

und Willkür bei der Ausübung der Zivilrechtspflege. Ähnlich wie die staatsrechtliche Beschwerde ist die Justizaufsichtsbeschwerde ein ausserordentliches, kassatorisches Rechtsmittel (*M. Ehrenzeller*, Komm., N. 4 zu Art. 282 ZPO), das im kantonalen Verfahrensgang die Möglichkeit gibt, die Einhaltung verfassungsmässiger Garantien (Verbot der Willkür, der Rechtsverweigerung und der Rechtsverzögerung) durchzusetzen. Appellatorische Kritik ist nicht zulässig. Beurteilungsgrundlage ist der Prozessstoff, der dem Vorrichter vorlag. Neue Vorbringen sind deshalb ausgeschlossen (vgl. *M. Ehrenzeller* a.a.O. N. 3).
Juak 28.12.2000

3366

Arbeitsrechtliche Streitigkeit. Form der Abschreibung von einzelrichterlichen Prozessen. Kostenaufgabe wegen mutwilliger Prozessführung (Art. 199 Abs. 3 und 201 ZPO, Art. 343 Abs. 3 OR).

1. Gestützt auf den vom Kläger erklärten Rückzug der Klage ist das Verfahren als erledigt am Gerichtsprotokoll abzuschreiben (Art. 201 Abs. 1 ZPO).

Bezüglich der Form (Beschluss oder Verfügung) enthält die ZPO keine Anweisung (Art. 199 Abs. 3 ZPO). Angezeigt ist die Form einer Verfügung, da ein Beschluss begrifflich nur bei einem Kollegium denkbar ist (vgl. *Frank/Sträuli/Messmer*, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N. 6 zu § 188).

2. a) Nach Art. 343 Abs. 3 OR dürfen bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis den Parteien weder Gebühren noch Auslagen des Gerichts auferlegt werden; jedoch kann bei mutwilliger Prozessführung der Richter gegen die fehlerhafte Partei Bussen aussprechen und ihr Gebühren und Auslagen des Gerichts ganz oder teilweise auferlegen (vgl. auch Art. 220 Abs. 5 ZPO).

Bei der Annahme von Mutwilligkeit wird in der Praxis grosse Zurückhaltung geübt (*J. Rehbinden*, Berner Kommentar, N. 20 zu Art. 343 OR). Zu unterscheiden ist die Mutwilligkeit von der Aussichtslosigkeit, es handelt sich dabei nicht um das gleiche (*Streiff/von Kaenel*, Arbeitsvertrag, Zürich 1993, N. 11 zu Art. 343 OR). Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass offenbare Aussichtslosigkeit Mutwilligkeit in sich

schliesst. Das setzt aber voraus, dass die rein objektiv feststellbare Tatsache der Aussichtslosigkeit um ein subjektives Element erweitert wird. Mutwillig ist eine Prozessführung nur dann, wenn sie wider besseres Wissen oder zumindest wider die vom Betreffenden nach Lage der Dinge zu erwartende Einsicht betrieben worden ist (ZR 71 Nr. 75 S. 239; *J. Rehbinden*, a.a.O., N. 20 zu Art. 343 OR).

b) Der Kläger hat Ersatz des hypothetischen Verdienstes bis zum Ablauf der bestimmten Vertragszeit gefordert (vgl. dazu Art. 337c Abs. 1 OR und *Streiff/von Kaenel*, a.a.O., N. 2f zu Art. 337c OR). Die Berechtigung dieser Forderung hängt davon ab, ob ein wichtiger Grund vorlag, der die fristlose Entlassung rechtfertigte. Der Beklagte begründete die ausserterminliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der pädophilen Neigung des Klägers. Der Schutz der dem Kläger anvertrauten IV-Schüler habe diesen Schritt verlangt.

