

**4 Sa 846/13**  
3 Ca 393/12  
(ArbG Passau)

Verkündet am: 17.04.2014

Reuther  
Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

F.

- Kläger, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter-

Prozessbevollmächtigte:

D.

gegen

R.

- Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte S.

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 17. April 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Burger und die ehrenamtliche Richterin Senninger sowie den ehrenamtlichen Richter Wuchterl

- 2 -

für Recht erkannt:

- I. **Die Anschlussberufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Passau vom 9. August 2013 – 3 Ca 393/12 – wird zurückgewiesen.**
  
- II. **Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des Arbeitsgerichts Passau vom 9. August 2013 – 3 Ca 292/12 – in den Ziffern 2. bis 4. abgeändert:**
  2. **Der Antrag der Beklagten auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses wird zurückgewiesen.**
  
  3. **Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Ablauf des Rechtsstreits gemäß dem Arbeitsvertrag vom 17.12.1997/05.01.1998 zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Pflegedienstleiter in der Klinik P. weiterzubeschäftigen.**

**Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.**
  
- III. **Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.**
  
- IV. **Die Revision wird nicht zugelassen.**

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung der Beklagten gegenüber dem Kläger und dessen Anspruch auf Weiterbe-

schäftigung, wobei die Beklagte hilfsweise die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung beantragt.

Die Beklagte ist mit dem Rechtsstatus einer Körperschaft des öffentlichen Rechts und Hauptsitz in L. Trägerin der gesetzlichen Rentenversicherung mit Zuständigkeit für die Regierungsbezirke Oberbayern, Niederbayern und Oberpfalz. Sie betreibt u. a. Rehabilitationskliniken als Eigenbetriebe. Der - nach seinen Angaben: am 00.00.0000 geborene, verheiratete und für drei Kinder unterhaltspflichtige - Kläger ist Krankenpfleger und war auf der Grundlage des schriftlichen, zunächst befristeten, Arbeitsvertrages vom 17.12.1997 bzw. des sich anschließenden unbefristeten Arbeitsvertrages vom 06.12.2000 (Anl. K 1 und Anl. K 2, Bl. 8 und Bl. 9 d. A.) seit 01.01.1998 in der Klinik P. der Beklagten zunächst als solcher beschäftigt. Seit 01.10.2005 war der Kläger, der nach seinen Angaben im Jahr 2002/2003 eine berufsbegleitende „Weiterbildung zur verantwortlichen Pflegefachkraft“ mit einem Stundenumfang von ca. 650/670 Stunden absolviert habe, als Pflegedienstleiter dieser Klinik mit einer Vergütung von zuletzt ca. 4.500,- € (4.562,13 €) brutto/Monat tätig. Gemäß der „Betriebsordnung für die Kliniken der D.“ vom 17.12.2007 (Anl. B 1, Bl. 163 – Bl. 168 d. A.) ist er in dieser Funktion gleichberechtigtes Mitglied der dreiköpfigen Betriebsführung der Klinik, die aus dem Medizinischen Direktor, dem Kaufmännischen Direktor und dem Leiter des Pflegedienstes besteht. Gemäß handschriftlichem Ergänzungsvertrag vom 17.08.2007 (Anl. K 5, Bl. 12 d. A.) erhielt er seit diesem Zeitpunkt für seine zusätzliche Tätigkeit als Leiter des Bereiches Hauswirtschaft eine Zulage von 700,00 € brutto/Monat. Letztere Funktion bzw. die Wirksamkeit deren Entziehung – der entsprechenden Gehaltszulage – durch die Beklagte ist Gegenstand eines weiteren, bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden ausgesetzten, Rechtsstreits der Parteien. Eine vorausgegangene außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 15.11.2010 sowie eine hilfsweise ordentliche Kündigung vom 03.12.2010 – beide offensichtlich auf die nämlichen Vorwürfe wie die hier streitgegenständliche gestützt - wurden durch Endurteil des Arbeitsgerichtes Passau vom 12.07.2011 aus Gründen nicht ordnungsgemäßer Vertretung der Beklagten hierbei – nach Rücknahme der von der Beklagten hiergegen zunächst eingelegten Berufung: rechtskräftig – als rechtsunwirksam erkannt.

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die, zunächst hilfsweise ausgesprochene, weitere ordentliche Arbeitgeberkündigung der Beklagten mit Schreiben vom 26.08.2011, dem Kläger zugegangen am 30.08.2011, zum 31.03.2012 (Bl. 13 d. A.). Die-

se Kündigung stützt die Beklagte auf den Vorwurf, dass der Kläger in der Klinik P. ab dem Jahr 2007 ein rechtswidriges Abrechnungsverfahren für Stoma-Hilfsmittel zum Nachteil der gesetzlichen Krankenversicherung eingeführt bzw. zumindest aufrecht erhalten bzw. jedenfalls zu verantworten gehabt habe – ausgehend davon, dass regelmäßig einige der von der Beklagten im Rahmen von Rehabilitationsmaßnahmen in dieser Klinik behandelten Patienten dauerhaft oder vorübergehend einen künstlichen Darmausgang an der Bauchdecke (ein sog. „Stoma“) haben, für deren medizinische Versorgung sog. Stoma-Hilfsmittel („Stomabeutel“: Produkt zur Befestigung der Beutel auf der Haut, entsprechende Hautpflegemittel etc.) benötigt werden. Die Kosten für die Beschaffung dieser Hilfsmittel sind nach Vortrag der Beklagten Bestandteil der von ihr selbst zu tragenden Kosten der jeweiligen Rehabilitationsmaßnahmen, die deshalb nicht über Kassenrezepte abgerechnet werden könnten – was letzteres der Kläger veranlasst bzw. zu verantworten habe. Demgegenüber bestreitet dieser, jedenfalls verantwortlich dafür gewesen zu sein, dass Stoma-Hilfsmittel über Kassenrezepte mit den gesetzlichen Krankenkassen abgerechnet worden seien, auch unter Berufung darauf, dass, wenn überhaupt, die entsprechenden Ärzte, die die Rezepte unterzeichnet hätten, hierfür verantwortlich gewesen wären – deshalb eine Kündigung aus diesem Grund zumal ohne vorherige Abmahnung keinesfalls sozial gerechtfertigt wäre.

Wegen des unstreitigen Sachverhalts im Übrigen und des streitigen Vorbringens sowie der Anträge der Parteien im ersten Rechtszug wird auf den ausführlichen Tatbestand des angefochtenen Endurteils des Arbeitsgerichtes Passau vom 09.08.2013, das den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 09.12.2013 und dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 10.12.2013 zugestellt wurde, Bezug genommen, mit dem dieses nach umfangreicher Beweisaufnahme durch Einvernahme von insgesamt neun Zeugen der Kündigungsschutzklage stattgegeben hat, jedoch auf den Hilfsantrag der Beklagten das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufgelöst – den Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers damit zurückgewiesen – hat. Zur Begründung hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass die Kündigung der Beklagten zunächst nicht an einer fehlerhaften Beteiligung der Personalvertretung scheitere – den entsprechenden Unterrichtungspflichten gegenüber dem hier zuständigen Gesamtpersonalrat nach den einschlägigen Vorschriften des Bayerischen Personalvertretungsgesetzes habe das 15-seitige Informationsschreiben der Beklagten vom 01.08.2011, nebst umfangreicher Anlagen, genügt, da

dieses die Beweggründe der Beklagten zum Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigung ausführlich wiedergegeben habe; das vom Kläger gerügte Fehlen weitergehender Informationen sei im Hinblick auf den hierbei geltenden Grundsatz der subjektiven Determination unerheblich. Die Kündigung der Beklagten sei sozial ungerechtfertigt, da zwar, selbst bei fehlender Zuständigkeit des Klägers hierfür, eine tatsächlich erfolgte Einführung eines Abrechnungssystems bzw. die Aufrechterhaltung eines solchen nach vorausgegangener Mitwirkung bei dessen Einführung in Kenntnis dessen Rechtswidrigkeit eine Kündigung rechtfertigen könnte, die Beklagte jedoch nicht ausreichend darlegen und insbesondere beweisen habe können, dass der Kläger in Kenntnis dessen Rechtswidrigkeit ein von der früheren Praxis abweichendes Abrechnungsverfahren für Stoma-Hilfsmittel eingeführt bzw. aufrecht erhalten habe. Die umfangreich durchgeführte Beweisaufnahme durch Einvernahme zahlreicher Zeugen, soweit deren Aussagen Glauben zu schenken gewesen sei, habe die entsprechenden Vorwürfe der Beklagten nicht bestätigt. Jedoch sei das Arbeitsverhältnis auf den Hilfsantrag der Beklagten zum Ablauf der Kündigungsfrist gegen Zahlung einer Abfindung von 50.000,- € - einem Betrag am oberen Ende des hier zur Verfügung stehenden Rahmens von zwölf Gehältern, unter Einbeziehung der streitigen Zulage für die Leitung des Bereiches Hauswirtschaft - deshalb aufzulösen, weil der Kläger in der mündlichen Verhandlung am 14.12.2012 im Rahmen der Erörterung einer gütlichen Einigung die Aussage getätigt habe, dass bei einer prozessualen Niederlage bzw. einer ggf. zu überprüfenden Versetzung durch die Beklagte sein Leben keinen Sinn mehr habe. Angesichts dieser Äußerung könne sich das Arbeitsgericht des Eindrucks nicht erwehren, dass der Kläger damit die rationale, sachliche, Ebene des Rechtsstreits verlassen habe und zeige, dass er anscheinend außer Stande sei zu abstrahieren und den Ausgang eines Rechtsstreits und seine Tätigkeit als Pflegedienstleiter in dieser Klinik einerseits von seinem Lebenssinn andererseits zu trennen, was zu einer ins Irrationale verkehrten Anschauung der Berufsausübung führe. Dies lasse den Kläger als ungeeignet erscheinen, eine Führungsposition wie diejenige des Pflegedienstleiters und gleichzeitig Mitglieds der Klinikleitung auszuüben. Dem Kläger gehe es anscheinend nicht mehr allein um die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung, sondern um die Klärung seiner Unschuld. Auch unter Berücksichtigung der notwendig strengen Anforderungen an einen Auflösungsantrag, andererseits jedoch seiner Position und seiner Vertrauensstellung, sei eine betriebsdienliche weitere Zusammenarbeit nicht zu erwarten - zumal diese Äußerung auch dazu führen müsse, dass die Beklagte jegliche Ausübung ihres Direktionsrechtes

über das erforderliche Maß zu überdenken und mehr als die berechtigten Interessen des Klägers hierbei in den Abwägungsprozess einzustellen hätte; dies würde zu einem fortwährenden Dilemma für die Beklagte führen, wenn es um Entscheidungen gehe, die den Kläger in irgendeiner Weise tangierten. Damit sei der Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers unbegründet.

