.

(bbb)

Dieses Fehlverhalten ist allerdings nicht geeignet, einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung darzustellen.

Eine Verletzung der Arbeitspflicht durch Nicht-Wahrnehmung von Teilaufgaben kommt grundsätzlich nach vorheriger Abmahnung zunächst nur als Grund für eine ordentliche Kündigung in Betracht (KR-Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften/Griebeling 9. Auflage 2009 § 1 KSchG Rn. 434). Ein Grund für eine außerordentliche Kündigung kann bestehen, wenn die Voraussetzungen einer sog. beharrlichen Arbeitsverweigerung vorliegen, die allerdings in der Person des Arbeitnehmers im Willen eine Nachhaltigkeit voraussetzt. Der Arbeitnehmer

muss die ihm übertragene Arbeit bewusst und nachhaltig nicht leisten wollen (vgl. BAG v. 21.11.1996 – 2 AZR 357/95 – AP Nr. 130 zu § 626 BGB).

Umstände, die mit ausreichender Sicherheit den Schluss zulassen, die Klägerin habe ihre Kontroll- und Überwachungsaufgaben nachhaltig und bewusst nicht vollständig wahrnehmen wollen, bestehen nicht. Dagegen spricht bereits, dass sie nicht vollständig auf die Teilnahme an Gruppenleiter- und Teambesprechungen verzichtet hat und auch persönlich in der Gruppe erschienen ist. Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin auch zukünftig – ggf. nach einer entsprechenden Abmahnung - mit einer Nachhaltigkeit im Willen ihre Kontrollaufgaben nur begrenzt wahrnehmen wird, sind nicht erkennbar.

Eine Abmahnung ist auch dann nicht entbehrlich, wenn berücksichtigt wird, dass es sich bei der Beklagten um ein Tendenzunternehmen und bei der Klägerin um eine Tendenzträgerin handelt.

Grundsätzlich hat die Stellung als Tendenzträgerin Auswirkungen auf das arbeitsvertragliche Pflichtengefüge. Es bestehen gesteigerte Rücksichtnahmepflichten für einen Tendenzträger. Er ist insbesondere verpflichtet, sowohl bei seiner Arbeitsleistung als auch im außerbetrieblichen Bereich nicht gegen die Tendenz, d. h. die grundsätzlichen Zielsetzungen des Unternehmens, zu verstoßen (BAG v. 23.10.2008 – 2 AZR 483/07 – AP Nr. 218 zu § 626 BGB). Bei schwerwiegenden Verstößen gegen die Tendenz, insbesondere solchen, bei denen der Tendenzträger offensichtlich und erheblich gegen die der unternehmerischen Betätigung zugrunde liegenden Grundrechts- und Verfassungswerte verstößt und deshalb nicht mit einer entsprechenden Billigung seiner Handlungen durch den Tendenzarbeitgeber rechnen kann, kann eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund – auch ohne Abmahnung – in Betracht kommen (BAG v. 28.08.2003 – 2 ABR 48/02 – BAGE 107, 204; BAG v. 23.10.2008 – 2 AZR 483/07 – a.a.O.).

Auch unter Berücksichtigung der Tendenzträgereigenschaft der Klägerin kommt eine außerordentliche Kündigung ohne vorherige Abmahnung wegen des Verstoßes gegen ihre Kontrollpflichten nicht in Betracht. Die Beklagte kann ihr keinen so offensichtlichen und schwerwiegenden Verstoß gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Betreuung der Kinder bzw. Jugendlichen vorwerfen, wie es

der Fall wäre, wenn die Klägerin an den Misshandlungen beteiligt gewesen wäre oder von diesen gewusst hätte. Eine Abmahnung hätte weiteres Fehlverhalten unterbunden, was sich bereits daran zeigt, dass die Klägerin nach Bekanntwerden der Vorfälle etwa 1 ½ Jahre unbeanstandet weitergearbeitet hat.

