

**OLG Saarbrücken: Kündigung eines Hebammen-Belegvertrags ist am rechtlichen Maßstab des § 626 BGB zu messen (hier: Ausspruch der Kündigung durch den Krankenhausträger)**

OLG Saarbrücken, Urt. v. 13.07.10 (Az. 4 U 496/09 – 142)

**Leitsätze des Gerichts:**

- *Ein zwischen einer Hebamme und einem Krankenhausträger abgeschlossener Vertrag, der der Hebamme unter Auferlegung beiderseitiger Pflichten die Tätigkeit einer Beleghebamme ermöglicht, unterliegt als freies Dienstverhältnis der Besetzungsbestimmung des § 626 BGB.*
- *Bei Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung ist die Frist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB zu wahren.*

(...)

**Aus den Entscheidungsgründen:**

**Tenor**

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Grundurteil des Landgerichts Saarbrücken vom 9. September 2009 – 4 O 177/08 – wird zurückgewiesen.

2. Auf den Einspruch der Beklagten wird das Versäumnisurteil des Landgerichts Saarbrücken vom 13. August 2008 – 4 O 177/08 – aufgehoben. Die Feststellungsklage wird abgewiesen.

3. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

5. Die Revision wird nicht zugelassen.

6. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 20.793,68 EUR festgesetzt (davon entfallen 1.000 EUR auf den Feststellungsantrag).

**Im vorliegenden Rechtsstreit nimmt die Klägerin die beklagte Klinikgesellschaft unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Vertragsverletzung wegen der nach Auffassung der Klägerin ungerechtfertigten fristlosen Kündigung des zwischen den Parteien bestehenden Vertrages über die Tätigkeit der Klägerin als Beleghebamme auf Schadensersatz in Anspruch.**

Die Klägerin war aufgrund Vertrages vom 4.8.2004 (GA I Bl. 9 ff.) in der Klinik der Beklagten als Beleghebamme tätig. Der Vertrag war auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und konnte gemäß § 8 innerhalb der ersten sechs Monate mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende, danach nur mit einer Frist von sechs Monaten zum Quartalsende, gekündigt werden.

**Mit Schreiben vom 28.3.2008 kündigte die Beklagte den Belegheammenvertrag außerordentlich zum 31.3.2008, vorsorglich ordentlich zum 30.9.2008.**

### Die Beklagte hat die Kündigung auf folgende Sachverhalte gestützt:

1. Am 23.11.2007 gebar die Zeugin K. in der Klinik der Beklagten ein Kind. Die Beklagte hat der Klägerin vorgeworfen, sie habe den zuständigen Arzt nicht rechtzeitig gerufen.

2. Am **16.1.2008** begab sich die Zeugin S. in die Klinik der Beklagten. Die Klägerin verabreichte der Patientin ein Schmerzmittel und ließ die Patientin in ein Entspannungsbad. Zuvor hatte sie sich durch zeitliches Abwarten von einer halben Stunde davon vergewissert, dass es nach der Verabreichung des Schmerzmittels nicht zu Kreislaufproblemen gekommen war. Zugleich hatte die Klägerin die Patientin darauf hingewiesen, dass die Ärzte der Gynäkologie mit Blick auf das Bestehen von Infektionsgefahren von der Durchführung von Entspannungsbädern grundsätzlich abrieten. In Kenntnis dieser Bedenken entschied sich die Patientin, die von Beruf Biologielaborantin mit Fachrichtung Mikrobiologie war, das Bad zu nehmen.

Die Beklagte hat vorgetragen, die Klägerin habe das Entspannungsbad entgegen einer ausdrücklichen ärztlichen Weisung eingelassen. Es entspräche den geburtshilflichen Leitfäden, dass Patienten unter Medikamenteneinfluss nicht in eine Geburtsbadewanne gehörten.

3. Am **6.2.2008** sollte die Patientin M. auf Anraten der Ärzte mit Kaiserschnitt entbinden. Vor dem vorgesehenen OP-Termin fragte die Patientin die Klägerin um Rat, ob auch sie eine Kaiserschnittgeburt befürworte. Nachdem die Klägerin Bedenken gegen die Kaiserschnittgeburt aufgezeigt hatte, entschloss sich die Patientin, das Kind auf natürlichem Wege zur Welt zu bringen. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass die Klägerin mit dieser Beratung in grober Weise gegen ihre vertraglichen Treuepflichten verstoßen habe, da sich die Klägerin mit ihrem Ratschlag vor-

sätzlich in Widerspruch zu der Einschätzung der behandelnden Ärzte gesetzt habe.

4. Am **21.2.2008** brachte die Zeugin H. ein gesundes Kind zur Welt. Die Klägerin war zuvor angewiesen worden, während der Geburtsphase den Chefarzt hinzuzurufen. Die Klägerin hat im ersten Rechtszug unbestritten vorgetragen, dass bei ihrer ersten Untersuchung der Patientin der Muttermund um circa 5 cm geöffnet gewesen sei. Im Nebenraum habe ein anderer Arzt gleichzeitig eine andere Geburt geleitet. Beide Kinder seien im Abstand von einer Minute zur Welt gekommen. Nur 15 Minuten nach der ersten Untersuchung der Patientin durch die Klägerin sei das Kind nach nur ein oder zwei Wehen zur Welt gekommen. Sie habe daher keine Zeit gehabt, den Chefarzt hinzuzuziehen. Unstreitig erschien der Chefarzt nach der Geburt und führte die Erstuntersuchung des Neugeborenen durch.