Hiergegen richten sich die Berufung des Klägers hinsichtlich der Entscheidung des Arbeitsgerichts zum Auflösungsantrag der Beklagten mit Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 22.10.2013, am 23.10.2013 beim Landesarbeitsgericht München eingegangen, sowie die Anschlussberufung der Beklagten hinsichtlich der Entscheidung zur fehlenden sozialen Rechtfertigung der Kündigung mit, am selben Tag zunächst per Telefax beim Landesarbeitsgericht München eingegangenem, Schriftsatz vom 14.02.2014, nach auf ihren Antrag bis zu diesem Termin erfolgter Verlängerung der Berufungsbeantwortungsfrist. Der Kläger hat seine Berufung nach auf seinen Antrag bis 20.12.2013 verlängerter Berufungsbegründungsfrist mit, am 11.12.2013 eingegangenem, Schriftsatz vom 10.12.2013 damit begründet, dass die Vertreter der Beklagten in der mündlichen Verhandlung am 14.12.2012, die eigens zur Herbeiführung einer gütlichen Einigung angesetzt worden sei, deutlich gemacht hätten, dass bei einem Prozessvergleich mit dem Kläger seine Weiterbeschäftigung als Pflegedienstleiter nicht in Betracht komme und er nur als einfache Pflegekraft eingesetzt werden könne, wobei fraglich sei, wo dies der Fall sein könne. Im Zusammenhang mit Nachfragen des Vorsitzenden zu Vorstellungen des Klägers hinsichtlich einer Weiterbeschäftigung sei dieser davon ausgegangen, dass sein Anspruch auf Arbeitslosengeld zum 30.03.2013 erschöpft und er dann nicht mehr kranken- und pflegeversichert sein werde, wobei dies auch die Krankenversicherung für seine Ehefrau und seine drei Kinder umfasst hätte. Die von ihm in diesem Zusammenhang sodann getätigte Äußerung, auf die das Arbeitsgericht seine Entscheidung zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäß Antrag der Beklagten gestützt habe, sei unter Berücksichtigung der Zielrichtung des Kündigungsschutzgesetzes zu sehen, das ein Bestandschutzgesetz sei und eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur ausnahmsweise möglich mache, zumal an die Auflösungsgründe strenge Anforderungen zu stellen seien. Gerade Erklärungen in laufenden Gerichtsverfahren könnten durch ein berechtigtes Interesse des Arbeitnehmers gedeckt sein. Auch seien die in der mündlichen Verhandlung am 14.12.2012 anwesenden ehrenamtlichen Richter bei der endgültigen Entscheidungsfindung nicht be-

teiligt gewesen, weshalb nicht deren persönliche Eindrücke aus der dortigen Verhandlung in die Entscheidungsfindung eingeflossen seien. In seinem Urteil hierzu sei das Arbeitsgericht auf das Verhalten des Klägers in der mündlichen Verhandlung am 14.12.2012 lediglich abstrakt eingegangen und habe keinerlei konkrete Verhaltensweisen oder weitere Äußerungen des Klägers genannt, die er gezeigt oder getätigt haben sollte. Das Arbeitsgericht spekuliere lediglich, welche Beweggründe der Kläger möglicherweise gehabt habe, ohne greifbare Tatsachen zu nennen, und stelle lediglich hypothetische Vermutungen ohne objektive Umstände und ohne Belege durch Tatsachen an, die vom Gericht bei der Bewertung der Zukunftsprognose nicht herangezogen werden dürften. Die Äußerung des Klägers am 14.12.2012 sei isoliert zu bewerten. Auch sei das Arbeitsgericht nicht auf die persönliche Gefühlslage des Klägers in der dortigen Situation eingegangen. Dieser habe sich zu diesem Zeitpunkt seit mehr als zwei Jahren in einem beruflichen Schwebestand befunden, da er seit der früheren Kündigung vom 15.11.2012 bei der Beklagten nicht mehr gearbeitet, sondern trotz des durch das dortige Urteil vom 12.07.2011 erstrittenen Weiterbeschäftigungsanspruches auch danach Urlaub und Überstunden eingebracht habe. Er habe im Verfahren an seine Familie und deren Versorgung denken müssen, weshalb die mündlichen Verhandlungen vor dem Arbeitsgericht Passau für ihn stets mit erheblicher Nervosität und persönlicher Anspannung verbunden gewesen seien. Er habe eine interne Fortbildung bei der Beklagten absolviert, die von anderen Arbeitgebern nicht anerkannt würde. Er habe sich deshalb am 14.12.2012 in einer extremen Stresssituation befunden und es dort nicht mehr ertragen können, dass immer wieder eine Erörterung hypothetischer Möglichkeiten erfolgt sei. Er habe deshalb vielleicht eine unglückliche Formulierung gewählt, damit aber deutlich machen wollen, dass es für ihn ausschließlich um den Bestand des Arbeitsplatzes gehe und er etwaige hypothetische Überlegungen, was zum Beispiel eine Versetzung betreffe, beenden wolle. Er habe keinesfalls den Ausgang des Rechtsstreits mit seinem Lebenssinn verknüpfen wollen. Eine Differenzierung zu seiner beruflichen Position bei der Beklagten sei ihm sehr wohl möglich. Es sei der Eindruck entstanden, dass das Arbeitsgericht seine Auffassung auch damit begründe, weil der Kläger entgegen den üblichen Ausgängen in Kündigungsschutzverfahren diesen Rechtsstreit nicht durch Vergleich beenden habe wollen und deshalb wiederholte Vergleichsvorschläge, bei denen zum Teil hohe Abfindungssummen im Raume gestanden hätten, abgelehnt habe. Das Arbeitsgericht habe keinerlei Gründe genannt, weshalb der Rückschluss zu ziehen wäre, dass er nicht die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Kün-

digung, sondern die Klärung seiner Unschuld in den Vordergrund gestellt hätte. Die Einschätzung des Arbeitsgerichts über seine fehlende Eignung einer Tätigkeit des Klägers als Pflegedienstleiters sei unzutreffend und verfehlt. Deshalb reichten diese Aussage sowie das von der Beklagten und der Kammer des Arbeitsgerichtes interpretierte Verhalten des Klägers dort nicht aus, um eine negative Zukunftsprognose zu begründen. Damit seien der Auflösungsantrag der Beklagten zurückzuweisen und deshalb der Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers begründet.

Der Kläger beantragt:

- 1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Passau vom 09.08.2013, Az.: 3 Ca 393/12, wird in Ziff. 2, 3 und 4 des Tenors aufgehoben.**
- 2. Der Antrag der Beklagten auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses wird zurückgewiesen.**
- 3. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens entsprechend dem Arbeitsvertrag vom 17.12.1997/05.01.1998, zuletzt geändert durch die Vereinbarung vom 17.08.2007, zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Pflegedienstleiter in der Klinik in P. weiter zu beschäftigen.**

Die Beklagte beantragt zu ihrer Anschlussberufung und zur Berufung des Klägers:

- I. Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.**
- II. Auf die Anschlussberufung der Beklagten hin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Passau vom 09.08.2013 (Az 3 Ca 393/12) abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.**

Der Kläger beantragt zur Anschlussberufung der Beklagten:

**Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts  
Passau vom 09.08.2013, Az.: 3 Ca 393/12, wird zurückgewiesen.**

Die Beklagte trägt zur Begründung ihrer eigenen Anschlussberufung sowie zur Berufung des Klägers hinsichtlich der Auflösungsentscheidung vor, dass eine zutreffende Würdigung sämtlicher hier vorliegender Indizien und Beweise zum Ergebnis führe, dass der Kläger ein unzulässiges Abrechnungssystem hinsichtlich der Stoma-Hilfsmittel eingeführt und dies gewusst bzw. in Kenntnis dessen Unzulässigkeit dieses Abrechnungssystem fortgeführt bzw. zumindest dies nicht einzustellen versucht habe. Dies mache eine Weiterbeschäftigung des Klägers für die Beklagte unzumutbar. Das Arbeitsgericht habe zutreffend erkannt, dass die Beteiligung der Personalvertretung vor Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigung ordnungsgemäß erfolgt gewesen sei. In der Sache hätte das Arbeitsgericht zunächst nicht offen lassen dürfen, ob der Kläger für die Beschaffung von Stoma-Hilfsmitteln überhaupt zuständig gewesen sei. Hierüber habe das Arbeitsgericht, obgleich streitig, keinen Beweis erhoben, obwohl das konkret vorwerfbare Verhalten des Klägers hierbei mehr als sechs Jahre zurückliege und der Beweis insgesamt und im Ergebnis nur aus dem Zusammentragen einer Vielzahl von vorhandenen Indizien geführt werden könne. Seine Zuständigkeit für die Beschaffung der Stoma-Hilfsmittel, die Stoma-Versorgung, folge bereits aus seiner Dienstpostenbeschreibung, die auf ihn ab 01.10.2005, ab welchem Zeitpunkt er leitender Krankenpfleger gewesen sei, unmittelbar Anwendung gefunden habe. Der Kläger habe sich auch selbst als zuständig für die Hilfsmittelbeschaffung angesehen und sich hierum gekümmert. Bis 31.12.2006 habe die Klinik, d. h. der zuständige Pflegedienstleiter - also der Kläger -, die benötigten Stoma-Produkte beim damaligen Vertragspartner bestellt und dabei gewusst, dass deren Kosten bis dahin von der Klinik getragen worden seien. Er habe vor dem Arbeitsgericht selbst bestätigt, die vertraglichen Konditionen über die Beschaffung der Stoma-Artikel ausgehandelt zu haben. Seine Zuständigkeit für die Beschaffung der Stoma-Artikel sei ein gewichtiges Indiz für die Tatsache, dass er das unzulässige Abrechnungssystem eingeführt habe. Bei seinen Erwägungen und Würdigung der Zeugenaussagen habe das Arbeitsgericht die von der Beklagten vorgelegten Gesprächsprotokolle und anderen Urkunden außer Betracht gelassen. Soweit einzelne Zeugen, die das Arbeitsgericht vernommen habe, die Zuständigkeit des Klägers bzw. seine Kenntnis der Ausstellung von Kassenrezepten ab 2007 hinsichtlich Stoma-Hilfsmittel nicht bestätigt hätten, seien diese unglaubwürdig, de-