(cc)

Ein wichtiger Kündigungsgrund liegt nicht in der Entscheidung der Klägerin, Q. E. auch nach dessen Übergriffen am 30.04.2008 in der Gruppe „Lernfenster“ zu belassen. Insoweit ist schon ein Fehlverhalten nicht erkennbar. Die Gruppe „Lernfenster“ war gerade für solche Kinder und Jugendliche eingerichtet worden, die zum damaligen Zeitpunkt in keine andere Gruppe integriert werden konnten. Insoweit hatte die Klägerin keine Alternative zu der Betreuung von Q. E. im „Lernfenster“. Die Beklagte selber hat nicht konkret vorgetragen, in welche Gruppe Q. E. mit seinem hohen Aggressionspotential hätte verlegt werden sollen.

(dd)

Die Beklagte vermag die fristlose Kündigung auch nicht erfolgreich auf den Verdacht einer Misshandlung von Schutzbefohlenen durch Unterlassen (§§ 225, Abs. 1 Nr. 1, 13 StGB) zu stützen.

(aaa)

Eine Verdachtskündigung kommt in Betracht, wenn dringende, auf objektiven Tatsachen beruhende schwerwiegende Verdachtsmomente vorliegen und diese geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen bei einem verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zu zerstören (BAG v. 12.05.2010 – 2 AZR 587/08 – NZA-RR 2011, 15; BAG v. 23.06.2009 – 2 AZR 474/07 – AP Nr. 47 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06 – AP Nr. 40 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung). Der Arbeitgeber muss alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben (BAG v. 12.05.2010 – 2 AZR 587/08 – a.a.O.; BAG v. 23.06.2009 – 2 AZR 474/07 –

a.a.O.; BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06 – a.a.O.; BAG v. 10.02.2005 – 2 AZR 189/04 – AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1969). Dabei ist die vorherige Anhörung des Arbeitnehmers Wirksamkeitsvoraussetzung der Verdachtskündigung. Die Kündigung verstieße anderenfalls gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Sie wäre nicht ultima ratio (BAG v. 23.06.2009 – 2 AZR 474/07 – a.a.O.; BAG v. 13.09.1995 – 2 AZR 587/94 – BAGE 81, 27). An die Darlegung und Qualität der schwerwiegenden Verdachtsmomente sind besonders strenge Anforderungen zu stellen, weil bei einer Verdachtskündigung immer die Gefahr besteht, dass ein „Unschuldiger“ betroffen ist (BAG v. 23.06.2009 – 2 AZR 474/07 – a.a.O.; BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06 – a.a.O.; BAG v. 26.09.2002 – 2 AZR 424/01 – AP Nr. 37 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung). Der notwendige, schwerwiegende Verdacht muss sich aus den Umständen ergeben bzw. objektiv durch Tatsachen begründet sein. Er muss ferner dringend sein, d.h. bei einer kritischen Prüfung muss eine auf Beweisanzeichen (Indizien) gestützte große Wahrscheinlichkeit für die erhebliche Pflichtverletzung (Tat) gerade dieses Arbeitnehmers bestehen (BAG v. 12.05.2010 – 2 AZR 578/08 – a.a.O.; BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06 – a.a.O.; BAG v. 06.09.2007 – 2 AZR 722/06 – BAGE 124, 59; BAG v. 06.12.2001 – 2 AZR 496/00 – AP Nr. 36 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung). Bloße auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen dementsprechend zur Rechtfertigung eines dringenden Tatverdachts nicht aus. Schließlich muss der Arbeitgeber alles ihm Zumutbare zur Aufklärung des Sachverhalts getan haben (BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06 – a.a.O.; BAG v. 10.02.2005 – 2 AZR 189/04 – a.a.O.). Insbesondere muss er zunächst selbst eine Aufklärung des Sachverhalts unternommen haben. Möglichen Fehlerquellen muss er nachgehen. Der Umfang der Nachforschungspflichten richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles (BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06 – a.a.O.).

