

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 5 Sa 458/08

1 Ca 158 b/08 ArbG Lübeck
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 12.05.2009

Gez. ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit
pp.

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 12.05.2009 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und d. ehrenamtlichen Richter .. als Beisitzer und d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 13. November 2008, Az. ö. D. 1 Ca 158 b/08, teilweise abgeändert:
 - a) Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 28. Dezember 2007 zum 31. März 2008 aufgelöst ist.
 - b) Auf Antrag der Beklagten wird das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe von 5.000,00 € gem. §§ 9, 10 KSchG zum 31. März 2008 aufgelöst.
2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien je zur Hälfte.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

.....

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer von der Beklagten ausgesprochenen Kündigung und die Begründetheit des Auflösungsantrages der Beklagten.

Der 40 Jahre alte Kläger ist ausgebildeter Sozialpädagoge und seit dem 01.11.2002 bei der Beklagten beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis findet kraft einzelvertraglicher Vereinbarung der Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) bzw. der diesen ersetzende Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) Anwendung. Zu den Aufgaben des Klägers gehörte die Sozialberatung von Suchtkranken, insbesondere im Hinblick auf deren Weiterbehandlung, die nach dem Willen der Beklagten in der Fachklinik H..., mit der die Beklagte eine Kooperationsvereinbarung getroffen hatte, durchgeführt werden sollte. Der Kläger lehnte es ab, die von ihm betreuten Patienten dazu zu veranlassen, sich zur Nachbehandlung in die genannte Klinik einweisen zu lassen. Er meint, dadurch würde in unzulässiger Weise in die Entscheidungsfreiheit dieser Patienten eingegriffen. Auch aus diesem Grund kam es zwischen ihm und den Ärzten der Klinik zu Konflikten.

Mit Schreiben vom 10.11.2006 erteilte die Beklagte dem Kläger eine Abmahnung, weil er sich geweigert hatte, seinem direkten Vorgesetzten Sozialberichte der Patienten vorzulegen (Bl. 24 d. A.). Wegen eines gleichartigen Verstoßes erhielt der Kläger eine weitere Abmahnung vom 28.11.2006 (Bl. 25 d. A.).

Seit dem 20.11.2006 ist der Kläger fortlaufend arbeitsunfähig krank. Mit Schreiben vom 09.02.2007 bot die Beklagte ihm daraufhin die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements an (Bl. 27 d. A.). Der Kläger reagierte hierauf nicht, woraufhin die Beklagte ihr Angebot mit Schreiben vom 10.09.2007 wiederholte (Bl. 28 d. A.). Auch hierauf antwortete der Kläger nicht.

Am 10.09.2007 initiierte der Kläger durch eine Beschwerdeschrift ein Ermittlungsverfahren gegen neun Mitarbeiter der Beklagten wegen diverser Straftaten (Bl. 70 f. d. A.), unter anderem wegen Betrug, Nötigung, Verleumdung und Prozessbetrug.

Am 18.10.2007 forderte die Beklagte den Kläger gemäß § 7 Abs. 2 BAT zur amtsärztlichen Untersuchung im Hinblick auf seine Dienstfähigkeit auf (Bl. 29 d. A.). Mit Schreiben vom 14.11.2007 teilte der zuständige Amtsarzt der Beklagten mit, dass er den Kläger schriftlich am 23.10.2007 für den 06.11.2007 einbestellt habe, der Kläger indessen den Termin weder wahrgenommen noch abgesagt habe (Bl. 31 d. A.). Daraufhin mahnte die Beklagte den Kläger am 14.11.2007 schriftlich ab und forderte ihn zur Mitwirkung nach § 7 Abs. 2 BAT auf (Bl. 32 d. A.). Mit Schreiben vom 22.11.2007 widersprach der Kläger der Abmahnung vom 14.11.2007, da er die Einladung zur amtsärztlichen Untersuchung erst „nach Ihrem Schreiben“ erhalten habe, sodass er den Termin nicht wahrnehmen könne (Bl. 33 d. A.). Zu der vom Gesundheitsamt erneut anberaumten amtsärztlichen Untersuchung am 04.12.2007 erschien der Kläger, weigerte sich jedoch, sich untersuchen zu lassen und die Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht gegenüber der Universitätsklinik L... zu erklären (Bl. 37 d. A.).

Mit Anwaltsschreiben vom 04.12.2007 erklärte der Kläger nunmehr seine Bereitschaft zur Teilnahme an einem betrieblichen Eingliederungsmanagement. Die Konflikte, die zu seiner Erkrankung geführt hätten, lägen nicht im Umgang mit den Patienten, sondern im Umgang mit den ärztlichen Mitarbeitern der Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie (Bl. 38 f. d. A.). Die Beklagte lehnte dies mit Schreiben vom 06.12.2007 ab und sah die Vertrauensbasis aufgrund der fehlenden Mitwirkung des Klägers als gestört an und behielt sich arbeitsrechtliche Schritte vor (Bl. 40 f. d. A.).

