
Datum: 25.05.2012
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 7. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 Sa 2/12
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2012:0525.7SA2.12.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Gelsenkirchen, 3 Ca 141/11
Schlagworte: Außerordentliche Kündigung; Konkurrenzverbot, Arbeitsverweigerung; Auflösung des Arbeitsverhältnisses
Normen: § 626 BGB; §§ 13, 10 ff KSchG

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Teil-Urteil des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen vom 14.12.2011 – 3 Ca 141/11 – abgeändert.

Unter Zurückweisung des Antrags des Klägers, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung zum 19.01.2011 aufzulösen, wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 19.01.2011 aufgelöst worden ist, sondern bis zum 23.02.2011 fortbestanden hat.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte $\frac{3}{4}$, der Kläger trägt $\frac{1}{4}$.

Die arbeitsgerichtliche Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Die Parteien streiten - soweit für die Berufungsinstanz noch von Bedeutung - um die Rechtswirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung der Beklagten vom 19.01.2011 und um die vom Kläger beantragte Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung. Erstinstanzlich ist zwischen den Parteien weiterhin im Streit, ob die Beklagte vom Kläger im Wege der Widerklage Auskunftsansprüche aus einem angenommenen Wettbewerbsverstoß sowie Schadensersatzansprüche in beträchtlicher Höhe zu Recht einfordert.

Der Kläger war seit dem 01.01.2006 bei der Beklagten als fachärztlicher Leiter berufliche Rehabilitation beschäftigt. Er bezog auf der Basis eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 29.11.2005, wegen dessen weiteren Inhalts auf Blatt 39 bis 47 der Akten verwiesen wird, eine jährliche Bruttovergütung in Höhe von 239.000,00 €. Das Arbeitsverhältnis endete jedenfalls durch eine der Beklagten am 23.02.2011 zugegangene fristlose Eigenkündigung des Klägers vom 22.02.2011. 3

Die Beklagte betreibt ein Unternehmen, das medizinische Dienstleistungen - insbesondere in den Bereichen der ambulanten Rehabilitation und Sportmedizin - anbietet. Sie beschäftigt etwa 160 Arbeitnehmer. 4

Auf der Basis eines am 12.05.2010 abgeschlossenen Dienstleistungsvertrages verpflichtete sich die Beklagte gegenüber dem Fußballverein S1 darauf, beginnend mit dem 01.07.2010 die mannschaftärztliche Betreuung des Profikaders zu übernehmen. Der auf zwei Jahre befristete abgeschlossene Vertrag war innerhalb der ersten sechs Monate mit einer Frist von zwei Monaten zum Monatsende kündbar. Die Beklagte bezog aus diesem Vertrag monatliche Honorarzahungen in Höhe von 17.000,00 €. 5

Am 27.09.2010 teilte der Manager des Fußballvereins der Beklagten mit, eine weitere Zusammenarbeit mit dem von der Beklagten ursprünglich für die mannschaftsärztliche Betreuung eingesetzten Arzt, der für seine Tätigkeit in der Mannschaftsbetreuung neben der arbeitsvertraglich vereinbarten Jahresvergütung von 140.000 € eine weitere Vergütung in Höhe von 40.000,00 € brutto bezog, sei nicht mehr gewünscht. Während eines Gesprächs am 28.09.2010, an dem als Mitglieder der internen Geschäftsleitungsrunde der Beklagten der Kläger sowie deren ärztlicher Direktor Dr. V1 und deren Leiter Vertrieb Kommunikation O1 teilnahmen, verständigte sich die Beklagte mit dem Fußballverein darauf, die mannschaftärztliche Betreuung durch ein Team zu gewährleisten, dem neben dem Kläger die Ärzte G2 und Dr. P1 angehörten. Zwischen den Parteien besteht Streit, ob bereits zu diesem Zeitpunkt Einigkeit darüber bestand, dass dem Ärzteteam die dem vormaligen Arzt jährlich zuerkannte Vergütung abhängig von den jeweiligen Einsätzen der Ärzte habe gewährt werden sollen. Am 29.09.2010 leistete der Kläger die erste mannschaftsärztliche Betreuung. Ab Oktober 2010 erfolgte die Betreuung durch die drei Ärzte auf der Basis eines vom Kläger erstellten Einsatzplans. 6

Zwischen den Parteien entwickelte sich ein Streit über die dem Kläger sowie den anderen Ärzten zu gewährende Vergütung, in dessen Folge die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers am 19.01.2011 durch ein dem Kläger an diesem Tag zugegangenes Kündigungsschreiben, wegen dessen Inhalts auf Blatt 4 der Akten verwiesen wird, fristlos kündigte. Die Beklagte stützt diese Kündigung auf ein Verhalten des Klägers, das sie als Arbeitsverweigerung und Verstoß gegen das arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbot wertet. Außerdem habe der Kläger ihre Zwangslage ausgenutzt und damit gedroht, die mannschaftsärztliche Betreuung einzustellen, sich geschäftsschädigend verhalten und ihre Vermögensinteressen verletzt. 7

Dem ist im Wesentlichen Folgendes vorausgegangen:

Die Beklagte fertigte unter dem 11.10.2010 einen Entwurf für eine Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag, wegen dessen näheren Inhalts auf Blatt 56 bis 58 der Akten Bezug genommen wird. Diesen Entwurf, der gleichlautend für sämtliche Ärzte hätte gelten sollen, händigte sie dem Kläger am 21.10.2010 zur Prüfung aus. Der Kläger ließ diesen Entwurf anwaltlich prüfen und informierte darüber die Beklagte. Die Beklagte teilte dem Kläger mit, dieses Vorgehen sei aus ihrer Sicht nicht vertrauensfördernd und unglücklich. Gleichwohl führte sie mit diesem Anwalt – Rechtsanwalt W1 – am 23.11.2010 ein Gespräch, zu dessen Vorbereitung die ehemalige Prozessbevollmächtigte des Klägers – Rechtsanwältin B1 – am 22.11.2010 einen Vertragsentwurf vorlegte, der die mannschaftsärztliche Betreuung auf der Basis eines Vertrags vorsah, der zwischen einer aus den drei Teamärzten bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der Beklagten zustande kommen sollte. Der Geschäftsführer der Beklagten teilte während des Gesprächs mit, er werde den Vertragsentwurf prüfen lassen. Zugleich bot er an, das Gesamthonorar auf 60.000,00 € anzuheben, um eine rasche Lösung herbeizuführen. Rechtsanwältin B1 überreichte daraufhin einen weiteren Vertragsentwurf vom 30.11.2010, in dem ein Honorar in Höhe von 90.000,00 € festgelegt war. Die Beklagte erhob gegen diesen Vertrag juristische Bedenken. Eine Einigung über die wechselseitig diskutierten Vertragsgrundlagen konnte in einem Gespräch am 17.12.2010, das zwischen Rechtsanwalt W1 und dem von der Beklagten beauftragten Rechtsanwalt K1 geführt wurde, nicht erzielt werden.

9

Rechtsanwältin B1 wandte sich sodann mit Schreiben vom 20.12.2010 an die Beklagte, wies darauf hin, dass die Tätigkeit ihrer Mandanten - damit auch die des Klägers - noch nicht honoriert sei und kündigte an, dass der Kläger und die weiteren Ärzte mit Beginn der Winterpause ihre Tätigkeit einstellen würden, sofern eine solide vertragliche Grundlage nicht erzielt werden könne. Wegen des Inhalts des Schreibens wird auf Blatt 71 der Akten Bezug genommen. Zwei Tage später, am 22.12.2010, kündigte der Fußballverein den Dienstleistungsvertrag zum 31.12.2010. Vorausgegangen waren Gespräche u.a. des Klägers mit Mitarbeitern des Fußballvereins darüber, dass ihm und den weiteren Ärzten vor dem Hintergrund der offenen Vertragsverhandlungen bisher keine Vergütung zugekommen sei. Die näheren Umstände der Gespräche, ihr Anlass und der konkrete Inhalt sind zwischen den Parteien streitig. Die Beklagte wies den Fußballverein darauf hin, dass der Dienstleistungsvertrag nur mit einer zweimonatigen Frist kündbar sei. Dies akzeptierte der Fußballverein und leistete bis zum 28.02.2011 das vereinbarte Honorar für die Mannschaftsbetreuung an die Beklagte.

10

Der Kläger wurde von der Beklagten noch am 22.12.2010 über die ausgesprochene Kündigung des Dienstleistungsvertrages informiert. Ferner richtete die Beklagte ein weiteres Schreiben vom 23.12.2010 an den Kläger und führte dort aus, die bisher fehlende Lösung zur Entlohnung habe nichts damit zu tun, dass eine Zahlung auf die "lange Bank" geschoben werden sollte. Wegen des weiteren Inhalts wird auf Blatt 75 ff. der Akten Bezug genommen.

11

Mit Schreiben vom 06.01.2011 wandte sich Rechtsanwältin B1 wie folgt an die Beklagte:

12

"(...) Läge Ihnen eine Lösung wirklich am Herzen, hätten sie zumindest -Kontozahlungen geleistet. Stattdessen sollen unseren Mandanten noch ihren Vertrag ohne jede Gegenleistung bis Ende Februar erfüllen, um sich dann von Ihnen mit einem Trinkgeld abspeisen zu lassen.

13

Es kann Sie daher nicht wirklich überraschen, dass mit der im Schreiben an Ihren Rechtsanwalt vom 20.12.2010 mitgeteilten Ankündigung Ernst gemacht wird. Mit Beginn der

14

Winterpause haben unsere Mandanten die Tätigkeit eingestellt. Für eine weitere Arbeit im Rahmen Ihres gekündigten Vertrages stehen sie nur noch nach Erfüllung der folgenden Bedingungen zur Verfügung.

Zum einen wird für die abgelaufene Halbsaison die diesseits vorgeschlagene Bezahlung¹⁵ in Höhe von jeweils 15.000,00 € á-Kto. gezahlt. Zum anderen erwarten wir einen tragfähigen Vertragsvorschlag, wobei eine Änderung der Arbeitsverträge von unserer Seite nicht in Frage kommt. (...)"

Die Teilnahme an einem von der Beklagten für den 07.01.2011 initiierten weiteren Gesprächs¹⁶ lehnte der Kläger ab und ließ mit Anwaltsschreiben vom 10.01.2011, das für den Kläger und die weiteren Ärzte verfasst war, u.a. mitteilen:

"(...) Ihr Verhalten kann zu einer ernsthaften Störung der bislang völlig problemlos¹⁷ verlaufenden Arbeitsverhältnisse führen. Dies gilt es zu vermeiden. Die Forderungen unserer Mandanten sind Ihnen bekannt. Für die Zahlung des geltend gemachten Betrages für bislang geleistete Tätigkeit setzen wir Ihnen eine letzte Frist bis zum 20.01.2011.

Für eine weitere Tätigkeit im Namen und für Rechnung M3.S1 im Rahmen der¹⁸ mannschaftsärztlichen Betreuung stehen unsere Mandanten definitiv nicht weiter zur Verfügung.

Unsere Mandanten sehen sich wegen der aufgrund der Tätigkeit gewachsenen engen¹⁹ persönlichen Beziehungen verpflichtet, den S1 vom derzeitigen Verhandlungsstand zu unterrichten. Dies geschieht ausschließlich, um den dort durch Ihr Verhalten drohenden Schaden abzuwenden. Weiterhin werden unsere Mandanten den dortigen Verantwortlichen gegenüber die Bereitschaft bekunden, vorerst gegen angemessene Bezahlung die Betreuung im eigenen Namen und für eigene Rechnung vorzusetzen. Ihre Genehmigung der Nebentätigkeit setzen wir voraus, da zum einen schließlich nichts anderes geschieht, als sie von unseren Mandanten gefordert haben und zum anderen der zwischen Ihnen und dem Verein bestehende Vertrag zum 31.12.2010 gekündigt wurde. (...)"

Im Antwortschreiben der Beklagten vom 10.01.2011, wegen dessen Inhalts auf Blatt 81 ff. der²⁰ Akten verwiesen wird, forderte die Beklagte den Kläger auf, es zu unterlassen, den Fußballverein über den derzeitigen Verhandlungsstand zu unterrichten. Sie wies darauf hin, aus ihrer Sicht sei dies geeignet, ihre Beziehung zum Fußballverein schwer zu schädigen, und führte aus, dass die Umsetzung dieser Absicht erhebliche arbeitsvertragliche Konsequenzen nach sich ziehen könne und mit Schadenersatzansprüchen zu rechnen sei.

Die Beklagte informierte die vom Kläger beauftragte Rechtsanwältin B1 darüber, dass der²¹ Dienstleistungsvertrag zwischen ihr und dem Fußballverein noch bis zum 28.02.2011 laufe. Sie teilte mit weiterem, unmittelbar an den Kläger gerichtetem Schreiben vom 12.01.2011, wegen dessen Inhalts auf Blatt 87 ff. der Akten verwiesen wird, Folgendes mit:

"(...) Nach der bestehenden Planung sind Sie für den Dienst anlässlich des Heimspiels²² am kommenden Wochenende eingeteilt. Sie haben erklärt, Ihre Tätigkeit als betreuender Mannschaftsarzt eingestellt zu haben. Wir fordern Sie dringend auf, diese Entscheidung zu revidieren und uns das bis morgen, den 13.01.2011, bis 12.00 Uhr schriftlich zu bestätigen... Wir haben schon gegenüber Herrn W1 in unserem Schreiben vom 10.01.2011, welches Ihnen vorliegt, darauf hingewiesen, dass Sie in nicht tolerierbarer Weise Ihre arbeitsvertraglichen Verpflichtungen verletzen. Sie haben bis zum genannten Zeitpunkt, also bis zum 13.01.2011, 12.00 Uhr, Gelegenheit zu einem vertragstreuen Verhalten

zurückzukehren. Sie müssen davon ausgehen, dass wir auch diese Vertragsverletzung nicht hinnehmen werden und damit rechnen, dass wir auch aus diesem Grund ggfls. eine fristlose Kündigung aussprechen werden, sollten Sie sich nicht innerhalb der genannten Frist rechtsverbindlich zu einem vertragstreuen Verhalten erklärt haben. (...)"

Darauf ließ der Kläger durch Rechtsanwältin B1 mit Schreiben vom 13.01.2011 folgendes mitteilen: 23

"(...) Unser Mandant als auch wir haben stets darauf verwiesen, dass diesseits alles vermieden wird, was dem S1 schaden könnte. Deshalb war und ist die mannschaftsärztliche Betreuung auch am kommenden Spieltag sichergestellt. Diese Betreuung erfolgt nur nicht mehr in Ihrem Namen. Dies können sie auch nicht ernsthaft erwarten, da sie sich seit Monaten weigern, einen angemessenen Lohn für die geleisteten Dienste zu zahlen. Dieses Verhalten ist umso absurder, als sie selbst vom S1 extrem hohe Beträge nicht nur für die Spielfeldrandbetreuung, sondern für die gesamte medizinische Versorgung und Betreuung des Kaders erhalten haben. (...)" 24

Parallel dazu führte der ärztliche Direktor der Beklagten mit dem Kläger am 12.01.2011 ein Gespräch, in dessen Folge sich die Beklagte mit Schreiben vom 13.01.2011, wegen dessen Inhalts auf Bl. 91 ff der Akten Bezug genommen wird, erneut an den Kläger wandte und eine vorläufige Lösung anbot, die dazu geführt hätte, an das Ärzteteam eine Jahresvergütung von 72.000,00 € für die mannschaftsärztliche Betreuung auszukehren. In diesem Zusammenhang führte sie aus, dies sei lediglich eine vorläufige Lösung ohne Präjudiz dafür, wie man sich hinsichtlich der mannschaftsärztlichen Betreuung insgesamt sowohl für die Vergangenheit als auch für die Zukunft einigen würde. Weiterhin schlug die Beklagte vor, ein gemeinsames Gespräch unter Moderation ihres Aufsichtsratsvorsitzenden am 19.01.2011 zu führen, um im beiderseitigen Interesse nach Wegen zu suchen, zu einer gedeihlichen und den Zwecken des Unternehmens dienenden Zusammenarbeit zurückzukehren. 25

Mit weiterem Schreiben vom 14.01.2011 beantwortete die Beklagte das anwaltliche Schreiben vom 13.01.2011 dahingehend, dass sie mit Befriedigung zur Kenntnis nehme, der Kläger werde am Wochenende die mannschaftsärztliche Betreuung des Profikaders des S1 sicherstellen, wenngleich sie nicht der Rechtsmeinung folge, dass dies außerhalb des Arbeitsverhältnisses geschehe oder auch nur zulässig wäre. 26

Am 19.01.2011 fand das vom Fußballverein S1 initiierte Gespräch in der Geschäftsstelle des Vereins statt. An diesem Gespräch nahmen der damalige Trainer des Vereins M2 sowie der für den Fußballverein S1 damals tätige Zeuge G1 sowie für die Beklagte deren ärztlicher Direktor Dr. V1, der Zeuge O1 sowie Rechtsanwalt Dr. S4 teil, letzterer mit der Erklärung, dies in der Funktion als Aufsichtsratsvorsitzender der Beklagten zu tun. Der Kläger sowie der weitere Teamarzt Dr. P1 ließen sich durch Rechtsanwalt W1 vertreten. Die Vertreter der Beklagten baten Rechtsanwalt W1 zunächst, den Besprechungsraum zu verlassen, und begründeten dies damit, zunächst seien die Grundlagen des Dienstverhältnisses zwischen dem Fußballverein und ihr zu erörtern. Nachdem Rechtsanwalt W1 erneut zur Teilnahme am Gespräch gebeten wurde, folgten Diskussionen um die Frage seiner ordnungsgemäßen Bevollmächtigung und kontrovers geführte Gespräche, deren Verlauf von den Parteien streitig geschildert wird. Der ehemalige Trainer des Fußballvereins S1 verließ nach kurzer Zeit die Gesprächsrunde. 27

Mit Schreiben vom 19.01.2011, das dem Kläger noch an diesem Tag zuging, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich sowie vorsorglich ordentlich zum nächstmöglichen Termin, also dem 31.12.2011. Der Kläger kündigte seinerseits fristlos mit 28

Schreiben vom 22.02.2011, das der Beklagten am 23.02.2011 zugeing.