(bbb)

Im vorliegenden Fall besteht weder ein dringender Tatverdacht gegenüber der Klägerin noch hat die Beklagte die Klägerin vor dem Ausspruch der Kündigung zu einem entsprechenden Verdacht ordnungsgemäß angehört.

(aaaa)

Nach § 225 Abs. 1 Nr. 1 StGB wird bestraft, wer eine Person unter 18 Jahren, die seiner Fürsorge oder Obhut untersteht, quält oder roh misshandelt oder wer durch böswillige Vernachlässigung seiner Pflicht, für sie zu sorgen, sie an der Gesundheit schädigt. Nach § 13 StGB kann auch das Unterlassen der Abwendung des rechtswidrigen Erfolges strafbar sein.

Tatbestandsmerkmal aller unechten Unterlassungsdelikte ist die Stellung als Garant für die Schadensabwehr. Es muss eine Pflicht bestehen, gegen Rechts-
gutsgefährdungen einzuschreiten. Die Pflicht muss eine Rechtspflicht sein (Schönke/Schröder StGB-Kommentar 28. Auflage 2010 § 13 Rn. 7). Derartige Schutz- und Beistandspflichten können dadurch begründet werden, dass jemand sie gegenüber einem bestimmten Rechtsgut übernimmt. Das geschieht durch tatsächliche Übernahme bestimmter, der Gefahrenabwehr dienender Aufgaben, sei es für den Einzelfall, sei es durch Übernahme bestimmter Stellungen oder Ämter, mit denen solche Schutzpflichten verknüpft sind (Schönke/Schröder § 13 Rn. 10).

Weitere Voraussetzung für eine Strafbarkeit ist das vorsätzliche Handeln, wobei bedingter Vorsatz genügt (Schönke/Schröder § 225 Rn. 15). Mit bedingtem Vorsatz handelt, wer die Erfüllung des Tatbestandes nicht erstrebt oder als sicher voraussieht, sondern nur für möglich hält (Schönke/Schröder § 15 Rn. 72), der Täter muss über die Möglichkeit des Erfolgsintritts reflektiert haben und sich im Augenblick der Tathandlung der möglichen Tatbestandsverwirklichung bewusst gewesen sein. Deswegen liegt z. B. kein Eventualvorsatz vor, wenn der Täter an die Möglichkeit des Erfolgsintritts überhaupt nicht dachte (Schönke/Schröder § 15 Rn. 73).

Hiernach fehlt es im vorliegenden Fall zumindest an einem vorsätzlichen Handeln der Klägerin. Wie oben festgestellt wurde, ist es der Beklagten nicht gelungen, schlüssig vorzutragen, dass die Klägerin Kenntnis von den Misshandlungen der der Beklagten anvertrauten Kinder und Jugendlichen hatte. Ohne positive Kenntnis hat sie jedoch auch nicht die Misshandlungen für möglich gehalten.

ten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie an die Möglichkeit einer Misshandlung der Kinder überhaupt nicht dachte.

(bbbb)

Eine Verdachtskündigung ist auch noch aus einem anderen Grund unwirksam, denn die Beklagte hat die Klägerin vor dem Ausspruch der Kündigung nicht ordnungsgemäß angehört. Der Arbeitnehmer muss im Rahmen einer Anhörung die Möglichkeit haben, bestimmte, zeitlich und räumlich eingegrenzte Indiztatsachen zu bestreiten oder den Verdacht entkräftende Tatsachen zu bezeichnen, um so zur Aufhellung der für den Arbeitgeber im Dunkeln liegenden Geschehnisse beizutragen (BAG v. 23.06.2009 – 2 AZR 474/07 – a.a.O.; BAG v. 13.03.2008 – 2 AZR 961/06 – AP Nr. 43 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung).

