

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 5. Dezember 2019  
- 2 AZR 107/19 -  
ECLI:DE:BAG:2019:051219.U.2AZR107.19.0

I. Arbeitsgericht Berlin

Urteil vom 8. August 2017  
- 8 Ca 2025/17 -

II. Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 17. Januar 2019  
- 10 Sa 1631/18 -

---

Entscheidungsstichwort:

Ordentliche Kündigung außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 107/19  
10 Sa 1631/18  
Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
5. Dezember 2019

## URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. Dezember 2019 durch die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor als Vorsitzende, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann und Dr. Schlünder sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Grimberg und Wolf für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 17. Januar 2019 - 10 Sa 1631/18 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

- Die Parteien streiten noch über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1
- Die Klägerin war bei der Beklagten, die nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt, seit dem 1. Juni 2016 als Nanny/Kinderfrau tätig. Das Arbeitsverhältnis war bis zum 31. Mai 2017 befristet und mit der gesetzlichen Frist ordentlich kündbar. 2
- Neben der Klägerin war bei der Beklagten eine zweite Kinderfrau angestellt. Diese kündigte ihr Arbeitsverhältnis zum 31. Januar 2017. Die Beklagte beabsichtigte, als Ersatz die Zeugin B einzustellen. Frau B war in der zweiten Hälfte des Monats Januar 2017 zusammen mit der Klägerin in der Wohnung der Beklagten tätig. 3
- Mit Schreiben vom 2. Februar 2017, das der Klägerin spätestens am 14. Februar 2017 zuging, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich zum 15. März 2017. 4
- Dagegen hat die Klägerin rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben, der hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung rechtskräftig stattgegeben wurde. Die noch streitbefangene ordentliche Kündigung hat die Klägerin für sitten- und treuwidrig gehalten. Zu den Kündigungen sei es gekommen, weil die Zeugin B der Beklagten wahrheitswidrig mitgeteilt habe, dass die Klägerin behauptet habe, die Beklagte sei nie zu Hause, schließe sich immer in ihrem 5

Zimmer ein und esse, wenn sie einmal daheim sei, nur Schokolade mit ihrer Tochter. Die Beklagte habe sich deshalb von der Klägerin in ihrer Mutterrolle kritisiert und in ihrer Eitelkeit verletzt gefühlt, obwohl sie gewusst habe, dass diese Behauptungen im Kern wahr und deshalb von der Meinungsfreiheit gedeckt seien. Die Beklagte habe sich aus Rachsucht und um Mittel für eine Anstellung von Frau B freizumachen nicht mit einer ordentlichen Kündigung begnügen, sondern sich fristlos von der Klägerin trennen wollen. Da ihr bewusst gewesen sei, dass die vermeintlichen Äußerungen der Klägerin keinen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung bildeten, habe die Beklagte weitere - wahrheitswidrige und die Vertraulichkeit verletzende - Äußerungen der Klägerin gegenüber Frau B sowie Kindesmissbrauch durch die Klägerin ersonnen und zum Beweis dieser frei erfundenen Kündigungsgründe im Prozess Frau B als Zeugin benannt. Damit sei das „Kündigungsverhalten“ der Beklagten mit der Folge sittenwidrig, dass „die gesamte Kündigung“ nichtig sei. Das Erfinden von Gründen, um die außerordentliche Kündigung zu stützen, schlage auf die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung durch. Da bereits das „Kündigungsverhalten“ sittenwidrig gewesen sei, könne dahinstehen, welche Motivation diesem inakzeptablen Verhalten zugrunde gelegen habe. Allerdings indiziere das Erfinden von Kündigungsgründen die sittenwidrige Gesinnung. Überdies habe die Klägerin vor Ausspruch der Kündigung angehört werden müssen und stelle sich die Kündigung als selbstwidersprüchlich dar, weil die Beklagte ihr - der Klägerin - noch am 24. Januar 2017 eine unbefristete Beschäftigung angeboten habe.

Die Klägerin hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse -  
sinngemäß beantragt

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auch durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 2. Februar 2017 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Frau B habe in der dritten Kalenderwoche 2017 mehrfaches, erhebliches Fehlverhalten der Klägerin gegenüber ihrer Tochter festgestellt. Ende Januar 2017 habe die Zeugin B

sich ein Herz gefasst und die Beklagte nicht nur über zahlreiche Indiskretionen der Klägerin, sondern auch über die beobachteten Missstände sowie die von der Klägerin ausgehende Gefahr für das Kindeswohl in Kenntnis gesetzt.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. 8

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin gegen das die Klage abweisende erstinstanzliche Urteil zu Recht zurückgewiesen. 9

A. Die außerhalb des betrieblichen Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes (§ 23 Abs. 1) erklärte, der Klägerin spätestens am 14. Februar 2017 zugegangene ordentliche Kündigung der Beklagten vom 2. Februar 2017 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien gemäß § 622 Abs. 1 BGB mit Ablauf des 15. März 2017 aufgelöst. Die Kündigung ist weder sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB) noch treuwidrig (§ 242 BGB). 10

