

Außerordentliche Kündigung eines Chefarztes wegen Abrechnungsbetruges

Bernhard Dehong, Karlsruhe¹

Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 17.4.2013²

Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen hat mit Urteil vom 17.4.2013³ die fristlose Kündigung eines Chefarztes wegen dessen unzulässiger Abrechnung stationärer Wahlleistungen als wirksam erachtet. Dem Chefarzt wurde vorgeworfen, nicht von ihm persönlich erbrachte Herzschritt-macher-Implantationen bei stationären Wahlleistungspatienten betrügerisch abgerechnet zu haben. Während das Arbeitsgericht Braunschweig in I. Instanz der Kündigungsschutzklage des Chefarztes stattgegeben hatte, hat das Landesarbeitsgericht Niedersachsen in dem inzwischen rechtskräftigen Urteil die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Chefarzt als wirksam erachtet. Damit verlor dieser Chefarzt nach 12jähriger, bis zum Ausspruch der Kündigung unbeanstandeter Betriebszugehörigkeit sein Arbeitsverhältnis. Dem Krankenhausträger war es gelungen, das Landesarbeitsgericht davon zu überzeugen, dass dieser Chefarzt ärztliche Leistungen bei stationären Wahlleistungspatienten abgerechnet hatte, die der Chefarzt weder selbst noch unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht hatte. Zudem lag keine wirksame Stellvertretervereinbarung vor. Die Einwände des Chefarztes, er habe dem Gebot der persönlichen Leistungserbringung entsprochen, indem er dem Operateur „unsteril“ assistiert, mit diesem in einem fachlichen Dialog gestanden und sich mit ihm abgesprochen habe, hat das Landesarbeitsgericht nicht gelten lassen. Es zeigte sich im Gegenteil davon überzeugt, dass der Chefarzt planvoll und zielgerichtet das Gebot der persönlichen Leistungserbringung „beharrlich missachtet“ habe.

Auch wenn das Landesarbeitsgericht Niedersachsen lediglich einen konkreten Einzelfall entschieden hat, setzt sich das Landesarbeitsgericht mit geradezu typischen Argumentationsmustern in Kündigungsschutzprozessen von Chefarzten auseinander.

I. Der entschiedene Sachverhalt

Dem klagenden Chefarzt war das Liquidationsrecht für die Behandlung stationärer Wahlleistungspatienten eingeräumt. Der Krankenhausträger erklärte am 7.9.2011 eine fristlose Kündigung wegen mehrerer dem Chefarzt als unzulässig vorgeworfener Abrechnungen von Herzschritt-macher-Implantationen bei stationären Wahlleistungspatienten. Die Implantationen wurden durch den Oberarzt Dr. P. vorgenommen. Zur Abrechnung dieser Leistungen

sei der Chefarzt nicht berechtigt gewesen, weil er sie nicht persönlich erbracht und mit den Wahlleistungspatienten auch keine wirksame Vereinbarung über eine Vertretung durch Dr. P. geschlossen habe.

Der Krankenhausträger hatte vor Ausspruch der Kündigung unstrittig keine Abmahnungen erteilt, wohl aber in einer E-Mail sowie in einem persönlichen Schreiben an den Kläger auf die Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung hingewiesen. In diesem Schreiben hat der Krankenhausträger u.a. ausgeführt,

1 Rechtsanwalt Dr. Bernhard Dehong, Fachanwalt für Medizinrecht und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Karlsruhe.

2 Urteil des LAG Niedersachsen vom 17.4.2013 - 2 Sa 179/12 -

3 a.a.O.

dass Abrechnungen nach GOÄ, die nicht persönlich erbrachte Leistungen beinhalten, einen strafbaren Tatbestand und somit einen Abrechnungsbetrug darstellen. Weiterhin hatte der Krankenträger im Rahmen einer Klinikkonferenz, an der auch der Chefarzt teilnahm, auf das Erfordernis der persönlichen Leistungserbringung hingewiesen.

II. Aus den Gründen des Urteils des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen

Die außerordentliche Kündigung ist wirksam.

Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist dabei nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes in zwei Stufen zu prüfen. Zunächst ist festzustellen, ob ein bestimmter Sachverhalt an sich geeignet ist, einen Kündigungsgrund zu bilden. Sodann ist im Wege einer umfassenden Interessenabwägung festzustellen, ob unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles ein wichtiger Grund vorliegt (BAG, 27.4.2006 - 2 AZR 386/05 - AP BGB 626 Nr. 202; BAG, 25.3.2004 - 2 AZR 331/03 - AP BGB § 626 Nr. 189; BAG, 14.9.1994 - 2 AZR 164/94 - AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24).

Der kündigende Arbeitgeber ist darlegungs- und beweispflichtig für alle Umstände des wichtigen Grundes im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB. Er muss alle Tatsachen darlegen und

ggf. beweisen, die den Vorwurf begründen, der Arbeitnehmer habe vertragswidrig gehandelt. Im Vertragsrecht indiziert ein bestimmter Sachverhalt, der den objektiven Voraussetzungen für eine Vertragsverletzung entspricht, nicht zugleich ein rechts- bzw. vertragswidriges Verhalten; vielmehr muss die Rechtswidrigkeit des beanstandeten Verhaltens besonders begründet werden. Deshalb muss der Arbeitgeber ggf. auch die Tatsachen beweisen, welche einen Rechtfertigungsgrund für das Verhalten des Arbeitnehmers ausschließen. Das Fehlen eines solchen Grundes gehört zu den die Kündigung bedingenden Tatsachen (BAG, 17.6.2003 - 2 AZR 123/02 - AP ZPO 1977 § 543 Nr. 13).

Der Arbeitgeber braucht nicht von vornherein alle nur denkbaren Rechtfertigungsgründe des Arbeitnehmers zu widerlegen. Es reicht nicht aus, wenn der Arbeitnehmer Rechtfertigungsgründe pauschal und ohne nähere Substantiierung vorbringt. Vielmehr ist er nach § 138 Abs. 2 ZPO gehalten, die Tatsachen, aus denen er eine Rechtfertigung seines Verhaltens herleiten will, ausführlich vorzutragen. Erst eine substantiierte Einlassung des Arbeitnehmers ermöglicht dem Arbeitgeber die Überprüfung dieser tatsächlichen Angaben und auch einen erforderlichen Beweisantritt, falls er sie für unrichtig hält (BAG, 19.12.1991 - 2 AZR 367/91 - RzK 1 6a Nr. 82).

Die Beklagte kann die außerordentliche Kündigung vom 7.9.2011 darauf stützen, dass der Kläger ärztliche Leistungen abgerechnet hat, zu deren Abrechnung er nach § 4 Abs. 2 der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) nicht berechtigt war.

