

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 16. Dezember 2021  
- 2 AZR 356/21 -  
ECLI:DE:BAG:2021:161221.U.2AZR356.21.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 12. Dezember 2019  
- 15 Ca 295/19 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 10. Juni 2021  
- 8 Sa 22/20 -

---

Entscheidungsstichworte:

Verhaltensbedingte Kündigung - Auflösungsantrag

Leitsatz:

Der Arbeitgeber trägt auch dann die Beweislast für den von ihm behaupteten Kündigungs- bzw. Auflösungsgrund, wenn das betreffende Verhalten des Arbeitnehmers den Tatbestand der üblen Nachrede iSv. § 186 StGB erfüllen würde.

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 356/21  
8 Sa 22/20  
Landesarbeitsgericht  
Hamburg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
16. Dezember 2021

## URTEIL

Kleinert, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 16. Dezember 2021 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlünder sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Niebler und die ehrenamtliche Richterin Alex für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 10. Juni 2021 - 8 Sa 22/20 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an eine andere Kammer des Landesarbeitsgerichts zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung und einen Auflösungsantrag der Beklagten sowie über die vorläufige Weiterbeschäftigung der Klägerin. 1

Die Beklagte, bei der ein Betriebsrat gebildet ist, erbringt mit regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmern Dienstleistungen für ihre Alleingesellschafterin, ua. im Bereich Infopoints/Callcenter. Dort war die Klägerin eingesetzt. 2

Ende März 2019 entschied die Beklagte, die Funktion der Teamleiterin der Infopoints von Frau R auf Frau P zu übertragen. Am 8. April 2019 sandte die Klägerin eine mit „Die Mitarbeiter des Infopoints“ unterzeichnete E-Mail an den Vorstand der Alleingesellschafterin der Beklagten. Darin wurde verlangt, dass Frau R „in der Funktion unserer Teamleitung verbleibt“, unter Frau P gehe es „drunter und drunter“. Nachdem sie von der Geschäftsführung der Beklagten mehrfach aufgefordert worden war, die Vorwürfe zu erläutern und die Urheber der E-Mail zu benennen, nahm die Klägerin mit zwei auf den 28. Mai 2019 datierten Schreiben Stellung, die mit „Die Mitarbeiter des Infopoint“ bzw. „Mehrere Mitarbeiter des Infopoint“ unterzeichnet waren. Dort schilderte sie diverse Vorfälle, ihren Ausgang nehmend im Juni 2017 mit einer Durchsuchung des Infopoints durch den Sicherheitsdienst. In diesem Zusammenhang habe Frau P die Mitarbeiter wegen angeblicher Verstöße gegen das Datenschutzrecht beschimpft 3

sowie dazu aufgefordert, den Vorfall „unter den Teppich zu kehren“ und „Still-schweigen zu bewahren“. Frau P wehre konsequent Meldungen über Fehlverhalten des Sicherheitsdienstes ab.

Die Beklagte kündigte nach Anhörung des Betriebsrats das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 27. Juni 2019 zum 30. November 2019. 4

Dagegen hat sich die Klägerin rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt und ua. die fehlende soziale Rechtfertigung der Kündigung geltend gemacht. 5

Die Klägerin hat sinngemäß beantragt 6

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die schriftliche Kündigung vom 27. Juni 2019 nicht aufgelöst worden ist,
2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin bis zur rechtskräftigen Beendigung des vorliegenden Rechtsstreits zu den bisherigen Bedingungen als Mitarbeiterin im Bereich Infopoints/Callcenter weiterzubeschäftigen.

In zweiter Instanz hat die Beklagte hilfsweise zu ihrem Klageabweisungsantrag beantragt, 7

das Arbeitsverhältnis der Parteien gegen Festsetzung einer Abfindung gemäß §§ 9, 10 KSchG aufzulösen.

