

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Vorhandensein des wichtigen Grundes
 - 2.1 Darlegungslast
 - 2.2 Beweislast
3. Rechtsprechungs-ABC
 - 3.1 Abgestufte Darlegungs- und Beweislast - 1
 - 3.2 Abgestufte Darlegungs- und Beweislast - 2
 - 3.3 Anfechtung
 - 3.4 BetrVG-Verstoß
 - 3.5 Beweislaststeigerung
 - 3.6 Beweisverwertungsverbot - 1
 - 3.7 Beweisverwertungsverbot - 2
 - 3.8 Beweisverwertungsgebot - 3
 - 3.9 Darlegungsumfang - 1
 - 3.10 Darlegungsumfang - 2
 - 3.11 Dringende betriebliche Gründe
 - 3.12 Freie Beweiswürdigung
 - 3.13 Indizien
 - 3.14 Innere Tatsachen
 - 3.15 Maßstab
 - 3.16 Rechtfertigungsgrund - 1
 - 3.17 Rechtfertigungsgrund - 2
 - 3.18 Rechtfertigungsgrund - 3
 - 3.19 Unstreitiges Vorbringen - Verwertungsverbot
 - 3.20 Verschiebung der Beweislast?
 - 3.21 Verwertungsverbot
 - 3.22 Zustellungsnachweis

Information

1. Allgemeines

Der Kündigungsberechtigte braucht für die außerordentliche Kündigung **einen wichtigen Grund**, § 626 Abs. 1 BGB . Die tatsächlichen **Voraussetzungen dieses wichtigen Grundes** liefert ihm der Vertragspartner, von dem er sich ohne Einhaltung von Kündigungsfristen trennen möchte. Das Gesetz stellt in § 626 Abs. 1 BGB keine Anforderungen für die **Darlegung der tatsächlichen Voraussetzungen** des wichtigen Grundes auf. Ebenso wenig gibt es gesetzliche Regelungen für die anderen Punkte, die bei einer wirksamen außerordentlichen Kündigung erfüllt sein müssen. Hier kann man nur auf die allgemein gültigen **zivilprozessualen Darlegungs- und Beweislastregeln** zurückgreifen.

Die prozessuale Darlegungs- und Beweislast trifft immer den, der sich auf eine für ihn **günstige Tatsache** beruft. Will der **Arbeitgeber** außerordentlich kündigen, muss er darlegen und unter Beweis stellen, dass dafür die tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen. Beabsichtigt der **Arbeitnehmer** eine außerordentliche Kündigung, ist er dafür darlegungs- und beweispflichtig, dass er einen wichtigen Grund hat, der ihm die

Fortsetzung seiner Tätigkeit bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses unzumutbar macht. Die außerordentliche Kündigung muss nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB innerhalb von **zwei Wochen** ausgesprochen werden. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt (§ 626 Abs. 2 Satz 2 BGB). Bei einer außerordentlichen Kündigung ist der Kündigungsberechtigte auch für die **Einhaltung der Ausschlussfrist** des § 626 Abs. 2 BGB darlegungs- und beweispflichtig (BAG, 01.02.2007 - 2 AZR 333/06).

2. Vorhandensein des wichtigen Grundes

Die **außerordentliche Beendigung** eines Arbeitsverhältnisses ist **nur möglich**, wenn der Kündigungsberechtigte dafür einen **wichtigen Grund** im Sinn des § 626 Abs. 1 BGB hat. Dabei reicht es nicht aus, diesen wichtigen Grund bloß zu behaupten oder einen Sachverhalt subjektiv als wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung zu empfinden. Der wichtige Grund hat **objektiv vorhanden** zu sein.

Wer als **Arbeitgeber** außerordentlich kündigt, kann damit rechnen, dass der Arbeitnehmer

- eine **Kündigungsschutzklage** erhebt und/oder
- **Schadensersatzansprüche** geltend macht.

Wer als **Arbeitnehmer** außerordentlich kündigt, muss damit rechnen, dass der Arbeitgeber

- gegen ihn eine **Klage wegen Vertragsbruchs** erhebt und/oder
- **Schadensersatzansprüche** geltend macht.

Die **Darlegungs- und Beweislast** ist **keine direkte Frage des materiellen Rechts**. Geht der Kündigungsempfänger nicht gegen die Kündigung vor und erhebt er auch keine Schadensersatzforderungen, kann dem Kündigenden die prozessuale Darlegungs- und Beweislast gleichgültig sein.

Praxistipp:

Wer eine außerordentliche Kündigung ausspricht, muss immer davon ausgehen, dass sich der Gekündigte gegen diese Kündigung wehren und wegen der vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses Schadensersatzforderungen stellen wird. Daher wird empfohlen, das Szenario für eine außerordentliche Kündigung von Anfang unter Berücksichtigung der prozessualen Darlegungs- und Beweislast aufzubauen. Sobald sich ein kündigungsrelevanter Sachverhalt abzeichnet oder ein Kündigungswunsch da ist, ist es sinnvoll, sich mit Blick auf die prozessuale Durchsetzbarkeit der außerordentlichen Kündigung fachanwaltlich beraten zu lassen. Nur so können die Weichen für eine erfolgreiche außerordentliche Kündigung gestellt werden, die im Prozess auch Bestand haben wird.

