

Bundesarbeitsgericht
Urt. v. 25.03.2004, Az.: 2 AZR 153/03

Kündigung: Auch mit Haushälterin Bis dass der Tod uns scheidet...

Ein Arbeitgeber kann mit einer Arbeitnehmerin (hier: einer Haushälterin mit einem Monatsgehalt von 4 500 €) ein Arbeitsverhältnis auf Lebenszeit vereinbaren und damit seine Kündigungsmöglichkeit wirksam ausschließen. Sollte die Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber unzumutbar werden, so ist eine außerordentliche Kündigung (allerdings mit Auslauffrist) möglich (was hier nicht festgestellt wurde).

Quelle: Wolfgang Büser

Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung; Kündigungsbeschränkung aufgrund einer Ergänzungsvereinbarung zum Arbeitsvertrag; Sittenwidrigkeit der Begründung einer Laufzeit des Arbeitsverhältnisses auf Lebenszeit; Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung eines ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers ; Umdeutung einer außerordentlichen fristlosen Kündigung in eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist

Gericht: BAG

Datum: 25.03.2004

Aktenzeichen: 2 AZR 153/03

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2004, 21811

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG Hamburg - 09.04. 2002 - AZ: 25 Ca 444/01

LAG Hamburg - 25.09.2002 - AZ: 6 Sa 54/02

Rechtsgrundlagen:

§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG

§ 133 BGB

§ 157 BGB

§ 15 Abs. 4 TzBfG

§ 138 BGB

§ 624 BGB

§ 626 Abs. 1 BGB

Art. 12 GG

§ 615 BGB

Fundstellen:

AiB-newsletter 2005, 5 (red. Leitsatz)

AiB-Newsletter 2005, 5 (red. Leitsatz)

AiB-NL 2005, 5 (red. Leitsatz)
ArbRB 2004, 129
ArbRB 2004, 300 (Volltext mit amtl. LS)
AuA 2004, 41 (Kurzinformation)
AuR 2004, 395 (Kurzinformation)
AUR 2004, 395 (Kurzinformation)
BAGReport 2004, 322-325
BB 2004, 2303-2308 (Volltext mit red. LS)
DB 2004, 2219
DB 2004, XVI Heft 14 (Pressemitteilung)
DStR 2004, XIV Heft 26 (Kurzinformation)
DStR 2004, 2111 (Kurzinformation)
EzA-SD 7/2004, 4 (Pressemitteilung)
FA 2004, 187-188 (Pressemitteilung)
FA 2005, 160 (amtl. Leitsatz)
FAr 2004, 187-188
GmbHR 2004, R 176-R 177 (Pressemitteilung)
GmbH-Report 2004, R 176-R 177 (Pressemitteilung)
GuS 2004, 61
MedR 2004, 383
NWB 2004, 1237
NZA 2004, VI Heft 7 (Kurzinformation)
Personal 2004, 77
PflR 2004, 497-504 (Volltext mit red. LS)
RdA 2005, 306 (Volltext mit amtl. LS)
schnellbrief 2004, 6 (Pressemitteilung)
schnellbrief 2004, 2
StuB 2004, 800
ZfPR 2004, 174

Redaktioneller Leitsatz:

1. Bei einem echten Arbeitsvertrag auf Lebenszeit des Arbeitgebers, des Arbeitnehmers oder eines Dritten verleiht dem Arbeitnehmer das nicht abdingbare Kündigungsrecht nach § 15 Abs. 4 TzBfG, während dieses Kündigungsrecht für den Arbeitgeber nicht gilt.
2. Die Verpflichtung zur Unterlassung einer Kündigung bedeutet regelmäßig eine Verfügung über das Gestaltungsrecht und hat damit dingliche Wirkung mit der Konsequenz, dass einer dennoch ausgesprochenen Kündigung der bezweckte Rechtserfolg versagt bleibt.
3. Eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung kann nur ausnahmsweise zulässig sein, wenn eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit ausgeschlossen ist und der Arbeitgeber deshalb dem Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum hin sein Gehalt weiterzahlen müsste, obwohl er für dessen Arbeitskraft keine Verwendung mehr hat.

In dem Rechtsstreit
hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts
auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 25. März 2004
durch
den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost,
die Richter am Bundesarbeitsgericht Bröhl und Dr. Eylert sowie
die ehrenamtlichen Richter Walter und Dr. Fischer
für **Recht** erkannt:

Tenor:

Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurückweisung des weiter gehenden Zinsanspruches das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 25. September 2002 - 6 Sa 54/02 - teilweise aufgehoben:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Teilurteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 9. April 2002 - 25 Ca 444/01 - wie folgt teilweise abgeändert: Es wird festgestellt, dass das zwischen der Klägerin und Herrn K begründete Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 4. Januar 2002 auch nicht zum 31. März 2002 beendet wurde.

