LANDESHAUPTSTADT **SCHWERIN**

Landeshauptstadt Schwerin•Die Oberbürgermeisterin• •PF 11 10 42•19010 Schwerin

Die Oberbürgermeisterin

Stadtvertretung der Landeshauptstadt Schwerin
Fraktion Unabhängige Bürger

Hausanschrift: Am Packhof 2-6 • 19053 Schwerin
Zimmer: 6.030
Telefon: 0385 545-1000
Fax: 0385 545-1019
E-Mail: ob@schwerin.de

Ihre Nachricht vom/Ihre Zeichen	Unsere Nachricht vom/Unser Zeichen	Datum	Ansprechpartner/in
14.04.2016		2016-04-18	

Anfrage gemäß § 4 der Hauptsatzung für die Landeshauptstadt Schwerin Fraktion Unabhängige Bürger zu neuer Betreuungsvereinbarung der Kita gGmbH

Sehr geehrter Herrn Horn,

Ihre Bedenken und Anregungen vom 14.04.2016 wurden durch den Rechtsbeistand der Kita gGmbH einer Prüfung unterzogen. Das Ergebnis dieser rechtlichen Prüfung gebe ich Ihnen hiermit bekannt:

1. **Zu Nr. 12 (Außerordentliche Kündigung); Unter das außerordentliche Kündigungsrecht fällt normalerweise immer ein Zahlungsverzug - der ist nirgendwo geregelt. Warum?**

   Die Regelung in Ziff. 12 S. 2 übernimmt die gesetzliche Vorschrift des § 626 S. 1 BGB, der die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund bei Dienstverträgen regelt. Die Betreuungsverträge haben ihren Schwerpunkt im Dienstvertragsrecht, weshalb diese Regelung einschlägig ist.

   In Ziff. 12 S. 3 werden Fälle, die zur außerordentlichen Kündigung für die Kita gGmbH führen können, exemplarisch genannt. Unter a) findet sich der außerordentliche Kündigungsgrund für die Kita gGmbH, wenn die Zahlungspflichtigen nach schriftlicher Mahnung ihren Zahlungsverpflichtungen aus der Betreuungsleistung oder der Essensversorgung nicht nachkommen. Aufgrund der Mahnläufe ist sichergestellt, dass eine Kündigung erst dann vorbereitet wird, wenn die Zahlungspflichtigen mit zwei Monatsbeträgen in Rückstand geraten sein werden.

   Fazit:

   Es findet sich eine Regelung der außerordentlichen Kündigung im Falle des Zahlungsverzugs in den neuen Regelungen.

2. **Zu Nr. 11**

   a. **Hier ist unter Absatz 2 ein "Besonderes Kündigungsrecht" ausgewiesen. Nach unserer Auffassung gibt es im Schuldrecht nur ordentliche und**

außerordentliche Kündigungen. Ein Zwischendrin ist uns nicht bekannt. Wenn, dann müsste dieser Punkt unter das außerordentliche Kündigungsrecht fallen.

Es ist zutreffend, dass bei Dauerschuldverhältnissen gemeinhin zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung zu unterscheiden ist. Die ordentliche Kündigung verlangt meist nur die Einhaltung einer Kündigungsfrist. Mit der außerordentlichen Kündigung wird meist auch die fristlose Kündigung gleichgesetzt. Sie setzt eine Unzumutbarkeit voraus, den Vertrag fortzusetzen.

Daneben kennt das Gesetz das Institut des Sonderkündigungsrechts. Der Gesetzgeber lässt dieses in besonderen Fallgestaltungen in Rechtsbereichen zu, in denen auch bei einer ordentlichen Kündigung besondere Voraussetzungen erfüllt sein müssen oder wenn ordentliche Kündigungen auch nur in relativ langen Zeiträumen zulässig sind. Klassische Fälle sind dabei die einseitigen Vertragsänderungen. Den meisten ist das Sonderkündigungsrecht bei Versicherungen bekannt, wenn diese die Beiträge erhöhen. Im Mietrecht gibt es z. B. ein Sonderkündigungsrecht bei Mieterhöhung für den Mieter (§ 561 Abs. 1 BGB) oder bspw. bei Versteigerungen einer Immobilie für den Ersteher (§ 57 a ZVG).

Da auf Drängen der Fraktion der Unabhängigen Bürger das ordentliche Kündigungsrecht für die Kita gGmbH an besondere Voraussetzungen geknüpft werden soll, ist auch für die Betreuungsverträge der Anwendungsbereich eines Sonderkündigungsrechts eröffnet, welches in § 11 „besonderes Kündigungsrecht" benannt und in § 5 der Anlage 1 als Sonderkündigungsrecht ausgestaltet wird. Dieses „besondere Kündigungsrecht" muss nicht die Voraussetzungen für eine ordentliche Kündigung erfüllen und schon gar nicht die einer außerordentlichen Kündigung. Es entsteht nur dann, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach Ziff. 5 der Anlage 1 zum Betreuungsvertrag aus triftigem Grund geändert werden können und die andere Vertragspartei der Änderung widerspricht. Wird von diesem Sonderkündigungsrecht kein Gebrauch gemacht, erlischt es bald wieder.