Die Beklagte wirft der Klägerin vor, sie habe die Krankenblattdokumentation unter Verwirklichung des Straftatbestandes der Urkundenfälschung manipuliert, da in dieser Krankenblattdokumentation eingetragen sei, dass die Geburtsleitung auch durch den Chefarzt erfolgt sei. Dies sei nicht geschehen.

5. Am **29.2.2008** wurde die Patientin D. handelt. Die Beklagte hat behauptet, die Klägerin habe den zuständigen Arzt nicht rechtzeitig hinzugezogen. Sie beruft sich auf ein Gedächtnisprotokoll des Arztes D1 (GA I Bl. 100 ff.).

Die Klägerin hat zunächst beantragt festzustellen, dass der Beleghebammenvertrag nicht durch die außerordentliche Kündigung vom 28.3.2008 beendet worden ist, sondern bis zum 30.9.2008 unverändert fortbestanden habe. Mit Versäumnisurteil vom 13.8.2008 hat das Landgericht die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Das Versäumnisurteil ist der Beklagten am 19.8.2008 zugestellt worden. Mit Schrift-

satz vom 25.8.2008, zugegangen am 26.8.2008, hat die Beklagte Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt.

Mit Schriftsatz vom 9.12.2008 hat die Klägerin den ihr aus der vorzeitigen Beendigung des Vertrages entstandenen Verdienstausfallschaden auf 19.793,68 EUR beziffert. Hinsichtlich der Einzelheiten der Schadensberechnung wird auf die mit Schriftsatz der Klägervorteiler vom 11.5.2009 vorgelegte Anlage K 19 und 20 (GA I Bl. 153 ff.) verwiesen.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt, das Versäumnisurteil vom 13.8.2008 aufrechtzuerhalten und die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 19.793,68 EUR nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, das Versäumnisurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

**Mit Grundurteil vom 9.9.2009 hat das Landgericht darauf erkannt, dass die auf die außerordentliche Kündigung gestützte Schadensersatzklage der Klägerin gemäß dem Antrag aus dem Schriftsatz vom 26.1.2009 dem Grunde nach gerechtfertigt sei.** Auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung wird auch hinsichtlich der darin enthaltenen Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen.

Mit ihrer hiergegen gerichteten Berufung erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.

Die Berufung der Beklagten tritt der Rechtsauffassung des Landgerichts entgegen, dass die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB anzuwenden sei. Davon unabhängig sei das beanstandete Verhalten der Klägerin ein Dauerverhalten. Zwischen der Klägerin und den Ärzten der Gynäkologie habe ein massiv gestörtes Vertrauensverhältnis bestanden, welches eine weitere

Zusammenarbeit nicht mehr möglich gemacht habe.

Sodann vertieft die Berufung ihren erstinstanzlichen Sachvortrag und vertritt die Auffassung, dass ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung nachgewiesen sei: Hinsichtlich der Behandlung der Patientin M. habe die Klägerin verhindert, dass die Patientin rechtzeitig durch Kaiserschnitt entbunden habe. Wenn ein Chefarzt aus medizinischen Gründen die Einbindung per Kaiserschnitt für notwendig erachte, so könne die Hebamme die Patientin nicht dahingehend „beschwatzen“, dass diese ohne Kaiserschnitt entbinden wolle. Darüber hinaus habe die Klägerin nachweislich die Patientendokumentation hinsichtlich der Behandlung der Zeugin H. manipuliert. Diesen Sachvortrag habe das Landgericht übergegangen. Allein der Vorwurf der Urkundenfälschung rechtfertige die fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses.

Die Beklagte beantragt, unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Saarbrücken vom 9. September 2009 – 4 O 177/08 – das Versäumnisurteil vom 13. August 2008 aufzuheben und die Klage kostenpflichtig abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

1. die Berufung der Beklagten zurückzuweisen;
2. das Versäumnisurteil des Landgerichts Saarbrücken vom 13. August 2008 aufrechtzuerhalten.

Die Klägerin verteidigt die angefochtene Entscheidung. Ein Feststellungsinteresse hinsichtlich des mit Versäumnisurteil titulierten Feststellungsantrags bestehe unabhängig von der Bezifferung des Schadensersatzbegehrens. Denn es könne nichts anderes gelten, als bei einem Arbeitsverhältnis, bei dem grundsätzlich und anerkanntermaßen die Kündigungsschutzklage

als Feststellungsklage zulässig sei. Darüber hinaus ergebe sich das Feststellungsinteresse daraus, dass die Beklagte gegenüber Dritten und insbesondere gegenüber anderen Klinikleitungen erklärt habe, dass das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fristlos gekündigt worden sei. Die Klägerin besitze daher auch weiterhin ein festes Interesse dahin, dass ein wichtiger Grund für eine Kündigung nicht bestanden habe. Vor diesem Hintergrund sei eine Erledigungserklärung weder geboten noch erforderlich.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Berufungsbegründung vom 10.12.2009 (GA I Bl. 246 ff.) und der Berufungserwiderung vom 7.1.2010 (GA II Bl. 252 ff.) sowie der Schriftsätze der Klägerevertreter vom 23.4.2010 (GA II Bl. 263 f.) und 29.6.2010 (GA II Bl. 274 ff.) und den Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 14.6.2010 (GA II Bl. 267 ff.) verwiesen.

Hinsichtlich des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung wird auf die Protokolle (GA II Bl. 259 f., 265 f.) Bezug genommen.