Die Beklagte informierte den Fußballverein darüber, dass die Zusammenarbeit mit dem Kläger und dem weiteren Mannschaftsarzt Dr. P1 beendet sei. Sie bot die weitere Versorgung durch die Ärzte G2 und Dr. V1 an, woraufhin der Fußballverein mitteilte, dass er die weitere Betreuung durch die Beklagten während der Kündigungsfrist nicht in Anspruch nehmen werde. 29

Der Kläger sowie der Mannschaftsarzt Dr. P1, dessen Arbeitsverhältnis ebenfalls außerordentlich gekündigt worden war, erbrachten die mannschaftsärztliche Betreuung bis zum 28.02.2012. Der Kläger schloss mit dem Fußballverein S1 einen Vertrag, der ihn verpflichtet, die mannschaftsärztliche Betreuung ab dem 01.03.2011 zu leisten. Dieses Vertragsverhältnis ist inzwischen aufgrund einer außerordentlichen Kündigung durch den Fußballverein aufgelöst. 30

In einem an Berufsgenossenschaften sowie sonstige Geschäftspartner gerichteten Schreiben vom 20.01.2011 führte die Beklagte aus: 31

"(...) bedauerlicherweise hat sich eine Entwicklung ergeben, die die Vertrauensgrundlage für eine weitere Zusammenarbeit in der derzeitigen Form mit den Dres. M4 S7 und B3 P1 nachhaltig und nicht behebbar zerstört hat. Wir haben uns daher entschließen müssen, uns aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung von Dres. M4 S7 und B3 P1 zu trennen. Sie können versichert sein, dass uns diese Entscheidung nicht leicht gefallen ist, sie war leider unvermeidlich, um Schaden von unserer Einrichtung abzuwenden. 32

Wir werden alles dafür tun, um die Versorgung der Patienten weiterhin in der gewohnten Qualität sicher zu stellen. Uns ist außerordentlich daran gelegen, den guten Kontakt zu den Berufsgenossenschaften zu erhalten und auszubauen. 33

Wir werden Sie in den nächsten Tagen kontaktieren. Sie haben sicherlich die eine oder andere berechtigte Frage, die wir Ihnen im persönlichen oder telefonischen Gespräch gern beantworten möchten. 34

Wir bitten Sie in dieser besonderen Situation um Ihre Unterstützung. (...)" 35

Der Kläger erzielte während der Tätigkeit bei der Beklagten Erlöse aus Privatliquidationen, u. a. im Zusammenhang mit der Erstellung ärztlicher Bescheinigungen, die an Versicherungen und kommunale Träger gerichtet waren. Über die dafür anfallenden Gebühren, die zwischen 20 € und 40 € betrugen, wurden von der Zeugin W4, einer Mitarbeiterin der Beklagten, die für den Kläger tätig war, Rechnungen erstellt, auf denen im Einverständnis mit der Beklagten als Bankverbindung ein Konto des Klägers bei der H2Vereinsbank benannt war, das der Kläger als Geschäftskonto bezeichnete. Kontoauszüge wurden unmittelbar an die Beklagte versandt und waren an die Zeugin W4 adressiert, die alle in diesem Zusammenhang nötigen administrativen Arbeiten durchführte. Geldbeträge gingen auf diesem Konto zumindest bis in das Kalenderjahr 2008 ein. Anfang 2008 richtet die Beklagte ein Konto bei der Sparkasse ein. Auf dieses Konto wurden im Laufe des Jahres 2008 sodann sämtliche Rechnungen – auch die für ärztliche Bescheinigungen – bezogen. Auf Anweisung des Klägers verwandte die Zeugin W4 das ehemalige Konto des Klägers erneut. Von dort aus wurde am 04.03.2010 ein Geldbetrag in Höhe von 1.600,76 € an die Beklagte unter Aufnahme des Verwendungszwecks "Kontoberichtigung Praxis" überwiesen. 36

Der Kläger hat im Hinblick auf die Behauptung der Beklagten, er habe bewusst Zahlungsströme auf sein Privatkonto umgeleitet - behauptet, zu Beginn der Geschäftstätigkeit der Beklagten am 01.01.2006 sei diese nicht in der Lage gewesen, die ihm persönlich zustehenden Liquidationserlöse für Privatpatienten sowie BG-Patienten abrechnungstechnisch zu bewältigen. Der damalige Geschäftsführer habe ihn gebeten, die Abrechnungen zu organisieren und ein Konto zu eröffnen. Abgerechnet worden sei das Konto von seinem – des Klägers – Steuerberater. Abrechnung seien aus steuerlichen Gründen jeweils zum Jahresende durchgeführt worden. Daraus seien Beträge unter Berücksichtigung des zwischen den Parteien vereinbarten Verteilungsschlüssels und der vorgesehenen Abschlagszahlungen an die Beklagte überwiesen worden. Zu keiner Zeit habe die Beklagte um eine Rechenschaft im Hinblick auf das Konto gebeten. Von dort aus seien nahezu 60.000,00 € an die Beklagte überwiesen worden. Erst zu späterer Zeit sei von der Beklagten ein Konto bei der Sparkasse eingerichtet worden, das der Vereinnahmung der Geldbeträge gedient habe. Dieses Konto habe er nicht einsehen können. Ihm sei es nicht mehr möglich gewesen, die Ordnungsgemäßheit der Abrechnungen nachzuvollziehen. Aufforderungen an den Geschäftsführer der Beklagten, die Abrechnungen transparenter zu gestalten, seien erfolglos geblieben. Er habe 2009 sodann an die Zeugin W4 die Anweisung erteilt, das ehemalige Konto weiter zu nutzen, um über die Abrechnungen einen Überblick zu erhalten. Die im Kalenderjahr 2009 angefallenen Abrechnungen habe sein Steuerbüro gefertigt und sodann am 04.03.2010 den auf die Beklagte entfallenden Betrag über 1.600,76 € abgerechnet. Die Beklagte habe gewusst, aus welchen Gründen ihr dieser Betrag überwiesen worden sei. Nachgefragt habe die Beklagte jedenfalls nicht. Sie habe auch nicht vorgetragen, wo sie den erhaltenen Betrag verbucht habe. Für das Kalenderjahr 2010 habe noch nicht abgerechnet werden können, da das Arbeitsverhältnis am 19.01.2010 durch die Beklagte gekündigt worden sei.

Der Kläger hat im Übrigen behauptet, eine Einigung der Parteien über eine Ergänzung des Arbeitsvertrages sei im Zeitpunkt der Übernahme der mannschaftsärztlichen Betreuung nicht zustanden gekommen. In juristischer Hinsicht seien neben der Höhe der Vergütung mehrere Fragen offen gewesen, insbesondere solche zur Haftung für ärztliche Fehlleistungen. Dies habe aus einer Sicht anwaltlich geklärt werden sollen. Über die Kündigung des Dienstleistungsvertrages durch den Fußballverein sei er überrascht gewesen. Soweit im Schreiben seiner Anwälte vom 06.01.2011 darauf hingewiesen worden sei, die Mannschaftsärzte hätten zu Beginn der Winterpause die Tätigkeit eingestellt, habe dies deklaratorische Bedeutung gehabt. Die Mannschaft des S1 habe sich zu diesem Zeitpunkt bereits im Trainingslager in der Türkei befunden. Eine Eskalation könne darin nicht gesehen werden. Er habe nur an der bereits zuvor ernsthaft erklärten Absicht keine Zweifel aufkommen lassen wollen, keine Leistung mehr zu erbringen, ohne eine Regelung der wichtigsten Voraussetzungen hierzu - insbesondere zur Vergütung und zur Haftung – herbeigeführt zu haben.

38

Am 16.12.2010 habe er den Zeugen G1 während einer routinemäßigen Besprechung über den gesundheitlichen Zustand der Spieler darauf angesprochen, ob er für die von ihm verauslagten Fahrtkosten Ersatz haben könne. Der Zeuge habe sich überrascht gezeigt und nachgefragt, ob er und seine Kollegen nicht vergütet worden seien. Dies habe er unter Hinweis auf die laufenden Vertragsverhandlungen verneint. Erst nach der Kündigung des Dienstleistungsvertrags am 22.12.2010 habe der Zeuge G1 gefragt, ob er sowie seine Kollegen weiterhin für die Spielerbetreuung zur Verfügung stehen würden. Dies habe er bejaht in der Hoffnung, noch eine vernünftige Basis mit der Beklagten zu finden. Während eines weiteren Gesprächs zwischen ihm und dem Zeugen am 8. oder 9. Januar 2011 habe sich der Zeuge danach erkundigt, ob inzwischen eine Einigung zwischen ihm und der

39

Beklagten herbeigeführt worden sei. Dies habe er verneinen müssen. Daraufhin habe der Zeuge ein gemeinsames Gespräch mit Vertretern der Beklagten, dem Fußballverein und seinem Vertreter vorgeschlagen. In dessen Folge habe das Gespräch am 19.01.2011 stattgefunden. Der Fußballverein habe die Kündigung am 22.12.2010 ausgesprochen, weil er sich arglistig getäuscht gefühlt habe. Während des Gesprächs am 19.01.2011 sei der Zeuge W1 in unsachlicher Form angegriffen worden; insbesondere sei er unangemessen zunächst des Raums verwiesen worden. Der Zeuge W1 habe sodann besonnen versucht, nochmals die Positionen darzulegen, die für ihn – den Kläger – wichtig seien. Die Vertreter der Beklagten hätten indes jede konstruktive Lösung abgelehnt. Zu keiner Zeit habe der Zeuge W1 erklärt, er – der Kläger – werde den Verein auf eigene Rechnung betreuen. Erklärt worden sei vielmehr, dass er den Verein während der bis zum 28.02.2011 laufenden Kündigungszeit nicht im Stich lassen sowie Schaden von ihm abwenden und die mannschaftsärztliche Betreuung kostenlos übernehmen werde, bis vertraglich Klarheit über die Zukunft herrsche. Er habe nicht die Absicht gehabt, der Beklagten das Geschäft abzunehmen. Ein Angebot an den Fußballverein sei bis zum Ausspruch der fristlosen Kündigung nicht erfolgt.

Der Kläger hat die Auffassung geäußert, in seinem Verhalten könne eine Arbeitsverweigerung schon deshalb nicht gesehen werden, weil er seine Hauptleistung aus dem bestehenden Arbeitsvertrag erbracht habe und auch habe vollständig erbringen wollen. Eine arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Mannschaftsbetreuung habe indes nicht bestanden. Wollte man gleichwohl eine Arbeitspflicht zur Mannschaftsbetreuung bejahen, so hätte ihm angesichts der fehlenden Vergütung trotz geleisteter Arbeit ein Leistungsverweigerungsrecht zur Seite gestanden. Sein in diesem Zusammenhang gezeigtes Verhalten als "Erpressung" zu bezeichnen, wie es die Beklagte nun tue, sei für ihn ein weiterer Grund gewesen, das Arbeitsverhältnis fristlos aufzukündigen. Die Verwirklichung eines Wettbewerbsverstoßes scheitere bereits daran, dass der Fußballverein - unstreitig - Kommanditistin der Beklagten sei und im Übrigen Gesellschaftsanteile an der Komplementärin der Beklagten halte. Er habe zu keiner Zeit vor Erhalt der außerordentlichen Kündigung dem Verein versprochen, für ihn Dienste zu leisten.

40

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die außerordentliche Kündigung sei unwirksam. Es sei die Beklagte, die durch ihr Verhalten eine eskalierende Situation herbeigeführt habe. Ihm sei es nicht mehr zumutbar, am Arbeitsverhältnis festzuhalten. Die Beklagte habe ihn beschimpft und als Erpresser bezeichnet sowie sich standhaft geweigert, für seine Tätigkeit Lohn zu zahlen. Auch der von der Beklagten erneut erhobene Vorwurf strafbaren Verhaltens diene ausschließlich der Beschimpfung und Beleidigung. Dies gelte insbesondere auch für den Vortrag der Beklagten, die gesamte Verhandlung sei allein aus "Geldgier" betrieben worden. Dies sei schlicht unwahr und grob ehrverletzend. Die Beklagte habe unmittelbar nach Ausspruch der außerordentlichen Kündigung begonnen, seinen guten Ruf zu ruinieren. Dies ergebe sich insbesondere aus dem Rundschreiben der Beklagten vom 20.01.2011. Das Schreiben belege, dass es der Beklagten nur darum gehe, seine berufliche Situation gegenüber Berufsgenossenschaften und anderen Vertragspartnern zu ruinieren. Es werde unterstellt, er habe einen Schaden verursacht. Vor allem der letzte Satz des Schreibens vom 20.01.2011 mache deutlich, dass die Beklagte darum werbe, Berufsgenossenschaften und sonstige Vertragspartner mögen sich auf ihre Seite schlagen. Dies wäre sein wirtschaftlicher und beruflicher Ruin. Versende die Beklagte ein solches Schreiben in einer völlig ungeklärten Kündigungssituation, mache dies ihm unzumutbar, am Arbeitsverhältnis festzuhalten und rechtfertige im Übrigen die von ihm ausgesprochene Eigenkündigung vom 22.02.2011. Es handele sich um eine einzigartige Rufmordkampagne.

41

42

Der Kläger hat beantragt,

1. Es wird festgestellt, dass die ihm gegenüber ausgesprochene fristlose Kündigung sowie die ebenfalls hilfsweise ausgesprochene fristgerechte Kündigung vom 19.01.2011, zugegangen am 19.01.2011, rechtsunwirksam sind und das mit ihm bestehende Arbeitsverhältnis nicht beendet haben. 43
2. Die Beklagte wird verurteilt, an ihn 9.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 18. 03. 2011 zu zahlen. 44

Für den Fall des Obsiegens zu Ziffer 1. hat er weiter beantragt, 45

das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 19. 01. 2011 gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe von 60.000,00 € aufzulösen. 46

Die Beklagte hat beantragt, 47

1. die Klage abzuweisen, 48
2. den Auflösungsantrag abzuweisen.

sowie widerklagend, 49

1. Auskunft zu erteilen, welche Vergütung der Kläger 50

- für sich allein 51

oder 52

- gemeinschaftlich mit Herr Dr. B3 P1 - ggfls. auch vermittelt über eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts – wegen der Übernahme der mannschaftsärztlichen Betreuung des Profi-Kaders S1 e.V. seit dem 01.01.2011, hilfsweise seit dem 01.03.2011, erhalten hat und bis zum 30.06.2012 erhalten wird, hilfsweise für die Zeit bis zum 30.06.2012 erhalten hat, 53
2. die Richtigkeit der nach dem Antrag zu Ziffer 1. zu erteilenden Auskünfte an Eides Statt zu versichern, 54
 3. die Vergütung nach Maßgabe der nach dem Antrag zu Ziffer 1. zu erteilenden Auskunft an sie herauszugeben,
 4. an die sie Schadensersatz in Höhe von 33.787,00 € abzgl. der nach Ziffer 3. herauszugebenden Vergütung nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkte über dem Basiszinssatz seit dem 15.04.2011 zu zahlen,
 5. an sie Schadensersatz in Höhe von 283.826,22 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.10.2011 zu zahlen,
 6. festzustellen, dass der Kläger verpflichtet ist, ihr alle weiteren Schäden zu ersetzen, die ihr wegen der Aufhebung des Arbeitsverhältnisses der Widerbeklagten über den in Ziffer 4. und 5. geltend gemachten Schaden hinaus bereits entstanden sind oder entstehen werden,
 7. den Kläger zu verurteilen, 1.731,22 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 28. 10. 2011 zu zahlen,
 8. den Kläger zu verurteilen, der privatärztlichen Verrechnungsstelle R2 GmbH, Geschäftsstelle M1, R4 Str. 23, 12345 M1, zu gestatten, das dort auf ihrem Konto für die liquidationsberechtigte Tätigkeit des Klägers geführte Guthaben an sie auszubezahlen.