Eine solche besondere Kündigung auf Grundlage des Sonderkündigungsrechts kann nur zum vorgesehenen Zeitpunkt der (abgelehnten) Änderung der AGB ausgesprochen werden. Eine solche Kündigung ist damit weder eine ordentliche noch von vorneherein eine außerordentliche Kündigung.

b. **Bedenken haben wir auch zur inhaltlichen Ausgestaltung dieses "besonderen" (außerordentlichen) Kündigungsrechts - und zwar dahingehend, dass ein Kündigungsgrund dann vorliegen kann, wenn man den geänderten AGB nicht zustimmen will. Nach unserem Verständnis gelten in diesen Fällen, also der Verweigerung des Vertragspartners zu AGB-Änderungen üblicherweise die alten AGB weiter und der Vertrag insgesamt steht nicht Rede. Nach der jetzigen Regelung wäre also wie im Fall Rintsch die Kündigung des Vertrages weiterhin möglich, wenn man mit AGB-Änderungen nicht einverstanden ist**

Eine Änderung der AGB ist nur aus triftigem Grund möglich. So sieht es Ziff. 5 des Vertrages in der Anlage 1 vor, nämlich etwa dann, wenn eine Veränderung der Gesetzeslage oder der höchstrichterlichen Rechtsprechung, eine Erweiterung oder Beschränkung des Leistungsangebotes der Kita gGmbH infolge politischer Vorgaben o. ä. eintritt. Es kann dann die Situation bestehen, dass die Kita gGmbH mit Eltern, die dieser Anpassung ihres Leistungsangebotes nicht zustimmen, das Vertragsverhältnis nicht fortsetzen kann oder will. Bei Änderung der Rechtslage dürfte eine sogenannte rechtliche Unmöglichkeit eintreten. Bei einer Änderung des Leistungsangebots, kann es sein, dass sowohl die Erziehungsberechtigten als auch die Kita kein Interesse an der Fortsetzung des Betreuungsverhältnisses zu den alten Bedingungen haben. In diesem Fall besteht dann die Möglichkeit, das Vertragsverhältnis zu beenden.

Die Vergleichbarkeit einer solchen Situation mit dem „Fall Rintsch" ist nicht gegeben. Das Vertragsverhältnis zur Familie Rintsch wurde beendet, weil die Familie Rintsch zwar Essensleistungen bezogen hat, es aber ablehnte, die Kita gGmbH als Vertragspartner auch für die Essensleistungen zu akzeptieren, obwohl dies gesetzlich vorgeschrieben ist, und weil sie in Rückstand mit über 400,- Euro geraten war, die sie trotz Mahnung nicht ausglich.

c. **Die Regelungen zur "ordentlichen Kündigung" enthalten unseres Erachtens sehr merkwürdige, nicht justiziable Formulierungen, so dass wir die Vermutung haben müssen, dass hier die juristische Fachberatung fehlt.**

Wer will beispielsweise bemessen, was dazu geeignet ist, dass "ein Festhalten am Vertrag nicht sinnvoll erscheint"? Hier kommen wir doch gerade wieder in den Bereich von Beurteilungshoheit und einseitigen Argumentationsketten. Wer beurteilt des Weiteren, worin eine kündigungsrelevante "Belastung des Vertrauensverhältnisses" begründet ist? Das ist noch vager und so kann jede Kritik an der Einrichtung oder der GmbH schon zur Kündigung führen. Das kann nicht gewollt sein. Oder wie definiert sich der Tatbestand, dass die "pädagogische Betreuung des Kindes durch die Kita gGmbH nicht sinnvoll möglich sein wird"?

Die Regelungen zur ordentlichen Kündigung greifen den politischen Willen der Fraktion der Unabhängigen Bürger auf, die sich dagegen aussprechen, ordentliche Kündigungen zuzulassen, ohne dass es für Kündigungsgründe gibt. Die Aufzählung der Kündigungsgründe für eine ordentliche Kündigung anhand der Regelbeispiele dient nicht so sehr der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Kündigungserklärung, sondern der Kontrolle der inneren Willensbildung.

Gemäß vorliegendem Beschlusses des Aufsichtsrates soll der Geschäftsführung in Zusammenwirkung mit dem Aufsichtsrat obliegen, festzustellen, ob die Voraussetzungen für eine ordentliche Kündigung vorliegen, also etwa ein Festhalten am Vertrag nicht (mehr) sinnvoll erscheint. Ob eine Belastung des Vertrauensverhältnisses besteht, kann im Rahmen des internen Willensbildungsprozesses sehr wohl geprüft werden.

Der beabsichtigtermaßen weite Beurteilungsspielraum in der Formulierung in § 11 soll gerade vermeiden, dass Streitigkeiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung entstehen. Gleichzeitig soll sie einen Beurteilungsmaßstab für die Entscheidung der Geschäftsführung und des Aufsichtsrates bilden und bieten, ob eine ordentliche Kündigung ausgesprochen wird.

Die ordentliche Kündigung wurde seit Bestehen der Kita gGmbH nur in drei Fällen ausgesprochen.

Angelika Gramkow
Oberbürgermeisterin