

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Allgemeine Grundlagen
3. Kündigungsschutz- und zivilprozessrechtliche Anforderungen
 - 3.1 Bedeutung der Darlegungs- und Beweislast
 - 3.2 Beweismöglichkeiten
 - 3.3 Gesetzliche Beweislastregeln
 - 3.4 Abgestufte Darlegungs- und Beweislast
4. Praktische Auswirkungen
 - 4.1 Kündigung ohne Tatsachen
 - 4.2 Fehlerhafter Tatsachenvortrag
 - 4.3 Bestreiten und Erwidern
 - 4.4 Der richtige Zeitpunkt
5. Rechtsprechungs-ABC
 - 5.1 Abgelehnte Beweisaufnahme
 - 5.2 Abgestufte Darlegungs- und Beweislast - 1
 - 5.3 Abgestufte Darlegungs- und Beweislast - 2
 - 5.4 AGG-widrige Benachteiligung - 1
 - 5.5 AGG-widrige Benachteiligung - 2
 - 5.6 Allgemeine Begriffe
 - 5.7 Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit
 - 5.8 Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung
 - 5.9 Auftragsrückgang
 - 5.10 Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung - 1
 - 5.11 Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung - 2
 - 5.12 Berücksichtigung eines Strafurteils
 - 5.13 Beschäftigungsanspruch
 - 5.14 Betriebliche KSchG-Voraussetzungen - 1
 - 5.15 Betriebliche KSchG-Voraussetzungen - 2
 - 5.16 Betriebliche KSchG-Voraussetzungen - 3
 - 5.17 Betriebsratsanhörung
 - 5.18 Betriebsstilllegung
 - 5.19 BetrVG-Verstoß
 - 5.20 Beweisverwertungsverbot - 1
 - 5.21 Beweisverwertungsverbot - 2
 - 5.22 Beweiswürdigung
 - 5.23 Darlegungserleichterung
 - 5.24 Eidesstattliche Versicherung
 - 5.25 Erklärungslast
 - 5.26 Gebot fairer Verfahrensgestaltung
 - 5.27 Gemeinsamer Betrieb - 1
 - 5.28 Gemeinsamer Betrieb - 2

- 5.29 Indiztatsachen - 1
- 5.30 Indiztatsachen - 2
- 5.31 Innere Tatsachen - 1
- 5.32 Innere Tatsachen - 2
- 5.33 Innere Tatsachen - 3
- 5.34 Insolvenz-Kündigung
- 5.35 Negative Auswirkungen
- 5.36 Organisationsentscheidung/Kündigungsentschluss
- 5.37 Personenbedingte Kündigung (Krankheit)
- 5.38 Persönliche KSchG-Voraussetzungen
- 5.39 Privatgutachten
- 5.40 Rechtfertigungsgründe - 1
- 5.41 Rechtfertigungsgründe - 2
- 5.42 Rechtsmissbrauch
- 5.43 Revisionsrichterliche Überprüfung
- 5.44 Sachverständigenbeweis
- 5.45 Sachvortrag
- 5.46 Schriftform der Kündigung
- 5.47 Sekundäre Behauptungslast - 1
- 5.48 Sekundäre Behauptungslast - 2
- 5.49 Sekundäre Darlegungslast
- 5.50 Soziale Auswahl
- 5.51 Spezifisches Bestreiten
- 5.52 Unstreitiges Vorbringen - Verwertungsverbot
- 5.53 Unterlassenes BEM - 1
- 5.54 Unterlassenes BEM - 2
- 5.55 Unterlassenes BEM - 3
- 5.56 Unterlassenes BEM - 4
- 5.57 Unterlassenes BEM - 5
- 5.58 Unterlassenes Präventionsverfahren
- 5.59 Vermutung
- 5.60 Verschiebung der Beweislast
- 5.61 Verwertungsverbot - 1
- 5.62 Verwertungsverbot - 2
- 5.63 Wahrheitswidrige Erklärungen
- 5.64 Wahr oder nicht wahr?
- 5.65 Zeugnisverweigerungsrecht
- 5.66 Zurückweisung von Vorbringen
- 5.67 Zweitinstanzliche Tatsachenfeststellung

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber hat es nicht einfach, einen Kündigungsschutzprozess zu gewinnen. Die maßgebliche Rechtslage ist nur eine der vielen von ihm zu nehmenden Hürden. Das Schwergewicht liegt bei Kündigungsschutzprozessen in den meisten Fällen eher im Tatsächlichen. Ohne ausreichende

Kündigungstatsachen wird ein Kündigungsschutzprozess arbeitgeberseitig nicht gewonnen. Und diese Tatsachen muss der Arbeitgeber im Verfahren darlegen - er muss sie behaupten - und unter Beweis stellen.

Praxistipp:

Tatsachen sind schneller behauptet als bewiesen. Bloßes Behaupten mag für den Arbeitgeber bis zum Güetermin noch ausreichen. Danach kommt es auf harte Fakten an. Dann reicht bloßes Behaupten nicht mehr. Dann müssen die Tatsachen, auf die es ankommt, unter Beweis gestellt werden. Wer zuvor nur ins Blaue hinein behauptet hat, bekommt jetzt ein Problem. Bestreitet der Arbeitnehmer streitentscheidende Tatsachen, verliert der Arbeitgeber den Kündigungsrechtsstreit, wenn er diese Tatsachen nicht bewiesen bekommt.

Das Kündigungsschutz- und Zivilprozessrecht regeln, wer welche Tatsachen darlegen muss. Wer darlegungspflichtig ist, trägt nicht nur die Darlegungs-, sondern auch die Beweislast. Es reicht nicht aus, bestimmte Tatsachen nur zu behaupten. Bestreitet der Gegner deren Vorliegen, muss das Gericht darüber Beweis erheben. Bekommt die darlegungs- und beweisbelastete Partei ihre Behauptung bewiesen, darf das Arbeitsgericht diese Tatsache in seiner Entscheidung als wahr ansehen. Bekommt die beweisbelastete Partei die Tatsache nicht bewiesen, verliert sie den Kündigungsschutzprozess.

2. Allgemeine Grundlagen

Der Kündigungsschutzprozess ist ein Parteiprozess. Das heißt: Das Gericht sucht nicht von Amts wegen nach der Wahrheit und den maßgeblichen Tatsachen, die Parteien -

- der Arbeitnehmer als Kläger,
- der Arbeitgeber als Beklagter

- müssen dem Gericht die notwendigen Tatsachen liefern. Dieses Liefern bedeutet

- entscheidungsrelevante Fakten vortragen und
- einen Sachverhalt darlegen.

In einem Zivilprozess hat im Regelfall

- der Kläger die Tatsachen zu behaupten und darzulegen, die er braucht, um eine Stattgabe der Klage zu erreichen,
- der Beklagte die Tatsachen zu behaupten und darzulegen, die er braucht, um eine Abweisung der Klage zu erreichen.

Da jede Partei Fakten liefern muss, haben beide eine Darlegungslast - wenn auch für unterschiedliche Tatsachen.

Praxistipp:

Ein Arbeitgeber kann den Kündigungsschutzprozess allein deswegen verlieren, weil er nicht die richtigen Tatsachen vorträgt oder vortragen kann. Wer bei seiner betriebsbedingten Kündigung beispielsweise nur einen Umsatzrückgang behauptet aber nicht darlegt, wie sich dieser Umsatzrückgang ganz konkret auf das Arbeitsverhältnis des gekündigten Mitarbeiters auswirkt, bekommt seine betriebsbedingte Kündigung nicht durch und verliert den Rechtsstreit.

Für die **Beweisaufnahme** in einem Kündigungsschutzprozess gelten über § 46 Abs. 1 Satz 1 ArbGG die Vorschriften der Zivilprozessordnung, die §§ 371 ff. ZPO . Eine Sonderregelung für das arbeitsgerichtliche Verfahren steht in § 58 ArbGG :

- Die Beweisaufnahme erfolgt vor der Kammer, wenn sie an der Gerichtsstelle möglich ist (§ 58 Abs. 1 Satz 1 ArbGG). Sie kann nach Maßgabe des § 58 Abs. 1 Satz 2 ArbGG auf den Vorsitzenden

übertragen werden.

- Zeugen und Sachverständige werden nur beeidigt, wenn die Kammer die Beeidigung im Hinblick auf die Bedeutung des Zeugnisses für die Entscheidung des Rechtsstreits für notwendig erachtet, § 58 Abs. 2 Satz 1 ArbGG

3. Kündigungsschutz- und zivilprozessrechtliche Anforderungen

Der erfolgreiche Kündigungsschutzprozess hängt nicht nur oder immer von rechtlichen Bedingungen ab. Viel wichtiger ist der **Sachverhalt**, über den das Arbeitsgericht zu entscheiden hat. Dieser Sachverhalt setzt sich aus

- offenkundigen,
- gerichtsbekanntem
- unstreitigen und
- streitigen

Tatsachen zusammen. Für die Beantwortung der Frage, wer welche Tatsachen darlegen muss und für wen sich die Nichterweisbarkeit dieser Tatsache auswirkt, gibt es unterschiedliche Kündigungsschutz- und zivilprozessrechtliche Anforderungen.

3.1 Bedeutung der Darlegungs- und Beweislast

In einem Kündigungsschutzprozess kommt es vielfach darauf an, dass die Parteien

- bestimmte Tatsachen behaupten,
- unter Beweis stellen und
- schließlich auch bewiesen bekommen,
- wenn der Gegner sie bestreitet.

Insoweit besteht eine **prozessuale Darlegungs- und Beweislast**:

- Darlegungslast bedeutet, dass derjenige, der für das Untermauern seiner Rechtsposition bestimmte Tatsachen benötigt, diese Tatsachen im Prozess behaupten (= darlegen) muss, und den Prozess verliert, wenn er das nicht tut.
- Beweislast bedeutet, dass derjenige, der für das Untermauern seiner Rechtsposition bestimmte Tatsachen benötigt, diese Tatsachen unter Beweis stellen muss und den Prozess verliert, wenn er das
 - ◆ entweder nicht tut
 - ◆ oder getan hat, aber die für ihn günstigen Tatsachen nicht bewiesen bekommt.

Grundlegende Bestimmung für die prozessuale Darlegungs- und Beweislast ist § 138 ZPO : Danach

- müssen die Parteien ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abgeben (§ 138 Abs. 1 ZPO),
- hat sich jede Partei über die vom Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären (§ 138 Abs. 2 ZPO),
- sind Tatsachen als unstreitig anzusehen, wenn sie nicht ausdrücklich bestritten werden - es sei denn, die Absicht, sie bestreiten zu wollen, geht aus den übrigen Erklärungen der Partei hervor (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Im Prinzip trägt immer diejenige Partei die Darlegungs- und Beweislast, die sich auf eine für sie positive Tatsache beruft.

3.2 Beweismöglichkeiten

Ein Kündigungsschutzprozess lebt vom

- Behaupten und

- Bestreiten

von Tatsachen. Behauptet der Arbeitnehmer beispielsweise, es seien mehr als zehn Arbeitnehmer i.S.d. § 23 Abs. 1 KSchG im Arbeitgeberbetrieb beschäftigt, dann muss der Arbeitgeber diese Behauptung bestreiten, wenn sie nicht stimmt. Tut er das nicht, gilt die Arbeitnehmerbehauptung nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden - auch wenn der Arbeitgeber in Wirklichkeit gar keine zehn Arbeitnehmer i.S.d. § 23 Abs. 1 KSchG beschäftigt. Die beweisbelastete Partei hat nach der ZPO folgende Mittel, ihre vom Gegner bestrittenen Tatsachen unter Beweis zu stellen:

- Beweis durch Augenschein, §§ 371 ff. ZPO
- Beweis durch Zeugen, §§ 373 ff. ZPO
- Beweis durch Sachverständige, §§ 402 ff. ZPO
- Beweis durch Urkunden, §§ 415 ff. ZPO
- Beweis durch Parteivernehmung, §§ 445 ff. ZPO

Kann die **beweisbelastete Partei** ihren Beweis nicht bringen, verliert sie den Kündigungsschutzprozess. Und dabei ist es gleichgültig, ob die behauptete Tatsache wirklich vorliegt oder nicht. Der Prozess geht allein deswegen verloren, weil die beweisbelastete Partei eine für sie günstige und vom Gegner bestrittene Tatsache nicht bewiesen bekommt. Das wiederum führt zu dem Schluss, dass der Prozessgegner - natürlich in rechtlich zulässiger Weise - möglichst alles bestreiten soll, was die andere Partei zu ihren Gunsten vorträgt.