Der Kläger hat beantragt,	55
die Widerklageanträge abzuweisen.	56
Die Beklagte hat behauptet, bereits während des Gesprächs am 28.09.2010 habe zwischen allen Beteiligten Einigkeit darüber bestanden, dass das Ärzteteam eine Vergütung in der Höhe hätte erhalten sollen, wie sie an den vormals als Mannschaftsbetreuer tätigen Arzt gewährt worden sei. Dieser Betrag in Höhe von 40.000 € hätte zwischen den Ärzten entsprechend des individuellen Tätigkeitsumfangs ausgezahlt werden sollen, wobei Einzelheiten noch hätten schriftlich festgelegt werden sollen. Die von der ehemaligen Prozessbevollmächtigten des Klägers vorgelegten Vertragsentwürfe seien für sie nicht akzeptabel gewesen. Die Anwältin habe in ihren Schreiben den Ton in befremdlicher Weise verschärft und unverhohlen gedroht. Nach Zugang der Kündigung des Dienstleistungsvertrags am 22.12.2010 durch den Fußballverein sei ein Gespräch einberufen worden, in dem alle Teilnehmer, auch der Kläger, sich dahingehend erklärt hätten, nicht zu wissen, warum der Vertrag aufgekündigt worden sei. Dem Kläger sei während dieses Gesprächs mitgeteilt worden, damit habe sich die "GbR-Lösung" angesichts der nur noch kurzen Laufzeit erledigt, so dass eine unkomplizierte finanzielle Lösung anzustreben sei. Die durch das Schreiben der ehemaligen Prozessbevollmächtigten des Klägers mit dem Schreiben vom 06.01.2011 herbeigeführte Eskalation sei von ihr weder gewünscht gewesen noch initiiert worden, weshalb sie den Kläger sowie die weiteren Ärzte zu einem persönlichen Gespräch eingeladen habe, um etwaige Differenzen auszuräumen. An diesem für den 10.01.2011 mit ihrem Schreiben vom 07.01.2011 anberaumten Gespräch habe - insoweit unstreitig - nur der Arzt G2 teilgenommen, der sich sogleich von Form und Sprache sämtlicher Schreiben der Rechtsanwälte W1 und B1 distanziert habe.	57
Während des Gesprächs am 19.01.2011 sei ihr während des Teils, an dem der Zeuge W1 nicht teilgenommen habe, von den Zeugen M2 und G1, die für den Fußballverein am Gespräch teilgenommen hätten, mitgeteilt worden, sie seien mit der Betreuungsleistung der drei Ärzte an sich sehr zufrieden gewesen. Doch hätten ihnen die Ärzte erklärt, dass es zu erheblichen Spannungen zwischen ihnen und der Beklagten - u.a. über die Vergütung - gekommen sei. Dies sei der Grund für die Kündigung gewesen, weil die Sorge bestanden hätte, dass die Ärzte nicht mehr zur Verfügung stehen würden und der Fußballverein gleichwohl an den Dienstleistungsvertrag gebunden wäre, ohne Einfluss auf die Personen der Ärzte zu haben. Die Zeugen hätten versichert, dass es ohne die von den Ärzten geäußerte Unzufriedenheit nicht zu einer Kündigung gekommen wäre. Der vom Kläger beauftragte Rechtsanwalt W1 habe sich, nachdem er zur Fortsetzung des Gesprächs hinzu gebeten worden sei, dahingehend erklärt, seine Mandanten - dies sei zu dieser Zeit nicht mehr der Arzt G2 gewesen - würden auf jeden Fall die mannschaftsärztliche Betreuung bis zum 28.02.2011 sicherstellen. Doch geschehe dies nicht mehr im Auftrag der Beklagten, sondern auf eigene Rechnung. Notfalls würde man dies auch unentgeltlich übernehmen. Seine Mandanten würden, sofern sie gefragt werden würden, dem Fußballverein ihre Leistungen auch in Eigenregie anbieten, die Versorgung daher auch ab dem 01.03.2011 gewährleisten. Da erwartungsgemäß kein Einlenken des Klägers im weiteren Verlauf zu erwarten gewesen wäre, sei das Gespräch sodann beendet worden. Für sie habe festgestanden, dass der Kläger und seine Kollegen Äußerungen abgegeben hätten, die den Verein zur Kündigung des Dienstleistungsvertrages bewogen hätten und ohnehin die Absicht bestanden habe, ihr das Geschäft aus der Hand zu nehmen oder aber zumindest Konkurrenz zu betreiben.	58
Die Beklagte hat die Auffassung geäußert, dem Kläger sei eine beharrliche Arbeitsverweigerung vorzuwerfen. Es könne nicht zweifelhaft sein, dass die Parteien das	59

bestehende Arbeitsverhältnis um die Pflicht des Klägers erweitert hätten, die mannschaftsärztliche Betreuung zu übernehmen. Daran änderten die nachträglichen Verhandlungen nichts. Die Ankündigung des Klägers, seine Tätigkeit mit Beginn der Winterpause einzustellen, sei als Erpressung zu verstehen, deren Wirkung durch das Schreiben seiner Anwälte vom 10.01.2011 noch erweitert worden sei. So habe er ihr das Zugeständnis abzwängen wollen, die mannschaftsärztliche Betreuung im eigenen Namen und für eigene Rechnung fortzusetzen. Wenn er auch die Betreuung der Mannschaft in der Folge fortgesetzt habe, sei dies nicht mehr in Vollzug des zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses geschehen, sondern auf eigene Rechnung. Während des Gesprächs vom 19.01.2011 habe er es nochmals ausdrücklich ablehnen lassen, die Leistung für sie - die Beklagte - zu erbringen. Stattdessen habe er erklären lassen, dies auf eigene Rechnung tun zu wollen. Es könne ihr nicht zugemutet werden, einen Mitarbeiter zu beschäftigen, der eine ihm günstig erscheinende Verhandlungsposition durch Verweigerung von wesentlichen Teilen seiner Arbeitsleistung ausnutzte, um eigene Vorteile zu erreichen.

Letztlich sei dem Kläger vorzuhalten, dass er gegen das Verbot verstoßen habe, eine Tätigkeit zu entfalten, die in Konkurrenz zu seiner Arbeitgeberin gestanden habe. Ein einmaliger Verstoß gegen diese Verpflichtung berechtige zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung, ohne dass es einer vorherigen Abmahnung bedürfe. Ein Verstoß liege vor. Der Kläger habe mit Schreiben vom 10.01.2011 seine Absicht, die Betreuung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung fortzusetzen, angekündigt und sie sodann mit weiterem Anwaltsschreiben vom 13.01.2011 manifestiert. Ihrem Schreiben vom 14.01.2011 lasse sich entnehmen, dass sie trotz des vorausgegangenen Verhaltens des Klägers immer noch die Hoffnung gehabt habe, den Kläger und dessen Kollegen dazu zu veranlassen, zu vertragstreuem Verhalten zurückzukehren, woraus sich auch erkläre, dass sie den Kläger mit Schreiben vom 18.01.2010 für bevorstehende Spiele eingeteilt habe. Trotz ihres Hinweises im Schreiben vom 14.01.2011 habe der Kläger während des Gesprächs am 19.01.2011 erklären lassen, er werde die Betreuung auch für die Zeit nach dem 01.03.2011 anbieten. Bereits das Anbieten der Leistung - unabhängig davon, ob entgeltlich oder nicht - stelle einen Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot dar. Sie habe nicht annehmen können, dass zum Gespräch am 19.01.2011 auch Rechtsanwalt W1 erscheinen würde, weshalb ihre Vertreter während des Gesprächs irritiert reagiert hätten und zunächst in Abwesenheit des Klägervertreters ein Gespräch ausschließlich mit den Vertretern des Fußballvereins über die Hintergründe der Kündigung hätten führen wollen. Der Zeuge M2 habe sodann während des Gesprächs mitgeteilt, kurz vor Weihnachten 2010 hätte es Informationen der Ärzte gegeben, dass es noch keine Regelung zur Honorierung gegeben habe und sie nicht wüssten, wie es mit der mannschaftsärztlichen Betreuung weitergehen würde. Dies sei Anlass für die Kündigung des Vertrages gewesen. Der Kläger und seine Kollegen hätten bewusst verschwiegen, dass ihnen mehrere Angebote zur Erhöhung der Vergütung unterbreitet worden seien und damit den Eindruck erweckt, es sei ohne Grund nicht gezahlt worden. Der Kläger habe den Fußballverein somit durch gezielte Fehlinformationen dazu bewegt, die Kündigung des Vertrages vor Ablauf der Probezeit zu erklären.

60

Während des Gesprächs am 19.01.2011, das von den Zeugen Dr. V1 und O1 protokolliert worden sei, habe der Klägervertreter W1 wörtlich erklärt: "Erstmal kann S1 davon ausgehen, dass bis zum 28.02.2011 meine Mandanten die mannschaftsärztliche Betreuung durchführen, aber nicht im Namen von M3. Wenn S1 wegen einer Betreuung nach dem 28.02.2011 anfragt, stehen wir bereit. (...) Und für Sie (gemeint sei sie, die Beklagte) wird nicht mehr gearbeitet, für S1 wird weiter gearbeitet." Zwar möge es sein, dass der Klägervertreter W1 die Worte "auf eigene Rechnung" tatsächlich nicht verwandt habe. Gleichwohl habe er erklärt, dass seine Mandanten die Mannschaftsbetreuung weiter durchführen würden,

61

gegebenenfalls über den 28.02.2011 hinaus, allerdings nicht mehr für sie, die Beklagte. Das ergebe sich auch aus dem klägerischen Schriftsatz vom 01.05.2011, werde dort ausgeführt, der Kläger werde den Fußballverein "nicht im Regen stehen lassen", sondern bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am 28.02.2011 die Dienstleistungen erbringen, zu denen sich die Beklagte verpflichtet habe.

Sie hat die Auffassung geäußert, der Auflösungsantrag des Klägers sei unbegründet, weil nicht feststellbar sei, dass dem Kläger eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar sei. Alleine der Umstand einer außerordentlichen Kündigung reiche für sich gesehen nicht aus, einen Auflösungsantrag zu rechtfertigen. Letztlich sei es rechtsmissbräuchlich, berufe sich der Kläger auf Auflösungsgründe, die er durch sein eskalierendes Verhalten treuwidrig herbeigeführt oder provoziert habe. 62

Die Beklagte hat weiter behauptet, sie habe ab Februar 2008 ein Konto bei der Sparkasse eingerichtet. Sämtliche Rechnungsbeträge – auch die für ärztliche Bescheinigungen – hätten diesem Konto zugeführt werden müssen. Der Kläger habe der Zeugin W4 sodann erneut die Anweisung erteilt, das ehemalige Konto zu verwenden. Von diesem alten Konto sei am 04.03.2010 lediglich ein Betrag in Höhe von 1.600,76 € eingegangen. Für sie sei nicht nachvollziehbar, ob es sich bei dieser Zahlung um die vereinnahmten Geldbeträge für die ärztlichen Bescheinigungen handle, wenngleich vieles dafür spreche. Ihr sei zunächst nicht aufgefallen, dass der Kläger für Bescheinigungen ab Februar 2010 wiederum sein eigenes Konto nutze. Dies habe sie erst bemerkt, als am 04.02.2011 und 18.02.2011 zwei an die Zeugin W4 adressierte Kontoauszüge eingegangen seien. Ihre nunmehrigen Recherchen hätten ergeben, dass insgesamt 67 Rechnungen über Bescheinigungen im Zeitraum vom 15.02.2010 bis zum 16.12.2010 über 1.731,22 € erstellt und unter Benennung des Kontos des Klägers verschickt worden seien. Der Kündigungsgrund sei ihr erst nach Ausspruch der außerordentlichen Kündigung bekannt geworden, weshalb - so ihre Auffassung - sie ihn nunmehr zur Begründung der außerordentlichen Kündigung nachschieben könne. 63

Mit Teilurteil vom 14.12.2011, dessen Streitgegenstand alleine die Rechtswirksamkeit der von der Beklagten ausgesprochenen außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung vom 19.01.2011 ist, hat das Arbeitsgericht die Klage nach durchgeführter Beweisaufnahme im Hinblick auf den Kündigungsschutzantrag zu Ziffer 1 der gestellten Anträge abgewiesen, im Wesentlichen mit folgender Begründung: 64

Der Beklagten habe ein wichtiger Grund i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB zugestanden. Dieser bestehe zwar nicht darin, dass der Kläger eine beharrliche Arbeitsverweigerung begangen habe. So müsse davon ausgegangen werden, dass sich die Parteien entgegen der Auffassung der Beklagten nicht nachträglich über eine Erweiterung des Arbeitsvertrages mündlich geeinigt hätten, weil wesentliche Vertragsbestandteile zwischen ihnen offen geblieben seien. Doch sei dem Kläger vorzuwerfen, dass er gegen das arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbot im bestehenden Arbeitsverhältnis verstoßen habe. Die Beweisaufnahme habe ergeben, dass der Kläger seine Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gegenüber dem Fußballverein angeboten habe. Die Zeugen Dr. V1 und O1 hätten die Behauptung der Beklagten bestätigt, dass der Kläger am 19.01.2011 durch seinen Bevollmächtigten W1 die mannschaftsärztliche Betreuung des Profikaders habe im eigenen Namen anbieten lassen, wenngleich die Bekundungen dieser Zeugen für die Kammer nicht immer ganz nachvollziehbar gewesen seien. Eine Abmahnung vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung sei nicht erforderlich. Der Kläger habe nicht annehmen können, dass die Beklagte sein Verhalten dulden werde. So sei er darauf hingewiesen worden, dass er während des Bestands des Arbeitsverhältnisses weder direkten noch indirekten 65

Wettbewerb betreiben dürfe. Insgesamt habe die Beklagte deutlich zu erkennen gegeben, dass sie ein Tätigwerden des Klägers im eigenen Namen nicht dulden werde. Auch die Interessenabwägung schlägt nicht zu Gunsten des Klägers durch.

Gegen das dem Kläger am 19.12.2011 zugegangene Teilurteil richtet sich die von Rechtsanwältin B1 für den Kläger unter dem 02.01.2012 eingelegte Berufung. Auf deren Antrag wurde die Berufungsbegründungsfrist bis zum 19.03.2011 verlängert. Am 30.01.2012 haben sich für den Kläger zu Prozessbevollmächtigten im Berufungsverfahren die nunmehrigen Prozessbevollmächtigten bestellt. Innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist hat Rechtsanwältin B1 mit Schriftsatz vom 01.03.2012 die Berufung begründet. Mit weiterem Schriftsatz vom 19.03.2012 haben die nunmehrigen Prozessbevollmächtigten für den Kläger die Berufung ebenfalls begründet und darüber hinaus ausgeführt, der Kläger habe ausschließlich sie mit der Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen mandatiert, während die unter dem 01.03.2012 von Rechtsanwältin B1 eingereichte Berufungsbegründung gegen den Willen des Klägers eingereicht worden sei. Diese Berufungsbegründungsschrift sei daher für den vorliegenden Rechtsstreit unbeachtlich. Rechtsanwältin B1 hat sodann mit Schriftsatz vom 19.03.2012 angezeigt, den Kläger nicht mehr zu vertreten und mit weiterem Schriftsatz vom 27.03.2012 ausgeführt, die Berufungsschrift vom 01.03.2012 sei mit dem Willen des Klägers und während des laufenden Mandats verfasst und eingereicht worden. Das Mandat zu ihr sei mit Schreiben des Klägers vom 19.03.2012 beendet worden.

66

Mit Schriftsatz seiner nunmehrigen Prozessbevollmächtigten vom 19.03.2012 begründet der Kläger die Berufung wie folgt:

67

Er habe seine Tätigkeit als mannschaftsärztlicher Betreuer angesichts der Notsituation der Beklagten Ende September 2012 sofort aufgenommen. Über die vertragliche Ausgestaltung habe sodann in Ruhe mit der Beklagten verhandelt werden sollen. In der Hauptsache sei er jedoch weiterhin als fachärztlicher Leiter berufliche Rehabilitation tätig gewesen und dies mehr als 50 Stunden wöchentlich. Durch diese Tätigkeit sei er bereits voll ausgelastet gewesen. Die zusätzliche Aufgabe als Mannschaftsarzt des S1 habe er ausschließlich im Interesse der Beklagten wahrgenommen. Er sei besorgt gewesen, dass ein Stimmungswechsel bei Funktionären des Fußballvereins negative Auswirkungen auf sein eigentliches Arbeitsverhältnis haben könnte. Ferner habe er sich Sorgen um die enormen Haftungsrisiken gemacht. Dies habe ihn dazu veranlasst, Rat bei Rechtsanwalt W1 zu suchen, der ihn gemeinsam mit seiner Kollegin B1 juristisch beraten habe, ebenso wie die übrigen mit der Mannschaftsbetreuung befassten Ärzte Dr. P1 und G2. Verhandlungen hätten in der Folgezeit ausschließlich Rechtsanwältin B1 und Rechtsanwalt W1 für ihn geführt. Er habe mit der Beklagten nicht mehr kommuniziert oder verhandelt. Sein Arbeitsverhältnis als fachärztlicher Leiter berufliche Rehabilitation sei ohne Beanstandungen durchgeführt worden. Die Verhandlungen seien dann leider eskaliert. Die von ihm beauftragte Rechtsanwältin B1 habe in der Folgezeit gegenüber der Beklagten eine GbR-Lösung präferiert. Das Für und Wider dieser Lösung sei diskutiert worden. Die beklagtenseits erhobenen Bedenken seien von seiner Rechtsanwältin B1 nicht geteilt worden. Ende Dezember 2010 seien die Verhandlungen eskaliert. Er und die sonstigen mit der mannschaftsärztlichen Betreuung befassten Ärzte hätten sich mit dem Assistenten des Trainers des Fußballvereins, des Zeugen G1, wöchentlich zusammengesetzt, um den gesundheitlichen Zustand der Spieler und deren Einsetzbarkeit zu örtern. Im Rahmen eines solchen Gesprächs habe sein ärztlicher Kollege und Zeuge Dr. P1 den Zeugen G1 gefragt, ob die mit der Mannschaftsbetreuung beauftragten Ärzte zumindest Fahrtkosten zu den Spielen und Besprechungen abrechnen könnten. Davon habe sich der Zeuge G1 überrascht gezeigt und nachgefragt, ob er und seine