## II.

### A.

**Die zulässige Berufung bleibt im Ergebnis ohne Erfolg, da die angefochtene Entscheidung weder auf einem Rechtsfehler beruht, noch die gem. § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§ 513 ZPO).**

1. Allerdings begegnet das **prozessuale Vorgehen** des Landgerichts, den Erlass des Grundurteils nicht mit einer Entscheidung über den noch anhängigen Feststellungsantrag zu verbinden, durchgreifenden Bedenken:

a) Gemäß § 304 Abs. 1 ZPO kann das Gericht vorab über den Grund des Anspruchs entscheiden, wenn ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist. Diese gesetzliche Voraussetzung liegt vor: Die Klägerin leitet den streitgegenständlichen Schadensersatzanspruch aus einer Vertragsverletzung her, die sie auf die Auffassung stützt, die Beklagte habe die außerordentliche Kündigung ohne hinreichenden Kündigungsgrund erklärt. Der Anspruch steht nach Grund und Betrag zwischen den Parteien im Streit, da die Beklagte auf der Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung beharrt und der Berechnung der Schadensersatzforderung entgegengetreten ist.

b) Weiterhin darf ein Grundurteil nur dann ergehen, wenn der Klageanspruch mit hoher Wahrscheinlichkeit in irgendeiner Höhe besteht.<sup>1</sup>

Auch diese Einschränkung stand dem Erlass des Grundurteils nicht entgegen, da die Beklagte nicht in Abrede stellt, dass der Klägerin aus einer unberechtigten Kündigung überhaupt ein Schaden entstanden ist.

c) Die dargestellten Voraussetzungen füllen jedoch die Problematik nicht aus: Die prozessuale Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, dass das Landgericht das Grundurteil nur über einen Teil der streitgegenständlichen Ansprüche – nämlich lediglich über die auf Zahlung gerichtete Schadensersatzklage – gefällt hat. Die nach dem zulässigen Einspruch noch rechtshängig gebliebene Feststellungsklage blieb unbeschieden. Mithin hat das Landgericht bei genauer Betrachtung ein Teilurteil über den Grund eines einzelnen Klageanspruchs erlassen, weshalb nicht nur die prozessualen Voraussetzungen für den Erlass eines Grundurteils, sondern zugleich die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils zu beachten waren.

<sup>1</sup> BGHZ 126, 217, 219; 111, 125, 133; 97, 97, 109

aa) Demnach darf nicht durch Teilurteil entschieden werden, wenn die Gefahr besteht, dass es im Teil- und Schlussurteil zu widersprüchlichen Entscheidungen kommt.<sup>2</sup> Ein Teilurteil ist daher unzulässig, wenn es eine Frage entscheidet, die sich im weiteren Verfahren über die anderen Ansprüche noch einmal stellt.<sup>3</sup>

bb) Diese Gefahr ist hier gegeben: Sowohl für die Entscheidung über den Schadensersatzanspruch als auch über den Feststellungsantrag kommt es – jedenfalls im Fall des stattgebenden Feststellungsurteils – auf die Wirksamkeit der Kündigung an. Im Grundurteil hat das Landgericht die Auffassung vertreten, dass die Kündigung für die Schadensersatzklage unwirksam sei. Dennoch ist prozessual nicht ausgeschlossen, dass das Landgericht bei Entscheidungsreife des Feststellungsantrags auf der Grundlage des dann maßgeblichen Sach- und Streitstandes zu einem anderen Ergebnis kommt.

cc) Gleichwohl ist der Senat aufgrund dieses Verfahrensfehlers nicht zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht gezwungen. Vielmehr ist das Berufungsgericht im Fall des unzulässigen Teilurteils in der Lage, den die Unzulässigkeit begründenden, im ersten Rechtszug anhängig gebliebenen Teil „heraufzuziehen“.<sup>4</sup> Gegen diese Verfahrensweise bestehen jedenfalls dann keine Bedenken, wenn die Parteien mit der Entscheidung des Berufungsgerichts über das Schicksal des im ersten Rechtszug verbliebenen Klageanspruchs einverstanden sind.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> BGHZ 139, 116, 117; 120, 376, 380; 107, 236, 242; Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., § 301 Rdnr. 7; Prütting/Gehrlein/Thole, ZPO, 2. Aufl., § 301 Rdnr. 3

<sup>3</sup> BGHZ 173, 328, 333

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 13.10.2000 – V ZR 356/99, NJW 2001, 79; Urt. v. 12.1.1994 – XII ZR 167/92, NJW-RR 1994, 381; Zöller/Vollkommer, aaO, § 301 Rdnr. 13

<sup>5</sup> Prütting/Gehrlein/Thole, aaO, § 301 Rdnr. 22

Der Senat hat von dieser Option Gebrauch gemacht, nachdem beide Parteien im Termin vom 27.6.2010 ihr Einverständnis mit dieser Verfahrensweise erklärt haben. In der Sache unterlag der Feststellungsantrag der Abweisung (siehe B).