Praxistipp:

Es gibt sogar Fälle, in denen ein Bestreiten mit Nichtwissen zulässig ist. Das ist immer dann der Fall, wenn die Tatsachen, die mit Nichtwissen bestritten werden, "weder eigene Handlung der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind" (§ 138 Abs. 4 ZPO).

Das Gericht darf vom Grundsatz her keiner Partei einfach glauben. Sind Tatsachen streitig, muss das Gericht die angebotenen Beweise erheben. Eine Ausnahme gilt für offenkundige Tatsachen. Sie bedürfen keines Beweises (§ 291 ZPO). Ansonsten hat das Gericht

"unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei" (§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Stellt das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, ist - wenn das Gesetz nichts anderes vorschreibt - nur der Beweis des Gegenteils zulässig (§ 292 Satz 1 ZPO).

3.3 Gesetzliche Beweislastregeln

Eine Kündigung muss im Anwendungsbereich des KSchG sozial gerechtfertigt, das heißt

- betriebs- ,
- personen- oder
- verhaltensbedingt

sein (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG). Nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG hat der Arbeitgeber die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen. Er trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass tatsächlich betriebs-, personen- und/oder verhaltensbedingte Gründe da sind, die seine Kündigung sozial rechtfertigen (= **gesetzliche Darlegungs- und Beweislastregel** zu Lasten des Arbeitgebers).

Praxistipp:

Viele Kündigungsschutzprozesse gehen für Arbeitgeber verloren, weil sie ihre Darlegungs- und Beweislast aus § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG nicht erfüllen können. Es sollte daher von Anfang an großen Wert auf die Sammlung und Dokumentation der Fakten gelegt werden, mit denen die kündigungsrelevanten Tatsachen bewiesen werden sollen. U.a.: Abmahnungen, Adressen,

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, Aussagen von Kunden und Mitarbeitern, Fotos, Kopien, Protokolle, Quittungen, Rechnungen, Urkunden, Videos, Zeugenaussagen u.v.m.

Eine betriebsbedingte Kündigung ist nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber die dort aufgezählten sozialen Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Nach § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG hat der Arbeitnehmer die Tatsachen zu beweisen, die seine Kündigung wegen Fehlern bei der Sozialauswahl als sozial ungerechtfertigt erscheinen lassen (= gesetzliche Darlegungs- und Beweislastregel zu Lasten des Arbeitnehmers). Die Darlegungs- und Beweislast für eine falsche Sozialauswahl trägt nach § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG der Arbeitnehmer (BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 271/12).

Praxistipp:

Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, die Gründe, die zur getroffenen Sozialauswahl geführt haben, in sein Kündigungsschreiben aufzunehmen. Der Arbeitnehmer kennt sie daher in der Regel auch nicht. § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KSchG gibt ihm allerdings das Recht, vom Arbeitgeber zu verlangen, ihm diese Gründe anzugeben.

Haben Arbeitgeber und Betriebsrat zu kündigende Mitarbeiter im Fall einer **Betriebsänderung** nach § 111 BetrVG namentlich bezeichnet, so wird nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG vermutet, "dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse i.S.d. Abs. 2 bedingt ist." Da § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG die Vermutung nicht unangreifbar macht, kann der Arbeitnehmer diese Vermutung durch den Beweis des Gegenteils nach § 292 Satz 1 ZPO widerlegen.

Greift das KSchG - und dort insbesondere § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG nicht - nicht, gelten die allgemeinen Beweislastregeln des Zivilrechts - wenn es keine speziellen Vorschriften in anderen Gesetzen gibt.

Eine Besonderheit gilt für Fälle mit AGG-Berührung: Beweist der Arbeitnehmer im Streitfall Indizien, die seine Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Merkmale vermuten lassen, hat der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen AGG-Bestimmungen vorgelegen hat (§ 22 AGG).

3.4 Abgestufte Darlegungs- und Beweislast

In Kündigungsschutzprozessen gilt eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast. Das heißt für die **Kündigungstatsachen:**

- Der Arbeitgeber muss auf Stufe 1 zunächst die Tatsachen vortragen, die seine Kündigung bedingen.
- Bestreitet der Arbeitnehmer diese Tatsachen nicht, gelten sie nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.
- Bestreitet der Arbeitnehmer die Tatsachen, muss der Arbeitgeber sie auf Stufe 2 substantiiert und unter Beweisantritt darlegen
- Legt der Arbeitgeber die Tatsachen nicht substantiiert und unter Beweisantritt dar, scheidet er mit seiner Kündigung.
- Legt der Arbeitgeber die Tatsachen substantiiert und unter Beweisantritt dar, muss das Gericht die angebotenen Beweise erheben.

In diesem Fall scheidet der Arbeitgeber erst, wenn er die behaupteten und dargelegten **Tatsachen nicht bewiesen** bekommt.

Beim **Fehlen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** als Kündigungsgrund sieht es nach BAG, 29.08.2013 - 2 AZR 721/12 - so aus:

- Stufe 1: Der Arbeitgeber behauptet, er habe für den gekündigten Arbeitnehmer keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit mehr. Der Arbeitnehmer bestreitet nur den Wegfall seines Arbeitsplatzes. Dann genügt der Vortrag des Arbeitgebers, dass eine Weiterbeschäftigung zu den gleichen Bedingungen wegen der betrieblichen Notwendigkeiten nicht möglich sei.

- Stufe 2: Der Arbeitnehmer macht geltend, dass eine Beschäftigung an anderer Stelle möglich sei. Nun ist es seine Aufgabe, darzulegen, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt.
- Stufe 3: Hat der Arbeitnehmer dargelegt, wie er sich seine anderweitige Beschäftigung im Betrieb des Arbeitgebers vorstellt, ist der Arbeitgeber aufgefordert, zu erläutern, aus welchen Gründen so eine Beschäftigung nicht möglich ist.

Das ändert nichts an dem Ergebnis: Der **Arbeitgeber** bleibt nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG für das Fehlen einer anderweitigen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit **darlegungs- und beweispflichtig** (BAG, 29.08.2013 - 2 AZR 721/12).

Bei einer personenbedingten **Kündigung wegen Alkohol** sieht es nach BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 565/12 - so aus:

- Der Arbeitgeber trägt auf Stufe 1 vor, dass die Prognose für den wiederholt alkoholauffälligen Arbeitnehmer negativ ist.
- Auf Stufe 2 ist es dann Sache des Mitarbeiters, Tatsachen zu behaupten, mit denen die negative Prognose des Arbeitgebers angezweifelt werden kann.

Zeigt der gekündigte Arbeitnehmer im Rahmen der ihn nach § 138 Abs. 2 ZPO treffenden abgestuften Darlegungslast keine Umstände auf, die geeignet sind, die Indizwirkung seiner alkoholbedingten Ausfälle zu entkräften, wirkt sich das für ihn nachteilig aus (BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 565/12).

4. Praktische Auswirkungen

Wer als Arbeitgeber einen Kündigungsschutzprozess gewinnen möchte, muss nicht nur Recht haben. Er muss auch Recht bekommen. Mit das Schlimmste, was ihm passieren kann, sind zum Prozessverlust führende hausgemachte Fehler. Sie können bei Beachten der nachfolgenden Gliederungspunkten ganz einfach vermieden werden.

4.1 Kündigung ohne Tatsachen

Kündigt der Arbeitgeber einen Mitarbeiter betriebs-, personen- oder verhaltensbedingt, muss er im Kündigungsschutzprozess die **Tatsachen darlegen und unter Beweis stellen**, mit den er die Kündigung seines Mitarbeiters sozial rechtfertigen will.

Beispiel:

Arbeitgeber A kündigt Mitarbeiter M, weil er dessen "Gesicht einfach nicht mehr sehen kann", wie man so sagt. Kündigungsrelevante Tatsachen, die eine erfolgreiche betriebs-, personen- oder verhaltensbedingte Beendigung des Arbeitsverhältnisses sozial rechtfertigen können, gibt es nicht. Mitarbeiter M erhebt eine Kündigungsschutzklage und bestreitet die soziale Rechtfertigung seiner Kündigung. Arbeitgeber A kann keine Tatsachen vortragen, die seine Kündigung rechtlich stützen. Folge: Er verliert den Kündigungsschutzprozess.

Praxistipp:

Das Sammeln von Kündigungstatsachen fängt nicht erst in dem Zeitpunkt an, in dem der Arbeitgeber die Kündigungsschutzklage zugestellt bekommt. Das Sammeln von Kündigungstatsachen fängt in dem Zeitpunkt an, in dem der Arbeitgeber zum ersten Mal daran denkt, sich von einem Mitarbeiter zu trennen.

Eine Kündigung, für die es keine KSchG-relevanten Tatsachen gibt, ist von vornherein zum Scheitern verurteilt.

4.2 Fehlerhafter Tatsachenvortrag

Das KSchG sagt dem Arbeitgeber nicht, welche Tatsachen er für eine erfolgreiche Kündigung braucht. Die Rechtsprechung hat die Anforderungen, die an eine erfolgreiche Kündigung zu stellen sind, im Lauf der Jahrzehnte mehr und mehr verfeinert. Wer die arbeitsrechtlichen Vorgaben in seinem Tatsachenvortrag nicht

Punkt für Punkt abarbeitet und bedient, wird als Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess scheitern.

Beispiel:

Arbeitgeber A kündigt Mitarbeiter M aus personenbedingten Gründen wegen Krankheit. Er trägt als Klageerwiderung M's Krankheitszeiten, die betrieblichen Auswirkungen seiner Arbeitsausfälle und die durch Entgeltfortzahlung verursachen Kosten vor. M erwidert, dass er bald wieder gesund und seine Kündigung aus diesem Grund sozial nicht gerechtfertigt sei. A trägt keine Tatsachen vor, die bei M den Schluss auf eine negative Gesundheitsprognose zulassen. Das Arbeitsgericht wird M's Kündigungsschutzklage stattgeben. Es geht zu seinen Gunsten davon aus, dass er bald wieder gesund ist.

Praxistipp:

In vielen Urteilen steht der Satz "Dazu hat der Beklagte jedoch nichts vorgetragen." Das ist ein deutlicher Hinweis darauf, dass der Tatsachenvortrag des Arbeitgebers in diesem Punkt lückenhaft wahr - und das streitentscheidend. Auch wenn sich die Parteien vor dem Arbeitsgericht selbst vertreten können: es ist immer besser, die Prozessführung einem erfahrenen Fachanwalt für Arbeitsrecht zu überlassen. Dadurch ist u.a. sichergestellt, dass nichts vergessen wird.

Die Arbeitsrichter kennen die Anforderungen, die an eine erfolgreiche Kündigung gestellt werden. Finden sie **Lücken im Tatsachenvortrag**, kann das grundsätzlich zweierlei bedeuten:

- der Arbeitgeber bzw. sein Prozessvertreter haben einfach nur vergessen, die erforderlichen Tatsachen vorzutragen, oder
- es gibt die Tatsachen, die für das erfolgreiche Abschneiden im Kündigungsschutzprozess notwendig sind, gar nicht.

Der erste Punkt kann vielleicht noch durch einen entsprechenden richterlichen Hinweis behoben werden. Der zweite Punkt führt zum Prozessverlust. Das Arbeitsgericht muss davon ausgehen, dass die Kündigung unbegründet ist - und wird der Klage des gekündigten Mitarbeiters folgerichtig stattgeben.

Die von einer Prozesspartei behauptete Tatsache zeichnet sich dadurch aus, dass

1. die Überprüfung ihrer Richtigkeit
2. mit den Mitteln des Beweises

erfolgen kann (BAG, 31.07.2014 - 2 AZR 434/13). So ist eine Behauptung falsch,

1. wenn sie bezüglich ihres Tatsachengehalts **nicht der Wahrheit entspricht**,
2. die Wirklichkeit also nicht zutreffend wiedergibt (BAG, 31.07.2014 - 2 AZR 434/13).