68

Kollegen noch kein Honorar erhalten hätten. Dies sei von ihnen wahrheitsgemäß verneint worden. Der Zeuge G1 habe noch im selben Moment den Zeugen M2 über den diesen Vorgang informieren wollen. Sowohl er als auch der Zeuge Dr. P1 hätten erklärt, davon möge man Abstand nehmen, damit mit der Beklagten über die Ausgestaltung des Vertrages verhandelt werde. Er und seine Kollegen seien völlig überrascht worden, als sie erfahren hätten, dass der S1 den Dienstleistungsvertrag sodann zum 31.12.2010 gekündigt habe. Er habe sich nach Erhalt dieser Information mit dem Zeugen G1 in Verbindung gesetzt, um nach den Hintergründen für die Kündigung zu fragen. Ihm sei mitgeteilt worden, der Zeuge M2 habe sie – die Ärzte – bei den Verhandlungen gegenüber der Beklagten über die Vergütung der Mannschaftsbetreuung unterstützen wollen. Mit dem Zeugen M2 habe er selbst zu keiner Zeit über die Vertragsverhandlungen mit der Beklagten gesprochen. Auch sei nicht um Unterstützung durch den Zeugen oder den Fußballverein S1 gebeten worden. Er sowie seine Kollegen hätten vielmehr angenommen, dass die Verhandlungen mit der Beklagten zügig zu einem Ende geführt werden könnten. Die Kündigung des Dienstleistungsvertrages durch den Zeugen M2 sei auch keine Hilfe für ihn gewesen. Durch die Kündigung habe der Zeugen M2 eine völlig neue Situation geschaffen, die ihm nicht zum Vorteil gereicht habe. Den Termin am 07.01.2011 habe er nicht persönlich wahrnehmen wollen, weil bei ihm der Eindruck entstanden sei, dort einem "Tribunal" gegenüber zu treten. Das Schreiben vom 10.01.2011 habe Frau Rechtsanwältin B1 ohne sein Wissen und ohne das Wissen der sonstigen Ärzte verfasst und dort ausgeführt, dass die Ärzte nicht mehr für eine mannschaftsärztliche Tätigkeit im Namen und für Rechnung der Beklagten zur Verfügung stünden. Die Beklagte selbst habe noch mit Schreiben vom 12.01.2011 mitgeteilt, sie werde seine Leistung weiterhin in Anspruch nehmen; er möge bis zum 13.01.2011 mitteilen, dass er die Betreuung als Mannschaftsarzt wieder aufnehme. Die von ihm beauftragte Rechtsanwältin B1 habe sodann am 13.01.2011 wiederum ohne sein Wissen mitgeteilt, dass die mannschaftsärztliche Betreuung am kommenden Spieltag gesichert sei, allerdings nicht mehr im Namen der Beklagten. Dies habe die Beklagte moniert, aber mit Befriedigung zur Kenntnis genommen, dass die mannschaftsärztliche Betreuung gesichert sei. Das Gespräch am 19.01.2011 sei aufgeregt und emotional geführt worden. Es habe – insoweit unstreitig – ein Ende im Streit gefunden. Trotz der am 19.01.2011 erfolgten Kündigung habe er auf Bitten des Zeugen G1 seine Tätigkeit als mannschaftsärztlicher Betreuer – ohne jede Vergütung – bis zum 28.02.2011 fortgesetzt. Erst im Februar 2011 habe er erstmalig ausdrücklich mit dem Fußballverein S1 über ein Vertragsverhältnis für die Zeit nach dem 28.02.2011 verhandelt.

Das Arbeitsgericht – so seine Auffassung – habe verkannt, dass ihm nicht vorgeworfen werden könne, einen Wettbewerbsverstoß begangen zu haben. Das Arbeitsgericht sehe den Grund für die außerordentliche Kündigung darin, dass der Zeuge W1 am 19.01.2011 gegenüber der Beklagten angedroht haben soll, er – der Kläger – werde fortan nicht mehr im Namen der Beklagten die Mannschaftsbetreuung durchführen, sondern dies im eigenen Namen tun. Dies rechtfertige keine außerordentliche Kündigung i. S. d. § 626 BGB. Er habe im Übrigen seine Dienste nicht im eigenen Namen angeboten. Der Aussage des Zeugen G1 könne entnommen werden, dass der Fußballverein nicht davon ausgegangen sei, er und seine Kollegen stünden dem Fußballverein S1 im eigenen Namen über den 28.02.2011 hinaus zur mannschaftsärztlichen Betreuung zur Verfügung.

69

Das Arbeitsgericht habe bei seiner Interessenabwägung völlig unberücksichtigt gelassen, in welchem Rahmen der Zeugen W1 angedroht haben soll, er – der Kläger – werde nicht mehr im Namen der Beklagten die mannschaftsärztliche Betreuung durchführen. Alle Zeugen hätten bekundet, dass das Gespräch am 19.01.2011 in äußerst hitziger Form geführt worden sei. Sollte der Zeuge W1 die von der Beklagten behauptete Erklärung tatsächlich abgegeben haben, hätte dies nicht als Wettbewerbsverstoß gewertet werden können, sondern als eine

70

bloße Überreaktion. Unberücksichtigt gelassen habe das Gericht auch, dass er seit dem 28.09.2010 ohne jede Vergütung neben seiner sonstigen Vollzeittätigkeit als fachärztlicher Leiter berufliche Rehabilitation als Mannschaftsarzt für den S1 tätig geworden sei und dafür u. a. weite Auslandsreisen und Wochenendtätigkeiten auf sich genommen habe. Eine außerordentliche Kündigung sei auch deshalb rechtsunwirksam, weil es an einer Abmahnung fehle. Die Beklagte habe ihm gegenüber keinerlei Warnungen ausgesprochen. Im Schreiben vom 10.01.2011 habe die Beklagte gegenüber seiner damals beauftragten Rechtsanwältin B1 lediglich angedroht, dass die Umsetzung der Absicht, den Fußballverein S1 über den Verhandlungsstand mit der Beklagten und den an der mannschaftsärztlichen Betreuung beteiligten Ärzten zu informieren, arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen könne.

Zuvor, mit Schriftsatz vom 01.03.2012, wegen dessen weiteren Inhalts auf Blatt 809 bis 835 d.A. Bezug genommen wird, hat der Kläger die Berufung im Wesentlichen wie folgt begründet: 71

Das von der Beklagten mit Schreiben vom 13.01.2011 unterbreitete Angebot und die dort vorgeschlagene Geldsumme sei kein tatsächliches Vertragsangebot gewesen, sondern ein Diktat. Wenn auch im Schreiben vom 13.01.2011 mitgeteilt worden sei, die mannschaftsärztliche Betreuung erfolge nicht mehr im Namen der Beklagten, sei dazu zu sagen, dass dies die Beklagte nicht besonders getroffen oder beeindruckt habe. Im unmittelbar darauf folgenden Schreiben vom 13.01.2011 sei dieser Aspekt nicht angesprochen worden. Im Schreiben vom 14.01.2011 habe sich die Beklagte lediglich dahin geäußert, die Rechtsmeinung des Klägers nicht zu teilen. Dies können nicht als Abmahnung gewertet werden. Die Beklagte habe selbst in erheblichem Maße gegen ihre Fürsorgepflicht verstoßen, indem sie vom Kläger jenseits der Regelungen des Arbeitszeitgesetzes Arbeitsleistungen entgegengenommen und nicht vergütet habe. Die Beweiswürdigung des Arbeitsgerichts sei nicht frei von Widersprüchen und völlig sinnleeren Darlegungen. Trotz der schwierigen Gesprächssituation habe der Zeuge W1 versucht, die Beklagte für ein konstruktives Gespräch während der Erörterungen am 19.01.2011 zu gewinnen. 72

Die Beklagte habe gegen ihn eine einzigartige Rufmordkampagne betrieben. Der Geschäftsführer der Beklagten habe allen mit ihm kooperierenden Berufsgenossenschaften sowie dem Fachverband der Träger der gesetzlichen Unfallversicherungen schriftlich mitgeteilt, man habe sich von ihm unter dubiosen Umständen trennen müssen. Ferner habe der Geschäftsführer bei den Entscheidungsträgern der Berufsgenossenschaften vorgetragen und auch dort den Eindruck erweckt, er – der Kläger – habe sich unredlich verhalten. 73

Unabhängig von der fehlerhaften Beweiswürdigung sei im Übrigen zu sagen, dass eine solche außerordentliche Kündigung ohne vorhergehende Abmahnung unverhältnismäßig und damit unwirksam sei. Hinsichtlich des Vorwurfs der angeblichen Arbeitsverweigerung sei bereits erstinstanzlich ausreichend vorgetragen worden. Dies gelte auch für den von ihm gestellten Auflösungsantrag, der gerechtfertigt sei. Auch hinsichtlich des nachgeschobenen Kündigungsgrundes könne auf die Ausführungen erster Instanz verwiesen werden. 74

Die Beklagte versuche, ihn als geldgierigen Zocker darzustellen und baue eine "Story" auf. Für ihn, den Kläger, habe immer sein Arbeitsverhältnis als fachärztlicher Leiter berufliche Rehabilitation im Vordergrund gestanden, für das er eine jährliche Bruttovergütung in Höhe von 239.000,00 € erhalten hätte. Es sei unklar, warum er dieses Arbeitsverhältnis für die deutlich niedrigen und unsicheren Beträge habe riskieren sollen, die der S1 bereit gewesen wäre, für eine ärztliche Betreuung seines Profikaders zu zahlen. Die in der Berufungserwiderung geäußerten Spekulationen der Beklagten über seine Verhandlungsmotive seien damit völlig realitätsfern. 75

In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 25.05.2012 hat der Kläger angesichts der seinerseits ausgesprochenen fristlosen Eigenkündigung den Rechtsstreit im Hinblick auf die angegriffene ordentliche Kündigung für erledigt erklärt. Die Beklagte hat sich dieser Erledigungserklärung angeschlossen. Beide Seiten haben wechselseitig beantragt, insoweit der jeweils anderen Seite die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. 76

Der Kläger beantragt zuletzt, 77

das Teilurteil des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen vom 14.12.2011 – 3 Ca 141/11 – abzuändern und festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche Kündigung vom 19.01.2011 aufgelöst worden ist, sowie für den Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 19.01.2011 aufzulösen und die Beklagte zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird. 78

Die Beklagte rügt den klägerischen Schriftsatz vom 23.05.2012 als verspätet und beantragt, 79

die Berufung zurückzuweisen. 80

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil und wiederholt und vertieft ihre bisherigen Ausführungen im Rahmen der Berufungserwiderung wie folgt: 81

Es bleibe dabei, dass bereits Ende September 2010 zwischen ihr sowie dem Kläger und seinen damaligen Kollegen eine einvernehmliche Lösung dergestalt erarbeitet worden sei, die mannschaftsärztliche Betreuung gegen Zahlung eines jährlichen Honorars in Höhe von 40.000,00 € brutto zu übernehmen. Es bleibe ferner dabei, dass ihr Geschäftsführer bereits am 23.11.2010 erklärt habe, das Honorar auf 60.000,00 € anzuheben, um eine möglichst rasche Klärung herbeizuführen. Dem Kläger sei es ebenso wie seinen Kollegen im Wesentlichen darum gegangen, möglichst weitreichend in den Genuss der Vergütung zu kommen, den sie selbst aus dem Vertrag mit dem S1 erzielen würde. Die formale Gestaltung des Vertrages oder etwaige Haftungsfragen seien daher nur sekundär gewesen, wenn nicht gar vorgeschoben. Der Kläger – so ihre Behauptung – habe bereits am 16.12.2010 gegenüber seinem ehemaligen Kollegen G2 mitgeteilt, er könne sich eine weitere Zusammenarbeit mit dem S1 gegebenenfalls auch ohne sie – die Beklagte – vorstellen. Der Kläger habe bereits zu diesem Zeitpunkt also eine informelle Abstimmung mit den zuständigen Mannschaftsbetreuern herbeigeführt, was eine eventuelle künftige eigene Zusammenarbeit angehe. Parallel dazu habe sich die Drucksituation verschärft. Dies werde am Inhalt des Briefes vom 20.12.2010 deutlich. Dort werde unverhohlen gedroht. Soweit der Kläger nun behaupte, der Zeuge G1 sei von ihm und seinen Kollegen mehr oder weniger beruhigt worden, als dieser erfahren habe, dass an die Ärzte kein Honorar gezahlt worden sei, sei dies zu bestreiten. Der Kläger habe gegenüber dem Zeugen G1 vielmehr den Eindruck erweckt, dass es zu befürchten stehe, eine Einigung zwischen den Ärzten und der Beklagten werde nicht zustande kommen, wodurch der künftige Einsatz der Ärzte in Frage stünde. So habe der Zeuge G1 dem Vorstand des Fußballvereins mitgeteilt, dass dies der Grund für die Kündigung des Dienstleistungsvertrages mit der Beklagten gewesen sei. Man habe verhindern wollen, dass der Vertrag nach Ablauf der Testphase in einen anderthalbjährigen unkündbaren Vertrag übergehe und die Beklagte sodann andere Ärzte zu Vertragserfüllung einsetzen könnte. Deutlich werde, dass der Kläger offensichtlich ausgelotet habe, inwieweit eine Weiterführung seiner Tätigkeit auf eigene Rechnung denkbar sei. Letztlich hätte der Fußballtrainer M2 den Vertrag niemals gekündigt, wenn nicht der Kläger sowie seine damaligen Kollegen ihm gegenüber deutlich gemacht hätten, dass die mannschaftsärztliche Betreuung durch sie auch nach Beendigung des Vertrages mit ihr 82

sichergestellt wäre. Sie habe mit Schreiben vom 07.01.2011 alle drei Ärzte zu einem persönlichen Gespräch für den 10.01.2011 eingeladen, weil für sie in diesem Zeitpunkt nicht ansatzweise nachvollziehbar gewesen sei, warum die Situation eskaliert sei. Zu diesem Gespräch sei nur der Arzt G2 erschienen, der sich sogleich unmissverständlich von allen Schreiben der Anwaltskanzlei W1/B1 distanziert habe mit der Erklärung, er sei jenseits von Form und Sprache dieser Schreiben auch mit den Vorstellungen seiner Kollegen bezüglich der Honorierung nicht einverstanden.

Nachdem der Zeuge G1 am 11.01.2011 mitgeteilt habe, dass der Dienstleistungsvertrag bis zum 28.02.2011 laufe, habe er überraschend zu einem gemeinsamen Gespräch für den 19.01.2011 in der Geschäftsstelle des Fußballvereins eingeladen, um die Möglichkeit der weiteren Zusammenarbeit zu erörtern. Sie habe den Kläger am 12.01.2011 informiert, dass der Fußballverein ihre Dienste weiterhin bis zum 28.02.2011 in Anspruch nehmen wolle und den Kläger aufgefordert, er möge seine Erklärung, die Tätigkeit als betreuender Mannschaftsarzt einzustellen, revidieren. Das an den Kläger gerichtete Schreiben vom 13.01.2011 sei ihm - insoweit unstreitig - persönlich vom Zeugen Dr. V1 übergeben worden. Der Kläger habe während der Übergabe hoch emotional reagiert und habe erklärt, man möge ihm doch fristlos kündigen. Er werde sodann seinerseits sofort selbst eine fristlose Kündigung erklären, wenn er dies nicht ohnehin schon vorher tue. Er könne sich nicht vorstellen, dass ein Rechtsstreit für sie, die Beklagte, zielführend sei. Er empfehle daher dringend, den Termin am 19.01.2011 wahrzunehmen. Alle Versuche des Zeugen Dr. V1, den Kläger zu beruhigen, seien ergebnislos verlaufen. Angeboten habe sie dem Kläger eine vorläufige Lösung ohne Präjudiz, insbesondere eine Anhebung der Vergütung auf 72.000,00 €, ohne dass sie eine Reaktion erhalten habe. 83

Während des Gesprächs am 19.01.2011 habe ihr Vertreter darum gebeten, zunächst mit den Vertretern des Fußballvereins allein sprechen zu können, um die Kündigungsgründe in Erfahrung zu bringen. Rechtsanwalt W1 habe vorübergehend den Raum verlassen. Der Fußballtrainer des Vereins habe sodann auf Nachfrage mitgeteilt, man habe von den Ärzten erfahren, dass es noch keine Regelung der Honorierung gegeben habe, weshalb man nicht wüsste, wie es mit der mannschaftsärztlichen Betreuung weitergehen würde. Man habe befürchtet, dass bei Fortführung des Dienstleistungsvertrages über die Testphase hinaus die drei Ärzte nicht mehr zur Verfügung stehen würden. Dies sei der Grund für die Kündigung gewesen. Der Zeuge G1 habe mitgeteilt, es sei für den Fußballverein eine unangenehme Überraschung gewesen, als er von den Ärzten erfahren habe, dass sie ihre Arbeit aufgeben wollten. Auf Seiten des Fußballvereins habe großes Interesse daran bestanden, mit den Ärzten weiter zu arbeiten. In der sodann unter Beteiligung des Rechtsanwalts W1 fortgesetzten kontroversen Diskussion habe Rechtsanwalt W1 für seine Auftraggeber erklärt, diese würden die weitere mannschaftsärztliche Betreuung für die Beklagte definitiv ablehnen. Nachdem der Zeuge G1 nochmals deutlich gemacht habe, man sei regelrecht schockiert gewesen, dass die Ärzte keine Vergütung erhalten hätten, hätten ihre Vertreter nochmals verdeutlichen wollen, dass die Vergütungsfrage an sich nie im Streit gestanden habe und mehrfach konkrete Angebote ihrerseits unterbreitet worden seien, die aber ergebnislos geblieben seien, weil Rechtsanwalt W1 eine arbeitsvertragliche Lösung ausgeschlossen habe. Es wurde insbesondere darauf hingewiesen, dass es zuletzt ein Zahlungsangebot ohne jedes Präjudiz für die weitere Verhandlung gegeben habe. Rechtsanwalt W1 habe betont, dass aus dem Schreiben seiner Mandanten auf das zuletzt unterbreitete Angebot zu schließen sei, dass das Angebot abgelehnt werde. Er habe weiter erklärt, seine Mandanten würden in jedem Fall die mannschaftsärztliche Betreuung bis zum 28.02.2011 sicherstellen. Dies werde aber nicht mehr im Auftrag der Beklagten, sondern auf eigene Rechnung geschehen. Notfalls würde man dies auch unentgeltlich übernehmen. Der Zeuge W1 habe 84

weiter erklärt, dass seine Mandanten, wenn sie gefragt würden, dem Fußballverein eine mannschaftsärztliche Betreuung in Eigenregie auch für die Zeit ab dem 01.03.2011 anbieten würden. Nach Beendigung des Gesprächs, das gescheitert gewesen sei, sei ein weiteres Gespräch mit dem Zeugen G1 geführt worden. Daraus sei allerdings deutlich geworden, dass dieser an einer Fortführung der Zusammenarbeit mit ihr nicht ernsthaft interessiert gewesen sei. Er schien die von Rechtsanwalt W1 angebotene Lösung, die mannschaftsärztliche Betreuung werde durch die Ärzte in Eigenregie gewährleistet, zu präferieren.