Prozessual ist § 138 ZPO zu berücksichtigen. Danach müssen die Parteien ihre **Erklärungen über tatsächliche Umstände** vollständig und der Wahrheit gemäß abgeben. Jede Partei hat sich über die vom Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären. Werden vom Gegner vorgetragene Tatsachen **nicht ausdrücklich bestritten**, gelten sie als **zugestanden**, wenn die Absicht, sie bestreiten zu wollen, nicht aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

2.1 Darlegungslast

§ 626 Abs. 1 BGB verlangt für die außerordentliche Kündigung einen **wichtigen Grund**. Das heißt, es müssen **Tatsachen** vorliegen, die den Kündigenden zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen. Er muss diesen wichtigen Grund haben und im Kündigungsrechtsstreit geltend machen. Der Kündigungsberechtigte hat daher im Prozess die Tatsachen für die Annahme des wichtigen Grundes vorzutragen und darzulegen.

Beispiele:

- 1. Arbeitgeber A1 entschließt sich aus einer Laune heraus, das Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmer N1 fristlos zu beenden. A1 hat keinen Grund für diese Kündigung. Gibt es keine Tatsachen, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, kann A1 in einem folgenden Kündigungsschutzprozess nichts darlegen. Er wird den Rechtsstreit schon deswegen verlieren, weil er keine Tatsachen im Sinn des § 626 Abs. 1 BGB vorbringen kann.
- 2. Arbeitgeber A2 stellt morgens fest, dass sich Arbeitnehmer N2 verschlafen hat. A2 ist über dessen Verspätung sehr verärgert. Er lässt gleich im Personalbüro eine außerordentliche Kündigung schreiben, die er N2 beim Eintreffen in die Hand drückt. A2 hat mit der Verspätung des N2 zwar eine Kündigungstatsache, diese Tatsache ist aber nicht geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu tragen. Es wird A2 im Prozess nichts nützen, die Tatsache Verspätung darzulegen. Ein einmaliges Zuspätkommen kann eine außerordentliche Kündigung nicht rechtfertigen.
- 3. Arbeitgeber A3 fällt auf, dass wiederholt Geld in der Kasse fehlt. Sein Verdacht fällt auf Arbeitnehmer N3. N3 hat tatsächlich Geld aus der Kasse genommen. A3 kann das aber nicht beweisen. Er kann nicht einmal objektive Indizien vortragen, die einen Verdacht gegen N3 rechtfertigen. Obwohl N3 das Geld genommen: A3 kann keine Tatsachen darlegen, die N3 überführen oder einen Verdacht begründen. Kündigt A3 trotzdem außerordentlich, wird er den Prozess verlieren. Er kann keine Tatsachen vortragen, die die Annahme eines wichtigen Grundes stützen.
- 4. Arbeitgeber A4 sieht, wie Arbeitnehmer N4 auf einen Arbeitskollegen einschlägt und ihn schwer verletzt. Mitarbeiter M1 und M2 haben den Tathergang genau gesehen und können bezeugen, dass N4 den Streit mit dem Kollegen aus nichtigem Anlass angezettelt und ihn dann auf brutale Weise verprügelt hat. Wenn A4 das Arbeitsverhältnis des N4 nun außerordentlich kündigt, hat er dafür einen wichtigen Grund. Er kann die Tatsachen, die seine außerordentliche Kündigung rechtfertigen sollen auch darlegen. Er kann im Kündigungsschutzprozess genau vortragen, was N4 gemacht hat und hat sogar zwei Zeugen dafür.

Darlegen heißt **vortragen**. Das Arbeitsgericht ist ein Zivilgericht. Im Urteilsverfahren - anders im Beschlussverfahren in betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheiten - gilt die **Parteimaxime**. Das Gericht ermittelt den Sachverhalt **nicht von Amts wegen**. Der Kündigende hat die Tatsachen, auf die er die Kündigung stützt, im Prozess vorzutragen. Macht er das nicht, kann das Gericht bei einer außerordentlichen Kündigung nicht feststellen, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Der Kündigende verliert den Prozess allein deswegen, weil er die Tatsachen, die § 626 Abs. 1 BGB verlangt, nicht darlegt oder nicht darlegen kann.

Nach § 626 Abs. 1 BGB muss dem Kündigenden *"unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses"* nicht zugemutet werden können. Der Arbeitgeber hat damit auch die **Tatsachen** darzulegen (und im Bestreitensfall zu beweisen), die ihm die **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses** bis zu seinem ordentlichen Ende **unzumutbar** machen.