Am 07.12.2007 leitete die Beklagte ein Mitbestimmungsverfahren zur ordentlichen Kündigung des Klägers ein und beantragte die Zustimmung des Personalrates (Bl. 42 f. d. A.). Nachdem die Frist zur Stellungnahme verstrichen war, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 28.12.2007 ordentlich zum 31.03.2008 (Bl. 44 d. A.).

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes in der ersten Instanz, insbesondere des streitigen Parteivorbringens, sowie der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils einschließlich der Inbezugnahmen verweisen, § 69 Abs. 2 ArbGG.

Das Arbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage des Klägers mit Versäumnisurteil vom 25.09.2008 abgewiesen. Gegen dieses ihm am 01.10.2008 zugestellte Versäumnisurteil hat der Kläger mit am 07.10.2008 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Einspruch eingelegt. Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 13.11.2009 das Versäumnisurteil aufrechterhalten. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Kündigung vom 28.12.2007 nicht gegen die Dienstvereinbarung „Partnerschaftliches Verhalten am Arbeitsplatz“ verstoße und der Personalrat der Beklagten ordnungsgemäß vor Ausspruch der Kündigung beteiligt worden sei. Die Kündigung sei auch sozial gerechtfertigt. Durch die Weigerung des Klägers, sich amtsärztlich untersuchen zu lassen und die behandelnden Ärzte beim Gesundheitsamt von der Schweigepflicht gegenüber der Beklagten zu entbinden, habe er gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verstoßen. Die Beklagte habe aufgrund der seit elf Monaten andauernden Arbeitsunfähigkeit und der Tatsache, dass der Kläger auf ihre Angebote zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nicht reagiert habe, Anlass gehabt, eine amtsärztliche Untersuchung nach § 7 Abs. 2 BAT anzuordnen. Dass der Kläger beim Gesundheitsamt erschienen sei, reiche zur Erfüllung seiner Pflichten nach § 7 Abs. 2 BAT nicht aus. § 7 Abs. 2 BAT beinhalte die Verpflichtung, sich untersuchen zu lassen, und nicht nur beim untersuchenden Arzt zu erscheinen. Der Kläger könne sich auch nicht darauf berufen, dass der Amtsarzt ihm eine formelmäßige als Adressaten das Universitätsklinikum S...-H... ausweisende Schweigepflichtentbindungserklärung vorgelegt habe. Es wäre dem Kläger ohne weiteres möglich gewesen, in Bezug auf den Adressatenkreis einschränkende Zusätze auf dieser Entbindungserklärung vorzunehmen. Die Weigerung, die Schweigepflichtentbindungserklärung abzugeben, sei in Anbetracht dessen unverhältnismäßig gewesen. Die Pflichtverletzung rechtfertige auch die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses, da der Kläger wegen desselben Verhaltens schon einmal abgemahnt worden sei und diese Abmahnung vom 14.11.2007 auch wirksam sei. Da das Arbeitsverhältnis zum 31.03.2008 geendet habe, sei die Beklagte auch nicht zur bezahlten Freistellung des Klägers verpflichtet.

Gegen dieses ihm am 21.11.2008 zugestellte Urteil hat der Kläger am 17.12.2008 beim Landesarbeitsgericht Berufung eingelegt und diese am 19.02.2009 nach Fristverlängerung begründet.

Der Kläger behauptet,

er habe nicht schuldhaft gegen seine Mitwirkungspflicht aus § 7 Abs. 2 BAT verstoßen. Er wäre, wie gefordert, am 04.12.2007 zur amtsärztlichen Untersuchung erschienen. Dort wäre ihm eine Schweigepflichtentbindung vorgelegt worden, die als Adressaten das Universitätsklinikum S...-H... auswies. Hierdurch habe er sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzt gesehen. Es wäre ihm seinerseits nicht zumutbar und möglich gewesen, zum Schutz dieses Rechts selbst einschränkende Zusätze vorzunehmen oder zu konkretisieren, wem gegenüber welche Auskünfte erteilt werden dürften. Er könne dem Gesundheitsamt nicht vorschreiben, wie dessen Schweigepflichtentbindungen auszusehen hätten. Aufgrund unangenehmer Erfahrungen im Zusammenhang mit seiner Einstellung sei es ihm nicht möglich gewesen, eine derart weitreichende Schweigepflichtentbindung abzugeben. Darüber hinaus wäre die Abmahnung vom 14.11.2007 unbegründet gewesen, denn er habe die Einladung zur ersten amtsärztlichen Untersuchung am 06.11.2007 erst nach der Abmahnung vom 14.11.2007 erhalten. Er habe den ersten Termin gar nicht wahrnehmen können.

Er ist der Auffassung, unter diesen Umständen fehle es am Tatbestand der schuldhaften Pflichtverletzung, auch für den Fall eines unverschuldeten Rechtsirrtums. Die Abmahnungen vom 10.11. und 28.11.2006 betreffen einen anderen Sachverhalt. Zudem lägen diese Abmahnungen erhebliche Zeit zurück und seien nicht konkret Gegenstand der Unterrichtung des Personalrates gewesen. Auch sei der Personalrat nicht darüber unterrichtet worden, dass er die Einladung zur amtsärztlichen Untersuchung erst nach der Abmahnung erhalten habe.

