

Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein

Herausgegeben vom Ministerium für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein in Kiel, das die Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts mit der Schriftleitung beauftragt hat.
Früher im Verlag J.J. Augustin, Glückstadt

ERSCHEINT SEIT 1750

AUSGEGEBEN IM DEZEMBER 2003

TEIL A NUMMER 12

„Wozu Justizministerkonferenzen?“ – Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 6. November 2003 in Berlin

Sabine Prieß und Dr. Thomas Voß, Kiel¹

I. Einleitung

„Justitia liegt im Koma“, titelte eine große deutsche Wochenzeitung im September diesen Jahres.² Tenor des Beitrages: früher war alles besser, früher, als die Rechtspolitik noch als „hohe Schule der Demokratie“ galt, habe Rechtspolitik noch Emotionen geweckt und hitzige Debatten entfacht. Heute hingegen habe man den Eindruck, dies sei „eine Sache der Vergangenheit“. Dabei gebe es Themen zuhauf, über die man streiten könne.

Wo wird heute Rechtspolitik betrieben? Wo „brennt im Jahr 2003 das rechtspolitische Feuer“? Böse Zungen behaupten, dass man das positiv nicht mit Bestimmtheit sagen könne. An einem Ort jedenfalls nicht, und zwar auf den jährlich stattfindenden und im turnusmäßigen Wechsel jeweils von einem Vorsitzland organisierten Justizministerkonferenzen (JuMiKo): keine Ideen, leere Papiere, langweilige Sitzungen, und eine gähnende intellektuelle Leere – so lautet ein beliebtes (Vor-) Urteil über die Fachministerkonferenz, die in diesem Jahr zum 74. Mal stattfand.

Was ist demnach das Fazit der Justizministerkonferenz 2003, bei der Schleswig-Holstein den Vorsitz inne hatte? Wurde hier „unsinnige und gefährliche Reformpolitik betrieben“? Inwieweit „profitierte“ Schleswig-Holstein davon, in diesem Jahr den Vorsitz zu führen? Oder war das Ganze nur eine Publicity-Show für die Ministerinnen und Minister, die auf diese Weise jedenfalls für einige Tage etwas mehr im Fokus der Presse-Berichterstattung standen als sonst?

II. Teilnehmer und Konferenzort

Nach der sog. Frühjahrskonferenz in Glücksburg⁴ fand die Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 6. November in der Landesvertretung Schleswig-Holsteins beim Bund in Berlin⁵ statt. Bundesjustizministerin *Brigitte Zypries*, die Justizministerinnen und Justizminister, Staatssekretärinnen und Staatssekretäre aller 16 Länder sowie zwei Mitglieder des Rechtsausschusses des Bundesrates nahmen daran teil. Bei dieser Sitzung handelte es sich im Gegensatz zur Frühjahrskonferenz um eine reine Arbeitssitzung, so dass die jeweiligen Hausspitzen nicht von Fachreferentinnen und -referenten begleitet wurden.

Die Vertretung des Landes Schleswig-Holstein⁶ liegt mitten im Herzen des neuen Berlin: zwischen Potsdamer Platz und Brandenburger Tor und neben dem Platz für das im Bau befindliche Holocaust-Mahnmal. Im föderalen Konzert der 16 Länder ist jedes Land mit einer Vertretung beim Bund präsent. Gilt es doch, die eigenen Interessen zu vertreten und das Land, seine Menschen und Besonderheiten zu repräsentieren. Dies war deshalb auch der geeignete Ort für die Konferenz.⁷

III. Schwerpunktthemen⁸

1. Auswirkungen des Europäischen Verfassungsvertrages diskutiert

Nachdem der EU-Konvent seinen Vorschlag für den geplanten Verfassungsvertrag vorgelegt hat, berät seit Anfang Oktober 2003 eine Regierungskonferenz über mögliche Änderungen. Die Beratungen sollen im Dezember abgeschlossen sein. Danach muss der Text in allen EU-Staaten ratifiziert werden, um in Kraft zu treten. Auch in Deutschland sind die Auswirkungen des Vertrages seit Monaten Gegenstand der politischen Diskussion. Grund genug also für die Justizministerinnen und Justizminister, sich auf Vorschlag von Schleswig-Holstein mit den „Auswirkungen des Europäischen Verfassungsvertrages“ zu beschäftigen. Da wesentliche Punkte des Vertragsentwurfes noch politisch umstritten sind und die endgültige Fassung des Vertrages noch vom Entwurf abweichen kann, erfolgte zu diesem Schwerpunktthema keine konkrete Beschlussfassung.

Umstritten ist unter anderem die verfassungsrechtliche bzw. politische Frage eines EU-weiten Referendums über den neuen EU-Vertrag. Während die Befürworter⁹ das Inkrafttreten der Europäischen Verfassung als „historische Weichenstellung“ betrachten, an der das Volk direkt beteiligt werden müsse, warnen andere¹⁰

¹ Die Verfasserin ist Referatsleiterin „Organisation und Service“ im Ministerium für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein (MJF). Der Verfasser ist Pressesprecher des Ministeriums. Alle in diesem Beitrag geäußerten Meinungen sind private Ansicht der Autoren und geben nicht die Meinung des Ministeriums wieder.

² „Die Zeit“ Nr. 38 vom 11.9.2003, S. 8.

³ So *Heribert Prantl* in der Süddeit. Zeit. Nr. 254 vom 5.11.2003, S. 4, zur Reform des Betreuungsrechts.

⁴ Siehe dazu ausführlich *Kaltenstein/Schwarz*, SchlAnz 2003, 177 ff. (August-Heft)

⁵ Die Herbstkonferenz findet mittlerweile traditionell in Berlin statt.

⁶ Unter einem Dach mit der niedersächsischen Landesvertretung befindet sich die „Botschaft Schleswig-Holsteins“ in direkter Nachbarschaft zu den Vertretungen der Länder Rheinland-Pfalz, Saarland, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern und Hessen.

⁷ Während der gesamten Konferenz sorgte ein Team von 13 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des MJF, erprobt in Glücksburg, für den reibungslosen Ablauf der Konferenz. Mit tatkräftiger Unterstützung der Landesvertretung konnte die Konferenz überwiegend von Kiel aus geplant und organisiert werden. An dieser Stelle bedanken wir uns noch ganz herzlich für die Gastfreundschaft und die freundliche Aufnahme bei der Landesvertretung.

⁸ Sämtliche Beschlüsse sind im Internet unter www.mjf.schleswig-holstein.de in der Rubrik „Justizministerkonferenz 2003“ veröffentlicht.

⁹ Zu den Befürwortern zählen beispielsweise der Bayerische Ministerpräsident Edmund Stoiber (Der Spiegel vom 14.7.2003), *Jürgen Meyer* (SPD), Mitglied des EU-Konvents (FAZ vom 24.7.2003), der FDP-Vorsitzende *Guido Westerwelle* (Süddeit. Zeit. vom 18.8.2003), und der Bundesverfassungsrichter *Siegfried Broß* (FAZ vom 30.7.2003), der für eine „informativische Befragung“ der Bevölkerung plädiert.

¹⁰ Zu den Gegnern zählen der CDU-Politiker *Wolfgang Schäuble* und der Baden-Württembergische Ministerpräsident *Erwin Teufel* (Der Spiegel vom 14.7.2003) sowie Bundesaußenminister *Joschka Fischer* (FAZ vom 24.7.2003).

davor, die EU-Verfassung als „eine Art Versuchskaninchen für plebiszitäre Elemente“ in einem Referendum zur Abstimmung zu stellen.¹¹

Auf der Konferenz kristallisierte sich heraus, dass eine deutliche Mehrheit der Ministerinnen und Minister zu den Kritikern eines Referendums zählt. Die Begründung dafür erschließt sich mittelbar aus der Beschlussfassung zum Tagesordnungspunkt „Auswirkungen des Europäischen Verfassungsvertrages“¹²:

1. [...]

2. Sie [die Justizministerinnen und Justizminister, Anm. d. Verf.] stellen fest, dass

– es sich bei dem „Entwurf eines Vertrages über eine Verfassung für Europa“ nicht um eine europäische Verfassung, sondern um einen (völkerrechtlichen) Vertrag handelt und dass die Europäische Union auch in Zukunft keine Staatsqualität besitzt.

– die Einbeziehung der Charta der Grundrechte in den Verfassungsvertrag keine unmittelbaren Auswirkungen auf den Grundrechtskatalog des Grundgesetzes hat und den Gewährleistungen der Charta keine kompetenzverstärkende oder kompetenzansaugende Wirkung zukommt.

Durch ein EU-weites Referendum würde man diesen Vertrag gewissermaßen zu einer „Verfassung aufwerten“. Dies widerspreche jedoch der Rechtsauffassung der meisten Länder.

Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit sich der EuGH bei seiner Rechtsprechung an der „Feststellung“ der Justizministerinnen und Justizminister orientieren wird.

2. Reform des Betreuungsrechts beschlossen

Das derzeitige Betreuungsrecht hat sich nach Meinung der Konferenzteilnehmer in der Praxis als zu bürokratisch erwiesen. Darüber hinaus belasteten seit 1993 stark angestiegene Kosten Jahr für Jahr die Justizetats der Länder. Die Konferenzteilnehmer verständigten sich in Berlin auf eine Reform des Betreuungsrechts, nachdem eine im Jahr 2001 eingesetzte Bund-Länder-Arbeitsgruppe unter Vorsitz Nordrhein-Westfalens in Glücksburg ihren Abschlussbericht präsentiert hatte.¹³ Geplant ist eine Bundesratsinitiative der Länder, die mit den Sozialministerien abgestimmt werden soll.

Ziel ist es, bei Beibehaltung der gesetzlichen Betreuung die Betreuungsleistungen auf das Erforderliche zu reduzieren. In dem Beschluss heißt es¹⁴

[...]

Die Justizministerinnen und Justizminister stellen klar, dass die Justiz ihre Kernaufgabe der „rechtlichen Begleitung“ weiterhin wahrnimmt und weisen darauf hin, dass der Aufgabenbereich „soziale Betreuung“ innerhalb der dafür bestehenden Strukturen einer Anpassung bedarf, die die Interessen der Betroffenen auch künftig schnell und kompetent sicherstellt.

Nach derzeitigem Recht können beispielsweise Bürgerinnen und Bürger, die nicht geschäftsfähig sind, bei Behördengängen von professionellen Diensten begleitet werden. Diese werden dann als juristische Betreuungsleistung abgerechnet und aus den Justizetats bezahlt. Zwar müssen die Betroffenen für die Kosten grundsätzlich selbst aufkommen. Für den Fall, dass die Betreuten mittellos sind, müssen die Länder jedoch die Kosten für die Verfahren, Gutachten, Verfahrenspfleger, für die Vergütung der Berufsbetreuer und die Aufwandspauschalen der ehrenamtlichen Betreuer übernehmen. Untersuchungen belegen, dass seit Inkraft-Treten des neuen Betreuungsrechts im Jahr 1992 beispielsweise in Schleswig-Holstein die Ausgaben für Betreuungssachen bis zum Jahr 2000 um 321 % gestiegen sind.¹⁵ Als Hauptursache für diese Entwicklung wird unter anderem eine „deutliche Zunahme der Fallzahlen“ (um 79 %) ausgemacht.

¹¹ Interessant ist eine Umfrage vom November 2003 zum Thema „EU-Referendum“. Danach gaben in Deutschland 48 % der Befragten an, sie hielten ein Referendum zur Annahme der Verfassung für „unerlässlich“; 45 % meinten, es sei „nützlich, aber nicht unerlässlich“ (FAZ vom 11.11.2003).

¹² Beschluss zu TOP A. 3.

¹³ Der Abschlussbericht ist nachzulesen unter <http://www.jm.nrw.de/JM/justizpolitik/schwerpunkte/betreuung/index.html>.

¹⁴ Beschluss zu TOP B.

¹⁵ So der Landesrechnungshof Schleswig-Holstein in seinen „Bemerkungen 2002“ in Bezug auf das MJF, siehe <http://www.lrh.schleswig-holstein.de/>, S. 343.

Daher will man jetzt die individuelle Vorsorge stärken, „fehlgeleitete Ressourcen im Interesse der eigentlichen Betreuungsarbeit bündeln und die Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen auf das notwendige Maß beschränken.“¹⁶ Vorgesehen ist unter anderem, die Vorsorgevollmacht, mit der Menschen für den Fall einer späteren Erkrankung bereits einen Betreuer benennen können, auszubauen und zu vereinheitlichen. Zugleich planen die Länder den Aufbau eines bundesweiten Registers, bei dem sich Gerichte, aber auch Krankenhäuser über Vorsorgevollmachten erkundigen können. Außerdem ist eine Regelung geplant, Ehegatten und Kindern eine gesetzliche Vertretungsmacht zu geben. Um Missbrauch vorzubeugen, soll nach den derzeitigen Plänen die gesetzliche Vertretungsmacht aber nur auf geschäftliche Dinge des täglichen Bedarfs bis zu einer Höhe von 3.000 Euro und Gesundheitsangelegenheiten beschränkt sein. Bei der Vergütung der Berufsbetreuer planen die Länder, statt der jetzigen Bezahlung nach Aufwand pauschale Stundenkontingente pro betreuter Person und Monat einzuführen.¹⁷

3. Kritik an geplanter Reform des Sanktionenrechts

Das Bundesjustizministerium verfolgt mit dem Vorschlag zur Reform des Sanktionenrechts¹⁸ das Ziel, den Richtern mehr Möglichkeiten zu geben, ohne Freiheitsentzug zu strafen. So sollen die Gerichte den Verurteilten gestatten können, die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe unter sechs Monaten durch gemeinnützige Arbeit abzuwenden. Darüber hinaus soll die gemeinnützige Arbeit als sog. „primäre Ersatz-Freiheitsstrafe“ eingeführt werden. Straffällige, die zu Geldstrafen verurteilt sind, diese aber nicht bezahlen können, verrichten ersatzweise Hilfsdienste in sozialen und öffentlichen Einrichtungen („Schwitzen statt sitzen“). Die ansonsten anfallenden Kosten einer Inhaftierung werden dadurch eingespart.

Die Justizministerinnen und Justizminister halten mehrheitlich die geplante Reform für „kriminalpolitisch verfehlt“.¹⁹ Insbesondere die Vorschläge zur gemeinnützigen Arbeit und zur Verwarnung mit Strafvorbehalt würden die strafrechtliche Praxis vor kaum überwindliche Probleme stellen und das verfassungsrechtliche Gebot einer effektiven Strafverfolgung beeinträchtigen. Andere Länder, wie beispielsweise Schleswig-Holstein, die seit Mitte der 80er Jahre erfolgreich Projekte unter dem Motto „Schwitzen statt sitzen“ betreiben, unterstützen hingegen die Reformpläne. Das damit verfolgte Ziel, alternative Sanktionsmöglichkeiten auszubauen, hat unter anderem dazu geführt, dass Schleswig-Holstein mit knapp 60 Haftgefangenen pro 100 000 Einwohner die geringste Haftquote im Vergleich zu anderen Ländern verzeichnen kann.

4. Keine Einigkeit über Reformbedarf im Jugendstrafrecht

Das Thema „Reformbedarf im Jugendstrafrecht“ hat sich mittlerweile zu einem „Dauerbrenner“ in der rechtspolitischen Diskussion entwickelt. Es gab dazu in der Vergangenheit eine ganze Reihe von Bundesratsinitiativen.²⁰

Einig waren sich die Konferenzteilnehmer darin, dass sich das Jugendstrafrecht in seiner „Grundstruktur bewährt“ habe.²¹ Insbesondere am Erziehungsgedanken im Jugendstrafrecht wolle man festhalten. Eine Mehrheit der Ministerinnen und Minister sprach sich jedoch für Änderungen des Jugendstrafrechts aus, beispielsweise für die Erhöhung des Höchstmaßes der Jugendstrafe für Heranwachsende von derzeit 10 auf 15 Jahre und den sog. „Warnschussarrest“. Mit dem „Warnschussarrest“ soll dem Jugendlichen

¹⁶ Vgl. den Arbeitsauftrag der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur „Reform des Betreuungsrechts“ (enthalten im Abschlussbericht, Fn. 13), S. 16.

¹⁷ Die Reform des Betreuungsrechts ist in der politischen Diskussion umstritten. Eine Demonstration der sog. „Irrren-Offensive e.V.“, die am 6.11.2003 unter dem Motto „Zwangsentmündigung ist ein Verbrechen“ vor der Landesvertretung stattfand, verlief ruhig.

¹⁸ Siehe dazu die Pressemitteilung des BMJ unter <http://www.bmj.bund.de/ger/ser-vice/pressemitteilungen/10000842/?sid=855f644f1a4a7c13bf522656bd586daa>.

¹⁹ Beschluss zu TOP C. I. 1.

²⁰ Siehe etwa BR-Drs. 312/03 (Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Jugenddelinquenz); siehe auch den Beschluss der Justizministerinnen und Justizminister vom 14.11.2002, TOP II; ferner die Beschlüsse des 64. Deutschen Juristentages (17.9.–20.9.2003); dazu Albrecht, Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? NJW 2002, Beilage zu Heft 23, S. 26 ff. Insgesamt zur Diskussion um den Reformbedarf im Jugendstrafrecht Schleswig-Holsteinischer LT-Drs. 15/2569.

²¹ Beschluss zu TOP C. I. 2.

durch die kurzzeitige Unterbringung in einer Arrestanstalt der „Ernst der Situation bewusst gemacht werden“. Mit den vorgeschlagenen Maßnahmen will man einem starken Anstieg der registrierten Jugendkriminalität und neuen Phänomenen der Jugenddelinquenz begegnen, insbesondere schweren rechtsextremistischen Gewalttaten junger Menschen. Die Minderheit der Konferenzteilnehmer lehnt hingegen „rechtspolitische Forderungen nach einem repressiven Jugendstrafrecht ab“²². Eine Veränderung der für die Jugendkriminalität verantwortlichen Faktoren sei durch eine Verschärfung nicht zu erreichen. Erfahrungen aus anderen Ländern zeigten, dass beispielsweise die Annahme einer „positiven Schockwirkung“ durch einen Warnschussarrest empirisch nicht belegt werden könne.

5. Errichtung einer einheitlichen öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeit?

Einige Bundesländer schlagen vor, die Verwaltungen von Sozial-, Verwaltungs- und Finanzgerichten einerseits und von Arbeits- und Amtsgerichten andererseits zusammenzulegen. Dies sei „ein erster Schritt für eine grundlegende Justizreform“.²³ Strukturen würden auf diese Weise vereinfacht, Doppelarbeit vermieden und innere Abläufe gestrafft.²⁴

Die Konferenzteilnehmer setzten eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe unter Federführung von Baden-Württemberg ein, die in einem ersten Schritt bis zur nächsten Justizministerkonferenz Vorschläge zur Errichtung einer einheitlichen öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeit erarbeitet.²⁵ Bremen hat schon kurz nach Ende der JuMiKo signalisiert, die Arbeitsgerichtsbarkeit als eigenständige Gerichtsbarkeit erhalten zu wollen.²⁶



6. Andere Beschlüsse

Weiterhin wurden unter anderem Beschlüsse zu den Tagesordnungspunkten Einführung der Einheitsstrafe im Erwachsenenstrafrecht, Änderungsbedarf bezüglich § 121 ff. StPO und Änderungsvorschläge zum Entwurf eines Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes gefasst.

IV. Fazit

Vom Betreuungsrecht über Jugendstrafrecht bis hin zur Errichtung einer einheitlichen öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeit:

²² So beispielsweise auch die schleswig-holsteinische Justizministerin *Anne Lütke*, siehe Pressemitteilung vom 6.11.2003, zu finden unter <http://www.mjf.schleswig-holstein.de/justizministerkonferenz/Pressemittelungen>.

²³ Siehe „Die WELT“ Nr. 249 vom 25.10.2003, S. 4. Der Bundesrat hat in seiner Sitzung vom 26.9.2003 beschlossen, die Bundesregierung zu bitten, die Errichtung einer einheitlichen öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeit, hilfsweise einer aus der bisherigen Verwaltungs- und Sozialgerichtsbarkeit bestehenden künftigen Gerichtsbarkeit zu prüfen. Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung eine entsprechende Prüfung zugesagt. Siehe insgesamt BT-Drs. 15/1638, S. 12 und 15.

²⁴ Vgl. auch die Pressemitteilung der Bundesjustizministerin vom 24.9.2003, in der sie die Länder auffordert, über die Zusammenlegung einzelner Gerichtszweige auf Landesebene nachzudenken. Damit könnten die Richterinnen und Richter bedarfsgerechter eingesetzt und zudem kostensparende Synergieeffekte in der Verwaltung erzielt werden.

²⁵ Beschluss zu TOP C. II. 3.

es kann jedenfalls nicht behauptet werden, dass in der Rechtspolitik nicht mit Leidenschaft gestritten werde oder dass sich die SPD- und die CDU-geführten Länder gegenseitig blockierten. Im Gegenteil: die Fronten verliefen mitunter quer durch beide Lager. In einem zentralen Punkt, nämlich bei der Reform des Betreuungsrechts, wurde nach intensiven Diskussionen weitgehende Einigkeit erzielt. Eine Bundesratsinitiative soll noch in diesem Jahr gestartet werden.

Justizministerkonferenzen sind zwar nicht alleiniger Schauplatz für rechtspolitische Auseinandersetzungen, wohl aber ein geeignetes Forum für den Diskurs. Alternativen dazu, wie beispielsweise die bei Abstimmungsbedarf zwischen den Justizverwaltungen üblichen Umlaufverfahren, oder Telefonschalt- und Videokonferenzen können eines nicht wettmachen: die Möglichkeit der jeweiligen Hausspitzen, im direkten Kontakt zu anderen Teilnehmern zu argumentieren und Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei den jeweiligen Positionen „vor Ort“ deutlich zu machen.

Regelmäßige Treffen der Ministerinnen und Minister, etwa nach bestimmten Bundesratssitzungen, stellen auch keine Erfolg versprechende Alternative zum derzeitigen Konferenzwesen dar: denn relativ schnell würde der Ruf nach einer Tagesordnung, einer abgestimmten soliden fachlichen Vorbereitung der oft sehr komplexen juristischen Themen und einer inhaltlichen und organisatorischen Koordinierung durch ein „Vorsitzland“ laut werden. „Regional-JuMiKos“, wie zum Beispiel die sog. Ost-JuMiKo (gemeinsame Interessenvertretung der ostdeutschen Länder und Berlins) konnten sich ebenso wenig gegen die große Konferenz durchsetzen²⁷ wie die Treffen der Ministerinnen und Minister aus den jeweiligen sog. A- und den B-Ländern.²⁸ Das liegt daran, dass die Interessen der Länder bei justizpolitischen Themen oftmals nicht dadurch geprägt werden, welcher Partei die jeweilige Ministerin oder der jeweilige Minister angehört, sondern von ganz anderen Faktoren beeinflusst werden, beispielsweise der Frage, ob es um ein Flächenland oder einen Stadtstaat geht oder ob es sich um ein „armes“ oder ein „reiches“ Land handelt. Zu überlegen ist hingegen, ob nicht in Zukunft die Konferenz in einer „abgespeckteren Version“ durchgeführt werden könnte. Die Erfahrung der Herbstkonferenz hat unseres Erachtens gezeigt, dass – im Vergleich zum großen „Frühjahrestreffen“ – auch reine Arbeitssitzungen erfolgreich sein können.



Schleswig-Holstein hat in Glücksburg das Familienrecht und den Strafvollzug und in Berlin das Europarecht auf die Tagesordnung gesetzt. Dadurch ist es gelungen, jedenfalls Akzente in der Rechtspolitik zu setzen. Die Ausrichtung der JuMiKo im Jahr 2003 bot für Schleswig-Holstein darüber hinaus die Chance, sich als Land zu präsentieren, das in der Lage ist, aus eigener Kraft eine solche Konferenz „zu stemmen“. Mit Beginn des Jahres 2004 erhält Bremen unter der Leitung des Bürgermeisters *Henning Scherf* den Vorsitz für die nächste Konferenz. Wir wünschen der Freien Hansestadt Bremen viel Erfolg für die Durchführung der Konferenz und werden uns selbst gerne an das eigene Vorsitzjahr erinnern.

²⁶ Siehe die Pressemitteilung unter <http://www.bremen.de/buerger.html>. Ferner FAZ Nr. 256 vom 4.11.2003, S. 4.

²⁷ Die Ost-JuMiKo tagte in diesem Jahr zum letzten Mal.

²⁸ A-Länder sind die SPD- und B-Länder die CDU-geführten Landesregierungen.

Probleme der Verdachtskündigung – Anmerkungen zum Urteil des LAG Schleswig-Holstein vom 18. 6. 2002

Dr. Wolfgang M. Weißleder, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Kiel

Das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 18. 6. 2002 – 5 Sa 53 c/02 –¹ befasst sich mit einem in der Sache höchst unerfreulichen, rechtlich allerdings in vielfacher Weise bemerkenswerten Sachverhalt. Es gibt Anlass zu einigen grundsätzlichen Bemerkungen zur „Verdachtskündigung“, die hier ausgesprochen war, und zu den „Fallstricken“, die die rechtliche Bewältigung der Problematik bereit hält.

Zunächst zum Sachverhalt:

Am 26. Juli 2001 verhaftete die Polizei den Kläger wegen des Vorwurfs eines Sexualverbrechens gegen einen 11-jährigen Jungen. Ein Haftrichter erließ Untersuchungshaft. Am 28. Juli und 30. Juli 2001 erschienen Presseberichte in verschiedenen Zeitungen über diese Vorwürfe. Die Beklagte erfuhr am 30. Juli 2001 vom Sohn des Klägers, dass sich dieser in Untersuchungshaft befindet. Auf Nachfrage bestätigte die Kriminalpolizei am 30. Juli 2001 die Untersuchungshaft.

Mit Schreiben vom 30. Juli 2001 hörte die Beklagte den Betriebsrat – ohne zunächst den in Untersuchungshaft befindlichen Kläger mit dem gegen ihn bestehenden Verdacht konfrontiert und ihn insoweit angehört zu haben – zu einer beabsichtigten fristlosen Kündigung des Klägers an unter der Überschrift „Dringender Verdacht einer schweren Straftat“. Sie teilte den ihr bekannten Sachverhalt mit und überreichte Kopien der Zeitungsberichte. Sie wies darauf hin, dass durch die in diesen Berichten genannte Straftat das Vertrauensverhältnis zu dem Kläger zerstört sei. Eine Weiterbeschäftigung sei unzumutbar, da auch der Betriebsfrieden durch diese schwere Straftat empfindlich leiden würde. Mit einem weiteren Schreiben vom selben Tag hörte die Beklagte den Betriebsrat mit identischer Begründung zu einer beabsichtigten fristgerechten Kündigung zum nächstmöglichen Termin mit einer Kündigungsfrist von 7 Monaten zum Monatsende an (der Kläger war zu diesem Zeitpunkt seit 25 Jahren bei der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin beschäftigt).

Mit Schreiben vom 3. August 2001 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos und mit weiterem Schreiben vom 7. August 2001 hilfsweise fristgerecht zum 31. März 2002. Der Betriebsrat hatte zu den beabsichtigten Kündigungen keine Stellungnahme abgegeben – die jeweiligen Kündigungen erfolgten nach Ablauf der gesetzlich vorgeschriebenen Anhörungsfrist.

Sowohl das Arbeitsgericht² als auch das Landesarbeitsgericht bestätigten die Rechtswirksamkeit der ausgesprochenen Verdachtskündigung. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist rechtskräftig geworden. Gleichwohl lohnt eine Anzahl von Einzelaspekten eine weitere Vertiefung:

1. Zulässigkeit der Verdachtskündigung

Schon das *Rechtsinstitut der Verdachtskündigung* selbst ist nicht unumstritten, obwohl das Bundesarbeitsgericht an ihm in ständiger Rechtsprechung festhält³.

Bei der Verdachtskündigung ist *Kündigungsgrund* die Zerstörung des für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderlichen Vertrauens des Arbeitgebers in die Person des Arbeitnehmers durch den auf objektiven Tatsachen gründenden Verdacht eines strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens⁴. Dies ist streng zu trennen von der Kündigung wegen einer nachgewiesenen Straftat (*Tatkündigung*), die einen alternativen Kündigungsgrund darstellt.

Allerdings stehen beide Kündigungsgründe nicht ohne Auswirkungen nebeneinander. In seinem Urteil vom 6. 12. 2001⁵ hat das Bundesarbeitsgericht Folgendes ausgeführt:

¹ Abgedruckt in diesem Heft (SchlHA 2003 S. 302 ff.)

² Arbeitsgericht Elmshorn, Ur. v. 29.11.01 – 2 Ca 1765 d/01 –; der Verfasser war in beiden Instanzen Prozessbevollmächtigter der Beklagten.

³ Vgl. etwa BAG, Ur. v. 6. 12. 2001 – 2 AZR 496/00, NZA 2002, 847–851 = DB 2002, 1779–1781, BAG, Ur. v. 5. 4. 2001 – 2 AZR 217/00, NJW 2001, 3068–3070 = NZA 2001, 837–840, jeweils mwN, KR-Fischermeier, 6. Aufl. 2002, § 626 BGB, Rz. 210.

⁴ BAG, Ur. v. 05.04.01 – 2 AZR 217/00 (s. Fußnote 3).

⁵ s. Fußnote 3.

„Ferner hat das LAG es zu Unrecht unterlassen, die Kündigungen auch als Tatkündigungen zu prüfen. Nachdem der Beklagte sich im Rechtsstreit ausdrücklich auch auf das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Tatkündigung berufen hat, war das Berufungsgericht aus materiell-rechtlichen Gründen nicht an einer entsprechenden Prüfung gehindert.