Bei einer falschen Behauptung stimmt der Inhalt der Aussage nicht mit der objektiven Sachlage überein. Selbst nicht Gesagtes kann eine falsche Angabe sein, sagt das BAG (BAG, 31.07.2014 - 2 AZR 434/13):

"Auch das Verschweigen von Tatsachen macht eine Behauptung falsch, wenn die spezifische Unvollständigkeit nicht offenbart, sondern die Aussage als vollständige ausgegeben wird und dadurch ihr Gegenstand in einem falschen Licht erscheint."

Bei der Bewertung einer Tatsachenerklärung - und das gilt auch für die Äußerung von Werturteilen - muss immer berücksichtigt werden, in welchem Kontext sie zu sehen sind. Sie dürfen nicht aus dem Zusammenhang gerissen werden. Dabei unterliegt die jeweilige, vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Einstufung der vollen Kontrolle durch das Revisionsgericht (BAG, 31.07.2014 - 2 AZR 434/13).

4.3 Bestreiten und Erwidern

Der Kündigungsschutzprozess lebt von

- Vortrag und
- Gegenvortrag.

Das Kündigungsschutzverfahren verlangt, dass

- der Arbeitnehmer zunächst eine schlüssige Klage erhebt und
- der Arbeitgeber dann auf diese Klage erwidert - und zwar so, dass das Arbeitsgericht davon ausgehen kann, dass die Kündigung sozial gerechtfertigt wäre, wenn der Sachvortrag des Arbeitgebers der richtigere ist.

Nach § 138 ZPO sind die Parteien jeweils verpflichtet, auf den Vortrag der anderen zu erwidern. Wer eine Tatsachenbehauptung des Gegners nicht gegen sich gelten lassen will, muss sie daher bestreiten. Macht er das nicht, verliert er den Prozess.

Beispiel:

Arbeitgeber A kündigt Mitarbeiter M verhaltensbedingt, weil der am 23.03. im Außendienst trotz einschlägiger Abmahnung wieder einen Kunden beleidigt haben soll. M verteidigt sich mit der Tatsachenbehauptung: "Ich war am 23.03. gar nicht im Einsatz. Ich hatte Urlaub. Das muss ein Kollege gewesen sein. Ich war definitiv nicht unterwegs."

Stimmt M's Behauptung, verliert A den Kündigungsschutzprozess. Dann hat seine verhaltensbedingte Kündigung keine Tatsachengrundlage. M konnte am 23.03. überhaupt keinen Kunden beleidigen - er war ja nicht im Dienst. Bestreitet A die Behauptung des M nicht, gilt diese Behauptung nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden. Auch in diesem Fall verliert A den Kündigungsrechtsstreit.

Praxistipp:

Wer seinen Kündigungsschutzprozess als Arbeitgeber erfolgreich führen will, muss sich intensiv mit dem Vortrag des Arbeitnehmers auseinandersetzen. Arbeitnehmerbehauptungen, die unstrittige Tatsachen betreffen, brauchen nicht bestritten zu werden. Behauptungen, die mit dem Rechtsstreit überhaupt nichts zu tun haben, ebenfalls nicht. Aber dort, wo sich die Arbeitnehmerbehauptungen nachteilig auf den Prozessverlauf auswirken, ist eine Erwidern, ein Bestreiten notwendig.

Auch wenn der Arbeitgeber bestreitet und richtig erwidert: Er kann den Kündigungsschutzprozess trotzdem verlieren. Das Arbeitsgericht muss für streitige Behauptungen, auf die es ankommt, die von den Parteien angebotenen Beweise erheben. Wird die vom Arbeitgeber behauptete und für ihn günstige Tatsache nicht bewiesen, heißt das für ihn: Prozessverlust. Da wirkt sich die Beweislast zu seinem Nachteil aus.

4.4 Der richtige Zeitpunkt

Der Kündigungsschutzprozess beginnt mit Einreichen der Kündigungsschutzklage. Die **Klage** wird dem Arbeitgeber mit der Ladung zum Gütertermin zugestellt - mindestens eine Woche vor dem Termin (§ 47 Abs. 1 ArbGG). In der Regel erfolgt mit der Zustellung keine Aufforderung an den Arbeitgeber, sich schriftlich auf die Klage zu äußern.

Ob es sinnvoll ist, gleich auf die Klage zu erwidern, ist eine Frage des Einzelfalls. Sieht man gute Chancen für eine einvernehmliche Regelung im Gütertermin, ist es möglicherweise falsch, schon frühzeitig auf den Sachvortrag des Arbeitnehmers zu erwidern:

- Wer mit möglichst wenig Einsatz ein möglichst gutes Ergebnis erzielen möchte, geht besser ohne schriftsätzlichen Vortrag in den Gütertermin und versucht, zu einem schnellen Ende des Kündigungsschutzprozesse via Vergleich zu kommen.
- Enthält der Sachvortrag des Arbeitnehmers falsche Tatsachenbehauptungen, sollten diese Unwahrheiten vor dem Gütertermin richtiggestellt werden (z.B. Sachvortrag zu Arbeitsentgelt, Beschäftigungsdauer, Betriebsgröße, Sozialdaten etc.).
- Läuft man Gefahr, mit eigenem Sachvortrag die **Chance für eine gütliche Einigung** zu verringern, weil man beispielsweise zu arbeitsvertraglichen Pflichtverletzungen oder zu einer verminderten

Leistungsfähigkeit des gekündigten Arbeitnehmers vortragen müsste, sollte man auch hier zurückhaltend sein, um die Auseinandersetzung nicht unnötig zu belasten.

- Formelle Punkte - wie Anhörung des Betriebsrats , Einhalten der Kündigungsfrist , Zugang der Kündigungserklärung - sollten ebenfalls vor dem Güetermin klargestellt sein.

Praxistipp:

Rechtlich hat es in der Regel keine Nachteile, wenn der Arbeitgeber zum Güetermin nicht auf die Klage erwidert. Fehlender Sachvortrag kann seine Verhandlungsposition bei Vergleichsverhandlungen allerdings auch schwächen. Je mehr streitentscheidende Punkte zu seinen Lasten offen sind, desto schwieriger wird es, Gericht und Gegner in der Güteverhandlung zum eigenen Vorteil zu überzeugen. Tatsächlich ist es also immer besser, die Fakten, die schon für die Güteverhandlung Bedeutung haben, bis dahin substantiiert unter Beweisantritt darzulegen.

Dem Güetermin folgt die streitige Verhandlung vor der Kammer. Erfahrungsgemäß liegen zwischen beiden Terminen etwa drei Monate. Der Kammervorsitzende hat die streitige Verhandlung so vorzubereiten, dass sie möglichst in einem Termin zu Ende geführt werden kann (§ 56 Abs. 1 Satz 1 ArbGG). Soweit es sachdienlich erscheint, soll er dazu

"den Parteien die Ergänzung oder Erläuterung ihrer vorbereitenden Schriftsätze (...) aufgeben, insbesondere eine Frist zur Erklärung über bestimmte klärungsbedürftige Punkte setzen" (§ 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ArbGG).

Zum **Kammertermin** muss schriftsätzlich vorgetragen und auf die Klage erwidert werden. Passiert das nicht, gilt:

- Angriffs- und
- Verteidigungsmittel,

die erst nach Ablauf einer nach § 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ArbGG gesetzten Frist vorgebracht werden, sind nur zuzulassen, wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts ihre Zulassung

- die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder
- wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt (§ 56 Abs. 2 Satz 11 ArbGG).

Die Parteien sind nach § 56 Abs. 2 Satz 2 ArbGG über die Folgen der Fristversäumnis zu belehren (§ 56 Abs. 2 Satz 2 ArbGG). Wer trotz Belehrung nicht oder nicht rechtzeitig vorträgt, läuft Gefahr, allein deswegen den Kündigungsschutzprozess zu verlieren. Und das hat bis ins Berufungsverfahren hineinreichende Konsequenzen:

- Hat das Arbeitsgericht Angriffs- und Verteidigungsmittel zu Recht zurückgewiesen, bleiben sie im Berufungsverfahren ausgeschlossen (§ 67 Abs. 1 ArbGG).
- Hat der Arbeitgeber im arbeitsgerichtlichen Verfahren neue Angriffs- und Verteidigungsmittel trotz Fristsetzung nach § 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ArbGG nicht vorgebracht, sind sie nur zuzulassen, "wenn nach der freien Überzeugung des Landesarbeitsgerichts ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt" (§ 67 Abs. 2 Satz 1 ArbGG).
- Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die erstinstanzlich
 - ◆ entgegen § 282 Abs. 1 ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht oder
 - ◆ entgegen § 282 Abs. 2 ZPO nicht rechtzeitig mitgeteilt worden sind,sind nur zuzulassen, wenn ihre Zulassung nach der freien Überzeugung des Berufungsgerichts die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn die Partei das Vorbringen im ersten Rechtszug nicht aus grober Nachlässigkeit unterlassen hatte (§ 67 Abs. 3 ArbGG).

§ 282 Abs. 1 ZPO verpflichtet die Parteien, in der mündlichen Verhandlung ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere

- Behauptungen,
- Bestreiten,
- Einwendungen,
- Einreden,
- Beweismittel und
- Beweiseinreden

so rechtzeitig vorzubringen, wie es nach der **Prozesslage** einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht. *"Anträge sowie Angriffs- und Verteidigungsmittel, auf die der Gegner voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, sind vor der mündlichen Verhandlung durch vorbereitenden Schriftsatz so zeitig mitzuteilen, dass der Gegner die erforderliche Erkundigung noch einzuziehen vermag"* (§ 282 Abs. 2 ZPO).

5. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

5.1 Abgelehnte Beweisaufnahme

Will eine Prozesspartei ihrer Darlegungslast genügen, muss sie **Tatsachen vortragen**, "die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person als entstanden erscheinen zu lassen." Wenn das prozessuale Vorbringen der Partei dann den rechtlichen **Anforderungen an einen substanziierten Sachvortrag** genügt, "kann der Vortrag weiterer Einzeltatsachen nicht verlangt werden" (dazu: BAG, 07.07.2015 - 10 AZR 416/14 ; BAG, 03.08.2005 - 10 AZR 585/04 u. BGH, 23.06.2016 - III ZR 308/15). Ist ein Parteivorbringen erheblich und wird es von der anderen Seite bestritten, darf eine Beweisaufnahme dazu bloß abgelehnt werden, "wenn die unter Beweis gestellte Tatsache so **ungenau bezeichnet** ist, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann oder wenn sie 'ins Blaue hinein' aufgestellt, mithin aus der Luft gegriffen ist, und sich somit als Rechtsmissbrauch darstellt" (BAG, 28.09.2016 - 7 AZR 377/14 - mit Hinweis auf BAG, 10.09.2014 - 10 AZR 959/13 u. BGH, 23.06.2016 - III ZR 308/15).

5.2 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 und 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) .

5.3 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 substanziiert 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).

5.4 AGG-widrige Benachteiligung - 1

In Benachteiligungsfällen wegen eines AGG-Merkmals greift die **Beweislastregel** des § 22 AGG . Der benachteiligte Arbeitnehmer braucht zunächst nur **Indizien für eine Benachteiligung** vorzutragen, die er - falls der Arbeitgeber sie bestreitet - natürlich beweisen muss. Die Indiztatsachen müssen keinen zwingenden Schluss auf eine Verknüpfung der Benachteiligung mit einem AGG-Merkmal erlauben - es genügt, wenn **nach der Lebenserfahrung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit** dafür besteht (Vermutungsregel). "Ist dies der Fall, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat." Nach § 286 Abs. 1 ZPO gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung - auch dann, "wenn nicht darüber zu entscheiden ist, ob eine Behauptung 'wahr' ist, sondern darüber, ob vorgetragene und gegebenenfalls bewiesene Tatsachen eine Behauptung ... [des Arbeitnehmers] als 'wahr' vermuten lassen" (BAG, 26.03.2015 - 2 AZR 237/14 - mit Hinweis auf BAG, 22.07.2010 - 8 AZR 1012/08).