## 2. Die gegen das Grundurteil gerichtete Berufung der Beklagten bleibt ohne Erfolg:

**Der Schadensersatzanspruch ist dem Grunde gem. § 280 Abs. 1, § 281, § 249 BGB gerechtfertigt, da die außerordentliche Kündigung nicht innerhalb der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB erklärt wurde. Die Versäumung der Ausschlussfrist steht dem Fehlen eines wichtigen Grundes gleich und führt zur Unwirksamkeit der Kündigung.**

a) Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht die Kündigung des Hebammen-Belegvertrags am rechtlichen Maßstab des § 626 BGB gemessen:

aa) **Die Gesetzesbestimmung des § 626 BGB gilt für alle Dienst- und Arbeitsverhältnisse und erfasst auch selbstständige und freie Dienstverhältnisse**, worunter beispielhaft freie Beraterverträge und Anstellungsverhältnisse von GmbH-Geschäftsführern zählen. Mithin ist die Anwendung der Vorschrift gerade nicht auf abhängige Arbeitsverhältnisse und solche Dienstverhältnisse beschränkt, die einen arbeitsvertraglichen Charakter besitzen.<sup>6</sup>

bb) **Mit zutreffenden Erwägungen hat das Landgericht den Beleghebammenvertrag als Vertrag eigener Art qualifiziert, der wesentliche Elemente eines freien Dienstvertrages enthält.**

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 19.11.1998 – III ZR 261/97, NJW 1999, 355; MünchKomm(BGB)/Henssler, BGB, 5. Aufl., § 626 Rdnr. 6; PWW/Lingemann, BGB, 5. Aufl., § 626 Rdnr. 1

Mit Recht hat das Landgericht insoweit auf § 1 des Vertrages rekurriert, der die Verpflichtung der Klägerin festschreibt, Schwangere und Wöchnerinnen und deren gesunde Neugeborenen zu betreuen. Bei den von der Klägerin übernommenen Tätigkeiten handelt es sich um Dienstleistungen der gehobenen Art. Wenngleich der Wortlaut des Vertrages lediglich davon spricht, dass die Klägerin die Betreuung „übernimmt“, steht doch außer Zweifel, dass der Vertrag die echte Rechtspflicht zur Übernahme der Betreuung begründet: Zwar stand es der Klägerin frei, Patientinnen als Hebamme zu betreuen. Sobald sie sich jedoch dazu entschloss, Patientinnen an die Klinik der Beklagten zu verweisen, war sie den Bindungen des Vertrags unterworfen und zur Übernahme der Betreuung verpflichtet. Jedes andere Ergebnis wäre nicht sachgerecht: Nach der Geburt entstand in der Klinik der Beklagten ein akuter Betreuungsbedarf, der mit dem eigenen Personal der Klinik nicht abgedeckt werden konnte. In dieser Situation besaß die Beklagte ein nachvollziehbares Interesse, die Klägerin mit den Wirkungen der rechtlichen Bindung zu einer Übernahme des Betreuungsbedarfs anzuhalten. Zudem enthält der Vertrag keine Regelung, wonach die Beklagte berechtigt gewesen wäre, die Betreuung der Wöchnerinnen mit eigenem Personal zu übernehmen.

Die Rechtspflicht wird überdies in § 3 Nr. 2 verdeutlicht, der die Bestimmung enthält, dass die Beleghebamme zu zweckmäßiger, wirtschaftlicher und sparsamer Versorgung der Schwangeren/Wöchnerinnen im Rahmen des Notwendigen und Zweckmäßigen und der Aufgabenstellung des Krankenhauses und der Abteilung verpflichtet ist. Die Klägerin war zur vertrauensvollen Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeitern des Krankenhauses, dem Krankenhausträger sowie den Mitgliedern der Krankenhausleitung unter Eingliederung in den Arbeitsablauf des Krankenhauses zu erbringen hatte (§ 2 Nr. 3 und 4). Diese Bestimmungen verdeutlicht zugleich, dass

die Klägerin – auch dies verstärkt den dienstvertraglichen Charakter – den Weisungen der Beklagten unterlag.

Schließlich war die Klägerin in umfangreicher Weise zur nachvollziehbaren geburts-hilflichen Dokumentation verpflichtet (§ 3 Nr. 3 und 4).

Diese Dienstleistung prägten das Vertragsverhältnis. **Dem steht nicht entgegen, dass der Beleghebammen-Vertrag entgegen dem gesetzlichen Leitbild des § 611 BGB die Beklagte nicht zur Zahlung einer Vergütung verpflichtete. Denn der Verpflichtung der Klägerin stand die Pflicht der Beklagten gegenüber, der Klägerin zur sachgerechten Durchführung ihrer Tätigkeit die Standardausrüstung an Einrichtungsgegenständen, insbesondere an Apparaten und Instrumenten zur Verfügung zu stellen (§ 3 Nr. 1). Diese im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Gegenleistung besitzt bei wertender Betrachtung Vergütungscharakter, weshalb es interessengerecht erscheint, den Vertrag den Regeln des freien Dienstverhältnisses zu unterwerfen.**

b) Soweit die Berufung die Anwendbarkeit des § 626 BGB differenziert betrachtet und die Auffassung vertritt, bei Freiberuflern könne die Vorschrift des § 626 Abs. 2 BGB ausgeschlossen werden, ist dem nicht zu folgen:

aa) Auf der Grundlage des vorreformierten Rechts hat der Bundesgerichtshof dieser differenzierten Betrachtung eine Absage erteilt und unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien (BT-Drucksache V/3913, Seite 11) dargelegt, dass die Vorschrift in ihrer Gesamtheit gleichermaßen für selbstständige und nichtselbstständige Dienstverhältnisse gilt.<sup>7</sup> Zwar wird der Regelungsbereich des § 626 BGB durch die mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