Der wichtige Grund für die außerordentliche Kündigung

Der von der Beklagten vorgetragene Sachverhalt des Abrechnungsbe-

truges bei den Herzschrittmacher-Implantationen ist an sich ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB.

Ein wichtiger Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB kann nicht nur in einer erheblichen Verletzung der vertraglichen Hauptleistungspflicht liegen. Auch die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten, insbesondere eine Verletzung der vertraglichen Rücksichtnahmepflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB, die dem Schutz und der Förderung des Vertragszweckes dienen, kann an sich ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung sein. Dies gilt umso mehr, wenn berechnete Belange des Arbeitgebers erheblich gestört werden, weil das Verhalten des Arbeitnehmers geeignet ist, den Ruf des Arbeitgebers im Geschäftsverkehr zu gefährden (BAG, 2.3.2006 - 2 AZR 53/05 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 14). Die vertragliche Rücksichtnahmepflicht verlangt von den Parteien eines Arbeitsverhältnisses, gegenseitig auf die Rechtsgüter und die Interessen der jeweils anderen Partei Rücksicht zu nehmen. Der Arbeitnehmer hat seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebes nach Treu und Glauben billigerweise erwartet werden kann. Der konkrete Inhalt der Rücksichtnahmepflicht ergibt sich aus dem jeweiligen Arbeitsverhältnis. Insbesondere bei Arbeitnehmern in leitender Position hat deren Stellung unmittelbaren Einfluss auf die vertragliche Pflichtenstruktur (BAG, 7.9.1995 - 8 AZR 828/93 - BAGE 81, 15; BAG, 11.3.1999 - 2 AZR 507/98 - AP BGB § 626 Nr. 149). Gerade diese Mitarbeiter sind verpflichtet, zur Förderung des Ver-

tragszweckes ihr Verhalten in der Weise einzurichten, dass es das Ansehen des Arbeitgebers nicht beschädigt.

Bei insgesamt sieben Herzschritt- macher-Implantationen im Zeitraum April 2009 bis Oktober 2009 war Dr. P. als Operateur tätig. Hierbei handelt es sich um die Herzschrittma- cher-Implantationen an folgenden Tagen: 23.4.2009, 24.9.2009, 2.11.2009, 10.12.2009, 21.1.2010, 30.9.2010 und 14.10.2010.

Der Kläger hat die vorgenannten Herzschritt- macher-Implantationen als Wahlleistungen gegenüber dem Patienten abgerechnet, obgleich die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ nicht vorgelegen haben.

Keine persönliche Leistung des Chefarztes

Gemäß § 4 Abs. 2 GOÄ kann der Arzt Gebühren nur für selbständige ärztliche Leistungen berechnen, die er selbst erbracht hat oder die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Wei- sung erbracht wurden (eigene Lei- stungen).

Die erstgenannte Alternative liegt nicht vor. Die vorgenannten Herz- schrittmacher-Implantationen wur- den sämtlich von Dr. P. vorgenom- men.

Auch die Voraussetzungen der zweiten Alternative sind nicht er- füllt.

Nach den Grundsätzen der gebüh- renrechtlichen Delegation kann der Chefarzt gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ selbständige ärztliche Leistungen berechnen, die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht werden. Hierfür reicht es allerdings nicht aus, dass der Chefarzt allge- meine organisatorische Weisungen gibt oder die Mitarbeiter sorgfältig aus- wählt oder überwacht. Er muss viel- mehr an der Leistungserbringung im Einzelfall mitwirken und die nach der jeweiligen Art der Leistung ge-

botene Aufsicht führen. Der Chefarzt muss der Verantwortlichkeit für die Durchführung der delegierten Lei- stungen im Einzelfall tatsächlich und fachlich gerecht werden. Eine derar- tige Aufsicht setzt aber - wenn schon nicht Anwesenheit - dann jedenfalls die Möglichkeit, unverzüglich per- sönlich einwirken zu können, voraus. Dagegen reicht es nicht aus, dass der Chefarzt die Behandlung nur super- visiert und fachlich begleitet. Da- durch werden die eigenverantwort- lich durch Dritte durchgeführten Behandlungsmaßnahmen noch nicht zu eigenen Leistungen des Chefarz- tes, zumal die Oberaufsicht, unab- hängig von einer Wahlleistungsver- einbarung, ohnehin dem Chefarzt obliegt. Es reicht nicht aus, dass er lediglich im Sinne einer Oberauf- sicht die grundlegende Entschei- dung einer Behandlung von Wahllei- stungspatienten selbst trifft, deren Vollzug überwacht und entsprechen- de Weisungen erteilen kann. Es kann nicht angenommen werden, dass ein Patient den Behandlungsvertrag mit einem Chefarzt abschließt, um die ohnehin im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistungen geschuldete ärztliche Leistung nochmals zu ver- einbaren und zu bezahlen.

Zur Erfüllung der Verpflich- tung aus dem Wahlarztvertrag ist es erforderlich, dass der Chefarzt durch sein eigenes Tätigwerden der wahlärztlichen Behandlung sein persönliches Gepräge gibt, d. h. er muss sich zu Beginn, wäh- rend und zum Abschluss der Be- handlung mit dem Patienten be- fassen. Kernleistungen hat er stets persönlich zu erbringen.

Dabei ist bei jeder einzelnen Be- handlungsmaßnahme zu fragen, ob sie dem Wahlarzt nach herkömmli-

chem Verständnis zur eigenen Ver- antwortung zuzurechnen ist (vgl. Genzel/Degener/Hencke in Laufs/ Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., § 82 Rdnr. 131; OLG Olden- burg, 14.12.2011 - 5 U 183/11 - NJW 2012, 1597, = ArztR 2012, 32; OLG Frankfurt, 4.8.2011 - 8 O 226/10 - GesR 2011, 680, Uleer/Miebach/Patt, 3. Aufl., § 4 GOÄ Rdnr. 58). Ist dies nicht gewährleistet, so handelt es sich nicht um eine zulässige gebüh- renrechtliche Delegation. Der Hono- rarsanspruch des Chefarztes besteht nicht, weil es sich nach § 4 Abs. 2 S.1 GOÄ nicht um eine eigene Leistung handelt.