Die Kammer kann nicht erkennen, dass die Beklagte die Klägerin in den Gesprächen am 07.08.2009, 18.08.2009 sowie 21.08.2009 zu dem Verdacht, diese habe eine Straftat durch Unterlassen begangen, angehört hat. Zwar hat es Gespräche zwischen den Parteien über die Misshandlungen der betroffenen Kinder/Jugendlichen gegeben. Ebenso erstellte die Klägerin eine schriftliche Dokumentation, in der sie die Abläufe aus ihrer Sicht schilderte. Die Beklagte hat jedoch nicht konkret dargelegt, dass der Klägerin in diesen Gesprächen konkrete Vorwürfe im Hinblick auf strafrechtlich relevantes Verhalten gemacht worden sind.

Eine ausreichende Anhörung ergibt sich nicht aus dem Gespräch am 07.08.2009. Darin wurde die Klägerin dazu befragt, welche Übergriffe es in der Wohngruppe „Lernfenster“ gegeben habe und wie es dazu hat kommen können. Ebenfalls wurde sie dazu befragt, ob sie vor dem 23.05.2008 Kenntnis von den Übergriffen gehabt habe. Dieser Befragung musste die Klägerin in keiner Weise entnehmen, dass die Beklagte Ermittlungen nicht nur gegen die unmittelbar Betroffenen, sondern auch gegen sie selbst einleitete. Insbesondere lässt sich dem Vortrag der Beklagten nicht entnehmen, dass die Klägerin mit Indiztatsachen konfrontiert wurde, die einen Verdacht der Beklagten gegen sie selbst stützen sollten.

Dagegen spricht auch der zeitliche Ablauf. Die Beklagte stützt die angebliche Kenntnis der Klägerin von den Misshandlungen u. a. auf die Eintragungen in den Gruppenbüchern. In deren „Besitz“ kam sie jedoch erst am 18.09.2009. Zu diesem Zeitpunkt waren die angeblichen Anhörungen der Klägerin längst erfolgt.

Aus dem Suspendierungsschreiben vom 24.08.2009 ergibt sich ebenfalls nicht, dass die Beklagte gegenüber der Klägerin den Verdacht äußern wollte, eine Straftat durch Unterlassen begangen zu haben. Vielmehr vermittelt das Suspendierungsschreiben den Eindruck, dass die Beklagte die Klägerin nur deswegen von der Arbeitspflicht befreit hat, weil sie aus Gründen der Außenwirkung keinen der Mitarbeiter, die überhaupt etwas mit der Wohngruppe „Lernfenster“ zu tun hatten, zunächst weiterbeschäftigen wollte.

(ee)

Der Klägerin kann auch nicht vorgeworfen werden, pflichtwidrig Frau T. mit der Leitung der Wohngruppe „Lernfenster“ betraut zu haben.

Ausgehend von der grundsätzlichen Qualifikation der Frau T. ist nicht erkennbar, dass die Entscheidung, diese mit der Leitung der Gruppe „Lernfenster“ zu betrauen, fehlerhaft war. Frau T. hatte zum Zeitpunkt der Einrichtung der Wohngruppe „Lernfenster“ die Fortbildung im Institut K. erfolgreich abgeschlossen und in der Vergangenheit bereits als Gruppenleiterin in der „Räuberhöhle“ gearbeitet.

Die Klägerin hatte keine Kenntnis davon, dass es unter der Leitung der Frau T. bereits in der Gruppe „Räuberhöhle“ zu Übergriffen, insbesondere gegenüber N. D., gekommen ist. Soweit die Beklagte sich diesbezüglich auf die Protokolle von Gruppenleitersitzungen aus dem Jahr 2007 sowie auf die behaupteten Vorfälle, die Herr Q. und Frau E. beobachtet haben wollen, bezieht, reicht dies nicht aus, um feststellen zu können, dass die Klägerin Kenntnis von Misshandlungen von N. unter der Gruppenleitung von Frau T. hatte. Wie die Beklagte selber vorträgt, sind die Vorfälle – soweit sie unstrittig sind - in den Sitzungen angesprochen und von Frau T. als Maßnahmen im Rahmen der Therapie erläu-

tert worden. Die Kammer kann nicht erkennen, dass es der Klägerin zwingend hätte auffallen müssen, dass die Erläuterungen der Frau T. unrichtig waren.