Eine Verdachtskündigung ist gegeben, wenn und soweit der Arbeitgeber seine Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines von ihm nicht für sicher gehaltenen oder erwiesenen strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen zerstört. Bei einer Tatkündigung ist für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers demgegenüber maßgebend, dass der Arbeitnehmer nach Überzeugung des Arbeitgebers die strafbare Handlung bzw. die Pflichtwidrigkeit tatsächlich begangen hat und dem Arbeitgeber gerade deshalb die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar war. Zwar stellt der Verdacht einer strafbaren Handlung oder eines vertragswidrigen Verhaltens gegenüber dem Tatvorwurf einen eigenständigen Kündigungsgrund dar (ständige Rechtsprechung BAG ...). Gleichwohl stehen die beiden Kündigungsgründe des Verdachts und des Vorwurfs einer Pflichtwidrigkeit nicht beziehungslos nebeneinander. Wird die Kündigung zunächst nur mit dem Verdacht eines pflichtwidrigen Handelns begründet, steht jedoch nach Überzeugung des Gerichts (beispielsweise auf Grund einer Beweisaufnahme) die Pflichtwidrigkeit fest, dann lässt dies die Wirksamkeit einer Kündigung aus materiell-rechtlichen Gründen unberührt. Das Gericht ist nicht gehindert, die nachgewiesene Pflichtwidrigkeit als wichtigen Grund anzuerkennen ...“

Andererseits soll allerdings eine als Tatkündigung ausgesprochene Kündigung nicht nachträglich als Verdachtskündigung zu würdigen sein, wenn der Arbeitgeber die Kündigung nicht mindestens auch hilfsweise auf den Verdacht stützt, wie das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 26. 3. 1992⁶ ausgesprochen hat. In seiner Begründung hat das Bundesarbeitsgericht insbesondere auch auf die Anhörung des Betriebsrats hingewiesen. Es heißt wörtlich:

„Wie der Senat schon im Urteil vom 3. April 1986 – 2 AZR 324/85 – (AP Nr. 18 zu § 626 BGB, Verdacht strafbarer Handlung) entschieden hat, deckt die Anhörung des Betriebsrats wegen einer auf eine als erwiesen angesehene Straftat gestützte Kündigung nicht zugleich die Anhörung auch wegen einer auf den unveränderten Sachverhalt gestützte Verdachtskündigung ab. Dies ist die konsequente Folge daraus, dass Verdachtskündigung und Tatkündigung unterschiedliche Sachverhalte darstellen.“

Die im Schrifttum nach wie vor erhobenen *Bedenken gegen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung* werden damit begründet⁷, dass diese gegen die Unschuldsvermutung des Grundgesetzes und des Art. 6 Abs. 2 EMRK verstoße. Niemand dürfe ohne Schuld nachweis bestraft werden. Der Verdacht sei zudem keine Tatsache, sondern eine Schlussfolgerung. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zeige bei der Auslegung und Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben eine unrichtige Anschauung von der Bedeutung der grundrechtlichen Wertungen. Es werde der verfassungsrechtliche Schutz des Arbeitnehmers aus Art. 12 GG bei der Zulassung der Verdachtskündigung verkannt, bei der es noch dazu an den vom Bundesverfassungsgericht für eine richterliche Rechtsfortbildung entwickelten Voraussetzungen fehle. Die Verdachtskündigung lasse sich nicht in die vom Gesetzgeber in § 1 KSchG vorgegebene Dreiteilung der Kündigungsgründe nach personenbedingten, verhaltensbedingten und betriebsbedingten einteilen, sie verstoße daher auch gegen § 1 KSchG. Des Weiteren werde durch die Zulässigkeit der Verdachtskündigung die grundsätzliche Beweislastverteilung des Kündigungsschutzgesetzes in ihr Gegenteil verkehrt, da der Arbeitnehmer spätestens

⁶ BAG, Ur. v. 26. 3. 1992 – 2 AZR 519/91 –, etwa NJW 1993, 83–86 = NZA 1992, 1121–1124.

⁷ Grundsätzlich gegen die Unzulässigkeit einer Verdachtskündigung sprechen sich aus: Joachim, „Arbeit und Recht“, 1964, 33 ff., Schütte, NZA, Beilage 2/1991, Dörner an mehreren Stellen, etwa Dörner/Luczak/Wildschütz, „Handbuch Arbeitsrecht“, 3. Aufl. 2002, Rz. 852–854, und NZA 1993, 873–876,

sowie Ascheid/Preis/Schmidt (APS), „Großkommentar zum Kündigungsrecht“ 2000, § 626 BGB, Rz. 374–377,

Appel, in: Kittner/Zwanziger, „Arbeitsrecht“ 2001, § 96, Rz. 31; Kittner in: Anm. zu BAG EzA § 626 BGB, 4 Verdacht strafbarer Handlung – U. v. 26. 3. 1992 (2 AZR 519/91).

Die Zulässigkeit der Verdachtskündigung als ordentliche Kündigung hält Dorndorf für nicht gegeben, da nur in schwerwiegenden Fällen, die zur fristlosen Kündigung führen, ein Bedürfnis für diese Rechtsfortbildung gegeben sei:

Dorndorf, u. a. „Kündigungsschutzgesetz“, 4. Aufl. 2001, § 1 KSchG, Rz. 844, dagegen Kappellhoff, in: Tschöpe, „Anwaltslexikon Arbeitsrecht“, 3. Aufl. 2002, S. 1360, unter Hinweis auf BAG, Ur. v. 4. 11. 1957 – 2 AZR 57/96 –, BB 1958, 83.

Eine Zusammenfassung der Kritikpunkte findet sich etwa bei:

APS/Dörner, § 626, Rz. 374–377, und Schütte, aaO, S. 19–20.

Auch Lücke, BB 1997, 1842–1848, fasst die Kritikpunkte (1843/1844) zusammen, spricht sich aber für die Zulässigkeit der Verdachtskündigung als eigenständigen Kündigungsgrund aus.

im Kündigungsschutzprozess gehalten sei, seine Unschuld nachzuweisen oder wenigstens die gegen ihn bestehenden Verdachtsmomente nachhaltig zu erschüttern.

Trotz dieser Einwände hat das *Bundesarbeitsgericht* in ständiger Rechtsprechung daran festgehalten⁸, auch der Verdacht einer Straftat oder eines sonstigen Fehlverhaltens könne ein an sich zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Umstand sein. Es lasse sich bei unbefangener Betrachtung nicht leugnen, dass nicht nur eine erwiesene Tat, die von der Rechtsordnung missbilligt worden sei, einem Arbeitsverhältnis die Vertrauensgrundlage entziehen oder das Arbeitsverhältnis unerträglich belasten könne, sondern auch schon der dringende Verdacht, eine solche Tat begangen zu haben. Jedes Arbeitsverhältnis als personenbezogenes Dauerschuldverhältnis setze ein gewisses gegenseitiges Vertrauen der Vertragspartner voraus. Folglich könne auch der auf objektiven Tatsachen gründende Verlust des Vertrauens einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darstellen. Das Rechtsinstitut der Verdachtskündigung lasse sich im Wege der gewöhnlichen Gesetzesauslegung des § 626 Abs. 1 BGB entwickeln.

Den kritischen Stimmen am Rechtsinstitut der Verdachtskündigung wird zudem entgegen gehalten⁹, dass es bei diesem nicht um die Verhängung einer Strafe gehe, sondern um die Beendigung eines privatrechtlichen Dauerschuldverhältnisses, sodass der Hinweis auf Art. 6 Abs. 2 EMRK nicht einschlägig sei. Art. 6 Abs. 2 EMRK binde unmittelbar nur den Richter. Würde man mit seiner Anwendung im Privatrecht ernst machen, so bliebe bis zu einer strafrechtlichen Verurteilung keine Kündigungsmöglichkeit, und der Arbeitgeber könne auf den begründeten Verdacht einer strafbaren Handlung nur mit einer sicherlich zulässigen Suspendierung des Arbeitnehmers reagieren, was dem Arbeitnehmer im Ergebnis eine bezahlte Freistellung bis zum Abschluss des Strafverfahrens verschaffen würde.

Es seien nicht nur Grundrechte des Arbeitnehmers, sondern auch Grundrechte des Arbeitgebers betroffen. So sei eine Verweigerung des Rechts zur Kündigung ein Eingriff in die Grundrechte des Arbeitgebers aus Art. 2 I, Art. 12 I und Art. 14 I GG. Zudem sei auch nicht der Verdacht allein Grund der Kündigung bei diesem Rechtsinstitut. Kündigungsrelevant seien vielmehr die den Verdacht auslösenden Umstände, soweit sie geeignet seien, das Vertrauen des Arbeitgebers in den Arbeitnehmer zu zerstören.

Das Bundesarbeitsgericht lässt die Verdachtskündigung auch als ordentliche Kündigung zu, wobei es einen hier im Einzelnen nicht weiter nachzugehenden Streit darum gibt, ob eine Einordnung als verhaltensbedingte oder personenbedingte Kündigung zu erfolgen habe oder ob gar eine Einordnung als durch richterliche Rechtsfortbildung geschaffener vierter sozialer Rechtfertigungsgrund erfolgen müsse⁹. Es ist auch nicht der u. a. von Moritz¹⁰ vorgeschlagenen Begrenzung einer Verdachtskündigung auf Arbeitnehmer, die eine besondere Vertrauensstellung inne haben, gefolgt.

Nun ist es dem Rechtsinstitut der Verdachtskündigung immanent, dass bei einer auf den Verdacht gestützten Kündigung diese auch *einen Unschuldigen treffen* kann. Die geäußerte Kritik ist daher nachvollziehbarer Ausdruck eines durchaus bestehenden

Unbehagens. Dieses Unbehagen hat sich auch in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts niedergeschlagen, und zwar darin, dass nach dieser das Gericht dem Vorbringen des Arbeitnehmers nachzugehen hat, mit dem der Arbeitnehmer sich von dem *Verdacht reinigen* will. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass es für die Berechtigung einer Kündigung ankommt auf die Gegebenheiten zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung¹¹. Bei der Verdachtskündigung weicht aber das Bundesarbeitsgericht hiervon ab. Es betont:

„Nach der Rechtsprechung des Senats (u. a. BAGE 16, 72 = NJW 1964, 1918 = AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung) muss das Gericht dem Vorbringen des Arbeitnehmers nachgehen, mit dem er sich von dem Verdacht reinigen will ... Das Berufungsgericht verletzt damit den materiell-rechtlichen Begriff des wichtigen Grundes, wenn es einschlägigen Prozessstoff entweder überhaupt außer acht lässt oder mit fehlerhafter Begründung nicht verwertet ...“¹²

Unabhängig davon könne der Arbeitnehmer einen *Wiedereinstellungsanspruch* aufgrund der Nachwirkung des Arbeitsvertrages (Nachwirken der Fürsorgepflicht) geltend machen, wenn der Verdacht später, also nach Abschluss des Gerichtsverfahrens, entkräftet werde¹³.

Dies ist inkonsequent, aber zur Milderung der ansonsten als schwer erträglich empfundenen Konsequenzen (einen unter Verdacht geratenen, tatsächlich aber unschuldigen Arbeitnehmer um den Arbeitsplatz gebracht zu haben) zu billigen¹⁴. Allerdings sind die Fragen des Wiedereinstellungsanspruchs im Einzelnen weitgehend ungeklärt, insbesondere für die Fälle, in denen der Arbeitsplatz – was der Regelfall sein wird – zwischenzeitlich besetzt ist und nicht im Wege der Ausübung des Direktionsrechts oder der Versetzung wieder frei gemacht werden kann. Überlegungen gehen hier von einem Freikündigungsrecht des Arbeitgebers bis zur Zubilligung eines Abfindungsanspruchs, wobei all dies streitig ist¹⁵. Dem ist hier nicht weiter nachzugehen vor dem Hintergrund der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein, wobei abschließend auf die Frage zurück zu kommen sein wird.

Das *Landesarbeitsgericht* hat nämlich die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit der Verdachtskündigung – wie auch das erstinstanzliche Gericht – nicht weiter thematisiert, sondern nur auf die gefestigte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hingewie-

¹¹ In der Entscheidung vom 14. 9. 1994 – 2 AZR 164/94 – (s. Fußnote 8) führt das BAG aus, dass der Verdacht sich aus objektiven, im Zeitpunkt der Kündigung vorliegenden Tatsachen ergeben müsse.

¹² BAG, Urt. vom 18. 11. 1999 – 2 AZR 743/98 –, NJW 2000, 1214 ff. = NZA 2000, 418–421.

a. A. v. Hoyningen-Huene/Linck, „Kündigungsschutzgesetz“, 13. Aufl. 2002, § 1 KSchG, Rz. 266, und Erman-Belling, „Kommentar zum BGB“, 10. Aufl. 2000, § 626 BGB, Rz. 78.

¹³ BAG, Urt. v. 20. 8. 1997 – 2 AZR 620/96 –, NZA 1997, 1340–1343, mNn, s. auch KR-Fischermeier, aaO, § 626 BGB, Rz. 234 mwN.

Die Einstellung eines gegen den Arbeitnehmer eingeleiteten Strafverfahrens reiche allerdings nicht aus, weil das gestörte Vertrauensverhältnis nicht schon dann wiederhergestellt sei, wenn zwar die Schuld des Entlassenen nicht erwiesen habe werden können, der Verdacht aber auch nicht ausgeräumt sei: Corts in: Schliemann „Das Arbeitsrecht des BGB“, aaO, Rz. 183. Corts weist auch auf die Möglichkeit hin, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mittels einer Restitutionsklage gegen das eine Kündigungsschutzklage abweisende Urteil zu erreichen (aaO, Rz. 185). In der Praxis spielt diese Möglichkeit soweit ersichtlich keine Rolle.

¹⁴ Eismann weist in Küttner, „Personalbuch 2002“, 9. Aufl., Stichwort „Verdachtskündigung“, Rz. 13 und 14, zutreffend auf Folgendes hin:

„... Die Gerichte haben dabei dem Vorbringen des Arbeitnehmers, mit dem er sich von dem Verdacht befreien will, durch eine vollständige Aufklärung des Sachverhalts nachzugehen (BAG 18. 11. 1999 – 2 AZR 743/98 –, NZA 2000, 418). Mit dem gegenteiligen Standpunkt (Erfurter Kommentar/Ascheid, § 1 Kündigungsschutzgesetz, Rz. 304 f.; KR-Hillebrecht, § 626 BGB, Rz. 181) müsste man konsequenterweise von der Wirksamkeit der Kündigung ausgehen, wenn im Zeitpunkt ihres Zugangs hinreichende Verdachtsmomente gegeben waren. Der vorgeschlagene Wiedereinstellungsanspruch ist damit nur notwendige Folge des problematischen Ansatzes.“

Umgekehrt kann der Arbeitgeber, der auf Grund unzureichender Ermittlungen des Sachverhalts ohne hinreichende Anhaltspunkte für einen dringenden Verdacht eine Verdachtskündigung ausgesprochen hat, im Prozess zusätzliche belastende Momente (z. B. Zeugenaussagen in einem staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren) zur Begründung der Kündigung heran ziehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer auch hierzu (nachträglich) noch einmal angehört wurde (BAG 13. 9. 1995, DB 904, 96). Die Rechtsprechung verweist insoweit darauf, dass die den Verdacht begründenden bzw. ihn entkräftenden Umstände bereits zum Zeitpunkt der Kündigung vorgelegen haben.¹⁴

¹⁵ Isenhardt, in: „Handbuch zum Arbeitsrecht“, Gruppe 5, Teilbereich 1, Kündigung, Rz. 370, befürwortet gegen KR-Fischermeier, aaO, § 626 BGB, Rz. 234, und Corts, aaO, Rz. 183, einen Abfindungsanspruch nach §§ 9, 10 KSchG analog, wenn die Wiedereinstellung nicht möglich oder nicht zumutbar sei.

Für einen Abfindungsanspruch auch Zwanziger in: BB 97, 42–46, in den Fällen des Scheiterns des Wiedereinstellungsanspruches wegen Fehlens eines gleichwertigen Arbeitsplatzes in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer den Verdacht nicht selbst verursacht hat, aus dem Gesichtspunkt der Aufopferung.

KR-Etzel, aaO, § 1 KSchG, Rz. 742, und APS-Kiel, aaO, § 1 KSchG, Rz. 799 (diese allerdings nicht ausdrücklich auf die Verdachtskündigung bezogen) bejahen eine Verpflichtung des Arbeitgebers, den wieder besetzten Arbeitsplatz freizukündigen.

⁸ In seinem Urt. v. 14. 9. 1994 – 2 AZR 164/94 –, NJW 1995, 1110–1112 = NZA 1995, 269–272, hat sich das Bundesarbeitsgericht mit den Gegenargumenten teilweise auseinander gesetzt, später dann im Wesentlichen auf seine ständige Rechtsprechung verwiesen.

Mit der Kritik setzt sich ausführlicher auseinander, der Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit der Verdachtskündigung folgend, Moll, in: Anm. zu BAG, in: EzA, § 626 BGB, Ausschlussfrist Nr. 4, Urt. d. BAG v. 29. 7. 1993 – 2 AZR 90/93 –, NJW 1994, 1675–1678 = NZA 1994, 171–175.

⁹ BAG, U. v. 14. 11. 1957 – 2 AZR 57/56 – AP Nr. 39 zu § 1 KSchG.

Kappelhoff, aaO, S. 1360, verweist auf die Ausführungen des BAG dahingehend, dass der Arbeitgeber für sein Entgegenkommen, dass er fristgemäß kündigt, nicht bestraft werden dürfe, mithin die Verdachtskündigung nicht nur in Form der außerordentlichen fristlosen Kündigung zugelassen werden dürfe, sondern auch in der Form der fristgemäßen ordentlichen Kündigung. Eine solche komme insbesondere dann in Betracht, wenn die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB versäumt worden sei (dann kann doch aber von einem Entgegenkommen des Arbeitgebers nicht mehr die Rede sein!).

Das BAG hat sich nicht festgelegt und die Verdachtskündigung noch keiner der in § 1 Abs. 2 KSchG genannten Kündigungstypen zugeordnet, worauf KR-Fischermeier, aaO, § 626, Rz. 211 mit zahlreichen Nachweisen, hinweist. Fischermeier selbst hält den verdachtsbedingten Verlust der Vertrauenswürdigkeit für einen personenbedingten Grund.

¹⁰ Moritz, NJW 1978, 402 ff., gegen Moritz ausdrücklich Lücke, aaO, 1846, und Corts, in: Schliemann, „Das Arbeitsrecht im BGB“, 2. Aufl. 2002, § 626 BGB, Rz. 170 unter Hinweis auf LAG S.-H. v. 12. 4. 1984 – 2 a Ca 252/84 –, BB 86, 104, und mit weiteren Hinweisen.

sen, derzufolge auch der Verdacht, der Arbeitnehmer könne eine strafbare Handlung begangen haben, grundsätzlich einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung bilden könne. Dieser Verdacht müsse objektiv durch Tatsachen begründet und darüber hinaus dringend sein, es müsse eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass der gekündigte Arbeitnehmer die Straftat begangen habe.

Im konkreten Sachverhalt bestand zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruches gegenüber dem Kläger der dringende Verdacht, einen 11-jährigen Jungen unter Drohung mit einem Messer der Freiheit beraubt, auf ein Industriegelände verbracht und dort unter weiteren Drohungen sexuell missbraucht zu haben. Es bestand zudem der dringende Verdacht, der Kläger habe den Jungen anschließend unter erneuter Bedrohung mit dem Messer aufgefordert, am nächsten Tag sich wieder auf dem Gelände einzufinden. Der Kläger befand sich zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung wegen dieses Verdachts in Untersuchungshaft.

Zu diesem Gesichtspunkt führt das Landesarbeitsgericht aus:

„Zudem spricht die Verhängung der Untersuchungshaft dafür, dass bereits von unabhängiger dritter Seite – worauf das Arbeitsgericht zutreffend hinweist – ein schwerwiegender Verdacht zu Lasten des Klägers bejaht wurde.“

An dieser Stelle soll aber noch kurz ergänzt werden, dass die Verdachtskündigung keine Besonderheit der Arbeitsgerichtsbarkeit ist.

Der *Bundesgerichtshof* hat sich in seinem Urteil vom 13. 7. 1956¹⁶, in seinem Urteil vom 25. 2. 1977¹⁷ und in seinem Urteil vom 2. 7. 1984¹⁸ mit diesem Rechtsinstitut befasst und es ebenso wie das *Bundesarbeitsgericht* bejaht.

*Fischermeier*¹⁹ weist darauf hin, dass es eine Divergenz zwischen der Rechtsprechung von BGH und BAG im Hinblick auf den Wiedereinstellungsanspruch gebe. Das *Bundesarbeitsgericht* lasse es zu, dass der Verdacht gegen den Arbeitnehmer im Laufe des Kündigungsschutzprozesses bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz rückwirkend ausgeräumt oder verstärkt werden könne, wobei allerdings die Indiztatsachen im Kündigungszeitpunkt vorgelegen haben müssten. Dies gelte auch für entlastende Umstände, die der Arbeitnehmer bei der Anhörung nicht erwähnt habe. Demgegenüber sei nach Auffassung des *Bundesgerichtshofs* das Vertragsverhältnis der Parteien zunächst wirksam beendet worden. Auch ein gelöstes Dienstverhältnis könne aber nach § 242 BGB noch Nachwirkungen haben. Daher sei der Dienstherr unter Umständen verpflichtet, einen aus Verdachtsgründen entlassenen Dienstverpflichteten weiter zu beschäftigen, wenn er den gegen ihn sprechenden Verdacht entkräfte oder gar seine Unschuld nachweise. Dieser Anspruch bestehe nach der Auffassung des *Bundesgerichtshofs* allerdings erst von dem Zeitpunkt an, in dem der Verdacht ausgeräumt sei.

2. Erheblichkeit der Verdachtshandlung

Eine Verdachtskündigung kommt nur dann in Betracht, wenn die *Verdachtshandlung erheblich* ist.

Der Verdacht muss also auf ein Verhalten des Arbeitnehmers gerichtet sein, das eine fristlose Kündigung rechtfertigt, falls der Verdächtige sich der Tat oder Pflichtverletzung, derer er verdächtigt wird, tatsächlich schuldig gemacht hat²⁰. Als typische Fälle werden genannt solche des Verdachts der strafbaren Handlung gegen den Arbeitgeber, etwa von Schmiergeldzahlungen, des Geheimnisverrats oder der sexuellen Belästigung von Arbeitnehmern. Es müsse zwischen der Verdachtshandlung und der vertraglich

geschuldeten Tätigkeit ein kündigungsrechtlich erheblicher Zusammenhang bestehen²¹.

Diese Problematik war wesentlicher Gegenstand des Rechtsstreits, da von Klägerseite damit argumentiert wurde, dass die Tat, derer der Kläger verdächtigt wurde, außerhalb der Arbeitszeit erfolgt sein solle und ohne Bezug auf das Arbeitsverhältnis sei.

Der Kläger hatte ausgeführt, dass die Behauptung der Beklagten, der Straftatverdacht beeinträchtige den Betriebsfrieden und gefährde Kundenbeziehungen, zu unsubstantiiert sei. Die Befürchtungen der Beklagten basierten ausschließlich auf Vermutungen. Tatsächlich liege vor eine nicht rechtmäßige „doppelte Verdachtskündigung“, die sich beziehe auf den Verdacht der Straftat und Spekulationen bezüglich des Betriebsfriedens. Der Kläger, der in dem Betrieb mit Fragen der Lagerung und Kommissionierung betraut war, trete in keiner Weise unter Bezug zu der Beklagten in der Öffentlichkeit in Erscheinung. Auch innerbetrieblich sei die Situation nicht so wie von der Beklagten dargestellt. Selbst dann, wenn die von der Beklagten geschilderten drastischen Reaktionen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter geäußert worden seien, würden diese nicht zu einer Störung des Betriebsfriedens führen. Bei realistischer Betrachtung sei es vorstellbar, dass allenfalls für eine Übergangsdauer von ein bis zwei Tagen für Gesprächsstoff im Betrieb gesorgt sei, darüber hinaus jedoch nicht.

Damit wurde die wesentliche Frage aufgeworfen, ob der Verdacht sich auf ein schweres, für das *Arbeitsverhältnis erhebliches Fehlverhalten* richtet. Auszugehen ist von dem Grundsatz, dass außerdienstliche strafbare Handlungen auch bei der Erhebung einer Anklage jedenfalls in der Regel die außerordentliche Kündigung nicht begründen können²². Die Straftat war hier eindeutig eine außerbetriebliche – ein betrieblicher Bezug war nur herzustellen über die von der Beklagten zunächst allgemein vorgetragene Unruhe im Betrieb, die später im Laufe des Verfahrens anhand einiger unter Beweis gestellter Äußerungen konkretisiert wurde.

Das *Landesarbeitsgericht* hat darauf hingewiesen, dass die Rechtfertigung einer Kündigung durch außerdienstliches Verhalten oder durch den Verdacht einer außerdienstlichen Straftat eine konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses voraussetze. Es sei zwar zutreffend der Hinweis des Klägers, dass trotz des dringenden Verdachts der schwerwiegenden Straftat Zweifel an seiner Eignung zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung nicht bestünden. Seine Tätigkeit unterscheide sich von jener, die Lehrer, Erzieher oder Jugendpfleger zu erbringen hätten. Hierauf komme es aber nicht an:

„Entscheidend ist nämlich, dass wegen des dringenden Tatverdachts das Arbeitsverhältnis des Klägers deshalb konkret beeinträchtigt wird, weil seine Weiterbeschäftigung im Betrieb der Beklagten zu einer konkreten Gefährdung und Beeinträchtigung des Betriebsfriedens führen würde. Insoweit handelt es sich entgegen der Auffassung des Klägers nicht nur um eine bloße Spekulation, zu vernachlässigende Vermutung oder lediglich abstrakte Gefahr, sondern um eine durch Tatsachen begründete dringende Annahme. Es kommt auch nicht darauf an, ob zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruches der Betriebsfrieden bereits tatsächlich gestört war. Ausreichend ist es, dass aufgrund des dringenden Tatverdachts es erfahrungsgemäß zu einer Störung des Betriebsfriedens bei Weiterbeschäftigung des Klägers gekommen wäre. ...“

Eine Störung des Betriebsfriedens bejahte das *Landesarbeitsgericht* mit folgenden Erwägungen:

„Die Öffentlichkeit und damit auch Belegschaften sind in den letzten Jahren zunehmend sensibilisiert worden für Fälle von Kindesmissbrauch. Die Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass es sich bei der Art dieser Delikte um jene handelt, denen in der Gesellschaft die größte Verwerflichkeit beigemessen wird. Zwar verkennt auch die Berufungskammer ebenso wie das Arbeitsgericht nicht, dass die im Zusammenhang mit dem Verdacht solcher Straftaten abgegebenen Äußerungen häufig überzogen sind. Entscheidend ist aber, dass bei einer Weiterbeschäftigung des Klägers diese Diskussionen und Reaktionen in die Belegschaft und in den Betrieb hineingetragen werden. Es widerspräche jeglicher Lebenserfahrung, wenn man annähme, dass insbesondere bei der Beklagten beschäftigte Mütter und Väter nicht mindestens verbale ablehnende Äußerungen gegenüber dem Kläger tätigen würden. Die Annahme des Klägers, der ihm gegenüber erhobene Tatvorwurf führe allenfalls zu einer Diskussion an ein bis zwei Tagen, ist lebensfremd. Vielmehr musste die Beklagte zum Zeitpunkt der Kündigung angesichts der Schwere des Tatvorwurfs damit rechnen, dass es bei einer Weiterbeschäftigung des Klägers im Betrieb zu massiven Reaktionen innerhalb der Belegschaft kommt. Dies ist nicht lediglich eine Spekulation – wie der Kläger meint –, sondern die aufgrund des ihm gegenüber erhobenen dringenden Tatverdachts naheliegende Annahme.“

²¹ Preis, in: Stahlhacke/Preis/Vossen, „Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis“, 8. Aufl. 2002, Rz. 760 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BAG.

²² MK-Schwerdtner, „BGB“, 3. Aufl. 1997, § 626, Rz. 174, Schaub, aaO, § 130, Rz. 31 mwN, Berkowsky, in: „Münchener Handbuch Arbeitsrecht“ 2000, § 144, Rz. 5.

¹⁶ BGH, Urt. v. 13. 7. 1956 – VI ZR 88/55 –, AP Nr. 1 zu § 242 BGB, Wiedereinstellung.

¹⁷ BGH, Urt. v. 25. 2. 1977 – I ZR 67/75 –, NJW 1977, 1777/1778 = MDR 1977, 647–648.

¹⁸ BGH, Urt. v. 2. 7. 1984 – 2 ZR 16/84 –, WM 1984, 1187.

¹⁹ KR-Fischermeier, aaO, § 626 BGB, Rz. 219/220.

²⁰ völlig herrschende Ansicht:

BAG, Urt. v. 5. 4. 2001 – 2 AZR 217/00, NZA 2001, 837–440 (838) und zuvor bereits

BAG, Urt. v. 4. 6. 1964 – 2 AZR 310/63 –, Schaub, „Arbeitsrechtshandbuch“, 10. Aufl. 2002, § 130, Rz. 74,

KR-Fischermeier, aaO, § 626 BGB, Rz. 213;

anderer Ansicht allerdings:

Isenhardt, aaO, Abschnitt Kündigung, Rz. 367, der aber eventuell nur meint, dass auch Straftaten, bei denen es um geringfügige Beträge geht, kündigungsrechtlich in diesem Sinne erheblich sind.

An späterer Stelle im Urteil heißt es:

„Das dem Kläger vorgeworfene Verhalten stellt – worauf das Arbeitsgericht zutreffend hinweist – eine Zerstörung der Grundübereinstimmung über die Normen des zwischenmenschlichen Umgangs dar. Diese schwerwiegende Verletzung des Kernbereichs der Regeln zwischenmenschlichen Zusammenlebens führt zu erheblichen Diskussionen innerhalb der Belegschaft und Ablehnungen gegenüber dem Kläger. Würde sich die Beklagte in einer solchen Situation schützend vor den Kläger stellen und ihn weiterbeschäftigen, so müsste sie ihrerseits wiederum damit rechnen, kein Verständnis für ihr Vorgehen innerhalb der Belegschaft zu finden. Eine weitere Beeinträchtigung des Betriebsfriedens wäre zu befürchten, weil Unverständnis innerhalb der Belegschaft bestünde über das Verhalten der Beklagten angesichts der Schwere des Vorwurfs. In einem solchen Konflikt muss sich die Beklagte nicht begeben.“

Kündigungsgrund bei der Verdachtskündigung wegen Verdachts strafbaren Verhaltens ist also die Zerstörung des für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderlichen Vertrauens in die Person des Arbeitnehmers durch den Verdacht eines strafbaren bzw. grob pflichtwidrigen Verhaltens. Mit dem betonten Hinweis auf eine Notwendigkeit der Grundübereinstimmung über die Normen des zwischenmenschlichen Umgangs konkretisieren beide Instanzen den Gesichtspunkt des vom Bundesarbeitsgericht in seiner ständigen Rechtsprechung für erforderlich gehaltenen gegenseitigen Vertrauens.