Die Beklagte hat die Kündigung ua. damit verteidigt, die Klägerin habe sich mit ihrer Kritik nicht direkt an den Vorstand der Alleingesellschafterin wenden dürfen. Zudem habe sie in den Schreiben vom 28. Mai 2019 bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen ua. über Frau P aufgestellt. Überdies habe sie - wahrheitswidrig - den Eindruck zu erwecken versucht, sämtliche oder doch mehrere Mitarbeiter des Infopoints stünden hinter der E-Mail vom 8. April 2019 sowie den Schreiben vom 28. Mai 2019. Die feindselige Einstellung der Klägerin gegenüber Frau P werde durch einen Vorfall am 31. Mai 2019 verdeutlicht. An diesem Tag sei eine Besprechung für Mitarbeiter des Infopoints anberaumt gewesen. Die Klägerin und Frau R hätten sich bereits im Seminarraum befunden und die abgesperrte Tür trotz intensiven Klopfens durch Frau P nicht geöffnet. Der Auflösungsantrag werde ua. darauf gestützt, dass die Klägerin - als solches unstreitig - im 8

ersten Termin zur mündlichen Berufungsverhandlung angegeben habe, Frau K sei weitere Urheberin der E-Mail vom 8. April 2019. Überdies habe die Klägerin - als solches wiederum unstreitig - einem Geschäftsführer der Beklagten in einer Verhandlungspause mitgeteilt, sie könne sich zwar nicht mehr an konkrete Daten erinnern, sei jedoch bei Gesprächen dabei gewesen, in denen Frau R - wie von dieser in einem anderen Rechtsstreit behauptet - Frau P über sexuelle Belästigungen ihrer - der Frau R - Tochter durch einen Mitarbeiter des Sicherheitsdienstes unterrichtet habe. Solche Gespräche hätten aber zu keiner Zeit stattgefunden.

Das Arbeitsgericht hat dem Kündigungsschutzantrag stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurück- und ihren Auflösungsantrag abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungs- und hilfsweise ihren Auflösungsantrag weiter. 9

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten ist begründet. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht weder ihre Berufung gegen das der Klage stattgebende erstinstanzliche Urteil zurück- noch den zweitinstanzlich angebrachten Auflösungsantrag abweisen. Ob das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 27. Juni 2019 aufgelöst worden ist, kann der Senat nicht selbst entscheiden. Das führt zur Aufhebung des gesamten Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO). 10

I. Das Landesarbeitsgericht hat dem Kündigungsschutzantrag zu Unrecht mit der Begründung entsprochen, die Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt. 11

1. Eine Kündigung ist iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG durch Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers bedingt und damit nicht sozial ungerechtfertigt, wenn dieser seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel 12

schuldhaft verletzt hat, eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht und dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers über die Kündigungsfrist hinaus in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile nicht zumutbar ist. Auch eine erhebliche Verletzung der den Arbeitnehmer gemäß § 241 Abs. 2 BGB treffenden Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers kann eine Kündigung rechtfertigen. Eine Kündigung scheidet dagegen aus, wenn schon mildere Mittel und Reaktionen von Seiten des Arbeitgebers - wie etwa eine Abmahnung - geeignet gewesen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue zu bewirken. Einer Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 iVm. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung auch nach Ausspruch einer Abmahnung nicht zu erwarten oder die Pflichtverletzung so schwerwiegend ist, dass selbst deren erstmalige Hinnahme durch den Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (*BAG 5. Dezember 2019 - 2 AZR 240/19 - Rn. 75*).

2. Dem Berufungsgericht kommt bei der Prüfung und Interessenabwägung, ob eine Kündigung durch Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG bedingt ist, ein Beurteilungsspielraum zu. Seine Würdigung wird in der Revisionsinstanz lediglich daraufhin geprüft, ob es von den zutreffenden Rechtssätzen ausgegangen ist, bei der Unterordnung des Sachverhalts unter diese keine Denkgesetze oder allgemeinen Erfahrungssätze verletzt und alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände widerspruchsfrei berücksichtigt hat (*BAG 5. Dezember 2019 - 2 AZR 240/19 - Rn. 78*). 13

3. Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil nicht stand. 14

a) Zwar hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei gemeint, der Versand der E-Mail vom 8. April 2019 an den Vorstand der Alleingesellschafterin der Beklagten rechtfertige - vorbehaltlich der darin enthaltenen falschen Angaben zur Urheberschaft - die streitbefangene Kündigung ohne vorherige Abmahnung nicht. Das Landesarbeitsgericht hat seine Annahme, es habe sich insofern nicht um eine so 15

schwere Pflichtverletzung gehandelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme durch die Beklagte nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für die Klägerin erkennbar - ausgeschlossen war, damit begründet, etwaige Tatsachenbehauptungen in der E-Mail seien derart substanzlos, dass eine für die Beklagte bzw. deren Geschäftsführung nachteilige Reaktion ihrer Alleingesellschafterin und Auftraggeberin - objektiv - nicht zu befürchten gewesen und demgemäß auch ausgeblieben sei. Diese auf die Art, das Ausmaß und die (möglichen) Folgen der Pflichtverletzung bezogenen Erwägungen sind von Rechts wegen nicht zu beanstanden (*vgl. BAG 20. Mai 2021 - 2 AZR 596/20 - Rn. 27*).

b) Jedoch ist das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft zu der Annahme gelangt, die Klägerin habe durch die von ihr verfassten Schreiben vom 28. Mai 2019 ihre arbeitsvertraglichen Pflichten nicht „gravierend“ verletzt. Es hat verkannt, dass hinsichtlich der darin geschilderten Vorgänge nicht bloß die „Wahrnehmung und Bewertung“ durch die Parteien auseinandergeht. Vielmehr soll die Klägerin nach dem Vorbringen der Beklagten bewusst unwahre, ehrenrührige Tatsachenbehauptungen aufgestellt haben. Das betrifft namentlich - aber nicht allein - ihre Behauptung, Frau P habe im Zusammenhang mit den Vorkommnissen im Juni 2017 Mitarbeiter des Infopoints aufgefordert, den Vorfall „unter den Teppich zu kehren“ und „Stillschweigen zu bewahren“.

16

c) Zudem fehlt es an jeder Begründung durch das Landesarbeitsgericht, warum in der wahrheitswidrigen Behauptung der Klägerin, es stünden alle oder doch mehrere Mitarbeiter des Infopoints hinter der E-Mail vom 8. April 2019 und den Schreiben vom 28. Mai 2019, keine besonders schwere, unmittelbar den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdende Pflichtverletzung lag. Das ist jedenfalls in Bezug auf die Schreiben vom 28. Mai 2019 nicht offenkundig. Denn diese enthalten konkrete, weiteren Verfassern zugeschriebene Tatsachenbehauptungen und wurden erst versandt, nachdem die Beklagte durch die Bitte um Konkretisierung klar gemacht hatte, dass es ihr auch auf die (Zahl der) Urheber ankomme.

17

d) Hinsichtlich des Vorfalles am 31. Mai 2019 geht das Berufungsgericht von einem allenfalls „unkollegialen“ Verhalten der Klägerin aus, das „eine Kündigung - erst recht ohne vorherige Abmahnung - nicht rechtfertigen könnte“. Dem lässt sich schon nicht entnehmen, ob das Landesarbeitsgericht das von der Beklagten behauptete Verhalten der Klägerin gar nicht als arbeitsvertragliche Pflichtverletzung bewertet oder zwar eine Pflichtwidrigkeit annimmt, dieser aber nur ein geringes Gewicht beimisst. Jedenfalls lässt sich nicht ersehen, dass das Berufungsgericht die Behauptung der Beklagten - als unbestritten oder als wahr unterstellt - in seine Würdigung einbezogen hat, die Klägerin und Frau R hätten die Tür zum Seminarraum „abgesperrt“, also wohl von innen verschlossen, was ggf. als gezielte Obstruktion/Provokation und damit als eine - in ihrer Schwere zu würdigende - gemeinschaftlich begangene Pflichtverletzung zu verstehen gewesen sein dürfte. 18

e) Die vorstehend aufgezeigten Rechtsfehler setzen sich in der vom Landesarbeitsgericht abschließend vorgenommenen „Gesamtwürdigung“ fort. Soweit das Berufungsgericht dort auf den zuvor beanstandungsfreien Bestand des Arbeitsverhältnisses und dessen „Restlaufzeit“ (wohl) bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze durch die Klägerin abstellt, handelt es sich um Umstände, die bei der Prüfung der Entbehrlichkeit einer vorherigen Abmahnung unter dem Gesichtspunkt einer besonderen Schwere der betreffenden Pflichtverletzung(en) außer Betracht zu bleiben haben (*vgl. BAG 20. Mai 2021 - 2 AZR 596/20 - Rn. 27*). 19