Der Kläger beantragt,

das Urteil aufzuheben und

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 28.12.2007 zum 31.03.2008 aufgelöst wird

und

2. die Beklagte zu verurteilen, ihn bei fortlaufenden Bezügen vom Dienst solange freizustellen, bis er einen neuen Arbeitsplatz gefunden hat.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen,

und hilfsweise

das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichtes gestellt wird, aber den Betrag von € 5.000,00 nicht überschreiten sollte, mit Wirkung zum 31.03.2008 aufzulösen.

Der Kläger beantragt,

den Auflösungsantrag zurückzuweisen.

Die Beklagte behauptet,

am 02.11.2006 habe der personalführende Oberarzt der Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie mitgeteilt, dass der Kläger sich entgegen der dienstlichen Weisung vom 20.06.2006 wiederholt geweigert habe, dem direkten Vorgesetzten Sozialberichte von Patienten vorzulegen. Aufgrund dessen sei der Kläger abgemahnt worden, wegen eines gleichgelagerten Sachverhaltes am 28.11.2006 abermals. Auch hinsichtlich des kündigungsrelevanten Sachverhaltes seien diese Abmahnungen einschlägig. Der Verstoß gegen die Mitwirkungspflichten nach § 7 Abs. 2 BAT sei gleichzusetzen mit dem Verstoß gegen die dienstliche Weisung, Sozialberichte vorzulegen.

Der Kläger sei am 06.11.2007 wegen fehlender Mitwirkung abgemahnt worden, nachdem er der Aufforderung zur amtsärztlichen Untersuchung gem. § 7 BAT am 06.11.2007 nicht nachgekommen war. Der erneuten Aufforderung, am 04.12.2007 beim Amtsarzt vorstellig zu werden, sei er zwar nachgekommen, eine Untersuchung habe aber nicht durchgeführt werden können, da sich der Kläger geweigert habe, die entsprechende Schweigepflichtentbindung abzugeben.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufung wird Bezug genommen auf den Inhalt der dort gewechselten Schriftsätze.

Entscheidungsgründe

A. Die Berufung ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 2 lit. C ArbGG statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, § 66 Abs. 1 ArbGG; § 519 ZPO.

1. Der Zulässigkeit der Berufung steht insbesondere nicht entgegen, dass der Kläger im Berufungstermin seinem Prozessbevollmächtigten das Mandat entzogen hat.

Zwar besteht vor den Landesarbeitsgerichten Vertretungszwang. Postulationsfähig sind nach § 11 Abs. 2 ArbGG nur Rechtsanwälte bzw. Vertreter von Gewerkschaften oder von Vereinigungen von Arbeitgebern oder von Zusammenschlüssen solcher Verbände, wenn sie kraft Satzung oder Vollmacht befugt sind und der Zusammenschluss, der Verband oder deren Mitglieder Partei sind. Dies bedeutet, dass eine Führung des Prozesses durch die Partei selbst ausgeschlossen ist. Erscheint die Partei mithin ohne Prozessvertreter zum Berufungstermin, so ist sie als säumig zu behandeln. Dies gilt indessen nicht, wenn die Partei im Berufungstermin zunächst ordnungsgemäß durch einen Rechtsanwalt vertreten wird und dieser auch zu Beginn der mündlichen Verhandlung - der Prozessordnung entsprechend - die Anträge namens der Partei stellt und erst danach die persönlich anwesende Partei ihrem Prozessvertreter das Mandat entzieht. In einem Anwaltsprozess erlangt die Niederlegung des Mandats bzw. der Widerruf der erteilten Vollmacht durch die Partei erst durch die Bestellung eines anderen Vertreters Wirksamkeit, § 87 ZPO. Entgegen dem engen Wortlaut des § 87 Abs. 1 ZPO gilt dies nicht nur im Verhältnis zum Prozessgegner, sondern auch zum Gericht. Zudem gilt die Regelung des § 87 Abs. 1 ZPO nicht nur für die passive Vertretungsmacht, sondern auch für die aktive Vertretung der Partei (BGH Urt. v. 14.12.1979 - V ZR 146/78 -, NJW 1980, 999; BAG Beschl. v. 08.12.1981 - 7 AZN 441/81 -, AP Nr. 1 zu § 87 ZPO). Dies folgt aus dem Sinn des § 87 ZPO, der darin besteht, einen zügigen Prozessfortgang im Interesse von Gegner und Gericht sicherzustellen (Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., Rn. 3 zu § 87).

2. Hieran gemessen war der Kläger in der Berufungsverhandlung ordnungsgemäß durch einen Rechtsanwalt vertreten, der auch die Anträge in dessen Namen gestellt hat. Der Kläger hat die Prozessvollmacht erst widerrufen, nachdem sein Rechtsanwalt die Anträge in seinem Namen gestellt hatte. Ungeachtet dessen, entfaltet allein die Kündigung des Mandatsverhältnisses durch die Partei im Außenverhältnis keine Wirkung. Im Außenverhältnis ist der bisherige Bevollmächtigte vielmehr befugt, bis zum Zeitpunkt des Erlöschens der Vollmacht, d.h. bis zur Bestellung eines neuen Prozessbevollmächtigten, die Partei im Prozess weiterhin sowohl passiv als auch aktiv zu vertreten.