5.5 AGG-widrige Benachteiligung - 2

"Besteht eine **Benachteiligungsvermutung**, trägt die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. Auch hierfür gilt § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO , allerdings mit dem **Beweismaß des so genannten Vollbeweises** ... [es folgt ein Hinweis auf BAG, 26.06.2014 - 8 AZR 547/13] . Bei einer **wegen des Alters** vermuteten Benachteiligung ist die Darlegung und ggf. der Beweis von Tatsachen erforderlich, aus denen sich ergibt, dass es ausschließlich andere Gründe waren als das Alter, die zu der weniger günstigen Behandlung geführt haben, und dass in dem Motivbündel das Alter keine Rolle gespielt hat" (BAG, 23.07.2015 - 6 AZR 457/14 - mit Hinweis auf BAG, 23.08.2012 - 8 AZR 285/11).

5.6 Allgemeine Begriffe

Die Parteien können im Kündigungsschutzprozess zum einen ganz **konkrete Tatsachen** behaupten. Zum anderen können sie aber auch bestimmte Tatsachen durch allgemein gebräuchliche, **einfache rechtliche Ausdrücke** in den Prozess einführen, "wenn diese den Teilnehmern des Rechtsverkehrs geläufig sind und das Vorliegen entsprechender tatsächlicher Umstände mit ihnen in Verbindung gebracht wird." Dabei ist allerdings zu beachten: Führt eine Partei so einen allgemeinen Begriff in den Rechtsstreit ein, löst auch das nach § 138 Abs. 2 ZPO eine **Erklärungspflicht des Gegners** aus. Gebraucht ein unterinstanzliches Gericht diesen allgemeinen Begriff ebenfalls, kann darin die "komprimierte Feststellung der mit ihm regelmäßig verbundenen Tatsachen i.S.v. § 559 Abs. 2 ZPO " zu sehen sein (BAG, 31.07.2014 - 2 AZR 422/13 - mit dem Hinweis, dass das Gericht auch in Fällen, in denen beide Parteien einem allgemeinen Begriff die gleiche Bedeutung beimessen, nicht an die Bewertung der Parteien gebunden ist).

5.7 Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit

Behauptet der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess, dass er für den gekündigten Arbeitnehmer keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit hat, ist er für die Tatsache "keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit" darlegungs- und beweispflichtig. Dabei gilt eine **abgestufte Darlegungs- und Beweislast**:

"Bestreitet der Arbeitnehmer lediglich den Wegfall seines bisherigen Arbeitsplatzes, genügt der Vortrag des Arbeitgebers, wegen der betrieblichen Notwendigkeiten sei eine Weiterbeschäftigung zu den gleichen Bedingungen nicht möglich. Will der Arbeitnehmer vorbringen, es sei eine Beschäftigung an anderer Stelle möglich, obliegt es ihm, darzulegen, wie er sich seine anderweitige Beschäftigung vorstellt. Erst daraufhin muss der Arbeitgeber eingehend erläutern, aus welchen Gründen eine Umsetzung nicht möglich war" (BAG, 25.10.2012 - 2 AZR 552/11).

5.8 Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

"1. Aufgrund der normativen **Vorgaben im Entgeltfortzahlungsgesetz** kommt einer ordnungsgemäß ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ein hoher Beweiswert zu. Der Arbeitgeber kann diesen daher nicht durch einfaches Bestreiten mit Nichtwissen erschüttern, sondern nur indem er Umstände vorträgt und im Bestreitensfall beweist, die **ernsthafte Zweifel an der Erkrankung** des Arbeitnehmers begründen. (...) 2. Ernsthafte Zweifel am Vorliegen einer Erkrankung können sich daraus ergeben, dass eine **am Folgetag der Eigenkündigung** des Arbeitnehmers ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung passgenau die nach der Kündigung noch verbleibende Dauer des Arbeitsverhältnisses abdeckt. Das gilt auch dann, wenn die gesamte Dauer der verbliebenen Kündigungsfrist durch eine Erst- und mehrere Folgebescheinigungen abgedeckt

werden" (ArbG Neumünster, 23.09.2022 - 1 Ca 20b/22 - im Anschluss an BAG, 08.09.2021- 5 AZR 149/21).

5.9 Auftragsrückgang

Bestreitet der Arbeitnehmer, dass ein dauerhafter Auftragsrückgang vorliegt, reicht es für den Arbeitgeber nicht aus, einfach nur auf auslaufende Verträge und das Fehlen von Anschlussverträgen zu verweisen. Er hat - so folgt es aus § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG - im Einzelnen anhand seiner Auftrags- und Personalplanung darzulegen und unter Beweis zu stellen, warum tatsächlich ein dauerhafter Auftragsrückgang vorliegt und nicht nur eine kurzfristige Abwärtsbewegung. Das führt dazu, dass er die Möglichkeit einer üblichen - "normalen" - Auftragsschwankung im Rahmen einer anzustellenden Prognose ausschließen muss. Dazu hat er den "nachhaltigen Rückgang des Arbeitsvolumens nachvollziehbar darzustellen" - und muss die einschlägigen Daten aus repräsentativen Referenzzeiträumen miteinander vergleichen (BAG, 20.02.2014 - 2 AZR 346/12).

5.10 Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung - 1

Will der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess einen wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung seines Mitarbeiters aus betrieblichen Gründen darlegen, muss er nicht bloß vortragen, dass eine Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers auf seinem bisherigen Arbeitsplatz - hier wegen seiner Organisationsentscheidung - nicht mehr möglich ist. Der Arbeitgeber muss zudem - und das von sich aus - darlegen, "dass überhaupt keine Möglichkeit besteht, das Arbeitsverhältnis - und sei es zu geänderten Bedingungen und nach entsprechender Umschulung - sinnvoll fortzusetzen [es folgt ein Hinweis auf BAG, 23.01.2014 - 2 AZR 372/13 u. BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 379/12] ." So reicht es für den Arbeitgeber hier - anders als bei einer ordentlichen Kündigung - nicht aus, lediglich vorzutragen, dass eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers wegen des entfallenen Arbeitsplatzes nicht mehr möglich ist und dann abzuwarten, bis der Arbeitnehmer seinem Vortrag widerspricht. "Das **Fehlen jeglicher Beschäftigungsmöglichkeit** zählt bei der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung zum 'wichtigen Grund'. Es ist deshalb ... primär vom Arbeitgeber darzulegen" (BAG, 26.03.2015 - 2 AZR 783/13) .

5.11 Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung - 2

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).

5.12 Berücksichtigung eines Strafurteils

Gerade in Kündigungsschutzprozessen, in denen es um eine außerordentliche oder verhaltensbedingte Kündigung wegen einer - angeblichen - Straftat geht, verlangen beide Parteien oft, die **Strafakten beizuziehen**, im Schuld oder Unschuld zu beweisen. Ist der auffällig gewordene Arbeitnehmer bereits **strafrechtlich verurteilt**, glaubt der Arbeitgeber damit zu punkten, dass er sich auf dieses Strafurteil beruft. Nur: Auch wenn sich ein Arbeitsrichter seine Überzeugung von bestimmten geschehenen Tatsachen mit Blick in ein Strafurteil bilden möchte, die in dem Strafurteil getroffenen Feststellungen sind für einen Zivilrichter **nicht bindend**. Sie können aber nach § 286 Abs. 1 ZPO - freie Beweiswürdigung - berücksichtigt werden. "Das Strafurteil ist, wenn eine Partei sich zu Beweis Zwecken darauf beruft, im Wege des Urkundsbeweises gemäß §§ 415 , 417 ZPO zu verwerten (BAG, 23.10.2014 - 2 AZR 865/13) ".

5.13 Beschäftigungsanspruch

Macht der Arbeitnehmer im (noch) bestehenden Arbeitsverhältnis seinen Beschäftigungsanspruch geltend und beruft sich der Arbeitgeber im Prozess auf das Überwiegen seines **Interesses an der Nichtbeschäftigung** des Arbeitnehmers, trägt Letzterer nach den allgemeinen Regeln für die Tatsachen, mit denen er das Überwiegen seines Interesses an der Nichtbeschäftigung untermauern will, die Darlegungs- und Beweislast. Dazu gehört es, dass er ganz konkret sagt, "in welchem Umfang und aufgrund welcher Maßnahmen die bisher vom Arbeitnehmer ausgeübten Tätigkeiten für diesen zukünftig entfallen" (s. dazu BAG, 16.05.2019 – 6 AZR 329/18 ; BAG, 22.10.2015 – 2 AZR 650/14 u. BAG, 24.05.2012 – 2 AZR 124/11). Dabei trifft den Arbeitgeber eine **gesteigerte Darlegungslast**, wenn die von ihm getroffene Organisationsentscheidung und der Abbau des vom Arbeitnehmer bisher besetzten Arbeitsplatzes praktisch deckungsgleich sind. Wie substantiiert der Arbeitgeber dann vorzutragen hat, ergibt sich aus der **Einlassung des Arbeitnehmers** (BAG, 15.06.2021 - 9 AZR 217/20 – mit Hinweis auf BAG, 31.07.2014 – 2 AZR 422/13).

5.14 Betriebliche KSchG-Voraussetzungen - 1

Die **Anwendbarkeit des KSchG** verlangt einen Betrieb mit mehr als zehn Mitarbeitern (§ 23 Abs. 1 KSchG). Die **Darlegungs- und Beweislast** für die betrieblichen KSchG-Voraussetzungen - spricht: die Betriebsgröße - hat der **Arbeitnehmer**. Hat er Probleme, dazu vorzutragen, weil er nicht über die entsprechenden Kenntnisse verfügt, greift die so genannte abgestufte Darlegungs- und Beweislast (BAG, 24.01.2013 - 2 AZR 140/12).

5.15 Betriebliche KSchG-Voraussetzungen - 2

Glaubt ein Arbeitnehmer, seine Kündigung sei sozial ungerechtfertigt (§ 1 Abs. 1 u. Abs. 2 KSchG), hat er mit einer **Kündigungsschutzklage** vor dem Arbeitsgericht nur dann Erfolg, wenn das KSchG auf sein Arbeitsverhältnis anwendbar ist. Der betriebliche KSchG-Anwendungsbereich wird in § 23 Abs. 1 KSchG festgelegt. Im Arbeitgeberbetrieb müssen also in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer (bis 31.12.2003: mehr als fünf) beschäftigt werden. Für die betrieblichen Geltungsvoraussetzungen des § 23 Abs. 1 KSchG trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast (BAG, 19.07.2016 - 2 AZR 468/15 - mit dem Hinweis, dass bei Schwierigkeiten des Arbeitnehmers in der Beweisführung, die sich aus fehlenden Kenntnismöglichkeiten ergeben, die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast (s. dazu auch BAG, 24.01.2013 - 2 AZR 140/12) anzuwenden sind).

5.16 Betriebliche KSchG-Voraussetzungen - 3

An die Darlegungslast des klagenden Arbeitnehmers **zur betrieblichen Organisation** des Arbeitgebers dürfen nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Grundsätzlich genügt es, wenn er "**die äußeren Umstände** schlüssig darlegt, die für die Annahme sprechen, dass die Betriebsstätte, in der er beschäftigt ist, über keinen eigenständigen Leitungsapparat verfügt, diese vielmehr zentral gelenkt wird." Ist ihm das gelungen, muss sich der Arbeitgeber dazu nach Maßgabe des § 138 Abs. 2 ZPO erklären und im Einzelnen darlegen, "welche rechtserheblichen **Umstände gegen die Annahme** eines einheitlichen Leitungsapparates für mehrere Betriebsstätten sprechen. Nach dem Prinzip der Sachnähe ist regelmäßig nur der Arbeitgeber in der Lage, nähere Auskunft über die betrieblichen Führungsstrukturen zu geben" (BAG, 02.03.2017 - 2 AZR 427/16 - mit Hinweis auf BAG, 15.03.2001 - 2 AZR 151/00).

5.17 Betriebsratsanhörung

Der Arbeitgeber eines BetrVG-Betriebs muss seinen Betriebsrat **vor der Kündigung** eines Arbeitnehmers anhören (§ 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG). Eine ohne Anhörung des Betriebsrats erklärte Kündigung ist unwirksam, § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG . Will der Arbeitnehmer seinen Kündigungsschutzprozess bereits mit formalen Arbeitgeberfehlern gewinnen, muss er sich auf diesen Unwirksamkeitsgrund berufen. Er muss darlegen und beweisen, dass § 102 BetrVG anzuwenden ist. Ist ihm das gelungen, "*trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine ordnungsgemäße Anhörung erfolgt ist*" (BAG, 24.05.2012 - 2 AZR 62/11).