2.2 Beweislast

Nachdem die **Kündigungstatsachen** und **der wichtige Grund** im Sinn des § 626 Abs. 1 BGB dargelegt worden sind, stellt sich die Frage der Beweislast. Sie trägt bei einer außerordentlichen Kündigung immer derjenige, der sich auf den wichtigen Grund beruft. Damit die vom Kündigenden dargelegten Tatsachen nicht als unstrittig gelten, muss der Gekündigte sie **bestreiten**.

Beispiel:

Arbeitgeber A1 kündigt Arbeitnehmer N1 außerordentlich, weil N1 Betriebsgeheimnisse verraten hat. N1 erhebt eine Kündigungsschutzklage. A1 legt im Prozess die Tatsachen dar, die die außerordentliche Kündigung untermauern. N1 bestreitet diese Tatsachen nicht. Sie gelten damit über § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden. Auf die Beweislast kommt es in diesem Fall nicht an. Das Gericht muss davon ausgehen,

dass N1 die Betriebsgeheimnisse verraten hat. Es braucht über diese Tatsache keinen Beweis zu erheben. Sie sind unstrittig.

Hätte N1 den Vorwurf, Betriebsgeheimnisse verraten zu haben, bestritten, hätte das Gericht über diese bestrittene Tatsache Beweis erheben müssen. In diesem Fall trägt A1 die Beweislast: Kann er den Verrat der Betriebsgeheimnisse nicht beweisen, verliert er den Prozess - selbst wenn N1 die Geheimnisse tatsächlich verraten hat. Der Verrat kann ihm nicht nachgewiesen werden.

Der Kündigungsempfänger braucht bei einer außerordentlichen Kündigung nicht nachzuweisen, dass er für sein Verhalten einen **Rechtfertigungsgrund** hatte. Im Gegenteil: Der **Kündigungsberechtigte** muss die Tatsachen (darlegen und) beweisen, die den vom Kündigungsempfänger behaupteten Rechtfertigungsgrund ausschließen (BAG, 17.06.2003 - 2 AZR 123/02).

Beispiel:

Arbeitnehmer N2 hatte für die Zeit vom 07.08. bis 16.08. Urlaub. Am 14.08. rief er bei Arbeitgeber A2 an und bat um eine Verlängerung seines Urlaubs bis zum 18.08. A2 lehnte den Wunsch ab. N2 erschien am 17.08. nicht zur Arbeit. A2 kündigte sein Arbeitsverhältnis daraufhin wegen unentschuldigtem Fehlen außerordentlich fristlos. Im Prozess behauptet N2, er sei während des Urlaubs erkrankt und habe deswegen nicht zur Arbeit kommen können.

A2 muss in diesem Fall nicht nur beweisen, dass N2 am 17.08. gefehlt hat. A2 hat auch nachzuweisen, dass N2 unentschuldig gefehlt hat und die von ihm behauptete Krankheit gar nicht vorlag. N2 muss nach § 138 Abs. 2 ZPO allerdings im Rahmen seiner prozessualen Darlegungspflicht substantiiert vortragen, warum sein Fehlen als entschuldigt anzusehen ist. Legt er dazu ein ärztliches Attest vor, hat A2 die Umstände, die gegen eine Arbeitsunfähigkeit sprechen, näher darzulegen und notfalls zu beweisen. Nur so kann er die Beweiskraft der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttern.

Wer eine außerordentliche Kündigung aussprechen möchte, sollte sich rechtzeitig Gedanken darüber machen, ob er die gegen seinen Vertragspartner erhobenen **Vorwürfe** auch **bewiesen** bekommt.

Praxistipp:

Wissen und Informationen gehen mit der Zeit verloren. Das ist ein ganz natürlicher Vorgang. Mit Blick auf die prozessuale Beweislast ist es daher sinnvoll, gleich von Anfang an eine vernünftige Dokumentation des aufgegriffenen Vorfalles anzulegen. Dazu gehört eine ausführliche Schilderung des Sachverhalts. Für jede kündigungsrelevante Tatsache sind Beweismittel zu sichern. Das können unter anderem Zeugen oder Urkunden sein. Da die Zeugen für eine spätere Beweisaufnahme zur Verfügung stehen müssen, braucht man ihre vollständige ladungsfähige Anschrift (Vorname, Name, Straße, Hausnummer, Postleitzahl und Ort).

Behauptet der Kündigende **mehrere Kündigungsgründe**, muss jeder einzelne geprüft werden. Danach ist zu überprüfen, ob bereits einer von ihnen als wichtiger Grund geeignet ist oder die Kündigungsgründe in ihrer Gesamtheit ausreichen. Der Kündigende trägt die **Beweislast für alle Umstände**, die als wichtige Gründe geeignet sein können (LAG Hamm, 01.08.2007 - 6 Sa 694/07).

3. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema außerordentliche Kündigung und Beweislast **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

3.1 Abgestufte Darlegungs- und Beweislast - 1

Der Arbeitgeber hat im **Kündigungsschutzprozess** die volle Darlegungs- und Beweislast für den von ihm

herangezogenen Kündigungsgrund . Für **rechtfertigende oder entschuldigende Tatsachen**, die zugunsten des Arbeitnehmers wirken, ist seine Darlegungslast jedoch abgestuft. So darf sich der Arbeitgeber im ersten Schritt darauf beschränken, den **objektiven Tatbestand** der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten darzulegen. Seine Darlegungspflicht geht nicht so weit, dass er von vornherein jeden nur erdenklichen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund vorbeugend ausschließen muss (s. dazu auch BAG, 03.11.2011 - 2 AZR 748/10 u. BAG, 21.05.1992 - 2 AZR 10/92). In diesem Fall ist es Sache des Arbeitnehmers, für seine Rechtfertigung oder Entschuldigung zumindest greifbare Anhaltspunkte vorzutragen - soweit sie sich nicht unmittelbar aufdrängen (BAG, 16.07.2015 - 2 AZR 85/15) .

3.2 Abgestufte Darlegungs- und Beweislast - 2

Der Arbeitgeber trägt bei seiner außerordentlichen Kündigung die Darlegungs- und Beweislast **für alle Umstände**, mit denen er den wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB für seine Kündigung untermauern will. Das führt - z.B. bei einer - angeblich - beharrlichen Arbeitsverweigerung dazu, dass der Arbeitgeber auch für die Tatsachen darlegungs- und beweispflichtig ist, die einen vom gekündigten Arbeitnehmer entgegengehaltenen **Rechtfertigungsgrund ausschließen**. Aber: Der gekündigte Mitarbeiter muss hier nach § 138 Abs. 2 ZPO schon substantiiert vortragen, warum sein Fehlen in diesem Fall **als entschuldigt anzusehen** sein soll. Der Arbeitgeber hat dann im Rahmen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast bloß die vom gekündigten Arbeitnehmer angeführten Tatsachen zu widerlegen (BAG, 22.10.2015 - 2 AZR 569/14 - mit Hinweis auf BAG, 17.06.2003 - 2 AZR 123/02 u. BAG, 21.05.1992 - 2 AZR 10/92).

3.3 Anfechtung

Ein Anfechtungsprozess ist **nicht wie ein Kündigungsschutzprozess** zu führen. Fechtet ein Arbeitnehmer seine **Eigenkündigung** an, trägt er die Beweislast für alle Voraussetzungen des Anfechtungstatbestands. Er muss die Tatsachen darlegen, die die **angedrohte Arbeitgeberkündigung** als widerrechtlich erscheinen lassen - und im Bestreitensfall auch beweisen (BAG, 03.07.2003 - 2 AZR 327/02).

3.4 BetrVG-Verstoß

Ein **Verwertungsverbot für "Zufallsfunde"** besteht auch dann nicht, wenn der Arbeitgeber seinen Betriebsrat bei der **Auswertung einer belastenden Videosequenz** nicht beteiligt hat. "Selbst wenn die Videoüberwachung gänzlich ohne seine Mitbestimmung erfolgt wäre, er aber - wie hier - einer auf die erlangten Erkenntnisse gestützten Kündigung zugestimmt hat, verlangte die **Missachtung** seines Mitbestimmungsrechts dies nicht" (so: BAG, 27.03.2003 - 2 AZR 51/02).

§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und § 77 BetrVG haben nicht den Schutzzweck, die Verwertung von Tatsachen zu verbieten, deren **Verwertung nach allgemeinen Grundsätzen erlaubt** ist (so: BAG, 13.12.2007 - 2 AZR 537/06). § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat den Sinn, "**Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht** der betroffenen Arbeitnehmer durch bestimmte Verhaltenskontrollen nur bei gleichberechtigter Mitbestimmung des Betriebsrats zuzulassen." Er vermittelt einen kollektiv-rechtlichen Schutz von Arbeitnehmer-Persönlichkeitsrechten. Ist die Verwertung von Informationen und Beweisen prozessual nach allgemeinen Grundsätzen zulässig, gibt es bei BetrVG-Verstößen **kein darüber hinausgehendes (Beweis-)Verwertungsverbot** (BAG, 22.09.2016 - 2 AZR 848/15 - mit Hinweis auf BAG, 13.12.2007 - 2 AZR 537/06).

3.5 Beweislaststeigerung

§ 626 Abs. 1 BGB stellt an die **Prüfung des wichtigen Grundes** gesteigerte Anforderungen. Dem entspricht auf Seiten des Arbeitgebers eine gesteigerte Darlegungs- und Beweislast. So muss er bei einer **außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist** vortragen, dass er ohne außerordentliche Kündigung gezwungen wäre, über viele Jahre hinweg ein **sinnloses Arbeitsverhältnis** allein durch Gehaltszahlungen, denen keine entsprechende Gegenleistung gegenübersteht, aufrecht zu halten (LAG, Hamm 18.05.2004 - 6 Sa 33/04).