<sup>7</sup> BGH, NJW 1999, 355; Preis, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2002, § 626 Rdnr. 285

neu geschaffene Vorschrift des § 314 Abs. 3 BGB überlagert. Diese Vorschrift ordnet für Dauerschuldverhältnisse im Allgemeinen an, dass der Berechtigte nur innerhalb einer angemessenen Frist, die nicht notwendig höchstens zwei Wochen betragen muss, kündigen kann. Allerdings genießt die Vorschrift des § 626 BGB als *lex specialis* in ihrem Anwendungsbereich gegenüber der allgemeinen Regelung des § 314 BGB den Vorrang<sup>8</sup>: Auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes gilt, dass alle Vertragsverhältnisse, auf die § 626 BGB unmittelbare Anwendung findet, nur nach Maßgabe der in § 626 Abs. 2 BGB geregelten Frist aus wichtigem Grund gekündigt werden können.<sup>9</sup>

**bb) Letztlich kann all das dahinstehen: Dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag ist nicht zu entnehmen, dass die Vertragsparteien die Anwendbarkeit des § 626 Abs. 2 BGB ausschlossen.** Eher liegt der umgekehrte Schluss nahe: In § 8 des Vertrages ist ausdrücklich bestimmt, dass das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund unberührt bleibe. Mit dieser Vertragsbestimmung haben die Vertragsparteien bei unvoreingenommener Lesart die Anwendbarkeit des § 626 BGB nicht ausgeschlossen, sondern bestätigt. Anhaltspunkte dafür, dass sich der im Vertrag enthaltene konkludente Verweis auf die Vorschrift des § 626 BGB nur auf Abs. 1 der Vorschrift erstreckt, sind im Vertragswerk nicht vorhanden.

c) Soweit das Landgericht die Kündigung deshalb als unwirksam betrachtet hat, weil die Beklagte die Frist des § 626 Abs. 2 S. 2 BGB nicht eingehalten hat, hält die Entscheidung den Angriffen der Berufung stand:

**aa) Die Einzelbetrachtung der der Klägerin zur Last gelegten Vertragsverstöße zeigt, dass der letzte Vorfall am 28.2.2008 geschehen sein soll. Dieser Vorfall war dem Verwaltungsdirektor spätestens mit Zugang des Schreibens vom 4.3.2008 (GA I Bl. 30), am 11.3.2008, bekannt. Mithin lag die Kündigung vom 28.3.2008 außerhalb der Zweiwochenfrist.**

bb) Ohne Erfolg wendet die Beklagte ein, nur der Geschäftsführer der Beklagten sei Kündigungsberechtigter i.S. des § 626 Abs. 2 S. 2 BGB, weshalb die Frist erst dann zu laufen begonnen habe, als der Geschäftsführer Kenntnis der kündigungsrelevanten Tatsachen besessen habe.

**aaa) Kündigungsberechtigte i.S. des § 626 Abs. 2 S. 2 BGB** sind der Arbeitgeber, seine gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Vertreter sowie alle Personen, die eine selbstständige Stellung wie ein gesetzlicher Vertreter besitzen und nicht lediglich zur Meldung, sondern vorab zur Feststellung der für die außerordentliche Kündigung maßgeblichen Tatsachen verpflichtet sind.<sup>10</sup>

Unter diesen Voraussetzungen ist die Kenntnis bereits nach den zu § 166 BGB entwickelten Rechtsgrundsätzen der Wissenszurechnung zuzurechnen.<sup>11</sup>

Darüber hinaus kann nach den Rechtsgrundsätzen von Treu und Glauben innerhalb einer juristischen Person das Wissen eines nicht kündigungsberechtigten Dritten dem Kündigungsberechtigten zugerechnet werden, wenn seine Stellung im Betrieb den Umständen nach erwarten lässt, dass er den Kündigungsberechtigten über den Sachverhalt unterrichtet und die zu spät

<sup>8</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Auflage, § 314 Rdnr. 4, Hase, NJW 2002, 2278

<sup>9</sup> MünchKomm(BGB)/Henssler, aaO, Rdnr. 287

<sup>10</sup> BAG, Urt. v. 5.5.1977 – 2 AZR 297/76, MDR 1978, 345; Urt. v. 28.10.1971 – 2 AZR 32/71, NJW 1972, 463; MünchKomm(BGB)/Henssler, aaO, § 626 Rdnr. 290, 293; Erman/Belling, BGB, 12. Aufl., § 626 Rdnr. 97

<sup>11</sup> statt aller: Erman/Palm, aaO, § 166 Rdnr. 6 ff.

erlangte Kenntnis darauf beruht, dass die Organisation des Betriebs zu einer Verzögerung beigetragen hat, obwohl eine bessere Organisation sachgerecht und zumutbar gewesen wäre.<sup>12</sup>

bbb) Nach dem Sachvortrag der Beklagten im Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 14.6.2010 war der Geschäftsführer zur Kündigung des Beleghebammenvertrages berechtigt. **Der weitere Sachvortrag der Beklagten lässt jedoch keine Zweifel daran, dass jedenfalls der Verwaltungsdirektor und sein Stellvertreter im vorgenannten Sinne eine dem rechtsgeschäftlichen Vertreter ähnliche Stellung besaßen, die es rechtfertigt, auch diese Personen als Kündigungsberechtigte i.S.d. § 626 Abs. 2 S. 2 BGB anzusehen:**

Dass der Verwaltungsdirektor im arbeitsteilig organisierten Betrieb einer Klinik eine hervorgehobene Stellung genießt, die innerhalb des die laufende Verwaltung betreffenden Geschäftsbereichs der Stellung eines selbständigen Vertreters zumindest nahe kommt, bedarf keiner Vertiefung. Dass diese Stellung auch den Ausspruch von Kündigungen freiberuflicher Hebammen umfasste, wird im vorliegenden Rechtsstreit dadurch hinreichend deutlich, dass es der Verwaltungsdirektor und nicht der Geschäftsführer war, der die Kündigung der Klägerin aussprach. Die Beklagte legt nicht dar, dass sich der Verwaltungsdirektor beim Ausspruch der Kündigung außerhalb seiner Zuständigkeit bewegte.