5.18 Betriebsstilllegung

Der Arbeitgeber muss im Kündigungsschutzprozess darlegen und beweisen, dass seine Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist (§ 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG). Beruft er sich auf eine

Betriebsstilllegung , ist er - wenn der gekündigte Arbeitnehmer den Stilllegungsbeschluss im Zeitpunkt der Kündigung bestreitet - gehalten, " substanziiert darzulegen, dass und zu welchem Zeitpunkt er diejenigen organisatorischen Maßnahmen, die sich rechtlich als Betriebsstilllegung darstellen, geplant und beschlossen hat."

Zudem muss der Arbeitgeber substanziiert darlegen, dass die geplante(n) Maßnahme(n) im Kündigungszeitpunkt schon greifbare Formen angenommen hatten. "Der Umfang der Darlegungslast hängt dabei auch davon ab, wie sich der gekündigte Arbeitnehmer auf die vom Arbeitgeber gegebene Begründung der Kündigung einlässt (...). Trägt der gekündigte Arbeitnehmer beispielsweise Anhaltspunkte dafür vor, dass im Zeitpunkt der Kündigung eine Stilllegungsentscheidung nicht ernsthaft getroffen war, weil es Veräußerungsverhandlungen gegeben habe, und kommt es zu einer alsbaldigen Wiedereröffnung bzw. nahtlosen Fortsetzung durch einen Betriebserwerber, so trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Wiedereröffnung bzw. Veräußerung nicht bereits voraussehbar oder gar geplant war" (BAG, 16.02.2012 - 8 AZR 693/10).

5.19 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).

5.20 Beweisverwertungsverbot - 1

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 und 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 848/14 - 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).

5.21 Beweisverwertungsverbot - 2

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 Arbeitsgericht muss 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) prüfen, "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 und BVerfG, 15.12.1983 - 1 BvR 209/83 – in einem Fall, in dem der Arbeitgeber seinen angeblich erkrankten, aber trotzdem eine Kon-kurrenztätigkeit ausübenden Mitarbeiter, heimlich durch einen Detektiv überwachen ließ).

5.22 Beweiswürdigung

§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO sieht vor, dass das Gericht "unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden" hat, "ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei." Die nach § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB vom Berufungsgericht vorgenommene Beweiswürdigung kann das Revisionsgericht nur begrenzt überprüfen.

Das BAG kann also nur untersuchen, ob das LAG die Voraussetzungen und Grenzen des § 286 ZPO eingehalten und gewahrt hat. "Revisionsrechtlich von Bedeutung ist nur, ob es den gesamten Inhalt der Verhandlung berücksichtigt und alle erhobenen Beweise gewürdigt hat, ob diese Würdigung in sich widerspruchsfrei und ohne Verletzung von Denkgesetzen sowie allgemeinen Erfahrungssätzen erfolgt ist und ob sie rechtlich möglich ist" (BAG, 21.06.2012 - 2 AZR 694/11).

5.23 Darlegungserleichterung

Die unterlassene Durchführung des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX a.F. (= § 167 Abs. 1 SGB IX n.F.) führt auf Arbeitgeberseite grundsätzlich zu einer erweiterten Darlegungs- und Beweislast. Es gibt aber Ausnahmen: Das BAG billigt dem Arbeitgeber eine Darlegungserleichterung zu, wenn die **Zustimmung des Integrationsamts** zur ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung des schwerbehinderten Mitarbeiters nach § 85 SGB IX a.F. (= § 168 SGB IX n.F.) vorliegt (s. dazu BAG, 07.12.2006 - 2 AZR 182/06). Das **Verwaltungsverfahren** nach den §§ 85 ff. SGB IX a.F. (= §§ 168 ff. SGB IX n.F.) dient dazu, die **Rechte des Schwerbehinderten** zu prüfen. Das Integrationsamt wägt Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen miteinander ab. Seine Entscheidung ist über mehrere Instanzen nachprüfbar. Daher kann im Fall der Zustimmung zur Kündigung nur bei Vorliegen besonderer Umstände davon ausgegangen werden, "dass ein Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX a.F. die Kündigung hätte verhindern können" (BAG, 25.01.2018 - 2 AZR 382/17 - mit Hinweis auf BAG, 07.12.2006 - 2 AZR 182/06 u. BVerwG, 19.08.2013 - 5 B 47.13).

5.24 Eidesstattliche Versicherung

Die Parteien eines Arbeitsrechtsstreits können zur **Glaubhaftmachung** oder zum **Beweis einer Tatsache** auch eine eidesstattliche Versicherung abgeben. Dabei kann sich - soweit es die Angabe von Tatsachen betrifft - niemand auf sein Recht zur freien Meinungsäußerung berufen. Die Angabe falscher Tatsachen wird vom Grundgesetz nicht geschützt. Anders die **Angabe von Werturteilen**. Aber: Äußerungen, die ein Werturteil enthalten, können ebenso wie rechtliche Schlussfolgerungen oder die Wiedergabe subjektiver Einschätzungen nicht Gegenstand einer eidesstattlichen Versicherung sein: "Im Zivilprozess können lediglich tatsächliche Behauptungen durch Versicherung an Eides Statt glaubhaft gemacht werden" (BAG, 31.07.2014 - 2 AZR 434/13) .

5.25 Erklärungslast

Die Erklärungslast richtet sich gemäß § 138 Abs. 2 ZPO grundsätzlich nach dem **Vortrag der darlegungspflichtigen Partei** (s. dazu BGH, 04.04.2014 - V ZR 275/12). Steht die darlegungspflichtige

Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs und fehlt ihr die Kenntnis der maßgebenden Tatsachen (hier: Aushändigung eines Kündigungsschreibens durch Mitarbeiter einer JVA), kann etwas anderes gelten, wenn der Prozessgegner diese Kenntnis hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind (s. dazu BGH, 14.06.2005 - VI ZR 179/04). Dann kann vom **Prozessgegner** verlangt werden, dass er im Rahmen des Zumutbaren die behaupteten Tatsachen substantiiert bestreitet und ihr widersprechende Tatsachen und Umstände darlegt (s. dazu BGH, 17.01.2008 - III ZR 239/06). "Genügt er dem - ggf. nach richterlichem Hinweis gem. § 139 Abs. 2 ZPO - nicht, ist der gegnerische Vortrag gem. § 138 Abs. 3 ZPO als **zugestanden** anzusehen" (BAG, 24.05.2018 - 2 AZR 72/18)

5.26 Gebot fairer Verfahrensgestaltung

Aus Art. 20 Abs. 3 GG folgt das "Gebot fairer Verfahrensgestaltung". Ein gerichtliches Verfahren muss danach so angelegt werden, wie es die Parteien eines Zivilprozesses von einem Gericht erwarten dürfen. Das Gebot fairer Verfahrensgestaltung verbietet u.a. **widersprüchliche Verhaltensweisen** des Gerichts. Zudem darf ein Gericht nicht aus Fehlern, die es entweder selbst gemacht hat oder die ihm zuzurechnen sind, nachteilige Folgen herleiten. Schließlich ist es ganz allgemein zur **Rücksichtnahme** gegenüber den Verfahrensbeteiligten in ihrer konkreten Situation verpflichtet (s. dazu BVerfG, 18.07.2013 - 1 BvR 1623/11). "Der **Zugang zu den Gerichten** und zu den Rechtsmittelinstanzen darf durch die Auslegung des Prozessrechts nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden" (BAG, 22.03.2018 - 8 AZR 779/16 - mit Hinweis auf BVerfG, 26.07.2007 - 1 BvR 602/07).

5.27 Gemeinsamer Betrieb - 1

Behauptet der Arbeitnehmer, **im Kündigungszeitpunkt** habe ein gemeinsamer Betrieb vorgelegen, auf den das KSchG anwendbar sei, trägt er für diese Behauptung die Darlegungs- und Beweislast. Ihm kommen allerdings Erleichterungen zugute, weil er in der Regel keine Kenntnis von den Vereinbarungen hat, die die zum gemeinsamen Betrieb verbundenen Unternehmen getroffen haben. Insoweit genügt der Arbeitnehmer seiner Darlegungslast auf Stufe 1, wenn er äußere Umstände aufzeigt, die für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes sprechen. "Darauf hat der Arbeitgeber nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen zu erwidern und darzulegen, welche rechtserheblichen Umstände gegen die Annahme eines einheitlichen Betriebs sprechen" (BAG, 24.10.2013 - 2 AZR 1057/12).

5.28 Gemeinsamer Betrieb - 2

Behauptet der gekündigte Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess, im Zeitpunkt der Kündigung habe ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen vorgelegen, trägt er für diese Tatsache die Darlegungs- und Beweislast (s. dazu auch BAG, 24.10.2013 – 2 AZR 1057/12 u. BAG, 24.05.2012 – 2 AZR 62/11). Da er von den zwischen den beteiligten Unternehmen getroffenen vertraglichen Absprachen in der Regel **kaum oder keine Kenntnis** hat, können ihm **Beweiserleichterungen** zugutekommen. So muss er im ersten Schritt nur Umstände aufzeigen, die dafür sprechen, dass sich mehrere Unternehmen auf die gemeinsame Führung eines Betriebs unter einheitlichem Leitungsapparat verständigt haben. Danach hat der Arbeitgeber darauf gem. § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen zu erwidern und – ggf. unter Beweisanspruch – darzulegen, **wegen welcher rechtserheblicher Umstände** hier nicht von einem gemeinsamen Betrieb ausgegangen werden kann (BAG, 20.05.2021 – 2 AZR 560/20) .

5.29 Indiztatsachen - 1

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).

5.30 Indiztatsachen - 2

"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).

5.31 Innere Tatsachen - 1

Die Motive, die einen Arbeitgeber zu einem Tun oder Unterlassen bestimmt haben, sind so genannte innere Tatsachen. Das bedeutet, dass der klagende Arbeitnehmer für das Vorhandensein dieser Tatsachen mit Ausnahme des Antrags auf Parteivernehmung nach § 445 Abs. 1 ZPO keinen unmittelbaren Beweis antreten kann. Er ist bei der Darlegung und beim Beweisantritt auf die Beweisführung durch Hilfstatsachen - durch Indizien - angewiesen. Diese Indiztatsachen müssen den Schluss auf die zu beweisende Haupttatsache zulassen. Will der Arbeitgeber die Hilfstatsachen nicht gegen sich gelten lassen, muss er sie bestreiten - oder von sich aus im Prozess Umstände vortragen, die geeignet sind, die Indizwirkung der von seinem Mitarbeiter dargelegten Hilfstatsachen zu entkräften (BAG, 25.06.2014 - 7 AZR 847/12).

5.32 Innere Tatsachen - 2

Der Arbeitgeber muss bei einer **Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse** spätestens im Zeitpunkt der Kündigung eine unternehmerische Organisationsentscheidung getroffen haben, deren Durchführung im Ergebnis zum **Fortfall eines Arbeitsplatzes** führt. Bestreitet der klagende Arbeitnehmer die unternehmerische Entscheidung, ist der Arbeitgeber gehalten, die näheren tatsächlichen Einzelheiten darzulegen, "aus denen unmittelbar oder mittelbar geschlossen werden kann, er habe die entsprechende Absicht bereits im Kündigungszeitpunkt endgültig gehabt." Absicht ist ein innerer Zustand, eine innere Tatsache. Ob ein innere Tatsache wirklich vorliegt oder vorgelegen hat, davon muss sich das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung nach § 286 ZPO überzeugen. Hat sich die innere Tatsache bereits irgendwie **nach außen gezeigt**, muss das Gericht unter Umständen über die entsprechenden Indiztatsachen Beweis erheben. "Fehlt es an einer entsprechenden Offenbarung der unternehmerischen Entscheidung, wird es auf die genaue Darlegung des inneren Willensbildungsprozesses der betreffenden Person, die Schlüssigkeit ihrer Angaben und ihre Glaubwürdigkeit ankommen" (BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 512/13 - mit Hinweis auf BAG, 31.07.2014 - 2 AZR 422/13).

5.33 Innere Tatsachen - 3

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 vorgetragenen 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).

