

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 5. Dezember 2019  
- 2 AZR 240/19 -  
ECLI:DE:BAG:2019:051219.U.2AZR240.19.0

I. Arbeitsgericht Nürnberg

Endurteil vom 6. November 2013  
- 2 Ca 5556/13 -

II. Landesarbeitsgericht Nürnberg

Urteil vom 11. Januar 2019  
- 4 Sa 131/16 -

---

Entscheidungsstichworte:

Verhaltensbedingte Kündigung - Meinungsfreiheit - Schmähkritik

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 240/19  
4 Sa 131/16  
Landesarbeitsgericht  
Nürnberg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
5. Dezember 2019

## URTEIL

Schmidt-Brenner, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

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

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 11. Januar 2019 - 4 Sa 131/16 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an eine andere Kammer des Landesarbeitsgerichts zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung, einen Auflösungsantrag der Beklagten, die vorläufige Weiterbeschäftigung der Klägerin und die Erteilung eines Zwischenzeugnisses. 1

Die Klägerin war bei der Beklagten seit September 2001 als kaufmännische Angestellte im Einkauf beschäftigt. Im Verlauf des Arbeitsverhältnisses sah sie sich durch ihre Vorgesetzten wegen ihres Geschlechts und ihrer afghanischen Herkunft diskriminiert. 2

In einer E-Mail vom 21. September 2008 an den damaligen Vorstandsvorsitzenden der Beklagten gab die Klägerin an, seit einigen Jahren würden „Guerilla-Aktionen“ gegen sie geführt, sie habe eine „himmelschreiende Ausländer- und Frauenfeindlichkeit“ vorgefunden. Sie würde es als unfair erachten, wenn der Vorstandsvorsitzende davon aus der amerikanischen Presse oder der „Oprah-Winfrey-Show“ erführe. Bei ihrem „Chef“ handele es sich um einen „unterbelichteten Frauen- und Ausländerhasser“. Die Klägerin wies in der E-Mail darauf hin, dass sie drei „unterhaltspflichtig(e)“ Kinder habe. 3

Mit ebenfalls an den damaligen Vorstandsvorsitzenden gerichteter E-Mail vom 5. Februar 2009 teilte die Klägerin erneut mit, dass sie unter Männerherrschaft, Männerwirtschaft und Männersolidarität zu leiden habe. Sie verlangte, nicht mehr mit ihrem bisherigen Vorgesetzten zusammenarbeiten zu müssen. In der E-Mail hieß es auszugsweise: 4

„Bei dieser Gelegenheit muss ich leider feststellen, dass Sie als CEO von S noch einsamer sind als ich es bin. Ich darf Ihnen hiermit schriftlich bestätigen, dass kein Jude in diesem Land jemals solche seelischen Qualen erleiden musste, wie ich; und das ist mein Erleben und Empfinden, und kein Gesetz der Welt kann mir verbieten, darüber zu berichten. In keinem Land der Welt, in keinem Unternehmen der Welt habe ich so viele Intrigen erlebt, sei es mit Personal, sei es mit Lieferanten. Das Ganze hält die Erinnerung wach an meinen Lieblingsfilm: Der Pate. Alles in Allem: Was mir bis heute geboten wird - das kann ich doch nicht annehmen: Es beleidigt meine Intelligenz.“

Mit E-Mail vom 30. März 2009 wandte sich die Klägerin unter dem Be- 5  
treff „Lebenswerk der unfähigen Führungskräfte“ an ihren unmittelbaren Vorge-  
setzten. Sie hielt ihm Mobbing, Bossing, unberechtigte Kritik sowie unsachliche  
und leere Bemerkungen vor, ferner, dass er seine Position nur inne habe, um  
einer intellektuellen Frau das Leben zur Hölle zu machen. Seine Fähigkeiten  
reichten offensichtlich nicht dazu, als Führungskraft zu fungieren. Er verstehe  
nicht einmal „den Unterschied zwischen Kosten und Preis“. Die Klägerin ver-  
sandte die E-Mail an weitere zwölf Mitarbeiter der Beklagten.

Die Beklagte wies die Klägerin mit Schreiben vom 3. April 2009 darauf 6  
hin, dass ihre Äußerungen durch ihr Beschwerderecht und das Recht zur freien  
Meinungsäußerung nicht mehr gedeckt seien. Dies gelte insbesondere mit Blick  
auf die in der E-Mail vom 5. Februar 2009 enthaltenen Anspielungen auf die  
Zeit des Nationalsozialismus. Das Schreiben lautete auszugsweise:

„Sie haben mit diesen Vergleichen und Behauptungen ar-  
beitsrechtliche Kündigungsgründe geliefert. Wir fordern Sie  
daher auf, alle von Ihnen gemachten Vergleiche und auf-  
gestellten Behauptungen gegenüber den von Ihnen infor-  
mierten Personen und der S AG schriftlich bis zum  
17. April 2009 zurückzunehmen. Des Weiteren fordern wir  
Sie auf, sich bei den betroffenen Personen schriftlich unter  
qualifizierter Zurücknahme der Behauptungen ebenfalls bis  
zum 17. April 2009 zu entschuldigen. Wir erwarten, dass  
Sie derartige Äußerungen künftig unterlassen.

Sollten derartige oder sinngemäß gleiche Äußerungen  
wiederholt werden oder sollte keine Rücknahme erfolgen,  
werden wir arbeitsrechtliche Maßnahmen einleiten, die bis  
hin zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses gehen kön-  
nen.

Bis zur endgültigen Klärung des Vorganges stellen wir Sie widerruflich unter Fortzahlung der Bezüge von der Arbeit frei.“

Die Klägerin nahm zu dem Schreiben mit E-Mail vom 16. April 2009 Stellung. Die Bezeichnung ihres Vorgesetzten als „unterbelichtete(n) Frauen- und Ausländerhasser“ sei „auch für (ihren) Geschmack ... ein wenig zu scharf geraten“, dessen frauenfeindliches Verhalten habe aber zur Verschärfung des Konflikts beigetragen. Sie habe den Ausdruck nicht zum Zwecke der Beleidigung oder Rufschädigung verwandt. Gegen den Vorwurf, den Abteilungsleiter als „Rassisten“ bezeichnet zu haben, verwehre sie sich. 7

Mit Schreiben vom 21. April 2009 hörte die Beklagte den Betriebsrat zu der Absicht an, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin ordentlich zum 30. Juni 2009 zu kündigen. Dem Anhörungsschreiben - bestehend aus Deckblatt und Anhang - waren weitere Anlagen beigefügt. Ob auch die Anlagen „2a“ bis „2c“ dazu gehörten, ist zwischen den Parteien streitig gewesen. Der Betriebsrat stimmte der beabsichtigten Kündigung unter dem 24. April 2009 zu. 8

Mit Schreiben ebenfalls vom 24. April 2009 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 30. Juni 2009. 9

Hiergegen hat sich die Klägerin rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt. Sie hat außerdem die Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses und ihre vorläufige Weiterbeschäftigung verlangt. Die Klägerin ist der Ansicht gewesen, die von ihr getätigten Äußerungen seien nicht geeignet, eine Kündigung zu rechtfertigen. Die Beklagte habe mit ihrem Schreiben vom 3. April 2009 selbst zum Ausdruck gebracht, dass keine negative Zukunftsprognose bestehe, wenn sie, die Klägerin, bestimmte Verhaltensweisen richtigstelle. Eine Abmahnung sei daher nicht entbehrlich gewesen. Im Übrigen lasse die Beklagte die jahrelangen Mobbingvorgänge außer Acht, die erst zur Störung des Betriebsfriedens geführt hätten. Bei Auslegung und Bewertung der Äußerungen der Klägerin müsse Art. 5 Abs. 1 GG beachtet werden. Überdies sei der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung nicht ordnungsgemäß angehört worden. Auf dem Anhörungsbogen sei ihm mitgeteilt worden, dass sie eine Unterhaltspflicht nur gegenüber einem Kind habe, obwohl die Beklagte positive 10

Kenntnis davon gehabt habe, dass sie drei Kindern zum Unterhalt verpflichtet sei. Das Zitat zum „Judenvergleich“ sei nicht vollständig und damit entstellt wiedergegeben worden. Die Anlagen „2a“ bis „2c“ seien dem Betriebsrat nicht zugeleitet worden. Der hierzu als Zeuge vernommene Betriebsratsvorsitzende habe sich widersprüchlich geäußert.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

11

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 24. April 2009 nicht aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, ihr ein Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Verhalten und Leistung erstreckt;
3. die Beklagte zu verurteilen, sie zu den im Arbeitsvertrag vom 14. September 2001 geregelten Bedingungen in der derzeit geltenden Fassung als Stratege im Global Procurement in N bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag weiterzubeschäftigen;  
hilfsweise hierzu,  
die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin zu den im Arbeitsvertrag vom 14. September 2001 genannten Bedingungen in der derzeit geltenden Fassung bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, hilfsweise das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung aufzulösen.

12

Die Beklagte hat die Kündigung als wirksam verteidigt. Sie hat gemeint, die Klägerin habe ihre arbeitsvertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme schwerwiegend verletzt. Sie habe ihre Führungskräfte beleidigt, in ehrverletzender Weise die Fähigkeiten ihres Vorgesetzten in Frage gestellt und die Umstände im Unternehmen mit dem Leid der Juden während der NS-Zeit verglichen. Einer Abmahnung habe es nach dem Schreiben vom 3. April 2009 nicht mehr bedurft. Mit ihrer Stellungnahme vom 16. April 2009 habe die Klägerin ihre Pflichtverlet-

13

zungen noch manifestiert und verstärkt. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß beteiligt worden. Die Beklagte hat behauptet, diesem sei die Anzahl der unterhaltsberechtigten Kinder der Klägerin zum einen aus deren E-Mail vom 21. September 2008 bekannt gewesen, die dem Anhörungsschreiben als Anlage „2c“ beigefügt gewesen sei, zum anderen habe er von den persönlichen Verhältnissen der Klägerin ohnehin Kenntnis gehabt. Aus der Anlage „2c“ sei ihm auch der vollständige Inhalt des von der Klägerin angestellten „Judenvergleichs“ bekannt gewesen.