Soweit die Beklagte unter Berufung auf eine *Veröffentlichung in der Presse* vorträgt, Frau T. sei von einem anderen Mitarbeiter als „extrem gereizte Egoistin, die einen aggressiven Tonfall gehabt habe“, beschrieben worden, so stellt dies erkennbar keinen Vortrag dar, der dazu geeignet wäre, ein Fehlverhalten der Klägerin im Hinblick auf die Auswahl der Frau T. darzulegen. Zitate aus der Presse ersetzen nicht die Pflicht zu substantiiertem Tatsachenvortrag.

(ff)

Soweit der Klägerin aufgrund der Verletzung ihrer Kontrollpflichten Pflichtverletzungen vorgeworfen werden können, fällt – unabhängig von deren Eignung als wichtiger Grund - zumindest auch die Interessenabwägung zu Gunsten der Klägerin aus. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit überwiegen die Gesichtspunkte, die für eine Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der fiktiven Kündigungsfrist sprechen. Die Klägerin weist eine Beschäftigungsdauer von über 16 Jahren auf. Sie war zum Zeitpunkt der Kündigung 49 Jahre alt und hatte damit insgesamt einen erheblichen sozialen Besitzstand erworben. Zwar kommt der vollständigen und verlässlichen Wahrnehmung der Überwachungs- und Kontrollpflichten gegenüber den anvertrauten Jugendlichen durch die Erzieher in Einrichtungen der von der Beklagten betriebenen Art eine erhebliche Bedeutung zu. Zu berücksichtigen ist aber andererseits, dass die Klägerin von der Beklagten mit der Bereichsleitung für eine fünfte Gruppe und mit der nach Auffassung der Beklagten damit einhergehenden arbeitsintensiven Kontrollpflicht betraut worden ist, ohne dass sie an anderer Stelle entlastet worden wäre. Sie hatte ab April 2008 fünf Wohngruppen sowie die Einrichtung im Düsseldorfer Hauptbahnhof zu beaufsichtigen, übte zudem noch an zwei Nachmittagen psychologische Arbeit aus und hatte, was auch aus der Stellenbeschreibung deutlich wird, zusätzlich erhebliche administrative Aufgaben zu verrichten. Es liegt ein Organisationsverschulden der Beklagten vor, wenn einer Bereichsleiterin ein deutlich gesteigertes Arbeitsvolumen zugewiesen wird, ohne sicherzustellen, dass sie dieser Tätig-

keit durch eine Entlastung an anderer Stelle in ausreichendem Maße gerecht werden kann. Soweit die Beklagte im Rahmen der Interessenabwägung die Rufschädigung, die durch die Vorfälle eingetreten ist, zu ihren Gunsten anführt, vermag die Kammer nicht zu erkennen, dass die Klägerin als nicht unmittelbar Beteiligte an den Geschehnissen in wesentlichem Sinne zu der Rufschädigung beigetragen hat.

Angesichts des langjährigen störungsfreien Verlaufs des Arbeitsverhältnisses, des erhöhten Arbeitsanfalls ab dem 01.04.2008 und der Tatsache, dass es nach Bekanntwerden der Vorfälle bis zur Kündigung nahezu 1 ½ Jahre lang nicht zu einer weiteren vorwerfbaren Verletzung der Aufsichts- bzw. Betreuungspflicht gekommen ist, erscheint nicht die Prognose gerechtfertigt, die Klägerin werde auch zukünftig, ggf. nach einer Abmahnung, ihre arbeitsvertraglichen Pflichten erneut verletzen.