3.6 Beweisverwertungsverbot - 1

Die ZPO kennt **kein ausdrückliches** prozessuales Verwendungs- oder Verwertungsverbot für rechtswidrig erlangte Informationen oder Beweismittel. Im Gegenteil: aus § 286 ZPO i.V.m. Art. 103 Abs. 1 GG folgt die grundsätzliche Verpflichtung der Gerichte, den **Sachverhalt**, den die Parteien vortragen, und die von ihnen angebotenen Beweise zu berücksichtigen. Verletzt der Arbeitgeber bei der Erlangung seiner Beweise das **Persönlichkeitsrecht** seines Mitarbeiters, gilt: *"Der prozessualen Verwertung von Beweismitteln, die der Arbeitgeber aus einer in Abwesenheit ohne Einwilligung des Arbeitnehmers durchgeführten Kontrolle von dessen Schrank erlangt hat, kann schon die Heimlichkeit der Durchsuchung entgegenstehen"* (BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 546/12 Leitsatz 1.).

3.7 Beweisverwertungsverbot - 2

Die **Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts** einer Partei kann in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren zu einem Sachvortrags- oder Beweisverwertungsverbot führen - wenn sich das so aus einer verfassungskonformen **Auslegung des Prozessrechts** ergibt. Zu beachten ist jedoch: Sowohl das Arbeitsgerichtsgesetz als auch die Zivilprozessordnung haben keine Vorschriften zur gerichtlichen Verwertung von Beweisen oder Erkenntnissen, die rechtswidrig erlangt sind. Der **Anspruch auf rechtliches Gehör** - Art. 103 Abs. 1 GG - und der Grundsatz der freien Beweiswürdigung - § 286 ZPO - gebieten sogar die grundsätzliche Berücksichtigung des Parteivortrags und der dazu vorgebrachten Beweismittel (so: BVerfG, 09.10.2002 - 1 BvR 1611/96 ; BAG, 21.11.2013 - 2 AZR 797/11 u. BAG, 16.12.2010 - 2 AZR 485/08).

Die Annahme eines Beweisverwertungsgebots verlangt eine **besondere Legitimation** und eine gesetzliche Grundlage (BAG, 21.11.2013 - 2 AZR 797/11 ; BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 546/12 u. BAG, 13.12.2007 - 2 AZR 537/06). Und das gilt auch für ein mögliches **Sachvortragsverwertungsverbot**. So führt selbst ein Verstoß gegen Datenschutzbestimmungen - das BDSG sieht diese Rechtsfolge nicht mal vor - nicht zu einem Beweis- oder Sachvortragsverwertungsverbot. "Ein Beweisverwertungsverbot oder ein Verbot, selbst unstreitigen Sachvortrag zu verwerten, kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn dies **aufgrund einer verfassungsrechtlich geschützten Position** einer Prozesspartei zwingend geboten ist". Das Gericht ist in Ausübung hoheitlicher Gewalt "bei der Urteilsfindung an die insoweit maßgeblichen Grundrechte gebunden und zu einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung verpflichtet" (BAG, 22.09.2016 - 2 AZR 848/15 - mit Hinweis auf BVerfG, 13.02.2007 - 1 BvR 421/05 ; BAG, 21.11.2013 - 2 AZR 797/11 u. BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 546/12).

3.8 Beweisverwertungsgebot - 3

Die **Verletzung des** durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten **allgemeinen Persönlichkeitsrechts** einer Partei (s. dazu auch Art. 8 Abs. 1 EMRK) kann in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren wegen der Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung des Prozessrechts - etwa der § 138 Abs. 3 , § 286 , § 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO - zu einem Sachvortrags- oder Beweisverwertungsverbot führen. Das muss das Arbeitsgericht aufgrund seiner aus Art. 1 Abs. 3 GG resultierenden Bindung an die Grundrechte und seiner **Verpflichtung zur rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung** (s. dazu BVerfG, 13.02.2007 - 1 BvR 421/05) überprüfen.

Zur Prüfung gehört die Antwort auf die Frage, "ob die **Verwertung von heimlich beschafften persönlichen Daten** und Erkenntnissen, die sich aus diesen Daten ergeben, mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen vereinbar ist" (s. dazu BAG, 20.10.2016 - 2 AZR 395/15 ; BAG, 22.09.2016 - 2 AZR 848/15 u. BGH, 15.05.2013 - XII ZB 107/08). "Das Grundrecht schützt neben der **Privat- und Intimsphäre** und seiner speziellen Ausprägung als Recht am eigenen Bild auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das die Befugnis garantiert, selbst über die **Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten** zu befinden (BAG, 29.06.2017 - 2 AZR 597/16 - mit Hinweis auf BVerfG, 11.03.2008 - 1 BvR 2074/05 u. BVerfG, 15.12.1983 - 1 BvR 209/83 - in einem Fall, in dem der Arbeitgeber seinen angeblich erkrankten, aber trotzdem eine Konkurrenztaetigkeit ausübenden Mitarbeiter, heimlich durch einen Detektiv überwachen ließ).