I. Ein Rechtsgeschäft ist sittenwidrig iSv. § 138 Abs. 1 BGB, wenn es nach seinem Inhalt oder Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht. Verstößt das Rechtsgeschäft - wie eine an sich neutrale Kündigung (*BAG 21. März 1980 - 7 AZR 314/78 - zu II 3 der Gründe*) - nicht bereits seinem Inhalt nach gegen die grundlegenden Wertungen der Rechts- oder Sittenordnung, muss ein persönliches Verhalten des Handelnden hinzukommen, welches diesem zum Vorwurf gemacht werden kann. Hierfür genügt es im Allgemeinen nicht, dass vertragliche Pflichten verletzt werden. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln oder der 11

zutage tretenden Gesinnung ergeben kann (*BGH 16. Juli 2019 - II ZR 426/17 - Rn. 24*).

II. Der Grundsatz von Treu und Glauben in § 242 BGB bildet eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung. Eine gegen diesen Grundsatz verstoßende Rechtsausübung oder Ausnutzung einer Rechtslage ist wegen der darin liegenden Rechtsüberschreitung als unzulässig anzusehen. Die Vorschrift des § 242 BGB ist aber auf Kündigungen neben § 1 KSchG nur in beschränktem Umfang anwendbar. Das Kündigungsschutzgesetz hat die Voraussetzungen und Wirkungen des Grundsatzes von Treu und Glauben konkretisiert und abschließend geregelt, soweit es um den Bestandsschutz und das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes geht. Eine Kündigung verstößt deshalb nur dann gegen § 242 BGB, wenn sie Treu und Glauben aus Gründen verletzt, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind (*BAG 22. April 2010 - 6 AZR 828/08 - Rn. 41*).

III. Im Rahmen der Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB ist der objektive Gehalt der Grundrechte zu berücksichtigen (*BAG 19. Oktober 2017 - 8 AZR 845/15 - Rn. 20, BAGE 160, 337*). Der durch die zivilrechtlichen Generalklauseln vermittelte verfassungsrechtliche Schutz ist allerdings umso schwächer, je stärker die mit der Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 KSchG geschützten Grundrechtspositionen des Arbeitgebers im Einzelfall betroffen sind. Es geht vor allem darum, Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen (*BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 3 b cc der Gründe, BVerfGE 97, 169; BAG 5. November 2009 - 2 AZR 383/08 - Rn. 24*).

IV. Daran gemessen stellt sich die allein noch streitbefangene ordentliche Kündigung weder als sitten- noch als treuwidrig dar.

1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, wenn einer Arbeitgeberin zugetragen werde, eine Arbeitnehmerin verbreite negative Tatsachen über sie, sei es nachvollziehbar, dass die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis nicht fortsetzen möchte. Das gelte umso mehr, als hier die als Nanny/Kinderfrau einge-

stellte Klägerin im absoluten Nähebereich der Beklagten quasi wie ein Familienmitglied tätig war. Eine allgemeine Pflicht zur Aufklärung des „wahren Sachverhalts“ gebe es nicht. Die Beklagte habe sich auch nicht treuwidrig selbstwidersprüchlich verhalten. Schließlich könne zugunsten der Klägerin unterstellt werden, dass die Beklagte Gründe für die außerordentliche Kündigung „nachträglich erdichtet“ habe. Späteres prozessuales Verhalten mache die Kündigung(en) nicht unwirksam.

2. Diese Würdigung ist frei von Rechtsfehlern. 16

a) Der Willkürvorwurf scheidet aus, wenn ein irgendwie einleuchtender Grund für die Rechtsausübung vorliegt (*BAG 28. August 2003 - 2 AZR 333/02 - zu B III 1 b der Gründe*). Ein solcher ist bei einem auf konkreten Umständen beruhenden Vertrauensverlust grundsätzlich auch dann gegeben, wenn die Tatsachen objektiv nicht verifizierbar sind (*vgl. BAG 25. April 2001 - 5 AZR 360/99 - zu II 4 b der Gründe*). Unstreitig hat die Zeugin B der Beklagten mitgeteilt, dass die Klägerin behaupte, sie - die Beklagte - sei nie zu Hause, schließe sich andernfalls immer in ihrem Zimmer ein und esse, wenn sie doch einmal daheim sei, nur Schokolade mit ihrer Tochter. Dass die Beklagte nicht weiter - vermeintlicher - Kritik betreffend ihre Mutterrolle durch eine in ihrem Haushalt beschäftigte Arbeitnehmerin ausgesetzt sein wollte, ist verständlich und hat mit Rachsucht oder Vergeltung (*vgl. dazu BAG 9. Mai 1996 - 2 AZR 128/95 - zu II 6 der Gründe*) nichts zu tun. 17

b) Es kann zugunsten der Klägerin unterstellt werden, dass die der Beklagten zugetragenen Äußerungen - wären sie so gefallen - als wahre Tatsachenbehauptungen und/oder Meinungsbekundungen in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG fielen. Jedenfalls könnte - zumal angesichts der grundrechtlich geschützten Positionen der Beklagten - von einer unverhältnismäßigen Beschränkung der Meinungsfreiheit der Klägerin keine Rede sein. Ihr wird nicht jede kritische Äußerung über die Beklagte und deren Umgang mit ihrem Kind verboten. Die Klägerin muss es lediglich hinnehmen, dass sie derartige Kritik nicht - erneut - aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis heraus vorbringen 18

kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Arbeitsverhältnis überwiegend in dem durch Art. 13 Abs. 1 GG besonders geschützten Bereich der „räumlichen Privatsphäre“ der Beklagten durchgeführt werden sollte und die ihr über die Zeugin B zugetragenen - vermeintlichen - Äußerungen der Klägerin das durch Art. 6 Abs. 2 GG geschützte elterliche Erziehungsrecht betrafen.

