

Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zur politischen Betätigung demonstriert einmal mehr den ideologischen Charakter der »personenrechtlichen« Arbeitsvertragskonstruktion: Diszipliniert die »Treuepflicht« den Arbeitnehmer weit über die Grenzen der traditionellen Dogmatik vertraglicher Nebenpflichten hinaus in einer Art von privatrechtlichem besonderen Gewaltverhältnis<sup>14</sup>, so hat die scheinbar zum Ausgleich statuierte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers tendenziell nicht zuletzt die Funktion, gesetzliche, vor allem von der Arbeiterbewegung erkämpfte Rechte von ihrer historischen Genese abzulösen und zur Emanation von Fürsorgepflicht zu überhöhen.<sup>15</sup> *Neue*, über die traditionelle Vertragskonzeption hinausgehende Pflichten werden daraus für den *Arbeitgeber* nicht entwickelt. So erklärt sich auch, daß die Rechtsprechung bei politisch bedingter Kündigung nicht einmal explizit die Frage aufwirft, ob nicht die »Fürsorgepflicht« des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer einer Kündigung im Einzelfall entgegenstehen könne. Nach der Feststellung einer *Treuepflicht*verletzung des Arbeitnehmers wird der dogmatische Bezugsrahmen des »personenrechtlichen *Gemeinschaftsverhältnisses*« verlassen und zur Abwägung der offenbar jetzt wieder voneinander separierten *Interessen* übergegangen. Wird das »Vertrauensverhältnis« gestört, so fällt der »personenrechtliche« Rechtsstatus des Arbeitnehmers sogar hinter den traditionellen schuldrechtlichen, durch das Erfordernis der »Abmahnung« bei Vertragsverletzung (vgl. § 326 BGB) gewährten Schutz vor überraschenden, die Vertragsgrundlage tangierenden Rechtsakten des Vertragspartners zurück.<sup>16</sup>

Nur der »treue«, die Interessen des Arbeitgebers währende Arbeitnehmer hat ein Recht auf »Fürsorge«!

*Karl-Heinz Ladewig*

## Beschluß des Kammergerichts vom 20. 9. 1972

In der Strafsache gegen

den Rechtsanwalt Horst Mahler, z. Zt. in dieser Sache in Untersuchungshaft wegen Vergehens nach § 129 StGB u. a.

wird der Antrag des Generalbundesanwalts, die Bestellung des Rechtsanwalts Otto Schily zum Pflichtverteidiger des Angeklagten zurückzunehmen, nach Anhörung des Rechtsanwalts Schily abgelehnt; Rechtsanwalt Schily wird dem Angeklagten auch für die Hauptverhandlung als Pflichtverteidiger beigeordnet.

### *Gründe:*

I.

Der Ermittlungsrichter beim Bundesgerichtshof hat während des Ermittlungsverfahrens dem Angeklagten den Rechtsanwalt Otto Schily aus Berlin gemäß

<sup>14</sup> Bezeichnend ist, daß das BAG sich nunmehr ohne Differenzierung auf ein früheres Urteil (BAG 7, 256 = AP Nr. 1 zu Art. 5 GG) beruft, das gerade die für den *öffentlichen Dienst* bestehende »besondere«, in Beamtengesetzen und Tarifverträgen immerhin *statuierte* – wenn auch im einzelnen verfassungsrechtlich dubiose – Pflichtenbindung betont. Vgl. dazu auch *D. Conrad*: Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung, Berlin 1965, S. 41 N. 50.

<sup>15</sup> Vgl. etwa zum Urlaubsanspruch als »*Ausfluß der Fürsorgepflicht*« Hueck-Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1962, S. 96, während in der 1. Auflage des Lehrbuchs des Arbeitsrechts von 1928, zu einer Zeit, als es noch keinen *gesetzlichen* Urlaubsanspruch gab, auch eine entsprechende »*Fürsorgepflicht*« zur Gewährung von Urlaub nicht angenommen wurde.

<sup>16</sup> Vgl. dazu auch das bereits erwähnte, in dieser Hinsicht sehr aufschlußreiche Urteil des LAG Saarland, KJ 71, 319 ff. [327 f.].