3.9 Darlegungsumfang - 1

Der Vertragspartner, der eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen hat, ist für **alle Umstände** darlegungs- und beweisbelastet, die als wichtige Gründe in Betracht kommen können. Der Kündigende muss daher auch in vollem Umfang die Voraussetzungen für die **Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung** darlegen und beweisen. Die Darlegungs- und Beweislast ist nicht so aufzustellen, dass der Kündigende nur

objektive Merkmale des Kündigungsgrunds und die bei der Interessenabwägung gegen den Gekündigten sprechenden Gründe vortragen muss und der Gekündigte dann seinerseits eventuelle Rechtfertigungsgründe und andere ihn **entlastende Umstände** vorzutragen und zu beweisen hätte (LAG Hamm, 18.07.2006 - 9 Sa 1899/05).

3.10 Darlegungsumfang - 2

Die Darlegungs- und Beweislast des Kündigenden hat nicht immer den gleichen Umfang. Sie richtet sich danach, wie substantiiert die **Einlassung des Gekündigten** ist. Für ihn reicht es nicht, sich **pauschal** und ohne nachprüfbar Angaben auf entlastende Umstände zu berufen. Er muss **detailliert vortragen**, warum etwas anders ist, als es der Arbeitgeber behauptet (LAG Hessen, 08.09.2006 - 3 Sa 2206/05).

3.11 Dringende betriebliche Gründe

Der Arbeitgeber muss bei einer außerordentlichen Kündigung wegen dringender betrieblicher Gründe zum einen die ordentliche Unkündbarkeit seines Mitarbeiters darlegen, zum anderen dessen **fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** auf dem bisherigen Arbeitsplatz. Bei einer Kündigung, die das Arbeitsverhältnis beenden soll, muss er zudem darlegen, dass **überhaupt keine Möglichkeit mehr** besteht, das Arbeitsverhältnis – und sei es zu geänderten Arbeitsbedingungen nach entsprechender Umschulung – fortzusetzen (s. dazu BAG, 27.06.2019 – 2 AZR 50/19). Eine bloß pauschale Behauptung der fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit genügt nicht. "Das **Fehlen jeglicher Beschäftigungsmöglichkeit** zählt bei der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung zum 'wichtigen Grund' und ist deshalb schon primär vom Arbeitgeber darzulegen" (s. dazu BAG, 27.06.2019 – 2 AZR 50/19). Konkret muss der Arbeitgeber vortragen, "dass es keine zumutbaren, sich weniger weit als das unterbreitete Änderungsangebot vom bisherigen Vertragsinhalt entfernende Beschäftigungsmöglichkeiten gegeben habe" (BAG, 27.04.2021 – 2 AZR 357/20) .

3.12 Freie Beweiswürdigung

Die Tatsacheninstanzen müssen nach § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung entscheiden, ob sie eine Tatsache für **wahr oder nicht wahr** halten. Mögliche Zweifel müssen sie überwinden, obwohl sie sie nicht komplett ausschließen können. Es genügt daher, wenn ein für das praktische Leben **brauchbarer Gewissheitsgrad** erreicht ist, "der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen" (s. dazu BAG, 16.07.2015 - 2 AZR 85/15 u. BGH, 18.10.2017 - VIII ZR 32/16). Bei einem **Indizienbeweis** hat das Tatsachengericht zu prüfen, ob die behaupteten Hilfstatsachen, wenn man deren Richtigkeit unterstellt, es von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen. "Dabei sind die Tatsacheninstanzen grundsätzlich frei darin, welche Beweiskraft sie den behaupteten Indiztatsachen im Einzelnen und in einer Gesamtschau beimessen" (BAG, 25.04.2018 - 2 AZR 611/17).

3.13 Indizien

"Soll ein Vortrag mittels Indizien bewiesen werden, hat das Gericht zu **prüfen**, ob es die vorgetragenen Hilfstatsachen - deren Richtigkeit unterstellt - von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen. Es hat die insoweit maßgebenden Umstände **vollständig und verfahrensrechtlich einwandfrei** zu ermitteln und alle Beweisanzeichen erschöpfend zu würdigen. Dabei sind die Tatsacheninstanzen grundsätzlich frei darin, welche Beweiskraft sie den behaupteten Indiztatsachen im Einzelnen und in einer Gesamtschau beimessen. Revisionsrechtlich ist ihre Würdigung allein daraufhin zu überprüfen, ob alle Umstände vollständig berücksichtigt und **Denk- und Erfahrungsgrundsätze** nicht verletzt wurden. Um diese Überprüfung zu ermöglichen, haben sie nach § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO die wesentlichen Grundlagen ihrer Überzeugungsbildung nachvollziehbar darzulegen" (BAG, 11.06.2020 – 2 AZR 442/19 – mit Hinweis auf BAG, 25.04.2018 - 2 AZR 611/17 ; BAG, 21.09.2017 - 2 AZR 57/17 u. BAG, 16.07.2015 - 2 AZR 85/15).