II. Nach alledem stellt sich auch die Annahme des Landesarbeitsgerichts als rechtsfehlerhaft dar, der Auflösungsantrag der Beklagten sei zur Entscheidung angefallen. Dessen ungeachtet hätte es ihn mit der gegebenen Begründung nicht abweisen dürfen. 20

1. Gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG hat das Gericht das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Arbeitgebers aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Als Auflösungsgründe kommen Umstände 21



in Betracht, die das persönliche Verhältnis zum Arbeitnehmer, eine Wertung seiner Persönlichkeit, Leistung oder Eignung für die ihm übertragenen Aufgaben und sein Verhältnis zu den übrigen Mitarbeitern betreffen. Die Gründe, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen den Vertragspartnern nicht erwarten lassen, müssen nicht im Verhalten, insbesondere nicht im schuldhaften Verhalten des Arbeitnehmers liegen. Entscheidend ist, ob die objektive Lage bei Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz die Besorgnis rechtfertigt, eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit sei gefährdet (*BAG 24. Mai 2018 - 2 AZR 73/18 - Rn. 16, BAGE 163, 36*).

2. Bei der Beurteilung des in § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG normierten Auflösungsgrundes geht es um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs. Die Wertung, ob es im Einzelfall gerechtfertigt ist, das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Arbeitgebers aufzulösen, obliegt in erster Linie dem Tatsachengericht. Das Revisionsgericht kann nur nachprüfen, ob das Berufungsgericht die Voraussetzungen für den Auflösungsantrag verkannt und bei der Prüfung der vorgetragenen Auflösungsgründe alle wesentlichen Umstände vollständig und widerspruchsfrei berücksichtigt hat (*BAG 24. Mai 2018 - 2 AZR 73/18 - Rn. 14, BAGE 163, 36*). 22
3. Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab genügt das Urteil des Landesarbeitsgerichts in mehreren Punkten nicht. 23
- a) Zwar ist seine Annahme frei von Rechtsfehlern, aus einem am 21. Juni 2019 geführten Telefonat der Klägerin mit einem Geschäftsführer der Beklagten ergebe sich kein Auflösungsgrund. Diese Würdigung wird auch von der Revision nicht angegriffen. 24
- b) Doch hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft gemeint, die Behauptung der Klägerin im Rechtsstreit, (einzige) Miturheberin der E-Mail vom 8. April 2019 sei Frau K, vermöge die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht zu rechtfertigen, weil sie den möglichen Unrechtsgehalt der Pflichtverletzung nicht ausreichend erhöhe. 25

- aa) Es ist schon nicht ersichtlich, dass das Landesarbeitsgericht bei dieser Bewertung von der Rechtsprechung des Senats ausgegangen ist, wonach bewusst wahrheitswidriger Prozessvortrag des Arbeitnehmers in einem Kündigungsrechtsstreit, den dieser hält, weil er befürchtet, mit wahrheitsgemäßen Angaben den Prozess zu verlieren, geeignet ist, eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen (vgl. BAG 24. Mai 2018 - 2 AZR 73/18 - Rn. 25, BAGE 163, 36), und mögliche vorgerichtliche Lügen ihn nicht von der ihm im Rechtsstreit gemäß § 241 Abs. 2 BGB, § 138 Abs. 1 ZPO obliegenden Pflicht entbinden, wahrheitsgemäß vorzutragen (vgl. BAG 24. Mai 2018 - 2 AZR 73/18 - Rn. 27, aaO). 26
- bb) Jedenfalls hat das Berufungsgericht verkannt, dass die Klägerin im Prozess nicht „nur“ ihre unwahre vorgerichtliche Behauptung wiederholt hat, es hätten sämtliche Mitarbeiter des Infopoints hinter der E-Mail vom 8. April 2019 gestanden, sondern dass sie erstmals gezielt Frau K als weitere Urheberin angeführt hat. Damit hat die Klägerin nicht „bloß“ eine „pauschale Verfasserlüge“ aufrechterhalten, sondern sie an die Vorhalte der Beklagten im Rechtsstreit angepasst und auf Frau K konkretisiert (vgl. BAG 24. Mai 2018 - 2 AZR 73/18 - Rn. 34, BAGE 163, 36), die damit in den Fokus der Beklagten gerückt wurde. Zumindest darin läge ein Auflösungsgrund iSv. § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG, wenn davon auszugehen sein sollte, Frau K sei an der E-Mail nicht beteiligt gewesen. 27
- c) Außerdem hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft gemeint, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin wahrheitswidrig behauptet habe, bei mehreren Gesprächen zugegen gewesen zu sein, in denen Frau R die Frau P über (vermeintliche) sexuelle Belästigungen ihrer - der Frau R - Tochter durch einen Mitarbeiter des Sicherheitsdienstes unterrichtet habe. 28
- aa) Allerdings hat das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, die Beklagte trage die primäre Darlegungs- und die Beweislast dafür, dass eine entsprechende Information der Zeugin P nicht erfolgt ist. 29