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 23.008,13 Euro brutto abzüglich 5.702,84 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 3.804,03 Euro seit 1. Mai 2002, aus 3.365,35 Euro seit 1. Juni 2002, aus 3.405,23 Euro seit 1. Juli 2002, aus 3.365,35 Euro seit 1. August 2002 und aus 3.365,35 Euro seit 1. September 2002 zu bezahlen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision als Gesamtschuldner zu tragen. Von den Kosten des zweiten Rechtszuges tragen die Klägerin 1/5 und die Beklagten als Gesamtschuldner 4/5.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten noch über die Wirksamkeit einer Arbeitgeberkündigung vom 4. Januar 2002 und Ansprüche der Klägerin aus Annahmeverzug. Auf Grund des erstinstanzlichen Urteils steht rechtskräftig fest, dass die Kündigung vom 4. Januar 2002 das Arbeitsverhältnis jedenfalls nicht fristlos beendet hat.
- 2 Die Beklagten sind Erben des während des vorliegenden Verfahrens verstorbenen Herrn K (Erblassers), des ehemaligen Arbeitgebers der Klägerin und früheren Beklagten. Die Klägerin war seit 1. Mai 1998 beim Erblasser, der unter der parkinsonschen Krankheit litt, als Haushälterin und Altenpflegerin zu einem Bruttomonatseinkommen iHv. zuletzt 9.000,00 DM (4.601,63 Euro) beschäftigt. Rechtsgrundlage der arbeitsrechtlichen Beziehungen waren der Arbeitsvertrag vom 31. April 1998 und die am 26. Oktober 2001 geschlossene Ergänzungsvereinbarung zum Arbeitsvertrag. Sie hat folgenden Wortlaut:

"In Ergänzung des Arbeitsvertrags vom 31.3.98 zwischen Herrn K und Frau S wird hiermit rückwirkend der Kündigungsschutz des Kündigungsschutzgesetzes vereinbart und zwar unabhängig von der Anzahl der arbeitgeberseitig beschäftigten Personen.

Außerdem wird vereinbart, dass das Arbeitsverhältnis nicht ordentlich kündbar ist. Es gilt auf Lebenszeit des Arbeitgebers und endet mit dessen Tod." Der den Erblasser behandelnde Arzt Prof. Dr. M brachte auf dem Ergänzungsschreiben folgenden Vermerk an: "Dieser ergänzte Absatz zum Arbeitsvertrag von Frau S vom 31.4.98 wurde am 26.10.01 in meiner Gegenwart von Herrn K unterzeichnet, nachdem er nochmals verlesen wurde. Herr K zeigte außer einer parkinsonbedingten Antriebsminderung zu diesem Zeitpunkt keine psychisch relevanten Symptome.

D. M"

- 3 Am 26. November 2001 stellte der Erblasser der Klägerin folgende Vollmacht aus:

"Hiermit bevollmächtige ich, K im Vollbesitz meiner geistigen Kräfte, Frau S , für mich sämtliche zu meiner Pflege und Betreuung erforderlichen Rechtshandlungen vorzunehmen.

Hierzu gehört auch die Ausübung des Hausrechtes in dem Haus S ; H sowie - nach ärztlicher Absprache - die Verabreichung von Medikamenten.

Ich entbinde hiermit sämtliche mich zur Zeit und in Zukunft behandelnden Ärzte gegenüber Frau S von ihrer ärztlichen Schweigepflicht.

Sollte eine Einweisung in ein Heim oder ein Krankenhaus oder eine vergleichbare Institution erforderlich werden, soll dies nur nach Rücksprache und unter ausdrücklicher Beteiligung von Frau S erfolgen.

Diese Vollmacht ist unwiderruflich.

Hamburg, den 26.11.01 K"

- 4 Auf diesem Vollmachtsschreiben brachte Prof. Dr. M folgenden handschriftlichen Vermerk an:

"In meiner Gegenwart unterschrieben. Keine Hinweise für Einschränkung der geistigen Klarheit.

D. M "

- 5 Der am 2. Januar 1927 geborene Erblasser war sehr vermögend. Er hatte dem Beklagten zu 1), seinem Sohn, schon im Jahr 1997 eine notariell beurkundete Generalvollmacht erteilt. Ein Betreuungsverfahren vor dem Amtsgericht Hamburg-Bergedorf wurde mit dem Ergebnis abgeschlossen, eine Betreuung des Erblassers sei nicht einzurichten.

- 6 Mit Schreiben vom 2. Januar 2002, der Klägerin am 5. Januar 2002 übergeben, widerriefen der Erblasser persönlich und der Beklagte zu 1) in seiner Vollmacht die der Klägerin eingeräumten Befugnisse, insbesondere die am 26. November 2001 erteilte Vollmacht. Unter dem Datum 4. Januar 2002 kündigten der Erblasser selbst und der Beklagte zu 1) in seiner Vollmacht das Arbeitsverhältnis der Klägerin außerordentlich fristlos und zugleich hilfsweise ordentlich zum nächstzulässigen Termin.

- 7 Die Klägerin macht geltend, die Kündigung habe das Arbeitsverhältnis auch nicht mit Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zum 31. März 2002 beendet. Es sei mit dem Erblasser wirksam

vereinbart worden, dass das Kündigungsschutzgesetz Anwendung finde und das Arbeitsverhältnis nicht ordentlich kündbar sei. Diese Vereinbarung sei auch nicht sittenwidrig. Sie - die Klägerin - habe insbesondere nicht eine besondere Vertrauensstellung ausgenutzt. Ihre tatsächliche Arbeitsleistung im Sinne einer Rundpflege habe die in dem ursprünglichen Arbeitsvertrag vorgesehene Arbeitsleistung von immerhin auch schon 60 Stunden bei weitem überschritten. Dies ergebe sich insbesondere aus dem vom Beklagten zu 1) ausgearbeiteten Dienstplan vom 30. Dezember 2001. Schon der Arbeitsvertrag aus dem Jahr 1998 habe eine Vergütung von 9.000,00 DM vorgesehen. Ende 2000 sei es zunehmend zu Spannungen zwischen dem Beklagten zu 1) auf der einen Seite und dem Erblasser und ihr auf der anderen Seite gekommen. Der Erblasser habe befürchtet, sie als seine einzige Vertrauensperson würde ihm entzogen und der Beklagte zu 1) würde seinen Vorsatz verwirklichen ihn - den Erblasser - in ein Heim zu bringen. Vor diesem Hintergrund sei es zu der Ergänzungsvereinbarung gekommen, die schon im Juni 2001 erstmalig abgeschlossen worden sei.