Da der Kläger mithin in der Berufungsverhandlung im Verhältnis zur Beklagten und zum Gericht ordnungsgemäß durch einen Rechtsanwalt vertreten war, der auch namens des Klägers die Anträge gestellt hat, konnte eine Sachentscheidung ergehen.

A. Die somit zulässige Berufung des Klägers hat auch in der Sache selbst teilweise Erfolg.

Die streitgegenständliche Kündigung war nicht gemäß § 1 Abs. 2 KSchG durch verhaltensbedingte Gründe sozial gerechtfertigt (I.). Der Kläger hat unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch auf bezahlte Freistellung (II.). Das Arbeitsverhältnis war gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen (III.).

I. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts lagen die Voraussetzungen für eine verhaltensbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG nicht vor.

1. Eine Kündigung aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG ist sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer mit dem ihm vorgeworfenen Verhalten eine Vertragspflicht - in der Regel schuldhaft - erheblich verletzt, das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird, eine zumutbare Möglichkeit einer anderen Beschäftigung nicht besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile billigenwert und angemessen erscheint (BAG Urt. v. 13.12.2007 – 2 AZR 818/06 -, AP Nr. 64 zu § 4 KSchG 1969 m. w. Rspr.-Nachw.). Für eine verhaltensbedingte Kündigung gilt dabei das Prognoseprinzip. Der

Zweck der Kündigung ist nicht eine Sanktion für eine begangene Vertragspflichtverletzung, sondern die Vermeidung des Risikos weiterer erheblicher Pflichtverletzungen. Die vergangene Pflichtverletzung muss sich deshalb noch in der Zukunft belastend auswirken (BAG Urt. v. 31.05.2007 - 2 AZR 200/06 -, AP Nr. 57 zu § 1 KSchG 1969 ‚Verhaltensbedingte Kündigung‘). Eine negative Prognose liegt vor, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde auch zukünftig den Arbeitsvertrag nach einer Kündigungsandrohung erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen (ErfK/Oetker 9. Aufl. § 1 KSchG Rn. 197) . Deshalb setzt eine Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung regelmäßig eine Abmahnung voraus. Diese dient der Objektivierung der negativen Prognose. Liegt eine ordnungsgemäße Abmahnung vor und verletzt der Arbeitnehmer erneut seine vertraglichen Pflichten, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen (ErfK/Oetker aaO. Rn. 199).

2. Ausgehend von diesen Grundsätzen hat der Kläger schuldhaft gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen (a), indessen fehlt es für die Feststellung der negativen Prognose an einer einschlägigen Abmahnung (b).

a) Das Arbeitsgericht hat zutreffend ausgeführt, dass der Kläger durch die Weigerung, sich am 04.12.2007 amtsärztlich untersuchen zu lassen und die ihn behandelnden Ärzte beim Gesundheitsamt gegenüber der Beklagten von der Schweigepflicht zu entbinden, gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen hat.

aa) Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass § 7 Abs. 2 BAT auf das Arbeitsverhältnis der Parteien keine Anwendung mehr findet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien bestimmt sich seit dem 01.11.2006 kraft einzelvertraglicher Inbezugnahme nach dem den BAT ersetzenden TV-L. § 2 des Arbeitsvertrages nimmt nicht nur auf den BAT selbst, sondern auch auf die diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge in der jeweils geltenden Fassung Bezug. Mit Inkrafttreten des TV-L (§ 39 Abs. 1 S. 1 TV-L) hat dieser mit Wirkung ab dem 01.11.2006 den BAT ersetzt (§ 2 Abs. 1 TVÜ-Länder i. V. m. Ziff. 1 der Anlage 1 TVÜ-Länder Teil A).