Zur Begründung des Auflösungsantrags hat die Beklagte vorgetragen, die Klägerin habe sie in zahlreichen Äußerungen gegenüber der Presse als ein diskriminierendes, frauen- und ausländerfeindliches Unternehmen dargestellt, in dem systematisch Mobbing betrieben und keine Rücksicht auf die Gesundheit der Mitarbeiter genommen werde. Von ihrem „Judenvergleich“ habe sie sich in der Öffentlichkeit nicht distanziert, sondern sie, die Beklagte, bezichtigt, ihr zu Unrecht eine strafbare Verharmlosung des Holocaust vorgeworfen zu haben. Am 24. Februar 2010 habe die Klägerin eine Strafanzeige gegen sie gestellt. Zusätzlich habe sie Strafanzeigen wegen angeblichen Verstoßes gegen das Datenschutzgesetz gegen zwei ihrer Mitarbeiter erstattet. Die Klägerin habe die Namen der Mitarbeiter auch öffentlich erwähnt sowie der Presse mitgeteilt und dadurch deren Ansehen in der Öffentlichkeit beeinträchtigt. Sie habe zudem in einem offenen Brief an die Bundeskanzlerin, den sie auf ihrer Homepage veröffentlicht habe, das Ansehen der Firma beschädigt. Dem Betriebsrat habe sie vorgeworfen, seit Jahren Machtmissbrauch begünstigt und offensichtliche Gesetzesverstöße ignoriert und damit gebilligt zu haben.

14

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, bei einem erst in der Berufungsinstanz gestellten Auflösungsantrag könnten nur Sachverhalte berücksichtigt werden, die nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz entstanden seien. Gründe für eine Auflösung seien im Übrigen nicht gegeben. Einem Arbeitgeber, der auf die Beschwerde eines diskriminierten Mitarbeiters nicht reagiere, sei es schon aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben verwehrt, von der Möglichkeit einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses Gebrauch zu machen.

15

Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht (*im Verfahren - 4 Sa 574/13 -*) haben dem Kündigungsschutzantrag stattgegeben. Auf den Hilfsantrag der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Arbeitsverhältnis der Parteien gegen Zahlung einer Abfindung von 37.600,00 Euro brutto zum 30. Juni 2009 aufgelöst. Dem Antrag der Klägerin auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses hat das Arbeitsgericht stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat ihn abgewiesen. Der Antrag auf Weiterbeschäftigung blieb in beiden Instanzen ohne Erfolg. Mit ihrer Revision (*im Verfahren - 2 AZR 217/15 -*) hat die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage begehrt. Die Klägerin hat für den Fall, dass die Revision der Beklagten zurückgewiesen wird, mit ihrer Revision ihr Klagebegehren - soweit dieses erfolglos geblieben ist - weiterverfolgt und die Abweisung des Auflösungsantrags begehrt. 16

Mit Urteil vom 19. November 2015 (*- 2 AZR 217/15 -*) hat der Senat auf die Revision der Beklagten das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 13. November 2014 (*- 4 Sa 574/13 -*) aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Das Landesarbeitsgericht habe mit der gegebenen Begründung die Kündigung nicht als sozial ungerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ansehen dürfen. 17

Mit dem im vorliegenden Revisionsverfahren angegriffenen Berufungsurteil vom 11. Januar 2019 (*- 4 Sa 131/16 -*) hat das Landesarbeitsgericht die erstinstanzliche Entscheidung abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. 18

Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht erneut zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. 19

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision hat Erfolg. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht die Kündigung der Beklagten vom 24. April 2009 nicht als sozial gerechtfertigt ansehen. Ob das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung aufgelöst worden ist und der Klägerin Ansprüche auf ein Zwischen- 20

zeugnis sowie vorläufige Weiterbeschäftigung zustehen, kann der Senat nicht selbst entscheiden. Das führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

- I. Das Berufungsgericht war entgegen der Rüge der Klägerin nicht gehindert, nach Lage der Akten (§ 331a ZPO) zu entscheiden. 21
1. Gemäß § 331a Satz 2, § 251a Abs. 2 ZPO darf beim Ausbleiben einer Partei im Termin ein Urteil nach Lage der Akten ergehen, wenn in einem früheren Termin mündlich verhandelt worden ist. Verfahrensfehler bei der Anwendung des § 331a ZPO können mit dem Rechtsmittel gegen die Hauptsacheentscheidung angefochten werden (vgl. *Zöller/Herget ZPO 33. Aufl. § 331a Rn. 3*). Eine entsprechende Rüge enthält grundsätzlich auch den Vortrag, dass das angefochtene Urteil möglicherweise auf der Verletzung beruht. Es ist dann nicht erforderlich, ausdrücklich die Tatsachen anzuführen, aus denen sich ein möglicher Zusammenhang zwischen Verfahrensverstoß und Entscheidung ergibt (*BAG 14. November 1985 - 2 AZR 652/84 - zu II 5 a und b der Gründe*). 22
2. Danach ist nicht zu beanstanden, dass das Berufungsurteil nach Lage der Akten ergangen ist. 23
- a) Das Landesarbeitsgericht hat auf den hierfür erforderlichen Antrag der anwesenden Beklagten (vgl. *Zöller/Herget ZPO 33. Aufl. § 331a Rn. 2*) nach Lage der Akten entschieden. Das ergibt sich aus den Ausführungen auf Seite 31 der Entscheidungsgründe unter II und II 1. Zwar heißt es auf Seite 2 des Berufungsurteils, die Entscheidung ergehe „auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 14. Dezember 2018“ (zur zutreffenden Formulierung vgl. *Zöller/Greger ZPO 33. Aufl. § 251a Rn. 8*). Insoweit liegt aber eine offenkundige und unschädliche Falschbezeichnung vor, die nach § 319 Abs. 1 ZPO zu berichtigen wäre (vgl. *BAG 8. Mai 2014 - 2 AZR 75/13 - Rn. 28, BAGE 148, 129*). 24
- b) Die Parteien haben bereits in einem früheren Termin, nämlich am 25. Juni 2014, unter Stellung der Sachanträge mündlich verhandelt. Eine Verhandlung „in einem früheren Termin“ ist auch diejenige, die bei dem Landesar- 25

beitsgericht vor einer Zurückverweisung der Sache durch das Bundesarbeitsgericht stattgefunden hat. Unschädlich ist es, wenn bei dieser andere ehrenamtliche Richter mitgewirkt haben als beim zweiten Berufungsurteil (*vgl. BAG 8. Mai 2014 - 2 AZR 75/13 - Rn. 22 ff., BAGE 148, 129*).

aa) Durch die Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht wird das Verfahren in der Lage wieder eröffnet, in der es sich befunden hat, als die Verhandlung vor dem Erlass des aufgehobenen Urteils geschlossen wurde (*RG 1. November 1935 - VI 453/34 - zu 1 der Gründe, RGZ 149, 157*). Das Verfahren vor und nach der Zurückverweisung bildet eine Einheit (*MüKoZPO/Stackmann 5. Aufl. § 251a Rn. 16; Zöller/Greger ZPO 33. Aufl. § 251a Rn. 4*). Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Revisionsgericht nicht allein das Berufungsurteil, sondern nach § 562 Abs. 2 ZPO zugleich das diesem zugrunde liegende Verfahren aufgehoben hat. 26

bb) Dem steht nicht entgegen, dass es nach der Zurückverweisung zu einem Wechsel der zuständigen Richter kommen kann. Das Erfordernis einer früheren mündlichen Verhandlung soll gewährleisten, dass die Parteien ihre Standpunkte zumindest einmal mündlich vortragen können. Diesem Zweck ist auch dann Rechnung getragen, wenn die erkennende Kammer bei der mündlichen Verhandlung personell anders besetzt war oder die Verhandlung vor einer anderen Kammer stattgefunden hat (*RG 1. November 1935 - VI 453/34 - zu 1 der Gründe, RGZ 149, 157*). § 309 ZPO ist insoweit nicht anwendbar. Die frühere Verhandlung ist lediglich Voraussetzung für das Urteil nach Lage der Akten, sie liegt diesem jedoch nicht iSv. § 309 ZPO zugrunde (*MüKoZPO/Stackmann 5. Aufl. § 251a Rn. 17*). 27

cc) Eine mündliche Verhandlung nach der Zurückverweisung ist auch nicht deshalb Voraussetzung für eine Entscheidung nach Lage der Akten, weil die Parteien die Möglichkeit haben müssen, neue Tatsachen vorzutragen. Das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs erfordert nicht stets eine mündliche Verhandlung. Ihm ist auch dann Genüge getan, wenn die betreffende Partei Gelegenheit hat, sich zu der Rechtssache schriftlich zu äußern (*BAG 8. Mai 2014 - 2 AZR 75/13 - Rn. 25, BAGE 148, 129*). 28