(1) An dem Grundsatz, dass den Arbeitgeber nicht nur die primäre Darlegungs-, sondern ggf. auch die Beweislast für den von ihm behaupteten Kündigungs- bzw. Auflösungsgrund trifft, ändert es zum einen nichts, dass das fragliche Verhalten des Arbeitnehmers zugleich den Tatbestand der üblen Nachrede iSv. § 186 StGB erfüllen könnte (vgl. BAG 27. September 2012 - 2 AZR 646/11 - Rn. 28 und 43; ErfK/Niemann 22. Aufl. BGB § 626 Rn. 236; aA Ascheid Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozess S. 140 ff.; ErfK/Oetker KSchG § 1 Rn. 208). Das gilt schon deshalb, weil die strafrechtliche Beurteilung des inkriminierten Verhaltens für die kündigungs- bzw. auflösungsrechtliche Bewertung nach § 1 Abs. 2, § 9 Abs. 1 KSchG ohne Belang ist (vgl. BAG 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - Rn. 75, BAGE 165, 255; 23. August 2018 - 2 AZR 235/18 - Rn. 44).

(2) Zum anderen verschiebt sich die Beweislast nicht deshalb, weil es um den Beweis einer negativen Tatsache geht. Eine solche Beweisführung unterliegt zwar für die beweisbelastete Partei im Allgemeinen besonderen Anforderungen. Doch ist den Schwierigkeiten, denen sich die Partei gegenüber sieht, die das Negativum (das Nichtvorliegen einer Tatsache) beweisen muss, im Rahmen des Zumutbaren regelmäßig dadurch zu begegnen, dass sich der Prozessgegner auf die bloße Behauptung des Negativen durch den primär Darlegungs- und Beweispflichtigen seinerseits nicht mit einem einfachen Bestreiten begnügen darf, sondern im Rahmen einer sekundären Darlegungslast vortragen muss, welche tatsächlichen Umstände für das Vorliegen des Positiven sprechen. Dem Beweispflichtigen obliegt sodann (nur) der Nachweis, dass diese Darstellung nicht zutrifft (vgl. BAG 26. Juni 2019 - 5 AZR 178/18 - Rn. 15, BAGE 167, 144; BGH 15. August 2019 - III ZR 205/17 - Rn. 19; 7. März 2019 - IX ZR 221/18 - Rn. 31; 4. Oktober 2018 - III ZR 213/17 - Rn. 15; 24. Juli 2018 - II ZR 305/16 - Rn. 11). Dieser Nachweis kann von der beweisbelasteten Partei auch mithilfe von Indizien erbracht werden (vgl. OLG Koblenz 14. Januar 2010 - 10 U 411/09 -; allgemein zum Indizienbeweis BAG 11. Juni 2020 - 2 AZR 442/19 - Rn. 63, BAGE 171, 66).

bb) Das Landesarbeitsgericht hat danach rechtsfehlerhaft angenommen, die Klägerin sei der sie treffenden sekundären Darlegungslast in ausreichendem Maß nachgekommen. 32