bb) Nach § 3 Abs. 5 S. 1 TV-L ist der Arbeitgeber berechtigt, bei „begründeter Veranlassung“ den Arbeitnehmer zu verpflichten, durch eine ärztliche Bescheinigung nachzuweisen, dass er zur Leistung der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit in der Lage ist. Diese Untersuchung kann nach § 3 Abs. 5 S. 2 TV-L auch durch einen Amtsarzt erfolgen. Die Tarifnorm ist inhaltlich vergleichbar mit § 7 Abs. 2 BAT, die den Arbeitgeber berechtigte, bei „gegebener Veranlassung“ durch einen Vertrauensarzt oder das Gesundheitsamt die Dienstfähigkeit des Arbeitnehmers feststellen zu lassen (vgl. Breier/Dassau/Kiefer/Thivessen, TV-L, Rn. 137 zu § 3). Da die Rechtsprechung bereits früher an das Merkmal der "gegebenen Veranlassung" in § 7 Abs. 2 BAT strenge Anforderungen gestellt hatte, hat sich die Tariflage durch das in der tariflichen Neuregelung enthaltene Merkmal der "begründeten Veranlassung" nicht wesentlich verändert (LAG Köln Ur. v. 11.06.2008 – 3 Sa 1505/07 -, zit. n. Juris; Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese, TV-L, Rn. 333 zu § 3). Die Tarifvertragsparteien haben das in § 3 abs. 5 TV-L geänderte Tarifmerkmal der „begründeten Veranlassung“ ersichtlich den von der Rechtsprechung zu dem Tarifmerkmal „gegebenen Veranlassung“ in § 7 Abs. 2 BAT entwickelten strengen Maßstab angepasst. Die zur früheren Tariflage ergangene Rechtsprechung kann damit weiterhin herangezogen werden. Danach stellt die Weigerung des Arbeitnehmers, an der zulässigerweise angeordneten Untersuchung mitzuwirken, die Verletzung einer arbeitsvertraglichen Nebenpflicht dar, die bei entsprechender Beharrlichkeit nach einschlägiger Abmahnung eine Kündigung, auch eine außerordentliche Kündigung eines tariflich ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmers, rechtfertigen kann (BAG Ur. v. 06.11.1997 - 2 AZR 801/96 -, EZA § 626 BGB n. F. Nr. 171; BAG Ur. v. 07.11.2002 - 2 AZR 475/01 -, NZA 2003, 719, 720; LAG Köln, Ur. v. 17.03.2006 - 4 Sa 85/05 -, zit. n. Juris; LAG Baden-Württemberg, Ur. v. 05.12.2001 - 2 Sa 63/01 -, zit. n. Juris). Die hierzu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze und Anforderungen hat das Arbeitsgericht in den Entscheidungsgründen unter Ziff. 3. a) zutreffend wiedergegeben. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird hierauf verwiesen. Insbesondere hat das Arbeitsgericht auch zutreffend darauf hingewiesen, dass zu der Verpflichtung aus § 3 Abs. 5 TV-L (vormals § 7 Abs. 2 BAT) nicht nur die eigentliche amtsärztliche Untersuchung zählt, sondern auch die Schweigepflichtentbindungserklärung. Zwar tangiert eine derartige ärztliche Untersuchung stets die Intimsphäre des Arbeitnehmers, die durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich ge-

schützt wird. Andererseits würden aber Grundrechtspositionen des Arbeitgebers (Art. 12 und 14 GG) verletzt, würde nicht sein berechtigtes Bedürfnis auf Information darüber erfüllt, ob lediglich eine vorübergehende Arbeitsunfähigkeit oder eine Erwerbsunfähigkeit des Angestellten vorliegt. Zudem hat der Arbeitgeber bei einer langandauernden Erkrankung auch im Hinblick auf eine vorausschauende Personalplanung ein berechtigtes Interesse, über die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit fachkundlich in Kenntnis gesetzt zu werden (BAG Urt. v. 06.11.1997 – 2 AZR 801/96 -, AP Nr. 142 zu § 626 BGB). Die aus § 3 Abs. 5 TV-L resultierende Verpflichtung zur amtsärztlichen Untersuchung dient gerade dem Erkenntniswert des Arbeitgebers. Dieser Zweck würde durch die Weigerung der dem Amtsarzt gegenüber abzugebenden Schweigepflichtentbindungserklärung zugunsten des Arbeitgebers konterkariert.

cc) Hieran gemessen hat der Kläger am 04.12.2007 schuldhaft seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag i. V. m. § 3 Abs. 5 TV-L verletzt. Der Kläger wendet sich mit der Berufung nicht gegen die Feststellung, dass die Anordnung der amtsärztlichen Untersuchung durch einen begründeten Anlass bedingt war. Der Kläger war zu jenem Zeitpunkt unstreitig bereits nahezu ein Jahr lang arbeitsunfähig erkrankt, ohne auf die Angebote der Beklagten zur Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements reagiert zu haben. Die Beklagte hatte mithin – wie das Arbeitsgericht zu Recht festgestellt hat – ein berechtigtes Interesse daran, festzustellen, ob sie einen weiteren Einsatz des Klägers planen kann. Es bestand mithin gemäß § 3 Abs. 5 TV-L ein begründeter Anlass zur Anordnung der amtsärztlichen Untersuchung.

Entgegen der Auffassung des Klägers war er nicht berechtigt, die amtsärztliche Untersuchung und die damit einhergehende Abgabe der Schweigepflichtentbindungserklärung zu verweigern, weil er den hierfür vorgesehenen Vordruck für zu weitgehend hielt. Mit dem Arbeitsgericht ist auch die Berufungskammer der Auffassung, dass es dem Kläger möglich und auch zumutbar gewesen wäre, durch einschränkende Zusätze den Adressatenkreis der Entbindungserklärung (z.B. Personalabteilung) zu begrenzen. Der Kläger hat sich diesbezüglich nicht in einem unverschuldeten Rechtsirrtum befunden. Er kann sich insoweit nicht auf die zitierte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 06.11.1997 - 2 AZR 801/96 - bzw. auf die dort in Bezug