3. Das Anhörungserfordernis

Mit seinem Urteil vom 11. 4. 1985²³ hat das Bundesarbeitsgericht die *Anhörung des verdächtigten Arbeitnehmers* zur Wirksamkeitsvoraussetzung für die Zulässigkeit einer Verdachtskündigung erhoben.

Der Arbeitgeber müsse vor Ausspruch der Kündigung zunächst selbst eine Aufklärung der Verdachtsumstände versuchen. Er müsse sämtlichen möglichen Fehlerquellen nachgehen, um entweder die Unschuld des verdächtigten Arbeitnehmers festzustellen oder aber zu versuchen, konkretes Beweismaterial für das Vorliegen einer strafbaren Handlung zu erhalten. Er müsse alles ihm Zumutbare zur Aufklärung des Sachverhalts tun. Die Anhörung habe im Zuge der gebotenen Aufklärung des Sachverhalts zu erfolgen – dies müsse nicht erst nach Abschluss der sonstigen Aufklärungsbemühungen sein. Sie müsse auch nicht den Anforderungen genügen, wie sie an die Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG gestellt würden. Allerdings reiche es nicht, dass der Arbeitnehmer lediglich mit einer völlig unsubstantiierten Wertung konfrontiert werde. Die Anhörung müsse sich vielmehr auf einen Sachverhalt beziehen, der jedenfalls so weit konkretisiert sei, dass sich der Arbeitnehmer darauf substantiiert einlassen könne. Der Arbeitgeber dürfe auch keine Erkenntnisse vorenthalten, die er im Anhörungszeitpunkt bereits gewonnen habe, weil anderenfalls die Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers unzulässig beschnitten würden. Allerdings müsse der Arbeitgeber den verdächtigten Arbeitnehmer nicht mit Belastungszeugen konfrontieren. Es bestehe auch kein Recht auf Akteneinsicht²⁴.

Die weiteren Anforderungen an die konkreten Gegebenheiten der Anhörung sind – soweit ersichtlich – in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bislang nicht thematisiert worden. Allgemeine Auffassung scheint noch zu sein, dass eine Anhörung nicht unter unzumutbaren Bedingungen erfolgen dürfe. Corts²⁵ nennt unter Hinweis auf die Entscheidung des LAG Köln v. 15. 4. 1997 – 13 (2)Sa 812/96, LAGE BGB, § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 6 – das Beispiel, dass die Anhörung nicht in Anwesenheit von Kunden erfolgen dürfe. Das LAG Schleswig-Holstein hat in einer un veröffentlichten Entscheidung vom 22. 8. 1996 – 6 Sa 686/95 – diesen Gesichtspunkt ebenfalls betont und ausgeführt, dass der

Arbeitgeber dem betroffenen Arbeitnehmer ausreichend Zeit und Gelegenheit lassen müsse, in angemessener Weise Stellung zu nehmen. Es heißt wörtlich:

„... So hätte die Beklagte den Kläger unmittelbar nach dem Vorfall auffordern können, zu einem Personalgespräch in den Betrieb zu kommen, um dort zu den ihm zuvor eröffneten Vorwürfen im Einzelnen Stellung zu nehmen. Der Kläger hätte sich dann auf das Gespräch einrichten und alle ihm wichtig erscheinenden, insbesondere ihn entlastende Gesichtspunkte vortragen können, die bei der Entscheidungsfindung der Beklagten für oder gegen eine Verdachtskündigung berücksichtigt werden müssen. Dies gebietet schon der Grundsatz eines fairen Verfahrens. Der knappe und wohl auch vom „Überraschungseffekt“ geprägte Wortwechsel genügt nach Überzeugung der Berufungskammer dem nicht. Bei aller gebotenen Eile, mit der der Arbeitgeber in der Regel zur Aufklärung verpflichtet sein wird, wäre hierfür auch unter Beachtung der Fristen des § 626 Abs. 2 BGB ausreichend Zeit gewesen.“

Insoweit enthält der konkrete Sachverhalt eine Besonderheit:

Bei Einleitung des Kündigungsverfahrens befand sich der Arbeitnehmer in Untersuchungshaft. Er äußerte sich im erstinstanzlichen Verfahren nicht. Während des Laufs des erstinstanzlichen Verfahrens erhob die Staatsanwaltschaft Anklage. Im zweitinstanzlichen Verfahren wurde erstmals in der Berufungsverhandlung behauptet, „der Junge sei freiwillig mitgekommen und er habe ihn nicht mit einem Messer bedroht.“ Demgegenüber hatte die Beklagte sich berufen auf die Ausnahmetatbestände bei dem Anhörungserfordernis. Sie hatte vor dem Hintergrund des Urteils des LAG Düsseldorf vom 13. 8. 1998²⁶ von einer Anhörung des in Untersuchungshaft befindlichen Arbeitnehmers Abstand genommen.

Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein sieht die *unterbliebene Anhörung des in der Untersuchungshaft befindlichen Arbeitnehmers als unschädlich* an unter Verweis auf die Ausführungen des Arbeitsgerichts, in denen es u.a. heißt:

„Die Kündigung ist nicht unwirksam, weil die Beklagte den Kläger vor Ausspruch der Kündigung nicht zu den erhobenen Vorwürfen angehört hat. Da der Kläger sich in Untersuchungshaft befunden hat, wäre für die Beklagte die Durchführung einer Anhörung unter Beachtung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB schwerlich durchführbar. Zudem spricht die Tatsache der Verhängung der Untersuchungshaft dafür, dass bereits von unabhängiger dritter Seite ein schwerwiegender Verdacht bejaht worden ist. Zudem ist zu Lasten des Klägers zu berücksichtigen, dass dieser bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht keine Stellungnahme zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen gegenüber dem Gericht oder der Beklagten abgegeben hat. Eine Anhörung vor Ausspruch der Kündigung wäre damit eine reine Förmerei gewesen.“

Mit dieser Wertung wird zum einen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gefolgt, dass den Arbeitgeber dann kein Verschulden an einer fehlenden Anhörung trifft, wenn der Arbeitnehmer von vornherein nicht bereit sei, sich zu den Verdachtsgründen substantiiert zu äußern. Diese fehlende Mitwirkungsbereitschaft könne sich auch aus einem späteren Verhalten des Arbeitnehmers ergeben²⁷. Zum anderen wird die Auffassung des LAG Düsseldorf bekräftigt, dass eine Anhörung des in Untersuchungshaft befindlichen Arbeitnehmers nicht erforderlich ist und insoweit auch auf die Probleme, die bei einer derartigen Anhörung die Frist des § 626 Abs. 2 BGB bereiten würde, hingewiesen.

Das Fristargument ist zwar lebensnah, aber angreifbar. Ihm könnte durch eine Annahme einer Hemmung der Frist während des Versuchs einer Anhörung auch im Rahmen einer Untersuchungshaft Rechnung getragen werden. Allerdings könnte dies zu erheblichen Verzögerungen führen und Schwierigkeiten bereiten, den Fristablauf nachvollziehbar zu bestimmen. Im Ergebnis ist der Begründung des Landesarbeitsgerichts daher zuzustimmen.

Zutreffend erscheint vor allem das inhaltliche Argument, dass unter den Umständen der Untersuchungshaft nicht damit zu rechnen sei, dass sich unter diesen Voraussetzungen Anhaltspunkte für eine andere Entscheidung des Arbeitgebers ergeben könnten. Das LAG Düsseldorf hat dies in seinem oben genannten Urteil vom 13. 8. 1998 damit begründet, dass es gem. § 112 Abs. 1 S. 1 StPO zur Anordnung der Untersuchungshaft neben eines Haftgrundes nach Abs. 2 dieser Vorschrift eines dringenden Tatverdachts bedürfe, welcher auf Grund richterlicher Entscheidung festzustellen sei. Dann aber sei der Arbeitgeber von einer Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch der Verdachtskündigung entbunden, da nicht damit zu rechnen sei, dass unter derartigen Voraussetzungen veränderte Gesichtspunkte auftauchen könnten, die zu einer Revision der beabsichtigten Entscheidung des Arbeitgebers Anlass geben könnten.

²³ BAG, Ur. v. 11. 4. 1985 – 2 AZR 239/84 –, NJW 1986, 3159–3161 = NZA 1986, 674–677,

und etwa BAG, Ur. v. 13. 9. 1995 – 2 AZR 587/94, NJW 1996, 540–543 = NZA 1996, 81–84,

und BAG, Ur. v. 5. 4. 2001 mwN (s. Fußnote 4).

²⁴ vgl. insoweit auch KR-Fischermeier, aaO, § 626 BGB, Rz. 214, und Corts, in: Schliemann, „Das Arbeitsrecht im BGB“, aaO, Rz. 177/178, jeweils mwN

²⁵ Corts, in: Schliemann, „Das Arbeitsrecht im BGB“, aaO, Rz. 178,.... So hätte die Beklagte den Kläger unmittelbar nach dem Vorfall auffordern können, zu einem Personalgespräch in den Betrieb zu kommen, um dort zu den ihm zuvor eröffneten Vorwürfen im Einzelnen Stellung zu nehmen. Der Kläger hätte sich dann auf das Gespräch einrichten und alle ihm wichtig erscheinenden, insbesondere ihn entlastende Gesichtspunkte vortragen können, die bei der Entscheidungsfindung der Beklagten für oder gegen eine Verdachtskündigung berücksichtigt werden müssen. Dies gebietet schon der Grundsatz eines fairen Verfahrens. Der knappe und wohl auch vom „Überraschungseffekt“ geprägte Wortwechsel genügt nach Überzeugung der Berufungskammer dem nicht. Bei aller gebotenen Eile, mit der der Arbeitgeber in der Regel zur Aufklärung verpflichtet sein wird, wäre hierfür auch unter Beachtung der Fristen des § 626 Abs. 2 BGB ausreichend Zeit gewesen.“

²⁶ LAG Düsseldorf, Ur. v. 13. 8. 1998 – 13 Sa 345/98; NZA-RR 1999, 640/641.

²⁷ BAG, Ur. v. 30. 4. 1987 – 2 AZR 283/86 –, NJW 1987, 2540 = NZA 1987, 699–700.

Angesichts der Tatsache, dass grundsätzlich die Anhörung des Arbeitnehmers als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung gesehen wird, liegt hier aber ein Problemfeld.

4. Interessenabwägung

Auch bei der Verdachtskündigung ist eine *Interessenabwägung* erforderlich. Es muss nach Sachverhaltsaufklärung, wenn diese einen schweren Verdacht gegen den Arbeitnehmer bestätigt hat, überprüft werden, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zugemutet werden kann²⁸. An dieser Stelle ist der Ort, die *Persönlichkeit und die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb* zu berücksichtigen.

Im konkreten Sachverhalt war dies von erheblicher Bedeutung, da der Kläger zum einen darauf hingewiesen hatte, dass er mit Kunden gar nicht und mit anderen Mitarbeitern aufgrund seiner Tätigkeit nur in geringem Umfang in Berührung komme und der Kläger auch bereits 25 Jahre im Betrieb beschäftigt war. Gleichwohl hat das Landesarbeitsgericht „angesichts der Schwere des Vorfalls und der damit einhergehenden zu erwartenden erheblichen Beeinträchtigung des Betriebsfriedens bei Weiterbeschäftigung des Klägers“ angenommen, dass die Interessenabwägung zu Lasten des Klägers ausfalle. Es hat ergänzend Bezug genommen auf die Erwägung des Arbeitsgerichts, es habe sich bei der Tat, deren der Kläger verdächtigt werde, nicht um eine spontane Tat gehandelt, sondern der Kläger habe zudem alle Vorkehrungen dazu getroffen, am Folgetag den sexuellen Missbrauch an dem minderjährigen Jungen fortzusetzen, was den Vorfall besonders verwerflich erscheinen lasse.

Aus diesem Grunde haben beide Instanzen die ausgesprochene fristlose Kündigung bestätigt, ohne dass es auf die hilfsweise ausgesprochene fristgemäße Verdachtskündigung noch angekommen ist.

5. Betriebsratsanhörung

Letztlich war die Frage der *Betriebsratsanhörung* in dem Rechtsstreit von Bedeutung. Hierüber wurde erstinstanzlich eine Beweisaufnahme durchgeführt durch Vernehmung des amtierenden Betriebsratsvorsitzenden.

Zum Zeitpunkt der Anhörung hatte die Beklagte Kenntnis von dem Vorfall durch Zeitungsberichte, einer kurzen Nachricht des Sohnes des Klägers über die Untersuchungshaft des Klägers und die Bestätigung dieser Tatsache durch einen Anruf bei der Polizei. Diese Informationen hatte die Beklagte dem Betriebsrat vorgelegt. Im Anhörungsschreiben war hingewiesen worden auf den Verlust des Vertrauens und die befürchtete Störung des Betriebsfriedens. Der Kläger hatte gerügt, dass dies nicht ausreichend sei.

Das Landesarbeitsgericht ist (wie bereits die Vorinstanz nach Beweisaufnahme) dem nicht gefolgt:

„Die Anhörung des Betriebsrates ist auch inhaltlich nicht zu beanstanden. Wenn der Kläger rügt, der Betriebsrat sei nur ohne konkrete Hinweise auf Äußerungen von Kollegen unsubstantiiert zur angeblichen Beeinträchtigung des Betriebsfriedens angehört worden, so trägt dieser Einwand nicht. Denn entscheidend ist, dass angesichts der Schwere des Tatvorwurfs eine konkrete Beeinträchtigung des Betriebsfriedens nach der Lebenserfahrung zu erwarten war und auf der Hand lag. Einer konkreten Darlegung einzelner Vorfälle bedurfte es daher nicht. Die Beklagte hat die Kündigung ausgesprochen und insoweit den Betriebsrat angehört, weil sie subjektiv – aber auch aus den dargelegten Gründen objektiv begründet – die empfindliche Beeinträchtigung des Betriebsfriedens befürchtete.“

Dies war Inhalt der Anhörung des Betriebsrates – subjektive Determination –. Die Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass die späteren Beispiele lediglich eine Erläuterung und Konkretisierung des Kündigungsgrundes waren.“

Der etwas knappe Hinweis mit dem Stichwort „*subjektive Determination*“ bedarf einer kurzen Erläuterung. Das Bundesarbeitsgericht geht in ständiger Rechtsprechung²⁹ davon aus, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat nur diejenigen Gründe mitteilen müsse, die nach seiner subjektiven Sicht die Kündigung rechtfertigen und für seinen Kündigungsentschluss maßgebend seien. Dies wird abgeleitet aus dem Wortlaut des § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG:

„Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen.“

²⁸ so etwa BAG, Ur. v. 5. 4. 2001 – 2 AZR 217/00 (s. Fußnote 4) – und schon BAG, Ur. v. 4. 6. 1964 – 2 AZR 310/63 –, NJW 1964, 1918.

²⁹ BAG, Ur. v. 24. 2. 2000 – 8 AZR 167/99 –, NZA 2000, 764–768 = DB 2000, 1420–1422 mit Nachweisen aus seiner Rechtsprechung, vgl. hierzu auch Kittner, aaO, § 102 BetrVG, Rz. 72–84.

Der Arbeitgeber kann entscheiden, ob er einen bestimmten Lebenssachverhalt als Grundlage für eine Kündigung nehmen will oder nicht. Nur die Gründe, auf die er die Kündigung stützen will, muss er für ein ordnungsgemäßes Anhörungsverfahren mitteilen. Wenn der Arbeitgeber aber objektiv kündigungsrechtlich erhebliche Tatsachen dem Betriebsrat nicht mitteilt, so kann er in einem Kündigungsschutzprozess diese Tatsachen, zu denen der Betriebsrat nicht angehört wurde, nicht als Gründe nachschieben. Gestattet ist allerdings die Erläuterung des bereits mitgeteilten Sachverhalts.

Die Abgrenzung zwischen Erläuterung eines bereits mitgeteilten Sachverhalts durch weitere Tatsachen und dem Einführen neuer Gründe kann durchaus problematisch sein, sodass aus Sicht des kündigenden Arbeitgebers zu empfehlen ist, möglichst umfassend anzuhören.

6. Abschließende Bemerkungen

Abschließend soll auf Folgendes hingewiesen werden:

Die Kündigungsschutzklage ging im vorliegenden Fall beim Arbeitsgericht am 24. 8. 2001 ein, dessen Urteil nach Beweisaufnahme am 29. 11. 2001 verkündet wurde. Das Berufungsurteil erging auf die mündliche Verhandlung vom 18. 6. 2002. Der Rechtsstreit war also in knapp zehn Monaten durch zwei Instanzen gegangen. Beide Instanzen haben also das Beschleunigungsgebot des § 61 a Abs. 1 ArbGG³⁰, nach dessen Inhalt Verfahren in Rechtsstreitigkeiten über das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses vorrangig zu erledigen sind, ernst genommen.

Zwei Tage nach der Verkündung des zweitinstanzlichen Urteils begann vor dem zuständigen Landgericht die Hauptverhandlung gegen den Kläger. Der Kläger wurde zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt³¹. Die Beklagte hatte während des gesamten Verfahrens keine weiteren Informationen außer denen, die der Presse zu entnehmen waren. Ein Zugriff auf die staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsakten bestand nicht.

Bei dieser Sachlage hätte eine Kündigung wegen begangener Straftat (Tatkündigung) erhebliche Risiken geboten, allenfalls wäre zu denken gewesen an eine derartige Kündigung und eine hilfsweise auf den Verdacht gestützte Kündigung (unter Beachtung der Notwendigkeit, dies auch bei der Betriebsratsanhörung deutlich zum Ausdruck zu bringen).

Eine Kündigung wegen Untersuchungshaft und der damit verbundenen Unmöglichkeit, den Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag nachzukommen, kam nicht in Betracht, da der Kläger zum einen während des Verfahrens aus der Untersuchungshaft entlassen wurde und zum anderen Strafhaft und Untersuchungshaft zwar grundsätzlich eine personenbedingte Kündigung, je nach Art und Ausmaß der betrieblichen Auswirkungen auch eine außerordentliche Kündigung, rechtfertigen können, aber nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen sein soll, welche voraussetzliche Dauer der Haft zu kündigungsrelevanten betrieblichen Beeinträchtigungen führt³². Jedenfalls hätte eine derartige Kündigung mit hinreichender „Erfolgsaussicht“ erst einige Monate nach Bekanntwerden der Tat, sicherlich dann aber nach rechtskräftiger Verurteilung erfolgen können³³. Bis dahin hätte das Arbeitsverhältnis fortbestanden, nach Entlassen des Klägers aus der Untersuchungshaft und der damit verbundenen Möglichkeit des Klägers, die Arbeit wieder aufzunehmen, hätte sich für die Beklagte das Problem der Entgeltfortzahlung auch dann gestellt, wenn sie den Kläger zur Vermeidung von Unruhe im Betrieb freigestellt hätte.

³⁰ Die Vorschrift gibt den Parteien des Rechtsstreites aber keine Erzwingungsrechte auf Prozessförderung, sie ist aus einer Reihe von Gründen auf erhebliche Kritik gestoßen – vgl. Gernelmann u.a. „Arbeitsgerichtsgesetz“, 4. Aufl. 2002, § 61 a, Rz. 2 und 22.

³¹ so die telefonische Auskunft der Staatsanwaltschaft.

³² KR-Eztel, aaO, § 1 KSchG, Rz. 317 mwN.

³³ Nach BAG, Ur. v. 15. 11. 1984 – 2 AZR 613/83 –, NJW 1986, 342–344 = NZA 85, 661–663, kann die Verbüßung einer Straftat durch den Arbeitnehmer einen personenbedingten Kündigungsgrund dann darstellen, auch in der Form der außerordentlichen Kündigung, wenn zumutbare Überbrückungsmaßnahmen nicht bestehen. Die Grundsätze der personenbedingten Kündigung hinsichtlich der Negativprognose, des Grades der Beeinträchtigungen der betrieblichen Interessen und der Interessenabwägung seien auch insoweit anzuwenden, wenn auch nicht mit den strengen Maßstäben wie bei der krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung. Es käme dann u. a. auf die Frage einer „unzumutbaren Belastung für den Arbeitgeber“ an. Mit diesem Gesichtspunkt hat sich das LAG im Rahmen der betrieblichen Auswirkungen auseinander gesetzt.

Die Kritiker am Rechtsinstitut der Verdachtskündigung halten dies für eine von der Arbeitgeberseite hinzunehmende Konsequenz.

Däubler³⁴ führt etwa aus:

„... Im Normalfall des nicht auf die Person zugeschnittenen Arbeitsverhältnisses muss sich der Arbeitgeber entscheiden. Entweder hält er die Existenz der Straftat oder der sonstigen Verfehlung für mehr oder weniger gesichert, so kann er kündigen. Deutet das Gericht dann einen etwas anderen Standpunkt an, wird er einen Abfindungsvergleich schließen. Geht er – so die gegenteilige Variante – davon aus, dass der Verdacht vielleicht doch nicht berechtigt sei, muss er auf Sanktionen verzichten. Er kann lediglich Vorkehrungen dagegen treffen, dass es in Zukunft entsprechende Vorfälle gibt. Damit ist seinen Interessen ausreichend Rechnung getragen. Wollte man anders entscheiden, so hätte dies zur Folge, dass der Arbeitgeber die Straftat bzw. die Verfehlung als den eigentlichen Anlass der Kündigung nicht mehr voll beweisen müsste, sondern sich mit Indizien begnügen könnte, die der Arbeitnehmer zu widerlegen hätte (ebenso die später aufgehobene Entscheidung LAG Bremen 23. 4. 1976, BB 1976, 1560). Insoweit kommt es gar nicht darauf an, ob Art. 6 Abs. 2 MRK verbietet, negative Rechtsfolgen allein an das Vorliegen eines Verdachts zu knüpfen ... Eine beträchtliche Mindermeinung lehnt deshalb die Verdachtskündigung generell ab ...“

Der Satz: „Deutet das Gericht dann einen etwas anderen Standpunkt an, wird er einen Abfindungsvergleich schließen“ ist schwer verständlich. Es steht nicht im Ermessen des Arbeitgebers, einen Abfindungsvergleich zu schließen – bekanntlich bedarf es dazu der Zustimmung des Arbeitnehmers, die in vielen Fällen dann nicht erteilt werden wird, wenn das Gericht, und davon geht Däubler in seiner Kommentierung aus, einen dem Arbeitgeber ungünstigen Standpunkt andeutet. Vorkehrungen gegen Wiederholungssachverhalte sind bei Sachverhalten wie dem hier vorliegenden nicht möglich. Man mag entgegen halten, dass der Kommentator vielleicht nur direkt im Betrieb geschehene Vorfälle für eine derartige Kündigung ausreichen lassen will. Ob damit den zu berücksichtigenden Interessen des Arbeitgebers wirklich „ausreichend Rechnung getragen“ wird, muss aber bezweifelt werden.

Das Bundesarbeitsgericht hat mit seinem Hinweis im Zusammenhang mit der Erörterung zu Art. 6 Abs. 2 EMRK, dass ohne die Verdachtskündigung dem Arbeitgeber bis zu einer strafrechtlichen Verurteilung keine Kündigungsmöglichkeit bliebe und der Arbeitgeber auf den begründeten Verdacht einer strafbaren Handlung nur mit einer zulässigen Suspendierung des Arbeitnehmers reagieren könne, was diesem im Ergebnis eine bezahlte Freistellung bis zum Abschluss des Strafverfahrens verschaffen würde³⁵, zutreffenderweise verdeutlicht, dass es hier eine andere Auffassung vertritt.

Im Ergebnis ist der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die an der Verdachtskündigung stets festgehalten hat, zuzustimmen. Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein hat diese Vorgaben auch mit Bestätigung des Urteils der Vorinstanz nachvollziehbar und richtig umgesetzt.

Dass bei jeder Verdachtskündigung ein Unbehagen bleibt, steht außer Frage. Dem insoweit nachvollziehbaren Ansatz der Kritik sollte durch strenge Beachtung der Vorgaben der Rechtsprechung und einer weiteren Konkretisierung eines Wiedereinstellungsanspruches einschließlich einer etwaigen Abfindungszahlung für den (schuldlosen) Arbeitnehmer bei nicht möglicher Realisierung des Wiedereinstellungsanspruches nach den Grundsätzen des §§ 9, 10 KSchG begegnet werden.

Es ist richtig, dass die Verdachtskündigung keine Strafe ist und in ihr auch kein Schuldvorwurf und kein Unwerturteil liegt³⁶. Genauso zutreffend ist es aber, dass dieser Sachverhalt nicht nur von dem betroffenen Arbeitnehmer, sondern auch von fast allen Nichtjuristen anders empfunden wird.

Der den Kündigungsgrund darstellende Verlust des Vertrauens aus objektiven Gründen muss auch die Möglichkeit geben, ein Arbeitsverhältnis zu beenden, da eine sinnvolle Zusammenarbeit bei einem derartigen Verlust des Vertrauens nicht mehr möglich ist. Wenn aber unter Berücksichtigung dieser Gegebenheiten sich später herausstellt, dass der Verdacht – ohne dass der Arbeitnehmer hieraus durch eigene ihm vorwerfbare Handlungen mitgewirkt hat – unbegründet war, so ist das Zuerkennen eines Wiedereinstellungsanspruches dann nicht ausreichend, wenn dieser nicht realisiert werden kann, weil der Arbeitsplatz bereits besetzt ist und nicht im Rahmen des Direktionsrechtes oder der Versetzung frei gemacht werden kann. In vielen Fällen wird diese Situation gegeben sein. Konsequenterweise erscheint es dann nur, wenn entweder eine Kündigungsverpflichtung und damit korrespondierend ein Freikündigungsrecht des Arbeitgebers im Hinblick auf den wieder besetzten Arbeitsplatz zugestanden wird oder ein Abfindungsanspruch für den Arbeitnehmer³⁷.

Am konsequentesten mag in den Fällen, in denen der Verdacht gegen den Arbeitnehmer vollständig ausgeräumt wurde, eine Durchsetzung des Wiedereinstellungsanspruches durch Freikündigung des wieder besetzten Arbeitsplatzes sein. Allerdings wird in vielen Fällen durch die Belastungen und Verletzungen, die eine Verdachtskündigung mit sich bringt, insbesondere für den betroffenen Arbeitnehmer, davon ausgegangen werden müssen, dass ein gedeihliches Miteinander nicht mehr zu erreichen ist. Die Situation ist der in § 9 Abs. 1 KSchG geregelten Sachlage im Hinblick auf die dort angesprochenen Zumutbarkeitsabwägungen bzw. Erwägungen zu einer den Betriebszwecken dienlichen weiteren Zusammenarbeit vergleichbar – ohne dass hier der Ausgangspunkt des § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG gegeben ist, also die Feststellung des Gerichts, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Der dieser gerichtlichen Feststellung inhaltlich entsprechende Ansatzpunkt ist vielmehr der vom Bundesarbeitsgericht zugewilligte Wiedereinstellungsanspruch. Nicht fern liegt auch eine – analoge – Anwendung des Aufopferungsgedankens³⁸.

Insgesamt zeigt die Praxis, dass – aller Kritik zum Trotz – das Rechtsinstitut der „Verdachtskündigung“ benötigt wird und der Anforderung Joachims, „das Scheusal Verdachtskündigung in die Wolfsschlucht“ zu werfen³⁹, daher nicht zu folgen ist. Nach Auffassung des Verfassers ist gerade der vom Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein entschiedene Sachverhalt, bei dem sich die Frage des Wiedereinstellungsanspruches nicht stellt, ein Beispiel hierfür. Wenn man aber diesen Ausgangspunkt mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts akzeptiert, kann nicht geäußert werden, dass trotz aller strengen Voraussetzungen an die Verdachtskündigung im Einzelfall ein Unschuldiger getroffen werden kann. Unter Verdacht kann jeder, auch der Redlichste, geraten. Dann darf eine Rehabilitations- oder Ausgleichsmaßnahme nicht „Papier“ bleiben. Dies wäre aber der Fall, wenn ein Wiedereinstellungsanspruch scheiterte, ohne dass dies zu einer Abfindungszahlung führte. Unbillig ist ein solches Ergebnis auch für die Arbeitgeberseite nicht, da diese in Kenntnis der Problematik einer Verdachtskündigung von dieser Gebrauch gemacht und bei unsicherer Tatsachengrundlage eine Kündigung ausgesprochen hat⁴⁰.

³⁷ vgl. hierzu Fußnote 15.

³⁸ Insoweit ist Zwanziger, BB 97, 42–46, zuzustimmen.

³⁹ s. Joachim, Fußnote 7.

⁴⁰ zutreffend Ricken, NZA 1998, 460–465, so auch – ohne weitere Begründung – Berkowsky, NZA-RR 2001, 449–461 mwN.

II. Amtliche Veröffentlichungen

Ungültigkeitserklärung des Amtssiegels eines Notars

Bek. d. MJF vom 5. Dezember 2003 – II 442/5413 E – 487 – (SchIHA 2003, S. 293)

Bei dem Notar Harro Löble in Lübeck ist ein Amtssiegel (Lack-siegel als Prägesiegel) entwendet worden. Das Siegel hat einen

Durchmesser von 35 mm. In der Mitte des runden Siegels ist das Landeswappen abgebildet. Um das Wappenschild steht die Inschrift „HARRO LÖBLE • NOTAR IN LÜBECK •“. Das Siegel hat keine Kennziffer.

Das entwendete Amtssiegel wird für ungültig erklärt.

III. Personalnachrichten

MJF

Eintritt in den Ruhestand: Ministerialrat *Götz Teichmann-Mackenroth*, Oberamtsrat *Jochen von Renner*, Ministerium für Justiz, Frauen, Jugend und Familie.

Gerichte

Ernannt: Zur Richterin am Landgericht: Richterin *Sabine Henkelkes*, Landgericht Lübeck.