- c) Die Klägerin ist im Termin vom 14. Dezember 2018 säumig iSd. § 331a ZPO gewesen, obwohl der sie vertretende Rechtsanwalt zunächst zu dem Termin erschienen ist. Als nicht erschienen ist auch die Partei anzusehen, die in dem Termin zwar erscheint, aber nicht verhandelt, § 333 ZPO. Die Klägerin und ihr Rechtsanwalt haben nach den Feststellungen des Berufungsurteils den Sitzungssaal verlassen, ohne Sachanträge gestellt zu haben. Für ein „Verhandeln“ iSv. § 333 ZPO reicht es nicht aus, einen Verlegungsantrag zu stellen (*Zöller/Herget ZPO 33. Aufl. § 333 Rn. 2*). 29
- d) Einer Entscheidung nach Lage der Akten stand nicht entgegen, dass etwaige weitere Prozessbevollmächtigte (§ 84 ZPO) der Klägerin nicht zum Termin am 14. Dezember 2018 geladen waren und deshalb ein Fall des § 335 Abs. 1 Nr. 2 ZPO vorgelegen hätte. Selbst wenn die Klägerin weitere Prozessbevollmächtigte neben ihrem rechtzeitig geladenen und erschienenen Prozessbevollmächtigten gehabt hätte, mussten diese nicht geladen werden. Wird eine Partei von mehreren Prozessbevollmächtigten vertreten, genügt die Zustellung der Ladung zum Termin zur mündlichen Verhandlung an einen von ihnen (*vgl. BFH 7. Juli 1998 - III R 87/97 -; BGH 4. Juni 1992 - IX ZR 149/91 - zu A III 3 b der Gründe, BGHZ 118, 312; 20. März 1967 - VIII ZR 15/65 - zu I 2 der Gründe; BVerwG 23. Januar 1975 - I WB 47.73, I WB 75.73 - zu I 3 a der Gründe; Stein/Jonas/Jakoby ZPO 23. Aufl. § 84 Rn. 3; MüKoZPO/Toussaint 5. Aufl. § 84 Rn. 6*). 30
- e) Das Landesarbeitsgericht musste keinen neuen Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumen. Es bestand weder Anlass für eine Verlegung noch für eine Vertagung. 31
- aa) Es kann dahinstehen, ob das in § 251a Abs. 2 Satz 4 ZPO vorgesehene Recht, die Anberaumung eines neuen Termins zur mündlichen Verhandlung zu beantragen, nur einer Partei zusteht, die dem Termin ohne ihr Verschulden gänzlich ferngeblieben ist (*so Stein/Jonas/Roth ZPO 23. Aufl. § 251a Rn. 19; Zöller/Greger ZPO 33. Aufl. § 251a Rn. 7; Wieczorek/Schütze/Gerken 4. Aufl. § 251a ZPO Rn. 24; Musielak/Voit/Stadler ZPO 16. Aufl. § 251a Rn. 4*), oder 32

ausnahmsweise auch einer Partei, die zwar erschienen ist, aber nicht verhandelt (vgl. *MüKoZPO/Stackmann 5. Aufl. § 251a Rn. 27, 29*).

bb) Die Klägerin hat jedenfalls nicht dargelegt, ohne Verschulden nicht verhandelt zu haben. 33

(1) Der die Klägerin vertretende Rechtsanwalt ist rechtzeitig und ordnungsgemäß zum Termin geladen worden. Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen wäre, läge kein Fall des § 335 Abs. 1 Nr. 2 ZPO vor, da der Rechtsanwalt und seine Mandantin tatsächlich zum Termin erschienen sind (vgl. *Zöller/Herget ZPO 33. Aufl. § 335 Rn. 3; MüKoZPO/Prütting 5. Aufl. § 335 Rn. 8*). Sie haben die Sitzung nur vor Stellung der Sachanträge wieder verlassen. 34

(2) Auch der Umstand, dass die Klägerin das Mandat des sie damals und nunmehr wieder vertretenden Rechtsanwalts unmittelbar vor dem Termin gekündigt hat, führt zu keiner anderen Beurteilung. Der ursprünglich mandatierte Rechtsanwalt war trotz Mandatskündigung weiterhin gegenüber dem Gericht ihr Prozessbevollmächtigter und hätte Sachanträge stellen können. 35

(a) Nach § 87 Abs. 1 Halbs. 1 ZPO gilt eine Vollmacht grundsätzlich bis zur Anzeige ihres Erlöschens als fortbestehend. Im Anwaltsprozess - wie hier nach § 11 Abs. 4 ArbGG vor dem Landesarbeitsgericht - erlangt die Kündigung einer Vollmacht nach § 87 Abs. 1 Halbs. 2 ZPO entgegen der Auffassung der Klägerin erst dann rechtliche Wirksamkeit, wenn die Bestellung eines neuen Prozessbevollmächtigten angezeigt wird (vgl. *BGH 1. Februar 2018 - I ZB 73/17 - Rn. 9; 25. April 2007 - XII ZR 58/06 - Rn. 11*). Der neue Prozessbevollmächtigte ist namentlich zu bezeichnen (*BGH 10. Juli 1985 - IVb ZB 102/84 - zu B I der Gründe; Zöller/Althammer ZPO 33. Aufl. § 87 Rn. 2; MüKoZPO/Toussaint 5. Aufl. § 87 Rn. 10*). Danach galt die Prozessvollmacht des ursprünglich mandatierten Rechtsanwalts gegenüber dem Gericht gemäß § 87 Abs. 1 ZPO als fortbestehend. Die Klägerin hat das Mandat gekündigt, ohne dass ein anderer Rechtsanwalt ihre Vertretung angezeigt hat. 36

(b) Ohne Erfolg macht die Klägerin geltend, sie habe zwei anderen Rechtsanwälten - die neben ihrem ursprünglich mandatierten Rechtsanwalt in 37

einem Termin vom 2. Mai 2018 aufgetreten sind - „konkludent Prozessvollmacht“ erteilt. Hierfür ist - unbeschadet des Umstands, dass die Klägerin selbst in einem Schriftsatz vom 19. November 2018 ausdrücklich erklärt hat, diese Rechtsanwälte seien nicht ihre Prozessbevollmächtigten, sondern nur Beistände - nichts ersichtlich.

(aa) Die Rechtsanwälte sind zwar mit dem ursprünglich mandatierten Rechtsanwalt im Termin vom 2. Mai 2018 erschienen. Ob sie Prozessvollmacht hatten, ist aber nicht dargelegt. Sie haben weder die Vertretung der Klägerin angezeigt noch einen Schriftsatz für sie eingereicht, sondern in dem Termin lediglich zusammen mit dem ursprünglich mandatierten Rechtsanwalt handschriftlich die Begründung für einen Befangenheitsantrag niedergelegt. 38

(bb) Daraus kann nicht auf die Erteilung einer Prozessvollmacht geschlossen werden. Zwar bedarf es der Vorlage einer schriftlichen Prozessvollmacht bei Rechtsanwälten solange nicht, wie dies nicht vom Gegner gerügt wird (§ 88 Abs. 2 ZPO). Die Anwälte können im Termin am 2. Mai 2018 aber auch bloße Beistände (§ 90 ZPO) gewesen sein. Dafür sprechen das gleichzeitige Auftreten (vgl. *Zöller/Althammer ZPO 33. Aufl. § 90 Rn. 2*) mit dem prozessbevollmächtigten Rechtsanwalt und das Fehlen jeder Vertretungsanzeige. In dieser Konstellation kann auch aus ihrer Bezeichnung als „Klägervertreter“ in der Sitzungsniederschrift nicht auf eine konkludent erteilte Prozessvollmacht geschlossen werden, zumal die Anwälte im Rubrum des Protokolls nicht als Prozessbevollmächtigte aufgeführt sind. Dem entspricht die Darstellung der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 19. November 2018. 39

f) Die Klägerin wendet ohne Erfolg ein, der Sachverhalt sei noch nicht iSv. § 331a Satz 1 ZPO „hinreichend geklärt“ gewesen. Dies erfordert, dass das Gericht sich unter Zugrundelegen des vorhandenen Prozessstoffs in der Lage sieht, die beabsichtigte Entscheidung zu erlassen und zu begründen. Der Wortlaut des § 331a ZPO macht im Vergleich zu § 300 Abs. 1 ZPO deutlich, dass das Gesetz dem Richter im Falle von § 331a ZPO einen größeren Beurteilungsspielraum zuerkennt (vgl. *MüKoZPO/Prütting 5. Aufl. § 331a Rn. 11; Musielak/Voit/Stadler ZPO 16. Aufl. § 331a Rn. 3; Stein/Jonas/Bartels ZPO* 40

23. Aufl. § 331a Rn. 6). Vorliegend gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass das Landesarbeitsgericht diesen überschritten hätte.

II. Das Landesarbeitsgericht hat auf der Basis der bisherigen Feststellungen zu Recht angenommen, die Kündigung sei nicht gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG wegen einer nicht ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats unwirksam. Soweit sich der Senat mit den in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Fragen bereits im Urteil vom 19. November 2015 (- 2 AZR 217/15 - Rn. 42 ff.) befasst hat, wird auf die dortigen Ausführungen Bezug genommen. 41

1. Nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Gemäß Satz 2 der Bestimmung hat ihm der Arbeitgeber die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Nach Satz 3 ist eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung unwirksam. 42

a) Der Inhalt der Unterrichtung gemäß § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist nach ihrem Sinn und Zweck grundsätzlich subjektiv determiniert (*BAG 16. Juli 2015 - 2 AZR 15/15 - Rn. 15, BAGE 152, 118; 23. Oktober 2014 - 2 AZR 736/13 - Rn. 14*). Der Betriebsrat soll die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe überprüfen, um sich über sie eine eigene Meinung bilden zu können (*BAG 16. Juli 2015 - 2 AZR 15/15 - Rn. 14, aaO; 23. Oktober 2014 - 2 AZR 736/13 - Rn. 15*). Der Arbeitgeber muss daher dem Betriebsrat die Umstände mitteilen, die seinen Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmt haben (*BAG 16. Juli 2015 - 2 AZR 15/15 - Rn. 15, aaO; 23. Oktober 2014 - 2 AZR 736/13 - Rn. 14*). Dem kommt der Arbeitgeber dann nicht nach, wenn er dem Betriebsrat bewusst einen unrichtigen oder unvollständigen - und damit irreführenden - Kündigungssachverhalt schildert, der sich bei der Würdigung durch den Betriebsrat zum Nachteil des Arbeitnehmers auswirken kann (*BAG 16. Juli 2015 - 2 AZR 15/15 - Rn. 16, aaO; 31. Juli 2014 - 2 AZR 407/13 - Rn. 46*). 43

b) Die subjektive Überzeugung des Arbeitgebers von der Relevanz oder Irrelevanz bestimmter Umstände ist für den Umfang der Unterrichtung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG dann nicht maßgeblich, wenn dadurch der Zweck der Betriebsratsanhörung verfehlt würde. Der Arbeitgeber darf ihm bekannte Umstände, die sich bei objektiver Betrachtung zugunsten des Arbeitnehmers 44