ren Aussagen unglaubhaft, diese zum Teil auch im Verhältnis zueinander widersprüchlich. Dies ergebe sich ebenfalls aus den von den Zeugen H. und W. protokollierten Einlassungen des Klägers im Anhörungsgespräch mit diesem am 19.10.2010. Auch aus anderen Aussagen vernommener Zeugen folge die Verantwortlichkeit des Klägers für diese Vorwürfe. Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts und seiner Beweiswürdigung seien die einschlägigen Aussagen des Zeugen Bö. – des Verwaltungsleiters der Klinik und als kaufmännischen Direktors ebenfalls Mitglieds der Klinikleitung – glaubhaft gewesen. Die vom Arbeitsgericht gewürdigte Aussage der Zeugin B. sei im Hinblick auf die von dieser abgegebenen eidesstattlichen Versicherung, die einen wenigstens missverständlichen, wenn nicht gar falschen Inhalt habe, unglaubhaft – wenngleich es auf die Glaubwürdigkeit dieser Zeugin letztlich nicht ankomme. Die vom Arbeitsgericht trotz Ladung unterlassene Vernehmung der weiteren Zeugin H. sei nachzuholen. Auch der Verweis des Arbeitsgerichts auf die fehlende Kenntnis des Klägers von der Rechtswidrigkeit des Abrechnungsverfahrens für Stoma-Hilfsmittel und auf die Verantwortlichkeit der die Kassenrezepte zeichnenden Ärzte sei unzutreffend, da derjenige, der für die Hilfsmittelbeschaffung zuständig sei, auch über die Zulässigkeit der Beschaffungspraktiken Kenntnis habe. Der Kläger habe den Inhalt des früheren Vertrages mit der Firma A. gekannt, über die die Stoma-Artikel bis 31.12.2006 auf Kosten der Beklagten beschafft worden seien. Eine tatsächliche Erstattung von solchen Rezepten durch die Krankenkassen sei irrelevant. Gleiches gelte für die Unterzeichnung der Kassenrezepte durch die Ärzte: Diese hätten eine Vielzahl von verschiedenen Rezepten zu unterzeichnen, weshalb in der täglichen Praxis oftmals die Prüfung durch die Ärzte unterbleibe. Diese müssten sich auf die einzelnen Pflegekräfte hinsichtlich der Ordnungsgemäßheit der ihnen zur Unterschrift vorgelegten Rezepte verlassen können. Jedenfalls, spätestens, habe der Kläger bei den Gesprächen mit der Firma Z. im Jahr 2010 von der Unzulässigkeit des praktizierten Abrechnungssystems bei den Stoma-Hilfsmitteln gewusst. Damit sei der Kündigungsvorwurf als erwiesen anzusehen. Dies stelle an sich einen wichtigen Grund bereits zu einer außerordentlichen Kündigung des Anstellungsverhältnisses dar, ohne dass eine Abmahnung erforderlich gewesen wäre, nachdem es sich um ein systematisches Vorgehen des Klägers mit Schädigung der gesetzlichen Krankenversicherung gehandelt habe und zu berücksichtigen sei, dass dieser Mitglied der Leitung dieser Klinik und damit in herausgehobener Position tätig gewesen sei. Auch die Interessenabwägung gehe zu Lasten des Klägers, da er das unrechtmäßige Abrechnungsverfahren selbst initiiert und über einen langen Zeitraum auf-

recht erhalten habe, wobei auch hier seine Stellung als Mitglied der Klinikleitung zu berücksichtigen sei. Hinsichtlich seiner eigenen Berufung zur Auflösungsentscheidung des Arbeitsgerichts versuche der Kläger erfolglos die Bedeutung seiner hierauf gestützten Aussage, dass sein Leben keinen Sinn mehr habe, zu negieren. Eine Kritik des Klägers an der Länge des vorliegenden Verfahrens verbiete sich, da das hierfür auch ursächliche Verhalten seines Prozessbevollmächtigten ihm zuzurechnen sei. Er habe überdies niemals darauf hingewiesen, dass eine gütliche Einigung für ihn generell nicht in Betracht käme. Seine nunmehr geäußerte angebliche Befürchtung in der mündlichen Verhandlung am 14.12.2012, bei Ablauf seines Anspruchs auf Arbeitslosengeld I, keine Kranken- oder Pflegeversicherung mehr zu haben, sei gänzlich unbegründet gewesen, da er danach Arbeitslosengeld II erhalten hätte können, was nach der gesetzlichen Regelung solche Versicherungsansprüche begründe. Seine Behauptung, dass die mündlichen Verhandlungen für ihn stets mit erheblicher Nervosität und persönlicher Anspannung verbunden gewesen seien, werde dadurch widerlegt, dass der Prozessbevollmächtigte der Beklagten im Vorfeld der dortigen Verhandlung vom 14.12.2012 mit dem Kläger in der Wartezeit vor dem Sitzungssaal Smalltalk geübt habe – ohne dass der Kläger den Eindruck besonderer Nervosität oder Anspannung gezeigt habe. Nach umfangreicher Erörterung von Weiterbeschäftigungsalternativen habe der Kläger dort auf die Frage des Vorsitzenden, was er im Falle einer Niederlage tun werde, geantwortet: „Dann hat mein Leben keinen Sinn mehr“, woraufhin er in Tränen ausgebrochen sei und den Verhandlungssaal verlassen habe. Auch seine nunmehrigen Ausführungen hierzu zeigten, dass er weit mehr vom Verfahren erwarte als dies möglich sei. Ihm gehe es um „Schuld“ und „Unschuld“, um Recht haben und Recht bekommen – was eine weitere betriebsdienliche Zusammenarbeit der Parteien ausschließe. Das Kündigungsschutzverfahren habe sich im Laufe der Zeit für den Kläger von der sachlichen Ebene entfernt und stattdessen eine für ihn irrational gesteigerte Bedeutung angenommen. Bei der Gewichtung der Auflösungsgründe sei wiederum seine herausgehobene Vertrauensstellung zu berücksichtigen, selbst wenn er nicht leitender Angestellter im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG wäre, wie anzunehmen. Als Pflegedienstleiter sei er Mitglied der Klinikleitung und für die Entscheidung über die Auswahl und den Einsatz des dem Kläger unterstellten Personals zuständig, ebenso für die dienstlichen Beurteilungen und Zeugnisse dieses Personenkreises. Auch habe das Verwaltungsgericht München in einem anderen Verfahren aufgrund der hohen Personalverantwortung des Klägers festgestellt, dass durch Inkrafttreten der Betriebsordnung seine Mitgliedschaft

im örtlichen Personalrat erloschen sei, weil er in die Stelle eines Dienststellenleiters eingerückt sei. Selbst wenn es – wie nicht – überhaupt auf Auflösungsgründe ankommen sollte, wären diese jedenfalls gegeben und die Berufung des Klägers hinsichtlich des Auflösungsantrages zurückzuweisen.

Der Kläger führt zur Anschlussberufung der Beklagten aus, dass die ordentliche Kündigung der Beklagten bereits an einer fehlerhaften Beteiligung des zuständigen Personalrats scheitere, da zum einen notwendig gewesen wäre, dass die Beklagte auch die Befragung der anderen Mitarbeiter und deren Ergebnisse dem Personalrat mitgeteilt hätte. Ebenso sei im Anhörungsschreiben eine falsche Tatsache wiedergegeben, die maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidung des Gesamtpersonalrates haben hätte können, als ihm dort vorgeworfen werde, ein bestimmtes Verfahren praktiziert zu haben, ohne dass dabei Erwähnung gefunden habe, dass ein solches Verfahren möglicherweise auch in anderen Kliniken bei anderen Hilfsmitteln stattgefunden habe, insbesondere bei den sogenannten TENS-Geräten, wo ebenfalls entsprechende Rezepte zur Einreichung bei den Krankenkassen ausgestellt worden seien. In der Sache habe das Arbeitsgericht hinsichtlich der Annahme der fehlenden sozialen Rechtfertigung der Kündigung richtig entschieden, da eine ausreichende Sachverhaltsaufklärung durch Einvernahme von insgesamt neun Zeugen erfolgt sei. Die Annahme seiner Verantwortlichkeit für die Rezeptausstellung für die Stoma-Hilfsmittel sei nicht erwiesen. Das Arbeitsgericht habe bereits das Fehlen der objektiven Umstände für ein Fehlverhalten des Klägers festgestellt, weshalb es auf die Frage seiner Kenntnis von der Unzulässigkeit des Abrechnungsverfahrens nicht mehr angekommen sei. Die Verantwortlichkeit für die Rezeptschreibung habe bei den Ärzten gelegen, wie auch durch Zeugenaussagen bestätigt worden sei. Die Pflegedienstleitung der Klinik und damit der Kläger hätten zu keinem Zeitpunkt selbst eine Bestellung der Stoma-Hilfsmittel vorgenommen – diese seien von einer externen Stoma-Fachkraft bestellt worden. Die Möglichkeit der Einrichtung des Verfahrens ohne Beteiligung des Klägers werde ebenso wenig ausreichend berücksichtigt wie die Frage der Verantwortlichkeit der Ärzte, insbesondere des Chefarztes, die die Rezepte unterschrieben hätten. Da die Beklagte sich bewusst für eine Tatündigung, nicht für eine Verdachtskündigung, entschieden habe, seien Indizien allein für die Begründung der Wirksamkeit der Kündigung nicht ausreichend. Diese ergebe sich weder aus der von der Beklagten angezogenen Dienstpostenbeschreibung – die ihm nicht ausgehändigt worden sei – noch aus sei-

ner Beförderung zum leitenden Krankenpfleger zum 01.10.2005. Die kaufmännische Verantwortlichkeit habe auch dann unverändert bei der damaligen Klinikleitung - dem Chefarzt und ärztlichen Direktor Dr. T. und dem Verwaltungsleiter Bö. - gelegen. Das Arbeitsgericht habe die protokollierten Aussagen der Zeugen in seinem Urteil ausführlich und überzeugend gewürdigt. Es habe die Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen Bö., des Verwaltungsleiters der Klinik, zu Recht infragegestellt. Auch aus den anderen Aussagen ergebe sich keine Verantwortlichkeit des Klägers für die Beschaffung der Stoma-Hilfsmittel – er sei lediglich der Bote gewesen, der die Entscheidung der Klinikleitung etwa an die Zeugin K. weitergegeben habe. Das Arbeitsgericht habe weiter berücksichtigt, dass die Zeugen W. und H. nur mittelbare Aussagen zum Sachverhalt machen hätten können, ohne dass sie direkte Wahrnehmungen bekunden hätten können. Diese hätten lediglich das Anhörungsgespräch mit dem Kläger am 19.10.2010 geführt und nur über dessen Inhalt und seine Einlassungen hierzu aussagen können. Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichtes sei eine erneute Anhörung der vernommenen Zeugen durch das Berufungsgericht nicht erforderlich. Im Übrigen habe er bereits erstinstanzlich ausgeführt, dass seine ordnungsgemäße Anhörung durch die Beklagte Voraussetzung der Kündigung gewesen wäre, weshalb diese bereits aus diesem Grund rechtsunwirksam sei. Auch wäre eine Abmahnung erforderlich gewesen, wie unstreitig nicht erfolgt. Entgegen der nunmehrigen Ansicht der Beklagten habe er keine Kritik an der Länge dieses Verfahrens geäußert. Für ihn habe sich es so dargestellt, dass das Verfahren unnötig in die Länge gezogen worden sei, was für ihn emotionalen und finanziellen Druck begründet habe. In der mündlichen Verhandlung am 14.12.2012 sei seitens der Beklagten konkret erklärt worden, dass eine Tätigkeit des Klägers als Pflegedienstleiter nicht mehr in Betracht komme und er „zurück ins Glied“ müsse. Zwar habe er nach seiner entsprechenden Äußerung in dieser Verhandlung geweint, von einem „Weinkrampf“, wie von der Beklagten nunmehr dramatisiert dargestellt, könne jedoch nicht gesprochen werden. Ihm sei es auch nie um „Schuld“ und „Unschuld“ gegangen. Dass er nicht leitender Angestellter im Sinne des § 14 Abs. 2 KSchG gewesen sei, sei bereits erstinstanzlich ausführlich dargestellt worden.