§ 117 Abs. 4 StPO als Pflichtverteidiger beigeordnet. Nachdem durch Beschluß des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 25. August 1972 Rechtsanwalt Schily als Verteidiger der Beschuldigten Gudrun Ensslin ausgeschlossen worden ist\*, beantragt der Generalbundesanwalt, nunmehr auch die Bestellung des Rechtsanwalts Schily zum Pflichtverteidiger des Angeklagten zurückzunehmen. Über den Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers sowie auf Zurücknahme dieser Bestellung hat der Vorsitzende des Gerichts, das für die Hauptverhandlung zuständig ist, allein zu entscheiden (§ 141 Abs. 4 StPO).

## II.

Zur Begründung des Antrags auf Abberufung des Rechtsanwalts Schily bezieht sich der Generalbundesanwalt auf den Beschluß des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 25. August 1972, in dem der Bundesgerichtshof sich mit allen von Rechtsanwalt Schily gegen seine Ausschließung als Verteidiger vorgetragenen Einwendungen auseinandergesetzt habe.

## III.

Eine Rücknahme der Bestellung des Rechtsanwalts Schily zum Pflichtverteidiger würde notwendig dazu führen, daß die Hauptverhandlung gegen den Angeklagten, die am 9. Oktober 1972 beginnen soll, vertagt wird. Ein anderer Verteidiger, der erst jetzt zu bestellen wäre, brauchte längere Zeit, um die sehr umfangreichen Ermittlungsakten einzusehen und sich auf die Hauptverhandlung vorzubereiten. Dem Rechtsanwalt Schily standen dagegen Ablichtungen der gesamten Ermittlungsvorgänge mindestens seit Beginn des Jahres 1972 zur Verfügung. Der Angeklagte befindet sich in dieser Sache seit 16 Monaten in Untersuchungshaft. Die Anklageschrift ist ihm bereits am 8. Februar 1972 zugestellt worden. Der Senat hat das Hauptverfahren durch Beschluß vom 7. Juni 1972 eröffnet. Eine Vertagung der Hauptverhandlung um mehrere Monate erscheint unter diesen Umständen nicht vertretbar. Es ist weiter zu berücksichtigen, daß Rechtsanwalt Schily den Angeklagten bereits in anderen Strafverfahren verteidigt hat und das besondere Vertrauen des Angeklagten genießt.

## IV.

Dem Kammergericht liegen eine Abschrift des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 25. August 1972, ebenso Ablichtungen der gesamten Ermittlungsvorgänge, die zu diesem Beschluß geführt haben, vor.

Aus dem Inhalt dieser Ermittlungen ergibt sich kein schwerwiegender Verdacht, daß der Rechtsanwalt Schily eine umfangreiche Mitteilung der Beschuldigten Ensslin mit Anweisung für die weitere verbrecherische Tätigkeit der kriminellen Vereinigung an die damals noch in Freiheit befindliche Mitbeschuldigte Ulrike Meinhof weitergeleitet habe. Aus dem Beschluß des Bundesgerichtshofs selbst geht hervor, daß ein positiver Beweis dafür, daß Rechtsanwalt Schily eine solche Mitteilung, deren gedanklicher Urheber die Mitbeschuldigte Ensslin ist, nicht erbracht werden kann. Der Verdacht gegen Rechtsanwalt Schily beruht nach Ansicht des Bundesgerichtshofs allein darauf, daß er als Pflichtverteidiger mehrere Stunden unbeaufsichtigt mit der Beschuldigten Ensslin gesprochen hat und somit eine schriftliche Aufzeichnung zur Weiterleitung an die Mitbeschuldigte Meinhof hergestellt haben kann. Niemand hat jedoch bei Rechtsanwalt Schily eine derartige Aufzeichnung gesehen und, da er vor Besuch der Mitbeschuldigten Ensslin

\* Abgedruckt in KJ 72, 301 ff.