Richterin auf Probe *Isabel Hildebrandt*, Landgericht Itzehoe.

Zum Richter am Landgericht: Richter auf Probe *Klaus Emmermann*, Landgericht Itzehoe, z. Z. abgeordnet an das Ministerium für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein.

Richter auf Probe *Dr. Claas Leplow*, Landgericht Lübeck.

Zum Richter am Amtsgericht: Richter auf Probe *Bodo Hasselder*, Amtsgericht Bad Schwartau, z. Z. abgeordnet an das Arbeitsgericht Lübeck.

Zum Justizoberamtsrat: Justizamtsrat *Jörns Oewerdieck*, Amtsgericht Schwarzenbek.

Zur Justizamtsrätin: Die Justizamtsfrauen *Ingrid Madsen*, Amtsgericht Schleswig; *Maria Mellenthin*, Amtsgericht Flensburg.

Zum Justizamtsrat: Die Justizamtsmänner *Walter Feddersen*, Amtsgericht Husum; *Hans-Jürgen Hansen*, Amtsgericht Niebüll.

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Maike Witt*, Landgericht Itzehoe.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *Frank Splieth*, Amtsgericht Elmshorn.

Zur Justizobersekretärin: Justizsekretärin *Anke Schumann*, Amtsgericht Kiel.

Zur Justizsekretärin: Justizsekretärin z. A. *Birte Kühl*, Amtsgericht Bad Segeberg.

Versetzt: Justizamtsmann *Jörg Hansen*, von dem Amtsgericht Schleswig an das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht Schleswig.

Versetzung in den Ruhestand: Justizoberamtsrat *Klaus Pander*, Landgericht Lübeck; Justizamtsmann *Manfred Leckzut*, Amtsgericht Rendsburg; Justizamtsinspektorin *Annelie Staeck*, Amtsgericht Flensburg; Obergerichtsvollzieher *Hans-Joachim Wolf*, Amtsgericht Bad Segeberg.

Staatsanwaltschaften

Ernannt: Zur Staatsanwältin: Die Richterinnen auf Probe *Kerstin Böttcher*, *Ina Nentwig*, Staatsanwaltschaft Lübeck;

Zum Justizobersekretär: Justizsekretär *Uwe Schimpfen*, Staatsanwaltschaft Kiel.

Zum Justizhauptwachmeister: Justizoberwachmeister *Valentin Guschakowski*, Staatsanwaltschaft Kiel.

Vollzugsanstalten

Ernannt: Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Kirstin Bruhn Meierkord*, Justizvollzugsanstalt Neumünster.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *Helmut Richter*, Justizvollzugsanstalt Neumünster.

Zum Justizinspektor: Justizamtsinspektor *Martin Caspers*, Jugendanstalt Schleswig.

Zur Justizhauptsekretärin: Die Justizobersekretärinnen *Susanne Kolbe*, Justizvollzugsanstalt Kiel; *Tina Schröder-Gattus*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; *Andrea Traulsen*, Jugendanstalt Schleswig.

Zum Justizhauptsekretär: Die Justizobersekretäre *Peter Amberg*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; *Michael Dobbrunz*, Jugendanstalt Schleswig; *Frank Dudek*, Justizvollzugsanstalt Kiel; *Jörg Grümmert*, Justizvollzugsanstalt Flensburg; *Andreas Haake*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; *Frank Jensen*, *Norbert Jensen*, Jugendanstalt Schleswig; *Achim Kiehl*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; *Olaf Lange-Gottschalk*, Jugendanstalt Schleswig; *Torsten Rohloff*, Justizvollzugsanstalt Flensburg; *Frank Waldmann*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; *Jörg Wernicke*, Justizvollzugsanstalt Kiel.

Zur Justizobersekretärin: Die Justizobersekretärinnen z. A. *Anja Bouchard*, Justizvollzugsanstalt Flensburg; *Daria Kowalik*, Justizvollzugsanstalt Neumünster.

Zum Justizobersekretär: Die Justizobersekretäre z. A. *Thorsten Clausen*, *Ralf Carstensen*; Justizvollzugsanstalt Kiel *Thomas Darius*, Jugendanstalt Schleswig; *Jens Hermann*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; *Thorsten Jähne*, *Heiko Kreft*, Justizvollzugsanstalt Kiel; *Jörg Rathmann*, Justizvollzugsanstalt Flensburg *Stefan Sick*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; *Thomas Spiekermann*, Justizvollzugsanstalt Kiel; *Detlef Storck*, Justizvollzugsanstalt Flensburg.

Versetzt: Justizoberinspektor *Kai Lausmann*, von der Justizvollzugsanstalt Neumünster an die Jugendanstalt Schleswig.

Versetzung in den Ruhestand: Die Justizhauptsekretäre *Wolfgang Kohn*, Justizvollzugsanstalt Itzehoe; *Dieter Landsberger*, Justizvollzugsanstalt Kiel.

Eintritt in den Ruhestand: Die Justizamtsinspektoren *Klaus Koschinski*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; *Klaus Müller*, Justizvollzugsanstalt Flensburg; *Reinhard Schulz*, Justizvollzugsanstalt Kiel; *Karl Sevenich*, Justizvollzugsanstalt Lübeck.

Notare

Aus dem Amt als Notar entlassen: Rechtsanwalt *Tim Michelsen*, Mölln.

Verstorben: Die Rechtsanwälte *Franz Bündgens*, Kiel; *Michael Stanitzke*, Neumünster.

Die Große Juristische Staatsprüfung

bestanden im Monat Oktober 2003 *Alexandra Böttge*, Eutin; *Boris Krafzik*, Strande; *Axel Schumann*, Flensburg; *Marcus Rogge*, Kiel; *Insa Fuhrmann*, Klausdorf; *Sönke Runge*, Lübeck; *Oliver Laue*, Kiel; *Birgit Feuersenger*, Hamburg; *Fabian Siegler*, Ellerau; *Katja Hasecker*, Hamburg; *Caren Strohfeldt*, Schinkel; *Jörn Schauermann*, Kiel.

IV. Ausschreibungen

1. Bek. d. MJF v. 2. Dezember 2003 – II 401/5112 Ea – 1681 – (SchlHA 2003 S. 294)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von:

1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Lübeck

1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Meldorf

1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Staatsanwältin oder einen Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Ich behalte mir vor, die durch die unbeschränkte Ausschreibung eingeleiteten Auswahlverfahren zur Besetzung von Planstellen im höheren Justizdienst nach Kenntnis des Bewerberfeldes im Hin-

blick auf die aktuelle Personalsituation im Lande auf Bewerbungen schleswig-holsteinischer Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte zu beschränken.

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung schwer behinderter Menschen ein. Daher werden schwer behinderte Bewerberinnen und Bewerber bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung und im Justizdienst zu erreichen. Frauen werden bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Allgemeine Verfügung vom 9. September 1970 – SchlHA S. 206 – in Ver-

bindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchlHA 1972 S. 22 –. Bewerbungen werden erbeten bis zum 31. Januar 2004.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatanschrift.

2. Bek. d. MJF v. 2. Dezember 2003 – II 401/5112 Ea – 1681 – (SchlHA 2003 S. 295)

Beim Landesrechnungshof Schleswig-Holstein in Kiel ist zum nächstmöglichen Zeitpunkt für drei Jahre die Besetzung

1 Stelle der BesGr. A 10 BBesO mit einer Justizoberinspektorin oder einen Justizoberinspektor als Prüferin oder Prüfer vorgesehen. Bei entsprechender Leistung ist eine Beförderung zur Justizamtfrau oder zum Justizamtmann möglich. Die Besetzung soll im Wege der Abordnung erfolgen.

Aufgaben der Prüferin oder des Prüfers sind die Prüfungen im Geschäftsbereich der Justiz des Ministeriums für Justiz, Frauen, Jugend und Familie.

Die Bewerberin oder der Bewerber sollte mehrere Jahre Berufserfahrung und überdurchschnittliche Beurteilungen aufweisen. Unverzichtbar sind neben einem hohen Maß an Leistungs-

bereitschaft die Fähigkeit, sich rasch in wechselnde Aufgaben und Probleme einzudenken und die Auffassung in Wort und Schrift überzeugend darzustellen zu können. Eine ausgeprägte Kommunikations- und Teamfähigkeit werden ebenso erwartet wie die Befähigung zur eigenständigen Arbeitsweise und zum kreativen Denken. Die Bewerberin oder der Bewerber muss eine sehr gute Auffassungsgabe und Urteilsfähigkeit besitzen. Wünschenswert sind Kenntnisse auf dem Gebiet des Haushaltsrechts und der Haushaltsabwicklung sowie EDV-Kenntnisse. Die Bereitschaft zur Durchführung von Dienstreisen wird vorausgesetzt.

Der Landesrechnungshof Schleswig-Holstein setzt sich für die Beschäftigung schwer behinderter Menschen ein. Schwer behinderte Bewerberinnen und Bewerber werden deshalb bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt. Auf die mit der Prüfungstätigkeit verbundenen besonderen Belastungen (wie z. B. häufige und längere Dienstreisen) wird hingewiesen.

Der Landesrechnungshof ist bestrebt, den Anteil der Frauen im Prüfungsdienst zu erhöhen und fordert deshalb entsprechend qualifizierte Frauen ausdrücklich auf, sich zu bewerben.

Bewerbungen mit tabellarischem Lebenslauf, ausführlichem beruflichen Werdegang, Zeugnissen, Beurteilungen und neuem Lichtbild werden bis zum 20. Januar 2004 an den Präsidenten des Landesrechnungshofs Schleswig-Holstein, Hopfenstraße 30, 24103 Kiel, erbeten.

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

BGB §§ 164, 173, 675

- 1. Dass die vom Kläger behauptete Vollmachtserteilung außerhalb seines Wahrnehmungsbereichs liegt, ändert nichts daran, dass er diese für ihn günstige Voraussetzung des Anspruches darlegen und beweisen muss. Für eine Beweislastumkehr ist kein Raum.**
- 2. Der Umstand, dass der Kläger erst nach Beginn seiner anwaltlichen Tätigkeit für den Beklagten über Dritte Kenntnis erhalten hat, dass die vermeintliche Vertreterin in einer anderen Angelegenheit die Verhandlungen für den Beklagten geführt hat, begründet keinen Rechtschein dafür, dass in konkreten Fall eine Vollmacht für die Mandatierung bestand.**

AG Pinnberg, Urteil vom 10. Januar 2003, – 66 C 228/02 –, Dr. Hi.

Der Kl. begehrt vom Bekl. Zahlung von Rechtsanwaltsgebühren.

Der Bekl. ist ein bekannter Profifußballer. Anfang Juni 2002 stand er in einem Vertragsverhältnis mit dem Verein HT 100. Der Vertrag lief vom 1. 7. 2000 bis 30. 6. 2003. Der Bekl. hatte vor Beginn der Saison 2000/2001 eine Einmalzahlung in Höhe von 150 000 DM erhalten. Grund für die Zahlung war die Vereinbarung über eine jährliche Sonderzahlung von 50 000 DM. Der Bekl. beabsichtigte, am Ende der Spielzeit 2000/2001 zum FC P-Stadt zu wechseln und den Vertrag mit der HT 100 aufzulösen. Der Bekl. erhielt von einem Herrn H., der den Kl. bereits anlässlich der Vertragsauflösung eines anderen Spielers kontaktiert hatte, die Telefonnummer des Kl.

Die Lebensgefährtin des Bekl., die Frau D., setzte sich dann am 5. 6. 2002 mit dem Kl. in Verbindung. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Lebensgefährtin des Bekl. den Kl. im Rahmen des Telefonates im Namen des Bekl. beauftragte, zu prüfen, ob der HT 100 einen Anspruch auf Rückzahlung der Einmalzahlung zustehe.

Am 5. 6. 2002 gegen 18.15 Uhr erhielt der Kl. per Fax die Gehaltsabrechnung des Bekl. für Juli 2000 sowie die Anl. 2 zum Vertrag zwischen dem Bekl. und HT 100 vom 24. 5. 2000. Auf beiden Faxschreiben befindet sich im oberen Bereich als Faxnummer: 05111692244, ferner der Schriftzug „X. / D.“.

Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Frau D. dem Kl. die Unterlagen übersandt hat oder ob diese ohne Kenntnis des Bekl. in den Besitz des Kl. gelangt sind, ob der Kl. am Nachmittag des 10. 6. 2002 einen Anruf des Herrn C. erhielt, der mit dem Transfer des Bekl. zum FC P-Stadt befasst war, und ob sich der Kl. daraufhin am Vormittag des 12. 6. 2002 in der Cafeteria des Möbelhauses I. in G.-Stadt mit dem damaligen Manager der HT 100 Herrn G. traf, um über die Konditionen einer Vertragsauflösung zu verhandeln.

Es kam schließlich folgende Vereinbarung zwischen HT 100, dem FC P-Stadt und dem Bekl. zustande: Der Bekl. zahlt an HT 100 einen Betrag von 55 000 DM, dieser Betrag sollte vom FC P-Stadt als Darlehen vorgestreckt und innerhalb von 11 Monaten mit jeweils 5000 DM monatlich vom Bekl. zurück gezahlt werden. Der FC P-Stadt stimmte dieser Vorgehensweise zu. Der Transfer des Bekl. zum FC P-Stadt kam zustande. Streitig ist jedoch, ob der Kl. mit dem Herr G. am 12. 6. 2002 diese Vereinbarung ausgehandelt hatte. In einem Zeitungsartikel vom 9. 6. 2002 aus der B.-Zeitung ist der Kl. als Anwalt des Bekl. bezeichnet.

Der Kl. übersandte dem Bekl. mit Schreiben vom 20. 11. 2002 seine Honorarforderung. Der Bekl. reagierte hierauf zunächst nicht und lehnte später mit anwaltlichem Schreiben die Begleichung dieser Forderung ab. Die Klage hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen

Der Kl. gemäß Gebührenrechnung am 20. 11. 2002 nicht verlangen. Es fehlt bereits an einem anwaltlichen Mandatsverhältnis zwi-

schen dem Kl. und dem Bekl. Ausdrücklich hat der Bekl. dem Kl. keinen Auftrag erteilt, für ihn in der Angelegenheit mit dem Verein HT 100 tätig zu werden. Es kann offen bleiben, ob die Lebensgefährtin des Bekl., Frau D., dem Kl. einen solchen Auftrag erteilt hat. Jedenfalls fehlt es an einer Vertretungsmacht der Frau D., für den Bekl. in einer solchen Weise tätig zu werden (vgl. §§ 164 ff. BGB).

Eine ausdrückliche Vollmacht ist nicht ersichtlich. Der Kl. hat keinerlei konkrete Umstände hinsichtlich einer ausdrücklichen Vollmachtserteilung des Bekl. an die Frau D. vorgetragen. Dies mag naturgemäß daran liegen, dass ein solcher Umstand außerhalb seines Wahrnehmungsbereiches liegt. Dies ändert aber nichts an der Darlegungs- und Beweispflicht des Kl. Als Anspruchsteller ist es seine Sache, die für ihn günstigen Voraussetzungen des Anspruches darzutun und zu beweisen. Voraussetzung für einen Anspruch des Kl. gegen den Bekl., mit dem er persönlich nie ein Wort gewechselt hat, ist nun einmal, dass die handelnde Person, hier Frau D., ordnungsgemäß bevollmächtigt worden ist. Hat sich der Kl. davon nicht überzeugt, trägt er das Risiko der fehlenden Vertretungsmacht. Für eine Beweislastumkehr ist kein Raum.

Eine Vollmacht ergibt sich vorliegend auch nicht aus den Grundsätzen der s.g. Duldungsvollmacht. Eine Duldungsvollmacht setzt voraus, dass der Vertretene, hier also der Bekl., es wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt und der Geschäftspartner, hier der Kl., dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist

(BGH LM § 167 Nr. 4, 13; NJW 1956, 460; Versicherungsrecht 1992, 990).

An diesen Voraussetzungen fehlt es.

Es ist schon nicht ersichtlich, dass der Bekl. von einem etwaigen Vertreterhandeln der Frau D. positive Kenntnis hatte. Zur Annahme einer positiven Kenntnis bedarf es konkreter Anhaltspunkte. Diese hat der Kl. nicht, jedenfalls nicht in einem hinreichenden Umfang, vorgetragen.

Soweit der Kl. vorträgt, während der Durchführung des streitbefangenen Mandats davon Kenntnis erlangt zu haben, dass beispielsweise die Vertragsverhandlungen des Bekl. mit HT 100 von Frau D. geführt wurden, reicht dieses Vorbringen nicht aus. Es fehlt an Ausführungen dazu, wann, über welchen Zeitraum und in welchem Umfang die Verhandlungen geführt wurden. Hat die Zeugin D. die Verhandlungen etwa in Gegenwart des Bekl. geführt, so ist von einer ausdrücklichen Bevollmächtigung, allerdings nur für dieses Rechtsgeschäft, auszugehen. Rückschlüsse darauf, dass die Frau D. auch bei anderen Gelegenheiten mit Kenntnis des Bekl. für diesen als Vertreter auftritt, lässt das Vorbringen des Kl. nicht zu.

Auch die Voraussetzungen einer Anscheinsvollmacht liegen hier nicht vor. Sie sind gegeben, wenn der Vertretene das Handeln des

vermeintlichen Vertreters nicht kennt, er es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können und der andere Teil, hier also der Kl., annehmen durfte, der Vertretende dulde und billige das Vertreterhandeln

(BGH, NJW 1981, 1728; 1998, 1854; Palandt/Heinrichs, 62. Aufl., § 173, Rn. 11, 14).

Damit das Verhalten des Vertreters den Rechtsschein einer Bevollmächtigung erzeugt, muss es von einer gewissen Dauer oder Häufigkeit sein

(Palandt/Heinrichs, ebd. mwN).

Daran fehlt es wiederum. Die Tatsache, dass der Kl. erst nach Beginn seiner Tätigkeit für den Bekl. über Dritte Kenntnis erhalten hat, dass Frau D. in einer anderen Angelegenheit die Verhandlungen für den Bekl. geführt hat, begründen keinen Rechtsschein dafür, dass sie in vorliegender Angelegenheit die Vollmacht hatte, den Kl. namens des Bekl. zu mandatieren. Insbesondere bei Übernahme des Mandats durfte der Kl. nicht von einer Bevollmächtigung der Frau D. ausgehen.

Auch das Vorbringen des Kl., er habe während des Zeitraums zwischen dem ersten Anruf und der Einigung über die Bedingungen der Vertragsauflösung nahezu täglich, teilweise mehrmals, mit der Zeugin D. telefoniert und diese nach eigenen Angaben ständig Kontakt mit dem Bekl. gehalten und diesen über den Sachstand informiert habe, führen nicht zu einer Annahme einer Anscheinsvollmacht. Der Rechtsschein einer Bevollmächtigung, auf den der Geschäftsgegner, hier der Kl., vertrauen darf, muss zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits bestehen. Durch das erstmalige Verhandeln mit dem vermeintlichen Vertreter kann ein solcher Rechtsschein nicht begründet werden – auch dann nicht, wenn in der einen Sache mehrere Gespräche geführt werden. In solchen Fällen besteht für den Geschäftsgegner kein vernünftiger Anlass, auf eine Bevollmächtigung des Handelnden zu vertrauen.

Jedenfalls scheidet eine Anscheinsvollmacht an der fehlenden Gutgläubigkeit des Kl. In entsprechender Anwendung des § 173 BGB wird dieser nämlich nicht geschützt, wenn er den Mangel der Vollmacht kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte

(BGH, NJW 1958, 2062; 1982, 1513; 1991, 2126).

Im vorliegenden Fall ist eine leichte Fahrlässigkeit des Kl. zu bejahen. Bei der Mandatsübernahme in einer derart werthaltigen Angelegenheit wäre aus anwaltlicher Sicht nichts naheliegender gewesen, als eine schriftliche Vollmacht zu verlangen, entweder eine Vollmacht des Bekl. oder aber eine Generalvollmacht der Frau D. für den Bekl. Dass sich der Kl. um diese Dinge nicht all zu sehr gekümmert haben dürfte, wird bereits dadurch indiziert, dass er in der Anspruchsbegründungsschrift in diesem Verfahren noch von einer Zeugin „X“ spricht. Erst nach Aufklärung durch den Beklagtenvertreter in der Klagerwiderung erfährt der Kl. überhaupt erst den richtigen Namen seiner Ansprechpartnerin in der vorliegenden Angelegenheit.

Auch der mit dem Transfer des Bekl. zum FC P-Stadt befasste Bernd C. hat im Hinblick auf die Mandatierung des Kl. nicht wirksam als Vertreter des Bekl. gehandelt. Der Umstand, dass Herr C. den Bekl. in seiner Eigenschaft als Berufsspieler beraten hat, legitimiert ihn nicht, ohne Rücksprache mit dem Bekl. in dessen Namen einen Rechtsanwalt einzuschalten. Angesichts der schon wegen des Gegenstandswertes zu erwartenden (und auch entstandenen) hohen Kosten wäre hier die Zustimmung des Bekl. erforderlich gewesen.

Die Voraussetzungen für eine Duldungs- und Anscheinsvollmacht liegen ebenfalls nicht vor. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Bekl. von einer etwaigen Auftragserteilung des Herrn C. an den Kl. gewusst hat. Herr C. hat überdies keinen Rechtsschein für eine Bevollmächtigung seitens des Bekl. begründet, auf den der Kl. hätte vertrauen dürfen. Auch Herr C. ist *erstmalig* wegen der streitbefangenen Angelegenheit mit dem Kl. in Kontakt getreten.

Nur am Rande weist das Gericht darauf hin, dass der vom Kl. in Bezug genommene Bericht in der B-Zeitung selbstverständlich keinen Rechtsschein für eine Bevollmächtigung begründen kann. Der Umstand, dass der Kl. hier als „X-Anwalt“ bezeichnet wird, vermag eine Mandatserteilung nicht zu ersetzen.

Ansprüche aus gesetzlichem Schuldverhältnis scheiden ebenfalls aus. Für eine echte berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683, 670 BGB) fehlt es bereits am wirklichen bzw. mutmaßlichen Willen des Bekl. für ein Tätigwerden eines nicht bevollmächtigten Rechtsanwalts. Ansprüche des Kl. aus einer unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 684, 812 BGB) entfallen, weil es sich beim Tätigwerden eines nicht beauftragten

Rechtsanwalts aus Sicht des Beratenen um eine aufgedrängte Bereicherung handelt. Diese ist nach allg. Ansicht nicht auszugleichen.

BGB §§ 823 Abs. 1, 831; StVG §§ 7 Abs. 1, 8 2. Alt; SGB VII §§ 99, 105, 106 Abs. 3 3. Alt.

- 1. Das Abladen von einem Fahrzeug auf ein anderes Fahrzeug erfolgt bei dem Betrieb des anderen Fahrzeuges, wenn dieses nicht nur als reines Arbeitsgerät benutzt wird; das Abladen kann aber zu einem Haftungsausschluss führen, weil der Verletzte bei dem Betrieb tätig war.**
- 2. Das Haftungsprivileg für „Beschäftigte auf gemeinsamer Betriebsstätte“ (§ 106 Abs. 3 SGB VII) greift schon dann ein, wenn die Beschäftigten, obgleich Angehörige verschiedener Unternehmen, zum Unfallzeitpunkt „vorübergehend betriebliche Tätigkeiten auf einer gemeinsamen Betriebsstätte“ verrichten; auf eine vorübergehende Eingliederung oder ein Tätigwerden für das andere Unternehmen kommt es nicht an.**

SchlHOLG, 7. ZS, Urteil vom 17. April 2003, – 7 U 51/01 – Dres.

Aus den Gründen

Dem Kl. steht kein Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens aus Gefährdungshaftung gemäß § 7 Abs. 1 StVG zu.

Zwar ist der Unfall bei dem Betrieb des Traktors des Bekl. zu 2) erfolgt; der Betriebsbegriff des § 7 Abs. 1 StVG umfasst auch ein Ladegeschäft, soweit es im Schutzbereich der Norm liegt, wenn sich mithin eine Gefahr vom Kraftfahrzeug bei dessen Verkehr verwirklicht und es nicht nur als Arbeitsmaschine eingesetzt wird

(vgl. BGH VRS 58, 401; NZV 91, 185);

nach dem eigenen Vorbringen der Bekl. hat sich die Gefahr vom Traktor bei dessen Verkehr verwirklicht (Der Zeuge M. begann gerade damit, das Fahrzeug zurückzusetzen, um die Schaufel mit dem Fass abzusenken, als der Kl. unvermittelt die Ladeschaufel betrat). Weil der Kl. damit aber bei dem Betrieb des Traktors tätig war, entfällt die Gefährdungshaftung nach § 8 2. Alt. StVG; der Kl. hat sich durch seine Tätigkeit freiwillig den besonderen Gefahren des Betriebs des Traktors ausgesetzt, indem er schon zuvor nach dem unstrittigen Vorbringen der Parteien das abzuladende Ölfass in die Ladeschaufel des Traktors hineinrollte.

Dem Kl. steht kein Anspruch aus Verschuldenshaftung nach den §§ 823 Abs. 1, 831 BGB zu.

Zugunsten der Bekl. greift der Haftungsausschluss für „Beschäftigte auf gemeinsamer Betriebsstätte“ nach den §§ 106 Abs. 3 3. Alt., 105 SGB VII. Für die Haftungsfreistellung eines Betriebstätigen bei Verletzung eines anderen Betriebstätigen reicht es aus, wenn beide, obgleich Angehörige verschiedener Unternehmen, zum Unfallzeitpunkt „vorübergehend betriebliche Tätigkeiten auf einer gemeinsamen Betriebsstätte“ verrichten; die „gemeinsame Betriebsstätte“ wird zum „Unfallbetrieb“, der Unfallbetrieb ist mithin nicht mehr unternehmensbezogen; auf eine vorübergehende Eingliederung oder ein Tätigwerden für das andere Unternehmen kommt es für die Anwendung des § 106 Abs. 3 3. Alt. SGB VII nicht an; wo allerdings Beschäftigte verschiedener Unternehmen nur zufällig und beziehungslos an einer Betriebsstätte zusammentreffen und einander verletzen, entfällt die Haftungsfreistellung; das Haftungsprivileg gilt auch für die Haftung der Unternehmer und die Haftung gegenüber einem Unternehmer

(Jahnke, VersR 2000, 155 ff. mit weiteren Nachweisen).

Der Kl. und der Zeuge M. verrichteten betriebliche Tätigkeiten auf einer gemeinsamen Betriebsstätte, dabei sogar gemeinsam und parallel, indem der Zeuge M. mit dem Traktor an die Ladefläche des vom Kl. gefahrenen LKW herangefahren war und die Ladeschaufel des Traktors auf der Ladekante abgelegt hatte, während der Kl. das Ölfass in die Schaufel hineinrollte und dabei stürzte und so kopfüber mit der Schaufel zusammenprallte, dass seine Brille in das Nasenbein und in das Auge gedrückt wurde.

Als Folge des Haftungsprivilegs sind Ansprüche auf Schmerzensgeld und Ersatz von Personenschäden ausgeschlossen; hierzu gehören die Schäden, die unmittelbar aus der Körperverletzung entstehen, mithin auch Nachteile, die sich als Folge aus dem in der Person des Verletzten entstandenen Schaden ergeben, was bei den Fahrtkosten des Kl. zum Hals-Nasen-Ohrenarzt und den Kosten für das ärztliche Attest der Fall ist.

- 1. Für den Ausschluss der Haftung wegen Personenschadens gemäß § 104 SGB VII ist in Fortführung der Rechtsprechung zu §§ 636 ff. RVO von einem weiten Unternehmerbegriff auszugehen. Insbesondere bedarf es nicht einer gewerblichen Tätigkeit. Als Unternehmer im Sinne des § 104 SGB VII wird daher auch in Anspruch genommen, wer als Halter eines Pferdes einen anderen gebeten hat, dieses zuzureiten.**
- 2. Hält ein Reiter sich nach dem Absteigen von einem jungen Pferd im Schlagradius von dessen Hinterhand auf, muss er sich bei einem Unfall ein hälftiges Mitverschulden anrechnen lassen.**

LG Itzehoe, 4. ZK, Urteil vom 27. März 2003, – 4 S 156/02 –, Dr. Wo.

Die Kl.in begehrt von dem Bekl., dem Halter eines Pferdes, Schmerzensgeld und den Ersatz von Sachschäden wegen eines durch das Pferd verursachten Unfalles.

Die Kl.in und der Bekl. haben ihre Reitpferde im gleichen Reitstall untergestellt. Das Pferd des Bekl. sollte zugeritten werden. Nachdem am 21. Mai 2001 die Kl.in nach einem Ritt auf dem Pferd des Bekl. wieder abgestiegen war, verletzte das Pferd sie mit den Hinterhufen. Zwischen den Parteien ist neben dem genauen Unfallhergang streitig, ob die Kl.in – so ihr Vortrag – von dem Betreiber des Reitstalls gebeten worden war, ihm beim Zureiten behilflich zu sein oder aus eigenem Entschluss auf das Pferd gestiegen war.

Das Amtsgericht hat der Klage nach Beweisaufnahme aus dem Gesichtspunkt der Tierhalterhaftung bei Anrechnung eines Mitverschuldens in Höhe von 20 % stattgegeben.

Die Berufung des Bekl. führte unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zur Klageabweisung hinsichtlich des geltendgemachten Personenschadens und zur Berücksichtigung eines hälftigen Mitverschuldens hinsichtlich geltendgemachter Sachschäden.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung ist zum überwiegenden Teil auch begründet.

Der geltend gemachte Anspruch der Kl.in gegen den Bekl. auf Schmerzensgeld aus Tierhalterhaftung gemäß § 833 Abs. 1 BGB wegen ihres durch den Reitunfall erlittenen Personenschadens ist gemäß § 104 SGB VII ausgeschlossen. Die §§ 104–109 SGB VII sind am 1. Januar 1997 in Kraft getreten. Auf die §§ 104–109 SGB VII ist die zu §§ 636 ff. RVO ergangene Rechtsprechung grundsätzlich zu übertragen, da es sich bei den Vorschriften des SGB VII nicht um eine grundlegende inhaltliche Reform handelt

(BT-Drucksache 13/2204 Seite 73; Geigel 23. Aufl., 31 Rn. 135).