8 Die Klägerin hat zuletzt beantragt festzustellen,

dass das zwischen ihr und dem Erblasser bestehende Arbeitsverhältnis auch durch die fristgerechte Kündigung vom 4. Januar 2002 nicht beendet wurde die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 23.800,13 Euro abzüglich auf die Bundesanstalt für Arbeit übergegangene 39,88 Euro kalendertäglich nebst 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz aus je 9.000,00 DM seit 1. Mai 2002, 1. Juni 2002, 1. Juli 2002, 1. August 2002 und 1. September 2002 zu zahlen.

9 Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt und geltend gemacht: Der Erblasser sei bei seiner Unterschrift unter die Ergänzungsvereinbarung und die Vollmacht in seiner Willensfreiheit stark durch die parkinsonsche Krankheit beeinträchtigt gewesen. Hintergrund dieser Vereinbarungen sei nicht der Wunsch des Erblassers gewesen, sich vor einer Abschiebung in ein Heim ohne Beteiligung der Klägerin zu schützen. Die Klägerin habe sich vielmehr in sittenwidriger Weise durch die Vereinbarungen in eine Arbeitgeberstellung gehoben. Vor Ausspruch der Kündigung sei es zu erheblichen Auseinandersetzungen vor allem mit dem Beklagten zu 1) gekommen, bei denen die Klägerin den Beklagten zu 1) sogar wegen angeblicher Steuerhinterziehung angezeigt habe. Eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei deshalb nicht mehr möglich gewesen.

10 Das Arbeitsgericht hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die fristlose Kündigung, sondern auf Grund der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung vom 4. Januar 2002 mit dem 31. März 2002 beendet worden ist; die Klage auf Zahlung von Annahmeverzugslohn über den 31. März 2002 hinaus hat es abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung beider Parteien zurückgewiesen. Mit der vom Bundesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis auch zum 31. März 2002 nicht beendet worden ist, und auf Zahlung von Annahmeverzugslohn bis August 2002 weiter. Die Beklagten beantragen Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

11 Die Revision ist begründet. Die Kündigung des Erblassers hat das Arbeitsverhältnis der Klägerin auch nicht zum 31. März 2002 aufgelöst. Damit ist auch die Klage auf Annahmeverzugslohn für die Zeit bis 31. August 2002 begründet.

12 **A.**

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, mangels Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes sei die Kündigung zum 31. März 2002 nicht auf ihre soziale Rechtfertigung hin zu überprüfen. Die Ergänzungsvereinbarung sei nach § 138 BGB nichtig, weil sie angesichts der Umstände eine eindeutige Übersicherung der Klägerin darstelle. Ein derartiger Pflegevertrag setze ein absolut intaktes Vertrauensverhältnis voraus. Gehe das erforderliche Vertrauen verloren und komme es in dem Arbeitsverhältnis zu atmosphärischen Störungen, so müsse eine Kündigungsmöglichkeit bestehen, auch wenn nicht die strengen Voraussetzungen für

eine fristlose Kündigung gemäß § 626 BGB vorlägen. Dem trage die Vereinbarung nicht Rechnung. Sie sehe nicht einmal eine ordentliche Kündigung für den Fall vor, dass die Klägerin zur Pflege gar nicht mehr benötigt worden wäre. Auch die Umstände des Zustandekommens der Ergänzungsvereinbarung ließen auf deren Sittenwidrigkeit schließen. Die Erklärung des behandelnden Arztes spreche zwar gegen eine Geschäftsunfähigkeit des Erblassers, besage jedoch nichts bezüglich einer gleichwohl gegebenen Abhängigkeit.

13 B.

Dem folgt der Senat nicht.

14 I.

Die ausgesprochene ordentliche Kündigung ist mangels ordentlicher Kündbarkeit der Klägerin unwirksam.

15 1.

Das Landesarbeitsgericht hat die Ergänzungsvereinbarung zum Arbeitsvertrag dahingehend ausgelegt, dass die Klägerin trotz Nichterreichens des Schwellenwertes des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz genieße, die ordentliche Kündigungsmöglichkeit für den Arbeitgeber ausgeschlossen bleibe und das Arbeitsverhältnis auf die Lebenszeit des Herrn K abgeschlossen sein sollte.

16 a)

Bei der Ergänzungsvereinbarung handelt es sich um einen atypischen Vertrag, dessen Auslegung Sache der Tatsachengerichte ist. Der Überprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt allein, ob bei der Auslegung dieses Vertrags die Rechtsvorschriften über die Auslegung, §§ 133, 157 BGB, richtig angewandt worden sind, ob der Tatsachenstoff vollständig verwertet oder dabei gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen oder eine gebotene Auslegung unterlassen worden ist (Germelmann/ Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG 4. Aufl. § 73 Rn. 16). Insoweit ist ein revisibler Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts nicht erkennbar und auch nicht gerügt.