3.14 Innere Tatsachen

Darlegungs- und Beweisprobleme gibt es in einem gerichtlichen Verfahren häufig bei so genannten inneren Tatsachen, z. B. bei einem Motiv oder einer **Absicht**. Ist so eine innere Tatsache entscheidungserheblich, kann der Beweisführer für das Vorliegen dieser Tatsache – mit Ausnahme des Antrags, den Gegner als Partei zu vernehmen (§ 445 Abs. 1 ZPO) – keinen unmittelbaren Beweis antreten. Folglich muss er im Rahmen

seiner Beweisführung **Hilfstatsachen (= Indizien)** darlegen und unter Beweis stellen, die geeignet sind, den Schluss auf die zu beweisende Haupttatsache zuzulassen (s. dazu BAG, 25.06.2014 – 7 AZR 847/12). Zu diesen Hilfstatsachen muss sich der Gegner dann nach § 138 Abs. 2 ZPO erklären. Er kann die Hilfstatsachen **bestreiten** oder Umstände darlegen, die geeignet sind, die von der anderen Prozesspartei vorgetragene(n) Hilfstatsachen wieder zu entkräften (BAG, 20.01.2021 – 7 AZR 52/20 – zu einem Fall, in dem es um eine angebliche Benachteiligung wegen Ausübung des Betriebsratsamts ging).

3.15 Maßstab

Die Darlegungs- und Beweislast des Kündigenden richtet sich danach, wie **substanziert** sich der Gekündigte auf die Kündigungsgründe einlässt. Es reicht nicht aus, wenn er sich bloß **pauschal** und ohne nachprüfbare Angaben auf entlastende Umstände beruft. In diesem Fall kann sich der Arbeitgeber nämlich gar nicht weiter auf den Sachvortrag des Gekündigten einlassen, weil ihm die für eine **Erwiderung** notwendige Substanz fehlt (LAG Hessen, 08.09.2006 - 3 Sa 2206/05).

3.16 Rechtfertigungsgrund - 1

Hat der Arbeitgeber außerordentlich gekündigt, ist er für **alle Umstände** des wichtigen Grunds im Sinn des § 626 Abs. 1 BGB darlegungs- und beweispflichtig. Ihn trifft auch die Darlegungs- und Beweislast für Tatsachen, die den vom Gekündigten behaupteten **Kündigungsgrund ausschließen**. So muss der Arbeitgeber beim **Vorwurf unentschuldigter Fehlers** nicht nur das Fehlen seines Mitarbeiters darlegen, sondern auch, dass dieses Fehlen unentschuldig war und die vom Arbeitnehmer behauptete Krankheit gar nicht vorlag (BAG, 17.06.2003 - 2 AZR 123/02).

3.17 Rechtfertigungsgrund - 2

Der Arbeitgeber trägt auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Umstände, die der Arbeitnehmer vorträgt, um die **Vertragswidrigkeit** seines Verhaltens in Abrede zu stellen, nicht vorliegen. Daher ist es nicht Aufgabe des Arbeitnehmers, die Rechtfertigung seines Verhaltens zu beweisen. Er muss solche **Tatsachen** nur **behaupten** und nach § 138 Abs. 2 ZPO - "*Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären*" - in den Prozess einführen (LAG Bremen, 28.07.2005 - 3 Sa 98/05).

3.18 Rechtfertigungsgrund - 3

Der Arbeitgeber trägt die Darlegungs- und Beweislast für die von ihm behauptete **Pflichtverletzung** auch dann, wenn sich der Arbeitnehmer auf Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe beruft. Das setzt allerdings voraus, dass der Arbeitnehmer nicht bloß pauschale Einwendungen macht, sondern seine angeblichen **Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe** ins Einzelne gehend vorträgt. Hat er das gemacht, ist es **Aufgabe des Arbeitgebers**, darzulegen und zu beweisen, dass keine Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe vorliegen (LAG Rheinland-Pfalz, 08.08.2006 - 2 Sa 76/06).

3.19 Unstreitiges Vorbringen - Verwertungsverbot

Die Berücksichtigung unstreitigen Sachvortrags kann ausgeschlossen sein, wenn der **Schutzzweck** der bei der Informationsgewinnung verletzte(n) Norm der Verwertung entgegensteht (s. dazu BAG, 16.12.2010 - 2 AZR 485/08 u. BAG, 13.12.2007 - 2 AZR 537/06). Der Ausschluss der Verwertung setzt allerdings voraus, "dass es dem Schutzzweck etwa des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuwiderliefe, selbst den inhaltlichen **Gehalt eines Beweismittels** in Form von Sachvortrag z.B. infolge von § 138 Abs. 3 ZPO oder § 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO zur **Entscheidungsgrundlage** zu machen".