Danach gilt der Versicherungsschutz in der gesetzlichen Unfallversicherung wegen der erheblichen Reichweite des Unternehmerbegriffs auch in den Fällen des nicht gewerbsmäßigen Haltens von Reittieren (§ 658 Abs. 2 Nr. 2 RVO a.F.). Die Kommentierung zu den neuen Unternehmensvorschriften insbesondere des § 136 SGB VII sieht nach wie vor eine weite Auslegung des Begriffs vor (vgl. Wussow Kap. 80 Nr. 47, 54 f. mwN).

Halter eines Reittieres ist, wer im eigenen Interesse die Sorge für das Tier nicht nur zu einem ganz vorübergehenden Zweck sondern für eine gewisse Dauer übernommen hat, ohne dass es auf die Eigentumsverhältnisse ankommt. Dies ist hier der Fall, denn der Bekl. nutzt das Reitpferd zur Freizeitbeschäftigung und ist somit als nicht gewerbsmäßiger Unternehmer im Sinne der Vorschriften anzusehen.

Hierbei braucht es zur Bejahung der Unternehmereigenschaft, wie der Bekl. zu Recht anführt, keine über das Halten des Reittieres hinausgehenden Voraussetzungen. Insbesondere muss kein auf Erwerb gerichteter Geschäftsbetrieb vorliegen. Der Unternehmer braucht zudem keine Arbeitnehmer zu beschäftigen, auch Privatpersonen, die keine Beiträge zur Berufsgenossenschaft abführen, können Unternehmer sein, sofern die Geschädigte für den Pfleger nach Art und Weise in versicherungsrechtlich relevanter Weise tätig geworden ist

(so auch OLG Hamm VersR 94, 691 f. mwN).

Es wird somit keine Beziehung zum Unfallbetrieb verlangt, die arbeitsrechtlich als Arbeitnehmerverhältnis zu qualifizieren ist. Es muss lediglich eine Tätigkeit vorliegen, die einen arbeitnehmerähnlichen Charakter aufweist und dem mutmaßlichen Willen des Unternehmers entspricht. Auch eine aus reiner Gefälligkeit erbrachte Tätigkeit kann versichert sein, sofern in der Tätigkeit kein Charakter als reine Freizeitbeschäftigung zu sehen ist

(OLG Düsseldorf VersR 1978, 672 f.).

Im vorliegenden Fall ist damit ein entsprechendes Unternehmerprivileg anzunehmen, da die Tätigkeit der Kl.in nach dem Vortrag der Parteien und der Aussage des Zeugen W. nicht als reine

Freizeitbeschäftigung aufgefasst werden kann. Denn das dem Bekl. gehörende Pferd sollte von dem Zeugen Wieting zugeritten werden. Ob sich nun die Kl.in auf seinen ausdrücklichen Wunsch hin auf das Pferd gesetzt hat oder aus eigenem Antrieb dieses Pferd zureiten wollte, kann im Ergebnis offen bleiben, denn die Gesamtschau des Geschehens lässt erkennen, dass die Kl.in zwar möglicherweise eine reine Gefälligkeit ausübte, die aber einen inneren Zusammenhang zwischen ausgeübter Tätigkeit und unterstütztem Unternehmen herstellt, die einem Arbeitnehmerverhältnis ähnlich ist und auch dem mutmaßlichen Willen des Beklagten, nämlich das Pferd zuzureiten, entsprach. Im Ergebnis ist daher eine Haftungsprivilegierung des Bekl. anzunehmen. Ein vorsätzliches Verhalten, die dies ausschließen würde, ist weder vorgetragen noch sonst erkennbar. Damit entfällt der Schmerzensgeldanspruch der Kl.in.

Gleichwohl bleibt die Haftung des Bekl. für erlittene Sachschäden der Kl.in gemäß § 833 Abs. 1 BGB unberührt, da die Ausschließung des Anspruchs gemäß § 104 SGB VII ausschließlich für Personenschäden gilt. Allerdings ist von einem erheblichen Mitverschulden der Kl.in auszugehen, das die Kammer mit 50 % bemisst. Der Unfall ist geschehen, weil sich die Kl.in nach dem Absitzen von der Stute des Bekl. im Schlagradius der Hinterhand der Stute aufgehalten hat. Jedem Reiter ist bekannt, dass insbesondere junge Pferde zu schreckhaften Reaktionen neigen und – auch wenn sie ansonsten ruhig sind – plötzlich mit der Hinterhand ausschlagen können, wenn sie sich erschreckt haben. Aus diesem Grunde ist, wie der Bekl. zu Recht geltend macht, eine allgemein bekannte Verhaltensregel für jeden Reiter, sich nicht im Schlagradius der Hinterhand eines Pferdes aufzuhalten, schon gar nicht eines jungen Pferdes. Diese Vorsichtsmaßregel musste auch der Kl.in als Reiterin bekannt sein. Wenn sie dagegen verstieß, hat sie sich ein hälftiges Verschulden an dem Unfall zurechnen zu lassen. Der Sachschaden ist mit 66,47 Euro unstreitig. Unter Anrechnung ihrer eigenen Haftungsquote war der Kl.in damit noch ein Betrag von 33,23 Euro zuzusprechen.

BGB §§ 387, 393, 626, 823 ff.; GmbHG §§ 32 a, 32 b, 64 II; InsO §§ 53, 61, 95, 133 I, 143 I

- 1. Die Haftung eines GmbH-Geschäftsführers auf Rückerstattung von in der Krise vorgenommenen Auszahlungen gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG und Ansprüche aus Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) können miteinander konkurrieren.**
- 2. Richten sich beide Ansprüche gegen den GmbH-Geschäftsführer, ist diesem auch gegenüber den Ansprüchen aus Insolvenzanfechtung zugleich mit der Verurteilung zur Rückerstattung der der Masse entzogenen Werte die Verfolgung derjenigen Ansprüche vorzubehalten, die nach Rang und Höhe den durch seine Handlung begünstigten Insolvenzgläubigern im Insolvenzverfahren zugestanden hätten (im Anschluss an BGHZ 146, 264 ff. = ZIP 2001, 235 ff.).**
- 3. Zur Aufrechnung mit einem Abfindungsanspruch im Insolvenzverfahren.**

SchlHOLG, 5. ZS, Urteil vom 10. April 2003, – 5 U 62/02 –, Pr.

Der klagende Insolvenzverwalter über das Vermögen der A. Verlags GmbH, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Bekl. war, begehrt Rückzahlung eines Betrages in Höhe von 447.549,49 DM, da in Höhe dieses Betrages der Bekl. in unzulässiger Weise Forderungen der Insolvenzschuldnerin auf ein im Namen des von ihm betriebenen J. Verlags eingerichtetes Konto eingezogen habe. Der Bekl. rechnet hilfsweise mit Gehaltsansprüchen auf, da er eine ihm gegenüber nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 21. Juni 2001 ausgesprochene fristlose Kündigung vom 12. Juli 2001 für unberechtigt hält.

Zu dem im wesentlichen unstreitigen Forderungseinzug war es gekommen, nachdem vor Insolvenzeröffnung die Hauptgläubigerin der A. Verlags GmbH einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss betreffend der Geschäftskonten bewirkt hatte. Aus den eingezogenen Beträgen befriedigte der Bekl. zum Teil kleinere Gesellschaftsgläubiger, zum Teil aber auch eigene Forderungen gegen die spätere Insolvenzschuldnerin. Hierbei wies das fragliche Konto nach Insolvenzeröffnung eine Unterdeckung in Höhe von 246.710,15 DM auf.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Teilbetrag von 9126,56 € (17.850 DM), in dessen Höhe es die Aufrechnung des Bekl. mit diesem bis zur als wirksam erachteten Kündigung zustehenden Gehaltsansprüchen hat durchgreifen lassen, aus § 64 II GmbHG stattgegeben, dem Bekl. aber zugleich die Verfolgung von Gegenansprüchen bis zur Höhe von 179.610,01 € mit den begünstigten Insolvenzgläubigern zustehendem Rang und Höhe vorbehalten.

Mit ihren wechselseitigen Berufungen wenden sich der Kl. gegen den Ausspruch des Vorbehalts zugunsten des Bekl. sowie – wie der Kl. meint – gegen die Nichtberücksichtigung des Insolvenzanfechtungsrechts und der Bekl. gegen die Nichtberücksichtigung weiterer Gehaltsansprüche.

Die Berufung des Kl. hatte zum Teil, die Berufung des Bekl. nur in geringem Umfang Erfolg. Der Senat hat die Revision zugelassen.

Aus den Gründen

Überwiegend zu Recht hat das Landgericht den Bekl. zur Zurückzahlung derjenigen Beträge zuzüglich Verzugszinsen zur Insolvenzmasse verurteilt, welche der Bekl. von Schuldnern der späteren Insolvenzschuldnerin A. Verlags GmbH in der Zeit vom 28. Juni 2001 bis 20. Juni 2001 auf ein im Namen des von ihm betriebenen J. Verlags eingerichtetes Bankkonto eingezogen hatte. Dies folgt sowohl aus einer Haftung des Bekl. gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG (1.) als auch aus erfolgreicher Insolvenzanfechtung (2.), wobei allerdings im Unterschied zum Landgericht im größeren Umfang eine wirksame Aufrechnung des Bekl. mit Restgehaltsforderungen zu berücksichtigen war (3.) und im Verhältnis zum landgerichtlichen Urteil im geringeren Umfang dem Bekl. vorzubehalten war, nach Zahlung des ausgeteilten Betrages seinen Gegenanspruch, der sich nach Rang und Höhe mit dem Betrag deckt, den die begünstigten Gesellschafter im Insolvenzverfahren erhalten hätten, gegen den Insolvenzverwalter geltend zu machen.

1. Zutreffend hat das Landgericht zunächst die Voraussetzungen einer Haftung des Bekl. nach § 64 Abs. 2 GmbHG angenommen.

Denn zum einen war die spätere Insolvenzschuldnerin am 29. Mai 2001 in einem Maße überschuldet, dass – bei Verschuldung allein zu Gunsten der Hauptgläubigerin in Höhe von 2 Mio. DM – eine Fortführungsprognose nur dann hätte positiv ausfallen können, wenn diese Hauptgläubigerin – wozu sie nicht verpflichtet war – auf einen Großteil ihrer Forderungen gegenüber der A. Verlags GmbH verzichtet hätte. Zum anderen dürfte zu diesem Zeitpunkt nach Pfändung der Geschäftskonten die A. GmbH praktisch zahlungsunfähig gewesen sein, wenn nicht sogar letztlich ein Großteil der Zahlungen bereits eingestellt worden war. In einer derartigen Situation können mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zwar noch gewisse Auszahlungen der Gesellschaft verantwortet werden, etwa in dem Umfang, in dem auch ein vorläufiger Insolvenzverwalter gemäß § 22 InsO verfahren darf

(vgl. Karsten Schmidt in Scholz, 9. Auflage, Rn. 27 zu § 64 GmbHG),

also Zahlungen, die etwa die Begleichung laufender Gehälter, der Strom- und Wasserrechnung oder von Mietzahlungen betreffen. Die bevorzugte Befriedigung eines Teils kleinerer Gesellschaftsgläubiger zu Lasten eines Großgläubigers – und nichts anderes wurde in der Folgezeit vom Bekl. veranlasst – gehört hierzu aber eindeutig nicht. Soweit schließlich § 64 Abs. 2 GmbHG einen der Gesellschaft zurechenbaren Zahlungsvorgang voraussetzt, so liegt dieser unschwer in der Ermächtigung zur Einziehung von Kundenforderungen verbunden mit der Auflage, die anderweitigen Gläubiger zu befriedigen, weil und soweit diese Befriedigung ersichtlich mit Wirkung für die Gesellschaft aus sonst dieser zur Verfügung stehenden Mittel erfolgte. Dass der Bekl. bei der Befriedigung dieser anderweitigen Gläubiger nicht allein die aus Kundenforderungen der Gesellschaft stammenden Mittel benutzte, sondern – und dies mit der Folge einer Eigenhaftung – darüber hinaus im Umfang der zum 20. Juni 2001 vorhandenen kontenmäßigen Unterdeckung in Höhe von 246 710,15 DM einen Kontokorrentkredit in Anspruch nahm, ändert hieran nichts.

Ebenso im Grundsatz zu Recht hat das Landgericht zugleich mit der Verurteilung des Bekl. zur Zurückzahlung dieser Gelder an den Kl. als Insolvenzverwalter dem Bekl. vorbehalten, die den begünstigten Gesellschaftsgläubigern zukommende Insolvenzquote zu realisieren. Dies entspricht der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes

(BGH ZIP 2001, 235),

welcher auch der Senat folgt, und dient dazu, eine ungerechtfertigte Bereicherung der Masse zu vermeiden. Allerdings hat die Berufung des Kl. insoweit Erfolg, als dieser Vorbehalt gegenständlich allein auf die aus Gesellschaftsmitteln erfolgten Zahlungen an zur Insolvenztabelle berechnete Gläubiger zu erstrecken, aber auch auf diese zu beschränken ist. Anders als es das Landgericht vorgenommen hat, ist der Umfang des einzuräumenden Vorbehalts damit nicht an den geleisteten Zahlungen in Höhe von insgesamt 698 513,01 DM zu orientieren, sondern allein an der Summe der zuvor zum Zwecke der späteren Gläubigerbefriedigung eingezogenen Gesellschaftsforderungen, nämlich 447 549,49 DM.

Von diesem Betrag sind allerdings – was das Landgericht von seinem anders gearteten Ausgangspunkt ebenfalls vorgenommen hat – Beträge in Höhe von insgesamt 347 271,37 DM abzuziehen, die der Bekl. für die Rückführung kapitalersetzender Eigenleistungen in Höhe rückständiger Pachtzinsen in Höhe von 125 000 DM, in Höhe von 155 883,17 DM für Darlehenseinlösun-

gen und in Höhe von 66 388,20 DM für „ABO-Erstattung“ verwendet hat, aber in der Krise der Insolvenzschuldnerin unter dem Aspekt des Eigenkapitalersatzes gemäß §§ 135 InsO, 32a, 32b GmbHG ersichtlich nicht zu beanspruchen hatte. Denn dass die Krise der Insolvenzschuldnerin – unter Zugrundelegung des Berichts des Kl. vom 28. August 2001 – angesichts des schon 1998 aufgetretenen Bilanzverlustes (nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag in Höhe von 192 000 DM; für 1999 nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag in Höhe von 1 069 000 DM) schon seit längerem andauerte und wenigstens die Zuführung von Eigenkapital erfordern würde, musste auch für den Bekl. offensichtlich sein. Zwar bedeutet die auszusprechende Verpflichtung des Bekl. zur Rückzahlung der erwähnten Beträge nicht, dass dieser nicht befugt wäre, seine entsprechenden Ansprüche im Insolvenzverfahren als – wenn auch gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangiger – Insolvenzgläubiger zu verfolgen. Jedoch war dies – selbst in Form eines Vorbehalts – nicht mehr gesondert auszusprechen, weil diese Möglichkeit bereits von Gesetzes wegen besteht, wie § 32a Abs. 1 GmbHG für Darlehen ausdrücklich zum Ausdruck bringt und auch von § 32b GmbHG für die Regressansprüche eines als Sicherungsgeber in Anspruch genommenen Gesellschafters vorausgesetzt wird

(Karsten Schmidt in Scholz, 9. Auflage, Rn. 175 zu §§ 32a, 32b GmbHG).

Hingegen folgt eine weitere Reduzierung des auszusprechenden Vorbehalts auch nicht aus wirksamer Aufrechnung des Bekl. mit einer Restgehaltsforderung (dazu noch unter 3.). Denn insoweit ist die dem Grunde nach bestehende Klagforderung nur unter Einsatz von dem Bekl. zustehenden Vermögenswerten erloschen.

Folglich hat die Berufung des Kl. insoweit Erfolg, als unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils dem Kl. lediglich die Verfolgung von Ansprüchen in Höhe von 447 549,49 DM abzgl. 347 271,37 DM, also in Höhe von 51 271,39 € (100 278,12 DM) vorzubehalten war.

2. Abweichendes folgt auch nicht aus einer Anwendung insolvenzanfechtungsrechtlicher Vorschriften oder einer deliktischen Haftung des Bekl.

Insoweit beanstandet der Kl. zwar nicht zu Unrecht, dass sich das Landgericht mit derartigen weiteren Haftungstatbeständen neben der angenommenen Haftung aus § 64 Abs. 2 GmbHG lediglich im Hinblick auf §§ 135 InsO, 32 a, 32 b GmbHG auseinandergesetzt hat. Denn selbst wenn die Geltendmachung einer Insolvenzanfechtung zunächst nur eine andersgeartete rechtliche Begründung desselben prozessualen Anspruchs darstellt und im Verhältnis zum Bekl. als früherem Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin sich auch nicht das Problem des Verhältnisses seiner Haftung gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG zur insolvenzanfechtungsrechtlichen Inanspruchnahme von Gesellschaftsgläubigern stellt

(vgl. dazu BGH ZIP 1996, 420 ff.),

so ändert dies doch nichts an der Notwendigkeit, den zur Anspruchs begründung vom Kl. vorgetragenen Sachverhalt jeweils anhand der seinem Begehren günstigsten Anspruchsgrundlage zu beurteilen, mithin auch anhand von Anspruchsgrundlagen, die entsprechend seinem Begehren eine Verurteilung des Bekl. ohne gleichzeitigen Ausspruch eines Vorbehalts ermöglichen würden.

Jedoch sind derartige Anspruchsgrundlagen nicht ersichtlich. Denn mag auch die Umleitung von der Insolvenzschuldnerin und damit der Gläubiger Gesamtheit unmittelbar zustehenden Erlösen aus eingezogenen Forderungen auf ein gesellschaftsfremdes Konto ohne weiteres eine Absichtsanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO oder grundsätzlich auch eine deliktische Haftung rechtfertigen, weil und insoweit der Bekl. in gläubigerbenachteiligender Absicht sowohl auf Seiten der Insolvenzschuldnerin als auch auf Seiten des Kontoinhabers – mithin des „anderen Teils“ im Sinne des § 133 Abs. 1 S. 1 InsO – handeln konnte, so darf doch auch in rechtlicher Hinsicht nicht übersehen werden, dass die Verwendung der Erlöse zugleich die Insolvenzmasse zumindest zum Teil von der Belastung mit Verbindlichkeiten weiterer Gläubiger befreit hat.

a) Zwar hat die Rechtsprechung bisher auf den konkurs- bzw. insolvenzrechtlichen Rückgewähranspruch gemäß § 37 KO bzw. heute § 143 InsO die schadensersatzrechtlichen Grundsätze der Vorteilsausgleichung nicht anwenden wollen

(RGZ 100, 87, 90; BGH LM Nr. 1 zu § 30 KO; BGH WM 1960, 377, 379; BGH NJW 1986, 1496, 1498; BGH NJW 1995, 1093, 1095).

Hintergrund war zum einen die Deutung des anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs als eines reinen Restitutionsanspruchs und nicht etwa Schadensersatzanspruches

(so bereits RGZ 100, 87, 90)

und zum anderen das Ziel einer möglichst raschen Auffüllung der Konkursmasse und damit einer raschen und gleichmäßigen Befriedigung aller Konkursgläubiger, welchem die praktischen Schwierigkeiten einer anderenfalls vorzunehmenden Saldierung von Vermögensabflüssen mit zugeflossenen Vorteilen entgegengestanden hätten

(BGH LM Nr. 1 zu § 30 KO),

schließlich aber auch die Möglichkeit, bei zugeflossenen Vorteilen bereits das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung zu verneinen

(BGH WM 1960, 377, 379; vgl. auch hierzu Kirchhof in Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Rn. 84 zu § 143 InsO).

Abweichend wurde und wird die Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung dann für möglich gehalten, wenn angesichts des Verlustes der zurückzuerstattenden Vermögensgegenstände der Rückgewährschuldner nach schadensersatzrechtlichen Gesichtspunkten Wertersatz zu leisten hat, heute gemäß §§ 143 Abs. 1 S. 2 InsO, 819, 818 Abs. 4, 292 Abs. 2, 989 BGB

(i.E. bereits RGZ 150, 42, 44 ff.; ebenso auch Kirchhof aaO),

soweit nicht der Schutzzweck der Norm die Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung ausschließt

(hierzu Jaeger/Henckel, 9. Aufl., Rn. 135 zu § 37 KO).

Insbesondere aber wird zu berücksichtigen sein, dass im Anschluss an die bereits angesprochene Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH auch der auf § 64 Abs. 2 GmbHG gestützte Rückforderungsanspruch keine Schadensersatznorm, sondern einen „Ersatzanspruch eigener Art“ darstellt, mit dem Ziel, im Interesse der Gesamtheit der Gesellschaftsgläubiger eine bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger zu verhindern

(BGH ZIP 2000, 184, 185; BGH ZIP 2001, 235, 239).

Wird jedoch bei § 64 Abs. 2 GmbHG zur Abwehr einer ungerichtfertigten Bereicherung der Gesellschaft der Ausspruch eines derartigen Vorbehalts nicht nur zugelassen, sondern auch für notwendig erachtet

(BGH ZIP 2001, 235, 239),

so stellt sich zwangsläufig die Frage nach einer notwendigen Harmonisierung der Rechtsfolgen einer Inanspruchnahme eines GmbH-Geschäftsführers einerseits nach § 64 Abs. 2 GmbHG und andererseits nach Insolvenzanfechtungsrecht.

Nach Auffassung des Senats bestehen keine Bedenken, die vom II. Zivilsenat des BGH zu § 64 Abs. 2 GmbHG entwickelten Grundsätze auf einen konkurrierenden Insolvenzanfechtungsanspruch zu übertragen. Zunächst schuldet nämlich auch der Bekl. dem Kl. nicht mehr Rückgewähr der auf ihn „umgeleiteten“ Erlöse aus den der späteren Insolvenzschuldnerin zustehenden Forderungen, sondern – nachdem diese zur Erfüllung von Gesellschaftsverbindlichkeiten eingesetzt worden sind – gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO i. V. m. §§ 818 Abs. 4, 819, 292, 989 BGB Wertersatz, sodass auch nach traditioneller Sichtweise eine schadensersatzrechtliche Vorteilsausgleichung nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Ungeachtet dessen ist die Einräumung eines dem Rückzahlungsschuldner die Verfolgung von Gegenansprüchen ermöglichenden Vorbehalts ein geeignetes Mittel, um – jedenfalls im Falle einer unmittelbaren Anspruchskonkurrenz mit einem Anspruch aus § 64 Abs. 2 GmbHG – die gemeinsame Zielsetzung sowohl der insolvenzrechtlichen als auch gesellschaftsrechtlichen Restitutionsansprüche sowohl zu erreichen, als aber auch nicht zu verfehlen. Denn diese besteht nicht in der Pönalisierung des normwidrigen Verhaltens eines GmbH-Geschäftsführers, sondern in der Wiederauffüllung der durch dessen Handeln unzulässigerweise geschmälernten Insolvenzmasse. Vor diesem Hintergrund sind nicht gerechtfertigte Bereicherungen der Insolvenzmasse genauso zu vermeiden wie eine Risikoverlagerung auf den Insolvenzverwalter bzw. die Gesamtgläubigerschaft. Ebenso wie eine unverzügliche Rückführung der der Masse entzogenen bzw. vorenthaltenen Vermögensgegenstände oder ihres Wertes zu erfolgen hat, ist daher andererseits dem Rückzahlungsschuldner die Möglichkeit einzuräumen, eine Überzahlung zu seinen Lasten zu vermeiden, sofern dies unter Vermeidung von ungerichtfertigten Risiken für die Masse möglich ist.

Diesen Aspekten vermag eine im Rahmen der Bemessung des Rückforderungsbegehrens vorzunehmende Vorteilsausgleichung deshalb nicht gerecht zu werden, weil sie die Parteien entweder mit einem Prognoserisiko hinsichtlich des Ausgangs des Insolvenzverfahrens belastet oder – bei Aussetzung des Verfahrens bis zum vorläufigen Abschluss des Insolvenzverfahrens – einen raschen wirklichen Ausgleich verhindert. Demgegenüber ermöglicht

es das vom II. Zivilsenat des BGH zu § 64 Abs. 2 GmbHG entwickelte Vorbehaltsmodell in einer Kombination bereicherungsrechtlicher Wertungen mit dem in § 255 BGB zum Ausdruck kommenden Gedanken einer abgestuften Inanspruchnahme, dass der Geschädigte seinen konkreten Schaden zugleich beim Schädiger liquidieren kann, diesem aber letztlich diejenigen Ansprüche zur Verfolgung auf eigenes Risiko abzutreten sind, deren Realisierung erst zur abschließenden Vermögenszuordnung führt.

b) Was eine konkurrierende deliktische Haftung anbelangt, stellt sich die aufgeworfene Problematik bereits schon deshalb nicht, weil Anhaltspunkte für eine gegenständlich über den das Tatbestand der Absichtsanfechtung erfüllende Geschehen hinausgehende derartige Haftung letztlich nicht vorliegen, im Verhältnis zum allgemeinen Schadensersatzrecht insoweit aber die Anfechtungsvorschriften traditionell als abschließende Sonderregelungen angesehen werden

(vgl. nur BGH NJW 2000, 3138, 3138 f.; BGH NJW 1995, 2846, 2849, jeweils mit weiteren Nachweisen).

Ungeachtet dessen hätte der Senat auch keine Bedenken, die bisher dargestellten Erwägungen grundsätzlich auf konkurrierende Schadensersatzansprüche zu erstrecken, weil und soweit nicht – wie es etwa § 843 Abs. 4 BGB zum Ausdruck bringt – eine Schadensersatzleistung nach ihrem spezifischen Zweck dem Geschädigten ungeschmälert zugute kommen soll. An einer derartigen Situation dürfte es unter Zugrundelegung insolvenzrechtlicher Wertungen jedoch fehlen.

3. Die ausgeurteilte Zahlungsverpflichtung des Bekl. war jedoch infolge wirksamer Aufrechnung um seine berechtigten Gehaltsansprüche zu kürzen, allerdings – wenn auch in etwas größerem Umfang, als vom Landgericht angenommen – nur in Höhe von 20 833,33 DM auf insgesamt 218 176,51 € (426 716,16 DM).

Denn entgegen der Auffassung des Bekl. ist die vom Kl. am 12. Juli 2001 ausgesprochene fristlose Kündigung wirksam. So ist durch § 113 InsO nicht das Recht auf außerordentliche Kündigung gemäß § 626 BGB dispensiert. Auch ist der Bekl. nicht dem dahingehenden Inhalt des Kündigungsschreibens vom 12. Juli 2001 entgegengetreten, dass im Hinblick auf die gemäß § 626 Abs. 2 BGB einzuhaltende Frist die eine Haftung nach § 64 Abs. 2 GmbHG begründenden Umstände dem Kl. als Insolvenzverwalter erst kurz zuvor und nicht bereits unmittelbar nach Insolvenzeröffnung am 21. Juni 2001 zur Kenntnis gelangt waren. Schließlich steht für den Senat außer Zweifel, dass es grundsätzlich in schwerwiegendem Maße gegen die Pflichten eines GmbH-Geschäftsführers verstößt, in der Krise unter Schädigung weiterer Gläubiger bestimmte Gläubiger selektiv zu befriedigen, anstatt das Unternehmen zur gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger in die Insolvenz zu führen. Soweit der Bekl. in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat seine Handlungsweise damit verteidigt hat, er habe geglaubt, die Hauptgläubigerin noch zu einem Einlenken zu bewegen, hat dies letztlich nicht überzeugen können. Der Bekl. hat nämlich nicht plausibel darlegen können, auf welcher Grundlage er seinerzeit – nach dem Scheitern intensiver Verhandlungen mit der Hauptgläubigerin – geglaubt haben will, mit dieser noch eine Einigung erzielen zu können.

Steht dem Bekl. daher zwar entgegen seiner Auffassung nicht der von ihm geltend gemachte Restgehaltsanspruch in Höhe von insgesamt 131 150 DM zu, so kann der Bekl. – ausgehend von einem Monatsgehalt von 25 000 DM – jedoch sowohl Restgehalt für den Zeitraum vom 21. Juni bis 30. Juni 2001 in Höhe von 8833,33 DM als auch Restgehalt für 15 Tage im Juli 2001, also 12 500 DM, zusammen 20 833,33 DM, verlangen. Dieser Anspruch ist gegenüber dem Rückforderungsbegehren des Kl. ohne Berücksichtigung der §§ 94 ff. InsO bereits deshalb nach den allgemeinen Vorschriften aufrechenbar, weil er als Masseverbindlichkeit vom Insolvenzverwalter gemäß §§ 53, 61 InsO „vorab“ zu erfüllen ist. § 393 BGB steht insoweit nicht entgegen, wie – wie oben bereits ausgeführt – nicht über die eine Absichtsanfechtung begründenden Umstände hinaus weitere Umstände die Annahme einer deliktischen Handlung begründen

(BGH LM Nr. 1 zu § 393 BGB).

Demgegenüber kann der Bekl. nicht mit einem weiteren Anspruch auf 24 000 DM Abfindung gemäß § 8 des Arbeitsvertrages vom 2. Mai 1991 aufrechnen. Zwar spricht nach der Formulierung der erwähnten vertraglichen Regelung viel dafür, dass dem Bekl. ein derartiger Anspruch als Bestandteil der Gesamtvergütung selbst bei fristloser Kündigung zustehen sollte. Gleichwohl wäre der Anspruch auf eine derartige Abfindung selbst dann keine Masseverbindlichkeit, wenn er – wie vorliegend der Fall – erst

durch die vom Insolvenzverwalter vorgenommene Kündigung aus- gelöst worden ist. Denn mag auch eine derartige Abfindung anders als etwa ein Anspruch auf Weihnachtsgeld nicht bereits von der Natur seiner Sache nach auch auf die vor der Insolvenz liegende Beschäftigungszeit umgelegt werden müssen, so beruht der Anspruch auf Abfindung doch auf einer bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens getroffenen Vereinbarung mit der Folge, dass der Abfindungsanspruch zum Zeitpunkt der Eröffnung bereits auf- schiebend bedingt entstanden war und deshalb der Anspruchs- berechtigte nur Insolvenzgläubiger sein kann

(ebenso Hefermehl in Münchner Kommentar zur Insolvenzordnung, Rn. 181 zu § 55 InsO).