Wegen des Vorbringens der Parteien im zweiten Rechtszug zu ihrer Berufung bzw. Anschlussberufung im Übrigen wird auf den Inhalt der Schriftsätze vom 10.12.2013, vom 14.02.2014 und vom 25.02.2014 sowie auf ihre ergänzenden Einlassungen im Rahmen ihrer Parteianhörung in der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren gemäß

der entsprechenden Feststellungen in der Sitzungsniederschrift vom 17.04.2014 (Bl. 1009 f d. A.) Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Berufung des Klägers hat, anders als die Anschlussberufung der Beklagten, in der Sache in überwiegendem Umfang Erfolg.

### **I.**

Die gem. § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung des Klägers ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und daher zulässig (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

Die Anschlussberufung der Beklagten ist ebenfalls statthaft (§§ 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 524 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und form- und fristgerecht eingelegt und gleichzeitig begründet worden (§ 524 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 i. V. m. §§ 519, 520 ZPO) und deshalb zulässig.

### **II.**

Die Anschlussberufung der Beklagten ist unbegründet (dazu 1.), die Hauptberufung des Klägers dagegen weitgehend begründet (dazu 2.); damit ist auch sein Weiterbeschäftigungsantrag im Wesentlichen begründet (dazu 3.).

1. Die Anschlussberufung der Beklagten - die im Hinblick auf die für die Auflösungsentscheidung des Arbeitsgerichts als Gegenstand der (Haupt-)Berufung des Klägers vorrangige Frage der Wirksamkeit ihrer Kündigung vom 26.08.2011 zum 31.03.2012 zunächst geprüft werden soll - ist unbegründet. Diese Kündigung ist, wie das Arbeitsgericht im Ergebnis zutreffend und mit ausführlicher und überzeugender Begründung entschieden hat - worauf zunächst in vollem Umfang Bezug genommen wird (§ 69 Abs. 2 ArbGG) -, jedenfalls sozial ungerechtfertigt und damit unwirksam (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG).

**a)** Eine Kündigung ist - wie bereits das Arbeitsgericht im Ansatz zutreffend ausgeführt hat - aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers gem. § 1 Abs. 2 Satz 1 (Alt. 2) KSchG als ordentliche (Tat-)Kündigung, wie hier mit Schreiben der Beklagten vom 26.08.2011 zunächst hilfsweise erklärt, sozial gerechtfertigt, wenn dieser seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat, das Arbeitsverhältnis dadurch auch künftig konkret beeinträchtigt wird, weil eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten ist, eine zumutbare Möglichkeit einer anderen, weitere Störungen zuverlässig ausschließenden Beschäftigung nicht besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses bei Abwägung der Interessen beider Parteien insgesamt angemessen erscheint. Dann kann dem Risiko künftiger Störungen nur durch eine, fristgemäße, Beendigung des Arbeitsverhältnisses begegnet werden. Dies ist nicht der Fall, wenn mildere Mittel und Reaktionen seitens des Arbeitgebers geeignet gewesen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue zu bewirken. Beruht die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass bereits durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses sein künftiges Verhalten positiv beeinflusst werden kann (vgl. näher zuletzt etwa BAG, U. v. 11.07.2013, 2 AZR 994/12, NZA 2014, S. 250 f - Rz. 20 -; BAG, U. v. 21.06.2012, 2 AZR 153/11, NZA 2012, S. 1025 f - Rzn. 14 f -; BAG, U. v. 19.04.2012, 2 AZR 156/11, NZA 2012, S. 1274 f - Rzn. 14 f -; BAG, U. v. 03.11.2011, 2 AZR 748/10, NZA 2012, S. 607 f - Rz. 20).

**b)** Hiernach erweist sich die, zunächst hilfsweise erklärte und nunmehr vorliegend streitgegenständliche, ordentliche Kündigung der Beklagten vom 26.08.2011 zum 31.03.2012 in mehrfacher Hinsicht nicht als aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG).

**aa)** Die Berufungskammer vermag bereits einen ausreichenden Tatvorwurf hinsichtlich eines möglichen Kündigungsgrundes nicht so recht zu erkennen:

Das ebenso wortreiche wie letztlich substanzarme Vorbringen der Beklagten hierzu ist im Wesentlichen darauf fokussiert, dass der Kläger ein rechtswidriges Rezept-Abrechnungsverfahren für Stoma-Hilfsmittel zum Nachteil der gesetzlichen Krankenkas-

sen eingeführt bzw. aufrecht erhalten oder jedenfalls zu verantworten habe.

Auch unter Zugrundelegung – Wahrunterstellung – der Verbindlichkeit der von der Beklagten vorgelegten „Dienstpostenbeschreibung“ (Stellenbeschreibung, Anl. B 2, Bl. 169 d. A.) – deren Kenntnis/Aushändigung und vertragliche Geltung der Kläger grundsätzlich bestreitet, wofür nur die Aussage des Zeugen Bö. vorliegt, die das Arbeitsgericht allerdings mit nachvollziehbarer Begründung als wenig glaubhaft beurteilt hat (dazu unten) – als Vorgabe/Maßstab für die arbeitsvertraglichen Pflichten des Klägers wäre dieser im Rahmen der dort fixierten „Fachaufgaben“ neben der festgelegten Überwachung der Arzneimittelbestände und des medizinischen Sachbedarfs auf Station nur für die „Bestellung des medizinischen Sachbedarfs im Zentrallager“ – also im Ergebnis die interne Sicherstellung des Vorhandenseins dieser Bedarfsartikel durch kontinuierliche Bestellung im Zentrallager, ersichtlich desjenigen der Beklagten – und die „Bestellung der Arzneimittel bei der Lieferapotheke“ zuständig gewesen. Damit waren jedoch keine eigenständigen Kompetenzen und Verantwortlichkeiten des Klägers bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Bestellwesens/-verfahrens – etwa hinsichtlich autonomer Entscheidungen über die Art und den konkreten Lieferanten des „medizinischen Sachbedarfs“ und die Bestellung der „Arzneimittel“, geschweige denn inhaltliche Entscheidungen über pharmakologische Fragen (etwa: Medizinprodukte/-spezifikationen, Hersteller, Ersetzung durch Generica) und die Medikation – verbunden gewesen – konnten noch nicht verbunden sein: Der Kläger ist „schlichter“ Krankenpfleger (welche Tätigkeit, auf Station, ausdrücklich ebenfalls zu seinen in dieser „Dienstpostenbeschreibung“ festgelegten Fachaufgaben gehörte: Ziff. 2.7 dort) und verfügt lediglich über eine (interne?) „Schmalspur“-Weiterbildung zu einer ersten Führungsfunktion, schon damit über keinerlei eigenständige medizinische Entscheidungskompetenz. Deshalb konnten solche Aufgabenstellungen, allenfalls, in der technischen Bedarfsvervollständigung, der rein formalen Sicherstellung der notwendigen medizinischen Bedarfsmittel-„Infrastruktur“ auf den Stationen, der Logistik des Sachbedarf-Nachschubs bestehen.

In diesem Rahmen, vor diesem Hintergrund, konnte sich der Vorwurf, die Stoma-Hilfsmittel seien per Kassenrezept und damit zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen – nicht über die Beklagte als Trägerin dieser Klinik und gleichzeitig der Rehamaßnahmen, die eigentlich auch insoweit leistungspflichtig gewesen wäre – abgerechnet worden, allen-

falls auf ein technisches Rezeptvorbereitungsverfahren erstrecken: Die Rezepte – auch solche für Stoma-Hilfsmittel – stellt im Rahmen seiner aus Rechtsgründen allein ihm vorbehaltenen medizinischen Verordnungscompetenz (qua seiner Diagnose-/Therapieautonomie) bekanntlich allein der Arzt aus. Dieser verordnet damit auch solche Stoma-Hilfsmittel. Werden Arznei-/Hilfsmittel-Rezepte durch medizinisches Hilfspersonal vorbereitet – wie dies in der Praxis niedergelassener Ärzte, aber auch im Klinikalltag durchaus vorkommt -, handelt es sich hierbei um formale technische Hilfestellungsmaßnahmen wie das Vorfüllen von Rezepten – die Verantwortung für die Rezeptierung als solche, für die Verordnung, die Medikation, die Dosierung, den Hersteller etc. hat selbstverständlich allein der Arzt – diesen auf seine Verlässlichkeit des medizinischen Hilfspersonals bei Schreib-Arbeiten, die er nicht immer kontrollieren könne, verweisen zu wollen, entbehrt allerdings nicht einer gewissen satirischen Konnotation ...

Der nach allem und den Einzelfallumständen des vorliegenden Falles zu machende Vorwurf an den Kläger konnte damit allenfalls dahin gehen, dass er im Rahmen von solchen etwaigen Rezeptvorbereitungshandlungen des Pflegepersonals – für das er, hinsichtlich insbesondere genuin pflegerischer Tätigkeitsbereiche, als Pflegedienstleiter ggf. auch insoweit zuständig war (?) – die Verordnung/Unterschrift des Arztes nicht verhindert habe, er hinsichtlich hierbei etwa verordneter Stoma-Hilfsmittel und damit eigentlich die Beklagte selbst treffenden medizinischen Aufwands nicht verhindert/zu verhindern versucht habe, dass die Ärzte (ggf. „blind“ ...) derart vorbereitete Kassenrezepte unterzeichnet und damit externe Kostenträger belastet hätten (objektiv zu belasten versucht hätten, nachdem etwa die Zeugin Bauriedel und der Zeuge Sch. ausgesagt haben - vgl. nachstehend -, dass solche Kassenrezepte (mit einem Kostenvoranschlag) bei den Krankenkassen eingereicht worden seien, die später jeweils rückgemeldet hätten, ob bezahlt werde oder nicht).