auswirken können, dem Betriebsrat nicht deshalb vorenthalten, weil sie für seinen eigenen Kündigungsentschluss nicht von Bedeutung waren (*BAG 16. Juli 2015 - 2 AZR 15/15 - Rn. 19, BAGE 152, 118; 23. Oktober 2014 - 2 AZR 736/13 - Rn. 15*). In diesem Sinne ist die Betriebsratsanhörung - ausgehend vom subjektiven Kenntnisstand des Arbeitgebers - auch objektiv, dh. durch Sinn und Zweck der Anhörung determiniert (*BAG 16. Juli 2015 - 2 AZR 15/15 - aaO; Raab GK-BetrVG 11. Aufl. § 102 Rn. 75, 79 und 111*). Bei der verhaltensbedingten Kündigung kann deshalb auf die Mitteilung der „Sozialdaten“ des Arbeitnehmers nicht deshalb verzichtet werden, weil sie für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers ohne Bedeutung waren (*BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 736/13 - aaO; 6. Oktober 2005 - 2 AZR 280/04 - zu B II 2 a der Gründe*). Der Wirksamkeit einer auf Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers gestützten Kündigung steht das Unterlassen der Angabe von dessen genauen „Sozialdaten“ bei der Betriebsratsanhörung deshalb nur dann nicht entgegen, wenn es dem Arbeitgeber auf diese ersichtlich nicht ankommt und der Betriebsrat jedenfalls die ungefähren Daten ohnehin kennt; er kann dann die Kündigungsabsicht des Arbeitgebers auch so ausreichend beurteilen (*BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 736/13 - aaO; 6. Oktober 2005 - 2 AZR 280/04 - aaO*).

2.       Danach hat die Beklagte den Betriebsrat mit Schreiben vom 21. April 2009 ordnungsgemäß über die Gründe für die beabsichtigte Kündigung unterrichtet. 45

a)       Es fehlt nicht an einer ausreichenden Darstellung des Kündigungssachverhalts. In der dem Anhörungsschreiben unstreitig beigefügten Anlage mit Ausführungen zur Begründung der beabsichtigten Kündigung hatte die Beklagte den bisherigen Verlauf des Arbeitsverhältnisses erläutert und auf die unter Beteiligung des Betriebsrats geführten Gespräche mit der Klägerin verwiesen. Die E-Mails der Klägerin wurden ebenso in Bezug genommen wie das Schreiben der Beklagten vom 3. April 2009. Die Beklagte teilte ihre Einschätzung mit, dass eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit der Klägerin nicht mehr zu erwarten sei, nachdem diese ihre Äußerungen weder zurückgenommen noch sich für sie 46

entschuldigt habe. Wegen des Inhalts der in Bezug genommenen E-Mails verwies die Beklagte auf die nummerierten weiteren Anlagen.

b) Nach dem vom Landesarbeitsgericht gewürdigten Ergebnis der Beweisaufnahme waren diese Anlagen - einschließlich der Anlagen „2b“ und „2c“ - dem Anhörungsschreiben bei der Übergabe an den Betriebsrat beigelegt. 47

aa) Eine vom Berufungsgericht nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO vorgenommene Beweiswürdigung unterliegt nur einer eingeschränkten Kontrolle. Es ist zu prüfen, ob das Berufungsgericht die Voraussetzungen und Grenzen des § 286 ZPO beachtet hat. Seine Würdigung muss in sich widerspruchsfrei, ohne Verletzung von Denkgesetzen sowie allgemeinen Erfahrungssätzen erfolgt und rechtlich möglich sein (*BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 865/13 - Rn. 37, BAGE 149, 355; 8. Mai 2014 - 2 AZR 1005/12 - Rn. 21*). 48

bb) Das Landesarbeitsgericht hat in sich schlüssig und widerspruchsfrei begründet, weshalb es für erwiesen hält, dass dem Anhörungsschreiben sämtliche Anlagen beigelegt waren. Der von der Klägerin gerügte Verstoß gegen Denkgesetze liegt nicht vor. 49

(1) Das Landesarbeitsgericht hat berücksichtigt, dass sich die Aussagen des Zeugen E zum Teil widersprachen. Es hat aber festgestellt, dass die vom Zeugen zum Termin mitgebrachten Unterlagen inhaltlich identisch mit den in der Gerichtsakte befindlichen Kopien des Anhörungsschreibens waren. Es hat angenommen, der Zeuge habe mit Verweis auf die auf den Unterlagen durchgängig aufgebrachten Eingangsvermerke vom 21. April 2009 sicher ausschließen können, dass dem Betriebsrat noch nachträglich Unterlagen zugeleitet worden seien, und daraus widerspruchsfrei den Schluss gezogen, die Unterlagen seien dem Betriebsrat vollständig bereits mit dem Anhörungsschreiben zugegangen. 50

(2) Auch die neuerlichen Rügen der Klägerin führen zu keinem anderen Ergebnis. Die Wertung des Landesarbeitsgerichts, der Zeuge habe sicher ausschließen können, dass dem Betriebsrat nachträglich weitere Anhörungsunterlagen zugeleitet worden seien, nimmt die Widersprüchlichkeit der zuvor auf 51

Fragen des Prozessbevollmächtigten der Klägerin gegebenen Antworten durchaus in den Blick. Wenn es aus der den Themenkomplex abschließenden Antwort des Zeugen „Der Betriebsrat hat nichts Zusätzliches entgegengenommen. Außer, wenn es so gewesen wäre, dann gäbe es zwei Duplikate mit einer Empfangsbestätigung eines Betriebsratsmitglieds“. den Schluss zieht, mit dieser zusammenfassenden Äußerung habe der Zeuge „sicher“ ausgeschlossen, dass dem Betriebsrat nachträglich noch weitere Anhörungsunterlagen zugeleitet worden seien, handelt es sich um eine vertretbare Bewertung, die nicht gegen Denkgesetze verstößt. Sie nimmt auch nicht auf einen persönlichen Eindruck vom Zeugen Bezug, sondern berücksichtigt die Abfolge der Antworten auf verschiedene Fragen und misst der abschließenden, zusammenfassenden Antwort das größere Gewicht bei. Wenn die Klägerin meint, „so wirklich sicher sei sich der Zeuge nicht gewesen“, setzt sie lediglich ihre Bewertung gegen die des Berufungsgerichts.

(3) Die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts ist auch nicht deshalb lückenhaft, weil es wesentlichen weiteren Sachvortrag übergangen hätte. Ausführungen der Beklagten aus einem Schriftsatz vom 20. November 2009 spielten in diesem Zusammenhang keine Rolle. Das Landesarbeitsgericht hat die Kündigung zutreffend nach den Gründen beurteilt, wie sie sich aus den dem Betriebsrat vorgelegten Unterlagen ergaben. Ob und in welchem Umfang die Beklagte davon Abstand genommen hat, weitere Umstände gegenüber dem Betriebsrat anzusprechen, ist ohne Bedeutung. 52

(4) Entgegen den Angaben der Klägerin ergibt sich aus dem Protokollberichtigungsbeschluss vom 6. November 2014 nicht, dass der Betriebsrat Informationen über bestimmte Schimpfwörter *nur* aus der Presse erhalten habe. Der Zeuge E hat lediglich bekundet, die Informationen aus der Presse erhalten zu haben. Das ist aber kein Indiz dafür, dass der Betriebsrat die umfangreiche E-Mail Korrespondenz, aus der sich die von der Klägerin beanstandeten Bemerkungen ergeben, nicht erhalten hat. 53

(5) Es ist unerheblich, dass das Landesarbeitsgericht bei der Bewertung der Widersprüchlichkeit der Zeugenaussage auf andere Aspekte abgestellt hat 54

als im ersten Berufungsurteil. Die gegebene Begründung trägt die Annahme einer vollständigen Übermittlung der Anlagen an den Betriebsrat im Rahmen des Anhörungsverfahrens, ohne gegen Denkgesetze zu verstoßen. Sie ist das Ergebnis einer vertretbaren Beweiswürdigung nach § 286 Abs. 1 ZPO. Daran ist das Revisionsgericht nach § 559 Abs. 2 ZPO gebunden.

cc) Das Landesarbeitsgericht ist nicht gehalten gewesen, die Vernehmung des Zeugen E erneut durchzuführen. Verfahrensrechtlich hat es sich nach der Zurückverweisung durch den Senat um dasselbe Berufungsverfahren gehandelt (vgl. *BGH 28. September 2000 - IX ZR 6/99 - zu I 2 der Gründe, BGHZ 145, 256; RG 1. November 1935 - VI 453/34 - zu 1 der Gründe, RGZ 149, 157; 27. September 1938 - VII B 10/38 - RGZ 158, 195; Zöller/Heßler ZPO 33. Aufl. § 563 Rn. 2; MüKoZPO/Krüger 5. Aufl. § 563 Rn. 6*). Dies gilt auch angesichts des Umstands, dass am zweiten Berufungsurteil andere ehrenamtliche Richter beteiligt waren. Entgegen der Ansicht der Klägerin liegt darin kein Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (§ 355 ZPO). 55

(1) Hat das Revisionsgericht unter Aufhebung des Berufungsurteils, jedoch - wie hier - nicht unter Aufhebung des zweitinstanzlichen Verfahrens, die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen, bleibt eine im ersten Berufungsverfahren durchgeführte Beweisaufnahme „in der Welt“. Es besteht kein Zwang, sie in jedem Fall zu wiederholen (*BAG 14. Februar 1964 - 1 AZR 296/63 - zu 1 a aa und 1 b der Gründe; Zöller/Heßler ZPO 33. Aufl. § 563 Rn. 2; MüKoZPO/Krüger 5. Aufl. § 563 Rn. 6; Musielak/Voit/Ball ZPO 16. Auflage § 563 Rn. 8*). 56

(2) Das erkennende Gericht darf eine Beweiswürdigung grundsätzlich auch dann vornehmen, wenn es die Beweisaufnahme nicht selbst durchgeführt hat, wenn also die Zusammensetzung des Gerichts zwischen Beweisaufnahme und Entscheidung gewechselt hat. Das ergibt sich bereits daraus, dass die Zivilprozessordnung die Beweisaufnahme durch den beauftragten und den ersuchten Richter (§ 361 f. ZPO) vorsieht. Ein Richterwechsel nach einer Beweisaufnahme erfordert daher nicht in jedem Fall deren Wiederholung. Frühere Zeugenaussagen können durch Auswertung der Vernehmungsprotokolle im Wege des 57

Urkundenbeweises verwertet werden, sofern es auf einen persönlichen Eindruck von den Bekundungen nicht ankommt (*st. Rspr., vgl. nur BGH 4. Februar 1997 - XI ZR 160/96 - zu II 2 der Gründe*). Ein Gericht verstößt erst dann gegen das Gebot der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, wenn es sich auf Erwägungen zur Glaubwürdigkeit eines Zeugen stützt, ohne dass alle erkennenden Richter - etwa wegen eines Richterwechsels - an dessen Vernehmung teilgenommen und so einen persönlichen Eindruck von dem Zeugen gewonnen haben oder auf eine aktenkundige und der Stellungnahme durch die Parteien zugängliche Beurteilung zurückgreifen können (*BGH 18. Oktober 2016 - XI ZR 145/14 - Rn. 28 mwN, BGHZ 212, 286; 12. Juni 2012 - X ZR 132/09 - Rn. 31*). Die formlose Unterrichtung eines Teils des Spruchkörpers über den von anderen Mitgliedern gewonnenen persönlichen Eindruck genügt nicht (*BGH 4. Februar 1997 - XI ZR 160/96 - aaO*).