(1) Bei der sekundären Darlegungslast der Partei, die eine negative Tatsache bestreitet, handelt es sich um eine eigenständige prozessuale Rechtsfigur. Dem Prozessgegner ist es schlechterdings nur erlaubt, das Vorliegen einer negativen Tatsache zu bestreiten, wenn er aus eigener Kenntnis oder aufgrund von Nachforschungen das von ihm behauptete Geschehen in räumlicher, zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht substantiiert darlegen kann. Ist er dazu nicht in der Lage, trifft ihn die gleiche prozessuale Folge, die sonst einen Anspruchsteller trifft, der nicht alle Tatbestandsmerkmale einer einschlägigen Anspruchsgrundlage dartun kann: Zu seinem Nachteil ist dann davon auszugehen, dass die im Rahmen der sekundären Darlegungslast zu schildernde (positive) Tatsache nicht vorliegt (*vgl. BGH 8. Januar 2019 - II ZR 139/17 - Rn. 34; 10. Februar 2011 - IX ZR 45/08 - Rn. 2; OLG Celle 22. September 2016 - 11 U 13/16 - zu II 1 c dd (2) der Gründe; KG Berlin 13. Juli 2009 - 24 U 81/08 - zu II A 1 g der Gründe*). 33

(2) Im Streitfall hat die Klägerin die angeblich in ihrem Beisein erfolgten Unterrichtungen der Zeugin P über Vorwürfe der sexuellen Belästigung nicht in räumlicher, zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht und damit nicht ausreichend iSv. § 138 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO substantiiert. Keiner Entscheidung bedarf es, ob das betreffende Vorbringen von Frau R in einem zwischen ihr und der Beklagten geführten Rechtsstreit ausreichend konkret war. Das Landesarbeitsgericht hat diesen Vortrag verfahrensfehlerhaft zum Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits gemacht. Die Klägerin hat sich den Vortrag von Frau R in „ihrem“ Verfahren gerade nicht zu eigen gemacht, sondern vielmehr bis zuletzt daran festgehalten, sie könne keine Einzelheiten angeben. In der Folge hätte das Landesarbeitsgericht nicht in eine Beweisaufnahme eintreten dürfen, sondern vielmehr das Vorbringen der Beklagten nach § 138 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO als zugestanden ansehen müssen, die Zeugin P sei nie über die streitgegenständlichen Vorwürfe der sexuellen Belästigung informiert worden. 34

- III. Aufgrund der bisher vom Landesarbeitsgericht nur unzureichend getroffenen tatsächlichen Feststellungen kann der Senat nicht abschließend über den vorrangigen Kündigungsschutzantrag entscheiden. Das führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung auch in Bezug auf den Auflösungsantrag der Beklagten und den Weiterbeschäftigungsantrag der Klägerin. Dabei hat der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht. 35
- IV. Für das fortgesetzte Berufungsverfahren sind folgende weitere Hinweise veranlasst: 36
1. Die streitbefangene Kündigung könnte vor allem dann aus Gründen im Verhalten der Klägerin iSv. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt sein, wenn die Schreiben vom 28. Mai 2019 bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen ua. zu lasten von Frau P enthielten und die Klägerin wahrheitswidrig vorgespiegelt haben sollte, alle oder doch mehrere Mitarbeiter des Infopoints stünden hinter diesen Behauptungen. Dabei könnte es auch bedeutsam sein, ob die Klägerin auf die Mitteilung der Beklagten mit Anwaltsschreiben vom 6. Juni 2019, man sehe in der E-Mail vom 8. April 2019 einen „kündigungsrelevanten Sachverhalt“, das Schreiben vom 28. Mai 2019 nochmals mit der (einzigen) Änderung versandt hat, dass sie es statt mit „Die Mitarbeiter des Infopoint“ mit „Mehrere Mitarbeiter des Infopoint“ unterzeichnet hat. In diesem Fall dürfte die Klägerin ihr Bewusstsein offenbart haben, dass in einer - gleichwohl „abgeschwächt“ fortgesetzten - „Urheberlüge“ eine erhebliche Pflichtverletzung liegt. 37
2. Die Frage, ob eine unmittelbar kündigungs begründende Pflichtverletzung vorlag, weil die Klägerin sich am 31. Mai 2019 gemeinsam mit Frau R im Seminarraum eingeschlossen und die Tür (selbst) auf ein Klopfen der Zeugin P nicht geöffnet hat, könnte dahinstehen, wenn die Beklagte diesen Sachverhalt gegenüber dem bei ihr gebildeten Betriebsrat nicht als „eigenen“ Grund für die beabsichtigte Kündigung iSv. § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG angeführt haben sollte. Dann könnte sie sich hierauf auch im vorliegenden Rechtsstreit nicht als solchen berufen. 38