17 b)

Zwar hat das Bundesarbeitsgericht in einer älteren Entscheidung (8. Oktober 1959 - 2 AZR 501/56 - BAGE 8, 132) die Möglichkeit angesprochen, eine Kündigungsbeschränkung könne nur schuldrechtliche Wirkung haben, eine unter Verstoß gegen eine solche Kündigungsbeschränkung ausgesprochene Kündigung könne also wirksam bleiben und lediglich eine Schadensersatzverpflichtung des Kündigenden auslösen.

18 Ein dahingehender Parteiwille ist jedoch nur im Ausnahmefall anzunehmen (Mauer/ Schübler BB 2001, 466). Regelmäßig bedeutet die Verpflichtung zur Unterlassung der Kündigung wie hier eine Verfügung über das Gestaltungsrecht und hat damit dingliche Wirkung mit der Konsequenz, dass einer dennoch ausgesprochenen Kündigung der bezweckte Rechtserfolg versagt bleibt (Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 330; Kania/Kramer RdA 1995, 28794; Geller Der vertragliche Ausschluss der ordentlichen Kündigung 2001, 100).

19 2.

Dem Landesarbeitsgericht ist auch darin zu folgen, dass grundsätzlich keine Bedenken gegen eine solche in einem Arbeitsvertrag getroffene Regelung bestehen.

20 a)

Aus dem nur einseitig zwingenden Charakter des allgemeinen Kündigungsschutzes folgt die Zulässigkeit einer Vereinbarung, denjenigen Arbeitnehmer, auf dessen Arbeitsverhältnis das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, in den allgemeinen Kündigungsschutz einzubeziehen (Preis NZA 1997, 1256, 1259) [BAG 30.04.1997 - 7 ABR 60/95] .

21 b)

Mit dem Landesarbeitsgericht ist auch davon auszugehen, dass bei einem echten Arbeitsvertrag auf Lebenszeit des Arbeitgebers, des Arbeitnehmers oder eines Dritten dem Arbeitnehmer das nicht abdingbare (Staudinger/Preis BGB [2002] § 624 Rn. 7)Kündigungsrecht nach § 15 Abs. 4 TzBfG verbleibt, während dieses Kündigungsrecht für den Arbeitgeber nicht gilt. Eine "lebenslängliche" Bindung des Arbeitnehmers ist auf Grund der zwingenden Kündigungsmöglichkeit nach § 15 Abs. 4 TzBfG nicht sittenwidrig. Der Arbeitgeber kann sich hingegen wirksam auf Lebenszeit binden (Preis/Hamacher FS 50jähriges Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland- Pfalz S. 245, 253 f.; Kania/Kramer RdA 1995, 285, 292). Insbesondere führt nicht schon die Tatsache eines einseitigen Kündigungsrechts zugunsten des Arbeitnehmers zur Sittenwidrigkeit der Vereinbarung (s. schon RAG 9. März 1935 - 201/34 - ArbR 2390 mit zust. Anm. Hueck; Schwerdtner in MünchKomm-BGB 3. Aufl. § 624 Rn. 2).

22 c)

Ein Vertrag kann zwar insbesondere dann sittenwidrig i.S.d.. § 138 BGB und damit nichtig sein, wenn er eine übermäßige Beschränkung der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit eines Beteiligten zur Folge hat. Anknüpfungspunkt für eine solche Bewertung kann die lange Dauer der Bindung ohne zumutbare Lösungsmöglichkeit sein. Dabei ist jedoch von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu langfristigen (Bierbezugs-, Automatenaufstell- und Haarteil-Service-)Verträgen anerkannt, dass die Dauer der Bindung für sich alleine noch nicht entscheidend ist und dass vielmehr die gesamten Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Grad der Einschränkung der wirtschaftlichen Beweglichkeit und die Größe der zum Ausgleich gewährten Gegenleistung zu berücksichtigen sind (BGH - V ZR 122/77 - NJW 1979, 2149; 6. Oktober 1982 - VIII ZR 201/8 - NJW 1983, 159; 8. Mai 1985 - IVa ZR 230/83 - NJW 1985, 2693 [BGH 27.02.1985 - VIII ZR 85/84] und 22. April 1986 - X ZR 59/85 - NJW-RR 1986, 982). Für Arbeitsverträge ist dabei in erster Linie auf die Entscheidung des Gesetzgebers abzustellen, der in § 624 BGB und durch die Übernahme dieser Vorschrift in § 15 Abs. 4 TzBfG sich dafür entschieden hat, eine längerfristige Bindung des Arbeitgebers ohne Kündigungsmöglichkeit zuzulassen.

23 Es liegt auch nach der Lebenserfahrung die Annahme äußerst fern, dass ein Arbeitgeber durch den Abschluss eines längerfristigen Arbeitsvertrages derart übermäßig in seiner persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit beschränkt wird, wie dies der Bundesgerichtshof für bestimmte Vertragsgestaltungen angenommen hat. Wenn ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer auf Grund des von ihm selbst vereinbarten Ausschlusses der ordentlichen Kündigung einige Jahre möglicherweise weiter bezahlen muss ohne ihn weiter beschäftigen zu können, so führt dies regelmäßig noch nicht zu einem derart gravierenden Missverhältnis, dass deshalb die Annahme der Sittenwidrigkeit des Vertrages gerechtfertigt wäre. Dies muss erst recht gelten, wenn ein solcher finanzieller Verlust vom Arbeitgeber lediglich befürchtet wird, obwohl eine derartige Situation (hier: Einweisung in ein Heim etc.) noch nicht einmal eingetreten ist.