Diese Voraussetzung der Lei- stungserbringung unter Ausübung der Aufsichtspflicht liegt nicht vor. Erforderlich ist zumindest, dass der Arzt erreichbar und in der Lage ist, unverzüglich persönlich einwirken zu können, falls dies notwendig ist. Der Kläger hat sich jedoch trotz des zulässigen einfachen Bestreitens der Beklagten - diese hat keine Kenntnis der maßgebenden Tatsachen, welche auf eine Ausübung der Aufsicht nach fachlicher Weisung durch den Kläger schließen lassen könnten - auf den substanzlosen Vortrag beschränkt, er habe bei den Implantationen Dr. P. „unsteril“ assistiert, mit ihm in ei- nem fachlichen Dialog gestanden und sich mit ihm abgesprochen. Auf- grund der großen Erfahrung von Dr. P. seien Anweisungen nur erfolgt, wenn sie auch notwendig gewesen seien. Der Kläger hat die von ihm be- haupteten Weisungen nicht näher vorgetragen, insbesondere nicht dar- gelegt, wann, wo und wie er bei wel- chen Herzschritt- macher-Implantati- onen Dr. P. Weisungen erteilt haben will, obgleich er durch die Beklagte und nochmals durch das Arbeitsge- richt in der angefochtenen Entschei- dung auf seinen mangelnden Vortrag hingewiesen worden ist. Ein weiterer Hinweis der Kammer war deshalb entbehrlich (vgl. BAG, 25.4.2012 - 2 AZR 124/11 - NZA 2012, 1223; BGH

23.4.2009 - IX ZR 95/06 - NJW-RR 2010, 70). Unabhängig davon ist tragend auszuführen, dass der Kläger weder erstinstanzlich noch in der Berufung (§ 138 Abs. 3 ZPO) dem Vortrag der Beklagten entgegengetreten ist, Dr. P. habe in seiner Anhörung am 28.8.2011 erklärt, der Kläger sei regelmäßig nicht anwesend gewesen, weil er während des Eingriffs abgerufen worden sei, weil andere Aufgaben hätten erfüllt werden müssen. Der Kläger habe sich lediglich bei den Patienten auf der Station nach deren Befinden erkundigt. Vorliegend fehlt deshalb jeglicher Anhaltspunkt dafür, dass der Kläger im Falle der Implantationen leitend und eigenverantwortlich tätig geworden ist. Besprechungen der Krankheitsverläufe mit Dr. P. oder den Patienten sind hierfür nicht ausreichend.

Die in der „Wichtigen Patienteninformation vor der Vereinbarung von wahlärztlichen Leistungen“ enthaltene Vertreterregelung für den Fall der unvorhergesehenen Verhinderung ist nicht einschlägig. Diese Klausel betrifft lediglich die Fälle, bei denen im Zeitpunkt des Abschlusses der Wahlleistungsvereinbarung die Verhinderung des Wahlarztes - hier des Klägers - nicht bereits feststand, etwa weil die Verhinderung (Krankheit, Urlaub, etc.) selbst noch nicht absehbar war (vgl. hierzu BGH, 20.12.2007 - III ZR 144/07 - BGHZ 175, 76 = ArztR 2008, 98).

In den streitbefangenen Fällen hat es sich nicht um eine unvorhersehbare Verhinderung des Klägers gehandelt. Dagegen spricht schon die langjährige Praxis, dass nämlich Herzschrittmacher-Implantationen immer durch Dr. P. durchgeführt worden sind. Die Beklagte hat unwidersprochen durch den Kläger vorgebracht, Dr. P. habe in seiner Befragung ausgeführt, dass er bis November 2010 Herzschrittmacher meistens allein, ggf. mit Unterstützung

von zwei Assistenzärzten, implantiert habe. Die Leistungen des Klägers seien bei Privatpatienten in diesen Fällen auf schlichte Erkundigungen nach dem Befinden im Anschluss auf der Station reduziert gewesen. Diesem Vortrag ist der Kläger nicht entgegengetreten. Vielmehr hat er selbst im Rahmen seiner Rüge gemäß § 626 Abs. 2 BGB betont, dass Herzschrittmacher-Implantationen immer durch Dr. P. durchgeführt worden seien. Angesichts dieser jahrelang mit Dr. P. geübten Praxis hätte dem Kläger nun obliegen, im Einzelnen vorzutragen, dass es sich bei den streitbefangenen Implantationen um unvorhersehbare Vertretungsfälle im Sinne von Ziffer 3 des Informationsblattes gehandelt hat. Dies ist nicht erfolgt.

Angesichts der jahrelang geübten Praxis kann sich der Kläger auch hinsichtlich des 14.10.2010 nicht auf eine unvorhergesehene Verhinderung berufen. Es ist davon auszugehen, dass der Kläger auch - wenn er nicht erkrankt gewesen wäre - die Implantation nicht durchgeführt hätte. Gegen die entsprechenden Feststellungen in dem angefochtenen Urteil (§ 529 ZPO) hat der Kläger keinen Tatbestandsberichtigungsantrag gestellt. Unabhängig davon ist die behauptete Erkrankung des Klägers auch irrelevant, weil die Patientin B. auch nach dem Vorbringen des Klägers bereits zuvor Dr. P. als Operateur ausgewählt hatte. Demzufolge ist die vom Kläger behauptete Verhinderung infolge einer Erkältung aber kein unvorhergesehener Vertretungsfall im Sinne der Wahlleistungsvereinbarung, sondern eine vorhersehbare Verhinderung des Klägers, die eine entsprechende schriftliche Vertretungsvereinbarung erfordert hätte.

Es ist deshalb von einer vorhersehbaren Verhinderung des Klägers in den streitbefangenen Fällen auszugehen, die von der vorgenannten Wahlarztvereinbarung nicht umfasst wird.

Fehlende Stellvertretervereinbarung im Wege der Individualabrede

Der Kläger hat in den vorgenannten Fällen mit den Patienten keine wirksame Stellvertretervereinbarung im Wege der Individualabrede getroffen.

Der Wahlarzt kann sich durch eine Individualvereinbarung mit dem Patienten von seiner Pflicht zur persönlichen Leistung befreien und deren Ausübung einem Stellvertreter übertragen. Die Tatsache, dass die Auslegungsregel des § 613 Satz 1 BGB dispositiv ist, ermöglicht es mit dem Patienten des Arzt-Zusatzvertrages eine Regelung zu treffen, dass die geschuldeten Leistungen nicht nur von dem vertragschließenden Chefarzt, sondern auch von einem anderen Arzt erbracht werden dürfen. Für derartige Vereinbarungen gelten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH, 20.12.2007 - III ZR 144/07 - BGHZ 175, 76 = ArztR 2008, 98) strenge Anforderungen: Da sich der Patient oftmals in der bedrängenden Situation einer schweren Sorge um seine Gesundheit oder gar sein Überleben befindet und daher zu einer ruhigen und sorgfältigen Abwägung vielfach nicht in der Lage sein wird, bestehen ihm gegenüber nach Treu und Glauben (§ 242 BGB, siehe ferner § 241 Abs. 2 BGB n. F.) vor Abschluss einer solchen Vereinbarung ganz besondere Aufklärungspflichten, bei deren Verletzung dem Honoraranspruch des Wahlarztes der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegensteht. Der Patient ist so früh wie möglich über die Verhinderung des Wahlarztes zu unterrichten und es ist ihm das Angebot zu unterbreiten, dass an dessen Stelle ein bestimmter Vertreter zu den vereinbarten Bedingungen die wahlärztlichen Leistungen erbringt. Soll die Vertretervereinbarung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss des