5.34 Insolvenz-Kündigung

Der Arbeitnehmer hat nach § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, die die **Sozialauswahl** fehlerhaft machen. Der Arbeitgeber muss seinem Mitarbeiter allerdings auch bei einer Insolvenz-Kündigung in den Fällen des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO auf dessen Verlangen nach § 1 Abs. 3

Satz 1 Halbs. 2 KSchG die Gründe mitteilen, die zur Sozialauswahl geführt haben. Daraus resultiert eine abgestufte Darlegungslast: Wenn der Arbeitnehmer es verlangt, muss der Arbeitgeber im Prozess substantiiert die Gründe, die ihn zur Sozialauswahl veranlasst haben, vortragen. "Erst nach Erfüllung der Auskunftspflicht trägt der Arbeitnehmer die volle Darlegungslast für die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl" (BAG, 19.12.2013 - 6 AZR 790/12).

5.35 Negative Auswirkungen

Die Frage, ob und wie sich Kündigungen auf die Altersstruktur eines Betriebs auswirken, welche Nachteile sich für Arbeitgeber/Betrieb daraus ergeben und ob diese Nachteile geeignet sind, von den Vorgaben des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG abweichende Lösungen zu rechtfertigen, kann nicht abstrakt für alle möglichen Fälle beantwortet werden. Es kommt auf die individuellen **betrieblichen Verhältnissen** an. Im Kündigungsschutzprozess muss der Arbeitgeber daher die Auswirkungen und möglichen Nachteile konkret darlegen, will er sich wegen der Sicherung seiner Personalstruktur auf § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG berufen (s. dazu BAG 19.12.2013 - 6 AZR 790/12 u. BAG, 15.12.2011 - 2 AZR 42/10). "Zumindest dann, wenn ... die **Anzahl der Entlassungen** innerhalb der Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer im Verhältnis zur Anzahl aller Arbeitnehmer des Betriebs die Schwellenwerte des § 17 KSchG erreicht, kommen .. [dem Arbeitgeber] dabei Erleichterungen zugute; ein berechtigtes betriebliches Interesse an der Beibehaltung der Altersstruktur wird unter dieser Voraussetzung - widerlegbar - indiziert" (BAG, 26.03.2015 - 2 AZR 478/13 - mit Hinweis auf BAG, 24.10.2013 - 6 AZR 854/11 u. BAG, 19.07.2012 - 2 AZR 352/11).

5.36 Organisationsentscheidung/Kündigungsentschluss

Die Gestaltung von Arbeitsplatz-Anforderungsprofilen unterliegt grundsätzlich der freien Unternehmerentscheidung . So ist das Bestreben des Arbeitgebers, bestimmte Tätigkeiten - nach Möglichkeit - von Arbeitnehmern mit einer bestimmten **Qualifikation** ausführen zu lassen, in der Regel nicht in Frage zu stellen. Arbeitsgerichte können die Unternehmerentscheidung daher bloß auf **Willkür und offenbare Unrichtigkeiten** hin überprüfen (s. dazu BAG, 22.10.2015 - 2 AZR 582/14 u. BAG, 18.03.2010 - 2 AZR 337/08). Aber: Deckt sich die arbeitgeberseitige Organisationsentscheidung praktisch mit seinem Kündigungsentschluss, "weil der Arbeitnehmer dem neuen Anforderungsprofil nicht genügt, kann die generelle **Vermutung**, dass eine unternehmerische Entscheidung auf sachlichen Gründen beruht, nicht unbesehen greifen." Der Arbeitgeber kann in diesem Fall nicht auf seine unternehmerische Entscheidungsfreiheit pochen.

Bei **Deckungsgleichheit von Organisationsentscheidung und Kündigungsentschluss** muss der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess konkret darlegen, "wie seine Entscheidung sich auf die tatsächlichen Möglichkeiten, die Arbeitnehmer einzusetzen, auswirkt und in welchem Umfang durch sie ein **konkreter Änderungsbedarf** entstanden ist" (s. dazu BAG, 18.03.2010 - 2 AZR 337/08). Dazu gehört es auch, im Einzelnen den betrieblichen Anlass für die Neubestimmung des Anforderungsprofils darzulegen. "Die Entscheidung zur (neuen) Stellenprofilierung muss im Zusammenhang mit einer organisatorischen Maßnahme - ggf. im Zusammenhang mit einer **Neuausrichtung der Geschäftstätigkeit** - stehen, nach deren Durchführung sich die bisherigen Anforderungen an den Stelleninhaber ändern" (s. dazu BAG, 18.03.2010 - 2 AZR 337/08 u. BAG, 10.07.2008 - 2 AZR 1111/06). Die geänderte Anforderung an die Qualifikation des Stelleninhabers darf nicht bloß eine wünschenswerte Voraussetzung für die Ausführung der Tätigkeit sein, es muss sich "um ein nachvollziehbares, arbeitsplatzbezogenes Kriterium für die Stellenprofilierung handeln" (BAG, 02.03.2017 - 2 AZR 546/16 - mit Hinweis auf BAG, 10.07.2008 - 2 AZR 1111/06 u. BAG, 07.07.2005 - 2 AZR 399/04).

5.37 Personenbedingte Kündigung (Krankheit)

Besteht keine Verpflichtung zur Durchführung eines BEM , kann sich der Arbeitgeber - der nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG auch für die Verhältnismäßigkeit seiner Kündigung die Darlegungs- und Beweislast hat - zunächst auf die Behauptung beschränken, es gebe für den gekündigten keine alternative Beschäftigungsmöglichkeit. Dabei umfasst diese pauschale Erklärung auch die Behauptung, es bestehe keine Möglichkeit, den Arbeitsplatz des Mitarbeiters leidensgerecht anzupassen. Nach diesem Vortrag ist der Arbeitnehmer verpflichtet, vorzutragen und darzulegen, wie er sich eine Änderung seines bisherigen Arbeitsplatzes oder eine anderweitige Beschäftigung, zu der er trotz seiner gesundheitlichen Einschränkung noch in der Lage ist, vorstellt. Danach ist der Arbeitgeber wieder dran: Er muss sagen und darlegen, warum

die vom Arbeitnehmer gewünschte Beschäftigung nicht in Frage kommt. "Entsprechend abgestuft ist die Darlegungslast des Arbeitgebers, wenn sich der Arbeitnehmer darauf beruft, die Kündigung sei deshalb unverhältnismäßig, weil eine dem Arbeitgeber bekannte, ihm gleichwohl nicht geboten erscheinende Therapiemöglichkeit bestanden habe" (BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 755/13).

5.38 Persönliche KSchG-Voraussetzungen

Soweit es die persönlichen KSchG-Voraussetzungen betrifft, ist der Arbeitnehmer dafür darlegungs- und beweispflichtig. Dazu gehört es auch, dass der gekündigte Arbeitnehmer darlegen muss, dass sein Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung mindestens sechs Monate bestanden hat - und das ohne Unterbrechung. Liegt eine Unterbrechung vor, hat der Arbeitnehmer die Umstände darzulegen (und bei Bestreiten des Arbeitgebers zu beweisen), aus denen sich der enge sachliche **Zusammenhang zwischen den beiden Beschäftigungszeiten** ergibt (BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 790/11).

5.39 Privatgutachten

Auch wenn es in dem hier angesprochenen Fall um Ansprüche aus einer betrieblichen Altersversorgung ging, die gerichtliche **Bewertung** eines Privatgutachtens als Beweismittel ist jedoch auch für einen Kündigungsschutzprozess zu beachten: "Bei der [vorgelegten] gutachtlichen Stellungnahme ... handelt es sich um ein Privatgutachten, welches **als Parteivortrag** zu werten ist und dem in Bezug auf die Richtigkeit der darin enthaltenen inhaltlichen Angaben **nicht unmittelbar die Kraft eines Beweismittels** i.S.d. §§ 355 ff. ZPO zukommt ... [es folgt ein Hinweis auf BAG, 18.09.2001 - 3 AZR 728/00 u. BGH 08.07.2009 - VIII ZR 314/07]. Die gutachtliche Stellungnahme begründet - für sich genommen - nach § 416 ZPO lediglich Beweis dafür, dass die beauftragten Wirtschaftsprüfer die im Gutachten enthaltenen Erklärungen auch abgegeben haben, nicht aber, dass die zugrunde gelegten Zahlen auch zutreffend sind" (BAG, 10.03.2015 - 3 AZR 56/14).

5.40 Rechtfertigungsgründe - 1

Hat der Arbeitgeber **verhaltensbedingt gekündigt**, trägt er im Kündigungsschutzprozess auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass keine Tatsachen vorliegen, die das Verhalten des Mitarbeiters rechtfertigen oder entschuldigen. Der **Umfang der Arbeitgeber-Darlegungslast** hängt jedoch davon ab, wie sich der gekündigte Arbeitnehmer auf den Tatsachenvortrag des Arbeitgebers einlässt. Der Arbeitgeber "*muss nicht jeden erdenklichen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund vorbeugend ausschließen*" (BAG, 03.11.2011 - 2 AZR 748/10).

5.41 Rechtfertigungsgründe - 2

"Der Arbeitgeber trägt im Kündigungsschutzprozess die Darlegungs- und Beweislast auch dafür, dass solche Tatsachen nicht vorgelegen haben, die das **Verhalten des Arbeitnehmers** gerechtfertigt oder entschuldigt erscheinen lassen. Der gebotene **Umfang der Darlegungen** hängt davon ab, wie sich der Arbeitnehmer auf den anfänglichen Vortrag des Arbeitgebers einlässt. Nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast darf sich der Arbeitgeber zunächst darauf beschränken, den objektiven **Tatbestand einer Arbeitspflichtverletzung** aufzuzeigen. Er muss nicht jeden erdenklichen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund vorbeugend ausschließen ... [es folgt ein Hinweis auf BAG, 03.11.2011 - 2 AZR 748/10 u. LAG Rheinland-Pfalz, 03.07.2014 - 5 Sa 27/14]. Vielmehr ist es regelmäßig Sache des Arbeitnehmers, einen solchen Grund ins Verfahren einzuführen" (BAG, 18.06.2015 - 2 AZR 256/14).

5.42 Rechtsmissbrauch

Auch wenn es in diesem Fall um den Rechtsmissbrauchseinwand gegen ein AGG-Entschädigungsverlangen ging, zeigt das BAG doch verallgemeinerungsfähige Rechtsgrundsätze auf (Anm. d. Verf.): Rechte oder Rechtsstellungen, die durch unredliches Verhalten erworben oder begründet wurden, sind nach § 242 BGB nicht schutzwürdig. Daher kann der **Ausnutzung** einer rechtsmissbräuchlich erworbenen Rechtsposition der **Einwand der unzulässigen Rechtsausübung** entgegenstehen (s. dazu BAG, 17.03.2016 - 8 AZR 677/14; BAG, 21.10.2014 - 3 AZR 866/12; BAG, 23.11.2006 - 8 AZR 349/06; BGH, 06.02.2002 - X ZR 215/00 u. BGH, 06.10.1971 - VIII ZR 165/69). "Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen, die den - rechtshindernden - Einwand des Rechtsmissbrauchs begründen, trägt **nach den**

allgemeinen Regeln der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast derjenige, der diesen Einwand geltend macht" (BAG, 25.10.2018 - 8 AZR 562/16 - mit Hinweis auf BAG, 18.06.2015 - 8 AZR 848/13 (A) ; BAG, 23.08.2012 - 8 AZR 285/11 u. BAG, 13.10.2011 - 8 AZR 608/10).

5.43 Revisionsrichterliche Überprüfung

Hat das Berufungsgericht seine Beweiswürdigung im Rahmen des § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO - "Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei" - vorgenommen, ist diese Beweiswürdigung revisionsrichterlich nur eingeschränkt überprüfbar. Das Revisionsgericht prüft nur, ob das Berufungsgericht von § 286 ZPO aufgestellten Voraussetzungen und gezogenen Grenzen beachtet hat. Die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts muss "in sich widerspruchsfrei, ohne Verletzung von Denkgesetzen sowie allgemeinen Erfahrungssätzen erfolgt und rechtlich möglich sein" (BAG, 19.11.2015 - 2 AZR 217/15 - mit Hinweis auf BAG, 23.10.2014 - 2 AZR 865/13 u. BAG, 08.05.2014 - 2 AZR 1005/12).