24 3.

Entgegen der von den Vorinstanzen vertretenen Auffassung ist die Ergänzungsvereinbarung danach nicht wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig.

25 a)

Bei der Frage, ob ein Rechtsgeschäft sittenwidrig i.S.d.. § 138 BGB und damit nichtig ist, handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur dahin überprüft werden kann, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei

der Unterordnung des Sachverhaltes unter die Rechtsnorm des § 138 BGB Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob die Entscheidung in sich widerspruchsfrei ist. Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil nicht stand.

26 b)

Das Landesarbeitsgericht hat sein Urteil, die Ergänzungsvereinbarung sei sittenwidrig, in erster Linie damit begründet, der Ausschluss der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung und die Begründung einer Laufzeit des Arbeitsverhältnisses auf Lebenszeit des Erblassers stellten angesichts der Umstände eine eindeutige Übersicherung zugunsten der Klägerin dar. Die ständige Nähe im Haus des Erblassers und dessen Pflegebedürftigkeit setzten ein absolut intaktes Vertrauensverhältnis voraus. Bei der vorliegenden Vertragsgestaltung würde der Arbeitgeber möglicherweise trotz des Verlustes des erforderlichen Vertrauens an den Arbeitsvertrag gebunden bleiben, da in diesen Fällen nicht stets die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB vorliegen müssten. Der krankheitsbedingte Zustand des Erblassers lasse die Notwendigkeit längerer Krankenhaus- oder Heimaufenthalte, während derer die Arbeitskraft der Klägerin nicht benötigt werde, wahrscheinlich erscheinen. Der Ausschluss der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit für den Arbeitgeber auch dann, wenn eine Pflege im Haus nicht anfalle, stelle eine übermäßige Absicherung zugunsten der Klägerin dar.

27 c)

Mit diesen Ausführungen verkennt das Landesarbeitsgericht die Bedeutung des wichtigen Grundes i.S.d.. § 626 Abs. 1 BGB .

28 aa)

Dringende betriebliche Erfordernisse können regelmäßig nur eine ordentliche Arbeitgeberkündigung nach § 1 KSchG rechtfertigen. Eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung kann nur ausnahmsweise zulässig sein, denn zu dem vom Arbeitgeber zu tragenden Unternehmerrisiko zählt auch die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist.

29 Die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers kann dem Arbeitgeber aber insbesondere dann unzumutbar sein, wenn eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit ausgeschlossen ist und der Arbeitgeber deshalb dem Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum hin sein Gehalt weiterzahlen müsste, obwohl er z.B. wegen Betriebsstilllegung für dessen Arbeitskraft keine Verwendung mehr hat (Senat 28. März 1985 - 2 AZR 113/84 - BAGE 48, 220; 12. Juli 1995 - 2 AZR 762/94 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 7 = EzA BGB § 626 nF Nr. 156; 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 880). Auch aus verfassungsrechtlichen Gründen ist dem Arbeitgeber insoweit ein Kündigungsrecht einzuräumen (Etzel ZTR 2003, 210). Die nicht fern liegende Möglichkeit, dass ein längerer oder gar auf Dauer angelegter Krankenhaus- bzw. Heimaufenthalt des Erblassers erforderlich werden könnte, führt nicht zur "Übersicherung" und damit von vornherein zur Sittenwidrigkeit der Ergänzungsvereinbarung, sondern könnte allenfalls unter den dargelegten Voraussetzungen bei Unzumutbarkeit der Vertragsbindung für den Arbeitgeber ein außerordentliches Kündigungsrecht nach § 626 BGB begründen.

30 bb)

Dieselben Erwägungen gelten hinsichtlich der vom Landesarbeitsgericht angeführten möglichen "atmosphärischen Störungen". Auch für den Fall des Auftretens von "atmosphärischen Störungen" - wie immer diese genauer abzugrenzen wären, wäre dem Arbeitgeber beim Überschreiten der Zumutbarkeitsgrenze die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB eröffnet. Denn für eine außerordentliche Kündigung (mit notwendiger Auslaufrfrist) bei einem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer kommen nicht ausschließlich betriebsbedingte Sachverhalte in Betracht (vgl. Oetker ZfA 2001, 287, 332).

31 cc)

Die vom Landesarbeitsgericht als Grund für die Sittenwidrigkeit der Ergänzungsvereinbarung angeführten Umstände - Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Tod für den Arbeitgeber, aber keine Kündigungsmöglichkeit nach § 626 BGB mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes - sind damit schon aus Rechtsgründen nicht geeignet, eine Sittenwidrigkeit zu begründen. Soweit die arbeitgeberseitigen Belange die Schwelle der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses (§ 626 Abs. 1 BGB) nicht erreichen, bleibt der Arbeitgeber an den geschlossenen Vertrag gebunden. Dies ist rechtlich unbedenklich, wie sich schon aus der § 15 Abs. 4 TzBfG zu Grunde liegenden gesetzgeberischen Wertung ergibt.

32 4.

Auch wenn man mit dem Landesarbeitsgericht das erforderliche Vertrauensverhältnis in einem derartigen Arbeitsverhältnis berücksichtigt, führt dies nicht zu einem anderen Ergebnis. Im Fall eines einzelvertraglichen Kündigungsausschlusses sind dem Arbeitgeber noch weitergehende Belastungen zumutbar als etwa bei einem durch Flächentarifvertrag vereinbarten Kündigungsausschluss.