Aufgrund dieser Umstände ist, selbst bei Wahrunterstellung des wesentlichen streitigen Vortrags der Beklagten hierzu und unter Außerachtlassung des Ergebnisses der Beweisaufnahme, ein virulenter Vorwurf gegenüber dem Kläger hinsichtlich einer von ihm initiierten oder veranlassten „Einführung“ oder jedenfalls Verantwortlichkeit für die Rezeptierung von eigentlich von der Beklagten selbst zu tragenden Stoma-Hilfsmitteln eigentlich nicht zu erheben – und schon gar nicht ohne das Vorliegen einer Abmahnung im Rechts-

sinne (vgl. dazu nachstehend cc).

Welchen Stellenwert die hier erkennbar dramatisiert erhobenen Vorwürfe einer, potenziellen, Schädigung der gesetzlichen Krankenkassen durch dieses Abrechnungsverfahren für die Beklagte überhaupt haben können, ergibt sich daraus, dass von ihr weder ein Strafermittlungsverfahren initiiert wurde noch sie sich – selbst zum jetzigen Stadium - zur Bezifferung eines solchen Rezeptierungsaufwands in der Lage sehen wollte - im Gegenteil hat sie sich noch in der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren im Rahmen ihrer dortigen Parteianhörung dahin eingelassen, dass sie - erst - kurz nach der Anhörung des Klägers am 19.10.2010 von sich aus auf die A. Bayern als diejenige Krankenkasse, bei der die Mehrzahl der in dieser Klinik behandelten Patienten krankenversichert sei, wegen der Abrechnung der Stoma-Hilfsmittel zugegangen sei, wonach auch die A. Bayern den Wert solcher Kassenrezepte der Klinik nicht beziffern habe können, da die Auszahlungsbelege bereits vernichtet gewesen seien. Deshalb solle – und soll sogar noch im April 2014! - mit der A. Bayern in Zukunft ein neues Verfahren zu einer etwaigen Abrechnung dieser Hilfsmittel gefunden werden, damit zusammenhängende Verhandlungen seien noch nicht abgeschlossen (!).

Spätestens hiernach müssen dieses Verfahren, und das Verhalten der Beklagten im Rahmen dieser Rechtsstreitigkeiten über eine Reihe von Jahren hinweg, durchaus denkwürdig anmuten ...

**bb)** Ungeachtet dessen hat auch die vom Arbeitsgericht umfangreich durchgeführte und umfassend, differenziert und individuell ausführlich gewürdigte Beweisaufnahme durch Einvernahme zahlreicher Zeugen einen solchen Tatvorwurf, der Kläger habe in der Klinik P. der Beklagten ein rechtswidriges Abrechnungsverfahren für Stoma-Hilfsmittel zum Nachteil der gesetzlichen Krankenversicherung eingeführt bzw. aufrecht erhalten bzw. zu verantworten (was Letzteres auch die weitergehende Frage eines individuellen, für diese verhaltensbedingte Kündigung regelmäßig erforderlichen, Verschuldens aufwerfen müsste), nicht erwiesen.

Das Arbeitsgericht hat hierbei überzeugend begründet ausgeführt, dass – unabhängig von einer Zuständigkeit des Klägers für die „Beschaffung“ von Stoma-Hilfsmitteln,

die nach vorstehenden Ausführungen von vornherein zu verneinen wäre (oben aa)) – die Beklagte nicht darlegen und unter Beweis stellen habe können, dass der Vorwurf berechtigt sei, der Kläger habe in Kenntnis dessen Rechtswidrigkeit ein von der früheren Praxis abweichendes Abrechnungsverfahren für Stoma-Hilfsmittel eingeführt bzw. aufrecht erhalten (bzw. zu verantworten gehabt). Das Arbeitsgericht hat hierbei auf die, jeweils ausführlich, in sich konsistent/stimmig und überzeugend individuell gewürdigten, Aussagen der Zeugin Ki. – der Kläger habe im Rahmen der Verhandlungen mit dieser Zeugin keine Vorschläge gemacht, sondern solche seien vielmehr von der Zeugin selbst gekommen –, des Zeugen Sch. – in dessen mit der Pflegedienstleitung geführten Gesprächen sei es um den Ort, die Art, die Häufigkeit der Beratung und den Produktumfang gegangen, dagegen sei mit dem Chefarzt Dr. T. über das Rezeptmanagement gesprochen worden – sowie die Bekundungen der Zeugen H. und W. – die von der Zentrale der Beklagten zum Gespräch mit dem Kläger am 19.10.2010 entsandt waren: diese konnten naturgemäß nur zu den Einlassungen des Klägers in diesem Gespräch am 19.10.2010 aussagen (wobei das diesbezügliche Protokoll hierzu - Anl. B 4, Bl. 176 - Bl. 178 d. A. -, das vom Zeugen W. erstellt war, lediglich – sofern unterzeichnet – eine Privaturkunde darstellt, dessen Inhalt von dessen Beweiskraft nicht erfasst ist (§ 416 ZPO), somit im Rahmen der freien richterlichen Beweismwürdigung (§ 286 ZPO) nur indiziell von Bedeutung für entsprechende beweis-/entscheidungserhebliche Sachverhalte wäre) - abgestellt. Das Arbeitsgericht hat hierzu, zusammengefasst, ausgeführt, dass nach Aussage des Zeugen H. – im Ergebnis ebenso der Aussage des Zeugen W. - zum Inhalt deren Personalgesprächs mit dem Kläger am 19.10.2010 dieser Fragen, ob er sich zu Kontaktaufnahme mit der Firma S. sowie zur Vorgehensweise mit den Rezepten eingelassen habe, dort nicht beantworten habe können (Zeuge H.).

Das Arbeitsgericht ist sonach sehr ausführlich und für die Berufungskammer in jeder Hinsicht überzeugend begründet zum Schluss gekommen, dass nach allem der Nachweis für die Kenntnis oder jedenfalls ein Kennenmüssen des Klägers hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des Abrechnungssystems nicht gelungen sei – nach dessen eigener Aussage sei dem Zeugen H., als „immerhin Mitglied der Abteilung Klinik“ der Beklagten, selbst die Unzulässigkeit eines solchen Abrechnungsverfahrens – Stoma-Hilfsmittel per Kassenrezept – zu diesem Zeitpunkt nicht bewusst gewesen (!).

Ebenso hat die vom Arbeitsgericht vernommene Zeugin Bauriedel bekundet, dass sie kein Gespräch mit dem Kläger zum Verfahren bei den Stoma-Hilfsmitteln geführt habe und ihr auch sonst betriebsintern keine Mitteilung/Kennntnis von einer Unzulässigkeit einer Abrechnung dieser Hilfsmittel über Kassenrezepte vermittelt worden sei. Ein anderslautender Inhalt in der von ihr unterzeichneten „eidesstattlichen Versicherung“ vom 11.01.2011 (Anl. K 14, Bl. 303 d. A.) – die nach ihrer Aussage von einem Anwalt der Beklagten verfasst worden sei (!) – ist gegenüber ihrer unmittelbaren förmlichen Aussage als Zeugin dagegen ohne wesentliche Bedeutung: Im vorliegenden Erkenntnisverfahren gilt das Streng-/Vollbeweisverfahren – weshalb „eidesstattliche Versicherungen“, als typische Mittel einer (bloßen) Glaubhaftmachung (§ 294 Abs. 1 ZPO), demgegenüber allenfalls Indizwirkung im Rahmen der Würdigung von Strengbeweismitteln nach den Grundsätzen des § 286 Abs. 1 ZPO entfalten können.

Im Ergebnis das Gleiche – keine Anweisung zur Ausstellung von Rezepten vom Kläger erhalten zu haben – ergibt sich aus der Aussage der Zeugin Ha.. Eine Einvernahme der weiter benannten Zeugin H. hat das Arbeitsgericht aus nachvollziehbaren Gründen – im Ergebnis Möglichkeit der Wahrunterstellung der durch die Aussage dieser Zeugin unter Beweis gestellten Behauptung der Beklagten – nachvollziehbar als entbehrlich angesehen.

Ebenso hat das Arbeitsgericht ausführlich und überzeugend begründet (erhebliche) Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen Bö. dargelegt und dies, neben einem erkennbaren gewissen Belastungseifer dieses Zeugen zum Nachteil des Klägers, vor allem damit begründet, dass die Kammer sich des Eindrucks nicht erwehren könne, dass dieser Zeuge sich der Tatsache bewusst sei, dass unter seiner eigenen Ägide als kaufmännischer Direktor dieser Klinik über Jahre hinweg ein rechtswidriges Abrechnungsverfahren praktiziert worden sei, und er nunmehr versuche, die Verantwortung hierfür insbesondere auf den Kläger als anderes Mitglied der Klinikleitung (damit als eine Art „Bauernopfer“) zu schieben.

Eine nochmalige Einvernahme der, oder eines Teils der, erstinstanzlich vernommenen Zeugen hielt das Berufungsgericht nicht für veranlasst. Das Arbeitsgericht hat die,

insgesamt neun, Zeugen nach ihren jeweils ausführlich protokollierten Aussagen jeweils sehr ausführlich, erschöpfend, vernommen – wobei die Parteien die Zeugen jeweils auch selbst befragen konnten, wie gemäß der jeweiligen Sitzungsprotokolle auch umfangreich geschehen – und deren Aussagen im angefochtenen Endurteil vom 09.08.2013 wiederum umfassend und damit für die Berufungskammer überzeugend gewürdigt. Das Berufungsgericht hat keine Veranlassung, von der Bewertung der Aussagen der vernommenen Zeugen durch das Arbeitsgericht in irgendeiner Weise abzuweichen – nur solches müsste, auch nach der von der Beklagten zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes (ebenso die ständige Rechtsprechung des BAG und des BGH), Veranlassung zur erneuten Einvernahme dieser Zeugen durch die Berufungskammer geben. Eine nochmalige Einvernahme der, oder eines Teils der, erstinstanzlich ausführlich vernommenen Zeugen ist deshalb ebenso wenig veranlasst wie eine weitergehende Beweisaufnahme durch Einvernahme zusätzlicher Zeugen. Die Behauptung, zu der etwa die Zeugin H. von der Beklagten benannt war, kann ohne weiteres als wahr unterstellt werden, wie dies das Arbeitsgericht bereits ausgeführt hat.

Somit würde selbst unter der Annahme, die - als wahr unterstellten - Vorwürfe der Beklagten hinsichtlich eines vom Kläger veranlassten/aufrechterhaltenen/jedenfalls zu verantwortenden rechtswidrigen Abrechnungssystems hinsichtlich der Stoma-Hilfsmittel zulasten der gesetzlichen Krankenkassen könnten überhaupt kündigungsrelevant sein, wie dies das Arbeitsgericht grundsätzlich annehmen wollte (vgl. jedoch vorstehend aa), damit auch zur Überzeugung der Berufungskammer feststehen (§ 286 Abs. 1 ZPO), dass es unabhängig von der weitergehenden Frage der Notwendigkeit einer vorherigen Abmahnung (nachfolgend cc)) am Vorliegen eines verhaltensbedingten Kündigungsgrundes grundsätzlich fehlte, die Kündigung damit in jedem Fall, evident, sozial ungerechtfertigt und damit rechtsunwirksam wäre.