Nach Ausspruch der Kündigung habe sie gegenüber den Zeugen G1 mitgeteilt, die mannschaftsärztliche Betreuung würde bis zum 28.02.2011 durch den ärztlichen Direktor Dr. V1 und den Arzt G2 sichergestellt. Dies Angebot sei abgelehnt worden. Ab dem 22.01.2011 hätten sodann – insoweit unstreitig – der Kläger sowie dessen ehemaliger Kollege Dr. P1 die mannschaftsärztliche Betreuung durchgeführt. Unter dem Datum des 01.03.2011 habe der Kläger sodann mit dem S1 einen Vertrag abgeschlossen. Dieser Vertrag sehe für die mannschaftsärztliche Betreuung eine feste Grundvergütung nebst Boni vor, die in Abhängigkeit vom Erfolg des Profikaders zu zahlen gewesen wäre. Auffällig sei allerdings, dass in den ersten vier Monaten ab dem 01.03.2011 eine fixe Vergütung in Höhe von 7.500,00 € gezahlt werden sollte, die sich sodann auf 4.500,00 € im Monat reduzieren würde. Dies sei nur erklärlich vor dem Hintergrund der Kündigung des Dienstleistungsvertrages durch den Fußballverein S1 zum 31.12.2010. Bereits damals sei man wohl davon ausgegangen, direkt zum Jahresbeginn 2011 mit dem Kläger und seinen Kollegen zusammenarbeiten zu können. So habe der Kläger ihr bereits mit Anwaltschreiben vom 20.12.2010 angedroht, die mannschaftsärztliche Betreuung niederzulegen. Das erste Spiel im Jahr 2011 habe am 15.01.2011 stattgefunden. Zu diesem Zeitpunkt habe der Kläger dann bereits auf eigene Rechnung gearbeitet. Die erhöhte Festvergütung für die ersten 4 Monate ab dem 01.03.2011 habe nur dazu gedient, die Tätigkeit des Klägers für die Monate Januar und Februar 2011 nachträglich zu vergüten.

85

Dieser nachträglich abgeschlossene Dienstleistungsvertrag zeige, dass es dem Kläger von Anfang nur darum gegangen wäre, die ihr im Rahmen des mit dem Fußballverein bestehenden Dienstleistungsvertrages zustehende Vergütung abzuschöpfen. Die nunmehr vorlegten zweifachen Berufungsbegründungen seien in sich widersprüchlich. Dem Kläger sei es insbesondere verwehrt, sich nunmehr durch seine neuen Prozessbevollmächtigten in die Rolle eines Opfers seiner vormaligen Prozessbevollmächtigten zu bringen. Sämtliche Schreiben, die seine Rechtsanwälte auf den Weg gebracht hätten, seien mit ihm abgestimmt gewesen. Dies alles sei Plan einer von den damaligen Bevollmächtigten des Klägers verfolgten Verhandlungsstrategie gewesen. Die Kündigung des Dienstleistungsvertrages durch den S1, die nur durch die Indiskretionen des Klägers worden sei, habe eine neue Situation hervorgerufen, allerdings nicht zum Nachteil, sondern zum Vorteil des Klägers. Der Kläger hätte Gelegenheit gehabt, bei Übergabe ihres Schreibens vom 12.01.2012 am 13.01.2011 sich gegenüber Herrn Dr. V1 zu erklären. Stattdessen habe der Kläger dem Zeugen Dr. V1 unmissverständlich deutlich gemacht, dass er aus seiner Sicht im Recht sei und nicht daran denke, von seinen Positionen abzurücken. Er habe sie im Gegenteil verhöhnt mit dem Hinweis an den Zeugen Dr. V1, die Beklagte möge ihm doch fristlos kündigen, ein Rechtsstreit sei nicht zielführend, weshalb er dringend anrate, das Gespräch beim Fußballverein wahrzunehmen. Dies decke sich in Haltung und Auftritt mit dem Verhalten der damaligen Bevollmächtigten B1 und dem Auftreten des Bevollmächtigten W1 während des Gesprächs am 19.01.2011. Dessen Erklärungen passen nahtlos in das bereits zuvor weiter aufgebaute Drohszenario. Der Kläger habe gewusst, welchen Weg seine Bevollmächtigten einschlagen würden und jeden Kompromiss abgelehnt. Es sei sein Ziel gewesen, sie für die letzten zwei Monate aus dem Geschäft zu drängen, um weiter auf eigene Rechnung arbeiten

86

zu können.

Wegen des weiteren Kündigungsgrundes, den sie nachgeschoben habe, verweise sie auf ihre Behauptungen und Ausführungen im erstinstanzlichen Schriftsatz.

87

Dem Arbeitsgericht ist insbesondere zu folgen, nimmt es einen tatsächlichen Wettbewerbsverstoß des Klägers auf der Basis der durchgeführten Beweisaufnahme an, wenngleich es nach ihrer Auffassung einer solchen Beweisaufnahme nicht bedurft hätte, weil der Kläger bereits mit Schriftsatz vom 01.05.2011 den Wettbewerbsverstoß zugestanden habe, führe er dort aus, der Zeuge W1 habe in der Besprechung am 19.01.2011 lediglich erklärt, man werde den Verein wegen des mit der Beklagten bestehenden Dissenses " nicht im Regen stehen lassen", sondern bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, dem 28.02.2011, die Dienstleistungen erbringen, die eigentlich die Beklagte zu erbringen hätte, und dies notfalls unentgeltlich. Die Beweisaufnahme habe damit kein anderes Ergebnis bringen können. Im Übrigen sei der Wettbewerbsverstoß mehrfach manifestiert worden. So habe der Kläger bereits mit Anwaltsschreiben vom 10.01.2011 ankündigen lassen, die Betreuung des Profikaders im eigenen Namen und für eigene Rechnung fortsetzen zu wollen und dies mit weiterem Anwaltsschreiben vom 13.01.2011 wiederholt. Die vom Kläger am 15.01.2011 tatsächlich – insoweit unstreitig – geleistete Mannschaftsbetreuung sei damit auch keine Leistung gewesen, die der Kläger für sie - die Beklagte - erbracht habe, sondern eine Umsetzung der zuvor angedrohten Vorgehensweise, die Betreuung nicht mehr in ihrem Namen zu erbringen.

88

Das Arbeitsgericht habe sodann die Zeugenaussagen zutreffend gewürdigt, wenngleich nicht nachvollziehbar sei, warum das Arbeitsgericht auch Zweifel an der Aussage der Zeugen Dr. V1 und O1 gehabt habe. Soweit das Arbeitsgericht in diesem Zusammenhang ausgeführt habe, die Zeugen hätten "emotional" auf ihrer Seite gestanden, sei dies auf die besondere Vorgehensweise des Klägers und seines ehemaligen Prozessbevollmächtigten, des Zeugen W1, zurückzuführen. Der Zeuge sei vom ersten Moment des Gesprächs am 19.01.2011 aggressiv und konfrontativ aufgetreten. Bekunde der Zeuge O1 am Ende seiner Aussage, dass die Emotionalität auch auf seiner Seite vorhanden gewesen sei, weil er bis dahin in seinem Leben noch nicht in einem Gespräch so angegangen worden sei, wie es ihm vom Zeugen W1 widerfahren sei, sei dies auch die Erklärung dafür, warum die Äußerungen des Zeugen W1 zum Teil wortwörtlich protokolliert worden seien. Auch im weiteren Verlauf des Klageverfahrens hätten die ehemaligen Prozessbevollmächtigten des Klägers ihre konsequente Beleidigungsstrategie aus erster Instanz fortgesetzt. Bereits der Ton des ehemaligen Prozessbevollmächtigten und Zeugen W1, der im Hinblick auf ihren Prozessbevollmächtigten als von einem "getarnten Prozessbevollmächtigten", der ihn nach "Gutsherrenart" versucht habe einzuschüchtern, wobei er von "getränkter Eitelkeit, verletztem Stolz, Überheblichkeit oder einer Mischung aus allem" angetrieben gewesen sei, spreche für sich. Letztlich stelle das gesamte Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit der mannschaftsärztlichen Betreuung zum Jahreswechsel 2010/2011 eine versuche Nötigung dar. Nachdem sie nicht auf die Forderung der damaligen Bevollmächtigten des Klägers eingegangen sei, das Honorar auf 90.000 € p.a. anzuheben, sei ihr mit Schreiben vom 20.12.2010 unverhohlen damit gedroht worden, mit Beginn der Winterpause die Tätigkeit einzustellen. Anerkannt sei es indes, dass Straftaten, die gegen den Arbeitgeber gerichtet sind, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darstellen. In jedem Fall sei das Verhalten des Klägers eine unerträgliche Verletzung der ihm nach § 241 Abs. 2 BGB obliegenden arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht. Dies gelte selbst dann, falls man das Verhalten des Klägers nicht als Nötigung werten würde. Auch die bloße Drohung mit einem Wettbewerbsverstoß reiche bereits aus, um die außerordentliche Kündigung zu

89

rechtfertigen. Letztlich sei das Verhalten des Klägers in höchstem Maße geschäftsschädigend gewesen. Der Kläger habe den Fußballverein aus ersichtlich eigennützigen Motiven über die beabsichtigten Streitigkeiten zwischen den Parteien informiert und dort den Eindruck erweckt, sie - die Beklagte - wolle die Ärzte nicht bezahlen. Den Gesprächen am 19.01.2011 habe entnommen werden können, dass der Kläger bewusst unvollständig und verzerrend die Zeugen M2 und G1 informiert habe. Die Vertreter des Fußballvereins mussten damit annehmen, sie sei gar nicht bereit, die Ärzte überhaupt in angemessenen Umfang zu honorieren.

Dem Arbeitsgericht sei hingegen nicht zu folgen, vertrete es die Auffassung, das Verhalten des Klägers sei nicht als beharrliche Arbeitsverweigerung zu qualifizieren. Der Kläger sei bereits aus Ziffer 3.3 des Arbeitsvertrages verpflichtet gewesen, die ihm zugewiesene Tätigkeit auszuführen. Da der Kläger die Aufgabe freiwillig übernommen habe, sei eine ausdrückliche Weisung nicht erforderlich gewesen. Letztlich hätten sich die Parteien auch mündlich darüber verständigt, dass der Kläger die Tätigkeit als Mannschaftsarzt durchführe. Die Beharrlichkeit, mit der der Kläger die zunächst übernommene Arbeit sodann verweigert habe, als sie nicht mehr bereit gewesen sei, abweichend von der getroffenen Vereinbarung eine von den Ärzten später gewünschte Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Subunternehmerin zu beauftragen und dafür mehr als das Doppelte der ursprünglich vereinbarten Vergütung zahlen zu müssen, sei angesichts der tatsächlichen Abläufe offenkundig. Hinsichtlich des vom Kläger gestellten Auflösungsantrags sei auf die Ausführungen erster Instanz Bezug zu nehmen. Sie habe den Kläger nicht beschimpft.

90

Wegen des weiteren Sach- und Rechtsvortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen, insbesondere auf die Schriftsätze der Beklagten vom 11.02.2011 (Bl. 25 bis 93 d.A.), 11.04.2011 (Bl. 174 bis 207 d.A.), 30.06.2011 (Bl. 325 bis 329 d.A.), 10.08.2011 (Bl. 348 bis 356), 24.10.2011 (Bl. 445 bis 503) und 03.05.2012 (Bl. 920 bis 971) und diejenigen des Klägers vom 10.03.2011 (Bl. 97 bis 133 d.A.), 15.11.2010 (Bl. 586 bis 601 d.A.), vom 01.03.2012 (Bl. 809 bis 835), 19.03.2012 (Bl. 873 bis 894 d.A.) sowie 23.05.2012 (Bl. 985 bis 1003). Das Arbeitsgericht hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen Dr. V1, O1, W1 und G1. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der öffentlichen Sitzung vom 16.11.2011 (Bl. 572 bis 585 d.A.) Bezug genommen.

91

Entscheidungsgründe

92

I. Die Berufung des Klägers ist an sich statthaft (§ 64 Abs. 1, Abs. 2 lit. c) ArbGG) und nach den §§ 519 ZPO, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG am 02.01.2012 gegen das am 19.12.2011 zugestellte Urteil innerhalb der Monatsfrist form- und fristgerecht eingelegt worden. An der Wirksamkeit dieser Prozesshandlung bestanden keine Zweifel. Sie rühren auch nicht daher, dass nach den Behauptungen der nunmehrigen Prozessbevollmächtigten des Klägers dessen ehemaligen Bevollmächtigten die Berufungsbegründungsschrift vom 01.03.2012 gegen dessen Willen und damit ohne eine entsprechende Vollmacht eingelegt haben sollen. Diese Behauptung der nunmehrigen Prozessbevollmächtigten bezieht sich alleine auf die Hereingabe der Berufungsbegründungsschrift vom 01.03.2012 und nicht auf die Einlegung der Berufung durch die Berufungsschrift der ehemaligen Prozessbevollmächtigten vom 02.01.2012 an sich. Zweifel an der Bevollmächtigung der ehemaligen Prozessbevollmächtigten zu diesem Zeitpunkt, denen das Gericht nach § 88 Abs. 2 ZPO nur dann von Amts wegen nachzugehen hat, wenn der Bevollmächtigte kein Rechtsanwalt ist, bestanden vor diesem Hintergrund nicht.

93

94

Die damit ordnungsgemäß eingelegte Berufung wurde auch innerhalb der bis zum 19.03.2012 verlängerten Frist des § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG durch den Berufungsschriftsatz vom 01.03.2012 der ehemaligen Prozessbevollmächtigten B1 und W1 sowie durch eine am selben Tag eingegangene Berufungsbegründung der nunmehrigen Prozessbevollmächtigten des Klägers ordnungsgemäß nach den §§ 520 Abs. 3 i.V.m. 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG begründet. Die Berufung ist damit insgesamt zulässig.