Anlässlich der mündlichen Verhandlung hat der Kläger zugestanden, dass er in Sri Lanka wegen Pädophilie rechtskräftig verurteilt und dass im Kanton Basel-Land ein Verfahren gegen ihn durchgeführt worden ist.

Vor diesem Hintergrund muss die Klage klarerweise als aussichtslos qualifiziert werden. Auch wenn dem Kläger am Arbeitsplatz kein konkreter Übergriff vorgeworfen werden kann, genügt die Neigung des Klägers verbunden mit dem Wissen, dass er diese Neigung schon - wenn auch an einem anderen Ort - ausgelebt hat, als wichtiger Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses (anders der Fall eines homosexuellen Modeverkäufers in JAR 1980 S. 290). Hier ist insbesondere auch zu beachten, dass der Beklagte eine IV-Sonderschule für verhaltens- und lernbehinderte und damit besonders schutzbedürftige Kinder betreibt. Eine mildere Massnahme, etwa eine Weiterbeschäftigung unter Auflagen, konnte mangels wirkungsvoller Auflagen nicht ergriffen werden (vgl. z.B. die vom Verwaltungsgericht des Kantons Aargau vorgeschlagenen Auflagen in AGVE 1989 S. 107f, deren Anordnung in casu keine Entschärfung der Gefährdung bewirkt hätte).

Zu prüfen ist sodann die subjektive Seite. Es ist nach dem jetzigen Aktenstand nicht möglich, dem Kläger ein Handeln wider besseres Wissen nachzuweisen. Anders wäre es eventuell, wenn Gegenstand und Ausgang des Verfahrens im Kanton Basel-Land bekannt wären. In dieser Richtung weiter nachzuforschen, was aufgrund der Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 OR) durchaus möglich wäre, erübrigt

sich. Denn dem Kläger muss immerhin vorgeworfen werden, den Prozess entgegen dem vorauszusetzenden Verständnis für die Aussichtslosigkeit geführt zu haben. Dem Kläger musste klar sein, dass die Weiterbeschäftigung eines pädophilen Lehrers unmöglich ist. Dieses Wissen konnte und musste er sich aneignen allein anhand der Diskussionen, die in den vergangenen Jahren in der Öffentlichkeit zu diesem Thema geführt worden sind. So wurde z.B. in einem Artikel im Tagesanzeiger vom 11.2.1998 (S. 17) die Anstellung eines wegen Pädophilie vorbestraften Mannes nur schon als Gassenarbeiter von den Verantwortlichen als unmöglich bezeichnet. Die Basler Zeitung berichtete ausführlich über den Fall eines Primarlehrers aus der Gemeinde Eiken im Kanton Aargau, der wegen sexuellen Missbrauchs von Schülern verhaftet worden war (BAZ vom 26.4.1999; zitiert nach http://www.baz.ch/archiv/article_63119.html). In diesem Artikel wird die sofortige Amtsenthebung des Täters erwähnt und ein Psychiater zitiert, der von einer Rückfallquote bei Pädophilen von 30 bis 40 Prozent spricht. Das Bewusstsein seiner Neigung muss den Kläger sensibilisiert haben für die damit zusammenhängenden Problematiken. Es musste ihm klar sein, dass er mit der Belastung einer rechtskräftigen Verurteilung wegen Pädophilie in einer Tätigkeit als Lehrer untragbar geworden ist. Dieses Bewusstsein müsste selbst dann angenommen werden, wenn man davon ausgehen würde, dass Pädophile eine verzerrte Wahrnehmung haben (so die Meinung des Psychiaters *Roman Vogel* im erwähnten Artikel der BAZ).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Forderung des Klägers aussichtslos gewesen ist und dass vom Kläger Einsicht in diese Aussichtslosigkeit erwartet werden konnte. Damit aber erweist sich die Prozessführung des Klägers als mutwillig, weshalb ihm nach Art. 343 Abs. 3 OR die amtlichen Kosten aufzuerlegen sind.

KGP 21.7.2000