Wahlleistungsvertrages getroffen werden, ist der Patient auf diese besonders ausdrücklich hinzuweisen. Er ist in der ohnehin psychisch belastenden Situation der Aufnahme in das Krankenhaus bereits mit der umfangreichen Lektüre der schriftlichen Wahlleistungsvereinbarung und der in diesem Zusammenhang notwendigen Belehrungen befasst (vgl. BGH, 8.1.2004 - III ZR 375/02 - NJW 2004, 686 = ArztR 2004, 427; BGH, 22.7.2004 - III ZR 355/03 - NJW - RR 2004, 1428 = ArztR 2005, 127; § 17 Abs. 2 Satz 1 KHEntgG). Dies begründet die nicht unerhebliche Gefahr, dass er der Vertretervereinbarung, die der durch die Wahlleistungsvereinbarung erweckten Erwartung, durch den Wahlarzt behandelt zu werden, widerspricht, nicht die notwendige Aufmerksamkeit zukommen lässt. Weiter ist der Patient über die alternative Option zu unterrichten, auf die Inanspruchnahme wahlärztlicher Leistungen zu verzichten und sich ohne Zuzahlung von dem jeweils diensthabenden Arzt behandeln zu lassen. Ein nochmaliger Hinweis, dass er auch in diesem Fall die medizinisch notwendige Versorgung durch hinreichend qualifizierte Ärzte erfüllt, ist allerdings nicht erforderlich, da eine solche Belehrung bereits vor Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung erteilt werden muss. Ist die jeweilige Maßnahme bis zum Ende der Verhinderung des Wahlarztes verschiebbar, so ist dem Patienten auch dies zur Wahl zu stellen. Weiterhin muss die Vertretervereinbarung schriftlich geschlossen werden, da sie einen Vertrag beinhaltet, durch den die Wahlleistungsvereinbarung geändert wird, für die gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 KHEntgG das Schriftformerfordernis gilt.

Diese Voraussetzungen hat der Kläger nicht eingehalten.

Schriftliche Vertretervereinbarungen liegen nicht vor. Der Einwand des Klägers, die Vertretervereinba-

rung müsse nicht schriftlich abgeschlossen werden, geht ins Leere. Zum einen ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofs eindeutig, zum anderen hatte die Beklagte in ihrem persönlich an den Kläger gerichteten Schreiben vom 25.6.2010 auf die Schriftform besonderen Wert gelegt. Diese Notwendigkeit hatte der Kläger auch durch seine Bestätigung vom 11.10.2010 anerkannt.

Weiterhin hat der Kläger auch nicht dargelegt, dass er die Patienten in dem vom Bundesgerichtshof verlangten erforderlichen Maße aufgeklärt hat. Er hat lediglich angegeben, bei einer entsprechenden medizinischen Indikation mit den Patienten gesprochen und sie in dem Gespräch darauf hingewiesen zu haben, dass Dr. P. über eine große Expertise und langjährige Erfahrung in der Implantation von Herzschrittmachern verfüge. Der Patient habe sodann die Wahl, sich für den besseren Operateur zu entscheiden. Damit hat der Kläger seiner Aufklärungspflicht nicht genügt. Mangels ausreichender Information ist das Einverständnis der Patienten mit einer Delegation auf Dr. P. für die Liquidationsbefugnis des Klägers rechtlich nicht relevant. Der Kläger hat schon nicht vorgetragen, dass er entsprechend der jahrelangen Praxis die Implantation nicht durchführen werde. Er hätte die Patienten darauf hinweisen müssen, dass Dr. P. auch bei Nichtabschluss der Wahlarztvereinbarung die Operation durchführen werde. Auch hat der Kläger nicht vorgetragen, dass er mit den Patienten über die Möglichkeit der Verschiebung der Implantation bis zu einer Vornahme des Eingriffes durch ihn gesprochen hat. Obgleich die Beklagte durchgängig im Prozess auf die mangelnde Aufklärung der Patienten durch den Kläger hingewiesen hat, hat er insoweit seinen Vortrag nicht weiter präzisiert. Die Beklagte hat deshalb bereits erstinstanzlich zu Recht gerügt, dass völlig offen ist,

auf welcher Informationsbasis letztlich die Patienten einverstanden waren, dass Dr. P. die Operation ausführen wird. Auch aus den von dem Kläger zu den Akten gereichten Stellungnahmen der Patienten A., W. und V. ist nicht zu entnehmen, dass der Kläger sie entsprechend den Voraussetzungen des Bundesgerichtshofes aufgeklärt hat. Der Kläger ist in der angefochtenen Entscheidung nochmals auf das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 20.12.2007 - III ZR 144/07 hingewiesen worden. Ferner heißt es in der angefochtenen Entscheidung auf Seite 13, „es hätte nahe gelegen, für all die Fälle, in denen ohnehin eine Übernahme der Operation durch Dr. P. erfolgt wäre, auf diesen Umstand hinzuweisen“. Die von dem Bundesgerichtshof für die Wirksamkeit einer Vertretervereinbarung verlangten Anforderungen an eine Aufklärung der Patienten hinsichtlich der Wirksamkeit einer Vertretervereinbarung waren dem Kläger deshalb bekannt. Trotz der Hinweise des Gerichtes und der Ausführungen der Beklagten hat der Kläger auch in der Berufungsinstanz seinen diesbezüglichen Vortrag nicht weiter spezifiziert. Angesichts dessen war ein weiterer Hinweis des Gerichtes auf die nicht hinreichend durch den Kläger vorgetragene Aufklärung der Patienten nicht erforderlich (vgl. BAG, 25.4.2012 - 2 AZR 124/11 - NZA 2012, 1223; BGH, 23.4.2009 - IX ZR 95/06 - BGH, 22.11.2006 - VIII ZR 72/06 - WM 2007, 984, 986; BGH, 20.12.2007 - IX ZR 207/05 - NJW - RR 2008, 581).

Der Kläger hat gegenüber den Patienten/Krankenkassen über das Vorliegen der den geltend gemachten Zahlungsanspruch begründenden Tatsachen getäuscht. Bei der privatärztlichen Liquidation ist eine gemäß § 12 GOÄ (Fälligkeit und Abrechnung der Vergütung; Rechnung) zu spezifizierende Rechnung zu erstellen, in der die erbrachte Leistung anzugeben ist.