5.44 Sachverständigenbeweis

Der **Beweisantritt** beim Beweis durch Sachverständige verlangt nach § 403 ZPO die **Bezeichnung der Punkte**, die der Sachverständige begutachten soll. Zur Beweiserleichterung für die beweisbelastete Partei nimmt § 403 ZPO auf deren Informationsnot Rücksicht und verlangt keine wissenschaftliche und sachverständige **Substanziierung des Tatsachenvortrags**. "Es muss nur das Ergebnis mitgeteilt werden, zu dem der Sachverständige kommen soll, nicht der Weg, auf dem dies geschieht." Trotzdem gilt auch bei § 403 ZPO das Verbot des Ausforschungsbeweises bei unsubstanziertem Tatsachenvorbringen. Der Beweisführer muss daher so detailliert vortragen, dass die Sachfrage, die es aufzuklären gilt, zweifelsfrei abgrenzbar ist und der Sachverständige Art und Umfang der übertragenen Tätigkeit erkennen kann (BAG, 17.12.2014 - 5 AZR 663/13) .

5.45 Sachvortrag

Zur Wahrung ihrer Rechte darf eine Partei im Kündigungsschutzverfahren alles vortragen, was in diesem Verfahren als Umstand erheblich sein kann, um als rechts-, einwendungs- oder einredebegründender Umstand in Betracht zu kommen. Dabei darf ein Prozessbeteiligter auch "starke, eindringliche Ausdrücke und sinnfällige Schlagworte" verwenden, um damit seine Rechtsposition zu unterstreichen. Das gilt auch dann, wenn der Prozessbeteiligte seinen Standpunkt vorsichtiger hätte formulieren können. Dieser Grundsatz gilt solange, wie der Prozessbeteiligte "die Grenzen der Wahrheitspflicht einhält" (BAG, 08.05.2014 - 2 AZR 249/13).

5.46 Schriftform der Kündigung

Im Arbeitsgerichtsprozess muss die Partei, die Rechte aus einer Kündigung herleiten will, die für die Einhaltung der Schriftform der Kündigung i.S.d. §§ 623 , 126 Abs. 1 BGB sprechenden **Umstände** darlegen und beweisen. Das heißt für den Kündigungsschutzprozess: Der kündigende Arbeitgeber muss die Wahrung der Schriftform nach § 138 Abs. 1 ZPO substantiiert darlegen. Danach ist es Sache des Kündigungsempfängers Arbeitnehmer, sich nach § 138 Abs. 2 ZPO zu den vom Arbeitgeber behaupteten **Tatsachen** zu erklären. "Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 1 ZPO), Verhandlungsgrundsatz (§ 128 ZPO) und Prozessförderungspflicht (§ 282 ZPO) führen zu einer dem gegnerischen Vorbringen entsprechenden **Erklärungslast**" (s. dazu BAG, 25.01.2005 - 9 AZR 146/04). Dabei bestimmt das Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag den Umfang der jeweils erforderlichen Substanziierung des Parteivorbringens. "Trägt der Kündigungsempfänger zur Schriftform nichts vor oder lässt er sich nicht substantiiert ein, gilt der schlüssige Sachvortrag des Kündigenden gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden " (BAG, 23.02.2017 - 6 AZR 665/15) .

5.47 Sekundäre Behauptungslast - 1

Im Rahmen des § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG ist es zunächst Sache des gekündigten Mitarbeiters, die grobe Fehlerhaftigkeit der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten darzulegen - wenn er die erforderlichen Informationen hat. Kann er die grobe Fehlerhaftigkeit nicht darlegen und hat er den Arbeitgeber aufgefordert,

ihm die Gründe seiner Sozialauswahl mitzuteilen, hat der Arbeitgeber "als Folge seiner materiellen Auskunftspflicht gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KSchG auch im Prozess substantiiert vorzutragen. Seine sich aus der Mitteilungspflicht ergebende Vortragslast ist grundsätzlich auf die subjektiven, von ihm tatsächlich angestellten Auswahlüberlegungen beschränkt. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf die vollständige Auflistung der Sozialdaten aller objektiv vergleichbaren Arbeitnehmer" (BAG, 27.09.2012 - 2 AZR 516/11).

5.48 Sekundäre Behauptungslast - 2

Behauptet der Arbeitnehmer, die Kündigung des Arbeitgebers sei **treuwidrig**, trägt er die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich die Treuwidrigkeit ergeben soll. Lässt das Arbeitnehmergegenbringen den Schluss auf eine treuwidrige Kündigung des Arbeitgebers zu, ist es nun nach § 138 Abs. 2 ZPO dessen Aufgabe, qualifiziert auf das Vorbringen des Arbeitnehmers zu erwidern, damit es entkräftet werden kann. "Kommt der Arbeitgeber seiner sekundären Behauptungslast nicht nach, gilt der schlüssige Sachvortrag des Arbeitnehmers gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden" (BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 790/11).

5.49 Sekundäre Darlegungslast

Auch wenn eine Partei nicht primär darlegungsbelastet ist, kommt für sie eine sekundäre Darlegungslast in Betracht, wenn es ihr zumutbar ist, "ihrem Prozessgegner die Darlegung der nur zu ihrem Wahrnehmungsbereich gehörenden Verhältnisse durch nähere Angaben zu ermöglichen, weil sie, anders als der außerhalb des fraglichen Geschehensablaufs stehende Gegner, die wesentlichen Tatsachen kennt" (s. dazu BAG, 21.06.2012 - 2 AZR 694/11 ; BAG, 18.09.2008 - 2 AZR 1039/06 u. BAG, 28.08.2008 - 2 AZR 15/07). Wenn der sekundär Darlegungspflichtige dann bei dieser Prozesslage seiner Vortragslast nicht nachkommt, führt das zu dem Ergebnis, dass "die Behauptung des primär Darlegungspflichtigen i.S.d. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden" gilt (so: BAG, 18.09.2008 - 2 AZR 1039/06). In Fällen dieser Art sind an die sekundäre Darlegungslast eines gekündigten Mitarbeiters jedoch keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Die sekundäre Darlegungslast dient bloß dazu, "es dem kündigenden Arbeitgeber als primär darlegungspflichtiger Partei zu ermöglichen, weitere Nachforschungen anzustellen und ggf. seinerseits substantiiert zum möglichen Entlastungsgrund vorzutragen und Beweis für sein Nichtvorliegen anzutreten." Wenn das Vorbringen des Arbeitnehmers den Anforderungen an die sekundäre Darlegungslast genügt, "ist es Sache des Arbeitgebers, den geltend gemachten Kündigungsgrund nachzuweisen" (BAG, 18.06.2015 - 2 AZR 256/14 - mit Hinweis auf BAG, 18.09.2008 - 2 AZR 1039/06).

5.50 Soziale Auswahl

Der Arbeitgeber braucht Mitarbeiter, deren Weiterbeschäftigung beispielsweise wegen ihrer besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten im berechtigten betrieblichen Interesse liegt, nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen. Auch wenn der Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG die Tatsachen zu beweisen hat, "die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des Satzes 1 erscheinen lassen": Die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, die die Herausnahme einiger Mitarbeiter aus der Sozialauswahl rechtfertigen sollen, hat der Arbeitgeber (BAG, 18.03.2010 - 2 AZR 468/08).

5.51 Spezifisches Bestreiten

Wer **Behauptungen der anderen Partei** nicht gelten lassen will, muss sie nach § 138 ZPO ausreichend bestreiten. Trägt der Arbeitgeber beispielsweise detailliert die Tatsachen für die dringenden betrieblichen Erfordernisse, die zum Wegfall des Arbeitsplatzes führen, vor, kann sich der klagende Arbeitnehmer nicht damit begnügen, bloß Rechtsausführungen zu machen - schon gar nicht, wenn sich diese Rechtsausführungen als nicht durchgreifend erweisen. Er darf sich in tatsächlicher Hinsicht auch nicht darauf beschränken, "das Zustandekommen einer unternehmerischen Entscheidung im Kündigungszeitpunkt 'einfach' zu bestreiten." Hat der Arbeitgeber im weiteren Prozessverlauf entscheidungserhebliche Tatsachen ausreichend dargelegt, ist es Sache des klagenden Arbeitnehmers, "die ergänzenden Ausführungen 'spezifisch', sei es durch substantiierten Gegenvortrag (§ 138 Abs. 2 ZPO), sei es mit Nichtwissen (§ 138 Abs. 4 ZPO) zu bestreiten" (BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 512/13).

5.52 Unstreitiges Vorbringen - Verwertungsverbot

Die Berücksichtigung unstreitigen Sachvortrags kann ausgeschlossen sein, wenn der Schutzzweck der bei der Informationsgewinnung verletzte Norm der Verwertung entgegensteht (s. dazu BAG, 16.12.2010 - 2 AZR 485/08 und 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).

5.53 Unterlassenes BEM - 1

Geht es um die soziale Rechtfertigung einer personenbedingten Kündigung wegen Krankheit, kann auch ein vom Arbeitgeber nicht unterlassenes, sondern tatsächlich durchgeführtes BEM das Ergebnis haben, dass es kein milderes Mittel als die Kündigung gibt. Dem Arbeitgeber darf in diesem Fall kein Nachteil dadurch entstehen, dass er das BEM tatsächlich nicht durchgeführt hat. Berufet sich der Arbeitgeber auf dieses Ergebnis, "hat er die objektive Nutzlosigkeit des BEM darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen." Das verlangt von ihm, dass er ganz konkret und umfassend vortragen muss, "warum weder der weitere Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisherigen Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung oder Veränderung möglich gewesen seien und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit habe eingesetzt werden können, warum also ein BEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen Krankheitszeiten des Arbeitnehmers spürbar vorzubeugen und so das Arbeitsverhältnis zu erhalten" (BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 664/13).

5.54 Unterlassenes BEM - 2

Die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements ist keine formelle Voraussetzung für die Wirksamkeit einer personenbedingten Kündigung wegen Krankheit. Das mildere Mittel gegenüber der Kündigung i.S.d. Ultima-Ratio-Prinzip ist nicht das BEM selbst, das BEM konkretisiert jedoch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit seiner Hilfe "können mildere Mittel als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wie z.B. die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder die Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen, ggf. durch Umsetzungen 'freizumachenden' Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden" (s. dazu BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 u. BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 565/12). "Um darzutun, dass die Kündigung dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügt und ihm keine milderen Mittel zur Überwindung der krankheitsbedingten Störung des Arbeitsverhältnisses als die Beendigungskündigung offenstanden, muss der Arbeitgeber die objektive **Nutzlosigkeit des BEM darlegen**. Hierzu hat er umfassend und detailliert vorzutragen, warum weder ein weiterer Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung oder Veränderung möglich gewesen wären und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit hätte eingesetzt werden können, warum also ein BEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen Krankheitszeiten bzw. der **Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit entgegenzuwirken** und das Arbeitsverhältnis zu erhalten ... [es folgt ein Hinweis auf BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 u. BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 565/12]. Ist es dagegen denkbar, dass ein BEM ein positives Ergebnis erbracht, das gemeinsame Suchen nach Maßnahmen zum Abbau von Fehlzeiten bzw. zur Überwindung der Arbeitsunfähigkeit also Erfolg gehabt hätte, muss sich der Arbeitgeber regelmäßig vorhalten lassen, er habe 'vorschnell' gekündigt" (BAG, 13.05.2015 - 2 AZR 565/14 - mit Hinweis auf BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 664/13 u. BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 755/13).

5.55 Unterlassenes BEM - 3

Der Arbeitgeber ist nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG für die **Verhältnismäßigkeit der Kündigung** nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG darlegungs- und beweispflichtig. Zunächst kann er sich zwar auf die Behauptung beschränken, er habe für den Arbeitnehmer **keine alternative Beschäftigungsmöglichkeit**. Ist der

Arbeitgeber jedoch zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (bEM) verpflichtet, hat er detailliert darzulegen, "dass keine Möglichkeit bestand, die Kündigung durch angemessene mildere Maßnahmen zu vermeiden" (s. dazu BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 755/13). "Ist ein an sich gebotenes bEM unterblieben, trifft den Arbeitgeber auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ein bEM entbehrlich war, weil es wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers **unter keinen Umständen ein positives Ergebnis** hätte erbringen können. Die objektive Nutzlosigkeit eines betrieblichen Eingliederungsmanagements schränkt die Pflicht des Arbeitgebers ein, ein bEM durchzuführen" (BAG, 21.11.2018 - 7 AZR 394/17).