3. Sollte die Kündigung sich aufgrund eines betriebsverfassungsrechtlich verwertbaren Sachverhalts als sozial gerechtfertigt erweisen, wird das Landesarbeitsgericht prüfen müssen, ob sie gleichwohl wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam ist (*zur Unterscheidung vgl. BAG 24. Mai 2018 - 2 AZR 73/18 - Rn. 37, BAGE 163, 36*). 39
4. Der Auflösungsantrag der Beklagten nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG fällt nur zur Entscheidung an, wenn das Berufungsgericht die Kündigung allein wegen ihrer mangelnden sozialen Rechtfertigung - und nicht auch gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG - für rechtsunwirksam befinden sollte. Andernfalls wäre der Auflösungsantrag schon „unstatthaft“ (*vgl. BAG 29. August 2013 - 2 AZR 419/12 - Rn. 25; 24. November 2011 - 2 AZR 429/10 - Rn. 19, BAGE 140, 47*). 40
- a) Nach dem bisherigen Vorbringen der Klägerin ist die Behauptung der Beklagten nach § 138 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO als unstreitig anzusehen, Frau R habe die Zeugin P nicht über Vorwürfe der sexuellen Belästigung unterrichtet (*Rn. 34*). Derzeit ist auch nichts dafür ersichtlich, dass der Klägerin die Unwahrheit ihrer gegenteiligen Behauptung nicht bewusst gewesen wäre (*vgl. BAG 24. Mai 2018 - 2 AZR 73/18 - Rn. 30, BAGE 163, 36*). 41
- b) Des Weiteren wird das Berufungsgericht prüfen müssen, ob die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit wahrheitswidrig Frau K als weitere Urheberin der E-Mail vom 8. April 2019 benannt hat. Über diese Behauptung der Beklagten wäre - nur - Beweis zu erheben, wenn die Klägerin im Rahmen einer sekundären Darlegungslast den „Urheberbeitrag“ von Frau K (als Positivum gegenüber dem von der Beklagten behaupteten Negativum) substantiiert darlegen sollte. 42
- c) Falls die Beklagte den Vorfall am 31. Mai 2019 gegenüber dem Betriebsrat nicht als „eigenständigen“ Kündigungsgrund angeführt haben sollte, hinderte sie dies gleichwohl nicht, diesen Sachverhalt im Rahmen ihres Auflösungsantrags zu verwerten (*vgl. BAG 24. Mai 2018 - 2 AZR 73/18 - Rn. 37, BAGE 163, 36; 10. Oktober 2002 - 2 AZR 240/01 - zu B III 1 b der Gründe, BAGE 103, 100*). 43

- d) Bei der Bemessung einer etwaig nach den Vorgaben von § 10 KSchG festzusetzenden Abfindung wird das Landesarbeitsgericht ua. zu berücksichtigen haben, dass die ordentliche Kündigung jedenfalls nicht grob sozialwidrig war und die Klägerin, sollte die Kammer annehmen, sie - die Klägerin - habe bewusst wahrheitswidrige Tatsachenbehauptungen aufgestellt, ein ganz erhebliches „Auflösungsverschulden“ träge. Dieses wäre ggf. abfindungsmindernd zu berücksichtigen (*vgl. BAG 24. Mai 2018 - 2 AZR 73/18 - Rn. 38, BAGE 163, 36*). 44
- e) Sollte das Landesarbeitsgericht hingegen nicht nach § 138 bzw. § 286 ZPO vom Vorliegen einer die Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigenden „Tat“ der Klägerin ausgehen, hätte es auf eine Klarstellung hinzuwirken, inwieweit sich die Beklagte hilfsweise auf den dringenden Verdacht eines die Auflösung rechtfertigenden Verhaltens der Klägerin stützt (*zu dieser Möglichkeit und den - hohen - Anforderungen vgl. BVerfG 15. Dezember 2008 - 1 BvR 347/08 - zu II 1 a der Gründe*). 45
5. Der Weiterbeschäftigungsantrag fällt als unechter Hilfsantrag nur zur Entscheidung an, wenn dem Kündigungsschutzantrag stattgegeben und der Auflösungsantrag abgewiesen werden sollte (*vgl. BAG 31. Juli 2014 - 2 AZR 434/13 - Rn. 55*). 46

Koch

Schlünder

Rachor

Niebler

Alex