Soweit der Kläger nicht selbst erbrachte ärztliche Leistungen als eigene abgerechnet, hat er nicht lediglich behauptet, zu deren Abrechnung berechtigt zu sein, sondern er hat damit zumindest konkludent auch behauptet, dass die Voraussetzungen der der Abrechnung zu Grunde liegenden Rechtsvorschriften (GOÄ) eingehalten worden sind. Wer eine Leistung einfordert, bringt damit zugleich das Bestehen des zu Grunde liegenden Anspruchs, hier also die Abrechnungsfähigkeit der in Rechnung gestellten ärztlichen Leistungen zum Ausdruck. Darin sieht der Bundesgerichtshof in vergleichbaren Fällen einen strafrechtlich relevanten Abrechnungsbetrug.

(vgl. BGH 25.1.2012 - 1 StR 45/11 - BGHSt 57, 95 = ArztR 2012, 317 m.w.N.). Vorliegend beträgt die monetäre Differenz zwischen einer „normalen“ Implantation und einer wahlärztlichen Leistung ca. 350 Euro (wovon der Kläger die Hälfte als Nutzungsentgelt an die Beklagte abzuführen hatte). Hierbei handelt es sich um einen erheblichen Betrag.

Die Pflichtverletzung ist dem Kläger auch vorzuwerfen.

Der Arbeitgeber trägt im Kündigungsschutzprozess die Darlegungs- und Beweislast auch dafür, dass solche Tatsachen nicht vorgelegen haben, die das Verhalten des Arbeitnehmers gerechtfertigt oder entschuldigt erscheinen lassen. Der Umfang der ihm obliegenden Darlegungslast ist allerdings davon abhängig, wie sich der Arbeitnehmer auf einen bestimmten Vortrag einlässt. Nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast darf sich der Arbeitgeber zunächst darauf beschränken, den objektiven Tatbestand einer Arbeitspflichtverletzung

darzulegen. Will ein Arbeitnehmer geltend machen, er sei aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen gehindert gewesen, seine Pflichten ordnungsgemäß zu erfüllen, muss er diese Gründe genau angeben (BAG, 3.11.2011 - 2 AZR 748/10 - NZA 2012, 607).

Gemessen an diesen Grundsätzen ist davon auszugehen, dass der Kläger in ihm vorwerfbarer Weise gehandelt hat. Er hat nicht substantiiert vorgetragen, dass er gehindert war, seine Pflichten ordnungsgemäß zu erfüllen. Der Kläger hat geltend gemacht, er habe sich bei privaten Krankenversicherungen und der Ärztekammer Niedersachsen rückversichert, dass die von ihm praktizierte und im Prozess vorgetragene Vorgehensweise mit den Abrechnungsvorschriften in Einklang stehe. In diesem Zusammenhang hat der Kläger zwar unter Beweisantritt vorgetragen, welcher Gesprächspartner ihm welche Auskunft gegeben habe, dass seine Vorgehensweise mit § 4 Abs. 2 GOÄ konform gehe. Den Beweisantritten war indes nicht nachzugehen. Die Beklagte musste auch ihrerseits nicht Beweis dafür anbieten, dass der Vortrag des Klägers unrichtig ist. Die Beklagte hat das Vorbringen des Klägers mit Nichtwissen bestritten. Dies war zulässig gemäß § 138 Abs. 4 ZPO, weil es sich um Tatsachen außerhalb des Wahrnehmungsbereiches der Beklagten handelt. Die Beklagte hat zulässigerweise weiterhin gerügt, dass der Kläger es unterlassen habe, vorzutragen, welche konkreten Fragen er den behaupteten Gesprächspartnern gestellt haben will und mit Schriftsatz vom 3.1.2012 im Einzelnen problematisiert, ob der Kläger gefragt habe, ob es der Rechtslage entspräche, die Durchführung von Herzschrittmacher-Implantationen bei Wahlleistungsvereinbarungen auf Dr. P. zu delegieren, ohne hierbei eine schriftliche Vereinbarung mit den Patienten abzuschließen; ob es zulässig sei, eine von Dr. P. erbrachte

Leistung als Wahlleistung abzurechnen, wenn er als Chefarzt überhaupt nicht in der Lage sei, diese Leistung zu erbringen und Dr. P. diese Leistung auch ohne ergänzende Vereinbarung mit den Patienten erbracht hätte und ob es zulässig sei, die Implantation von Herzschrittmachern abzurechnen, obwohl er den Patienten über den vorgenannten Sachverhalt nicht aufgeklärt habe. Im Hinblick auf vorgenannte Regeln zur abgestuften Darlegungs- und Beweislast hätte es nunmehr dem Kläger obliegen, zu dem Vorbringen der Beklagten Stellung zu nehmen und im Einzelnen zu schildern, mit welchen konkreten Fragestellungen er sich an die behaupteten Gesprächspartner gewandt haben will. Der Kläger hat nicht weiter präzisiert, mit welchen Fragestellungen er sich an die Gesprächspartner gewandt haben will. Die im Prozess von ihm vorgetragene Vorgehensweise entspricht - wie oben ausgeführt - nicht den Regelungen der GOÄ. Der mangelnde konkrete Vortrag des Klägers zu den Inhalten seiner Anfragen geht zu seinen Lasten. Ohne genaue Schilderung des Inhaltes der Anfragen entlasten die behaupteten Aussagen der Gesprächspartner den Kläger nicht. Unabhängig von Vorstehendem ist tragend auszuführen, dass dem Kläger als langjährigem praktizierenden Arzt die Regelungen der GOÄ, insbesondere die Voraussetzung des § 4 Abs. 2 GOÄ bekannt sein mussten und auch deshalb ein schuldhaftes Handeln des Klägers vorliegt.

Sonach ist festzuhalten, dass hinsichtlich jeder einzelnen vom Kläger abgerechneten streitbefangenen Herzschrittmacher-Implantation an sich ein Kündigungsgrund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB vorliegt. Unabhängig davon ist zumindest die Gesamtheit der Verstöße bei den Implantationen ein Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB. Im Hinblick auf die Häufigkeit der Verstöße liegt ein Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB

auch dann noch vor, wenn der Kläger tatsächlich - wovon die Kammer nicht ausgeht - am 14.10.2010 unvorhergesehen verhindert gewesen wäre.