**cc)** Selbst wenn jedoch, hypothetisch, das Vorliegen eines potenziell kündigungsrelevanten Tatvorwurfs unterstellt würde, würde dies hier des Weiteren dann ohne Zweifel mindestens eine vorherige Abmahnung im Rechtssinne voraussetzen - worauf wegen der vorstehenden Ausführungen zum Fehlen eines verhaltensbedingten Kündigungsgrundes überhaupt und jedenfalls dessen fehlenden Nachweises durch das Ergebnis der Beweisaufnahme wiederum lediglich ergänzend und in der hiernach gebotenen Kürze verwiesen

wird:

**(1)** Wie bereits ausgeführt bedarf jede, außerordentliche und ordentliche, Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen wie hier des vorherigen Ausspruchs mindestens einer Abmahnung im Rechtssinne wegen eines gleichgelagerten Fehlverhaltens. Dies folgt bei einer ordentlichen Kündigung aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (ständige Rechtsprechung des BAG). Hieran fehlt es hier unstreitig.

Eine Abmahnung wäre dann nur entbehrlich, wenn nach dem maßgeblichen Prognoseprinzip aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine Verhaltensänderung in Zukunft nicht erwartet werden könnte - etwa, weil der Arbeitnehmer ausdrücklich oder konkludent unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hatte, sein Verhalten auch in Zukunft unverändert fortzusetzen, dieses nicht ändern zu wollen, oder die Vertragsverletzung hartnäckig oder uneinsichtig begangen wird und mit einem vertragskonformen Verhalten keinesfalls mehr zu rechnen ist, ebenso - vor allem - , wenn es sich bei der geschehenen Pflichtverletzung um ein Verhalten handelt, dessen Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne Weiteres erkennbar und dessen Hinnahme auch aus seiner Sicht offensichtlich ausgeschlossen ist (vgl. etwa BAG, U. v. 21.06.2012, 2 AZR 153/11, aaO - Rzn. 15 f, m. w. N. -; BAG, U. v. 19.04.2012, 2 AZR 258/11, NZA-RR 2012, S. 567 f - Rz. 15 -; BAG, U. v. 09.06.2011, 2 AZR 381/10, NZA 2011, S. 1027 f - Rz. 18 -; siehe auch KR-Fischermeier, 10. Aufl. 2013, § 626 BGB, Rzn. 266 f/268).

**(2)** Vom Vorliegen letzterer Voraussetzungen und damit der Entbehrlichkeit wenigstens einer Abmahnung im Rechtssinn könnte hier nach den konkreten Umständen keinesfalls ausgegangen werden. Es wäre zur Überzeugung der Berufungskammer nicht nur nicht auszuschließen, sondern vielmehr naheliegend anzunehmen, dass der Kläger bei Erteilung einer förmlichen Abmahnung wegen eines hier maßgeblichen Fehlverhaltens - wegen einer jedenfalls von ihm zu verantwortenden rechtswidrigen Abrechnung von Stoma-Hilfsmitteln über Kassenrezepte - und der mit einer Abmahnung begriffsnotwendig verbundenen Sanktions-(Kündigungs-)Androhung - als Warnung - solches künftig unterlassen bzw. für deren Unterlassung, sofern überhaupt seine Kompetenz betreffend (!), Sorge getragen hätte. Weder wären die streitgegenständlichen Tatvorwürfe gegenüber dem Kläger in irgendeiner Weise bereits als besonders schwerwiegend oder hart-

näckig und uneinsichtig vom Kläger begangen/zu verantworten anzusehen noch wäre solches aus seiner Sicht ohne weiteres erkennbar und eine Hinnahme durch die Beklagte offensichtlich ausgeschlossen gewesen.

**dd)** Spätestens im Bereich der notwendigen Interessenabwägung müsste sich die Kündigung des Arbeitsverhältnisses als sozial ungerechtfertigt erweisen - worauf wiederum lediglich ergänzend verwiesen wird:

Der, zum Zeitpunkt dieser Kündigung, etwa 14-jährigen Betriebszugehörigkeit des Klägers, seinem damaligen Lebensalter von ca. 00 Jahren und seiner familiären Situation mit Unterhaltspflichten für Ehefrau und drei Kinder sowie ohne weiteres anzunehmenden Schwierigkeiten, zumal angesichts seiner („Schmalspur“-)Weiterbildung in absehbarer Zeit eine adäquate anderweitige Stelle in erreichbarer Entfernung zu seinem Wohnort zu finden, stünden schwer erkennbare - materialisierbare, konkrete - Interessen der Beklagten, auch unter Berücksichtigung der Stellung des Klägers als formales Mitglied des Dreierdirektoriums und Mitglied der Klinikleitung gegenüber. Konkretisierbare Beeinträchtigungen - etwa Schäden, tatsächliche Probleme mit Krankenkassen, Störungen der betrieblichen Zusammenarbeit über das streitgegenständliche Arbeitsverhältnis hinaus oder von Kundenbeziehungen sonst - wären weder vorgetragen noch sonst zu erkennen.

**c)** Damit erweist sich die Kündigung der Beklagten vom 26.08.2011 in jeder Hinsicht als sozial ungerechtfertigt (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG), ohne dass es insoweit auf die weitere streitige Frage der ordnungsgemäßen Beteiligung des Gesamtpersonalrats vor Ausspruch dieser Kündigung ankommt.

**d)** Deshalb ist die Anschlussberufung der Beklagten zurückzuweisen.

**2.** Die Berufung des Klägers ist überwiegend begründet.

**a)** Die Berufung des Klägers richtet sich - kann sich allein richten - gegen die Entscheidung des Arbeitsgerichts, auf den Hilfsantrag der Beklagten das Arbeitsverhältnis zum Kündigungstermin 31.03.2012 gegen Zahlung einer Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG aufzulösen.

**b)** Zwar steht einer Auflösungsentscheidung auf Antrag der Beklagten nicht von vornherein entgegen, dass die Rechtsunwirksamkeit ihrer Kündigung vom 26.08.2011 nicht allein auf deren Sozialwidrigkeit, sondern auch auf anderen Gründen i. S. d. § 13 Abs. 3 KSchG beruht hätte.

**aa)** Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Arbeitgeber die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG auch im Falle der Rechtsunwirksamkeit einer ordentlichen Kündigung nur verlangen, wenn diese allein auf deren Sozialwidrigkeit, nicht - auch oder allein - auf anderen Gründen i. S. d. § 13 Abs. 3 KSchG beruht. Dies wird in erster Linie damit begründet, dass die Lösungsmöglichkeit nach § 9 KSchG für den Arbeitgeber eine Vergünstigung bedeutet, die damit nur in Betracht kommen kann, wenn eine Kündigung „nur“, allein, sozialwidrig und nicht - auch - aus anderen Gründen rechtunwirksam oder nichtig ist (vgl. etwa BAG, U. v. 28.08.2008, 2 AZR 63/07, NZA 2009, S. 275 f - B. II. 2. d. Gr., m. w. N. -).

**bb)** Diese Kündigung war nicht wegen fehlerhafter Beteiligung des zuständigen Gesamtpersonalrats vor deren Ausspruch – als insoweit einzig potentiell erheblichen Angriffs – bereits aus formalen Gründen rechtunwirksam.

Es kann zunächst ohne weiteres unterstellt werden, dass

- auf die Klinik P. der Beklagten als Körperschaft des Bundes damit - wovon beide Parteien und das Arbeitsgericht selbstverständlich ausgehen (!) - das Bayerische Personalvertretungsgesetz zur Anwendung kommt,
- ungeachtet eines etwaigen Status des Klägers als „leitenden Angestellten“ (und zumal eines solchen mit dem besonderen Rechtsstatus des § 14 Abs. 2 KSchG), von dem die Beklagte ausgehen will (vgl. jedoch nachstehend c)), der Personalrat/Gesamtpersonalrat vor Ausspruch der Kündigung zu beteiligen war, und

- wie das Arbeitsgericht hierzu ausführlich begründet ausgeführt hat, hier der Gesamtpersonalrat, nicht der örtliche Klinikpersonalrat, zu beteiligen war (Art. 80 Abs. 2 Satz 1 BayPersVG i. V. m. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 15 der Satzung der Beklagten, Art. 77 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 72 Abs. 2 BayPersVG in der zum Zeitpunkt der Anhörung geltenden Fassung).

**cc)** Die Beteiligung des Gesamtpersonalrats war hier jedoch unzweifelhaft ordnungsgemäß erfolgt:

Dass hier die Information des Gesamtpersonalrats mittels 15-seitigen Schreibens der Beklagten vom 01.08.2011 (Anl. B 10, Bl. 187 - 202 d. A.) ausreichend differenziert und vollständig erfolgt war, hat das Arbeitsgericht bereits sehr ausführlich und überzeugend begründet ausgeführt - worauf zur Vermeidung von Wiederholungen wiederum vollumfänglich verwiesen wird (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Dort hat das Arbeitsgericht auch näher ausgeführt, dass die Beklagte nach den hier geltenden Grundsätzen der subjektiven Determination der Kündigungsgründe weder gehalten war, den Personalrat über den anderen Rechtsstreit mit dem Kläger hinsichtlich der Leitung des Bereichs Hauswirtschaft in Kenntnis zu setzen, noch die Vorlage eines Protokolls über ein Gespräch mit dem Chefarzt Dr. T. erforderlich gewesen sei, auch die Anzahl der eingegangenen Rechnungen, wie vom Kläger weiter gerügt, nicht näher darzustellen gewesen sei, was ebenso hinsichtlich einer behaupteten falschen Wiedergabe der Kenntnis des Klägers von der Ausstellung von Rezepten für Stoma-Hilfsmittel und einer behaupteten ausdrücklichen Erklärung des Krankenpflegers Ko. sowie bezüglich eines Schreibens der Beklagten vom 18.03.2011 an die Klinikleitung zu sog. TENS-Geräten gilt. Ebenso wenig musste, wie der Kläger nunmehr in seiner Berufungsbegründung hierzu weitergehend moniert, die Fahrt der Zeugen H. und W. zum Anhörungsgespräch mit ihm am 19.10.2010 in P. und dessen Detailergebnis zwingender Bestandteil der Unterrichtung des Gesamtpersonalrats sein - auf dieses und das hierzu erstellte, vom Kläger inhaltlich angegriffene, Protokoll geht das Anhörungsschreiben sogar dezidiert und ausführlich, im Übrigen unter Bezugnahme auf die Ausführungen der Beklagten in der vorausgegangenen Anhörung zur früheren Kündigung mit Schreiben vom 09.11.2010 (!), ein. Auch in der nunmehr gerügten Information, dass die Behauptung (des Klägers) hinsichtlich einer angeblichen Abrechnung von TENS-Geräten durch die Klinik unzutreffend sei - während im Schreiben der Beklagten vom

18.03.2011 (Anl. K 15, Bl. 304/RS d. A.) Gegenteiliges ausgeführt sei -, liegt keine entscheidungserhebliche etwa bewusste Falschinformation des Gesamtpersonalrats durch die Beklagte vor, die insoweit allein schädlich sein könnte: Selbst wenn dies objektiv unrichtig gewesen sein sollte, konnte dieses Detail zur Überzeugung der Berufungskammer (§ 286 Abs. 1 ZPO) keinen irgendwie erkennbar entscheidenden Einfluss auf die Sachbefassung des Gesamtpersonalrats und ggf. dessen Beschlussfassung hierzu haben - eine etwaige Abrechnung von TENS-Geräten über eine Hilfsmittelverordnung im Einzelfall konnte den im Anhörungsschreiben erhobenen Vorwurf gegenüber dem Kläger, für die unberechtigte Abrechnung von Stoma-Hilfsmitteln auf Kassenrezept jedenfalls verantwortlich zu sein, nicht in maßgeblicher Weise relativieren.