33 a)

Die Rechtsprechungsgrundsätze zum tariflichen Ausschluss der ordentlichen Kündigung sind nicht ohne weiteres auf einen vertraglichen Kündigungsausschluss für einen längeren Zeitraum bzw. auf eine entsprechende Befristung zu übertragen. An einer solchen individualvertraglichen Vereinbarung muss sich ein Arbeitgeber eher festhalten lassen als an einer pauschalen, für alle Arbeitsverhältnisse einer Branche geltenden Tarifregelung, die dem Altersschutz dient und im extremen Ausnahmefall im einzelnen Arbeitsverhältnis zu einem unzumutbaren Ergebnis führen kann (BAG 7. März 2002 - 2 AZR 173/01 - AP BGB § 620 Schuldrechtliche Kündigungsbeschränkung Nr. 6 = EzA BGB § 626 nF Nr. 196).

34 b)

Einer einzelvertraglichen Bindung ist auf Grund ihrer Eigenständigkeit und Individualität größeres Gewicht beizumessen als tarifvertraglichen Bindungen dieser Art (Tenczer Freie Unternehmerentscheidung und betriebsbedingte Kündigung 1999.59). Der Arbeitgeber hat, was im Hinblick auf seine Vertragsfreiheit möglich ist, sein, aus Art. 12 GG herzuleitendes Recht auf privatautonome Beendigung von Arbeitsverhältnissen selbst beschränkt. Der aus der zwingenden Natur der Vorschriften über die fristlose Entlassung aus wichtigem Grund abgeleitete Satz, dass fristlose Kündigungen nicht erschwert werden dürften, ist in dieser allgemeinen Fassung nicht richtig; er kann vielmehr nur dann Geltung beanspruchen, wenn es sich um eine für den kündigenden Vertragspartner unzumutbare Erschwerung seines fristlosen Kündigungsrechts handelt (BAG 8. August 1963 - 5 AZR 395/62 - BAGE 14, 294).

35 c)

Bei der Ermittlung der Zumutbarkeitsgrenze ist zu berücksichtigen, inwiefern der Arbeitgeber selbst das wirtschaftliche Risiko infolge der Unkündbarkeit übernommen hat, insbesondere auch für den Fall, dass keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr vorhanden ist (Kiel/Koch Die betriebsbedingte Kündigung 2002 Rn. 537; KRFischermeier 6. Aufl. § 626 BGB Rn. 158). Hierbei ist zugunsten des Arbeitnehmers zu beachten, dass dieser häufig eine Kündigungsausschlussklausel durch Verzicht auf höhere Vergütung "erkauft" hat oder der Arbeitgeber durch die entsprechende Zusicherung einen für ihn besonders wertvollen Arbeitnehmer gewinnen oder langfristig binden möchte (vgl. Preis NZA 1997, 1256, 1259) [BAG 30.04.1997 - 7 ABR 60/95] .

36 d)

Der Arbeitgeber kann sich vor allem dann im Wege der außerordentlichen Kündigung aus dem Arbeitsverhältnis lösen, wenn Umstände eintreten, die das vom Arbeitgeber einzelvertraglich übernommene Risiko nicht mehr deckt und die zur Störung der Geschäftsgrundlage führen (vgl. Kiel/Koch Die betriebsbedingte Kündigung 2002 Rn. 537). Bei Vertragsänderungen und -beendigungen verdrängen die Kündigungsvorschriften das insoweit nur subsidiär anwendbare Institut der Störung der Geschäftsgrundlage (von Koppenfels Die außerordentliche arbeitgeberseitige Kündigung bei einzel- und tarifvertraglich unkündbaren Arbeitnehmern 1998, 130).

37 e)

Die Grenze der Zumutbarkeit für den Arbeitgeber kann dabei nur im Einzelfall unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Kündigungsausschlusses bestimmt werden. Es ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln, in welchem Umfang der Arbeitgeber das Wirtschaftsrisiko übernommen hat. Diese Grenze ist hier nicht überschritten.

38 Die Kündigungsmöglichkeit nach § 626 BGB stellte einen ausreichenden Schutz des Erblassers im Fall eines möglichen Vertrauensverlustes dar.

39 5.

Auch die besondere Situation des Erblassers beim Abschluss der Ergänzungsvereinbarung ist nicht geeignet, die Sittenwidrigkeit dieser Vereinbarung zu begründen.

40 a)

Für den Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB, der als Sonderfall der Sittenwidrigkeit die Regelung des § 138 Abs. 1 BGB verdrängt (Staudinger/Sack BGB [1996] § 138 Rn. 172), bestehen keine Anhaltspunkte. Bei einer Wochenarbeitszeit von mindestens 60 Stunden und darüber hinausgehendem Bereitschaftsdienst und einer Vergütung von 9.000,00 DM brutto als Gegenleistung hierfür besteht nicht das nach § 138 Abs. 2 BGB vorausgesetzte (BAG 23. Mai 2001 - 5 AZR 527/99 - EzA BGB § 138 Nr. 29) auffällige Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung.

41 b)

Im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB kann zwar eine Krankheit verbunden mit dem Angewiesensein auf Pflegeleistungen eine (gesundheitliche) Zwangslage zum Abschluss eines Vertrages erzeugen (vgl. BGH 5. Juni 1981 - V ZR 80/80 - WM 1981050).