II. Die Berufung ist begründet. Die Kündigung vom 19.01.2012 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst. Gründe im Sinne des § 626 Abs. 2 BGB, die die Kündigung als außerordentliche Kündigung hätten rechtfertigen können, sind nicht gegeben. Da die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache im Hinblick auf die zugleich ausgesprochene Kündigung angesichts des ohnehin durch die erfolgte Eigenkündigung des Klägers bewirkte Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf des 23.02.2011 übereinstimmend für erledigt erklärt hatten, war nicht mehr darüber zu befinden, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgrund der im Kündigungsschreiben vom 19.01.2012 enthaltenen ordentlichen Kündigung aufgelöst worden ist. 95

Der Auflösungsantrag des Klägers war indes abzuweisen. 96

1. Das Arbeitsverhältnis der Parteien wurde nicht mit sofortiger Wirkung durch die Kündigung vom 19.01.2012 aufgelöst. Anders als das Arbeitsgericht vermochte die Berufungskammer nicht zu sehen, dass der Kläger in einer außerordentlichen Kündigung rechtfertigenden Weise seine vertraglichen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verletzt hat. Die Kammer hat bereits Zweifel, dass im Verhalten des Klägers eine kündigungsrelevante Arbeitsverweigerung oder aber ein Wettbewerbsverstoß oder dessen Androhung gesehen werden kann. Jedenfalls ist die Kammer davon überzeugt, dass eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen des vom Kläger entfalteten Verhaltens ohne vorherige Abmahnung unverhältnismäßig und damit unwirksam ist. 97

Die Kammer konnte auch nicht erkennen, dass der Kläger nötigend oder geschäftsschädigend vorgegangen ist oder die Vermögensinteressen der Beklagten bewusst verletzt hat, so dass aus diesen Gründen das Arbeitsverhältnis hätte rechtswirksam außerordentlich aufgekündigt werden können. 98

a. Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund gekündigt werden, ohne eine Kündigungsfrist einhalten zu müssen, 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 ordentlichen Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. 99

Es entspricht allgemeiner Auffassung, die erforderliche Prüfung, ob ein gegebener Lebenssachverhalt einen wichtigen Grund i. S. d. § 626 Abs. 2 BGB darstellt, zweistufig zu vollziehen. Zunächst ist festzustellen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalles als wichtiger Kündigungsgrund an sich geeignet ist. Lässt sich dies bejahen, ist auf der weiteren Prüfungsstufe zu klären, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht (ständige Rechtsprechung, vgl. nur BAG 28.02.2012 – 2 AZR 1008/08, NZA-RR 2010, 461; 10.12.2009 – 2 AZR 534/08, DB 2010, 1128). 100

Der Beklagten ist in ihrem Ansatz Recht zu geben, dass eine beharrliche Arbeitsverweigerung regelmäßig eine erhebliche kündigungsrelevante Arbeitspflichtverletzung darstellt (BAG 13.03.2008 – 2 AZR 88/07, AP Nr. 87 zu § 1 KSchG 1969; 19.04.2007 – 2 AZR 78/96, AP Nr. 77 zu § 611 BGB Direktionsrecht, 21.11.1996 – 2 AZR 357/95, AP Nr. 130 zu § 626 BGB). Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass im Falle des Vorliegens einer beharrlichen Arbeitsverweigerung der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung gemäß § 626 BGB gerechtfertigt ist (BAG 21.11.1996 – 2 AZR 357/95, AP Nr. 130 zu § 626 BGB). Eine beharrliche Arbeitsverweigerung, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann, setzt eine Nachhaltigkeit im Willen des Arbeitnehmers voraus, die dann gegeben ist, wenn der Arbeitnehmer sich intensiv weigert, die Arbeit zu erfüllen. Unter Berücksichtigung des Prognoseprinzips muss dabei zu besorgen sein, der Arbeitnehmer werde in Zukunft seiner Arbeitspflicht nicht nachkommen. Entscheidend ist dabei, ob eine Wiederholungsgefahr besteht oder sich das vergangene Ereignis auch künftig weiter belastend auswirken wird (BAG 21.11.1996 – 2 AZR 357/95, AP Nr. 130 zu § 626 BGB).

Auch das Berufungsgericht geht in Übereinstimmung mit der Beklagten davon aus, dass die 102
im Rahmen der vom Arbeitsgericht durchgeführten Beweisaufnahme als bewiesen
angesehene Erklärung des für den Kläger im Gespräch am 19.01.2011 auftretenden Zeugen
W1, der Fußballverein S1 könne davon ausgehen, dass seine Mandaten – damit auch der
Kläger – bis zum 28.02.2011 die mannschaftsärztliche Betreuung durchführen würden, aber
nicht im Auftrag der Beklagten, sondern auf eigene Rechnung, notfalls auch unentgeltlich,
angesichts des Schriftsatzes des Prozessbevollmächtigten vom 01.05.2011 als zugestanden
gelten kann, wird dort klägerseits eingeräumt, der Zeuge W1 habe während des Gesprächs
am 19.01.2011 wörtlich erklärt, man werde den Fußballverein wegen des mit der Beklagten
bestehenden Dissenses "nicht im Regen stehen lassen", sondern bis zum Ablauf der
Kündigungsfrist des 28.02.2011 die Dienstleistungen erbringen, die eigentlich die Beklagte zu
erbringen hatte, wobei dies notfalls auch unentgeltlich geschehen könne. Dies deckt sich in
der Kernaussage, die mannschaftsärztliche Betreuung werde durch den Kläger und dessen
Kollegen fortgesetzt, nur nicht mehr im Namen der Beklagten, mit den Ausführungen im
anwaltlichen Schreiben der Prozessbevollmächtigten B1 des Klägers vom 10.01.2011, führt
sie dort aus, ihre Mandanten – und damit auch der Kläger – würden gegenüber den
Verantwortlichen des Fußballvereins die Bereitschaft bekunden, die Betreuung im eigenen
Namen und für eigene Rechnung fortzusetzen. Dieser Kerngehalt findet sich auch im
replizierenden Schreiben der ehemaligen Prozessbevollmächtigten des Klägers vom
13.01.2011 auf das Antwortschreiben der Beklagten vom 10.01.2011, in dem diese
ausgeführt hat, sie sei nicht damit einverstanden, dass der Kläger die mannschaftsärztliche
Betreuung auf eigene Rechnung durchführe, wieder. Dort bemerkt die ehemalige
Prozessbevollmächtigte des Klägers, dieser habe alles vermeiden wollen, was dem
Fußballverein schaden könne, so dass er die mannschaftsärztliche Betreuung auch am
kommenden Spieltag sicherstellen werde, angesichts der aus der Sicht des Klägers
wiedergegebenen Weigerung der Beklagten, angemessenen Lohn zu zahlen, nur nicht mehr
in deren Namen.

Doch hat die Kammer Zweifel, dass die Erklärungen im Gespräch vom 19.01.2012 unter 103
Berücksichtigung der konkreten Umstände dahingehend zu verstehen sind, der Kläger werde
seine Arbeit für die Beklagte dauerhaft nicht mehr erfüllen und verweigern.

So lässt die Erklärung des Zeugen W1 während des Gesprächs am 19.01.2011, seine 104
Mandaten und damit auch der Kläger würden die mannschaftsärztliche Betreuung bis zum
28.02.2011 nunmehr auf eigene Rechnung fortsetzen, notfalls auch unentgeltlich, zunächst

offen, auf welcher vertraglichen Basis die Leistungen mit dem Fußballverein erbracht werden sollen. Eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Kläger und dem Fußballverein, auf deren Grundlage die Leistungen des Klägers vom Fußballverein hätten abgefragt werden können, werden jedenfalls für den Zeitpunkt des 19.01.2011 auch von der Beklagten nicht behauptet.

Die Beklagte nimmt an, aus der ab dem 01.03.2011 folgenden vertraglichen Verpflichtung zwischen dem Kläger und dem Fußballverein könne geschlossen werden, dass die vom Kläger auch im Kalenderjahr 2011 erbrachte Leistung nachträglich mit vergütet werden sollte, was dafür spreche, dass das Vorgehen des Klägers strategisch motiviert gewesen sei und er nicht mehr vorgehabt habe, die Leistungen weiter für sie zu erbringen. In dieser Annahme sieht die Beklagte sich dadurch bestätigt, dass der ursprünglich zwischen ihr und dem Fußballverein bestehende Vertrag zum 31.12.2010 aufgekündigt und erst im Nachgang angesichts der bestehenden vertraglichen Verpflichtungen das Kündigungsdatum vom Fußballverein auf den 28.02.2011 berichtigt worden war. 105

Diese Annahme vermag die Kammer nicht zu teilen. Dagegen spricht bereits, dass das Gespräch vom 19.01.2011 vom Fußballverein angestoßen worden war und erfolgen sollte, um über einen Fortgang der Vertragsbeziehung zwischen der Beklagten und dem Fußballverein auch über den 28.02.2011 hinaus zu verhandeln. Soweit sich die Beklagte auf den Standpunkt stellt, der Fußballverein habe diese Gespräche nicht ernsthaft führen wollen, kann die Kammer dafür keine ausreichenden Anhaltspunkte im Sachvortrag der Beklagte erkennen. Es erschließt sich nicht, warum der Fußballverein ein Interesse daran habe sollte, angesichts der auch bestehenden gesellschaftsrechtlichen Verbindung zur Beklagten ein derart aufwändig geführtes Gespräch, wie es am 19.01.2011 stattgefunden hat, nur zu dem Zwecke wahrzunehmen, den ohnehin bereits gefassten Willen, mit der Beklagten nicht mehr zusammenarbeiten zu wollen, zu kaschieren. Dafür spricht auch nicht, dass der Kläger nach den Behauptungen der Beklagten im Gespräch mit dem Zeugen Dr. V1 während der persönlichen Übergabe des Schreibens vom 13.01.2011 erklärt haben soll, man möge ihm doch fristlos kündigen, worauf er seinerseits sofort mit einer fristlose Kündigung reagieren werde, falls er dies nicht ohnehin schon vorher tue. Nach den Behauptungen der Beklagten habe der Kläger in diesem Gespräch hochemotional reagiert, ohne dass es dem Zeugen Dr. V1 gelungen sei, den Kläger zu beruhigen. Eine fristlose Kündigung hat der Kläger selbst nicht ausgesprochen. Nicht zuletzt sollen beide Arbeitsvertragsparteien vor übereilten Reaktionen in hochemotionalen Situationen durch das Schriftformerfordernis des § 623 BGB geschützt werden. Aus einer - behaupteten - unbedachten Äußerung den Schluss zu ziehen, dem Kläger sei es um nichts anderes gegangen, als die zur Kündigung führende Situation am 19.01.2011 zu provozieren, liegt fern. Angesichts des Ausbildungsstands und des Sozialisationshintergrunds sowohl des Klägers als auch des Zeugen Dr. V1 ist vielmehr anzunehmen, dass der Kläger während des Gesprächs am 13.01.2011 tatsächlich aufgeregt und unbedacht reagiert hat, sofern das Gespräch den von der Beklagten behaupteten Verlauf gehabt hätte. Wäre es ihm darauf angekommen, eine außerordentliche Kündigung durch die Beklagte zu provozieren, um eine ohnehin bereits gefasste Absicht, seine Arbeit für den Fußballverein auf eigene Rechnung fortzusetzen, zu realisieren, hätte es näher gelegen, während des Gesprächs am 13.01.2011 unaufgeregt zu reagieren, um diese Absicht nicht hervortreten zu lassen. 106

Die Erklärung des Zeugen W1, sein Mandant werde die mannschaftsärztliche Betreuung des Fußballvereins bis zum Ablauf des zwischen dem Fußballverein und der Beklagten bestehenden Dienstleistungsvertrages am 28.02.2011 weiter gewährleisten, nur nicht im Namen der Beklagten, sondern auf eigene Rechnung und dies notfalls unentgeltlich, macht 107

deutlich, dass der Kläger jedenfalls die Leistung, die der Fußballverein abfragt, auch bis zum Ende des Dienstleistungsvertrages zu erbringen bereit ist. Angesichts des auf beiden Seiten mit besonderer Beharrlichkeit geführten Streits um die Angemessenheit der in Aussicht gestellten Vergütung für die mannschaftsärztliche Betreuung ist das Verhalten des Klägers, das sich in der Erklärung des Zeugen W1 widerspiegelt, so zu verstehen, dass er kein weiteres Interesse an einer Klärung der vertraglichen Situation hat und selbst auf das Risiko einer unentgeltlichen Leistung hin bereit ist, jedenfalls bis zum Ablauf des Dienstleistungsvertrags seine Leistung zu erbringen. Seine Erklärung, er werde die Leistung notfalls auch unentgeltlich zur Verfügung stellen, macht deutlich, dass ihm bewusst ist, für die Leistungserbringung jedenfalls nicht auf eine vertragliche Grundlage zurückgreifen zu können, die zwischen ihm und dem Fußballverein bereits besteht, sondern jedenfalls noch hätte herbeigeführt werden müssen. Der Kläger hat damit seine Leistung nicht verweigert, sondern zum Ausdruck gebracht, dass er in der Wertung ihrer vertragsrechtlichen Grundlage eine andere Auffassung vertritt als die Beklagte.

Die Kammer kann offen lassen, ob in rechtlicher Hinsicht angenommen werden kann, von einer beharrlichen Arbeitsverweigerung könne schon dann gesprochen werden, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber äußert, die Rechtsgrundlage, auf deren Basis er seine Leistung – unverändert - erbringt, sei jedenfalls nicht mehr der zwischen ihnen bestehende Vertrag. Wollte man dies annehmen, würde die Wirksamkeit einer auf dieses Verhalten des Klägers gestützten außerordentlichen Kündigung wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung jedenfalls daran scheitern, dass dem Kläger nach dem Gespräch vom 19.01.2011 vor Ausspruch der Kündigung nicht mit der nötigen Klarheit vor Augen geführt worden ist, dass von ihm erwartet wird, seine Arbeitsleistung als mannschaftsärztlicher Betreuer für die Beklagte und in deren Namen gegenüber S1 bis zur Beendigung des Dienstleistungsvertrages am 28.02.2011 zu erbringen. 108

Im Rahmen der Prüfung, ob dem Arbeitgeber es trotz Vorliegens erheblicher Pflichtverletzungen durch den Arbeitnehmer zumutbar ist, den Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen, hat eine Gesamtwürdigung der Interessen des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und derjenigen des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand zu erfolgen. Dabei hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stattzufinden (BAG 24.03.2011 – 2 AZR 282/10, NZA 2011, 1029; 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32). Eine außerordentliche Kündigung ist nur dann gerechtfertigt, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderer Reaktionsmöglichkeiten nicht mehr zuzumuten sind (BAG 24.03.2011 – 2 AZR 282/10, NZA 2011, 1029; 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32, 19.04.2007 – 2 AZR 180/06, AP BGB § 174 Nr. 20). Dabei sind als mildere Mittel insbesondere die Abmahnung oder auch die ordentliche Kündigung anzusehen, die dann alternative Gestaltungsmittel sind, wenn schon sie geeignet sind, den mit der außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck zu erreichen, das Risiko künftiger Störungen zu vermeiden. Wenn die Vertragspflichtverletzung – wie hier – auf steuerbarem Verhalten beruht, ist grundsätzlich anzunehmen, dass das künftige Verhalten des Arbeitnehmers schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Deshalb setzen sowohl eine außerordentliche als auch eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung regelmäßig voraus, dass eine Abmahnung vorangeht. Das Abmahnungserfordernis stellt sicher, die negative Prognose zu objektivieren (BAG 24.03.2011 – 2 AZR 282/10, NZA 2011, 1029; 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32, 19.04.2007 – 2 AZR 180/06, AP BGB § 174 Nr. 20). Letztlich hat dieser Verhältnismäßigkeitsgrundsatz seinen Niederschlag in den Regelungen der §§ 314 Abs. 2, 323 Abs. 2 BGB gefunden. Demnach bedarf es einer 109

Abmahnung nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach erfolgter Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwerwiegende Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich und letztlich auch für den Arbeitnehmer erkennbar ausgeschlossen ist (BAG 24.03.2011 – 2 AZR 282/10, NZA 2011, 1029; 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32, 19.04.2007 – 2 AZR 180/06, AP BGB § 174 Nr. 20, 23.06.2009 – 2 AZR 103/08, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59).

Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände kann hier nicht davon ausgegangen werden, dass dem Kläger nicht bereits durch Ausspruch einer Abmahnung nach Abschluss des Gesprächs vom 19.01.2011 hätte deutlich gemacht werden können, dass eine Fortsetzung seines aus der Sicht der Beklagten angenommenen pflichtwidrigen Verhaltens den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährden würde. Erst Recht kann nicht davon ausgegangen werden, dass nicht eine ordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses aus verhaltensbedingten Gründen als das im Rahmen abgestuften Vorgehens nächstbereite Mittel nach der Abmahnung geeignet gewesen wäre, dem Kläger die Vorstellungen der Beklagten hinsichtlich des von ihm erwarteten pflichtgemäßen Verhaltens klar zu machen. Dabei ist zu sehen, dass der Kläger keineswegs seine Hauptleistungspflicht, nämlich die Mannschaft des Fußballvereins S1 zu betreuen, eingestellt hat oder einstellen wollte. Vielmehr hat er gegenüber der Beklagten im Rahmen des aus der Sicht beider Parteien emotional hoch aufgeladenen Gesprächs am 19.01.2011 durch seinen Vertreter W1 erklären lassen, er erbringe diese Leistung notfalls auch unentgeltlich, jedenfalls nicht mehr im Namen der Beklagten bis zum Ablauf des 28.02.2011. Diese Erklärung ist wiederum vor dem Hintergrund zu betrachten, dass die rechtliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien über Monate hinweg streitig verhandelt worden ist. Dabei ist es für die Kammer ohne Bedeutung, nimmt die Beklagte an, zwischen den Parteien sei bereits Ende September 2010 nicht nur eine vertragliche Vereinbarung im Hinblick auf die geschuldete Arbeitsleistung getroffen worden, sondern auch eine solche, die die Höhe der geschuldeten Vergütung regelt. Denn unstreitig ist zwischen den Parteien, dass sich die Beklagte auf Verhandlungen zur Höhe der Vergütung eingelassen und auch über die Ausgestaltung der sonstigen vertraglichen Grundlagen verhandelt hat. Unstreitig ist ferner, dass dem Kläger bis zum 19.01.2011 trotz der von ihm bis dahin erbrachten ärztlichen Leistungen keine Vergütung ausgezahlt worden ist, sondern – in den Einzelheiten zwischen den Parteien streitig – Zahlungen ohne präjudizielle Wirkung allenfalls in Aussicht gestellt worden sind. Ferner wurde das Gespräch am 19.01.2011, an dem der Kläger nicht teilgenommen hat, auch aus der Sicht der Beklagten hoch emotional geführt und hatte ein Eskalationsniveau erreicht, das von den auf Seiten der Beklagten beteiligten Personen als – ausgehend vom Kläger beauftragten Zeugen W1 - aggressiv und provozierend sowie mit beleidigenden Inhalten gefüllt dargestellt wird. Endet ein Gespräch über Vertragsverhandlungen auf der Basis eines bereits in Vollzug gesetzten Vertragsverhältnisses in einer derart ausweglosen Situation, wie es von beiden Parteien für das Ende des Gesprächs am 19.01.2011 geschildert worden ist, besteht erst Recht Veranlassung, den Arbeitnehmer in besonnenerer Lage darauf hinzuweisen, was von ihm im Einzelnen erwartet wird und wie er sich künftig zu verhalten habe. Dies gilt umso mehr, als dass der Kläger für die Beklagte – wiederum zwischen den Parteien unstreitig – ausgesprochen erfolgreich tätig war und seine wesentliche arbeitsvertragliche Verpflichtung bis zu den eskalierenden Gesprächen beanstandungsfrei durchgeführt hat. 110

Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses, auf deren Basis die mannschaftsärztliche Betreuung hätte erbracht werden sollen, war diese Tätigkeit neben der sonstigen Arbeit des Klägers nur von untergeordneter Bedeutung. Selbst bei einer 111

angenommenen Vergütung von 90.000,00 € jährlich, die die Beklagte nicht zu zahlen bereit war, hätte der Kläger sich diesen Betrag mit den weiteren Ärzten teilen müssen, die an der mannschaftsärztlichen Betreuung beteiligt waren. Bei einer gleichmäßigen Wahrnehmung der geschuldeten Arbeitsaufgabe wäre auf den Kläger ein Anteil von 30.000,00 € jährlich entfallen. Dieser Betrag, ins Verhältnis gesetzt zu dem aus seiner sonstigen Tätigkeit erzielten Gehaltsvolumen von etwa 240.000,00 € jährlich, macht deutlich, dass die Tätigkeit des Klägers als mannschaftsärztlicher Betreuer nur von nachrangiger Bedeutung war. Auch dies spricht dafür, dem Kläger in jedem Fall vor Augen führen zu müssen, dass er durch ein als pflichtwidrig empfundenes Verhalten bei der Ausübung dieses Vertragsverhältnisses den Bestand des weitaus bedeutenderen Arbeitsverhältnisses gefährdet.