genommene Entscheidung vom 23.02.1967 - 2 AZR 124/66 - (AP Nr. 1 zu § 7 BAT) berufen. Der in der zuletzt zitierten Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt war mit dem vorliegenden in keiner Weise vergleichbar. Der Kläger hat weder vorgetragen noch unter Beweis gestellt, dass er den zuständigen Amtsarzt überhaupt gefragt hat, ob er das Formular benutzen oder eine eigene Entbindungserklärung abgeben könne oder ob er auf dem Formular einschränkende Zusätze machen dürfe. Auch hätte ein klärendes Telefonat mit der Personalabteilung der Beklagten zur Lösung seiner Probleme in Bezug auf die informationelle Selbstbestimmung führen können. Stattdessen hat er seine Mitwirkung an der amtsärztlichen Untersuchung in Gänze und kompromisslos verweigert. Hierzu war er erkennbar nicht berechtigt.

b) Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts rechtfertigt die schuldhafte Verletzung der vertraglichen Nebenpflicht, die aus begründeter Veranlassung erfolgte Anordnung zur amtsärztlichen Untersuchung zu verweigern, keine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Die Kündigung widerspricht dem das gesamte Kündigungsrecht beherrschenden ultima-ratio-Prinzip. Bei einer Pflichtverletzung aus dem Leistungsbereich ist der Arbeitgeber grundsätzlich vor Ausspruch einer Kündigung verpflichtet, den Arbeitnehmer auf die Vertragswidrigkeit seines Verhaltens hinzuweisen und entsprechend abzumahnern. Erst nach Erteilung einer Abmahnung kann im Wiederholungsfalle eine negative Prognose über künftig drohende weitere Vertragsverletzungen gleicher Art getroffen werden.

aa) Die Beklagte kann sich insoweit nicht mit Erfolg auf die dem Kläger am 14.11.2007 erteilte Abmahnung berufen. Hierin hat die Beklagte dem Kläger vorgeworfen, zu der am 06.11.2007 vom Gesundheitsamt anberaumten amtsärztlichen Untersuchung unentschuldigt nicht erschienen zu sein, und zugleich für den Fall angedroht, dass er künftig den dienstlichen Anweisungen nicht Folge leistet und seine Mitwirkungspflichten verweigert, das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen. Formell handelt es sich hierbei um eine einschlägige Abmahnung, indessen hat die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte weder substantiiert vorgetragen noch unter Beweis gestellt, dass der Kläger jener Untersuchung schuldhaft ferngeblieben ist. Die Versäumung des Untersuchungstermins kann nur dann als schuldhaft angesehen werden, wenn den Kläger auch die Einladung hierzu erreicht hat. Die Beklagte

hat nicht zu beweisen vermocht, dass der Kläger zu dem Termin am 06.11.2007 rechtzeitig eingeladen worden ist. Insbesondere weist das an den Kläger gerichtete Schreiben der Beklagten vom 18.10.2007 noch keinen Termin aus. Lediglich in dem Schreiben vom 14.11.2007 teilte das Gesundheitsamt der Beklagten mit, dass es den Kläger „schriftlich am 23.10.2007“ zur Untersuchung am 06.11.2007 einbestellt habe. Das an den Kläger selbst gerichtete Schreiben vom 23.10.2007 befindet sich nicht in der Akte, sodass ein darauf evtl. befindlicher Ab-Vermerk (vgl. Einladungsschreiben vom 14.11.2007, Bl. 35 d. A.) nicht geprüft werden kann. Im Übrigen belegt allein das Absenden eines Schriftstücks noch nicht dessen Zugang. Der Kläger selbst hat bereits in seiner Gegenvorstellung vom 22.11.2007 darauf hingewiesen, dass er die Einladung zu dem Untersuchungstermin erst nach Erhalt der Abmahnung und damit zugleich auch nach dem Untersuchungstermin erhalten habe. Zugunsten des Klägers muss mithin davon ausgegangen werden, dass er von dem Untersuchungstermin am 06.11.2007 aus Gründen, die außerhalb seines Verantwortungsbereiches liegen, keine Kenntnis hatte.

Wenn dem Kläger die Einladung zur amtsärztlichen Untersuchung am 06.11.2007 erst nach diesem Zeitpunkt zugegangen ist, so geht die darauf erfolgte Abmahnung ins Leere. Der Kläger hat sein Nichterscheinen nicht zu vertreten.

bb) Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts kann sich die Beklagte nicht auf die zurückliegenden Abmahnungen vom 10.11.2006 und 28.11.2006 berufen. Die diesen Abmahnungen zugrunde liegenden Sachverhalte sind mit dem vorliegenden nicht vergleichbar. In den dortigen Abmahnungen rügte die Beklagte, dass der Kläger trotz Anweisung die von ihm gefertigten Sozialberichte nicht an den zuständigen Oberarzt herausgegeben hatte. Dort ging es mithin um Behandlungsinhalte, vorliegend jedoch in Bezug auf die geforderte Schweigepflichtentbindungserklärung um den Schutz höchstpersönlicher Daten des Klägers selbst ohne direkten Zusammenhang mit der vom Kläger ausgeübten Tätigkeit.