Darüber hinaus wird durch den beiderseitigen Sachvortrag hinreichend belegt, dass der Verwaltungsdirektor und sein Stellvertreter zur Feststellung der für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen befugt waren: Die Beklagte hat mit Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 6.10.2008 vorgetragen, dass der stellvertretende Verwaltungsdirektor die Klägerin in einem

Telefonat mit den Beschwerden des Chefarztes konfrontiert habe und am 3.3.2008 einen Besprechungstermin durchgeführt habe, um die Angelegenheit zu erörtern.

**cc) Ohne Erfolg will die Berufung einen späteren Beginn der Frist aus der Erwägung herleiten, dass der Lauf der Ausschlussfrist bis zur verlässlichen Klärung des kündigungsrelevanten Sachverhalts gehemmt gewesen sei.**

aaa) Zwar beginnt die Frist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB erst mit der sicheren und umfassenden Kenntnis des Sachverhalts. Sie liegt erst vor, wenn der Kündigungsberechtigte alles in Erfahrung gebracht hat, was als Grundlage seiner Entscheidungsfindung über die Zumutbarkeit einer Fortsetzung des Dienstverhältnisses angesehen werden kann.<sup>13</sup>

Mithin ist die Frist noch nicht in Lauf gesetzt, solange der Kündigungsberechtigte mit der gebotenen Nachhaltigkeit ohne Verzögerungen Sachverhaltsaufklärung betreibt.<sup>14</sup> Regelmäßig wird zur Ermittlung der für den Kündigungsgegner sprechenden Aspekte auch dessen Anhörung geboten sein.<sup>15</sup> Allerdings muss die Anhörung im Regelfall binnen einer Woche durchgeführt werden.<sup>16</sup> Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen trägt der Kündigende die Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung der Ausschlussfrist. Dies impliziert die Darlegungslast dafür, erst innerhalb der Frist von allen kündigungsrelevanten Umständen Kenntnis erlangt zu haben.<sup>17</sup> Hat der Kündigungsberechtigte noch Ermittlungen ausgeführt, genügt er seiner Darlegungslast

<sup>12</sup> BAG, NZA 1994, 1086; PWW/Lingemann, aaO, § 626 Rdnr. 14

<sup>13</sup> BAG, Urt. v. 5.6.2008 – 2 AZR 25/07, DB 2008, 2312; Urt. v. 1.2.2007 – 2 AZR 333/06, NZA 2007, 744

<sup>14</sup> vgl. BGH, Urt. v. 2.6.1997 – II ZR 101/96, GmbHR 1997, 998; Urt. v. 24.11.1975 – II ZR 104/73, WM 1976, 77, 78; Münch-Komm(BGB)/Henssler, aaO, § 626 Rdnr. 297; Preis, in Staudinger, aaO, § 626 Rdnr. 290

<sup>15</sup> BAG, Urt. v. 17.3.2005 – 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101

<sup>16</sup> PWW/Lingemann, aaO, § 626 Rdnr. 13

<sup>17</sup> Erman/Schwenker, aaO, § 627 Rdnr. 98

noch nicht, wenn er in pauschaler Weise auf die Notwendigkeit einer weiteren Sachverhaltsaufklärung verweist. Vielmehr ist vorzutragen, welche Tatsachen unklar und ermittlungsbedürftig waren und welche konkreten Ermittlungen zur Aufklärung angestellt wurden.<sup>18</sup>

**bbb) Im zur Entscheidung stehenden Sachverhalt kann die Beklagte aus diesen Rechtsgrundsätzen keinen späteren Fristbeginn herleiten.** Denn es ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten nicht vorgetragen, dass die Beklagte nach Durchführung der Besprechung vom 3.3.2008 weitere Sachverhaltsaufklärung betrieben hätte:

Mit Schriftsatz vom 14.6.2010 haben die Prozessbevollmächtigten der Beklagten vorgetragen, die Klägerin habe erst mit Schreiben vom 17.3.2008 zu den Vorwürfen Stellung genommen. Dieser Sachvortrag trifft so nicht zu: Das Schreiben vom 17.3.2008 wurde ersichtlich nicht auf eine Aufforderung der Beklagten verfasst, zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen. Vielmehr ist das Schreiben erkennbar auf alleinige Veranlassung der Klägerin verfasst worden. Es nimmt auf ein Telefonat der Klägerin mit dem stellvertretenden Verwaltungsdirektor vom 29.2.2008 Bezug, in dem der Verwaltungsdirektor den Hebammenvertrag gekündigt habe. Sodann bezieht sich das Schreiben auf eine Aussprache, an der neben der Klägerin der Verwaltungsdirektor und dessen Stellvertreter sowie zahlreiche Ärzte teilgenommen hätten. Bei dieser Aussprache handelt es sich offensichtlich um den von den Prozessbevollmächtigten der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 6.10.2008 genannten Besprechungstermin vom 3.3.2008, in dem der Klägerin Gelegenheit gegeben wurde, persönlich zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen. Dass die Beklagte außer diesem Anhörungstermin weitere Schritte unternommen hätte, um den kündigungsrelevan-

ten Sachverhalt näher aufzuklären, wird nicht vorgetragen. Auf der Grundlage dieses Sachvortrags ist eher davon auszugehen, dass die Beklagte bereits am 3.3.2008 die vollständige Kenntnis besaß, um die Entscheidung über den Ausspruch der Kündigung zu treffen. In jedem Fall verbietet sich der Schluss, dass der Lauf der Frist über den Zugang des Schreibens vom 4.3.2008 hinaus gehemmt gewesen sei.