(3) Danach ist es nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht sich im zweiten Berufungsurteil aufgrund des Inhalts der Sitzungsprotokolle vom 9. Juli 2014 und 7. August 2014, des Beschlusses vom 6. November 2014 und der vorinstanzlichen Anlage B 14 in der Lage gesehen hat, die protokollierten Zeugenaussagen und den gerichtlichen Augenschein abschließend zu würdigen. 58

(a) Am zweiten Berufungsurteil haben zwar andere ehrenamtliche Richter mitgewirkt als an der ursprünglichen Beweiserhebung. Allein daraus folgt aber kein Verstoß gegen § 355 ZPO. Die Kammer des Landesarbeitsgerichts hat vielmehr in ihrer nunmehrigen Zusammensetzung auf die protokollierten Zeugenaussagen und das Ergebnis der Augenscheineinnahme im Wege des Urkundenbeweises zurückgreifen können. 59

(b) Das Landesarbeitsgericht hat im zweiten Berufungsurteil keine unzulässige Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen E vorgenommen. Zwar hat es unter II 4 auf Seite 50 Abs. 1 der Entscheidungsgründe die „Glaubwürdigkeit“ des Zeugen E angesprochen. Damit bezieht es sich aber nicht auf eine - nach einem Richterwechsel unzulässige - Würdigung des persönlichen Eindrucks des Zeugen. Vielmehr behandelt das Landesarbeitsgericht hier der Sache nach 60

die *Glaubhaftigkeit* des Inhalts der protokollierten Zeugenaussage vor dem Hintergrund einer gewissen Widersprüchlichkeit. Die sachliche Würdigung einer Aussage anhand anderweitiger Umstände ist trotz Ausscheidens der ursprünglich beteiligten ehrenamtlichen Richter zulässig (*vgl. BGH 12. Juni 2012 - X ZR 132/09 - Rn. 31*). Der persönliche Eindruck, den der Zeuge E bei seiner Vernehmung gemacht hat, hat für das Landesarbeitsgericht im zweiten Berufungsurteil keine Rolle gespielt.

(c) Gleiches gilt, soweit der Zeuge E nach Würdigung durch das Landesarbeitsgericht „sicher“ habe ausschließen können, dem Betriebsrat seien nachträglich weitere Anhörungsunterlagen zugeleitet worden. Die Bewertung als „sicher“ nimmt nicht Bezug auf den persönlichen Eindruck, den der Zeuge bei seiner Vernehmung gemacht hat, sondern bewertet den Inhalt und die Abfolge seiner protokollierten Aussagen. Dabei hat das Landesarbeitsgericht die letzte, abschließende und zusammenfassende Aussage zu diesem Themenkreis als „sicheren“ Ausschluss anderer Alternativen gewürdigt. 61

(d) Auch die weiteren von der Klägerin in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen sind unbegründet. 62

(aa) Die Würdigung eines Urkundenbeweises - wie hier - bedarf keines förmlichen Beweisbeschlusses. Ein solcher ist nur erforderlich bei Anordnung einer Parteivernehmung (§ 450 Abs. 1 Satz 1 ZPO), einer vorterminalischen Beweisaufnahme (§ 358a ZPO) sowie dann, wenn die Beweisaufnahme ein besonderes Verfahren erfordert (§§ 358, 284 ZPO), etwa bei Anordnung einer Beweisaufnahme im Rechtshilfeweg oder einer schriftlichen Begutachtung. Sind die Beweismittel bereits präsent, bedarf es (vom Fall des § 450 ZPO abgesehen) keiner förmlichen Anordnung der Beweiserhebung (*vgl. Zöller/Greger ZPO 33. Aufl. § 358 Rn. 2; Musielak/Voit/Stadler ZPO 16. Aufl. § 358 Rn. 1 f.*). 63

(bb) § 249 Abs. 1 StPO fordert beim Urkundenbeweis zwar grundsätzlich die Verlesung der Schriftstücke in der Hauptverhandlung. Die Zivilprozessordnung kennt eine solche Regelung aber nicht. Die Beweisaufnahme erfolgt durch Einsichtnahme in die Urkunde (*MüKoZPO/Schreiber 5. Aufl. § 420 Rn. 4; Zöller/Feskorn ZPO 33. Aufl. § 420 Rn. 4*). 64

- (cc) Die Klägerin legt nicht dar, dass ihr Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG dadurch verletzt worden ist, dass sie vom Landesarbeitsgericht nicht auf die beabsichtigte Verwertung der Zeugenaussage im Wege des Urkundenbeweises hingewiesen worden ist. Sie zeigt nicht auf, dass ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter unter Berücksichtigung der Vielzahl von vertretenen Rechtsauffassungen nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht mit einer solchen Vorgehensweise rechnen musste (*zu diesem Maßstab vgl. BAG 25. September 2013 - 5 AZR 617/13 (F) - Rn. 3*). 65
- c) Die im ersten Revisionsverfahren von der Klägerin erhobene Rüge, das Landesarbeitsgericht habe ihr Beweisangebot auf Einholung eines Sachverständigengutachtens über die Dauer der Verlesung von 29 Textseiten übergangen (*vgl. dazu BAG 19. November 2015 - 2 AZR 217/15 - Rn. 51 bis 53*), hat sie im vorliegenden Revisionsverfahren nicht erneut erhoben. 66
- d) Die Anhörung des Betriebsrats war nicht wegen einer fehlerhaften Mitteilung der bestehenden Unterhaltspflichten der Klägerin unzureichend. 67
- aa) Allerdings war die diesbezügliche Angabe in dem Anhörungsschreiben falsch. Die Klägerin war nicht einem, sondern drei Kindern zum Unterhalt verpflichtet. Für das Landesarbeitsgericht stand aber nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fest, dass der Betriebsrat schon aufgrund der mehrfachen Vorbefassung mit der Klägerin über deren Unterhaltspflichten informiert war. Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Beklagte den Betriebsrat bewusst unrichtig oder irreführend unterrichtet hätte. Insofern bedarf es keiner näheren Prüfung, ob der Beklagten Kenntnis von der zutreffenden Anzahl der Unterhaltspflichten der Klägerin jedenfalls aufgrund der Angabe in ihrer E-Mail vom 21. September 2008 an den damaligen Vorstandsvorsitzenden zuzurechnen war. Die Klägerin hat selbst darauf hingewiesen, dass sich aus ihrer Lohnsteuerkarte nur ein zu berücksichtigendes Kind ergeben habe. Für den Betriebsrat, der die zutreffende Zahl der unterhaltsberechtigten Kinder der Klägerin kannte, war ebenfalls erkennbar, dass es sich bei der Angabe in dem Anhörungsbogen nur um einen Irrtum bzw. um die aus der Lohnsteuerkarte ersichtliche Zahl unterhaltsberechtigter Kinder der Klägerin handeln konnte, auch wenn 68

das Anhörungsschreiben nicht ausdrücklich den Hinweis „laut Lohnsteuerkarte“ enthält.

bb) Soweit die Klägerin umfangreich ausführt, es sei dennoch davon auszugehen, dass die Beklagte den Betriebsrat bewusst unrichtig über die Unterhaltspflichten der Klägerin informiert habe, da der Vorstandsvorsitzende aus der E-Mail der Klägerin vom 21. September 2008 von ihren drei Kindern wusste, rechtfertigt dies keine andere Beurteilung. Die Klägerin setzt insoweit lediglich ihre Würdigung an die Stelle derjenigen des Landesarbeitsgerichts. 69

cc) Die Annahme der Klägerin, der Betriebsratsvorsitzende sei Erfüllungshilfe des Arbeitgebers bei der Abgabe von Erklärungen, findet im geltenden Recht keine Stütze. Er ist nach § 26 Abs. 2 Satz 2 BetrVG vielmehr die zur Entgegennahme von an den Betriebsrat gerichteten Erklärungen befugte Person. 70

dd) Die Betriebsratsanhörung erweist sich auch nicht deshalb als fehlerhaft, weil es im Anhörungsbogen heißt, die Klägerin habe ein unterhaltspflichtiges (*statt: unterhaltsberechtigtes*) Kind. Entgegen den Ausführungen der Klägerin wird dem Betriebsrat damit nicht suggeriert, die Klägerin habe ein Kind, welches ihr Unterhalt schulde. Die etwas unpräzise, aber gängige und häufig verwendete Formulierung kann man nicht anders verstehen, als dass die Klägerin gegenüber dem Kind unterhaltspflichtig ist. Es handelt sich um einen umgangssprachlichen Gebrauch des Wortes „unterhaltspflichtig“ dessen regelmäßig gemeinte Bedeutung allen am Arbeitsleben Beteiligten bekannt ist. Für den Umstand, dass die Beklagte damit behauptet habe, der Klägerin stünden Unterhaltsansprüche gegen ein Kind zu, und dies auch vom Betriebsrat so verstanden worden sei, gibt es keine Anhaltspunkte. Die diesbezügliche Rüge blendet im Übrigen aus, dass die Klägerin in ihrer E-Mail vom 21. September 2008 an den Vorstandsvorsitzenden der Beklagten selbst angab, drei unterhaltspflichtige Kinder zu haben, und damit denselben umgangssprachlichen Wortlaut wählte. 71