**c)** Für den von der Beklagten hilfsweise gestellten Auflösungsantrag bedurfte es einer Begründung, da der Kläger keinesfalls leitender Angestellter i. S. d. § 14 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 KSchG war, wie die Beklagte annehmen will.

**aa)** Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 KSchG bedarf bei Geschäftsführern, Betriebsleitern und ähnlichen leitenden Angestellten, soweit diese zur selbstständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind, ein Antrag des Arbeitgebers auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG keiner Begründung.

Die zusätzliche Anforderung der Befugnis zur selbstständigen Einstellung oder Entlassung bei einem Geschäftsführer oder Betriebsleiter vergleichbaren leitenden Angestellten - als einziger hier infrage kommender Tatbestandsalternative dieser Norm - muss entweder eine bedeutende Anzahl von Arbeitnehmern oder eine gewisse Anzahl bedeutender Arbeitnehmer erfassen. Entscheidend für das Gewicht einer solchen Personalkompetenz ist, welchen Stellenwert die Tätigkeit der Mitarbeiter, die der Betreffende einstellt oder entlässt, für das Unternehmen hat. Es kann hier ausreichend sein, wenn sich die personellen Entscheidungskompetenzen des Angestellten auf eine geschlossene Gruppe beziehen, die für das Unternehmen, insbesondere für dessen unternehmerischen Erfolg, von Bedeutung sind. Allerdings müssen die betreffenden leitenden Angestellten die Berechtigung zur selbstständigen Einstellung oder Entlassung i. S. d. § 14 Abs. 2 KSchG nicht nur im Außen-, sondern auch im Innenverhältnis haben. Eine solche Personalkompetenz muss des Weiteren einen wesentlichen Teil der Tätigkeit dieser Angestell-

ten ausmachen und darf nicht „nur auf dem Papier stehen“, sondern muss tatsächlich ausgeübt werden (vgl. etwa BAG, U. v. 19.04.2012, 2 AZR 186/11, NZA 2013, S. 27 f - Rzn. 31, m. w. N. -). Als leitender Angestellter muss dieser Personenkreis seiner Stellung nach den im Gesetz genannten Geschäftsführern oder Betriebsleitern entsprechen, also eine diesen vergleichbare Schlüsselfunktion bekleiden und eine Führungsposition wahrnehmen, im personellen, kaufmännischen oder technischen Bereich Arbeitgeberfunktionen gegenüber einer bedeutsamen Zahl von Arbeitnehmern ausüben (vgl. näher nur ErfK-Kiel, 14. Aufl. 2014, § 14 KSchG Rzn. 11 f, m. w. N.).

**bb)** Auch bei Wahrunterstellung des im Detail streitigen Vorbringens der für das Vorliegen dieser Voraussetzungen darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten hierzu ist es annähernd abwegig, den Kläger als ähnlichen leitenden Angestellten i. S. d. § 14 Abs. 2 KSchG – und bereits als „einfachen“ leitenden Angestellten überhaupt, ohne eine nochmals herausgehobene Stellung in diesem Sinn - ansehen zu wollen:

Der Kläger ist, wie ausgeführt, „schlichter“ Krankenpfleger mit einer, nach seiner undementierten Einlassung in der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren, eher informellen berufsbegleitenden Weiterbildung zur „verantwortlichen Pflegefachkraft“ (mit einem Stundenumfang von, umgerechnet, ca. vier Monaten Vollzeitdauer). Er war bei der Beklagten in Vergütungsgruppe Kr. 9 der einschlägigen tarifvertraglichen Regelung eingruppiert/bezahlt (analog der Anlage 1 Abschnitt A. zum BAT: entsprechend Entgeltgruppe 9 TVöD gem. Anlage 4 zum TVÜ-VKA zum TVöD aF/nF – also Ende des sog. „mittleren“ und Beginn des sog. „gehobenen Dienstes“).

Dem Kläger waren, als Pflegedienstleiter, „lediglich“ 15 - 19 Arbeitnehmer - so die unterschiedlichen Angaben der Parteien - des Pflegedienstes dieser, kleinen, Klinik unterstellt. Wiederum unter hypothetischer Zugrundelegung der, hinsichtlich ihrer Geltung/Verbindlichkeit, streitigen „Dienstpostenbeschreibung“ (Stellenbeschreibung) vom 01.07.2003 (s. o., Anl. B 2) war der Kläger hiernach im Wesentlichen für die Einweisung des Pflegepersonals und Überwachung des Pflegebetriebs - im Wege einer „Fachaufsicht“, „unbeschadet der Oberaufsicht durch den Chefarzt“ (!): also hatte der Chefarzt/Ärztliche Direktor auch hinsichtlich des Pflegepersonals, in der Praxis gerichtsbe-  
kannt atypisch, insoweit offensichtlich das „letzte Wort“ ... - zuständig, er hatte die Dienst-

pläne für das Pflegepersonal „mitzuerstellen“ und, neben den vorstehend bereits erörterten Aufgaben der Überwachung des medizinischen Fachbedarfs und dessen Bestellung im Zentrallager (...), daneben Aufgaben der „Mitwirkung bei Einstellungen von Pflegepersonal“ und die „Erledigung sonstiger Aufgaben nach Weisung des Chefarztes und des Verwaltungsleiters“ (! - war diesen somit weisungsunterworfen ...), darüber hinaus hatte er „Aufgaben ... eines Krankenpflegers auf den Stationen“ zu erfüllen (!).

Zwar war der Kläger zuletzt auch, gemäß der allgemeinen „Betriebsordnung für die Kliniken der DRV Bayern Süd“ vom 17.12.2007 (Anl. B 14, Bl. 476 f d. A.), prinzipiell gleichberechtigtes Mitglied der Betriebsführung der Klinik (dort § 3) und insoweit, mit einer ähnlichen Stellenbeschreibung wie der „Dienstpostenbeschreibung“, mit umfangreichen organisatorischen und (Vorgesetzten-)Aufgaben für den Pflegebereich betraut (dort § 7).

Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass der Pflegebereich dieser, relativ kleinen, Reha-Klinik quantitativ eben lediglich 15 - 19 Pflegekräfte umfasst - anders als etwa in Akutkrankenhäusern, in denen der Pflegebereich gewöhnlich die zahlenmäßig mit Abstand größte Berufsgruppe bildet -, und dem Kläger überdies, ausgehend von der umstrittenen „Dienstpostenbeschreibung“, der Chefarzt und der Verwaltungsleiter als die beiden anderen Mitglieder des Dreierdirektoriums weisungsbefugt waren.

Hinsichtlich seiner Gesamtbefugnisse für die Klinik hatte der Kläger nach allem damit weder irgendeine Art von Schlüsselposition im vorstehend genannten Sinn als Voraussetzung für den Status eines leitenden Angestellten überhaupt noch, geschweige denn, eine irgendwie geartete signifikante eigenständige Befugnis zu einer selbstständigen Einstellung oder selbstständigen Entlassung einer bedeutsamen Anzahl von Arbeitnehmern (oder, gar, einer gewissen Anzahl „bedeutender“ Arbeitnehmer), wie gemäß § 14 Abs. 2 KSchG nach den oben dargestellten Grundsätzen der Rechtsprechung erforderlich. Auch die Beklagte hypostasiert lediglich (fiktive) personelle Mitwirkungs- und Vorentscheidungs-„Befugnisse“ des Klägers. Selbst als Mitglied des Dreierdirektoriums/der Klinikleitung war er allenfalls – bestenfalls - eine Art von Titular-„Frühstücksdirektor“ - es ist annähernd abwegig bis wiederum bereits ansatzweise satirisch anmutend, ihn auch nur als „einfachen“ leitenden Angestellten und zumal als einen solchen mit den hiernach verlangten personellen Befugnissen des § 14 Abs. 2 KSchG ansehen zu wollen.

**d)** Deshalb erforderliche Gründe, die eine den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit der Parteien nicht erwarten lassen würden, liegen entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts zur Überzeugung der Berufungskammer, wiederum annähernd evident, nicht vor:

**aa)** Als Auflösungsgründe für den Arbeitgeber kommen hiernach näher solche Umstände in Betracht, die das persönliche Verhältnis zum Arbeitnehmer, die Wertung seiner Persönlichkeit, seiner Leistung oder seiner Eignung für die ihm gestellten Aufgaben und sein Verhältnis zu den übrigen Mitarbeitern betreffen. Diese Gründe müssen zwar nicht im Verhalten, insbesondere nicht im schuldhaften Verhalten, des Arbeitnehmers liegen. Entscheidend ist, ob die objektive Lage die Besorgnis rechtfertigt, dass die weitere gedeihliche Zusammenarbeit gefährdet ist. Eine bloße Weigerung von Arbeitskollegen, mit einem Arbeitnehmer zusammenzuarbeiten, kann ebenso wenig eine Auflösung nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG rechtfertigen wie es dem Arbeitgeber gestattet sein kann, sich auf Auflösungsgründe zu berufen, die von ihm selbst oder von Personen, für die einzustehen hat, provoziert worden waren. Umstände, die nicht geeignet sind, die Kündigung sozial zu rechtfertigen, können jedoch zur Begründung des Auflösungsantrages herangezogen werden, jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber sich noch auf zusätzliche Tatsachen beruft (st. Rspr. d. BAG, vgl. zuletzt etwa U. v. 29.08.2013, 2 AZR 419/12, juris und BB 2014, S. 690 (LS) - Rz. 19 -; BAG, U. v. 11.07.2013, 2 AZR 994/12, NZA 2014, S. 250 f - Rz. 56 -; BAG, U. v. 24.11.2011, 2 AZR 429/10, aaO - Rz. 42 -; BAG, U. v. 24.03.2011, 2 AZR 674/09, NZA-RR 2012, S. 243 f - Rzn. 20 -; BAG, U. v. 09.09.2010, 2 AZR 482/09, NJW 2011, S. 3798 f; BAG, U. v. 10.06.2010, 2 AZR 297/09, NJW 2011, S. 3796 f, BAG, U. v. 12.05.2010, 2 AZR 587/08, NZA-RR 2011, S. 15 f; BAG, U. v. 23.02.2010, 2 AZR 554/08, z. B. BB 2010, S. 2376 f - Rzn. 28 f d. Gr. -; BAG, U. v. 23.10.2008, 2 AZR 483/07, NJW 2009, S. 1897 f - Rz. 71 d. Gr. -; BAG, U. v. 10.07.2008, 2 AZR 1111/06, DB 2009, S. 350 (LS) - Rzn. 42 f -). Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen solcher Gründe liegt bei der Beklagten.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu erwarten ist, ist der Termin der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsachen-/Berufungsinstanz. Der - notwendig als (echter) Eventualantrag gestellte - Auflösungsantrag ist trotz seiner nach § 9 Abs. 2 KSchG gesetzlich angeordneten Rückwirkung auf den Kündi-

gungstermin in die Zukunft gerichtet, weshalb das Gericht eine Vorausschau anzustellen und sich im Zeitpunkt der Entscheidung über diesen Antrag zu fragen hat, ob aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers in der Vergangenheit in Zukunft noch mit einer den Betriebszwecken dienenden weiteren Zusammenarbeit der Parteien gerechnet werden kann (BAG, aaO).