Durch sein Verhalten hat der Kläger in jedem einzelnen Fall, davon unabhängig zumindest aber in der Gesamtheit der Verstöße bei den Herzschrittmacher-Implantationen, davon unabhängig zumindest aber bei Berücksichtigung aller Verstöße seine arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht verletzt, denn er hat alles zu unterlassen, was das Ansehen und den Ruf der Beklagten schädigen kann. Der Kläger war bei der Beklagten in einer herausgehobenen Position beschäftigt, nämlich seit Mai 1999 als Chefarzt und in der Zeit vom Juli 2010 bis etwa Ende Juli 2011 überdies als Ärztlicher Direktor. Allein aus dieser herausgehobenen Position war er verpflichtet, sein Verhalten in der Weise einzurichten, dass er das Ansehen der Beklagten nicht beschädigt. Dazu gehört auch, dass er im Rahmen des ihm durch § 8 Abs. 2 des Arbeitsvertrages eingeräumten Rechts, gesondert berechenbare Wahlleistungen zu liquidieren, die Voraussetzungen der GOÄ beachtet. Aufgrund seiner langjährigen Berufserfahrung und seiner herausgehobenen Position als Chefarzt musste der Kläger in besonderem Maße um eine korrekte Liquidation bemüht sein. Er war gehalten, das Vertrauen Außenstehender - hier der Patienten - in die korrekte Abrechnung der medizinischen Leistungen nicht zu erschüttern und auf diese Weise den Ruf der Beklagten zu belasten. Unzulässige Abrechnungen fallen negativ auf die Beklagte zurück. Diese setzt sich damit dem Verdacht aus, aus ihrer Sphäre heraus, durch ihre Mitarbeiter, würden Patienten und Krankenkassen betrogen (vgl. LAG Schleswig-Holstein, 19.8.2009 - 6 Sa 459/08).

Die außerordentliche Kündigung verstößt nicht gegen das ultima-ratio-Prinzip. Danach kommt eine au-

ßerordentliche Kündigung nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind.

Entbehrlichkeit der Abmahnung

Angesichts der Schwere der Vertragsverletzungen bedurfte es keiner vorherigen Abmahnung.

Aufgrund des im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes allgemein geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des für verhaltensbedingte Kündigungen geltende Prognoseprinzips ist vor jeder Kündigung, die wegen eines steuerbaren Fehlverhaltens des Arbeitnehmers ausgesprochen wird, grundsätzlich eine Abmahnung erforderlich. Dies gilt jedenfalls dann, wenn damit gerechnet werden kann, dass die Abmahnung zu einem vertragsgemäßen Verhalten in der Zukunft führen wird und eine Wiederherstellung des Vertrauens zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erwartet werden kann. Eine Abmahnung ist jedoch dann entbehrlich, wenn es um schwerwiegende Pflichtverletzungen geht, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei dem eine Hinnahme oder Duldung dieses Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist (BAG, 23.6.2009 - 2 AZR 103/08 - AP KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59). In einem solchen Fall kann durch eine bloße Abmahnung als milderes Mittel die Wiederherstellung des für ein Arbeitsverhältnis notwendigen Vertrauens nicht erwartet werden (BAG, 12.8.1999 - 2 AZR 123/98 - AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 28; BAG, 10.6.2010 - 2 AZR 541/09 - EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32).

Gemessen an diesen Voraussetzungen war eine vorherige Abmah-

nung des Klägers wegen der Schwere der Pflichtverletzungen entbehrlich. Der Kläger hat planvoll und zielgerichtet gehandelt. Angesichts der Häufigkeit der falschen Abrechnungen liegt kein Flüchtigkeitsfehler oder einmaliger Ausrutscher vor. Der Kläger hat den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung beharrlich missachtet. Ihm mussten die Voraussetzungen des § 4 GOÄ als langjährig praktizierendem Arzt bekannt sein. Dennoch hat er auch nach den Hinweisen und Anordnungen der Beklagten sein pflichtwidriges Handeln fortgesetzt. Die Beklagte hatte den Kläger mit E-Mail vom 22.6.2010 und mit persönlichem Schreiben vom 25.6.2010 ausdrücklich auf die Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung hingewiesen. Insbesondere in dem Schreiben vom 25.6.2010 führt die Beklagte aus, dass Abrechnungen nach GOÄ, die nicht persönlich erbrachte Leistungen beinhalten, einen strafbaren Tatbestand und somit einen Abrechnungsbetrug darstellen. Dadurch hat die Beklagte gegenüber dem Kläger nochmals deutlich gemacht, dass sie Verstöße gegen die GOÄ nicht dulden werde. Weiterhin hat die Beklagte den Kläger am 12.7.2010 im Rahmen einer Klinikkonferenz auf das Erfordernis der persönlichen Leistungserbringung hingewiesen.

Diese **mehrfachen Hinweise hat der Kläger unbeachtet gelassen**. Er hat eine am 30.9.2010 durch Dr. P. durchgeführte Herzschrittmacher-Implantation als wahlärztliche Leistung abgerechnet. Auch nachdem der Kläger am 11.10.2010 die Erklärung unterschrieben hatte, nach der er den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung beachte, hat er nur wenige Tage später, nämlich am 14.10.2010 wiederum die von Dr. P. durchgeführte Herzschrittmacher-Implantation als wahlärztliche Leistung abgerechnet. Bereits durch das Verhalten des Klägers im Hinblick

auf die Herzschrittmachertransplantation vom 30.9.2010 war die für eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauensgrundlage endgültig zerstört. Eine Hinnahme des vorsätzlichen Fehlverhaltens durch die Beklagte war aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung - für den Kläger erkennbar - ausgeschlossen. Unabhängig davon ist - ebenfalls tragend - auszuführen, dass spätestens durch die Unterzeichnung der Erklärung am 11.10.2010 zur persönlichen Leistungserbringung dem Kläger die Einstellung der Beklagten zum Umgang mit § 4 GOÄ deutlich geworden sein musste. Nichtsdestotrotz hat der Kläger bereits mehrere Tage später wiederum eine nicht durch ihn durchgeführte Herzschrittmacher-Implantation als wahlärztliche Leistung abgerechnet. Angesichts des mehrfachen vorherigen ausdrücklichen Hinweises durch die Beklagte kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger sein Verhalten nach einer Abmahnung geändert hätte. Dies zeigt sich unabhängig von den Herzschrittmacher-Implantationen im Bereich der nachgeschobenen Kündigungsgründe. Hierzu ist zur Entbehrlichkeit der Abmahnung auszuführen, dass die Vorfälle betreffend die Patienten H. H., M. H., S. S., C. A., Dr. H. H., I. G., W. F., A. B., C. Z., H. B. sämtlich nach den mehrfachen Hinweisen der Beklagten zur persönlichen Leistungserbringung erfolgt sind. Unabhängig von dem Verhalten des Klägers hinsichtlich der Herzschrittmacher-Implantationen ist deshalb tragend auszuführen, dass allein in Bezug auf die nachgeschobenen Kündigungsgründe eine Abmahnung entbehrlich war, weil es sich um schwerwiegende Pflichtverletzungen handelt. Eine Wiederherstellung des für das Arbeitsverhältnis notwendigen Vertrauens konnte durch den Ausspruch einer Abmahnung nicht erwartet werden. Unab-

hängig davon ist zumindest bei Gesamtbetrachtung aller Verstöße eine Abmahnung entbehrlich gewesen.