Wäre damit aber eine Aufrechnung nur unter Beachtung von § 95 InsO zulässig, so scheidet die Aufrechnung gemäß § 95 Abs. 1 S. 3 InsO aber daran, dass die Klagforderung, gegen welche mit dem Abfindungsanspruch aufgerechnet würde, bereits fällig war, bevor die Aufrechnung erfolgen kann, es also der Kl. als Insol- venzverwalter in der Hand gehabt hätte, seinen Rückforderungs- anspruch gegenüber dem Bekl. durchzusetzen, bevor dieser über- haupt seinen Abfindungsanspruch hätte geltend machen können.

GG Art. 2 I, 3 I, 20 III; GVG § 119 IV; ZPO §§ 114, 127 II 3

Auch nach der Änderung der Zivilprozessordnung gilt der Grundsatz, dass im Zivilprozess eine Rechtsmittelbelehrung nicht erforderlich ist.

SchlHOLG, 14. ZS, Beschluss vom 27. Mai 2003, – 14 W 27/03 –, Pla.

Der Ast. begehrte Prozesskostenhilfe für eine beabsichtigte Klage gegen einen Ren- tenversicherungsträger. Er hatte von diesem Rentenzahlungen erhalten, die nach sei- nen Angaben zu Unrecht eingestellt worden sind, wodurch ihm ein Schaden in Höhe von 100 000 DM entstanden sei.

Das Landgericht hat seine Schreiben als Prozesskostenhilfesuch gewertet und mit Beschluss vom 22. 1. 2003, zugestellt am 1. 2. 2003, Prozesskostenhilfe versagt. Am 9. 4. 2003 ging die Beschwerde des Ast. ein, mit der er angibt, von der einmonatigen Beschwerdefrist keine Kenntnis gehabt zu haben.

Das Rechtsmittel wurde als unzulässig verworfen.

Aus den Gründen

Mit dem Beschwerdevorbringen kann der Ast. sich nicht durch- setzen. Auf die Erfolgsaussichten der beabsichtigten Klage oder die Bedürftigkeit des Ast. nach § 114 ZPO kommt es nicht an, weil die Beschwerde unzulässig ist. Sie ist nach Ablauf der Frist aus § 127 II S. 3 ZPO eingegangen. Die einmonatige Frist hat ihren Lauf mit Zustellung des angefochtenen Beschlusses am 1. 2. 2003 begonnen, Fristablauf war der 1. 3. 2003. Die am 9. 4. 2003 ein- gegangene Beschwerde kam daher zu spät, eine Wiedereinset- zung nach §§ 233 ff. ZPO kommt nicht in Betracht

(vgl. Zöller/Greger, ZPO, 23. Auflage, § 233 Rn. 23 „Rechtsirrtum“).

Dass der Beschwerdeführer wie üblich nicht über die Beschwer- defrist belehrt worden ist, ändert am Fristenlauf nichts. Nach wie vor gilt der vom Bundesverfassungsgericht

(Beschluss vom 20. 6. 1995 in NJW 1995, 3173 ff.)

bestätigte Grundsatz, dass im Zivilprozess keine Rechtsmittelbe- lehrung erforderlich ist. Dass etwa im Arbeitsgerichtsgesetz oder in der Verwaltungsgerichtsordnung Rechtsmittelbelehrungen ent- halten sind, begründet für den Bereich des Zivilprozesses auch nach Art. 2 I GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 III GG oder wegen des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 I GG nicht die Pflicht, gerichtliche Entscheidungen mit Rechtsmittelbelehrungen zu versehen. Es ist Sache des Gesetzgebers, den Interessen- streit zwischen einem wirkungsvollen Rechtsschutz des ein- zelnen und dem öffentlichen Interesse an der Klärung streitiger Rechtsverhältnisse in angemessener Zeit in Einklang zu bringen. Eine Rechtsmittelbelehrung ist nur erforderlich, um unzumutbare Schwierigkeiten des Rechtsweges auszugleichen

(BVerfG, aaO),

dies ist im Zivilprozess grundsätzlich zu verneinen. Auch der nicht durch einen Anwalt vertretenen Partei kann zugemutet werden, sich unmittelbar an das Gericht zu wenden, um sich nach Maß- nahmen, mit denen die missliebige Entscheidung angefochten werden kann, zu erkundigen. Dies wäre auch dem Antragsteller möglich gewesen, durch einen Anruf bei Gericht hätte er erfahren können, in welcher Frist er hätte handeln müssen.

Der Gesetzgeber hat auch bei der jüngsten umfassenden Ände- rung der Zivilprozessordnung keine Veranlassung gesehen, eine Rechtsmittelbelehrung außerhalb der Experimentierklausel nach § 119 GVG vorzusehen

(vergl. auch Zöller/ Gummer, ZPO, 23. Auflage, § 119 GVG, Rn. 20,13),

es bleibt daher bei dem oben dargestellten Grundsatz, sodass die Beschwerde mit der Kostenfolge aus § 127 IV ZPO, GKG-KV Nr. 1956

(Zöller/ Philipp, ZPO, 23.A., § 127, Rn. 51)

zu verwerfen war.

ZPO §§ 85 II, 233, 236 II 2

Ist die Berufungs- und Berufungsbegründungsschrift fristge- recht eingereicht, aber von einem nicht postulationsfähigen Anwalt unterzeichnet worden, kann im Rahmen des Antrags auf Wiedereinsetzung nicht von einer erneuten formgerech- ten Einlegung und Begründung der Berufung abgesehen wer- den.

SchlHOLG, 13. Zivilsenat, Beschluss vom 2. Mai 2003, – 13 U 2/03 –, Al.

Aus den Gründen

Der Wiedereinsetzungsantrag und die Berufung des Kl. haben keinen Erfolg.

I.

Der Kl. nimmt die Bekl. auf Feststellung in Anspruch, dass die- se ihn zur Hälfte wegen gesamtschuldnerisch eingegangener Ver- pflichtungen aus einem Kreditvertrag freizustellen habe. Das Land- gericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Berufung verfolgt der Kl. sein ursprüngliches Klagziel weiter.

Das erstinstanzliche Urteil ist dem Prozessbevollmächtigten des Kl. am 29. Januar 2003 zugestellt worden. Mit Schriftsatz vom 28. Februar 2003, als Fax am selben Tag beim Oberlandesgericht ein- gegangen, ist von dem Kl. gegen das angefochtene Urteil Beru- fung eingelegt worden. In demselben Schriftsatz ist die Berufung begründet worden. Der Schriftsatz ist unterzeichnet worden von dem im Büro der Prozessbevollmächtigten des Kl. angestellten Rechtsanwalt E. mit dem Zusatz „i. V.“. Rechtsanwalt E. ist weder am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht noch an einem anderen Oberlandesgericht zugelassen. Der Vorsitzende des Senats hat Rechtsanwalt E. telefonisch am 10. April 2003 auf Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Berufung hingewiesen.

Mit Schriftsatz vom 24. April 2003, als Fax beim Oberlandesge- richt an demselben Tag eingegangen, hat Rechtsanwältin V. im Einzelnen dargelegt, warum Rechtsanwalt E. den Berufungs- und Berufungsbegründungsschriftsatz versehentlich unterzeichnet hat. Für den Kl. ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bean- tragt worden. Die Prozesshandlungen der Berufung und der Beru- fungsbegründung sind nicht nachgeholt worden. Der Wiederein- setzungsschriftsatz enthält auch keine inhaltliche Bezugnahme auf den Berufungsschriftsatz vom 28. Februar 2003.

II.

Das Wiedereinsetzungsgesuch des Kl. ist unzulässig.

Es kann dahinstehen, ob der Kl. ohne sein Verschulden verhin- dert war, innerhalb der Notfrist des § 517 ZPO von einem Monat ordnungsgemäß Berufung gegen das angefochtene Urteil einzu- legen. Zwar kommt grundsätzlich eine Wiedereinsetzung wegen Versäumung einer Frist auch dann in Frage, wenn die fristgebun- dene Prozesshandlung – wie hier – zwar rechtzeitig, jedoch unwirk- sam vorgenommen worden ist

(BGH Beschluss vom 18. 5. 2000 – XIII ZB 25/99, MDR 2000, 1092 = NJW 2000, 3286).

Hier ist die Einlegung der Berufung unwirksam, weil sie von einem Rechtsanwalt unterzeichnet worden ist, der weder beim Schles- wig-Holsteinischen Oberlandesgericht noch bei einem anderen Oberlandesgericht zugelassen ist. Vor den Oberlandesgerichten müssen sich die Parteien aber durch einen bei einem Oberlan- desgericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen, § 78 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Ein nicht beim Oberlandesgericht zugelasse- ner Rechtsanwalt, der dort als Vertreter eines zugelassenen Rechtsanwalts tätig wird, handelt schuldhaft, wenn er sich nicht persönlich vergewissert, ob er postulationsfähig ist

(BGH, Urteil vom 9. 1. 2003 – VIII ZR 103/02, BGH-Report 2003, 451 = NJW RR 2003, 569).

Die Prüfung der Postulationsfähigkeit gehört zu den wesentlichen Aufgaben eines Rechtsanwalts.

Ob sich der Kl. das Versäumnis des Rechtsanwalts E. zurech- nen lassen muss, mag zweifelhaft sein. Bedient sich der Prozess- bevollmächtigte einer Partei, hier Rechtsanwältin V., bei der Bear-

beitung eines Rechtsstreits eines angestellten Rechtsanwalts, so muss sich die Partei dessen Verschulden über § 85 Abs. 2 ZPO wie eigenes zurechnen lassen, wenn dem angestellten Rechtsanwalt der Rechtsstreit vom Prozessbevollmächtigten zur selbständigen Bearbeitung übergeben worden ist. Denn in diesem Fall gilt der angestellte Rechtsanwalt als Vertreter des Prozessbevollmächtigten und damit der Partei selbst. Bestand dagegen seine Aufgabe nur aus vorbereitenden und unselbständigen Tätigkeiten, ist er als bloßer juristischer Hilfsarbeiter anzusehen, dessen Verschulden dem Prozessbevollmächtigten bzw. der Partei ebenso wenig zugerechnet werden kann wie das von Büropersonal

(BGH Beschluss vom 1. 4. 1992 – XII ZB 21/92, NJW RR 1992, 1019, 1020 mwN).

In der Berufung und Berufungsbegründungsschrift ist als Sachbearbeiter „C.... V..... / M. E.“ angegeben. Zugunsten des Kl.in kann unterstellt werden, dass Rechtsanwalt E. nicht die eigenständige Bearbeitung des Berufungsverfahrens übertragen worden ist und lediglich als unselbständiger juristischer Mitarbeiter gehandelt hat, dessen Verschulden der Partei grundsätzlich nicht anzulasten ist

(Kammergericht Beschluss vom 20. 9. 1994 – 2 U 2767/94, KG-Report 1995, 47 mwN).

Es kann auch unterstellt werden, dass die Darlegungen der Prozessbevollmächtigten im Wiedereinsetzungsschriftsatz ein eigenes Organisationsverschulden hinsichtlich nicht eindeutiger Vertreterbestimmung im Falle eigener Verhinderung bei Unterzeichnung fristwahrer Schriftsätze ausschließen.

Das Wiedereinsetzungsgesuch ist bereits deswegen unzulässig

(Zöller/Greger, ZPO, 23. Aufl., § 236 Rziff. 1),

weil entgegen § 236 Abs. 2 Satz 2 ZPO innerhalb der zweiwöchigen Antragsfrist des § 234 ZPO, deren Lauf hier spätestens mit dem Anruf des Senatsvorsitzenden vom 10. April 2003 begann, die versäumte Prozesshandlung nicht nachgeholt worden ist. Eine von einem postulationsfähigen Rechtsanwalt unterzeichnete Berufungsschrift und eine diesen Anforderungen genügende Berufungsbegründungsschrift sind innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist nicht eingereicht worden.

Von einer erneuten, formgerechten Einlegung der Berufung konnte der Kl. nicht absehen. Die versäumte Prozesshandlung ist nur dann nicht nachzuholen, wenn sie bereits vor Stellung des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegenüber dem Gericht vorgenommen worden ist

(BGH Beschluss vom 18. 5. 2000 – VII ZB 25/99, MDR 2000, 1092 = NJW 2000, 3286 mwN).

So würde es eine überflüssige Förmelerei bedeuten, die Nachholung einer Prozesshandlung zu verlangen, wenn lediglich die Berufung nicht formgerecht eingelegt worden wäre, aber dem Gericht eine Berufsbegründung innerhalb der Frist bereits vorläge

(BGH aaO mwN).

Dies ist hier nicht der Fall.

Mit dem Wiedereinsetzungsschriftsatz vom 24. April 2003 wird die versäumte formgerechte Einlegung der Berufung auch nicht konkludent nachgeholt. Inhaltlich beschäftigt sich der Schriftsatz nur mit den Voraussetzungen der Wiedereinsetzung. Er enthält keine auf eine Genehmigung der unwirksamen Berufung und Berufungsbegründung gerichtete Willenserklärung, mit der zum Ausdruck gebracht worden wäre, dass die Prozessbevollmächtigte des Kl. die Ausführungen des Rechtsanwalts E. geprüft und sich zu eigen gemacht hätte.

Selbst wenn der Wiedereinsetzungsschriftsatz eine inhaltliche Verweisung auf den Berufungs- und Berufungsbegründungsschriftsatz vom 28. Februar 2003 enthielte, wäre damit die versäumte Prozesshandlung nicht ordnungsgemäß nachgeholt. Durch Bezugnahme können im Anwaltsprozess nach ständiger Rechtsprechung nur solche Schriftstücke zum Inhalt bestimmender Schriftsätze über die Berufung und Berufungsbegründung gemacht werden, die von einem beim angerufenen Prozessgericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben worden sind

(BGH Beschluss vom 10. 12. 1998 – IX ZB 88/98, VersR 2000, 337, 338 mwN).

III.

Gemäß § 522 Abs. 1 ZPO ist die Berufung zu verwerfen, weil sie nicht in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden ist. Wie vorstehend ausgeführt worden ist, sind die Berufungsschrift und die Berufungsbegründungsschrift entgegen den Anforderungen der §§ 519, 520, 78 Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht von einem bei einem Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet worden.

ZPO § 141 III 1

Die Verhängung eines Ordnungsgeldes nach § 141 Abs.3 Satz 1 ZPO gegen eine nicht erschiene Partei ist ausgeschlossen, wenn sie einen – tatsächlich – informierten Vertreter entsendet. Dieser scheidet nicht deshalb als Vertreter i. S. v. § 141 Abs. 3 Satz 2 ZPO aus, weil er von derselben Partei als Zeuge benannt worden ist.

SchlHOLG, 16. ZS, Beschluss vom 25. 6. 2001, – 16 W 136/01 –, Chl.

Aus den Gründen

Die nach §§ 141, 380 Abs. 3 analog ZPO zulässige Beschwerde der Kl.in ist begründet. Die Voraussetzungen für die Verhängung eines Ordnungsgeldes gegen die zur Sachverhaltsaufklärung zum Verhandlungstermin am 9. Mai 2001 geladenen Kl.in nach § 141 Abs. 3 Satz 1 ZPO haben nicht vorgelegen. Die Kl.in hat nämlich zur Verhandlung ihren Ehemann als informierten Vertreter gemäß § 141 Abs. 3 Satz 2 ZPO entsandt. Dass der Ehemann nicht zur Aufklärung des streitigen Tatbestandes in der Lage gewesen sein sollte, ist nicht ersichtlich. Das Gegenteil dürfte offenkundig sein. Damit war die Verhängung eines Ordnungsgeldes gegen die Kl.in ausgeschlossen.

Die Begründung des Landgerichts, der Ehemann habe als Zeuge vernommen werden sollen, so dass es der Wahrheitsfindung nicht dienlich sei, wenn er als informierter Vertreter der Kl.in auftrete, trägt den Regelungen im Parteiprozess der Zivilprozessordnung nicht hinreichend Rechnung. Keine Partei kann gegen ihren Willen zum Erscheinen vor Gericht in einem Zivilprozess gezwungen werden, sofern sie für die notwendig erachtete weitere Sachverhaltsaufklärung einen informierten und zum Vergleichsabschluss ermächtigten Vertreter entsendet.

Der Ehemann der Kl.in, der als Zeuge von der Kl.in benannt worden ist, scheidet nicht allein deshalb als tauglicher informierter Vertreter aus. Unter Umständen ist der Beweiswert einer etwa noch später erfolgenden Vernehmung als Zeuge gemindert. Allenfalls hierauf hätte das Landgericht hinweisen dürfen. Es war dann Sache der Kl.in, vertreten durch ihren Prozessbevollmächtigten, diese Folge abzuwägen und sich entsprechend zu erklären. Keinesfalls ist das Gericht befugt, einen offensichtlich zur Sachaufklärung geeigneten Vertreter von der Verhandlung auszuschließen, nur weil er von der vertretenen Partei auch als Zeuge benannt worden ist.

ZPO § 160

Die sofortige Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Protokollberichtigungsantrages ist unzulässig, wenn dieser mit der Begründung, dass Protokoll sei inhaltlich zutreffend, zurückgewiesen wird.

SchlHOLG, 16. ZS, Beschluss vom 4. 11. 2002, – 16 W 130/02 –, Chl.

Aus den Gründen

Die Vorsitzende der Kammer hat durch den angefochtenen Beschluss einen Antrag der Kl. vom 24. Juli 2002, das ohne Hinzuziehung eines Protokollführers auf Tonträger diktierter Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 24. Juni 2002 teilweise zu berichtigen, mit der Begründung zurückgewiesen, die protokollierten Erklärungen der Parteien, auf deren Abänderung der Berichtigungsantrag abzielt, seien inhaltlich zutreffend.

Schon allein aus dieser Begründung folgt die Unzulässigkeit des Rechtsmittels der Kl. Es entspricht nämlich einhelliger Ansicht, dass ein Rechtsmittel gegen eine Protokollberichtigung – und damit auch gegen die Verweigerung einer „Berichtigung“ – schon begrifflich ausgeschlossen ist, weil das Beschwerdegericht nicht wissen kann, was richtig oder unrichtig ist

(Zöller/Stöber, ZPO, 23. Aufl., § 164 Rn. 11 mwN).

Eine Ausnahme wird nur für den Fall zugelassen, in dem eine Protokollberichtigung als unzulässig abgelehnt wird.

Zu Unrecht meinen die Kl., ein solcher Fall liege deshalb vor, weil die Vorsitzende der Kammer in dem angefochtenen Beschluss ausgeführt hat, es liege im Ermessen des Gerichts, in welchem Umfang Erklärungen der Parteien nach § 141 ZPO ins Protokoll aufgenommen würden, und zwar nach Maßgabe der Entscheidungserheblichkeit. Diese Begründung ist zutreffend, wie sich ohne weiteres aus § 160 Abs. 4 ZPO ergibt. Da der Berichtigungsantrag der Kl. mit der weiteren Begründung abgelehnt worden ist, es seien diejenigen Erklärungen protokolliert worden, die das Gericht für entscheidungserheblich gehalten habe, können die

Kl. nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung nicht mehr damit gehört werden, es hätten jedenfalls noch weitere Erklärungen protokolliert werden müssen, um ein richtiges und vollständiges Bild zu gewährleisten. Zwar können die Beteiligten nach § 160 Abs. 4 ZPO beantragen, dass bestimmte Äußerungen in das Protokoll aufgenommen werden. Das muss aber bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geschehen

(Zöller/Stöber, aaO, § 160 Rn. 15 mwN).

Beanstandungen der Protokollierung durch die Vorsitzende weist

das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 24. Juni 2002 nicht nach. Die Kl. behaupten auch nicht, dass sie noch im Termin solche Beanstandungen erhoben hätten.

Damit kommt es allein darauf an, dass die Protokollberichtigung mit der Begründung abgelehnt worden ist, die protokollierten Erklärungen seien inhaltlich zutreffend. Damit ist jedes Rechtsmittel gegen diese Entscheidung unzulässig. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Den Beschwerdewert hat der Senat nach §§ 3 ZPO, 12 GKG geschätzt.

Arbeitsrecht

BGB § 626 I; BetrVG § 102 I

- Für die Rechtmäßigkeit einer Verdachtskündigung bei Verdacht strafbaren Verhaltens eines Arbeitnehmers ist entscheidend, dass seine Weiterbeschäftigung zu einer konkreten Gefährdung und Beeinträchtigung des Betriebsfriedens führen würde.**
- Eine nachhaltige Störung des Betriebsfriedens ist anzunehmen, wenn der Verdacht von Straftaten besteht, deren Begehung den Kernbereich der Regeln des menschlichen Zusammenlebens verletzen würde (hier: Verdacht des sexuellen Missbrauchs von Kindern).**
- Befindet sich der Arbeitnehmer in Untersuchungshaft, ist seine Anhörung nicht in jedem Falle erforderlich.**

LAG Schleswig-Holstein, 5. Kammer, Urteil vom 18. Juni 2002, – 5 Sa 53 a/02 –, RA Dr. Weißl.

Die Parteien streiten um den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses.

Der Kl. trat 1976 als Kommissionierer/Lagerarbeiter in die Dienste der Bekl. bzw. deren Rechtsvorgängerin ein.

Am 26. Juli 2001 verhaftete die Polizei den Kl. wegen des Vorwurfs eines Sexualverbrechens gegen einen 11-jährigen Jungen. Ein Haftrichter erließ Untersuchungshaft. Am 28. Juli und 30. Juli 2001 erschienen Presseberichte in verschiedenen Zeitungen über diese Vorwürfe. Die Bekl. erfuhr am 30. Juli 2001 vom Sohn des Kl., dass sich dieser in Untersuchungshaft befinde. Auf Nachfrage bestätigte die Kriminalpolizei die Untersuchungshaft.

Mit Schreiben vom 30. Juli 2001 hörte die Bekl. den Betriebsrat zu einer beabsichtigten fristlosen Kündigung des Kl. an.

Als Begründung führte die Bekl. in dem Anhörungsschreiben Folgendes aus:

„Dringender Verdacht einer schwerer Straftat: Herr X fehlt seit Freitag, dem 27. 7. 2001 unentschuldig. Am 30. 7. 2001 erfuhren wir vom Sohn von Herrn X, dass sich dieser aufgrund einer schwerwiegenden Straftat in Haft befände. Genauere Ursachen könnten wir in den Zeitungsschlagzeilen von heute nachlesen (Anlage). Herr S. von der ... Kripo bestätigte, dass Herr X am 26. 7. 2001, nachmittags, festgenommen worden sei und seit dem 27. 7. 2001 in Untersuchungshaft säße. Durch diese Straftat ist das Vertrauensverhältnis zu Herrn X zerstört. Eine Weiterbeschäftigung halten wir für unzumutbar, da auch der Betriebsfrieden durch diese schwere Straftat empfindlich leiden würde.“

Mit weiteren Schreiben hörte die Bekl. den Betriebsrat mit identischer Begründung zu einer beabsichtigten fristgerechten Kündigung zum nächstmöglichen Termin mit einer Kündigungsfrist von 7 Monaten zum Monatsende an.

Mit Schreiben vom 3. August 2001 kündigte die Bekl. das Arbeitsverhältnis fristlos und mit weiterem Schreiben vom 7. August 2001 hilfsweise fristgerecht zum 31. März 2002. Der Betriebsrat hatte zu den beabsichtigten Kündigungen keine Stellungnahme abgegeben.

Der Kl. hält die fristlose Kündigung für unwirksam und die fristgerechte Kündigung für sozial ungerechtfertigt.

Das Arbeitsgericht hat im Wesentlichen die Klage auf die Feststellung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses abgewiesen.

Die Berufung des Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen

Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis endete aufgrund der Kündigung der Bekl. vom 3. August 2001 fristlos. Für diese Kündigung liegt der gem. § 626 Abs. 1 BGB erforderliche wichtige Grund vor (I.). Die Kündigung ist auch nicht gem. § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam (II.).

I. Gem. § 626 Abs. 1 BGB kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer ihm unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die Bekl. begründet die fristlose Kündigung mit dem dringenden Verdacht einer schweren Straftat und der daraus folgenden Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zum Kl. und der empfindlichen Beeinträchtigung des Betriebsfriedens.

1. Der Verdacht, der Arbeitnehmer könne eine strafbare Handlung begangen haben, kann grundsätzlich nach gefestigter Rechtsprechung des BAG einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung bilden (BAG AP Nr. 23 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; BAG AP Nr. 25 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; BAG AP Nr. 32 zu § 626 BGB Verdacht strafba-

rer Handlung). Die Kündigung wegen des Verdachts stellt neben der Kündigung wegen einer Tat einen eigenständigen Tatbestand dar. Der Verdacht muss objektiv durch Tatsachen begründet und darüber hinaus dringend sein, d.h. es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass der gekündigte Arbeitnehmer die Straftat begangen hat (BAG AP Nr. 28 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung).

Das Arbeitsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruches gegenüber dem Kl. der dringende Verdacht bestand, einen 11-jährigen Jungen am 25. Juli 2001 unter Drohung mit einem Messer der Freiheit beraubt, auf ein Industriegelände verbracht und dort unter weiteren Drohungen sexuell missbraucht zu haben. Es bestand zum Zeitpunkt der Kündigung weiterhin der dringende Verdacht, er habe den Jungen anschließend unter erneuter Bedrohung mit dem Messer aufgefordert, am nächsten Tag sich wieder auf dem Gelände einzufinden. Der dringende Verdacht ergibt sich daraus, dass der Kl. jedenfalls im erstinstanzlichen Verfahren dem Inhalt der in das Verfahren eingeführten Zeitungsberichte nicht entgegengetreten ist. Folglich durfte die Bekl. erst recht zum Zeitpunkt der Kündigung von einem solchen dringenden Tatverdacht ausgehen. Zudem spricht die Verhängung der Untersuchungshaft dafür, dass bereits von unabhängiger dritter Seite – worauf das Arbeitsgericht zutreffend hinweist – ein schwerwiegender Verdacht zu Lasten des Kl. bejaht wurde. Auch in der Berufungsverhandlung hat der Kl. die ihm vorgeworfene Tat nicht grundsätzlich bestritten, allerdings behauptet, der Junge sei freiwillig mitgekommen, und er habe ihn nicht mit einem Messer bedroht. Unabhängig von der behaupteten Freiwilligkeit des Handelns des 11-jährigen Jungen – nach Auffassung der Berufungskammer kann bei einem 11-jährigen Kind allerdings nicht von einer Freiwilligkeit gesprochen werden – und des Bestreitens, ein Messer eingesetzt zu haben, verbleibt zu Lasten des Kl. der dringende Verdacht, ein Kind sexuell missbraucht zu haben.

2. Dieser dringende Tatverdacht hat auch das Gewicht eines Kündigungsgrundes gem. § 626 Abs. 1 BGB.

Bei einer Verdachtskündigung muss es gerade der Verdacht sein, der das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers zerstört oder zu einer unerträglichen Belastung des Arbeitsverhältnisses führt (BAG AP Nr. 18 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; BAG AP Nr. 138 zu § 626 BGB). Auch ein außerdienstliches Verhalten – insbesondere die Begehung einer Straftat oder der Verdacht einer solchen Straftat – kann Grund für eine außerordentliche Kündigung sein, und zwar selbst dann, wenn sie sich nicht gegen den Arbeitgeber oder einen Arbeitskollegen richtet. Voraussetzung ist allerdings, dass das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird. Im Übrigen ist streng zwischen der Privatsphäre und der Stellung als Arbeitnehmer zu unterscheiden. Maßgeblich ist deshalb nicht die strafrechtliche Wertung, sondern die Beantwortung der Frage, ob dem kündigenden Arbeitgeber deswegen nach dem gesamten Sachverhalt die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist

(BAG AP Nr. 7 zu § 103 BetrVG 1972; GK-Dörner § 626 Rn. 80; KR-Fischermeier, § 626 Rn. 114).

Generell setzt daher die Rechtfertigung einer Kündigung durch außerdienstliches Verhalten oder durch den Verdacht einer außerdienstlichen Straftat eine konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses voraus (BAG, Urteil vom 8. Juni 2000, 2 AZR 638/99, unter B. I.2 a) der Entscheidungsgründe).

Entscheidend ist deshalb die konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses durch ein außerdienstliches Verhalten oder den Verdacht eines solchen Verhaltens, sei es im Leistungsbereich, im Bereich der betrieblichen Verbundenheit aller Mitarbeiter, im personalen Vertrauensbereich oder im Unternehmensbereich (BAG, Urteil vom 24. 9. 1987 – 2 AZR 26/87 –, in: Der Betrieb 1988, 1757).

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung ist von einer konkreten Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses des Kl. durch den dringenden Verdacht der schwerwiegenden Straftat auszugehen.

Zwar weist der Kl. zutreffend darauf hin, dass trotz des dringenden Verdachts der schwerwiegenden Straftat Zweifel an seiner Eignung zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung nicht bestehen. Seine Tätigkeit unterscheidet sich von jener, die Lehrer, Erzieher oder Jugendpfleger zu erbringen haben. Bei den Angehörigen dieser Berufsgruppen führen außerdienstliche Sittlichkeitsdelikte oder deren Verdacht zu einer konkreten Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses im Leistungsbereich, nämlich zu Zweifeln an der persönlichen Eignung zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung. Sicherlich ist die Tätigkeit des Kl. als Lagerarbeiter und Kommissionierer im Betrieb der Bekl. insoweit nicht vergleichbar, weshalb der schwerwiegende Verdacht einer Straftat keine Zweifel an seiner Eignung zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung begründet. Darauf kommt es aber auch nicht an.

Entscheidend ist nämlich, dass wegen des dringenden Tatverdachts das Arbeitsverhältnis des Kl. deshalb konkret beeinträchtigt wird, weil seine Weiterbeschäftigung im Betrieb der Bekl. zu einer konkreten Gefährdung und Beeinträchtigung des Betriebsfriedens führen würde. Insoweit handelt es sich entgegen der Auffassung des Kl. nicht nur um eine bloße Spekulation, zu vernachlässigende Vermutung oder lediglich abstrakte Gefahr, sondern um eine durch Tatsachen begründete dringende Annahme. Es kommt auch nicht darauf an, ob zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruches der Betriebsfriedens bereits tatsächlich gestört war. Ausreichend ist es, dass aufgrund des dringenden Tatverdachts es erfahrungsgemäß zu einer Störung des Betriebsfriedens bei Weiterbeschäftigung des Kl. gekommen wäre

(vgl. dazu BAG, Urteil vom 24. 9. 1987 – 2 AZR 26/87 –, in: Der Betrieb 1988, S. 1757 unter II.5 a) der Gründe).