**dd) Es kann im Ergebnis dahinstehen, ob die einzelnen Verstöße zu einem Dauertatbestand zusammengefasst werden können:**

aaa) Bei der Annahme eines Dauertatbestands ist folgende Differenzierung von Relevanz: Es ist zu unterscheiden, ob das vorgeworfene Verhalten fort dauert (etwa: fort dauernde Abwesenheit vom Arbeitsplatz; fort dauernde Verwirklichung eines Straftatbestandes) oder einen abgeschlossenen Tatbestand darstellt, der in den Vertrauensbereich fortwirkt. Abgeschlossene Tatbestände mit Fortwirkung in den Vertrauensbereich stellen keine Dauertatbestände dar.<sup>19</sup>

bbb) Unter Anwendung dieser Kriterien hat das Landgericht die Voraussetzungen eines Dauertatbestands mit Recht verneint: Die einzelnen, der Klägerin zur Last gelegten Vertragsverstöße sind nicht homogen, sondern besitzen ein unterschiedliches Gewicht (Nichtbefolgen von Anweisungen, Verletzung der Treuepflicht durch Äußerung einer von der Einschätzung des Chefarztes abweichenden Meinung, Urkundenfälschung). Die Verstöße sind jeweils abgeschlossene Vorgänge, die einer isolierten Beurteilung zugänglich sind.

**ccc) Letztlich kann die Frage dahinstehen: Auch bei Pflichtverletzungen, die zur einem Gesamtverhalten zusammengefasst werden können, beginnt die Ausschlussfrist mit dem letzten Vorfall, der**

<sup>18</sup> BAG, Urt. v. 1.2.2007 – 2 AZR 333/06, NZA 2007, 744

<sup>19</sup> MünchKomm(BGB)/Henssler, Rdnr. 307; Preis, in: Staudinger, aaO, § 626 Rdnr. 292

**ein weiteres Glied in der Kette der Ereignisse bildet.**<sup>20</sup>

Dies war der Vorfall D., der vor Beginn der Zweiwochenfrist geschah.

ddd) Auch die Frage, ob die Kündigung im Berufungsrechtszug darauf gestützt werden kann, dass zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung das Vertrauensverhältnis eine so starke Zerrüttung erfahren habe, dass eine Zusammenarbeit nicht mehr möglich gewesen sei, bedarf keiner Entscheidung.

Gegen die Zulassung dieses Kündigungsgrundes bestehen bereits mit Blick auf § 531 ZPO Bedenken, nachdem die Beklagte im ersten Rechtszug vorgetragen hat, die Kündigung werde nicht darauf gestützt, dass die Klägerin eine schwierige Person und nicht teamfähig sei. Mit dieser Einschränkung hat die Beklagte im ersten Rechtszug die Kündigung gerade nicht aus einer allgemeinen Störung des Vertrauensverhältnisses hergeleitet, sondern klar zum Ausdruck gebracht, dass sie die beschriebenen Einzelverstöße als Grund für die Kündigung betrachten will.

Im Ergebnis besitzt die Frage einer möglichen Präklusion keine Relevanz: Auch dann, wenn die Zerrüttung der Verhältnisse gewissermaßen die Klammer darstellt, die die Einzelverstöße zu einem Gesamttatbestand zusammenfasst, war die Beklagte in zeitlicher Hinsicht nicht völlig frei, die auf der Zerrüttung der Verhältnisse begründete Kündigung zu einem beliebigen Zeitpunkt zu erklären. Vielmehr musste der Ausspruch der Kündigung – wie soeben dargelegt – spätestens zwei Wochen nach dem letzten Ereignis erklärt werden, in dem sich die Zerrüttung der Verhältnisse manifestierte. Dies ist nicht geschehen.

**d) Auch die weiteren haftungsbegründenden Voraussetzungen einer Schadensersatzhaftung nach §§ 280, 281 BGB liegen vor:** Durch Ausspruch und

Vollzug der unwirksamen Kündigung hat die Beklagte ihre vertraglichen Pflichten (Tatbestandsvoraussetzung einer Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB) verletzt und ist zugleich ihrer vertraglichen Leistung, der Klägerin die Einrichtungen des Krankenhauses zur Verfügung zu stellen, nicht nachgekommen (§ 281 Abs. 1 BGB). Hinsichtlich der Verkennung der Rechtslage zur Einhaltung der in § 626 Abs. 2 S. 2 BGB normierten Frist ist der Beklagten Fahrlässigkeit vorzuwerfen, weshalb nicht dargetan worden ist, dass die Beklagte die Pflichtverletzung nicht zu vertreten habe (§ 281 Abs. 1 S. 2 BGB). Nach Ausspruch der Kündigung war eine Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich (§ 281 Abs. 1 S. 2 BGB).

B.

Die Feststellungsklage unterliegt unter Aufhebung des Versäumnisurteils (§ 343 S. 2 ZPO) der Abweisung, da ein Feststellungsinteresse nicht nachgewiesen ist.

1. Durch den zulässigen Einspruch wurde der Prozess in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Eintritt der Säumnis befand (§ 342 ZPO).