Dem Erfordernis einer vorausgehenden Abmahnung steht nicht etwa entgegen, dass bereits 112 das Schreiben der Beklagten vom 12.01.2011 an die ehemalige Prozessbevollmächtigte B1 des Klägers die Qualität einer Abmahnung in diesem Sinne haben könnte. Zwar gibt die Beklagte in diesem Schreiben ihre rechtliche Einschätzung wieder und weist auch darauf hin, dass sie das aus ihrer Sicht gegebene vertragswidrige Verhalten des Klägers nicht hinnehmen wolle und bei Fortsetzung mit einer fristlosen Kündigung zu rechnen sei. Doch hat sie nach Eingang des Schreibens der ehemaligen Prozessbevollmächtigten B1 des Klägers vom 13.01.2012 unter dem 14.01.2012 mitgeteilt, sie nehme mit Befriedigung zur Kenntnis, dass der Kläger am darauffolgenden Wochenende die mannschaftsärztliche Betreuung durchführe, teile nur nicht die Rechtsmeinung der klägerischen Bevollmächtigten, dies geschehe außerhalb des Arbeitsverhältnisses. Damit hat die Beklagte deutlich gemacht, dass für sie nach wie vor das Erbringen der mannschaftsärztlichen Betreuung im Vordergrund steht. Dies wird auch daran deutlich, dass die Beklagte den Kläger nach ihrem eigenen Vortrag noch am 18.01.2010 zu den nächsten Einsätzen eingeteilt hat.

b) Die Beklagte kann sich zur Rechtfertigung der außerordentlichen Kündigung auch nicht 113 darauf stützen, der Kläger habe durch sein Verhalten gegen das Verbot verstoßen, in ihrem Geschäftsbereich konkurrierende Tätigkeit zu betreiben oder eine solche Tätigkeit anzudrohen.

Dabei geht die Beklagte zu Recht davon aus, dass einem Arbeitnehmer während des 114 Bestands des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich jede Konkurrenztaetigkeit zum Nachteil des Arbeitgebers untersagt ist. Dieser für Handlungsgehilfen in § 60 Abs. 1 HGB ausdrücklich geregelter Rechtsgrundsatz konkretisiert einen im Arbeitsrecht geltenden allgemeinen Rechtsgedanken (BAG 26.06.2008 – 2 AZR 129/07, NZA 2008, 1415; 23.04.1998 – 2 AZR 442/97, juris; 21.11.1996 – 2 AZR 852/95, EzA BGB § 626 nF Nr. 126). Verstößt der Arbeitnehmer gegen dieses vertragliche Wettbewerbsverbot, ist dies für sich gesehen geeignet, einen wichtigen Grund i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen (BAG 26.06.2008 – 2 AZR 129/07, NZA 2008, 1415).

Auch hier hat die Kammer Zweifel, dass vor dem Hintergrund der Erklärung des Zeugen W1, 115 der Kläger werde die bisher im Namen der Beklagten erbrachte mannschaftsärztliche Betreuung des Profikaders des Fußballvereins künftig – zur Not auch unentgeltlich – weiterhin erbringen, nur nicht im Namen der Beklagten, sondern in seinem eigenen, einen Wettbewerbsverstoß darstellt. Hier gilt ebenfalls, dass der Kläger die bisher erbrachte Leistung nach wie vor zu erbringen bereit ist, dies nach seiner Wertung angesichts der fehlenden Einigung über die vergütungsrechtliche Seite seiner Verpflichtung nun aber auf einer anderen vertraglichen Grundlage stattfinden soll.

Das für sich gesehen ist noch keine Konkurrenztaetigkeit, denn dazu hätte gehört, dass der 116 Fußballverein bereit ist, diese Tätigkeit des Klägers als eine solche anzunehmen, die nicht

mehr von der Beklagten erbracht wird. Dass die dazu erforderliche rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Fußballvereins gegenüber dem Kläger während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses abgegeben worden ist, hat die Beklagte nicht behauptet. Dies ist auch nicht naheliegend, weil der Fußballverein nach wie vor gegenüber der Beklagten bis zum Ablauf des 28.02.2011 auf der Basis des gekündigten Dienstleistungsvertrages gebunden und zur Zahlung des Honorars verpflichtet war. Im Übrigen hat sich der Fußballverein an diese vertragliche Verpflichtung auch gebunden gefühlt, was darin deutlich wird, dass er seinerseits die noch offenen Zahlungen bis zum 28.02.2011 unstreitig erbracht hat, obwohl er die mannschaftsärztliche Betreuung durch andere Ärzte der Beklagten, die sie nach Ausspruch der außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers sowie des weiteren Arztes angeboten hat, nicht angenommen hat. Letztlich macht auch hier die Erklärung des Zeugen W1, die Tätigkeit des Klägers solle zur Not unentgeltlich erbracht werden, deutlich, dass auch dem Kläger klar war, dass die von ihm erbrachte Leistung gegenüber dem Fußballverein nicht ein zweites Mal abgerechnet werden könnte.

Wollte man gleichwohl alleine in der Bewertung des Rechtsgrundes für die vom Kläger erbrachte, unveränderte Leistung gegenüber dem Fußballverein die Verwirklichung eines Wettbewerbsverstoßes sehen, gilt auch hier, dass angesichts der eskalierten Vertragsverhandlungen sowie der hochemotional geführten Gespräche am 19.01.2011, an denen der Kläger nicht teilgenommen hat, vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung eine Abmahnung hätte vorausgehen müssen, mindestens aber vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung eine ordentliche Kündigung ausreichend gewesen wäre, um dem Kläger vor Augen zu führen, was die Beklagte von ihm an pflichtgemäßem Verhalten erwartet. 117

Auch für die Pflichtverletzung unzulässige Konkurrenztätigkeit ist Voraussetzung, dass eine außerordentliche Kündigung grundsätzlich nur dann in Betracht kommt, wenn alle anderen, nach den jeweiligen Umständen möglichen und angemessenen milderer Mittel erschöpft sind, wobei als milderer Mittel gegenüber der außerordentlichen Kündigung insbesondere der Ausspruch einer Abmahnung in Betracht kommt. Eine negative Prognose ist dann gegeben, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde den Arbeitsvertrag auch nach einer Kündigungsandrohung erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen. Aus diesem Grund hat auch einer außerordentlichen Kündigung, die auf eine Vertragspflichtverletzung in Form unzulässiger Konkurrenztätigkeit gestützt wird, regelmäßig eine Abmahnung vorauszugehen (BAG 26.06.2008 – 2 AZR 129/07, NZA 2008, 1415; 19.04.1007 – 2 AZR 180/06, AP BGB § 174 Nr. 20). 118

Für die Kammer war nicht ersichtlich, dass von diesem Grundsatz hier angesichts der konkreten Umstände des Einzelfalles abzuweichen war, weil ohnehin nicht zu erwarten war, dass der Kläger sein Verhalten ändern würde. Auch für die von der Beklagten an dieser Stelle vorgenommene rechtliche Bewertung, das Verhalten des Klägers stelle eine unzulässige Konkurrenztätigkeit während des bestehenden Arbeitsverhältnisses dar, gilt, dass das dieser Einschätzung unterworfenen Verhalten auf das Ende eines hochemotional geführten Gesprächs am 19.01.2011 zurückgeht, das der Kläger nicht selbst, sondern für ihn ein Vertreter geführt hat. Am Ende des hochemotional geführten und eskalierten Gesprächs am 19.01.2011, das letztlich Ergebnis der ungewöhnlich hart und unnachgiebig über Wochen geführten Verhandlungen um die Ausgestaltung der vertraglichen Grundlage für die mannschaftsärztliche Betreuung war, war eine vertragliche Grundlage und ein Einigsein über Leistung und Gegenleistung im Zusammenhang mit der mannschaftsärztlichen Betreuung nach wie vor nicht gefunden. Auch die Beklagte konnte dem Kläger nicht sagen, wie seine 119

Vergütung nun zu erfolgen habe. Die ungeklärte Vertragssituation stand weiterhin zwischen den Parteien.

Vor diesem Hintergrund hätte die Beklagte im Nachgang zum Gespräch am 19.01.2011 vor Ausspruch der verhaltensbedingten Kündigung die Gelegenheit nutzen müssen, dem Kläger klar vor Augen zu führen, dass und ob sie eine weitere mannschaftsärztliche Tätigkeit von ihm erwarte und in einem etwaigen Vertragsschluss des Klägers mit dem Fußballverein einen Verstoß gegen das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot sieht, das den Ausspruch einer verhaltensbedingten ordentlichen oder auch außerordentlichen Kündigung nach sich ziehen kann. Das gilt nicht zuletzt auch deshalb, weil es nicht etwa der Kläger war, der der Beklagten angetragen hat, die mannschaftsärztliche Betreuung durchzuführen, sondern die Beklagte in einer für sie schwierigen und zeitlich engen Situation auf den Kläger und dessen ehemaligen Kollegen zugegangen war, um diese zu bitten, die Aufgabe zu übernehmen. 120

Das Erfordernis, vor Ausspruch einer Kündigung das als arbeitsvertragswidrig empfundene Verhalten abzumahnern, findet erst Recht Beachtung, soweit die Beklagte annehmen will, der Kläger habe die Entfaltung einer Konkurrenztaetigkeit während des Gesprächs am 19.01.2011 nicht bereits verwirklicht, sondern nur angedroht. Unter einer Androhung ist das in Aussichtstellen eines zukünftigen Übels zu verstehen, auf das der Androhende Einfluss zu haben vorgibt. Eine Abmahnung ist in dieser Situation in besonderer Weise geeignet, dem Arbeitnehmer zu verdeutlichen, dass die Verwirklichung des Verhaltens die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach sich ziehen kann. Soll die Androhung darin gesehen werden, der Kläger werde künftig die bisher erbrachte Leistung mit identischem Inhalt im eigenen Namen erbringen, hätte ihm durch Ausspruch einer Abmahnung klar vor Augen geführt werden können, dass die Entfaltung eines solchen Verhaltens einen Wettbewerbsverstoß darstellt, der zum Ausspruch einer ordentlichen verhaltensbedingten oder außerordentlichen Kündigung führen könnte. 121

- c. Die Kammer vermag der Beklagten nicht zu folgen, ist sie der Auffassung, das gesamte Verhalten des Klägers stelle eine versuchte Nötigung dar und sei aus diesem Grund bereits für sich gesehen geeignet, einen wichtigen Grund i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. Die Beklagte gewinnt diese Schlussfolgerung aus der Annahme, dass die im Schreiben vom 20.12.2010 aus ihrer Sicht gegebene Drohung, zu Beginn der Winterpause werde der Kläger seine Tätigkeit als mannschaftsärztlicher Betreuer einstellen, erfolgt ist, nachdem kurz zuvor von ihr anlässlich des Gesprächs vom 17.12.2010 zwischen dem Zeugen W1 und ihrem damals beauftragten Anwalt die Zahlung eines Honorars in Höhe von jährlich 90.000,00 € abgelehnt worden sei. Dieses Verhalten des Klägers sei von strafrechtlicher Relevanz, stelle aber mindestens eine unerträgliche Verletzung der dem Kläger nach § 241 Abs. 2 BGB obliegenden arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht dar. 122

Diese Schlussfolgerung teilt die Kammer nicht. Die Vertragsparteien haben hart verhandelt, und zwar auf beiden Seiten. Weder der Kläger bzw. der von ihm bevollmächtigte Zeuge W1 und seine ehemalige Prozessbevollmächtigte noch die Beklagte waren bereit, von ihren wechselseitige Vorstellungen zur Ausgestaltung der vergütungsrechtlichen Seite abzulassen, wenngleich einzuräumen ist, dass die Beklagte zumindest Kompromissangebote unterbreitet hat. Kündigt der Kläger an, er sei nicht bereit, seine Tätigkeit für die Beklagte fortzusetzen, sofern nicht die vergütungsrechtliche Seite geregelt sei, mag dies den Verhandlungsdruck auf die Beklagte erhöht haben. Im Rahmen der zwischen den Parteien ungeklärten rechtlichen Situation ist jedoch nicht zu erkennen, dass dies von strafrechtlicher Relevanz oder etwa eine nicht erträgliche Verletzung von Rücksichtnahmepflichten sein könnte. Dabei ist zu sehen, dass der Kläger trotz der vom ihm entfalteten Tätigkeit von der Beklagten keine Vergütung für 123

diese Arbeit erhalten hat, auch keine Abschläge auf der Basis einer von der Beklagten angenommenen zutreffenden Vergütungshöhe. Stellt die Beklagte darauf ab, der Kläger habe ihr mit Schreiben vom 20.12.2010 unverhohlen damit drohen lassen, die Tätigkeit mit Beginn der Winterpause einzustellen, ist zu sagen, dass der Kläger diese Drohung nicht umgesetzt hat, sondern seine Arbeit bis zum Ablauf des Dienstleistungsvertrages hat erbringen wollen, nach seiner Erklärung notfalls unentgeltlich. Will die Beklagte sich darauf stützen, im Schreiben vom 20.12.2010 eine solche Drohung zu sehen, kann sie sich jedenfalls am 19.01.2011 auf diesen Kündigungsgrund nicht mehr stützen, weil er außerhalb der Kndigungserklrungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB geltend gemacht wird.