Keine Weiterbeschäftigung ohne Liquidationsrecht

Die Kündigung scheidet auch nicht an dem Grundsatz des Vorranges einer Änderungskündigung vor Ausspruch einer Beendigungskündigung.

Die Kammer hat in Betracht gezogen, ob im Hinblick auf den vorgenannten Grundsatz die Beklagte darauf zu verweisen wäre, den Kläger als Chefarzt oder Arzt weiter zu beschäftigen, ohne ihm jedoch die Möglichkeit einer Privatliquidation einzuräumen. Die Kammer ist der Auffassung, dass dies der Beklagten nicht zuzumuten ist, weil der Kläger durch sein Verhalten das Integritätsinteresse der Beklagten erheblich beschädigt hat. Um sich jeglichen Verdacht einer irgendwie gearteten Duldung von Verstößen gegen die Regelungen der GOÄ entledigen zu können, scheidet eine Weiterbeschäftigung des Klägers als (nachgeordneter) Arzt aus. Die Unzumutbarkeit folgt hiervon unabhängig und tragend auch aus den nachfolgenden Ausführungen.

Interessenabwägung zu Lasten des Chefarztes

Die abschließende Abwägung der beiderseitigen Interessen führt zu dem Ergebnis, dass vorliegend das Interesse der Beklagten an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Interesse des Klägers an einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch nur bis zum Ablauf der vereinbarten Kündigungsfrist überwiegt.

Bei der umfassenden Interessenabwägung kommt insbesondere der Dauer des Arbeitsverhältnisses und

dessen beanstandungsfreier Verlauf ein besonderes Gewicht zu. Die Dauer der Betriebszugehörigkeit ist auch dann zu berücksichtigen, wenn die Kündigung auf deliktisches Handeln des Arbeitnehmers gestützt wird. Lebensalter und Familienstand/Unterhaltspflichten sind ebenfalls berücksichtigungsfähige Gesichtspunkte. Weiterhin ist im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen, mit welchem Verschuldensgrad bzw. welcher Verwerflichkeit der Arbeitnehmer gehandelt hat, welche Nachteile und Auswirkungen die Vertragspflichtverletzungen im Bereich des Arbeitgebers gehabt haben und inwieweit eine Wiederholungsfahr besteht. Der von einem Arbeitgeber reklamierte Aspekt der Generalprävention gegenüber anderen Mitarbeitern bzw. negative Ausstrahlungswirkung im Falle einer Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers ist für das Kündigungsrecht im Allgemeinen und für die Interessenabwägung im Besonderen zwar ein anerkannter, jedoch nur begrenzt tragfähiger Gesichtspunkt (BAG, 16.12.2004 - 2 ABR 7/04 - EzA BGB 2002 § 626 Nr. 7).

Zugunsten des Klägers sind neben der langen Betriebszugehörigkeit sein Alter und sein Familienstand zu berücksichtigen. Er ist verheiratet und einem Kind zum Unterhalt verpflichtet. Des Weiteren ist auch nicht auszuschließen, dass sein Lebensalter die Aussichten verschlechtert, auf dem Arbeitsmarkt einen adäquaten Arbeitsplatz zu finden, zumal eine außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung wegen ihrer diskriminierenden Wirkungen seine Chancen weiter herabsetzt. Der Kläger hat über mehr als 12 Jahre hinweg Loyalität zur Beklagten gezeigt. Das in dieser Zeit von dem Kläger erworbene Maß an Vertrauen in die Korrektheit seiner Aufgabenerfüllung und in die Achtung der Interessen der Beklagten schlägt

hoch zu Buche. Der Sachverhalt ist dadurch gekennzeichnet, dass der Kläger ein hohes, aufgrund langer Betriebszugehörigkeit erworbenes Bestandsschutzinteresse aufweist. Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 10.6.2010 (- 2 AZR 541/09 - NZA 2010, 1227 ff.) darauf abgestellt, dass bei langjährig Beschäftigten vor Ausspruch einer (außer-)ordentlichen Kündigung der bereits erworbene Vorrat an Vertrauen zu beachten ist. Eine für lange Jahre ungestörte Vertrauensbeziehung zweier Vertragspartner werde nicht notwendig schon durch eine erstmalige Vertrauensenttäuschung vollständig und unwiederbringlich zerstört. Je länger eine Vertragsbeziehung bestanden habe, desto eher könne die Prognose berechtigt sein, dass der dadurch erarbeitete Vorrat an Vertrauen durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt werde. Maßgeblich sei, ob aus der Sicht eines objektiven Betrachters der Arbeitgeber noch hinreichendes Vertrauen in den Arbeitnehmer haben könne. Der Kläger ist seit mehr als 12 Jahren bei der Beklagten beschäftigt und ist selbst nach dem Vorbringen der Beklagten in dieser Zeit niemals abgemahnt worden.

Die insoweit für den Kläger ins Feld zu führenden Gesichtspunkte müssen hinter den Interessen der Beklagten zurücktreten. Der vorliegende Kündigungssachverhalt belastet den Kläger so stark, dass aus der Sicht eines verständigen Arbeitgebers angesichts der Schwere des Fehlverhaltens nur die Möglichkeit bestand, sich mit sofortiger Wirkung zu trennen. Auch in Ansehung der langen Betriebszugehörigkeit des Klägers stellt sich sein Fehlverhalten nicht als Bagatelldarstellung dar. Unabhängig davon, dass feste Wertgrenzen schwerlich zu bestimmen sind, handelt es sich bei der Schädigung der Patienten bzw. deren Krankenversicherung allein im Bereich der

Herzschrittmacher-Implantationen im Bereich von mehreren 100,- € nicht mehr um eine Geringfügigkeit (vgl. hierzu BAG, 10.6.2010 - 2 AZR 541/09 - NZA 2010, 1227 ff.).