Dementsprechend lagen die Voraussetzungen für eine sozial gerechtfertigte Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen mangels einschlägiger Abmahnung nicht vor.

II. Soweit sich der Kläger mit seiner Berufung ebenfalls gegen die Abweisung seines Antrages auf bezahlte Freistellung wendet, ist die Berufung bereits unzulässig. Diesbezüglich hat der Kläger die Berufung weder innerhalb der Berufungsbegründungsfrist noch überhaupt begründet. Eine Auseinandersetzung mit den Urteilsgründen fehlt. Im Übrigen ist die Berufung aber auch unbegründet. Eine Anspruchsgrundlage für die begehrte Freistellung bis zur Aufnahme eines neuen Arbeitsverhältnisses war von Anfang an nicht ersichtlich. Insbesondere ist der erstinstanzlich erfolgte schlichte Verweis auf die Rechtsvorschrift des § 629 BGB keine tragfähige Begründung für eine dauerhafte Freistellung. Bereits die Überschrift der Norm belegt den Sinn und Zweck der Vorschrift: Freizeit zur Stellensuche. Der Arbeitgeber hat danach den Arbeitnehmer infolge einer Kündigung freizustellen, um sich bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend zu melden oder bei einem neuen Arbeitgeber vorzustellen. Hierbei handelt es sich jeweils um kurzfristige Freistellungen.

Ungeachtet dessen ist das Rechtsschutzinteresse für die begehrte Freistellung aber auch durch den erfolgreichen Auflösungsantrag der Beklagten (Ziff. III dieser Entscheidungsgründe) entfallen.

III. Auf Antrag der Beklagten war das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung gemäß §§ 9, 10 KSchG aufzulösen.

1. Nach § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG ist das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Arbeitgebers aufzulösen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Nach der Grundkonzeption des Kündigungsschutzgesetzes führt eine Sozialwidrigkeit der Kündigung 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 eine Vertrauensgrundlage für eine sinnvolle Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr besteht. Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses

kommt hiernach nur ausnahmsweise in Betracht. An die Auflösungsgründe sind strenge Anforderungen zu stellen (st. Rspr. des BAG, vgl. nur: Urt. v. 02.06.2005 - 2 AZR 234/04 -, AP Nr. 51 zu § 9 KSchG 1969 m. w. N.) . Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu erwarten ist, ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz. Im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag ist zu fragen, ob in Zukunft noch mit einer den Betriebszwecken dienenden weiteren Zusammenarbeit der Parteien zu rechnen ist. Als Auflösungsgründe für den Arbeitgeber gemäß § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG kommen 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. Die Gründe, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen den Vertragspartnern nicht erwarten lassen, müssen zwar nicht im Verhalten, insbesondere nicht im schuldhaften Verhalten des Arbeitnehmers liegen. Auch kann die bloße Weigerung von Arbeitskollegen, mit einem Arbeitnehmer zusammenzuarbeiten, die Auflösung nach § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG genauso wenig rechtfertigen, wie es dem Arbeitgeber gestattet sein kann, sich auf Auflösungsgründe zu berufen, die von ihm selbst oder von Personen, für die er einzustehen hat, provoziert worden sind (BAG Urt. v. 23.10.2008 – 2 AZR 483/07 -, zit. n. Juris). Umstände, die nicht geeignet sind, die Kündigung sozial zu rechtfertigen, können aber zur Begründung des Auflösungsantrags herangezogen werden, jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber sich noch auf zusätzliche Tatsachen beruft (KR/Spilger, 8. Aufl., Rn. 58 zu § 9 KSchG).

Die Beurteilung der Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG erfordert verfassungsrechtlich eine Abwägung, die der Grundkonzeption des Kündigungsschutzgesetzes als eines Bestandsschutzgesetzes und dem Ausnahmecharakter des Auflösungsbegehrens zureichend Rechnung trägt (BVerfG Beschl. v. 14.01.2008 – 1 BvR 273/03 -, zit. n. Juris). Bei der Anwendung des § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG sind daher die wechselseitigen Grundrechtspositionen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers zu

berücksichtigen und vor allem abzuwägen (BVerfG Beschl. v. 14.01.2008 – 1 BvR 273/03 -, zit. n. Juris; BAG Urt. v. 23.10.2008 – 2 AZR 483/07 -, zit. n. Juris).

2. Die obigen Ausführungen zugrunde gelegt, ist eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hier nicht mehr zu erwarten.

Der Kläger hat in der Vergangenheit kontinuierlich gezeigt, dass er nicht gewillt ist, die Organisationshoheit der Beklagten und Führungskompetenz seiner Vorgesetzten anzuerkennen und den dienstlichen Anweisungen Folge zu leisten. Der Kläger war weder bereit, die Patienten nach dem Willen der Beklagten zu einer Nachbehandlung bei der Kooperationspartnerin der Beklagten, der Fachklinik H..., zu veranlassen noch dem ärztlichen Personal Patientenberichte zur Verfügung zu stellen. Er war nach monatelanger Erkrankung nicht bereit, bei einer amtsärztlichen Untersuchung seiner Mitwirkungspflicht nach § 3 Abs. 5 TV-L nachzukommen. Angebote der Beklagten zum Eingliederungsmanagement blieben ohne Reaktion.