42 aa)

Das Landesarbeitsgericht hat insoweit ergänzend darauf abgestellt, der Erblasser sei krankheitsbedingt in seiner Willensfreiheit beeinträchtigt gewesen. Allerdings hat es nicht dargelegt, aus welchen Tatsachen es den in den Entscheidungsgründen gezogenen Schluss, die parkinsonsche Krankheit habe den Erblasser extrem abhängig und ausgeliefert gemacht, abgeleitet hat. Das Landesarbeitsgericht hat selbst ausgeführt. Prof. Dr. M habe in seinem handschriftlichen Zusatz zur Ergänzungsvereinbarung zwar auf die parkinsonbedingte Antriebsminderung hingewiesen, aber keine eigentlich psychisch relevanten Symptome festgestellt. Die Revision rügt zu Recht, das Landesarbeitsgericht habe nicht näher begründet, warum der Erblasser im Zeitpunkt des Abschlusses der Ergänzungsvereinbarung krankheitsbedingt so abhängig gewesen sein soll, dass dies zur Sittenwidrigkeit der Ergänzungsvereinbarung hätten führen können.

43 bb)

Sollten die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts so zu verstehen sein, dass es davon ausgegangen ist, die Klägerin habe bei Abschluss der Ergänzungsvereinbarung einen Mangel an

Urteilsvermögen oder eine erhebliche Willensschwäche des Erblassers ausgenutzt, so hätte es darüber hinaus die Darlegungs- und Beweislast im Rahmen des § 138 BGB verkannt, was revisionsrechtlich überprüfbar ist (Münch- Komm/ZPO/Wenzel 2. Aufl. § 550 Rn. 15): Die Beweislast für die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit trägt derjenige, der sich auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts beruft (Palandt/Heinrichs BGB 62. Aufl. § 138 Rn. 23). Die Klägerin hat vorgetragen, der Erblasser habe die Ergänzungsvereinbarung in keiner Weise in einer Zwangslage oder mit mangelndem Urteilsvermögen oder auch nur erheblicher Willensschwäche getroffen. Außerdem ist im streitigen Tatbestand des landesarbeitsgerichtlichen Urteils die Behauptung der Klägerin aufgeführt, zur Ergänzungsvereinbarung sei es auf Wunsch des Erblassers gekommen, und zwar zunächst schon im Juni 2001. Die Klägerin hat auch eine Kopie dieser behaupteten Vereinbarung zu den Akten gereicht. Eine inhaltsgleiche Vereinbarung sei am 26. Oktober 2001 erneut auf Wunsch des Erblassers und im Beisein von Prof. Dr. M unterzeichnet worden.

44 Hierauf geht das Landesarbeitsgericht in seinen Entscheidungsgründen nicht ein, es führt weder aus, warum sich der Erblasser schon im Juni 2001 in einer entsprechenden Zwangslage befinden haben soll, noch ob und gegebenenfalls warum es die Behauptung der Klägerin für widerlegt ansieht.

45 6.

Der Rechtsstreit muss auch nicht wegen dieser Mängel gemäß § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 563 Abs. 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Der Senat kann insoweit selbst in der Sache entscheiden und der Feststellungsklage hinsichtlich der ordentlichen Kündigung vom 4. Januar 2002 stattgeben. Das Revisionsgericht kann nach § 563 Abs. 3 ZPO über die sachliche Berechtigung der Klage entscheiden, wenn das Berufungsurteil einen Sachverhalt ergibt, der für die rechtliche Beurteilung eine verwertbare tatsächliche Grundlage bietet, und bei Zurückverweisung der Sache ein anderes Ergebnis nicht möglich erscheint (BGH 10. Oktober 1991 - IX ZR 38/91 - NJW 1992, 436). Diese Voraussetzungen sind hinsichtlich der ordentlichen Kündigung gegeben: Die vom Landesarbeitsgericht angenommene "Übersicherung" der Klägerin beruht auf einer Verkennung des Rechtsbegriffs des wichtigen Grundes.

46 Der Vortrag der Beklagten zur angeblichen Willensbeeinträchtigung des Erblassers ist unsubstantiiert und für die Begründung eines Sittenwidrigkeitsurteils ungeeignet. Die Problematik des § 138 BGB war auch Gegenstand der Erörterung in beiden Vorinstanzen, so dass weiterer Vortrag nicht zu erwarten ist (BGH 22. April 1986 - X ZR 59/85 - DB 1986, 1668).

47 II.

Es kann schließlich offen bleiben, ob die Kündigung des Erblassers zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist in eine außerordentliche Kündigung unter Gewährung einer Auslauffrist zum selben Zeitpunkt umzudeuten ist. Auch eine solche Kündigung wäre nach § 626 BGB unwirksam.

48 a)

Die Umdeutung einer außerordentlichen fristlosen Kündigung gegenüber einem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer in eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist ist grundsätzlich möglich (BAG 18. Oktober 2000 - 2 AZR 627/99 - BAGE 96, 65 [BAG 18.10.2000 - 2 AZR 627/99]; Haubrock Kündigungskonversion im Arbeitsverhältnis S. 396 ff.). Hält es der Arbeitgeber schon für unzumutbar, den Arbeitnehmer bis zum Ablauf einer fiktiven Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen, so macht er damit regelmäßig geltend, es sei ihm aus den gleichen Gründen erst recht unzumutbar, den Arbeitnehmer über einen viel längeren Zeitraum hin bis zu dessen Pensionierung oder - wie hier - bis zu seinem, des Arbeitgebers, Tod weiterzubeschäftigen. So liegt es auch hier.