(c)

Die fristlose Kündigung ist auch nicht als personenbedingte Kündigung gerechtfertigt. Die Klägerin ist nicht für die Tätigkeit einer Bereichsleiterin ungeeignet.

(aa)

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts liegt ein personenbedingter Kündigungsgrund vor, wenn der Arbeitnehmer nicht nur vorübergehend die Fähigkeit und Eignung nicht (mehr) besitzt, die geschuldete Arbeitsleistung ganz oder teilweise zu erbringen (BAG v. 18.01.2007 – 2 AZR 731/05 – BAGE 121, 32; KR-Griebeling § 1 KSchG Rnr. 266 m. w. N.). Die personenbedingte Kündigung ist damit ein Mittel zur Reaktion auf von keiner Vertragspartei verschuldete Störungen des arbeitsvertraglichen Austauschverhältnisses (BAG v. 08.11.2007 – 2 AZR 292/06 – AP Nr. 29 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung). Ein Eignungsmangel kann darauf beruhen, dass der Arbeitnehmer von vorneherein die für die vertraglich geschuldete Arbeit erforderliche fachliche Qualifikation nicht aufweist und auch in angemessener Zeit nicht erwerben kann. Ferner liegt ein Eignungsmangel vor, wenn der Arbeitnehmer dauerhaft nicht in der Lage ist, die Leistung eines vergleichbaren durchschnittli-

chen Arbeitnehmers zu erbringen. Schließlich kommt auch eine persönliche Ungeeignetheit aus gesundheitlichen oder charakterlichen Gründen als personenbedingter Kündigungsgrund in Betracht. Eignungsmängel, die eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen, sind mithin nur solche, die nicht auf vertragswidrigen Verhaltensweisen beruhen oder die vom Arbeitnehmer überhaupt nicht oder nicht mehr steuerbar sind (KR-Griebeling § 1 KSchG Rnr. 267 m. w. N.). Ein personenbedingter Grund liegt dementsprechend nur vor, wenn sich der betreffende Arbeitnehmer betriebsstörend verhält, weil er sich nicht anders verhalten kann. Er will, kann aber nicht (vgl. Ascheid/Preis/Schmidt-Dörner Kündigungsrecht 3. Auflage 2007 § 1 KSchG Rn. 120).

Demgegenüber handelt es sich um eine verhaltensbedingte Kündigung, wenn die mangelnde Eignung des Arbeitnehmers letztlich auf ein steuerbares Verhalten zurückzuführen ist. Der Arbeitnehmer kann, will aber nicht. Kann mithin der Arbeitnehmer den Mangel beheben, handelt es sich um eine verhaltensbedingte Kündigung (vgl. APS-Dörner § 1 KSchG Rn. 120, KR-Griebeling § 1 KSchG Rn. 267).

(bb)

Hiernach ist ein personenbedingter Kündigungsgrund nicht gegeben. Die Beklagte hat keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass die Klägerin aufgrund von Charakterschwäche o. ä. ihre Kontrollpflichten verletzt hat. Die Beklagte lastet der Klägerin subjektive Eignungsmängel an, die grundsätzlich steuerbar sind. Damit beruft sie sich auf verhaltensbedingte Gründe.

Ein personenbedingter Kündigungsgrund ergibt sich auch nicht aus dem Beschäftigungsverbot des Landesjugendamtes. Es kann dahinstehen, ob ein dauerndes Beschäftigungsverbot grundsätzlich einen Kündigungsgrund darstellen kann und welche Maßnahmen der Arbeitgeber – soweit es im Bereich seiner Möglichkeit liegt – vor dem Ausspruch der Kündigung ergriffen haben muss, um das Beschäftigungsverbot wieder aufheben zu lassen. Als wichtiger Grund kommt ein solches Beschäftigungsverbot bereits deswegen nicht in Betracht, da

es zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung noch nicht bestand. Allein die Befürchtung, dass ein solches ausgesprochen werden könnte, führt nicht zu einer Unmöglichkeit der Beschäftigung.

b.