Die Befürchtung der Bekl. der Betriebsfriedens werde bei Beschäftigung des Kl. erheblich gestört, ist so naheliegend, dass sie dem Verdacht der Straftat selbst das Gewicht eines Kündigungsgrundes gibt

(vgl. dazu allgemein BAG, Urteil vom 9. 3. 1995 – 2 AZR 497/94 –, in: NZA 1995, S. 777, unter II.5. der Gründe).

Das Arbeitsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, bei Weiterbeschäftigung des Kl. seien negative Reaktionen innerhalb der Belegschaft zu befürchten, die der Bekl. schaden würden. Die Berufungskammer stimmt mit der Einschätzung des Arbeitsgerichts überein, dass bei einer Weiterbeschäftigung des Kl. eine nachhaltige Störung des Betriebsfriedens auf der Hand liegt.

Dies folgt bereits aus der Art und Schwere des dem Kl. vorgeworfenen Delikts. Die Öffentlichkeit und damit auch Belegschaften sind in den letzten Jahren zunehmend sensibilisiert worden für Fälle von Kindesmissbrauch. Die Bekl. weist zutreffend darauf hin, dass es sich bei der Art dieser Delikte um jene handelt, denen in der Gesellschaft die größte Verwerflichkeit beigemessen wird. Zwar verkennt auch die Berufungskammer ebenso wie das Arbeitsgericht nicht, dass die im Zusammenhang mit dem Verdacht solcher Straftaten abgegebenen Äußerungen häufig überzogen sind. Entscheidend ist aber, dass bei einer Weiterbeschäftigung des Kl. diese Diskussionen und Reaktionen in die Belegschaft und den Betrieb hineingetragen werden. Es widerspräche jeglicher Lebenserfahrung, wenn man annähme, dass insbesondere bei der Bekl. beschäftigte Mütter und Väter nicht mindestens verbale ablehnende Äußerungen gegenüber dem Kl. tätigen würden. Die Annahme des Kl., der ihm gegenüber erhobene Tatvorwurf führe allenfalls zu einer Diskussion an ein bis zwei Tagen, ist lebensfremd. Vielmehr musste die Bekl. zum Zeitpunkt der Kündigung angesichts der Schwere des Tatvorwurfs damit rechnen, dass es bei einer Weiterbeschäftigung des Kl. im Betrieb zu massiven Reaktionen innerhalb der Belegschaft kommt. Dies ist nicht lediglich eine Spekulation – wie der Kl. meint – sondern die aufgrund des ihm gegenüber erhobenen dringenden Tatverdachts naheliegende Annahme.

Auch die Behauptung des Kl., er arbeite nicht in irgendeinem Team, sondern stets für sich allein, vermag der naheliegenden Annahme einer konkreten Beeinträchtigung des Betriebsfriedens nicht entgegenzustehen. Selbst wenn der Kl. isoliert arbeiten würde, wäre es dennoch naheliegend, dass die Belegschaft sich massiv für dessen Entfernung aus dem Betrieb einsetzt. Zudem erscheint es der Berufungskammer aber auch ausgeschlossen, dass der Kl. ohne jeden Kollegenkontakt im Betrieb tätig sein kann. Die Bekl. hat in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen,

dass der Kl. als Lagerarbeiter und Kommissionierer die Waren zusammenstelle und bei der Übernahme der Ware Kontakt zu Kollegen habe.

Selbst wenn sich die Bekl. ähnlich wie vor dem Ausspruch einer Druckkündigung – zunächst – schützend vor den Kl. stellen würde, wären Beeinträchtigungen des Betriebsfriedens nicht zu verhindern. Das Arbeitsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass es dann innerhalb der Belegschaft über den Kl. und dessen Anwesenheit im Betrieb zu Diskussionen kommen würde. Das dem Kl. vorgeworfene Verhalten stellt – worauf das Arbeitsgericht zutreffend hinweist – eine Zerstörung der Grundübereinstimmung über die Normen des zwischenmenschlichen Umgangs dar. Diese schwerwiegende Verletzung des Kernbereichs der Regeln zwischenmenschlichen Zusammenlebens führt zu erheblichen Diskussionen innerhalb der Belegschaft und Ablehnungen gegenüber dem Kl. Würde sich die Bekl. in einer solchen Situation schützend vor den Kl. stellen und ihn weiterbeschäftigen, so müsste sie ihrerseits wiederum damit rechnen, kein Verständnis für ihr Vorgehen innerhalb der Belegschaft zu finden. Eine weitere Beeinträchtigung des Betriebsfriedens wäre zu befürchten, weil Unverständnis innerhalb der Belegschaft bestünde über das Verhalten der Bekl. angesichts der Schwere des Vorwurfs. In einen solchen Konflikt muss sich die Bekl. nicht begeben.

Nach alledem war die Annahme der Bekl. berechtigt, der dringende Verdacht der schweren Straftat und eine Weiterbeschäftigung des Kl. im Betrieb führe zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Betriebsfriedens. Dies begründet die konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses. Es geht also nicht um eine Druckkündigung, sondern darum, dass durch das Verhalten des Kl., welches den dringenden Verdacht einer schwerwiegenden Straftat begründet hat, objektiv Gründe vorliegen, die das Arbeitsverhältnis aus den oben dargelegten Gründen konkret beeinträchtigt haben.

Unerheblich ist es deshalb auch, wenn der Kl. meint, es handle sich dabei um eine „doppelte Verdachtskündigung“. Er verkennt, dass die Kündigung wegen der sich aufdrängenden Beeinträchtigung des Betriebsfriedens bei seiner Weiterbeschäftigung ausgesprochen wurde. Insoweit handelt es sich nicht um eine bloße Spekulation oder durch nichts begründete Vermutung, sondern aus den oben dargelegten Gründen um eine sich aufgrund der Lebenserfahrung aufdrängende Annahme.

Auch die vom Kl. zitierte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 9. 3. 1995 (2 AZR 497/94) führt zu keiner anderen Betrachtung. Dort ging es darum, dass das Arbeitsverhältnis wegen des Haftantritts des Arbeitnehmers gekündigt wurde, weil der Arbeitnehmer wegen der Haft seine Arbeitsleistung nicht mehr erbringen konnte. Zutreffend ist es, dass das Bundesarbeitsgericht in dieser Entscheidung Stellung nahm zu der Frage, ob dem Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht obliege, bei dem Bemühen des Arbeitnehmers um die Erlangung des Freigängerstatus mitzuwirken. Wörtlich heißt es dazu in dieser Entscheidung:

„Sind nämlich Befürchtungen des Arbeitgebers, die Straftat des Arbeitnehmers und seine Verurteilung zur Straftat könnten bei anderen Mitarbeitern oder bei Geschäftspartnern bekannt werden und zu dem Arbeitgeber nachteiligen Reaktionen führen, nicht von der Hand zu weisen, so überwiegt in der Regel das Interesse des Arbeitgebers: Eine risikobehaftete Mitwirkung ist ihm grundsätzlich nicht zuzumuten und zwar nicht erst dann, wenn die Befürchtungen so naheliegend sind, dass sie der Straftat selbst das Gewicht eines Kündigungsgrundes geben. Letztlich kommt es insoweit auf den Grad der Wahrscheinlichkeit von künftigen Störungen des Arbeitsverhältnisses und deren Schwere an. Nur wenn eine objektive Prognose Störungen des Betriebsfriedens oder des Betriebsablaufes als ganz fernliegend bzw. geringfügig erweist, kann vom Arbeitgeber nach Treu und Glauben erwartet werden, dass er dem Arbeitnehmer zum Freigängerstatus verhilft und damit die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung als Kündigungsgrund ausräumt.“

Daraus folgt: Das Bundesarbeitsgericht differenziert zwischen der Frage, wann der Arbeitgeber einerseits bei dem Bemühen des Arbeitnehmers zur Erlangung des Freigängerstatus mitwirken muss, um den Kündigungsgrund – Nichterbringung der Arbeitsleistung – zu beseitigen, und andererseits wann die Straftat selbst das Gewicht eines Kündigungsgrundes hat. Darum geht es in diesem Fall und um die Feststellung, dass diese Befürchtungen so naheliegend sind, dass die Straftat bzw. deren Verdacht selbst das Gewicht eines Kündigungsgrundes haben.

3. Auch die im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB gebotene Interessenabwägung führt zur Rechtmäßigkeit der fristlosen Kündi-

gung. Die Berufungskammer nimmt insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug auf die Ausführungen der angefochtenen Entscheidung. Trotz der langjährigen Beschäftigung des Kl. und der Probleme, in seinem Alter einen neuen Arbeitsplatz zu finden, führt die vorzunehmende Interessenabwägung angesichts der Schwere des Vorfalles und der damit einhergehenden zu erwartenden erheblichen Beeinträchtigung des Betriebsfriedens bei Weiterbeschäftigung des Kl. dazu, dass dem Interesse der Bekl. an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Interesse des Kl. an der Weiterbeschäftigung der Vorrang zukommt.

4. Die Bekl. war auch aus den Gründen der erstinstanzlichen Entscheidung nicht gehalten, den Kl. vor Ausspruch der Kündigung nach den Grundsätzen der Verdachtskündigung anzuhören. Dabei hätte es sich aus den vom Arbeitsgericht aufgezeigten Gründen um eine reine Förmelerei gehandelt.

II. Der Betriebsrat ist vor Ausspruch der fristlosen Kündigung auch ordnungsgemäß angehört worden. (Wird ausgeführt).

Die Anhörung des Betriebsrates ist auch inhaltlich nicht zu beanstanden. Wenn der Kl. rügt, der Betriebsrat sei nur ohne konkrete Hinweise auf Äußerungen von Kollegen unsubstantiiert zur angeblichen Beeinträchtigung des Betriebsfriedens angehört worden, so trägt dieser Einwand nicht. Denn entscheidend ist, dass angesichts der Schwere des Tatvorwurfs eine konkrete Beeinträchtigung des Betriebsfriedens nach der Lebenserfahrung zu erwarten war und auf der Hand lag. Einer konkreten Darlegung einzelner Vorfälle bedurfte es daher nicht. Die Bekl. hat die Kündigung ausgesprochen und insoweit den Betriebsrat angehört, weil sie subjektiv – auch aus den dargelegten Gründen objektiv begründet – die empfindliche Beeinträchtigung des Betriebsfriedens befürchtete. Dies war Inhalt der Anhörung des Betriebsrates – subjektive Determination –. Die Bekl. weist zutreffend darauf hin, dass die späteren Beispiele lediglich eine Erläuterung und Konkretisierung des Kündigungsgrundes waren.

Freiwillige Gerichtsbarkeit

PsychKG § 7

Die für eine Unterbringung vorausgesetzte krankheitsbedingte erhebliche und anders nicht abwendbare Gefährdung ist mit dem bloßen Hinweis auf „eigen- und fremdgefährdende Fehlhandlungen“ nicht ausreichend begründet

SchlHOLG, 2. ZS, Beschluss vom 14. Mai 2003, – 2 W 77/03 –, Li.

Der Betroffene leidet an einer schweren manischen Episode mit psychotischen Symptomen im Rahmen einer schizoauffektiven Erkrankung. Hinzu kommt eine hyperkinetische Störung des Erwachsenenalters (ADHD). Er wurde erstmals 1996 mit seinem Leiden auffällig und deswegen wiederholt stationär behandelt.

Auf Antrag des beteiligten Kreisgesundheitsamts hat das Amtsgericht nach Anhörung des Betroffenen und Einholung eines weiteren mündlichen Gutachtens des Stationsarztes seine Unterbringung bis längstens zum 21.5.2003 angeordnet. Es hat diese Maßnahme zur Abwehr krankheitsbedingter „eigen- und fremdgefährdender Fehlhandlungen“ angeordnet. Die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde des Betroffenen hatte nach Anhörung des Betroffenen und Einholung mündlicher Gutachten der Stationsärztin Dr. Kü. und des Oberarztes Dr. Ka. der Universitätsklinik L., nachdem die Unterbringung erfolgt war, keinen Erfolg. Die sofortige weitere Beschwerde führte zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung an das Landgericht.

Aus den Gründen

Das Landgericht hat die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 und 2 PsychKG bejaht und dazu ausgeführt: Der Betroffene sei infolge seiner schizoauffektiven Erkrankung antriebsgesteigert, gereizt und in seinem Denken zerfahren, ferner krankheits- und behandlungsuneinsichtig. Bei seiner Entlassung bestehe die erhebliche Gefahr, dass er mit seinem bei der Uniklinik geparkten Auto fahre. Da er nur vermindert steuerfähig sei, würden dadurch andere Verkehrsteilnehmer akut gefährdet. Darüberhinaus sei mit völlig unkontrollierten Handlungen zu rechnen, die auch für ihn eigengefährdend werden können.

Diese Ausführungen sind insoweit rechtsfehlerhaft, als die krankheitsbedingte erhebliche und anders nicht abwendbare Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit des Betroffenen oder der Rechtsgüter anderer im Sinne des § 7 PsychKG nicht hinreichend unter Darlegung konkreter Tatsachen

(vgl. hierzu Senat, Beschluss vom 13.9.2002, SchlHA 2003, 43 = FamRZ 2003, 477 LS)

vom Amts- und Landgericht festgestellt und auch sonst nicht aus den Akten ersichtlich ist. Die vom Amtsgericht nur allgemein erwähnten „eigen- und fremdgefährdenden Fehlhandlungen“ lassen nicht erkennen, was damit im einzelnen gemeint ist, und ob sie dem gesetzlichen Gefährdungstatbestand genügen. Die vom Landgericht angeführte Möglichkeit, dass der Betroffene im Falle seiner Entlassung sein vor der Uniklinik geparktes Auto fährt, mag auf Grund seiner psychischen Erkrankung derzeit den Gefährdungstatbestand begründen, es ist aber nichts dazu festgestellt,

dass diese Gefahr unabwendbar ist. So drängt sich zum Beispiel die Möglichkeit auf, dass im Einverständnis mit dem Betroffenen, der mehrmals verneint hat, das Auto führen zu wollen (u. a. soll seine Schwester das Auto abholen und damit fahren), die Autoschlüssel von einer zuverlässigen Person verwahrt werden, so dass diese Gefahr jedenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn der Betroffene keinen Zugang zu anderen Fahrzeugen hat, die er zu führen beabsichtigt. Sollte der Betroffene seine Zustimmung widerrufen, so kann seine Unterbringung erneut herbeigeführt werden. Soweit das Landgericht „völlig unkontrollierte Handlungen“ des Betroffenen erwähnt, die für ihn „eigengefährdend“ werden könnten, haftet dem ebenfalls – wie beim Amtsgericht – der Mangel fehlender Konkretheit an.

Die Ausführungen der Sachverständigen sind nicht geeignet, den Rechtsfehler zu beheben. Die von Dr. Kü. angesprochene „zumindest mittelbare Eigen- und Fremdgefährdung“ lässt nicht erkennen, was darunter zu verstehen ist und dürfte schon wegen der einschränkend wirkenden „Mittelbarkeit“ nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Die im gleichen Zusammenhang angeführten „großen Geldausgaben, die teilweise zur Verschuldung des Patienten führen können“, stellen in aller Regel keine Gefährdung seines Lebens oder seiner Gesundheit dar. Die von Dr. Ka. angesprochenen „Pläne des Betroffenen, die zu einer direkten Gefährdung von anderen Personen führen würden“, sind – außer der Möglichkeit des eingangs behandelten Führens seines Autos – ebenfalls nicht näher erläutert. Der Stationsarzt K. verweist in seinem schriftlichen Gutachten vom 4. 4. 2003 lediglich – damit unzulänglich, wie schon beanstandet – auf „eigen- und fremdgefährdende Verhaltensweisen“ des Betroffenen. Soweit er anlässlich der Anhörung geschildert hat, der Betroffene habe „sich gewehrt“, als er vom Pflegepersonal gehindert worden sei, die Station zu verlassen, so kann dies – abgesehen davon, dass ein darin liegendes Gefährdungspotential nicht näher wiedergegeben ist – eine nur unterbringungsspezifische Reaktion gewesen sein, die sich nicht verallgemeinern lässt. Letztlich lassen die Äußerungen der Sachverständigen nicht erkennen, ob und inwieweit angesichts des bereits gegebenen chronischen Verlaufs der Erkrankung (so Dr. Kü. bei der Anhörung am 29. 4. 2003) im Falle einer Nichtbehandlung die Prognose nachhaltig verschlechtert wird, wobei auch die möglichen Risiken einer (Zwangs)behandlung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen sind. Bei den weiteren Ermittlungen im Hinblick auf den Gefährdungstatbestand kann es hilfreich sein, die Akten aus vorangegangenen Unterbringungsverfahren beizuziehen, um zu prüfen, ob dort zu Tage getretene Verhaltensweisen des Betroffenen in gleicher oder ähnlicher Weise zu erwarten sein werden.

Öffentliches Recht

GO § 34 IV; VwGO §§ 80 VII, 123 III; ZPO § 927

1. Gegenüber einer – auch ablehnenden – Entscheidung über einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Normenkontrollverfahren nach § 47 VI VwGO ist ein Abänderungsantrag entsprechend §§ 80 VII, 123 III VwGO i. V. m. § 927 ZPO statthaft.

2. Werden Zeit, Ort und Tagesordnung einer Satzung der Gemeindevertretung entgegen § 34 IV 2 GO nicht (unverzüglich) örtlich bekanntgegeben, so führt dies zur Rechtswidrigkeit bzw. – im Falle von Satzungsbeschlüssen – zur Nichtigkeit der betreffenden Beschlüsse.

SchlHOVG, 1. Senat, Beschluss vom 23. Mai 2003, – 1 MR 10/03 –, Dr. Ew.

Aus den Gründen

Der in entsprechender Anwendung der §§ 80 Abs. 7, 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 927 ZPO zulässige Änderungsantrag ist begründet. Die 9. Änderung des Bebauungsplanes Nr. 8 der Ag. in ist bis zur Entscheidung des Senats über den Normenkontrollantrag der Ast. in der Sache 1 KN 10/03 vorläufig außer Vollzug zu setzen, weil dies aus anderen wichtigen Gründen im Sinne des § 47 Abs. 6 VwGO dringend geboten ist. Durch den drohenden Vollzug der in Frage stehenden Änderung des Bebauungsplanes werden nach Lage der Dinge nicht mehr rückgängig zu machende Tatsachen geschaffen; es ist nach dem jetzigen Erkenntnisstand mit großer Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Normenkontrollantrag – entgegen der Auffassung des Senats im Beschluss vom 19. Mai 2003 – doch Erfolg haben wird.

Im Beschluss vom 19. Mai 2003 ist der Senat auf Grund des Vorbringens der Beteiligten noch davon ausgegangen, dass nicht anzunehmen sei, dass die Einladung zur Sitzung der Gemeindevertretung vom 4. Dezember 2002, in der über die eingegangenen Bedenken und Anregungen entschieden und der Satzungsbeschluss gefasst wurde, nicht entsprechend § 34 Abs. 4 GO öffentlich bekannt gemacht worden sei. Die Ag. in hatte auf Grund der im Schriftsatz der Ast. vom 16. Mai 2003 insoweit angedeuteten Zweifel Unterlagen vorgelegt, nach denen die Einladung zu der genannten Sitzung (einschließlich der Tagesordnung) an die S. Rundschau mit der Bitte um Veröffentlichung gesandt worden ist.

Nach dem jetzigen Erkenntnisstand des Senats ist es gleichwohl zu einer Veröffentlichung der Einladung in der S. Rundschau nicht gekommen. Dieser Mangel führt zur Nichtigkeit des angefochtenen Bebauungsplanes: Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GO sind Sitzungen der Gemeindevertretung grundsätzlich öffentlich. Das Öffentlichkeitsprinzip ist tragender Verfahrensgrundsatz des kommunalen Verfassungsrechts, dessen Sinn und Zweck dahingehen, in Bezug auf die Arbeit des kommunalen Vertretungsorgans gegenüber der Allgemeinheit Publizität, Information, Kontrolle und Integration zu vermitteln bzw. zu ermöglichen

(OVG Saarland, Urt. v. 22. 4. 1993 – 1 R 35/91 –, DÖV 1993, 964).

Der Grundsatz unterwirft die Vertretungskörperschaft der allgemeinen Kontrolle der Öffentlichkeit und trägt daher dazu bei, der unzulässigen Einwirkung persönlicher Beziehungen, Einflüsse und Interessen auf die Beschlussfassung vorzubeugen und den Anschein zu vermeiden, dass „hinter verschlossenen Türen“ etwa unsachliche Motive für die getroffenen Entscheidungen maßgebend gewesen sein können

(vgl. von Mutius/Rentsch, Kommunalverfassungsrecht Schleswig-Holstein, 5. Aufl. 1998, § 35 Rn. 1).

Deshalb ist es unerlässlich, dass jedermann die Möglichkeit hat, sich ohne besondere Schwierigkeit Kenntnis von Ort und Zeit der Sitzung zu verschaffen und dass jedermann jederzeit freier Zutritt zur gesamten Dauer der Sitzung als Zuhörer eröffnet ist. Das aber ist in der Regel nur gewährleistet, wenn Zeit, Ort und Tagesordnung der jeweiligen Sitzung der Gemeindevertretung gemäß § 34 Abs. 4 Satz 2 GO (unverzüglich) örtlich bekannt gegeben werden. Hat die Öffentlichkeit mangels Bekanntgabe keine Kenntnis von der Sitzung der Gemeindevertretung, dann ist ihre Teilnahme an der Sitzung praktisch ausgeschlossen. Deshalb macht die Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes als Verstoß gegen tragende Grundsätze des Kommunalverfassungsrechts einen gefassten Beschluss der Gemeindevertretung unwirksam

(vgl. von Mutius/Rentsch, aaO § 34 Rn. 6; § 35 Rn. 1).

KAG § 8

- 1. Eine Maßnahme im Sinne von § 8 Abs. 1 KAG ist dann vorteilhaft – und damit beitragsfähig –, wenn sie den Anliegern zusätzliche Vorteile vermittelt.**
- 2. Eine beitragsfähige Maßnahme kann auch dann vorliegen, wenn sie sich nicht über wenigstens die Hälfte der Einrichtung erstreckt.**
- 3. Bei der Erneuerung wird die Straße bzw. eine Teileinrichtung – wie bei der erstmaligen Herstellung – in einen Zustand versetzt, der auf längere Zeit hinaus den voraussichtlichen Anforderungen des Verkehrs genügt, d.h. die Nutzungsdauer der Einrichtung wird verlängert.**

SchlHOVG, 2 Senat, Beschluss vom 20 August 2003, – 2 MB 80/03 –, Har.

Aus den Gründen

Die zulässige Beschwerde der Ag. in ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat im Ergebnis zu Recht gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO in entsprechender Anwendung von § 80 Abs. 4 Satz 3

VwGO die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Beitragsbescheid vom 5. November 2002 in der Fassung des Widerspruchsbekandes vom 3. Februar 2003 angeordnet.

Allerdings können die ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes nicht damit begründet werden, dass die im Jahre 1998 vorgenommene Fahrbahnerneuerung in der Straße A. zwischen der F.-Straße und H. mit einer Länge von 153 m weniger als die Hälfte (ca. 39%) der öffentlichen Einrichtung ausmache, die nach Ansicht der Ag. in und des Verwaltungsgerichts den M., das ausgebaute Teilstück des A. sowie ein weiteres Teilstück dieser Straße zwischen F. Straße und B. Weg umfassen soll. Eine nach § 8 Abs. 1 KAG beitragsfähige Maßnahme kann entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts auch dann vorliegen, wenn sie sich nicht über wenigstens die Hälfte der Einrichtung erstreckt.

Eine Maßnahme im Sinne von § 8 Abs. 1 KAG ist dann vorteilhaft – und damit beitragsfähig –, wenn sie den Anliegern objektiv zusätzliche Vorteile vermittelt. Das ist bei der Erneuerung einer Fahrbahn nach Ablauf der üblichen Nutzungsdauer regelmäßig der Fall, vor allem dann, wenn – wie hier – die Fahrbahn gehäuft Versackungen und Unebenheiten aufwies, die schon seit Jahren kleinfächig geflickt worden waren. Zwar ist in Schleswig-Holstein – im Gegensatz zu verschiedenen anderen Landesgesetzen – die Erneuerung nicht als Beitragstatbestand genannt, doch wird sie in ständiger Rechtsprechung als – nochmalige – Herstellung im Sinne von § 8 Abs. 1 KAG verstanden

(vgl. z.B. Senatsurt. vom 24.2.1999 – 2 L 146/96 – NordÖR 1999, 311 = SchlHA 1999, 190).

Während zur laufenden Unterhaltung und Instandsetzung alle Maßnahmen zählen, die notwendig sind, um eine Straße (oder eine Teileinrichtung) in einem ihrer Bestimmung entsprechenden gebrauchsfähigen Zustand zu erhalten

(vgl. Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl., § 32 Rn. 2 mwN).

wird die Straße bzw. eine Teileinrichtung bei der Erneuerung – wie bei der erstmaligen Herstellung – in einen Zustand versetzt, der auf längere Zeit hinaus den voraussichtlichen Anforderungen des Verkehrs genügt

(vgl. Habermann in Dewenter/Habermann/Riehl/Steenbock/Wilke, KAG, § 8 Rn. 148 mwN).

d. h. die Nutzungsdauer der Einrichtung wird verlängert.

Geht eine Maßnahme über eine laufende Unterhaltung bzw. Instandsetzung hinaus, etwa indem eine abgängige Teileinrichtung grundlegend saniert wird

(vgl. BayVG, Urt. v. 7.4.1998 – 6 B 93.3391 –, BayVBl. 1999, 19),

und handelt es sich dabei nicht nur um die Beseitigung eines „aufgestauten Reparaturbedarfs“

(vgl. dazu Driehaus, aaO, § 32 Rn. 20 mwN),

steht der Beitragsfähigkeit nicht entgegen, dass die Maßnahme sich nur auf einen Teil der ausgebauten öffentlichen Einrichtung erstreckt. Auch wenn der straßenbaubeitragsrechtliche Einrichtungsbegriff des § 8 Abs. 1 KAG – weitgehend – mit demjenigen des Erschließungsbeitragsrechts übereinstimmt, bedeutet das nicht, dass – wie im Erschließungsbeitragsrecht nach §§ 127 ff. BauGB – ohne Abschnittsbildung und/oder Kostenspaltung Ausbaubeiträge grundsätzlich erst mit dem Abschluss der Ausbau- oder Umbauarbeiten an der öffentlichen Gemeindestraße auf ihrer gesamten Länge und mit allen Teilanlagen entstehen können. Aus- und Umbaumaßnahmen einschließlich Erneuerungen erfolgen an bereits bestehenden öffentlichen Einrichtungen. Um die Einrichtung den Bedürfnissen entsprechend etwa zu erweitern, umzugestalten, zu modernisieren, an die allgemeinen anerkannten Regeln der Technik anzupassen und dergleichen, ist dies in den meisten Fällen auf Teileinrichtungen und Teilstreckung einer Gemeindestraße begrenzt. Das gilt nicht nur für einen Ausbau durch Vervollständigung oder Verbesserung einer vorhandenen Einrichtung, etwa durch Hinzufügen von Parkstreifen oder Parkplätzen

(vgl. dazu Senatsurt. v. 25. 6. 2003 – 2 LB 55/02 –),

sondern auch für die Erneuerung. Sofern die Notwendigkeit der Erneuerung nicht für die gesamte (Teil-)Einrichtung besteht und demzufolge das Bauprogramm sich auf die zu sanierende Strecke beschränkt, ist die Maßnahme gleichwohl beitragsfähig im Sinne von § 8 Abs. 1 KAG, wenn sie vorteilhaft ist. Die Vorteilhaftigkeit ist nicht aus der Sicht des einzelnen Anliegers zu beurteilen. Vielmehr muss die Maßnahme objektiv geeignet sein, grundstücksbezogene Vorteile zu gewährleisten. Die Gemeinde kann weder auf die Möglichkeit der Erhebung von Vorauszahlungen gemäß § 8 Abs. 4 Satz 3 KAG noch auf eine – in Schleswig-Hol-

stein nicht ausdrücklich geregelte, aber anerkannte

(vgl. Thiem-Böttcher, KAG, § 8 Rn.274 mwN) –

Abschnittsbildung verwiesen werden. Vielmehr entsteht mit der Verwirklichung des Bauprogramms, d. h. mit dem Abschluss der erforderlichen Maßnahme, nach § 8 Abs. 4 Satz 2 KAG kraft Gesetzes die (sachliche) Beitragspflicht

(Senatsurt. v. 28.10.1997, – 2 L 281/95 –, Die Gemeinde 1998, 98 = DVBl. 1998, 719 = NordÖR 1998, 88 = SchlHA 1998, 141).

Für eine Vorfinanzierung oder eine Abkürzung des Zeitraums der Vorfinanzierung der Aufwendungen ist dann kein Raum mehr.

Sofern sich das Bauprogramm nur auf einen Teil der Verkehrseinrichtung erstreckt, weil nur dort die örtlichen Verhältnisse die Maßnahme zulassen und/oder erfordern, berührt das nicht die Beitragsfähigkeit der Maßnahme an sich, sondern u. U. die Abgrenzung des Kreises der Beitragspflichtigen. Eine Steigerung des Gebrauchswertes der Anlieger- und ggf. Hinterlieger-Grundstücke einer Verkehrseinrichtung ist auch mit einer Maßnahme verbunden, die nur in einem Teil der Einrichtung durchgeführt wird. Der Wirkungsbereich einer Ausbaumaßnahme ist grundsätzlich nicht auf den eigentlichen (technischen) Bauabschnitt beschränkt, sondern erstreckt sich regelmäßig auf die gesamte Einrichtung. Eine Abweichung von dem daraus folgenden Grundsatz der Verteilung des Gesamtaufwandes auf sämtliche an die Einrichtung angrenzenden Grundstücke kommt in Betracht, wenn ein Straßenzug von außergewöhnlicher Länge, der zwar noch als einheitliche Einrichtung anzusehen, aber durch Kreuzungsbereiche und einmündende Straßen in mehrere Abschnitte mit einer gewissen selbständigen Verkehrsfunktion deutlich unterteilt ist, nur auf einer unbedeutenden Teilstrecke ausgebaut wird und sich die Vorteilswirkungen dieser Maßnahme ersichtlich nur auf einen durch äußere Merkmale gekennzeichneten Abschnitt beschränken

(Senatsurt. v. 25.6.2003, aaO).