49 Der Erblasser hat in den Vorinstanzen geltend gemacht, bei einer Arbeitnehmerin in einer

Vertrauensstellung wie der der Klägerin sei es unvorstellbar, dass eine derartige Pflegekraft nach den geschilderten Vorkommnissen ihre Funktion - auch nur vorübergehend- weiter ausüben könne; es sei eine schwerwiegende, unwiederbringliche Zerstörung des Vertrauensverhältnisses anzunehmen. Es steht einer Berücksichtigung dieses Vorbringens nicht entgegen, dass die Beklagtenseite den rechtlichen Gesichtspunkt einer außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist in den Vorinstanzen nicht ausdrücklich geltend gemacht und sich nur, ebenso wie das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht, mit der Frage der Sittenwidrigkeit des Kündigungsausschlusses auseinandergesetzt hat. Es stellt keine unzulässige "Umdeutung von Amts wegen" dar, wenn das Gericht aus den vorgetragenen Umdeutungstatsachen (unbedingter Beendigungswille etc.) die rechtliche Schlussfolgerung zieht, die Voraussetzungen des § 140 BGB lägen vor.

50 b)

Einer solchen Umdeutung steht auch nicht die Rechtskraft des Berufungsurteils hinsichtlich der fristlosen Kündigung entgegen. Das Arbeitsgericht hat insoweit nur entschieden, dass das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung nicht fristlos beendet worden ist. Dabei hat es - von seinem Standpunkt aus, die ordentliche Kündigung sei nicht ausgeschlossen, konsequent - nur geprüft, ob die Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar war. Die Prüfung der Umdeutung der außerordentlichen Kündigung in eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist war aus Sicht des Arbeitsgerichts überflüssig und ist von ihm auch nicht vorgenommen worden. Nur in diesem Umfang hat das Landesarbeitsgericht das erstinstanzliche Urteil rechtskräftig bestätigt. Damit ist der Streitgegenstand, der in der Revisionsinstanz anhängig geworden ist, die Rechtsfrage, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung des Erblassers mit Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist beendet worden ist oder darüber hinaus fortbestand. Alle rechtlichen Gesichtspunkte, die zu einer Beendigung zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist führen können (wirksame ordentliche Kündigung; wirksame außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist), sind dabei zu prüfen.

51 c)

Jedenfalls liegen die Voraussetzungen für eine nach § 626 Abs. 1 BGB wirksame außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist nicht vor. Die Erwägungen des Arbeitsgerichts und des Landesarbeitsgerichts zu den Kündigungsgründen lassen sich ohne weiteres auf den Begründungsansatz übertragen, es sei dem Erblasser nach den Gesamtumständen nach § 626 Abs. 1 BGB auch nicht unzumutbar gewesen, dass Arbeitsverhältnis bis zu seinem Tod fortzusetzen. Die vorgetragenen Kündigungsgründe sind nicht geeignet, eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist zu begründen. Soweit "atmosphärische Störungen" zwischen den Arbeitsvertragsparteien geltend gemacht werden, ist der hierzu vorgetragene Sachverhalt viel zu pauschal, um dem besonders strengen Prüfungsmaßstab gerecht zu werden, der an eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist bei einer ordentlich unkündbaren Arbeitnehmerin anzulegen ist. Gleiches gilt für den Sachvortrag der Beklagten zu den Auseinandersetzungen zwischen den Parteien unmittelbar vor Ausspruch der Kündigung. Dabei hat das Landesarbeitsgericht zutreffend berücksichtigt, dass die entscheidenden Auseinandersetzungen vor allem zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1), der damals nicht Arbeitgeber der Klägerin war, stattgefunden haben. Die Möglichkeit der geschilderten Schwierigkeiten bei der Kompetenzabgrenzung zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1) war aber durch die vertragliche Situation vorgezeichnet. Wenn der Klägerin vertraglich die Ausübung des Hausrechts und auch im Übrigen weitgehende Vollmachten eingeräumt waren, so musste dies notwendigerweise mit der Generalvollmacht des Beklagten zu 1) kollidieren, wenn dieser versuchte, eigene Maßnahmen bis hin zur Entfernung der Klägerin aus dem Haus durch die Polizei durchzusetzen. In einer derartigen, vom Arbeitgeber selbst geschaffenen rechtlich unklaren Situation ist es dem Arbeitgeber jedenfalls zumutbar, die Auseinandersetzung nicht innerhalb von wenigen Tagen auf die Spitze zu treiben und außerordentlich zu kündigen, wenn die Arbeitnehmerin nicht ohne weiteres bereit ist von der Ausübung der ihr eingeräumten Vollmachten Abstand zu nehmen.

52 III.

Da die Kündigung des Erblässers das Arbeitsverhältnis der Klägerin nicht beendet hat, sind die Beklagten nach § 615 BGB auch als Gesamtschuldner verpflichtet der Klägerin ihren Lohn bis 31. August 2002 in der geltend gemachten Höhe zu zahlen.

53 Der Zinsanspruch ist allerdings nur teilweise gerechtfertigt. In Höhe des erhaltenen Arbeitslosengeldes kann die Klägerin keine Zinsen auf den Annahmeverzugslohn verlangen (BAG 13. Juni 2002 - 2 AZR 391/01 - BAGE 101, 328 [BAG 13.06.2002 - 2 AZR 391/01]).

54 C.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 , 92 ZPO .

Rost
Bröhl
Dr. Eylert
J. Walter
Fischer

Von Rechts wegen!

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.