Die Kammer kann auch nicht erkennen, dass der Kläger den Fußballverein aus ersichtlich eigennützigen Motiven über die beabsichtigten Streitigkeiten informiert und dadurch den Eindruck erweckt habe, die Beklagte wolle die Ärzte nicht bezahlen. Soweit sich die Beklagte auf den Standpunkt stellt, dem Gespräch vom 19.01.2011 habe entnommen werden können, dass der Kläger bewusst unverständlich und verzerrend die Zeugen M2 und G1 informiert habe, so dass die Vertreter des Fußballvereins hätten annehmen müssen, sie sei gar nicht bereit, die Ärzte überhaupt in angemessenen Umfang zu honorieren, ist dies eine Schlussfolgerung, die die Kammer nicht teilt. 124

Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang behauptet, der Zeuge M2 habe ihr mitgeteilt, kurz vor Weihnachten 2010 hätte es Informationen der Ärzte gegeben, dass noch keine Regelung zur Honorierung existiere und die Ärzte nicht wsst, wie es mit der mannschaftsärztlichen Betreuung weitergehen würde. Letztlich sei dies Anlass für die Kündigung des Vertrages gewesen. Dem Kläger sei vorzuwerfen, dass er bewusst verschwiegen hätte, dass den Ärzten mehrere Angebote zur Erhöhung der Vergütung unterbreitet worden seien, wodurch der Eindruck hervorgerufen worden sei, es sei ohne Grund nicht gezahlt worden. Der Kläger habe somit den Fußballverein damit durch gezielte Fehlinformationen dazu bewegt, die Kündigung des Vertrages vor Ablauf der Probezeit zu erklären. 125

Damit wirft die Beklagte dem Kläger vor, er habe den Fußballverein nicht in ausreichendem Umfang über den Inhalt des zwischen den Parteien bestehenden Streits über die Frage der Honorierung informiert. Dem geschilderten Sachvortrag der Beklagten sind keine ausreichend konkreten Ansätze zu entnehmen, die diese Schlussfolgerung tragen können. Es handelt sich um Annahmen und Rückschlüsse der Beklagten, die sich im Wesentlichen auf den Umstand stützen, dass der beklagte Fußballverein Ende des Jahres 2010 Kenntnis von den Umständen der vertraglichen Auseinandersetzung zwischen dem Kläger sowie seinen Kollegen und der Beklagten erhalten hat, ergänzt um die Annahme, der Kläger habe über die Vorkommnisse nicht in ausreichendem Umfang informiert, weshalb beim Trainer des Fußballvereins falsche Vorstellungen entstanden sein könnten. Zum näheren Inhalt der Gespräche trägt die Beklagte nicht vor. Konkrete Ansätze, die die Schlussfolgerung der Beklagten tragen könnte, sieht die Kammer daher nicht. 126

Die Beklagte nimmt unter Bezugnahme auf ein Gespräch mit dem Zeugen G1 nach Abschluss des Gesprächs am 19.01.2010 ferner an, dass der Kläger sowie der Fußballverein, der zugleich einer ihrer Gesellschafter ist, sich zusammengetan haben könnten, um das Vertragsverhältnis mit ihr aus dem Grund zu beenden, ein neues Vertragsverhältnis mit dem Kläger zu begründen. Trotz des umfangreichen Sachvortrages bleibt es insoweit bei Vermutungen, deren Tatsachengrundlagen zur Frage einer entsprechenden Verständigung zwischen dem Kläger und Vertretern des Fußballvereins nach Ort, Zeit und näheren Umständen nicht ausreichend konkretisiert werden. Es bleibt im 127

Wesentlichen bei der Tatsache, dass Vertreter des Fußballvereins in Erfahrung gebracht haben, dass an die beteiligten Ärzte keine Geldzahlungen geflossen sind. Dies ist ein Umstand, der jedenfalls im Dezember 2010 zutraf. Es ist nachvollziehbar, dass der Auftragnehmer eines Dienstleistungsvertrages, der bei höchstpersönlichen Dienstleistungen, wie es für ärztliche Leistungen gilt, daran interessiert ist, diese von Personen seines Vertrauens erbringen zu lassen, in einer solchen Situation eine Vertragsbeendigung in Erwägung zieht, um nicht dauerhaft an einen Vertrag gebunden zu sein, der die erhoffte Leistung nicht bringen kann. Der vom Fußballverein an die Beklagte herangetragene Wunsch nach einem Gespräch, in dem die Möglichkeiten einer weiteren Zusammenarbeit erörtert werden könnten, macht deutlich, dass es dem Fußballverein gerade nicht darum gegangen war, das Vertragsverhältnis beenden zu wollen, sondern Wege weiterer Zusammenarbeit zu klären. Dies spricht gegen die Annahme, Kläger und Fußballverein hätten kollusiv zusammengearbeitet, um die Beklagte zu schädigen.

- d. Die Beklagte kann ihre Kündigung auch nicht auf den nachgeschobenen Kündigungsground stützen, der Kläger habe zu ihren Lasten Geldbeträge bewusst fehlgeleitet, um sie ihrem Zugriff zu entziehen. 128

Zutreffend geht die Beklagte davon aus, dass Eigentums- oder Vermögensdelikte, die ein Arbeitnehmer zum Nachteil des Arbeitgebers begeht, typischerweise als Grund für eine außerordentliche Kündigung in Betracht kommen (BAG 16.12.2010 – 2 AZR 485/08, NZA 2011, 571; 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, EzA BGB 2002, § 626 Nr. 32; 13.12.2007 – 2 AZR 537/06, AP BGB § 626 Nr. 210). 129

Doch ist nicht ersichtlich, dass der Kläger Geldbeträge bewusst und gewollt umgeleitet haben könnte, um sie dem Zugriff der Beklagten zu entziehen. 130

Zwischen den Parteien ist nicht im Streite, dass der Kläger berechtigt war, für bestimmte Tätigkeiten Gebühren einzunehmen, die zwischen den Parteien nach einem bestimmten Schlüssel aufzuteilen waren. Der Kläger hat dazu behauptet, zu Beginn seiner Tätigkeit im Jahr 2006 hätten im Hause der Beklagten die organisatorischen Fähigkeiten nicht zur Verfügung gestanden, um die persönliche Liquidation für Privatpatienten sowie BG-Patienten abzurechnen, weshalb der damalige Geschäftsführer ihn darum gebeten habe, die Abrechnung zu organisieren und ein Konto zu eröffnen, das Zahlstelle für ärztliche Leistungen sein sollte. Dieser Sachvortrag wurde von der Beklagten nicht bestritten. Er gilt damit nach § 138 Abs. 3 BGB als zugestanden. 131

Unstreitig ist zwischen den Parteien, dass sämtliche Kontoauszüge, die in diesem Zusammenhang erstellt wurden, an die Beklagte selbst adressiert waren und zu Händen einer Mitarbeiterin der Beklagten, der Zeugin W4, ausgestellt waren. Unstreitig ist ferner, dass die Zeugin W4 alle diesbezüglichen administrativen Aufgaben durchgeführt hat, somit auch das Rechnungswesen. 132

Kein Streit besteht zwischen den Parteien darüber, dass die Verwendung dieses Kontos zu einem Zeitpunkt aufgegeben worden war, als die organisatorischen Voraussetzungen dafür geschaffen waren, die erforderliche Abrechnung anderweitig durchzuführen. Der Kläger hat in diesem Zusammenhang behauptet, er habe sich an die Geschäftsführung der Beklagten gewandt, weil er nicht mehr in der Lage gewesen sei, die rechnerische Richtigkeit der abgerechneten Privatliquidationen zu überprüfen. Auch dieser Sachvortrag wurde von der Beklagten nicht bestritten, so dass er nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt. 133

Nicht bestritten wurde von der Beklagten, dass von diesem Konto nach erfolgter Umstellung der Kontoführung auf das Konto der Beklagten am 04.03.2010 ein Zahlungsbetrag in Höhe von 1.600,76 € mit dem Text "Kontoberichtigung Praxis" überwiesen worden ist. Der Kläger behauptet dazu, dies seien Zahlungen nach erfolgter Abrechnung und Aufteilung der Liquidationserlöse zwischen ihm und der Beklagten. Die Beklagte erwidert, es sei nicht nachvollziehbar, ob es sich bei dieser Zahlung um die vereinnahmten Geldbeträge für ärztliche Bescheinigungen handele, es spreche vieles dafür. Nach § 138 Abs. 3 ZPO müssen Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, als zugestanden angesehen werden, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Parteien hervorgeht. Erwidert die Beklagte, es spreche viele dafür, dass es sich bei dieser Zahlung um die vereinnahmten Geldbeträge für ärztliche Bescheinigungen handele, wenngleich dies nicht nachvollziehbar sei, geht die Kammer davon aus, dass die Beklagte nicht bestreiten will, dass es sich um Zahlungen handelt, die in einem Zusammenhang mit Zahlungen des zur Privatliquidation berechtigten und zur Teilung verpflichteten Klägers stehen, und sich im Übrigen darauf beschränken will vorzutragen, im Einzelnen sei dies für sie nicht nachvollziehbar.

Damit bleibt für die Kammer als Sachverhalt, auf den sich die Beklagte zur Begründung des nachgeschobenen Kündigungsgrund stützen kann, dass der Kläger ein Konto erneut hat einrichten lassen, das – ebenso wie es ehemals zwischen den Parteien einvernehmlich vereinbart war – zur Abrechnung der Privaterlöse herangezogen wurde, der Kläger von diesem Konto zumindest eine Zahlung über 1.600,76 € an die Beklagte veranlasst hat und im Übrigen eine Mitarbeiterin der Beklagten auf sämtliche Kontoauszüge, die an diese Mitarbeiterin unter Namensnennung gerichtet waren, Zugriff hatte und die erforderlichen administrativen Aufgaben in diesem Zusammenhang durchführen konnte. 135

Die Beklagte kann ihre Schlussfolgerung, der Kläger habe zu ihren Lasten Geldbeträge auf sein Konto umgeleitet, deshalb nur darauf stützen, dass der Kläger eine ehemals geübte Praxis ohne erneute Rücksprache mit ihr erneut eingeführt hat. Angesichts der an eine der Mitarbeiterinnen der Beklagten unter der Firmenanschrift der Beklagten gerichteten Kontoauszüge, der von diesem Konto erfolgten und an die Beklagte gerichteten Zahlung mit einem Verwendungshinweis und des Umstands, dass sämtliche Kontoauszüge für die Beklagte jederzeit verfügbar waren, war für die Kammer nicht ersichtlich, dass der Kläger die erneute Eröffnung eines ehemals einvernehmlich verwandten Kontos mit der Absicht vorgenommen hat, zu Lasten der Beklagten Geldbeträge seinem Konto zuzuführen, die ihm nicht zustanden. 136

2. Der Antrag des Klägers, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vom 19.01.2011 aufzulösen, war abzuweisen. 137

Nach den §§ 13, 10 ff. KSchG hat das Gericht auf Antrag des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zu Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen sowie für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses den Zeitpunkt festzulegen, zu dem die außerordentliche Kündigung ausgesprochen wurde, wenn das Gericht feststellt, dass die außerordentliche Kündigung unbegründet ist, es jedoch dem Arbeitnehmer nicht zuzumuten ist, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. 138

Dem Kläger ist es nicht unzumutbar, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Der Rechtsbegriff der Unzumutbarkeit ist unbestimmt. Anerkannt ist, dass alleine der Umstand, dass die ausgesprochene außerordentliche Kündigung rechtsunwirksam ist, nicht ausreicht, um die Unzumutbarkeit zu begründen. Sie muss sich vielmehr aus weiteren Gründen ergeben, die auf den Arbeitgeber zurückzuführen sind. Alleine die Spannungen zwischen Arbeitgeber und 139

Arbeitnehmer wegen der außerordentlichen Kündigung rechtfertigen für sich gesehen den Auflösungsantrag nicht (LAG Niedersachsen 18.04.2008 – 16 Sa 1249/07; juris; LAG Rheinland-Pfalz, 16.03.2006 – 4 Sa 907/05, juris; KR/Friedrich, 9. Aufl. 2009, § 13 Rn 70).

Der Kläger stützt seinen Auflösungsantrag im Wesentlichen darauf, es sei ihm unzumutbar am Arbeitsverhältnis festzuhalten, weil er von der Beklagten beschimpft und als Erpresser dargestellt worden sei. Ferner habe sich die Beklagte standhaft geweigert, den ihm zustehenden Lohn aus der mannschaftsärztlichen Betreuung zu zahlen. Außerdem zeige das von der Beklagten unmittelbar nach Ausspruch der Kündigung an ihre Geschäftspartner gerichtete Schreiben, dass es hier alleine darum gegangen sei, seinen guten Ruf zu ruinieren und ihn in seiner beruflichen Situation zu zerstören. 140

Dem Kläger ist zuzugeben, dass die von der Beklagten im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens getroffene rechtliche Wertung, sein Verhalten sei als strafrechtliche relevanten Nötigung zu werten, er habe sich geschäftsschädigend verhalten und sei alleine auf seinen Vorteil aus gewesen, habe unverhohlen gedroht und in bewusster Weise Zahlungsströme auf sein Privatkonto umgeleitet, schwerwiegende Vorwürfe enthalten. Doch wendet die Beklagte zu Recht ein, dass der Kläger sich nicht seinerseits auf die von ihr - der Beklagten - geführte harte Auseinandersetzung in der arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzung stützen kann, um eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu begründen, wenn er selbst sowohl die vorgerichtliche als auch die gerichtliche Korrespondenz durch seine ehemaligen Prozessbevollmächtigten in gleicher Härte führen lässt. Der Prozessakte kann entnommen werden, dass der Zeuge W1 den nunmehrigen Prozessbevollmächtigte Dr. S4 der Beklagten im Rahmen der vorgerichtlichen Auseinandersetzung als "getarnten Prozessbevollmächtigten" bezeichnet hat, der nach "Gutsherrenart" versucht habe, den Zeugen einzuschüchtern, wobei er von "getränkter Eitelkeit, verletztem Stolz, Überheblichkeit oder einer Mischung aus allem" angetrieben gewesen sei. Die vorgerichtliche Auseinandersetzung über die arbeitsvertragliche Ausgestaltung der mannschaftsärztlichen Betreuung ist von den ehemals beauftragten Bevollmächtigten den Klägers in einer Art und Weise geführt worden, die an strafprozessuale Konfliktverteidigung erinnert. Dies lässt sich auch den Bekundungen der Zeugen in der durchgeführten Beweisaufnahme entnehmen. So führt der Zeuge Dr. V1 glaubhaft aus, das Gespräch am 19.01.2011 habe für ihn in einem Desaster und mit Beleidigungen des Zeugen W1 geendet, die er beispielhaft darin gesehen habe, der Zeuge habe sich gegenüber ihrem nunmehrigen Prozessbevollmächtigten Dr. S4 dahingehend geäußert, dieser sei ein Wortverdrehen und -verfälscher, habe von Arbeitsverhältnissen keine Ahnung und mit ihm könne eine gescheite Lösung nicht herbeigeführt werden. Auch der Zeuge G1 schildert die Atmosphäre während des Gesprächs am 19.01.2010 als vergiftet und frostig. Auch macht der Inhalt der Schreiben, mit denen der Kläger den Verhandlungsdruck auf die Beklagte hat erhöhen wollen, dies deutlich, lässt der Kläger beispielsweise im Schreiben vom 06.01.2011 ausführen, die Beklagte wolle ihn mit einem Trinkgeld abspeisen, oder bewertet er im Schreiben vom 13.01.2011 ein angenommenes Verhalten der Beklagte als absurd. Den Kläger darf es nicht verwundern, wenn die Beklagte vor diesem Hintergrund sein Verhalten einer gleichermaßen kritischen rechtlichen Würdigung unterzieht. So ist es demjenigen, der die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses geltend macht, in Anwendung des Gedankens aus § 162 Abs. 2 BGG nicht gestattet, sich auf Auflösungsgründe zu berufen, die von ihm selbst oder von Personen, für die er einzustehen hat, provoziert worden sind (vgl. BAG, 02.06.2005 – 2 AZR 324/04, AP Nr. 51 zu § 9 KSchG 1969; 07.03.2002 2 AZR 158/09; AP KSchG 1969, § 9 Nr. 42). 141

Auch aus dem Rundschreiben, das die Beklagte kurz nach Ausspruch der Kündigung an ihre Vertragspartner gerichtet hat, folgt die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht. Die Beklagte hat darüber informiert, dass sie das Arbeitsverhältnis zum Kläger und seinem ehemaligen Kollegen mit sofortiger Wirkung hat auflösen müssen, weil eine Vertrauensgrundlage für die weitere Zusammenarbeit nachhaltig und nicht behebbar zerstört sei. Damit informiert die Beklagte über den Umstand des Ausspruchs einer außerordentlichen Kündigung. Angesichts der besonders engen Zusammenarbeit zwischen dem Kläger und den angesprochenen Geschäftspartnern der Beklagten ist nachvollziehbar, dass die Beklagte über den Umstand der Trennung vom Kläger informieren musste. Stützt der Kläger sich darauf, im Schreiben sei ausgeführt worden, die Entscheidung sei nicht leicht gefallen, jedoch unvermeidlich gewesen, um Schaden von der Einrichtung abzuwenden, vermag auch dies die Unzumutbarkeit nicht zu begründen. Aus der Sicht der Beklagten wird dies die Motivation gewesen sein, sich vom Kläger zu trennen. Dass es der Beklagten darum gegangen sein könnte, den guten Ruf des Klägers zu ruinieren, kann dem Schreiben nicht entnommen werden. Dies gilt insbesondere deshalb, weil das Schreiben darauf verzichtet, zu den Gründen und Ursachen näher vorzutragen. Im Wesentlichen beschränkt es sich darauf, den Umstand des Ausspruchs einer Kündigung aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung wiederzugeben und darum zu werben, den Geschäftskontakt mit der Beklagten weiterhin aufrecht zu erhalten.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 91 Abs. 1 Satz 1, 92 ZPO. Dabei waren die Kosten für das Berufungsverfahren den Parteien nach dem Verhältnis des Obsiegens und Verlierens aufzuerlegen. Obsiegt der klagende Arbeitnehmer mit seinem Kündigungsschutzantrag und wird der von ihm gestellte Auflösungsantrag zurückgewiesen, entspricht es dem Regelfall, zu seinen Gunsten eine Kostenquote von drei Vierteln zu einem Viertel festzulegen (vgl. KR-Spilger, 9. Aufl. 2009, § 9 KSchG Rn 89). Es bestand vorliegend kein Anlass, davon abzuweichen. 143

Soweit beide Parteien den Rechtsstreit im Hinblick auf die dem erstinstanzlichen Teilurteil noch unterworfenen ordentlichen Kündigung vom 19.01.2010 übereinstimmend unter wechselseitigen Kostenanträgen für erledigt erklärt haben, wird das Arbeitsgericht dies in entsprechender Anwendung des § 91a ZPO im Rahmen seiner Kostenentscheidung, die dem Schlussurteil vorbehalten blieb, zu berücksichtigen haben. 144

Gründe für die Zulassung der Revision i. S. d. § 72 Abs. 2 ArbGG sind nicht gegeben. Keine der entscheidungserheblichen Rechtsfragen hat grundsätzliche Bedeutung. Die Rechtsfragen berühren auch nicht wegen ihrer tatsächlichen Auswirkungen die Interessen der Allgemeinheit oder eines größeren Teils der Allgemeinheit. Ferner lagen keine Gründe vor, die die Zulassung wegen einer Abweichung von der Rechtsprechung eines der in § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG angesprochenen Gerichte rechtfertigen würde. 145