5.56 Unterlassenes BEM - 4

Beruft sich der Arbeitgeber darauf, dass eine **bEM-Durchführung objektiv nutzlos** gewesen wäre, ist es seine Sache, "die tatsächlichen Umstände im Einzelnen darzulegen und zu beweisen, aufgrund derer ein bEM wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers nicht zu einem positiven Ergebnis hätte führen können." Der Arbeitgeber muss dazu im Kündigungsschutzprozess **umfassend und konkret schildern**, "weshalb weder der weitere Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung und Veränderung möglich war und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen **Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit** hätte eingesetzt werden können" (s. dazu BAG, 27.07.2011 - 7 AZR 402/10 u. BAG, 30.09.2010 - 2 AZR 88/09). "Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX a.F. ist auch dann durchzuführen, wenn keine betriebliche Interessenvertretung i.S.v. § 93 SGB IX a.F. gebildet ist" (BAG, 21.11.2018 - 7 AZR 394/17 - mit Hinweis auf BAG, 27.07.2011 - 7 AZR 402/10 u. BAG, 30.09.2010 - 2 AZR 88/09).

5.57 Unterlassenes BEM - 5

Kann der Arbeitnehmer bei unterlassenem BEM keine "Beschäftigungsmöglichkeiten iSv. § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX und Möglichkeiten aufzuzeigen, Arbeitsstätten und Arbeitsplätze sowie die Arbeitsorganisation behinderungsgerecht zu gestalten (§ 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 und Nr. 5 SGB IX)," darf sich der Arbeitgeber "zur **Abwehr des Beschäftigungsverlangens** des Arbeitnehmers ... oder zur Begründung einer Kündigung nicht darauf beschränken vorzutragen, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den Arbeitnehmer und es gebe keine Arbeitsplätze, die dieser mit seinem Leistungsvermögen ausfüllen könne, oder es sei mit einer Verringerung von Fehlzeiten nicht zu rechnen" (s. dazu BAG, 25.04.2018 – 2 AZR 6/18). Der Arbeitgeber muss nun selbst "denkbare oder vom Arbeitnehmer bereits genannte **Alternativen .. würdigen.**" Erst dann, wenn ein BEM keine positiven Ergebnisse aufgezeigt hätte, ist sein Unterlassen ohne Auswirkung. Das heißt: Der Arbeitgeber muss die **objektive Nutzlosigkeit des BEM darlegen** und ggf. beweisen (BAG, 07.09.2021 - 9 AZR 571/20 - mit Hinweis auf BAG, 26.02.2020 – 7 AZR 121/19 - und BAG, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12).

5.58 Unterlassenes Präventionsverfahren

Der Arbeitgeber ist nach § 84 Abs. 1 SGB IX a.F. (= § 167 Abs. 1 SGB IX n.F.) zur Durchführung des so genannten Präventionsverfahrens verpflichtet. Dieses Präventionsverfahren ist auch bei einer verhaltensbedingten Kündigung durchzuführen. Seine - ordnungsgemäße - Durchführung muss jedoch **geeignet** sein, den auffällig gewordenen Mitarbeiter wieder **zu vertragstreuem Verhalten zu bringen** (s. dazu BAG 15.12.2016 - 2 AZR 42/16 - wegen milderer Arbeitgeberreaktion und -mittel). Arbeitgeber, die SGB IX-widrig das Präventionsverfahren unterlassen haben, trifft im Kündigungsschutzprozess eine **erweiterte Darlegungs- und Beweislast**. Er muss dann bei einer verhaltensbedingten Kündigung von sich aus darlegen und bei Bestreiten beweisen, "dass das Verhalten des gekündigten Arbeitnehmers auch durch die frühzeitige Einschaltung der in § 84 Abs. 1 SGB IX a.F. genannten Stellen nicht hätte positiv beeinflusst werden können" (BAG, 25.01.2018 - 2 AZR 382/17) .

5.59 Vermutung

Wenn Arbeitnehmer in einem Interessenausgleich (§§ 111 ff. BetrVG) namentlich benannt sind, wird nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG vermutet, "dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des ... [§ 1 Abs. 2 KSchG] *bedingt ist.*" Gegen diese Vermutung ist nach § 292 Satz 1 ZPO der **Beweis des Gegenteils** zulässig. Das heißt: der Arbeitnehmer muss in diesem Fall darlegen und beweisen, dass es für ihn doch eine **Beschäftigungsmöglichkeit** gibt. Es reicht für ihn nicht aus, die Vermutung nur zu erschüttern.

Er muss substanziiert Tatsachen vortragen, die den gesetzlich vermuteten Umstand ausschließen. Ihn nur in Zweifel zu ziehen, reicht nicht (BAG, 27.09.2012 - 2 AZR 516/11 - mit dem Hinweis, dass es auch hier nach dem Grundsatz der abgestuften Darlegungs- um Beweislast für den Arbeitnehmer Erleichterungen geben kann, wenn er "außerhalb eines für" seinen "Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht").

5.60 Verschiebung der Beweislast

Es gibt Fälle, in denen das **Nichtvorhandensein einer Tatsache** streitentscheidend ist. Aber auch wenn es um negative Tatsachen geht, verschiebt sich allein deswegen die Beweislast nicht. "Eine solche Beweisführung unterliegt zwar für die beweisbelastete Partei im Allgemeinen besonderen Anforderungen. Doch ist den **Schwierigkeiten**, denen sich die Partei gegenübersteht, 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).

5.61 Verwertungsverbot - 1

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber A hatte eine **rechtmäßige offene Video-Überwachung** im Kassensbereich 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).

5.62 Verwertungsverbot - 2

In einem **Kündigungsschutzverfahren** tritt kein Verwertungsverbot zugunsten des Arbeitnehmers ein, wenn der Arbeitgeber das fragliche Beweismittel oder die maßgebliche Erkenntnis im Einklang mit den einschlägigen Datenschutzbestimmungen erlangt und weiterverwendet hat (s. dazu BAG, 23.08.2018 - 2 AZR 133/18). Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung muss sich, wenn ein Verwertungsverbot bejaht werden soll, das Nichtverwertungsinteresse des Arbeitnehmers gegenüber dem **Verarbeitungsinteresse des Arbeitgebers** durchsetzen. Die Einsichtnahme in nicht als "privat" gekennzeichnete Dateien und nicht offenkundig als "privat" zu erkennende Dateien auf dem Dienstrechner eines Arbeitnehmers (hier: Datei Tankbelege.xls bei einem Verdacht auf Tankkartenmissbrauch) ist nicht so eingriffsintensiv, daraus ein überwiegendes **Nichtverwertungsinteresse des Mitarbeiters** zu folgern (BAG, 31.01.2019 - 2 AZR 426/18 - mit dem Ergebnis, dass hier kein Verwertungsverbot bestand).

5.63 Wahrheitswidrige Erklärungen

"Bewusst wahrheitswidrige Erklärungen, die ein Arbeitnehmer **in einem Rechtsstreit** mit seinem Arbeitgeber abgibt, weil er befürchtet, mit wahrheitsgemäßen Angaben den Prozess nicht gewinnen zu können, können geeignet sein, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen [es folgt ein Hinweis auf BAG, 08.11.2007 - 2 AZR

528/06 J. Dabei kommt es nicht entscheidend auf die strafrechtliche Einordnung an; ein Arbeitnehmer, der bewusst falsch vorträgt, um sich einen Vorteil im Rechtsstreit mit seinem Arbeitgeber zu verschaffen, verletzt in erheblicher Weise seine nach § 241 Abs. 2 BGB bestehende **Pflicht zur Rücksichtnahme** auf die Interessen des Arbeitgebers" (BAG, 23.10.2014 - 2 AZR 644/13).

5.64 Wahr oder nicht wahr?

Mitarbeiter M hatte sich mehrfach über die von seinem Arbeitgeber via Pandemieplan eingeführten **Corona-Regeln** - u.a. Abstandhalten, Bedecken von Mund und Nase, Einhalten von Hygienemaßnahmen etc. - hinweggesetzt. Der Tropfen, der das Fass schließlich zum Überlaufen brachte, war das - angebliche - vorsätzliche **Anhusten eines Kollegen** aus kurzer Entfernung. Sinngemäß noch von dem Spruch begleitet: "Ich hoffe, dass du jetzt Corona kriegst!" Die Folge: außerordentliche Kündigung mit Zustimmung des Betriebsrats (weil M auch noch Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung war). Würde als Kündigungsgrund ausreichen - auch ohne Abmahnung . Bloß: M's Arbeitgeber konnte den von ihm behaupteten Vorfall jedoch trotz Zeugenvernehmung vor Gericht nicht beweisen. Das wiederum führte zu einem **Beweislasturteil** mit dem Erfolg, dass M's Kündigung scheiterte (LAG Düsseldorf, 27.04.2021 - 3 Sa 646/20 - mit dem Hinweis, dass allein wegen der Verletzung von Abstandsregeln eine Abmahnung ausgereicht hätte).

5.65 Zeugnisverweigerungsrecht

§ 384 Nr. 1 ZPO gibt ein Zeugnisverweigerungsrecht "über **Fragen**, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer Person, zu er in einem der im § 383 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Verhältnisse steht [u.a. Ehe- und Lebenspartner], einen unmittelbaren **vermögensrechtlichen Schaden** verursachen würde". Aber: "Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 384 Nr. 1 ZPO besteht nicht hinsichtlich solcher Angaben, die der Zeuge in seinem **späteren Aktivprozess** in Erfüllung der ihm obliegenden Darlegungslast von sich aus wahrheitsgemäß (§ 138 Abs. 1 ZPO) vortragen müsste, und solcher Umstände, deren Vorliegen die Gegenpartei behauptet und zu denen sich der Zeuge bei entsprechendem Vortrag im Prozess gemäß § 138 Abs. 2 ZPO erklären müsste" (BAG, 02.08.2017 - 9 AZB 39/17 - Leitsatz).

5.66 Zurückweisung von Vorbringen

Es passiert nicht gerade selten, dass Klägern oder Beklagten in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren **erst spät** etwas einfällt, mit dem sie noch angreifen oder sich verteidigen können. Arbeitsrichter dürfen verspätet vorgebrachte **Angriffs- und Verteidigungsmittel** dann u.a. nach § 296 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 61a ArbGG zurückweisen. Vorausgesetzt, "ihre Zulassung" würde "nach der freien Überzeugung des Gerichts die Erledigung des Rechtsstreits verzögern .. und die Verspätung" beruht "auf grober Nachlässigkeit". So ganz einfach ist das aber auch fürs Gericht nicht: "Die den **Vorwurf der groben Nachlässigkeit** iSd. § 296 Abs. 2 ZPO begründenden Tatsachen müssen vom Gericht positiv festgestellt werden" – auch in einer Bestandsschutzstreitigkeit (BAG, 11.06.2020 – 2 AZR 400/10 – Leitsatz).

5.67 Zweitinstanzliche Tatsachenfeststellung

§ 559 Abs. 2 ZPO sagt: "Hat das Berufungsgericht festgestellt, dass eine tatsächliche Behauptung **wahr oder nicht wahr** sei, so ist diese Feststellung für das Revisionsgericht bindend, es sei denn, dass in Bezug auf die Feststellung ein **zulässiger und begründeter Revisionsangriff** erhoben ist." Dabei werden von § 559 Abs. 2 ZPO nicht bloß einzelne Umstände als Tatbestandsvoraussetzungen einer Rechtsfolge erfasst. Von der Rechtsprechung werden den tatsächlichen Umständen auch "Tatsachen in ihrer juristischen Einkleidung" gleichgestellt, "wenn dies durch einen einfachen **Rechtsbegriff** geschieht, der jedem Teilnehmer des Rechtsverkehrs geläufig ist (BAG, 09.12.2015 - 7 AZR 117/14 - mit dem Hinweis, dass so von den Parteien Tatsachen auch als Erklärung über Rechtstatsachen - hier: der Begriff "wissenschaftliches Personal" - in den Prozess eingeführt werden können).