durchsucht worden ist, kann er eine solche Mitteilung weder auf Tonband aufgenommen noch mit Hilfe einer Kleinstbildkamera aufgenommen haben. Wenn der Beweis gegen den Rechtsanwalt Schily negativ damit geführt werden soll, daß kein anderer als er diese Mitteilung überbracht haben kann, genügt es nicht festzustellen, daß für eine solche Möglichkeit »keinerlei Anhalt« erbracht worden sei. Der negative Beweis ist vielmehr erst dann erbracht, wenn mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, daß die Mitteilung durch andere Personen (Anstaltsbedienstete, Mithäftlinge oder Dritte) herausgeschmuggelt worden ist. Dieser Beweis ist nicht erbracht. Aus dem Beschluß geht hervor, daß auch Anstaltsbedienstete Gelegenheit hatten, mit der Beschuldigten Ensslin ohne Beisein weiterer Anstaltsbediensteter Kontakt aufzunehmen. Nicht einmal eine Kontaktaufnahme zu Mithäftlingen, sei es durch »Pendeln« oder über den Duschaum kann mit Sicherheit ausgeschlossen werden. Es kommt hinzu, daß in derselben Zelle, in der die Beschuldigte Ensslin untergebracht war, nur vier Monate vorher die ebenfalls Mitbeschuldigte Brigitte Asdonk einsaß, nachdem diese sich bereits vorher seit Mai 1971 in der Justizvollzugsanstalt Essen befunden hatte. Diese hatte es verstanden, in sehr großem Umfang Kontakt zu Mithäftlingen und auch zur Außenwelt herzustellen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß die von Brigitte Asdonk schon damals hergestellten Verbindungen von der Mitbeschuldigten Ensslin ausgenutzt worden sind. Das gilt insbesondere auch für die von der Zelle der Mitbeschuldigten Ensslin bestehende Sichtverbindung zu einem Essener Justizgebäude. Hier bestand die Möglichkeit, durch Benutzung einer Kamera mit Teleobjektiv binnen sehr kurzer Zeit eine schriftliche Mitteilung der Mitbeschuldigten Ensslin an die Außenwelt aufzunehmen und durch entsprechende Vergrößerung lesbar zu machen.

Der Bundesgerichtshof kommt zur Begründung eines dringenden Tatverdachts gegen den Rechtsanwalt Schily nur aufgrund besonderer Wertung von dessen Aussagen und der sonst vernommenen Anstaltsbediensteten. Hierzu führt der Bundesgerichtshof aus: »Vor allem aber müssen hier die in erheblichem Umfang gleichgerichteten Interessen Berücksichtigung finden, die Beschuldigten und Verteidiger verbinden, während diejenigen eines Vollzugsbeamten und die des Gefangenen durchaus gegensätzlicher Art sind.« Dieser Wertung kann nicht zugestimmt werden; sie wird in dieser Allgemeinheit weder der Stellung des Verteidigers noch der der Vollzugsbeamten gerecht.

Aus den gesamten Ermittlungen ergibt sich zwar ein gewisser Tatverdacht gegen den Rechtsanwalt Schily, der aber allein darauf beruht, daß er als Verteidiger unbeaufsichtigt mit der Mitbeschuldigten Ensslin sprechen konnte. Nach den umfangreichen Ermittlungen kann jedoch nicht angenommen werden, daß ein etwa dem § 203 StPO entsprechender schwerwiegender Tatverdacht besteht. Bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ist eingehend zu prüfen, ob das bisherige Ermittlungsergebnis mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einer Verurteilung des Beschuldigten führen wird. Bei der Zwischenprüfung nach § 203 StPO sind besonders sorgfältig die Folgen einer öffentlichen Hauptverhandlung gegen einen beschuldigten Anwalt für dessen Ruf sowie dessen evtl. entstehenden Entschädigungs- und Erstattungsforderungen zu berücksichtigen. Bei dem negativen Beweis bestehende Zweifel sind hierbei zugunsten des beschuldigten Rechtsanwalts zu werten.

[AZ: (i) 1 StE 1/72 (10/72)]  
 Berlin 19, den 20. September 1972

Kammergericht, 1. Strafsenat  
 der Vorsitzende  
 gez. Jericke  
 Senatspräsident