Dabei ist zu berücksichtigen, dass unstreitiger Sachvortrag nicht allein deshalb uneingeschränkt zu berücksichtigen ist, weil die durch den unstreitigen Sachvortrag belastete Partei die **Möglichkeit** hat, das Vorbringen des Gegners **zu bestreiten**. Jede Partei unterliegt im Zivilprozess der **Wahrheitspflicht** (§ 138 Abs. 1 und 2 ZPO): "Sie kann daher nicht gezwungen sein, grundrechtswidrig über sie erlangte Informationen bestreiten zu müssen, um ihre Rechte zu wahren" (so: BAG, 16.12.2010 - 2 AZR 485/08). Kann ein Gericht erkennen, dass eine Prozesspartei für das Verfahren bedeutungsvolle Erkenntnisse gewonnen und dabei das allgemeine Persönlichkeitsrecht der anderen verletzt hat, muss es von Amts wegen prüfen, "ob es das Vorbringen, selbst wenn es unbestritten bleibt, bei der Feststellung des Tatbestands berücksichtigen darf" (

BAG, 22.09.2016 - 2 AZR 848/15 - mit dem Hinweis, dass eine Partei auf das Geltendmachen der Rechtsverletzung verzichten kann).

3.20 Verschiebung der Beweislast?

Es gibt Fälle, in denen das **Nichtvorhandensein einer Tatsache** streitentscheidend ist. Aber auch wenn es um negative Tatsachen geht, verschiebt sich nicht gleich die Beweislast. "Eine solche Beweisführung unterliegt zwar für die beweisbelastete Partei im Allgemeinen besonderen Anforderungen. Doch ist den **Schwierigkeiten**, denen sich die Partei gegenübersehen, 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" (BAG, 16.12.2021 – 2 AZR 356/21 – mit Hinweis auf BAG, 26.06.2019 – 5 AZR 178/18 ; BGH, 15.08.2019 – III ZR 205/17 – u. BGH, 07.03.2019 – IX ZR 221/18 – und der Auffassung, dass die beweisbelastete Partei den Nachweis auch durch Indizien erbringen kann).

3.21 Verwertungsverbot

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber A hatte eine **rechtmäßige offene Video-Überwachung** im Kassenbereich seines Tabak-, Lotto- und Zeitschriftenshops installiert. **Anlass:** Vorbeugung von Kunden- und Mitarbeiter-Straftaten. Im 3. Quartal 2016 stellte A einen Fehlbestand an Tabakwaren fest. Im August 2016 wertete A die Aufnahmen aus und stellte dabei fest, dass Kassiererin K im Februar 2016 vereinnahmte Gelder nicht in die Kasse gelegt hatte. A kündigte fristlos. K meinte, A hätte die Aufnahmen unverzüglich, jedenfalls vor August 2016 **löschen müssen**. Jetzt seien sie nicht mehr verwertbar .

Die Vorinstanzen hatten K's Kündigungsschutzklage stattgegeben. Das BAG war anderer Meinung. Solange die **Ahndung** einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung durch den Arbeitgeber **noch möglich** ist, wird die Speicherung einer rechtmäßig hergestellten Aufnahme, die den Arbeitnehmer bei dieser Pflichtverletzung - hier: vorsätzliches Eigentumsdelikt zu Lasten des Arbeitgebers - zeigt, **nicht allein durch Zeitablauf** unverhältnismäßig. Insoweit besteht kein Verwertungsverbot . Bei rechtmäßiger offener Video-Überwachung ist die Verarbeitung und Nutzung der einschlägigen Bildsequenzen nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG a.F. (= § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG n.F.) zulässig. Die Datenverarbeitung verletzt nicht das durch Art. 2 i.V.m. Art 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers (BAG, 23.08.2018 - 2 AZR 133/18 - mit dem Hinweis, dass der Arbeitgeber mit der Auswertung des Bildmaterials so lange warten durfte, bis er dafür einen berechtigten Anlass sah).

3.22 Zustellungsnachweis

Eine außerordentliche Kündigung kann schon daran scheitern, dass der Arbeitgeber ihren Zugang beim Arbeitnehmer nicht beweisen kann. So sagt z.B. der **Einlieferungsbeleg** bei einer Kündigung, die per Einwurf-Einschreiben auf den Weg gebracht wurde, nichts darüber aus, dass das Kündigungsschreiben auch tatsächlich zugegangen ist. Mit dem Beleg kann der Kündigende allenfalls beweisen, dass er es beim Briefdienstleister abgegeben hat. "Ein **Beweis des ersten Anscheins** für den Zugang eines Einwurfeinschreibens kann nur angenommen werden, wenn neben dem Einlieferungsbeleg auch eine **Reproduktion des Auslieferungsbelegs** vorgelegt wird. Die Vorlage des bloßen Sendungsstatus ist nicht ausreichend" (LAG Baden-Württemberg, 28.07.2021 – 4 Sa 68/20 – 1. Leitsatz – im Anschluss an LAG Baden-Württemberg, 17.09.2020 – 3 Sa 38/19 : Dort hat das Gericht die Auffassung vertreten: "Die Aussagekraft des Sendungsstatus reicht nicht aus, um auf ihn den Anscheinsbeweis des Zugangs der Postsendung zu gründen").