2. Gem. § 256 Abs. 1 ZPO kann auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Feststellungen alsbald festgestellt wird.

a) Zunächst ist die Feststellungsklage auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses gerichtet: Die Klägerin erstrebt die Feststellung, dass das Vertragsverhältnis als solches nicht vor dem 30.9.2008 beendet wurde.

b) Allerdings ist ein Feststellungsinteresse nicht nachgewiesen:

<sup>20</sup> Erman/Belling, aaO, § 626 Rdnr. 96; Preis, in: Staudinger, aaO, § 626 Rdnr. 292

aa) Für die Feststellungsklage ist neben den allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen ein schutzwürdiges Interesse des Klägers an alsbaldiger Feststellung zu verlangen. Dieses besteht im Grundsatz nur dann, wenn dem subjektiven Recht des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht, und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen.<sup>21</sup>

An einem Rechtsschutzinteresse fehlt es regelmäßig dann, wenn eine Klage auf Leistung möglich und zumutbar ist.<sup>22</sup>

Demgegenüber ist das Feststellungsinteresse nachgewiesen, solange die Schadensentwicklung noch nicht abgeschlossen ist und eine endgültige Bezifferung des entstandenen Schadens noch nicht erfolgen kann.<sup>23</sup>

bb) Nach diesen Rechtsgrundsätzen ist ein Feststellungsinteresse der Klägerin nicht nachgewiesen:

aaa) Allerdings steht außer Frage, dass die Klägerin zunächst ein schutzwürdiges Interesse an der noch vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist eingereichten Feststellungsklage besaß: Die zeitnahe richterliche Feststellung über den Fortbestand des Dienstverhältnisses hätte der Klägerin die Gelegenheit verschafft, ihre Tätigkeit fortzusetzen. Zudem betraf die Wirksamkeit der Kündigung eine wesentliche Vorfrage für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, deren Entwicklung noch nicht abgeschlossen war. Maßgeblich für die Beurteilung des Feststellungsinteresses ist jedoch der Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung. Zu diesem Zeitpunkt war die Schadensentwicklung abgeschlossen. Diesem Umstand hat die Klägerin durch die Stellung ihres bezifferten

Zahlungsantrags bereits im ersten Rechtszug Rechnung getragen. Auch ein Interesse der Klägerin, das Vertragsverhältnis fortzusetzen, war nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr gegeben.

bbb) Entgegen der Auffassung der Klägerin kann das Rechtsschutzinteresse nicht aus der Erwägung herleitet werden, dass bei einem Arbeitsverhältnis die Kündigungsschutzklage die zulässige Klageart sei, ohne dass es auf das Vorliegen eines besonderen Rechtsschutzinteresses ankomme. Die Klägerin verkennt, dass die Klageart der Kündigungsschutzklage in § 4 KSchG eine eigenständige Regelung gefunden hat, die auf die Rechtsanwendung des § 256 ZPO nicht ausstrahlt. Der für das Arbeitsrecht normierten Vorschrift ist nicht der Sinn zu unterlegen, wonach eine Prüfung der qualifizierten Voraussetzungen des § 256 ZPO für Klagen auf Feststellung des Fortbestandes eines Dienstverhältnisses entbehrlich sei.

ccc) Im Kern leitet die Klägerin ihr Rechtsschutzinteresse daraus her, dass ihre Ehre durch den Ausspruch der unberechtigten Kündigung verletzt worden sei, weshalb sie ein Interesse daran habe, das Fehlen eines wichtigen Grundes für die Kündigung rechtskräftig festzustellen (GA II Bl. 264). Diese Argumentation ist durchaus nachvollziehbar. Allerdings verkennt die Klägerin, dass das so verstandene Interesse mit dem Klageantrag nicht korrespondiert: Die Entscheidung über den Klageantrag setzt eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob der geltend gemachte Kündigungsgrund vorgelegen hat, nicht zwingend voraus. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt vielmehr, dass das Dienstverhältnis bereits deshalb über den Kündigungszeitpunkt der außerordentlichen Kündigung hinaus fortbestand, weil die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 S. 2 BGB nicht eingehalten wurde. Mithin ist der Klageantrag nicht geeignet,

<sup>21</sup> st. Rspr. BGH: BGHZ 69, 144, 147; 15, 382, 390; MünchKomm(ZPO)/Becker-Eberhardt, 3. Aufl., § 256 Rdnr. 37

<sup>22</sup> MünchKomm(ZPO)/Becker-Eberhardt, § 256 Rdnr. 49

<sup>23</sup> Musielak/Foerste, ZPO, 7. Aufl., § 256 Rdnr. 14; BGH, Urt. v. 30.3.1983 – VIII ZR 3/82, MDR 1983, 1018

das eigentliche Interesse der Klägerin zu befriedigen.

C.

Die Kostenentscheidung für das Berufungsverfahren beruht auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 2 ZPO. Wird die Berufung des Beklagten gegen ein Grundurteil in vollem Umfang abgewiesen, so sind dem Beklagten die vollen Kosten des Berufungsverfahrens selbst dann aufzuerlegen, wenn die Möglichkeit besteht, dass er im Betragsverfahren letztendlich obsiegt.<sup>24</sup>

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 713 ZPO.

© IQB – Lutz Barth 2010  
>>> **Impressum/Haftungsausschluss** <<<  
Für Anregungen und Kritik ist der Verfasser  
verbunden.  
Web: <http://www.iqb-info.de>  
E-mail: [webmaster@iqb-info.de](mailto:webmaster@iqb-info.de)



<sup>24</sup> BGHZ 20, 397; Zöller/Vollkommer, aaO, § 304 Rdnr. 26