e) Einer näheren Darlegung, wie die Beklagte die beiderseitigen Interessen am Fortbestand bzw. einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegeneinander abgewogen hatte, bedurfte es im Rahmen der Anhörung nicht. Die Anhörung zu der Absicht, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, implizierte eine Ab- 72

wägung zulasten der Klägerin (vgl. BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - Rn. 27, BAGE 146, 303). Auch soweit die Klägerin darauf hinweist, der Zeuge E habe bei seiner Aussage nicht gewusst, ob der Betriebsrat im Jahr 2009 die Mobbing-Vorwürfe der Klägerin mit den Kündigungsgründen der Beklagten gegeneinander abgewogen habe, ergibt sich daraus kein Indiz dafür, dass dem Betriebsrat das Anlagenkonvolut zum Anhörungsschreiben nicht vorgelegen habe. Die Klägerin begründet dies auch nicht weiter. Im Übrigen hat der Zeuge E bekundet, es sei „sicher so gewesen“, dass der Betriebsrat eine solche Abwägung angestellt habe, nur die Details seien ihm nicht mehr konkret in Erinnerung.

3. Bei Abfassung der Kündigung mit Schreiben vom 24. April 2009 war nach der Anhörung des Betriebsrats mit Schreiben vom 21. April 2009 zwar die Wochenfrist des § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG noch nicht abgelaufen. Die Beklagte hat die Kündigung nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts aber nicht aus ihrem Machtbereich herausgegeben, bevor ihr die Zustimmung und damit eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats (vgl. dazu BAG 12. Dezember 1996 - 2 AZR 803/95 - zu II 1 der Gründe) vorlag. 73

III. Die zulässige Revision der Klägerin ist gleichwohl begründet. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht die Kündigung der Beklagten vom 24. April 2009 nicht als sozial gerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ansehen. 74

1. Eine Kündigung ist iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG durch Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers bedingt und damit nicht sozial ungerechtfertigt, wenn dieser seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat, eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht und dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers über die Kündigungsfrist hinaus in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile nicht zumutbar ist. Auch eine erhebliche Verletzung der den Arbeitnehmer gemäß § 241 Abs. 2 BGB treffenden Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers kann eine Kündigung rechtfertigen (BAG 15. Dezember 2016 - 2 AZR 42/16 - Rn. 11; 19. November 75

2015 - 2 AZR 217/15 - Rn. 24; 3. November 2011 - 2 AZR 748/10 - Rn. 20). Eine Kündigung scheidet dagegen aus, wenn schon mildere Mittel und Reaktionen von Seiten des Arbeitgebers - wie etwa eine Abmahnung - geeignet gewesen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue zu bewirken (BAG 15. Dezember 2016 - 2 AZR 42/16 - aaO; 19. November 2015 - 2 AZR 217/15 - aaO; 31. Juli 2014 - 2 AZR 434/13 - Rn. 19). Einer Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 iVm. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung auch nach Ausspruch einer Abmahnung nicht zu erwarten oder die Pflichtverletzung so schwerwiegend ist, dass selbst deren erstmalige Hinnahme durch den Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und offensichtlich (auch für den Arbeitnehmer erkennbar) ausgeschlossen ist (BAG 15. Dezember 2016 - 2 AZR 42/16 - aaO; 19. November 2015 - 2 AZR 217/15 - aaO; 20. November 2014 - 2 AZR 651/13 - Rn. 22, BAGE 150, 109).

a) Droht der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber mit einem empfindlichen Übel, um die Erfüllung eigener streitiger Forderungen zu erreichen, kann - je nach den Umständen des Einzelfalls - ein erheblicher, ggf. sogar die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigender Verstoß gegen seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf dessen Interessen liegen. Eine auf ein solches Verhalten gestützte Kündigung setzt regelmäßig die Widerrechtlichkeit der Drohung voraus. Unbeachtlich ist demgegenüber, ob das Verhalten den Straftatbestand der Nötigung (§ 240 StGB) erfüllt (BAG 19. November 2015 - 2 AZR 217/15 - Rn. 36; 13. Mai 2015 - 2 AZR 531/14 - Rn. 43; 8. Mai 2014 - 2 AZR 249/13 - Rn. 19 f.).

76

b) Eine erhebliche Pflichtverletzung - die sogar eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann - stellen ferner grobe Beleidigungen des Arbeitgebers oder seiner Vertreter und Repräsentanten oder von Arbeitskollegen dar, die nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für den Betroffenen bedeuten (BAG 27. September 2012 - 2 AZR 646/11 - Rn. 22; 10. Dezember 2009 - 2 AZR 534/08 - Rn. 17 mwN). Zwar dürfen Arbeitnehmer - auch unternehmensöffentlich - Kritik am Arbeitgeber, ihren Vorgesetzten und den betrieb-

77

lichen Verhältnissen üben und sich dabei auch überspitzt äußern. In grobem Maße unsachliche Angriffe, die zur Untergrabung der Position eines Vorgesetzten führen können, muss der Arbeitgeber aber nicht hinnehmen (*vgl. zur außerordentlichen Kündigung: BAG 27. September 2012 - 2 AZR 646/11 - aaO; 10. Dezember 2009 - 2 AZR 534/08 - aaO; zur ordentlichen Kündigung: BAG 19. November 2015 - 2 AZR 217/15 - Rn. 37; 12. Januar 2006 - 2 AZR 21/05 - Rn. 45*).

2. Dem Berufungsgericht kommt bei der Prüfung und Interessenabwägung, ob eine Kündigung durch Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG bedingt ist, ein Beurteilungsspielraum zu. Seine Würdigung wird in der Revisionsinstanz lediglich daraufhin geprüft, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnormen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob es alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände widerspruchsfrei berücksichtigt hat (*BAG 15. Dezember 2016 - 2 AZR 42/16 - Rn. 12; 19. November 2015 - 2 AZR 217/15 - Rn. 25; 20. November 2014 - 2 AZR 651/13 - Rn. 24, BAGE 150, 109*). 78
3. Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil nicht stand. 79
- a) Allerdings ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts ohne Rechtsfehler, die E-Mail der Klägerin vom 21. September 2008 an den damaligen Vorstandsvorsitzenden der Beklagten enthalte eine widerrechtliche Drohung. 80
- aa) Das Landesarbeitsgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, aus Sicht des Erklärungsempfängers habe die Klägerin mit der Äußerung, sie würde es als unfair erachten, wenn der damalige Vorstandsvorsitzende der Beklagten von „Guerilla-Aktionen“ gegen sie und einer „himmelschreienden Ausländer- und Frauenfeindlichkeit“ im Unternehmen aus der amerikanischen Presse oder der „Oprah-Winfrey-Show“ erführe, angekündigt, die amerikanische Presse und die Medien einzuschalten, sollte die Beklagte ihren Forderungen nicht nachkommen. Dabei hat es den weiteren Kontext der E-Mail berücksichtigt, in der die Klägerin auf die Entfernung zwischen N (ihrem Wohn- und Arbeitsort) und M (einem Sitz der Beklagten) einerseits sowie

N und „welchem Ort auch immer in den USA“ anspielte. Ferner gab die Klägerin an, zu Loyalität und Geheimhaltung gegenüber der Beklagten nur solange verpflichtet zu sein, wie diese ihre Schutzpflichten ihr gegenüber erfülle. In diesem Zusammenhang hat das Landesarbeitsgericht auch die E-Mail vom 12. September 2008 zur Auslegung herangezogen, in welcher die Klägerin ihre Meinung kundtat, die von ihr beanstandeten Zustände müssten der Zeitschrift „Emma“, der internationalen Presse und der amerikanischen Börsenaufsicht zugänglich gemacht werden. Der Schluss, die Klägerin habe damit aus Sicht des Erklärungsempfängers gedroht, notfalls auch den längeren Weg bis in die USA zu gehen, um ihre Forderungen durchzusetzen, lässt keinen Verstoß gegen Auslegungsgrundsätze erkennen. Das Vorliegen einer Drohung wird nicht allein dadurch in Frage gestellt, dass die Klägerin selbst ein solches Vorgehen als „unfair“ bezeichnete. Gerade indem sie konkrete Druckmittel benannte, diese als unfair bezeichnete und gleichzeitig ihre Loyalitätspflicht gegenüber der Beklagten relativierte, drohte sie unterschwellig damit, bei Nichterfüllung ihrer Forderungen die angesprochenen Mittel einzusetzen. Soweit sich die Klägerin darauf beruft, es sei angesichts des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 GG stets von der für den Äußernden günstigsten Deutungsvariante auszugehen (*vgl. BVerfG 19. Dezember 2007 - 1 BvR 967/05 - zu I 5 der Gründe*), setzt dies voraus, dass es eine andere Deutungsmöglichkeit gibt. Dies hat das Landesarbeitsgericht ohne revisiblen Rechtsfehler ausgeschlossen.

bb) Das Landesarbeitsgericht durfte die Drohung auch als widerrechtlich ansehen, nachdem innerbetriebliche Konfliktlösungsmechanismen schon in Gang gesetzt, aber noch nicht abgeschlossen waren. 82

(1) Zwar fällt die Veranlassung einer Presseveröffentlichung unter den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG (*vgl. BGH 19. April 2005 - X ZR 15/04 - zu II 7 b aa (1) bis (3) der Gründe*). Die Meinungsfreiheit schützt Äußerungen in ihrer Verbreitungs- und Wirkungsdimension. Vom Schutz umfasst ist das Recht des Äußernden, das Verbreitungsmedium frei zu bestimmen. Deshalb muss auch die Frage, ob der mit der Information der Presse Drohende sich eines rechtmäßigen oder eines rechtswidrigen Mittels bedient, im Lichte dieses Grundrechts beurteilt werden. Eine Medienkampagne im Vorfeld oder am Ran- 83

de einer gerichtlichen Auseinandersetzung ist in den Grenzen des Ehrenschatzes erlaubt (vgl. BVerfG 17. Dezember 2002 - 1 BvR 755/99, 1 BvR 765/99 - zu III 1 b der Gründe; BGH 16. November 2004 - VI ZR 298/03 - zu II 1 b der Gründe). Wahre Tatsachen, auch wenn sie einen privaten Rechtsstreit betreffen, darf die Presse veröffentlichen. Man darf sie daher auch der Presse mitteilen. Ein Informant der Presse kann grundsätzlich nicht mit negativen Sanktionen bedroht werden, wenn die Presse selbst von Haftung frei ist. Auch die bloße Drohung, die Presse zu informieren, ist dann, für sich betrachtet, erlaubt (BGH 19. April 2005 - X ZR 15/04 - zu II 7 b aa (3) (a) der Gründe).