Auch der durch die längere und beanstandungsfreie Beschäftigung erworbene Vertrauensvorrat steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Der Kläger hat planvoll und zielgerichtet gehandelt, um unter Zuhilfenahme der Einrichtung der Beklagten, ihrer Arbeitnehmer und Material die Patienten und Krankenkassen zu schädigen. Dieses planvolle, zielgerichtete und beharrliche Handeln des Klägers ist im Rahmen der Interessenabwägung zu seinen Lasten zu berücksichtigen. Die Beklagte hat den Kläger mehrfach auf die Regelung des § 4 Abs. 2 GOÄ hingewiesen. Der Kläger hat diese Hinweise unbeachtet gelassen und auch in der Kammerverhandlung kein Unrechtsbewusstsein gezeigt. Auch entlasten den Kläger die Anrufe bei den Krankenversicherungen nicht, weil er nicht vorgetragen hat, dass er sie umfassend über den tatsächlichen Sachverhalt informiert hat. Im Hinblick darauf konnte der Kläger auch nicht auf die behaupteten Aussagen seiner Gesprächspartner vertrauen. Letztlich kann sich der Kläger auch nicht damit entlasten, dass er die Abrechnungen von Dritten hat durchführen lassen. Der Kläger ist verantwortlich für die Ordnungsgemäßheit seiner Rechnungen. Diese Verantwortung kann er nicht auf Dritte delegieren. Zutreffend weist die Beklagte auch darauf hin, dass der Kläger auch nicht damit gehört werden kann, die Krankenversicherungen hätten seine Abrechnungen nicht beanstandet. Der Kläger hat selbst ausgeführt, dass die privaten Krankenversicherungen lediglich eine Plausibilitätskontrolle durchführen. Sie können anhand der eingereichten Abrechnungen nicht erkennen, ob der abrechnende Arzt tatsächlich die abgerechneten Leis-

tungen persönlich erbracht hat oder ob eine wirksame schriftliche Vertretervereinbarung nach vorangegangener umfassender Aufklärung der Patienten vorliegt. Der Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung steht nicht entgegen, dass die Beklagte - so vom Kläger, wenn auch nur unsubstantiiert behauptet - möglicherweise in vergleichbaren Fällen von dem Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung abgesehen haben mag. Dem Kläger ist entgegenzuhalten, dass das Arbeitsverhältnis dem Arbeitgeber keine Gleichbehandlung im Unrecht gebietet.

Ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats

Die Kündigung ist nicht wegen mangelnder Anhörung des Betriebsrates gemäß § 102 BetrVG unwirksam.

Eine Kündigung ist gemäß § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG nicht nur unwirksam, wenn der Arbeitgeber gekündigt hat, ohne den Betriebsrat überhaupt zu beteiligen, sondern auch dann, wenn er ihn nicht richtig beteiligt hat, er insbesondere seiner Unterrichtungspflicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG nicht ausreichend nachgekommen ist. An die Mitteilungspflicht sind nicht dieselben Anforderungen zu stellen, wie an die Darlegung des Arbeitgebers im Prozess. Es gilt der Grundsatz der „subjektiven Determinierung“. Der Betriebsrat ist ordnungsgemäß angehört, wenn ihm der Arbeitgeber die aus seiner Sicht tragenden Umstände unterbreitet hat (BAG, 3.9.2011 - 2 AZR 748/10 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 65).

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist die jeweils erfolgte Betriebsratsanhörung nicht zu beanstanden.

III. Wertung und Schlussfolgerungen

Das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen zeigt eindrücklich, dass Chefarzte das Gebot der persönlichen Leistungserbringung ernst nehmen müssen. Dies gilt nicht nur für die persönliche Erbringung der wahlärztlichen Leistungen, sondern auch für die Beachtung zwingender Förmlichkeiten wie z.B. den Abschluss wirksamer Vertretungsvereinbarungen, ohne deren Einhaltung die Leistung nicht als ärztliche Wahlleistung abgerechnet werden darf.⁴

Verstöße in diesem Bereich gefährden nicht nur den Arbeitsplatz, sondern können auch zu Honorarrückforderungen und schlimmstenfalls sogar zu strafrechtlichen Ahndungen führen.

Andererseits ist an dieser Stelle in aller Deutlichkeit klarzustellen, dass nicht jeder Abrechnungsfehler, der einem Chefarzt unterläuft, diesen schon zum Abrechnungsbetrüger werden lässt. Häufig erweisen sich von Krankenhausträgern in der streitigen Auseinandersetzung - zumeist im Vorfeld einer Kündigung - diesbezüglich erhobene Vorwürfe als ungegerechtfertigt. Bei einer auf den Vorwurf des Abrechnungsbetrugs gestützten Kündigung obliegt dem Krankenhausträger die volle Beweislast für das behauptete betrügerische Täuschungsverhalten des Chefarztes einschließlich des hierauf gerichteten Vorsatzes. Versucht ein Krankenhausträger einen Chefarzt dadurch in die Enge zu treiben, dass er ihn zu Unrecht zum Abrechnungssünder abstempeln will, ist es Sache des Chefarztes und des ihn vertretenden Rechtsanwalts, derartigen Versuchen möglichst frühzeitig entgegenzutreten.

Angriff ist jedoch nicht immer die beste Verteidigung! Bei einer schlechten Prognose für den Kündigungsschutzprozess oder aus Grün-

den, die nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Kündigungsvorwurf stehen, kann es im Einzelfalle vorzugswürdig sein, eine frühzeitige außergerichtliche Einigung zu suchen. Ein Ergebnis wie im Falle des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen, das dem Chefarzt die Rechtfertigung der fristlosen Kündigung des Krankenhausträgers mit der Folge attestiert, dass das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und ohne Zahlung einer Abfindung beendet ist, sollte nach Möglichkeit vermieden werden.

Die Erfolgsaussichten in einem Kündigungsschutzprozess werden jedoch nicht nur von der rechtlichen Beurteilung eines feststehenden Sachverhalts bestimmt. Vielmehr folgt der Kündigungsschutzprozess wie jede gerichtliche Auseinandersetzung prozessualen Spielregeln, die die Erfolgsaussichten einer gerichtlichen Auseinandersetzung mitbestimmen. Schließlich ist schon so manche Kündigung trotz einer feststehenden Pflichtverletzung des Chefarztes an zwingenden Förmlichkeiten wie etwa der Nichteinhaltung der 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB bei der außerordentlichen Kündigung, der unterbliebenen oder fehlerhaften Anhörung des Betriebsrats bzw. im kirchlichen Bereich der Mitarbeitervertretung vor Ausspruch der Kündigung, einer fehlenden einschlägigen Abmahnung usw. gescheitert. Selbst der Satz „Wer betrügt, fliegt.“ gilt spätestens seit der berühmten Emmely-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts⁵ nicht mehr in dieser apodiktischen Form. Hier auf hat auch das Landesarbeitsgericht Niedersachsen in seinem Urteil zu Gunsten des gekündigten Chefarztes hingewiesen und dessen aufgrund langer Betriebszugehörigkeit erworbenes Bestandsschutzinteresse in die abschließende Interessenabwägung aufgenommen. Im konkreten Fall hat jedoch auch dieser Um-

stand in der Bewertung der Landesarbeitsrichter in Hannover nicht den Ausschlag zu Gunsten des fristlos gekündigten Chefarztes gegeben.

ArztR

4 vgl. dazu näher Debong, Die wahlärztliche Behandlung im Krankenhaus, ArztR 2/2014, 33 ff.

5 Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 10.6.2010 - 2 AZR 541/09 - NZA 2010, 1227 ff.