Die hilfsweise ausgesprochene Kündigung mit sozialer Auslaufzeit hat das Arbeitsverhältnis nicht mit Ablauf des 31.03.2010 beendet. Die Hürden für eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit sind höher als diejenigen, die an eine ordentliche Kündigung zu stellen sind. Ausreichende wichtige Gründe, die es der Beklagten ermöglicht hätten, das Arbeitsverhältnis außerordentlich mit Auslaufzeit zu kündigen, liegen nicht vor. Der Klägerin kann seitens der Beklagten lediglich ein Verstoß gegen die Aufsichtspflichten vorgeworfen werden, dieser trägt jedoch ohne vorherige Abmahnung keine außerordentliche Kündigung.

2.

Die Berufung der Beklagten ist begründet, soweit sie sich gegen die Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung der Klägerin wendet.

Grundsätzlich kann ein Arbeitnehmer nach der grundlegenden Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 27.02.1985 Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses verlangen, wenn ein die Instanz abschließendes Urteil ergeht, welches die Unwirksamkeit der Kündigung und damit den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses feststellt (BAG – GS 1/84 – AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht). Durch ein solches noch nicht rechtskräftiges Urteil wird zwar keine endgültige Klarheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geschaffen, aber die Parteien hatten Gelegenheit, dem Gericht in einem ordentlichen Prozessverfahren die zur rechtlichen Beurteilung der Kündigung aus ihrer Sicht erforderlichen Tatsachen vorzutragen und ihre Rechtsauffassungen darzustellen. Ein solches Urteil wirkt sich dahin aus, dass allein die Ungewissheit über den Prozessausgang nicht mehr ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an einer Nichtbeschäftigung begründen kann. Es müssen dann vielmehr sonstige Umstände

hinzukommen, aus denen sich im Einzelfall ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergeben kann.

Im vorliegenden Fall überwiegt – ausnahmsweise – das Interesse der Beklagten an einer zumindest vorläufigen Nichtbeschäftigung das Interesse der Klägerin an der tatsächlichen Tätigkeit. Die Beklagte ist aufgrund der nur mit Einschränkungen erteilten Betriebserlaubnis für das Jahr 2011 zurzeit rechtlich nicht in der Lage, die Klägerin als Bereichsleiterin zu beschäftigen. Der Landschaftsverband Rheinland hat die Betriebserlaubnis für das Jahr ausdrücklich mit der Auflage versehen, die Klägerin bis zum Abschluss der polizeilichen/staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen oder bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Strafverfahrens nicht im Zusammenhang mit den Erziehungsaufgaben und im Kontakt mit Kindern zu beschäftigen. An diese Auflage ist die Beklagte gebunden, solange der entsprechende Bescheid nicht aufgehoben worden ist. Eine Beschäftigung der Klägerin ist zurzeit nicht möglich.

B.

I.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. § 92 Abs. 1 Satz ZPO.

II.

Für die Zulassung der Revision an das Bundesarbeitsgericht bestand keine Veranlassung. Die Voraussetzungen für eine Divergenzrevision im Sinne des § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG und der Zulassungsgrund des § 72 Abs. 2 Nr. 3 ArbGG sind nicht ersichtlich. Grundsätzliche Bedeutung gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG kann dem Rechtsstreit ebenso wenig beigemessen werden. Es handelt sich um eine sich aus den Besonderheiten des Falles ergebende Entscheidung, die keine klärungsbedürftigen Fragen aufwirft, die auf die Inte-

ressen der Allgemeinheit oder eines größeren Teils der Allgemeinheit Auswirkungen haben könnten.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

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

Barth

Mülders

Blum