(2) Es ist jedoch nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht darauf abgestellt hat, für den von der Klägerin empfundenen Konflikt und die von ihr behaupteten Diskriminierungen habe es innerbetrieblich zahlreiche Lösungsansätze gegeben, die noch nicht abgeschlossen gewesen seien (zur Erstattung von Strafanzeigen trotz bestehender innerbetrieblicher Klärungsmöglichkeiten vgl. BAG 15. Dezember 2016 - 2 AZR 42/16 - Rn. 14, 20). In einer solchen Situation kann eine Einschaltung der Medien auch unter Berücksichtigung der Meinungsfreiheit eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB darstellen. 84

b) Das Landesarbeitsgericht hat indes nicht gewürdigt, ob die widerrechtliche Drohung nach den Umständen des Einzelfalls iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG die Kündigung bedingte. Aus dem Berufungsurteil wird nicht ersichtlich, dass es die Kündigung gestützt auf diese Pflichtverletzung als sozial gerechtfertigt erachtet hat. 85

c) Soweit das Landesarbeitsgericht die Kündigung als sozial gerechtfertigt angesehen hat, weil die Klägerin durch Schmähungen und Herabwürdigungen ihres Vorgesetzten ihre Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Beklagten gemäß § 241 Abs. 2 BGB verletzt habe, hat es ihre Äußerungen in den E-Mails vom 21. September 2008 und 30. März 2009 rechtsfehlerhaft als nicht vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG erfasst angesehen und deshalb nicht die Reichweite ihrer Pflicht zur vertraglichen Rücksichtnahme unter Beachtung der Bedeutung des Grundrechts bestimmt. 86

aa) Schmähkritik genießt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht den Schutz von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG (vgl. *BVerfG 30. Mai 2018 - 1 BvR 1149/17 - Rn. 7; 10. November 1998 - 1 BvR 1531/96 - zu B II 1 der Gründe, BVerfGE 99, 185; 10. Oktober 1995 - 1 BvR 1476/91 ua. - zu C III 2 der Gründe, BVerfGE 93, 266*). Eine Schmähung ist eine Äußerung - unter Berücksichtigung von Anlass und Kontext (vgl. *BVerfG 14. Juni 2019 - 1 BvR 2433/17 - Rn. 18; 10. Oktober 1995 - 1 BvR 1476/91 ua. - zu C III 3 der Gründe, aaO*) - jedoch nur dann, wenn jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern allein die Diffamierung der Person im Vordergrund steht (vgl. *BVerfG 30. Mai 2018 - 1 BvR 1149/17 - aaO; 10. Oktober 1995 - 1 BvR 1476/91 ua. - zu C III 2 der Gründe, aaO; 9. Oktober 1991 - 1 BvR 1555/88 - zu B II 3 der Gründe, BVerfGE 85, 1; 26. Juni 1990 - 1 BvR 1165/89 - zu B I 2 d der Gründe, BVerfGE 82, 272*). Wesentliches Merkmal der Schmähung ist eine das sachliche Anliegen völlig in den Hintergrund drängende persönliche Kränkung (vgl. *BVerfG 30. Mai 2018 - 1 BvR 1149/17 - aaO; 28. September 2015 - 1 BvR 3217/14 - Rn. 14*). Bedeutung und Tragweite der Meinungsfreiheit sind schon dann verkannt, wenn eine Äußerung unzutreffend als Formalbeleidigung oder Schmähkritik eingestuft, wird mit der Folge, dass sie dann nicht im selben Maß am Schutz des Grundrechts teilnimmt wie Äußerungen, die als Werturteil ohne beleidigenden oder schmähenden Charakter anzusehen sind (vgl. *BVerfG 14. Juni 2019 - 1 BvR 2433/17 - Rn. 19; 29. Juni 2016 - 1 BvR 2646/15 - Rn. 14*). Hält ein Gericht eine Äußerung fälschlich für eine Formalbeleidigung oder Schmähung mit der Folge, dass eine konkrete Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls entbehrlich wird, so liegt darin ein verfassungsrechtlich erheblicher Fehler, der zur Aufhebung der Entscheidung führt, wenn diese darauf beruht (vgl. *BVerfG 19. Februar 2019 - 1 BvR 1954/17 - Rn. 12; 18. August 1998 - 1 BvR 1955/94 - zu II 1 b der Gründe; 10. Oktober 1995 - 1 BvR 1476/91 ua. - zu C III 2 der Gründe, aaO*). Das gilt auch, wenn ein Gericht den Begriff der Schmähkritik in verfassungsrechtlich unzulässiger Art und Weise überdehnt und in der Folge die erforderliche Abwägung zwischen dem Ehrenschatz einerseits und der Meinungsfreiheit andererseits zumindest nicht im gebotenen Umfang unter Berücksichtigung aller Um-

stände des Einzelfalls vorgenommen hat (vgl. BVerfG 24. Juli 2013 - 1 BvR 444/13, 1 BvR 527/13 - Rn. 20). Der Begriff der Schmähkritik ist damit vor dem Hintergrund, dass es bei im Einzelfall gegenüberstehenden Grundrechtspositionen grundsätzlich einer Abwägung zwischen diesen unter Berücksichtigung aller wesentlicher konkreter Umstände bedarf, eng definiert. Nur ausnahmsweise kann im Sinne einer Regelvermutung auf eine Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls verzichtet werden (vgl. BVerfG 24. Juli 2013 - 1 BvR 444/13, 1 BvR 527/13 - Rn. 21).

bb) Unter Anwendung dieser Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht Äußerungen der Klägerin in den E-Mails vom 21. September 2008 und 30. März 2009 zu Unrecht als Schmähkritik und damit nicht vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG erfasst angesehen. 88

(1) Die Passage in der E-Mail vom 21. September 2008 an den damaligen Vorstandsvorsitzenden der Beklagten, der Vorgesetzte der Klägerin sei ein „unterbelichteter Frauen- und Ausländerhasser (weder Abitur, noch Studium, noch internationale Arbeitserfahrung, noch weniger interkulturelle Erfahrung, dem ich täglich die Grundlagen der BWL ... erklären darf ...)“, stellt keine Schmähkritik dar. 89

(a) Die Kritik mag überzogen, ausfällig und ungehörig sein, steht aber im Zusammenhang mit konkreten, von der Klägerin geschilderten Situationen, in denen sie sich als im Ausland geborene Frau ungerechtfertigt von einem Vorgesetzten zurückgesetzt sieht, der selbst nicht über die erforderlichen fachlichen und sozialen Kompetenzen für seine Funktion verfüge. Der Klägerin ging es sogar um die Sache, die sie zu ihren Gunsten zu beeinflussen versuchte, und nicht lediglich um eine persönliche Kränkung des Vorgesetzten. 90

(b) Das gilt umso mehr, als auch das Landesarbeitsgericht in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils - insoweit im Wesentlichen unstrittige - Umstände auflistet, die die Äußerungen der Klägerin als Reaktion auf das Verhalten des Vorgesetzten erscheinen lassen (*Wortwahl des Vorgesetzten: „angepisst“, „Schwanz einziehen“; fachliches Defizit bei der Unterscheidung „cost“ und „price“; sprachliche Entgleisung bei der Bezeichnung der Klägerin als* 91



beitnehmer für seine Meinungsäußerung nutzt und ob diese rational oder emotional, begründet oder unbegründet ist. Vom Grundrecht der Meinungsfreiheit umfasste Äußerungen verlieren den sich daraus ergebenden Schutz selbst dann nicht, wenn sie scharf oder überzogen geäußert werden (*vgl. BVerfG 28. November 2011 - 1 BvR 917/09 - Rn. 18 mwN*).

(bb) Während Tatsachenbehauptungen durch die objektive Beziehung zwischen der Äußerung und der Wirklichkeit geprägt werden und der Überprüfung mit Mitteln des Beweises zugänglich sind (*vgl. BVerfG 13. Februar 1996 - 1 BvR 262/91 - zu B II 2 der Gründe, BVerfGE 94, 1*), handelt es sich bei einer Meinung um eine Äußerung, die durch Elemente der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt ist (*vgl. BVerfG 13. April 1994 - 1 BvR 23/94 - zu B II 1 b der Gründe, BVerfGE 90, 241*). Bei der Frage, ob eine Äußerung ihrem Schwerpunkt nach als Tatsachenbehauptung oder als Werturteil anzusehen ist, kommt es entscheidend auf den Gesamtkontext der fraglichen Äußerung an (*vgl. BVerfG 24. Juli 2013 - 1 BvR 444/13, 1 BvR 527/13 - Rn. 18*). Die Abgrenzung zwischen Werturteilen und Tatsachenbehauptungen kann im Einzelfall schwierig sein, vor allem deshalb, weil die beiden Äußerungsformen nicht selten miteinander verbunden werden und erst gemeinsam den Sinn einer Äußerung ausmachen. In solchen Fällen ist der Begriff der Meinung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes weit zu verstehen: Sofern eine Äußerung, in der Tatsachen und Meinungen sich vermengen, durch die Elemente der Stellungnahme des Dafürhaltens oder Meinens geprägt sind, wird sie als Meinung von dem Grundrecht geschützt. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Trennung der wertenden und der tatsächlichen Gehalte den Sinn der Äußerung aufhobe oder verfälschte. Würde in einem solchen Fall das tatsächliche Element als ausschlaggebend angesehen, könnte der grundrechtliche Schutz der Meinungsfreiheit wesentlich verkürzt werden (*vgl. BVerfG 4. August 2016 - 1 BvR 2619/13 - Rn. 13 mwN*).