Die Sozialwidrigkeit der Kündigung führt zu deren Rechtsunwirksamkeit und zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Das Kündigungsschutzgesetz ist vorrangig ein Bestandsschutz- und kein Abfindungsgesetz. Dieser Grundsatz wird bei einem Auflösungsantrag des Arbeitgebers durch § 9 KSchG unter der Voraussetzung durchbrochen, dass keine Vertrauensgrundlage für eine sinnvolle Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mehr besteht. Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses kommt – wie das Arbeitsgericht insoweit zu Recht herausgestellt hat - deshalb nur ausnahmsweise in Betracht. An die Auflösungsgründe sind damit strenge Anforderungen zu stellen.

**bb)** Die Beklagte, damit auch das Arbeitsgericht bei seiner Würdigung hierzu, haben deren Auflösungsantrag und die Auflösungsentscheidung im Wesentlichen auf die, als solche unstreitige, Bemerkung des Klägers in der weiteren mündlichen Verhandlung am 14.12.2012 - die, wie das Arbeitsgericht dort vorab mitgeteilt hatte, zunächst und vordergründig einer gütlichen Einigung dienen sollte (B. v. 29.11.2012, Bl. 413 d. A. - im Endurteil vom 09.08.2013 ist sogar ausgeführt, dass diese, 90-minütige, Verhandlung „allein das Erzielen einer gütlichen Einigung zum Inhalt hatte“ !) - gestützt, dass der Kläger dort, offensichtlich im Zusammenhang umfangreicher und Alternativen auslotender Vergleichsverhandlungen, auf Frage des Gerichts, was im Falle seiner etwaigen Prozessniederlage passieren würde, gesagt hat, dass dann „das Leben keinen Sinn mehr“ habe.

Die Beklagte will hieraus insbesondere ableiten, dass sich das vorliegende Verfahren für den Kläger damit „von der sachlichen Ebene entfernt und für den Kläger eine ins Irrationale gesteigerte Bedeutung angenommen“ habe, es ihm nicht mehr um die Frage der Wirksamkeit der Kündigung, sondern um „Recht und Unrecht“, „Gerechtigkeit“, „Genugtuung“ und andere irrationale Werte, ums „Recht haben“, gehe - er die Erreichung seiner irrationalen Ziele mit seinem „Lebenssinn“ - einer Beschäftigung als Pflegedienstleiter dieser Klinik - verknüpfe; dies mache eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit mit

dem Kläger, zumal als Führungskraft, unmöglich. Diesem Argumentationshaushalt ist das Arbeitsgericht bei seiner Auflösungsentscheidung im Wesentlichen gefolgt.

Auch wenn unterstellt wird, dass - wie der Kläger hierzu erklärend und insgesamt nicht unnachvollziehbar ausführt - er sich in der Verhandlungssituation, in der diese Bemerkung gefallen ist, „in einer extremen Stresssituation“ befunden habe, und er sich dort durch die vorausgegangenen Fragen - eines offensichtlich intensiven Hinwirkens gerade des Gerichts auf eine vergleichsweise Regelung - „in die Ecke gedrängt“ und in einer „erheblichen Drucksituation“ gesehen habe, ist eine solche Bemerkung allerdings auf den ersten Blick jedenfalls ungewöhnlich und in atypischer Weise psychologisch dramatisiert. Dies mag aus subjektiver Sicht der Beklagten nicht unnachvollziehbar eine Art „neurotischer“ Fixierung des Klägers auf seinen Arbeitsplatz indizieren.

Andererseits legen die Ableitungen und Bewertungen der Beklagten hinsichtlich des Bedeutungsgehalts dieser Äußerung ebenfalls eine eher psychopathologisch anmutende Hypostasierung dieser verbalen Einlassung des Klägers nahe. Dieser hat sich, in grundsätzlich nicht illegitimer Weise, auf seinen Arbeitsplatz fixiert und eine vergleichsweise Regelung durch Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer, auch erheblichen, Abfindung offensichtlich durchgängig annähernd kategorisch abgelehnt - was in Ansehung seiner dortigen Stellung, angesichts seiner eher überschaubaren formalen Qualifikation, seiner familiären Situation und damit zusammenhängenden örtlichen Bindung und realistisch einzuschätzenden adäquaten Beschäftigungsalternativen im Kern grundsätzlich nicht unnachvollziehbar erscheinen muss.

Vor diesem Hintergrund - und letztlich auch im Hinblick darauf, dass die Gründe für die streitgegenständliche Kündigung von Anfang an auf der Hand liegend eher „dünn“ anmuten mussten, zwar wortreich, aber substanzarm ausgeführt waren - aus der, in der Tat ungewöhnlichen, Bemerkung des Klägers hinsichtlich seines „Lebenssinns“ andererseits bereits ableiten zu wollen, dieses Verfahren habe für den Kläger damit „eine ins Irrationale gesteigerte Bedeutung angenommen“, es gehe ihm grundsätzlich nicht mehr um die Wirksamkeit der Kündigung, sondern um „Recht und Unrecht“, um „Gerechtigkeit“, mutet ebenfalls annähernd irrational an und ist allenfalls als interessengeleitete argumentationsdramaturgische Übersteigerung erklärbar. Eine derart weitreichende Bedeutung

und solche Vermutungen/Hypothesen hinsichtlich künftigen Verhaltens des Klägers – auch: einer damit gezeigten „mangelnden Abstraktionsfähigkeit“ und des Fehlens einer „sachlichen, rationalen Herangehensweise“ - lassen sich der inkriminierten Äußerung des Klägers zum fehlenden „Lebenssinn“ zur Überzeugung der Berufungskammer nicht entnehmen. Weder muss hiernach die Beklagte künftig „bei jeglicher Ausübung ihres Direktionsrechts das nach § 106 GewO, § 315 BGB erforderliche Maß überdenken“ und „Entscheidungen immer mit der Überlegung verbinden, ob diese in irgendeiner Weise den Lebenssinn des Klägers berühren und Risiken für diesen selbst oder andere Personen hervorrufen können“, wie das Arbeitsgericht annehmen will: Hierbei handelt es sich um – ersichtlich nicht einmal erfahrungsgestützte und -stützbare - Spekulationen, um Mutmaßungen, die die Beklagte selbst erstinstanzlich so nicht zum Ausdruck gebracht hatte.

Ein ausreichendes Tatsachensubstrat, konkrete, verifizierbare, Anhaltspunkte für einen erwartbaren Ausschluss einer weiteren betriebsdienlichen Zusammenarbeit liegen zur Überzeugung der Berufungskammer hiernach, auch in Ansehung der „Leitungs-“ Funktion des Klägers, nicht vor.

**cc)** Damit sind auf die Berufung des Klägers das Ersturteil zu ändern und der Auflösungsantrag der Beklagten zurückzuweisen.

**3. a)** Damit ist ohne weiteres auch dem Antrag des Klägers auf Weiterbeschäftigung stattzugeben. Dies folgt aus den, bekannten, Gründen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch.

Besondere Umstände, die trotz des Obsiegens des Klägers hinsichtlich seiner Kündigungsschutzklage und des Auflösungsantrags der Beklagten ausnahmsweise ein vorrangiges Nichtbeschäftigungsinteresse der Beklagten vor rechtskräftigem Abschluss des Rechtsstreits begründen sollten, sind von ihr weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

Auch hat die Beklagte keinen, wenigstens vorsorglichen, Antrag auf Ausschließung der Zwangsvollstreckung aus einem etwa zugunsten des Klägers ergehenden Weiterbeschäftigungstitel gem. § 62 Abs. 1 Satz 2 ArbGG gestellt.

**b)** Jedoch ist der Ausspruch zur Weiterbeschäftigung auf den ursprünglichen Inhalt des Arbeitsvertrages vom 17.12.1997/05.01.1998 zu beschränken - zuletzt unstreitig beinhaltend die Tätigkeit des Klägers als Pflegedienstleiter, nicht auch, wie beantragt, die im handschriftlichen Revers/Annex vom 17.08.2007 festgehaltene zusätzliche Tätigkeit und vor allem die damit verbundene Zulage als „Leiter Hauswirtschaft“, wie vom Kläger in seinem Weiterbeschäftigungsantrag enthalten -, da dies streitig und der weitere Rechtsstreit hierüber noch nicht abgeschlossen – bis zum Abschluss des vorliegenden Verfahrens ausgesetzt - sind.

Insoweit waren damit der Weiterbeschäftigungsantrag und damit die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

### III.

Die Beklagte hat damit die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen zu tragen, wobei das geringfügige Teilunterliegen des Klägers im Rahmen seiner Berufung wegen des Inhalts des grundsätzlich zu seinen Gunsten entschiedenen Weiterbeschäftigungsanspruchs vernachlässigt werden konnte (§§ 97 Abs. 1, 91 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

### IV.

Da dem Rechtsstreit über die Klärung der konkreten Rechtsbeziehungen der Parteien hinaus keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, bestand für die Zulassung der Revision gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung.

Gegen dieses Urteil ist deshalb die Revision nur gegeben, wenn sie das Bundesarbeitsgericht auf Grund einer Nichtzulassungsbeschwerde, auf deren Möglichkeit und

Voraussetzungen gemäß § 72 a ArbGG beide Parteien hingewiesen werden, zulassen sollte.

Burger

Senninger

Wuchterl