- c) Im Rahmen der Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB kommt es hingegen nicht darauf an, ob die Klägerin durch die der Beklagten zugetragenen Äußerungen - unterstellt sie wären so gefallen - gegen ihre aus § 241 Abs. 2 BGB folgende Pflicht zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Belange der Beklagten verstieß und ob ggf. eine solche Pflichtverletzung eine am Maßstab des § 1 Abs. 2 KSchG zu messende verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen vermöchte. Im Gegenteil kann die Berechtigung von Gründen, die unter Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes als solche im Verhalten der Klägerin gewertet werden könnten, auf der Grundlage allein der zivilrechtlichen Generalklauseln gerade nicht nachgeprüft werden (*vgl. BAG 28. September 1972 - 2 AZR 469/71 - zu IV der Gründe, BAGE 24, 438*). 19
- d) Die ordentliche Kündigung stellt sich nicht deshalb als sitten- oder doch treuwidrig dar, weil der Klägerin keine Gelegenheit zur Stellungnahme zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen gegeben wurde. Die vorherige Anhörung des Arbeitnehmers ist - außer bei einer Verdachtskündigung im Geltungsbereich des § 1 Abs. 2 KSchG - keine Wirksamkeitsvoraussetzung (*BAG 10. April 2014 - 2 AZR 647/13 - Rn. 33*). 20
- e) Die Beklagte hat sich mit dem Ausspruch der ordentlichen Kündigung nicht iSv. § 242 BGB rechtsmissbräuchlich selbstwidersprüchlich verhalten (*zu den Anforderungen vgl. BAG 23. Januar 2018 - 3 AZR 448/16 - Rn. 38, BAGE 161, 335*). Durch das Inaussichtstellen eines unbefristeten Arbeitsvertrags ist schon kein entsprechender Vertrauenstatbestand geschaffen worden. Die Beklagte hätte auch ein unbefristetes Arbeitsverhältnis aufgrund der Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 KSchG ohne das Erfordernis einer besonderen Rechtfertigung ordentlich kündigen können. 21

- f) Es bedarf keiner Entscheidung, ob der ausschließlich gegen eine vorrangig erklärte außerordentliche fristlose Kündigung erhobene Vorwurf der Sittenwidrigkeit auf eine ausdrücklich hilfsweise zu dieser ausgesprochene ordentliche Kündigung - und damit auf ein anderes Rechtsgeschäft - „durchschlagen“ kann. 22
- aa) Nach den weder mit einem erfolgreichen Tatbestandsberichtigungsantrag gemäß § 320 ZPO noch einer (zulässigen) Verfahrensrüge iSv. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Klägerin in den Tatsacheninstanzen nur behauptet, die Beklagte habe die außerordentliche fristlose Kündigung im Prozess durch selbst erfundene Vorwürfe und im Zusammenwirken mit einer „lügenden“ Zeugin zu verteidigen versucht. Hingegen ist nicht festgestellt, dass die Beklagte nach substantiierter Behauptung der Klägerin einen entsprechenden Beschluss bereits bei Ausspruch der Kündigungen für den Fall eines möglichen Rechtsstreits gefasst hatte. Dementsprechend hat die Klägerin auf Nachfrage des Senats in der Revisionsverhandlung bestätigt, insofern handele es sich um eine bloße „Mutmaßung“. 23
- bb) Der erst nach Vornahme eines Rechtsgeschäfts gefasste Vorsatz, dieses im Rahmen eines zwischenzeitlich anhängigen Rechtsstreits unter Verletzung der prozessualen Wahrheitspflicht aus § 138 Abs. 1 ZPO zu verteidigen, kann sich ggf. als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung iSv. § 826 BGB darstellen (vgl. *Palandt/Sprau 78. Aufl. § 826 Rn. 50*), zu der es hier im Übrigen nicht gekommen wäre, weil die außerordentliche Kündigung bereits erstinstanzlich rechtskräftig für unwirksam befunden wurde. Er kann aber nicht eine Kündigung rückwirkend nichtig machen, deren Wirksamkeit als Gestaltungsrecht sich im Zeitpunkt ihres Zugangs bestimmt (*BAG 18. Oktober 2012 - 6 AZR 41/11 - Rn. 66*). Das gilt auch für die Beurteilung ihrer Sittenwidrigkeit (vgl. *Palandt/Ellenberger 78. Aufl. § 138 Rn. 9*). 24

B. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

25

Rachor

Schlünder

Niemann

Grimberg

Wolf