Die damit verbundene Rechtsunsicherheit, die das Verwaltungsgericht als wesentliches Argument für die gegenteilige Ansicht heranzieht, ist hinzunehmen. Diese Unsicherheit besteht zwangsläufig, wenn für die Entstehung der sachlichen Beitragspflicht nicht – wie nach der Rechtsprechung des früher auch für Schleswig-Holstein zuständigen Oberverwaltungsgerichts Lüneburg

(vgl. u.a. B. v. 11.2.1987 – 9 B 122/96 –, KSfZ, 151) –

der Ausbau der Einrichtung in gesamter Länge und Breite gefordert wird. Die Gründe für diese veränderte Auslegung des § 8 KAG hat der Senat mehrfach dargelegt

(vgl. z.B. Urt. v. 28.10.1997, aaO).

So ist mittlerweile auch für das niedersächsische Landesrecht anerkannt, dass ein Ausbau auf gesamter Länge u. a. dann nicht für die Entstehung der Beitragspflicht zu fordern ist, wenn die Verwirklichung eines Beitragstatbestandes (z. B. eine Erneuerung) nur in einem Teilbereich notwendig ist, eine Abschnittsbildung aber nicht in Betracht kommt. In solchen Fällen sprechen die Erneuerungsbedürftigkeit einerseits und das Gebot einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung andererseits dafür, die Beitragsfähigkeit der auf einer Teilstrecke durchgeführten Erneuerungsmaßnahme anzuerkennen, sofern die Ausbaustrecke innerhalb der öffentlichen Einrichtung einen nicht nur untergeordneten Teilbereich erfasse und die Gemeinde sowohl die Notwendigkeit eines nur teilweisen Ausbaus als auch Umfang sowie Beendigung der Baumaßnahmen deutlich mache

(OVG Lüneburg, Urt. v. 7.9.1999 – 9 L 393/99 –, NVwZ-RR 2000, 381, 383).

Die Rechtsunsicherheit kann auch nicht sinnvoller Weise dadurch behoben werden, dass bei Teileinrichtungen, die regelmäßig auf gesamter Länge vorhanden sind, wie z. B. die Fahrbahn, mindestens die halbe Strecke von der Maßnahme erfasst sein muss. Dass dieser Anteil – entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts – nicht als Abgrenzung zur Unterhaltung oder Instandsetzung zu fordern ist, ergibt sich aus den oben dargelegten Zielsetzungen und der daraus folgenden Art der verschiedenen Maßnahmen. Davon abgesehen hätte die Forderung eines Ausbaus von mindestens der Hälfte der maßgeblichen Straßenstrecke die Folge, dass eine Erneuerung etwa von zwei Drittel der Länge beitragsfähig wäre, eine erst später erforderlich werdende Erneuerung des restlichen Drittels dagegen nicht. Vielmehr ist unter diesen Umständen die Beitragsfähigkeit beider Maßnahmen gegeben und zwar mit einer Beitragspflicht für jeweils alle Anlieger der Einrichtung.

Erstliche Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Bescheide ergeben sich aber aus dem Umstand, dass das Grundstück der Ast.in nach der in diesem Verfahren nur möglichen summarischen Prüfung nicht an der ausgebauten Verkehrseinrichtung liegt und es deswegen an der für die Beitragserhebung notwendigen Vorteilslage fehlt.

Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 KAG sind Beiträge u. a. für die Herstellung der notwendigen öffentlichen Einrichtungen von denjenigen Grundeigentümern zu erheben, denen hierdurch Vorteile erwachsen. Voraussetzung dafür wäre nicht, dass das Grundstück der Ast.in unmittelbar an die beitragsfähige Maßnahme oder an dem Straßenabschnitt, in dem die Maßnahme durchgeführt wurde, angrenzt. Ausreichend wäre vielmehr, dass ihr Grundstück in seiner gesamten Ausdehnung zu der ausgebauten öffentlichen Einrichtung in einer besonderen räumlich engen Beziehung stände. Diese Voraussetzung trifft für Anliegergrundstücke im Bereich der ausgebauten Einrichtung grundsätzlich zu

(ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. Urt. v. 28.10.1997, aaO, Urt. v. 30.4.2003 – 2 LB 105/02 –).

Damit kommt der Abgrenzung der Einrichtung Bedeutung für die Bestimmung des Kreises der Beitragspflichtigen zu.

Für die Feststellung der räumlichen Ausdehnung der Einrichtung insgesamt, auf die sich die Maßnahme bezieht, ist ausgehend von der natürlichen Betrachtungsweise und ungeachtet einer wechselnden Straßenbezeichnung, auf das Erscheinungsbild eines Straßenzuges (z. B. Straßenführung, Straßenbreite, Straßenlänge, Straßenausstattung, Zahl der „erschlossenen“ Grundstücke), seine Verkehrsfunktion sowie vorhandene Abgrenzungen (Kreuzungen, Einmündungen), die eine Verkehrsfläche augenfällig als ein eigenständiges Element des Straßennetzes erscheinen lassen, abzustellen. Maßgeblich sind allein die in der Natur vorhandenen Merkmale, also aus ausschließlich das äußere Erscheinungsbild und die darauf abzustellende objektive Einschätzung

(vgl. Senatsurt. v. 25.6.2003, aaO, mwN).

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte spricht nach Aktenlage Überwiegendes dafür, dass die Stichstraße M., die von der Straße H. abzweigt, nicht zusammen mit dem ausgebauten Teil des A. eine Einrichtung bildet. Stichstraßen sind gewöhnlich von der Straße, in die sie einmünden, deutlich abgesetzt. Etwas anderes gilt in der Regel auch nicht im Verhältnis zwischen einer Stichstraße und einer gegenüberliegend in den Hauptzug einmündenden Straße. Der M. verläuft hier zwar von der Kreuzung H. an in Verlängerung des A., er hat aber nicht zusammen mit dem A. eine einheitliche Verkehrsfunktion. Während das ausgebaute Teilstück des A. eine Verbindung zwischen der F. Straße und der Straße H. schafft, stellt die Stichstraße M. eine davon unabhängige Verkehrseinrichtung dar, die allein der Erschließung der daran angrenzenden Grundstücke dient. Inwieweit diese Beurteilung auch auf den nicht ausgebauten Teil des A. zwischen F. Straße und B. Straße zu übertragen ist, bedarf keiner Entscheidung. Ein maßgeblicher Unterschied ist jedenfalls nicht daraus herzuleiten, dass es sich dabei offenbar auch um eine „Sackgasse“ handelt, die aber – anders als der M. – weniger als 100 m lang ist

(zur Einordnung von Stichstraßen als selbständige Verkehrseinrichtung vgl. Senatsurt. v. 30.4.2003 – 2 LB 118/02 –).

Fehlt es mithin an der für die Beitragspflicht erforderlichen besonderen räumlichen engen Beziehung des am M. belegenen Grundstücks der Ast.in zu der ausgebauten Einrichtung, erweisen sich die angefochtenen Bescheide als rechtswidrig.

KAG § 8

- 1. Die erstmalige Herstellung unselbständiger Parkflächen am Rande einer vorhandenen Straße ist in der Regel eine beitragspflichtige Straßenausbaumaßnahme, weil den Anliegern zusätzliche Vorteile vermittelt werden.**
- 2. Sofern nach dem Bauprogramm nur in einzelnen Bereichen der Verkehrseinrichtung zusätzliche Parkflächen geschaffen werden, weil nur dort die örtlichen Verhältnisse sie zulassen und/oder erfordern, berührt das nicht die Beitragsfähigkeit der Maßnahme an sich, sondern die Abgrenzung des Kreises der Beitragspflichtigen.**
- 3. Eine Abweichung von dem Grundsatz der Verteilung des Gesamtaufwandes auf sämtliche an die Einrichtung angrenzenden Grundstücke kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht.**
- 4. Für die Feststellung der räumlichen Ausdehnung der Einrichtung insgesamt, auf die sich die Maßnahme bezieht, kommt es grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht an.**

SchlHOVG, 2. Senat, Urteil vom 25. Juni 2003, – 2 LB 55/02 –, Har.

Der Kl. ist mit seinem Hausgrundstück Anlieger des K.-Weges im Bereich der Bekl. Er wendet sich gegen seine Heranziehung zu einem Ausbaubeitrag für die erstmalige Herstellung von Senkrechtparkstreifen in dieser Straße. Er meint, der Bau von 26 Stellplätzen auf einer Länge von 65 m sei im Hinblick auf die Gesamtlänge der Straße von

ca. 850 bis 900 m eine unbedeutende, nicht beitragsfähige Maßnahme. Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen. Der Bau der Parkplätze sei für die Anlieger vorteilhaft und damit beitragspflichtig. Der Kreis der Beitragspflichtigen sei auch zutreffend auf einen Teil der Verkehrseinrichtung beschränkt worden.

Auf der Berufung des Kl. hat das SchlHOVG das Urteil geändert und den Beitragsbescheid teilweise aufgehoben.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung des Kl. ist teilweise begründet. Seine Heranziehung zu einem Ausbaubeitrag ist lediglich in Höhe von 1128,89 DM gerechtfertigt. Das Urteil des Verwaltungsgerichts ist dementsprechend zu ändern und die angefochtene Bescheid in Gestalt des Widerspruchsbescheides teilweise aufzuheben (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Die von der Bekl. im Jahre 1997 im K.-Weg im Bereich H.-Straße bis T.-Straße vorgenommene erstmalige Herstellung von 26 Senkrechtparkstreifen ist eine beitragspflichtige Straßenausbaumaßnahme im Sinne von § 8 Abs. 1 KAG. Eine Straßenausbaumaßnahme ist dann beitragsfähig, wenn die nach § 2 Abs. 1 KAG erforderliche Satzung einen Beitragstatbestand begründet, die Maßnahme notwendig ist und den Eigentümern der im Wirkungsbereich dieser Maßnahme liegenden Grundstücke infolge der Maßnahme Vorteile geboten werden. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

Die Bekl. erhebt gemäß § 1 ihrer Satzung über die Erhebung von Beiträgen nach § 8 KAG für Straßenbaumaßnahmen (Ausbaubeitragssatzung) vom 23. März 1994 – ABS – zur Deckung des Aufwandes für den Ausbau und Umbau öffentlicher Straßen, Wege und Plätze (Anlagen) Beiträge nach Maßgabe dieser Satzung. Gegen die Wirksamkeit dieser Satzung werden vom Kl. keine Einwände erhoben, so dass darauf nicht näher einzugehen ist.

Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, handelt es sich bei der Anlage der Parkplätze um einen Ausbau im Sinne von § 8 Abs. 1 KAG. In Schleswig-Holstein ist unter Ausbau im engeren Sinne die Vervollständigung oder Verbesserung einer vorhandenen Einrichtung in ihrem bisherigen Zustand der Benutzbarkeit zu verstehen (Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung Lt-Drs. VI/920). Vervollständigt wird die Einrichtung Straße durch Hinzufügung einer bisher nicht vorhandenen Teileinrichtung wie z. B. Parkstreifen oder Parkplätze. Parkflächen, die neben Fahrbahn und Gehwegen auf einem besonderen Teil der Straßenfläche angelegt und deutlich erkennbar ihrer Funktion nach ausschließlich zum Parken bestimmt sind, gehören nicht zur Teileinrichtung Fahrbahn, sondern sind als eigene Teileinrichtungen Bestandteil der betreffenden Straße

(BVerwG, Urt. v. 11. 12. 1970 – IV C 24.69 –, KStZ 1972, 12).

Dabei ist es unerheblich, ob es sich um eine neben der Straße verlaufende Parkspur handelt, die unmittelbar von der Fahrbahn aus oder auch durch besondere Zufahrten erreicht wird, ob auf einem Parkstreifen längs oder quer geparkt wird und ob die Parkfläche sich mit der Fahrbahn auf gleicher Höhe befindet oder über einen Randstein erreicht wird

(BVerwG, Urt. v. 14. 7. 1972 – IV C 28.71 –, DVBl. 1972, 894).

Hier erscheinen die zwischen dem – im Zuge des Ausbaues gelegten – Gehweg und der Fahrbahn angelegten Parkplätze nach dem Gesamteindruck, den die tatsächlichen Verhältnisse einem unbefangenen Beobachter bei natürlicher Betrachtungsweise vermitteln, als Bestandteil der Straße.

Eine Ausbaumaßnahme ist dann vorteilhaft – und damit beitragsfähig –, wenn sie den Anliegern objektiv zusätzliche Vorteile vermittelt. Das ist der Fall, wenn der Ausbauzustand der Straße sich nach Durchführung der Maßnahme positiv von dem zum Zeitpunkt der erstmaligen Herstellung unterscheidet und sich dadurch die Erschließungssituation der betroffenen Grundstücke verbessert hat, weil ihre Zugänglichkeit erleichtert wird oder sich ihr Gebrauchswert erhöht

(vgl. Senatsurteil vom 24. 2. 1999 – 2 L 146/96 –, NordÖR 1999, 311 = SchlHA 1999, 190).

Diese Anforderungen sind bei Hinzufügung einer weiteren Teileinrichtung regelmäßig erfüllt. Die mit den Parkplätzen erreichte klare Trennung des fließenden vom ruhenden Verkehr auf jeweils dazu bestimmten Straßenflächen bewirkt, dass der Verkehrsablauf sicherer wird und die anliegenden Grundstücke leichter und gefahrloser erreicht werden können, was deren Gebrauchswert erhöht. Darüber hinaus wird der Gebrauchswert der erschlossenen Grundstücke dadurch erhöht, dass den Grundstückseigentümern in der Nähe ihrer Grundstücke verkehrstechnisch sichere Parkmöglichkeiten auf der Straße zur Verfügung gestellt werden

(vgl. OVG Münster, Urt. v. 15. 2. 1989 – 2 A 2562/86 –, NWBl. 1989, 410; Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl., § 32 Rn. 62 mwN).

Bei der Anlage von 26 Parkplätzen auf einer Länge von 65 m stellt sich nicht die Frage, ob die Maßnahme hinsichtlich der Vorteilslage der Anliegergrundstücke unmerklich ist und es wegen Geringfügigkeit an der Beitragsfähigkeit fehlen könnte. Dass die Schaffung dieser Teileinrichtung hier angesichts des generellen Mangels an frei zugänglichen Parkplätzen auch in dieser Straße notwendig war, wird vom Kl. nicht in Zweifel gezogen, so dass es dazu keiner weiteren Ausführungen bedarf.

Der Beitragsfähigkeit steht nicht entgegen, dass die Maßnahme sich nur auf einen Teil der ausgebauten öffentlichen Einrichtung erstreckt. Dabei kann zunächst dahinstehen, wie die Einrichtung hier abzugrenzen ist. Auch wenn der straßenbaubeitragsrechtliche Einrichtungsbegriff des § 8 Abs. 1 KAG – weitgehend – mit demjenigen des Erschließungsbeitragsrecht übereinstimmt, bedeutet das nicht, dass – wie im Erschließungsbeitragsrecht nach § 127 ff. BauGB – ohne Abschnittsbildung und/oder Kostenspaltung Ausbaubeiträge grundsätzlich erst mit dem Abschluss der Ausbau- oder Umbauarbeiten an der öffentlichen Gemeindestraße auf ihrer gesamten Länge und mit allen Teilanlagen entstehen können. Aus- und Umbaumaßnahmen erfolgen an bereits bestehenden öffentlichen Einrichtungen. Diese werden anders als im Erschließungsbeitragsrecht nicht erst geschaffen. Um die Einrichtung den Bedürfnissen entsprechend etwa zu erweitern, umzugestalten, zu modernisieren, an die allgemein anerkannten Regeln der Technik anzupassen und dergleichen, ist dies in den meisten Fällen auf Teileinrichtungen und Teilstrecken einer Gemeindestraße begrenzt. Das trifft nicht nur bei der Erneuerung oder dem Ausbau der Fahrbahn und von Geh- und Radwegen zu, sondern vor allem für neben der Fahrbahn angelegte Parkflächen. Wenn es sich dabei nicht um selbstständige Parkflächen im Sinne von § 127 Abs. 2 Nr. 4 BauGB handelt, sondern sie – wie hier – Bestandteil der Straße sind, kann der dafür erforderliche Aufwand bei erstmaliger Herstellung der gesamten Verkehrslage in den Erschließungsbeitrag nach § 127 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BauGB auch dann einbezogen werden, wenn diese Teileinrichtungen nicht auf gesamter Länge der Straße geschaffen werden. bei einer nachträglichen Herstellung dieser Parkflächen, d. h. bei einem Ausbau im Sinne von § 8 Abs. 1 KAG, gilt nichts anderes.

Sofern nach dem Bauprogramm nur in einzelnen Bereichen der Verkehrseinrichtung zusätzlichen Parkflächen geschaffen werden, weil nur dort die örtlichen Verhältnisse sie zulassen und/oder erfordern, berührt das nicht die Beitragsfähigkeit der Maßnahme an sich, sondern die Abgrenzung des Kreises der Beitragspflichtigen. Eine Steigerung des Gebrauchswertes der Anlieger – und gegebenenfalls Hinterlieger-Grundstücke einer Verkehrseinrichtung ist auch mit einer Maßnahme verbunden, die nur in einem Teil der Einrichtung durchgeführt wird. der Wirkungsbereich einer Ausbaumaßnahme ist grundsätzlich nicht auf den eigentlichen (technischen Bauabschnitt beschränkt, sondern erstreckt sich regelmäßig auf die gesamte Einrichtung. Wird z. B. nur die Teilstrecke eines Gehweges einer Straße ausgebaut, dann haben nicht nur diejenigen Anliegergrundstücke, in deren Bereich die Ausbaustrecke liegt, von dieser Maßnahme einen beitragsfähigen Sondervorteil, sondern die Anlieger der ganzen Einrichtung. Ebenso hat die mit der Herstellung von Parkplätzen verbundene Trennung von fließendem und ruhendem Verkehr regelmäßig eine Verbesserung für die gesamte Einrichtung zur Folge. Eine Abweichung von dem daraus folgenden Grundsatz der Verteilung des Gesamtaufwandes auf sämtliche an die Einrichtung angrenzenden Grundstücke (vgl. dazu Urteil des Senats vom 28. 10. 1997 – 2 L 281/95 –, Die Gemeinde 1998, 98 = DVBl. 1998, 719 = NordÖR 1998, 88 = SchlHA 1998, 141)

kommt in Betracht, wenn ein Straßenzug von außergewöhnlicher Länge, der zwar noch als einheitliche Einrichtung anzusehen, aber durch Kreuzungsbereiche und einmündende Straßen in mehrer Abschnitte mit einer gewissen selbständigen Verkehrsfunktion deutlich unterteilt ist, nur auf einer unbedeutenden Teilstrecke ausgebaut wird und sich die Vorteilswirkungen dieser Maßnahme ersichtlich nur auf einen durch äußere Merkmale gekennzeichneten Abschnitt beschränken

(vgl. Beschluss des Senats vom 27. 6. 2001 – 2 M 51/01 –).

Das ist hier der Fall.

Ausgebaute Einrichtungen im Sinne von § 8 Abs. 1 KAG ist der K.-Weg zwischen der Kreuzung mit der R.-Straße im Norden und der Einmündung der Ho.-Straße im Süden. Entgegen der Auffassung des Kl. ist das weiter südlich verlaufende Teilstück des K.-Wegs im Rahmen der Beitragserhebung für die in Rede stehende Maßnahme nicht mit einzubeziehen.

Für die Feststellung der räumlichen Ausdehnung der Einrichtung insgesamt, auf die sich die Maßnahme bezieht, ist ausgehend von

der natürlich Betrachtungsweise und ungeachtet einer wechselnden Straßenbezeichnung, auf das Erscheinungsbild eines Straßenzuges (z. B. Straßenführung, Straßenbreite, Straßenlänge, Straßenausstattung, Zahl der „erschlossenen“ Grundstücke), seine Verkehrsfunktion sowie vorhandene Abgrenzungen (Kreuzungen, Einmündungen), die eine Verkehrsfläche augenfällig als ein eigenständiges Element des Straßennetzes erscheinen lassen, abzustellen
(vgl. Urteil des Senats vom 28. 10. 1997, aaO).

Maßgeblich sind allein die in der Natur vorhandenen Merkmale, also ausschließlich das äußere Erscheinungsbild und die darauf abzustellende objektive Einschätzung.

Für die Beurteilung kommt es grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht an. Gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 KAG entsteht die Beitragspflicht mit dem Abschluss der Maßnahmen, die für den Aus- oder Umbau der öffentlichen Einrichtung oder von selbständig nutzbaren Teilen erforderlich sind. Maßgeblich ist insoweit das Bauprogramm. Die Straßenausbaumaßnahme ist abgeschlossen, wenn das Bauprogramm im Hinblick auf die Einrichtung oder selbständig nutzbare Teile davon verwirklicht ist
(Urteil des Senats vom 28. 10. 1997, aaO).

Hier beschränkte das Bauprogramm sich nicht auf die Parkplätze, sondern bestand – wie den Verwaltungsvorgängen zu entnehmen und in der mündlichen Verhandlung von der Bekl. erläutert worden ist – aus einem mehrere Verkehrsanlagen betreffenden Gesamtkonzept. So wurden die Anlieger der Ho.-Straße 1 bis 15, der Ha.-Straße zwischen S.-Straße und K.-Weg und des K.-Weges 38 bis 53 im Juni 1995 auf Bauarbeiten an den verschiedenen Straßen hingewiesen. Mit den Umbaumaßnahmen werde der veränderten Verkehrsbedeutung der Ho.-Straße durch den vor einigen Jahren fertiggestellten S.-Hof und weitere Neubauprojekte im südlichen Innenstadtbereich Rechnung getragen. Im Dezember 1996 teilte das Tiefbauamt der Bekl. dem Bauverwaltungsamt mit, dass mit der Fertigstellung der Gesamtmaßnahme im Sommer 1997 zu rechnen sei.

Verfahrenskosten

BRAGO § 6 I

Die Anerkennung der Parteifähigkeit der BGB-Gesellschaft rechtfertigt es nicht ohne weiteres, den Mehrvertretungszuschlag gemäß § 6 I BRAGO abzuerkennen. Ob die Mitglieder einer Rechtsanwaltssozietät, diese selbst oder zusammen mit einzelnen Mitgliedern in Anspruch genommen werden sollen, richtet sich nach dem Klagebegehren.

SchlHOLG, 9. ZS, Beschluss vom 7. April 2003, – 9 W 37/03 –, Me.

Aus den Gründen

Die gemäß §§ 11 Abs. 1 RPfG, 104 Abs. 3, 567 Abs. 2, 569 ZPO n.F. zulässige Beschwerde ist begründet.

Die Rechtspflegerin hat die von den Bekl. zur Festsetzung angemeldete Erhöhungsgebühr aus § 6 Abs. 1 BRAGO zu Unrecht mit der Erwägung abgesetzt, die Klage habe sich gegen die Bekl. als die zwischen ihnen bestehende Anwaltssozietät gerichtet; Auftraggeber der Bekl. als Prozessbevollmächtigte sei die BGB-Gesellschaft.

Für diese Betrachtungsweise gibt es keine hinreichend klaren Anhaltspunkte. Dafür könnte allenfalls sprechen, dass sämtliche Bekl. in der Klageschrift ausschließlich mit der Kanzleianschrift angeführt sind und dass vorprozessual eine Beschränkung der zuzustellenden Abschriften abgesprochen war

(vgl. Schriftsatz der Kl.innen vom 6. 8. 2002).

Das allein genügt für die dem angefochtenen Beschluss ersichtlich zugrunde liegende Annahme nicht, die Kl.innen hätten ausschließlich die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als solche im Hinblick auf deren seit dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29. 1. 2001

(z.B. NJW 2001, 1056 ff.)

anerkannte Rechts- und Parteifähigkeit auf Schadensersatz aus der Verletzung von Anwaltspflichten aus dem früheren Mandatsverhältnis in Anspruch nehmen wollen. Dagegen spricht schon die namentliche Anführung aller Bekl. (statt der zulässigen

Zu den geplanten und umgesetzten Maßnahmen gehörten – soweit es den K.-Weg betrifft – nicht nur die Herstellung der abgerechneten Parkflächen, sondern auch eine Einengung der Fahrbahn auf der Westseite gegenüber der Einmündung der Ho.-Straße. Diese zunächst nur mit Betonelementen vorgenommene Umgestaltung ist später baulich nachvollzogen worden, nachdem im Einmündungsbereich der Ho.-Straße der für die Fahrbahnverschwenkung erforderliche Flächenerwerb stattgefunden hatte. Durch diesen Umbau wurden Gestalt und Funktion der früher vorhandenen Verkehrsanlagen in der Weise verändert, dass der K.-Weg im Bereich zwischen der Kreuzung mit der R.-Straße und der Einmündung der Ho.-Straße seither eine eigenständige Einrichtung im Sinne von § 8 Abs. 1 KAG bildet. Das darauf bezogene Bauprogramm war erst zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen, sodass auch bei Beantwortung der Frage, um welche Einrichtung es geht und welche Grundstücke durch die Maßnahme eine die Beitragserhebung rechtfertigenden Sondervorteil erlangt haben, auf die dadurch geschaffenen örtlichen Verhältnisse abzustellen ist.

Dementsprechend ist die von der Bekl. vorgenommene Begrenzung des Abgrenzungsgebietes fehlerhaft. Die Einmündung der T.-Straße im Norden und die Kreuzung des K.-Weges mit der H.-Straße im Süden haben aus den oben genannten Grundsätzen keine Begrenzung der maßgeblichen Einrichtung zur Folge. Die weiter nördlich bis zur R.-Straße und die weiter südlich bis zur Einmündung der Ho.-Straße belegenen Grundstücke sind ebenfalls bevorteilt und daher in die Verteilungsfläche einzubeziehen. Nach der von der Bekl. bereits in erster Instanz vorgelegten Vergleichsberechnung, deren sachlichen Richtigkeit vom Kl. nicht in Zweifel gezogen wird, ergibt sich daraus für das Grundstück des Kl. ein Betrag in Höhe von 1128,89 DM. Hinsichtlich der darüber hinausgehenden Heranziehung des Kl. ist der angefochtene Beitragsbescheid daher aufzuheben. Den Einwendungen des Kl. gegen die Beitragsfähigkeit der Maßnahme dem Grunde nach ist demgegenüber aus den oben genannten Gründen nicht zu folgen.

geführten Sozietätsbezeichnung „L. Rechtsanwälte.Notare“) und – vor allem – der Klagantrag, nach dem alle Bekl. jeweils als Gesamtschuldner der an die Kl.innen zu zahlenden Beträge verurteilt werden sollten. Daraus geht hervor, dass den Kl.innen eventuell nicht einmal die Möglichkeit, von der Sozietät als solcher Ersatz zu verlangen, bewusst gewesen ist; sie haben jedenfalls von der Empfehlung des Bundesgerichtshofs, die BGB-Gesellschaft als solche und daneben die Gesellschafter persönlich zu verklagen
(aaO S. 1060),

eindeutig keinen Gebrauch gemacht. Auch sonst lässt sich dem Klagevorbringen nichts für die Auffassung entnehmen, die Kl.innen hätten Schadensersatz nur von der Sozietät begehrt.

In gegen die Mitglieder einer Anwaltssozietät geführten Passivprozessen ist nach der bisherigen Auffassung des Senats
(JurBüro 1987, 1719)

und der ganz überwiegenden Meinung in der obergerichtlichen Rechtsprechung

(z.B. OLG Düsseldorf, MDR 2000, 851 f. mwN)

§ 6 Abs. 1 BRAGO sowohl bei Vertretung durch Sozietätsmitglieder als auch durch einen außenstehenden Anwalt anwendbar. Der vorwiegend auf Billigkeitserwägungen gestützten Mindermeinung
(vgl. Riedel-Sußbauer, BRAGO, 8. Aufl., § 6 Rn. 13)

ist durch die genannte BGH-Entscheidung die Grundlage entzogen. Der Mandant hat es seither selbst in der Hand, ob er nur die Sozietät als solche oder zusätzlich oder nur die einzelnen Gesellschafter mit dem Ziel einer Vollstreckung auch in deren Privatvermögen in Anspruch nehmen will. Demgemäß ist die Erstattungsfähigkeit des Mehrvertretungszuschlags im Passivprozess auch in der neueren Rechtsprechung anerkannt

(OLG Nürnberg, RPfeger 2001, 514 f.; OLG Saarbrücken, OLGR 2002, 260 f.).

Auf die fortbestehenden bzw. neuen Probleme zu Aktivprozessen von Anwaltssozietäten

(vgl. BGH, JurBüro 2003, 89 ff. m. Anm. Enders)

kommt es nicht an.

Verleger: Das Ministerium für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendamms 35, 24103 Kiel..

Verantwortlich i. S. d. § 8 Abs. 2 des Landespressegesetzes Schleswig-Holstein:

Richter am Oberlandesgericht Dr. Martin Probst, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig.

Die „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ erscheinen in zwei Ausgaben, Teil A (Justizministerialblatt und Rechtszeitschrift) und Teil B (Justizministerialblatt, nur Anzeigen bzw. gerichtl. Bekanntmachungen enthaltend), Teil A erscheint monatlich einmal, Teil B monatlich zweimal. Der Bezugspreis beträgt jährlich für Teil A 34 €, für Teil B 23 €. Der Preis für dieses Einzelheft beträgt 4,80 € und Porto. Privatbezieher können beide Teile nur beim Verlag J.J. Augustin, Postfach 11 06, 25342 Glückstadt, Telefon 0 41 24/20 44, Fax 47 09, bestellen. Beiträge sind an die Redaktion der „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig, zu senden. — Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Redaktion wieder. — Druck J. J. Augustin, Glückstadt.