Ursache dieser Verweigerungshaltung war nach eigenem Sachvortrag des Klägers, dass er der Beklagten misstraute. Dieses grundlegende Misstrauen betraf nicht nur einzelne Aufgabenbereiche, sondern erstreckte sich auf nahezu alle Interaktionskontakte zwischen den Parteien. Der Kläger zweifelte in dem von ihm selbst zur Akte gereichten Schreiben an seinen Prozessbevollmächtigten vom 29.01.2009 (Bl. 233 ff. d. A.) die Therapiekompetenz des ärztlichen Personals der Beklagten an, warf ihnen grobe Behandlungsfehler vor und behauptete, dass er diese habe vertuschen sollen. Er sah in den dienstlichen Weisungen in Zusammenhang mit dem Kooperationsvertrag unzulässige Eingriffe der Beklagten in die individuelle Entscheidungsfreiheit der Patienten. Zudem befürchtete er im Falle der Abgabe einer Schweigepflichtentbindung bei der amtsärztlichen Untersuchung die missbräuchliche Verwendung seiner persönlichen Daten durch die Beklagte.

In dem an seinen Prozessbevollmächtigten gerichteten Schreiben vom 13.02.2009 (Bl. 241 f. d. A.) erhob er den Vorwurf, Mitarbeiter der Beklagten hätten wiederholt gegen ihn gerichtete Straftaten begangen. Im Nachgang zu dem erstinstanzlichen

Verfahren hat der Kläger mit an die Landeskasse gerichtetem Schreiben vom 28.01.2009 (Bl. 203 d. A.) seinem ihm vorgesetzten Oberarzt Verleumdung und Nötigung vorgeworfen sowie die versuchte Anstiftung zur Begehung von Straftaten.

Nach eigenem Bekunden des Klägers wurden von ihm entsprechende Strafanträge gegen insgesamt neun Mitarbeiter der Beklagten bei der L... Staatsanwaltschaft gestellt. Die Ermittlungsverfahren wurden allesamt eingestellt. In dem von ihm persönlich eingereichten Schriftsatz vom 30.04.2009 hat der Kläger der Beklagten vorgeworfen, in rechtswidriger Weise seinen dienstlichen Internet- und E-Mailverkehr auszuforschen, Patientenunterlagen während seiner Abwesenheit aus seinem verschlossenen Büro gestohlen zu haben und durch systematisch grobe Behandlungsfehler der Ärzte dazu beigetragen zu haben, dass eine ehemalige Patientin zunächst ihren Sohn in der Badewanne ertränkt und sodann versucht habe, sich selbst das Leben zu nehmen. Die von ihm abverlangte verfassungswidrige Schweigepflichtentbindung habe nur den Zweck, über die so rechtswidrig über ihn erlangten Informationen dann das Bild eines schwer gestörten ehemaligen Mitarbeiters aufzubauen, um die Behandlungsfehler und deren Folgen des ärztlichen Personals vertuschen zu können.

Alle diese in Zusammenhang mit der Kündigung stehenden Umstände rechtfertigen insgesamt den Schluss, dass eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Kläger nicht mehr erwartet werden kann. Das Vertrauensverhältnis ist in Gänze und aus Sicht der Kammer irreparabel zerstört. Hiervon geht der Kläger ersichtlich selbst aus. Bereits erstinstanzlich hat er mit Schriftsatz vom 13.07.2008 darauf hingewiesen, dass er ebenfalls davon ausgehe, dass die Vertrauensbasis zerstört sei und seines Erachtens nur die bezahlte Freistellung vom Dienst bis zur Findung eines adäquaten Arbeitsplatzes bei einem anderen Arbeitgeber möglich und zumutbar sei. Hieraus resultiert auch sein unbegründeter Antrag zu Ziff. 2.

3. Das Arbeitsverhältnis war somit nach § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG durch Urteil gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen. Die Höhe der Abfindung ist gesetzlich nicht absolut bestimmt, sondern nur auf einen Betrag bis zu zwölf Monatsverdiensten begrenzt, § 10 Abs. 1 KSchG. Der Grundsatz der Angemessenheit der Abfindungshöhe

folgt aus § 9 Abs. 1 KSchG selbst. Der beantragte Abfindungsbetrag in Höhe von € 5.000,00 ist gemäß § 10 KSchG auch angemessen. Er liegt geringfügig über dem sogenannten Regelsatz in Höhe eines halben Monatsgehaltes pro Beschäftigungsjahr (LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 17.12.2002 – 2 Sa 415702 -, zit. N. Juris).

IV. Nach alledem war das Urteil des Arbeitsgerichtes abzuändern und der Klage hinsichtlich des Klagantrages zu 1.) wie auch dem Hilfsantrag der Beklagten stattzugeben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 ArbGG.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision lagen nicht vor, § 72 Abs. 2 ArbGG.