94

(cc) Das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG ist allerdings nicht schrankenlos gewährleistet, sondern gemäß Art. 5 Abs. 2 GG durch die allgemeinen Gesetze und das Recht der persönlichen Ehre beschränkt. Mit diesen muss es in ein ausgeglichenes Verhältnis gebracht werden (*vgl. BVerfG 25. Oktober*

95

2012 - 1 BvR 901/11 - Rn. 19; 13. Februar 1996 - 1 BvR 262/91 - zu B II 2 der Gründe, BVerfGE 94, 1; BAG 31. Juli 2014 - 2 AZR 505/13 - Rn. 43, BAGE 149, 1; 29. August 2013 - 2 AZR 419/12 - Rn. 35; 24. Juni 2004 - 2 AZR 63/03 - zu B III 2 a cc der Gründe). Die Verfassung gibt das Ergebnis einer solchen Abwägung nicht vor. Das gilt insbesondere dann, wenn auch auf Seiten des Arbeitgebers eine grundrechtlich geschützte Position betroffen ist. Durch Art. 12 GG wird die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers geschützt, die durch geschäftsschädigende Äußerungen verletzt sein kann. Auch gehört § 241 Abs. 2 BGB zu den allgemeinen, das Grundrecht auf Meinungsfreiheit beschränkenden Gesetzen. Zwischen der Meinungsfreiheit und dem beschränkenden Gesetz findet demnach eine Wechselwirkung statt. Die Reichweite der Pflicht zur vertraglichen Rücksichtnahme muss ihrerseits unter Beachtung der Bedeutung des Grundrechts bestimmt, der Meinungsfreiheit muss dabei also die ihr gebührende Beachtung geschenkt werden - und umgekehrt (vgl. BVerfG 8. September 2010 - 1 BvR 1890/08 - Rn. 20; 25. Oktober 2005 - 1 BvR 1696/98 - BVerfGE 114, 339; BAG 18. Dezember 2014 - 2 AZR 265/14 - Rn. 18; 31. Juli 2014 - 2 AZR 505/13 - Rn. 43, aaO).

(dd) Das Landesarbeitsgericht hat gemeint, die Bezeichnungen des Vorgesetzten als „unterbelichtet“ und „Frauen- und Ausländerhasser“ seien unwahre Tatsachenbehauptungen, weil die Klägerin nicht den Nachweis erbracht habe, dass sie zuträfen. Dabei hat es verkannt, dass die Äußerungen im Gesamtkontext eine - wenn auch einseitige und möglicherweise überzogene - Bewertung des von der Klägerin als demütigend empfundenen Verhaltens des Vorgesetzten und damit ein Werturteil darstellen. Indem es die Äußerungen der Klägerin - sei es als Schmähkritik, sei es als unwahre Tatsachenbehauptung - als nicht vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG umfasst angesehen hat, hat das Landesarbeitsgericht die verfassungsrechtlich gebotene Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit der Klägerin und der sie beschränkenden Pflicht zur Rücksichtnahme gemäß § 241 Abs. 2 BGB versäumt.

96

(2) Auch die Äußerungen der Klägerin in ihrer E-Mail vom 30. März 2009 über die fachlichen Fähigkeiten ihres Vorgesetzten hat das Landesarbeitsgericht als Schmähkritik verkannt. 97

(a) Das Berufungsgericht setzt sich schon nicht mit dem konkreten Inhalt der E-Mail auseinander, sondern spricht abstrakt von einem menschlich und fachlich vernichtenden Urteil über den Mitarbeiter. Damit fehlt es bereits an der erforderlichen, stets vom Wortlaut ausgehenden konkreten Deutung (*vgl. BVerfG 12. Mai 2009 - 1 BvR 2272/04 - zu II 3 a aa der Gründe*) des Inhalts der E-Mail und insbesondere ihres zu bestimmenden Aussagekerns (*vgl. BVerfG 6. September 2004 - 1 BvR 1279/00 - zu II 2 b der Gründe*). Die Ausführungen der Klägerin gehen - wenn auch einseitig und überzogen scharf - auf das Sachthema von ihr angenommener Leistungsdefizite des Vorgesetzten ein. Auch der Umstand, dass die E-Mail an mehrere Adressaten versandt wurde, macht sie nicht schon zur Schmähung, da die inhaltliche Auseinandersetzung nicht völlig in den Hintergrund tritt und einen konkreten Sachbezug hat. Das Urteil beruht auch insofern auf einer Verkennung von Bedeutung und Tragweite der Meinungsfreiheit und unterliegt der Aufhebung, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung der grundrechtlichen Anforderungen zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre (*vgl. BVerfG 4. August 2016 - 1 BvR 2619/13 - Rn. 15; 24. Juli 2013 - 1 BvR 444/13, 1 BvR 527/13 - Rn. 24*). 98

(b) Überdies verkennt das Landesarbeitsgericht die negative Meinungsfreiheit der Klägerin, wenn es annimmt, der Beklagten sei es schon allein deshalb nicht verwehrt, aufgrund der Äußerungen die Kündigungskonsequenz zu ziehen, weil die Klägerin es trotz des Hinweises in dem Schreiben der Beklagten vom 3. April 2009 unterlassen habe, sich bei ihrem Vorgesetzten förmlich zu entschuldigen und gegenüber den anderen Adressaten eine „offene Gegenerklärung“ abzugeben. Mit einer „Entschuldigung“ oder „Gegenerklärung“ wäre die Klägerin angehalten, sich einer anderen Meinung anzuschließen und diese als eigene auszugeben, was mit Art. 5 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren ist (*vgl. BGH 19. Juli 2018 - IX ZB 10/18 - Rn. 17 ff.*). Es ginge nicht um die Richtigstellung von Tatsachen, sondern um die Rücknahme von oder eine Entschuldigung 99

für Meinungsäußerungen. Allein der Umstand, dass die Klägerin nicht bereit war, eine fremde Meinung zu übernehmen, durfte ihr vom Landesarbeitsgericht nicht vorgeworfen werden. Unabhängig davon hat es nicht berücksichtigt, dass die Klägerin in ihrer E-Mail vom 16. April 2009 einem Teil ihrer Äußerungen bereits etwas an Schärfe genommen hatte.

d) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Äußerungen der Klägerin in ihren E-Mails vom 5. Februar 2009 und 12. September 2008 seien nicht dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG unterfallende Schmähungen, die die Beklagte in die Nähe verbrecherischer NS-Organisationen und der Mafia stellten, verkennt ebenfalls das Recht der Klägerin auf Meinungsfreiheit. 100

aa) Ähnlich wie bei der widerrechtlichen Drohung lässt sich dem Berufungsurteil nicht entnehmen, ob das Landesarbeitsgericht in diesem Sachverhalt einen eigenständigen Kündigungsgrund sieht oder nur einen ergänzenden Aspekt. 101

bb) Das Berufungsgericht hat die Ausführungen der Klägerin im Zusammenhang mit dem im Vergleich zu ihrer Situation von ihr als weniger groß angesehenen „Leid der Juden“ und der Bezugnahme auf den Film „Der Pate“ als Schmähungen bezeichnet und keine Abwägung mit dem Recht der Klägerin aus Art. 5 Abs. 1 GG angestellt. Es hat damit erneut verkannt, dass nur ausnahmsweise von einer „Schmähung“ ausgegangen werden kann, nämlich dann, wenn allein eine persönliche Diffamierung beabsichtigt ist, welche das sachliche Anliegen völlig in den Hintergrund drängt. 102

(1) Die Aussagen der Klägerin in der E-Mail vom 5. Februar 2009, „dass kein Jude in diesem Land jemals solche seelischen Qualen erleben musste, wie ich; und das ist mein Erleben und Empfinden“, enthalten zwar eine ungehörige, geschmacklose und maßlos übertreibende Beschreibung der von ihr als belastend empfundenen Konfliktsituation. Dabei handelt es sich aber erkennbar um eine Wertung, die auf von ihr als demütigend empfundenen Verhaltensweisen von Vorgesetzten beruht und damit gerade an dem Sachthema orientiert ist, die Probleme abzustellen. Das Gleiche gilt für die Bezugnahme auf den Film „Der Pate“, die erkennbar als Wertung und Meinung im Zusammenhang mit einem 103

konkreten Konflikt erfolgt. Die Klägerin äußerte sich zwar polemisch und überhöhte maßlos die von ihr empfundenen Belastungen. Dies sollte aber dazu dienen, eine von ihr als erforderlich gesehene Reaktion auf die Situation herbeizuführen. Wenn das Landesarbeitsgericht gleichwohl von einer „Schmähung“ spricht, verkennt es diese, eine konkrete Lage bewertende Aussage der Klägerin und nimmt rechtsfehlerhaft keine Abwägung mit ihrer Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG vor.

(2) Unabhängig davon hat das Landesarbeitsgericht den Aussagekern der Äußerungen der Klägerin verkannt. Voraussetzung jeder rechtlichen Würdigung von Äußerungen ist, dass ihr Sinn zutreffend erfasst worden ist. Ist eine Aussage mehrdeutig, so haben die Gerichte, wollen sie die zur Anwendung sanktionierender Normen führende Deutung ihrer rechtlichen Würdigung zugrunde legen, andere Auslegungsvarianten mit nachvollziehbaren und tragfähigen Gründen auszuschließen (*st. Rspr., vgl. BVerfG 24. Mai 2019 - 1 BvQ 45/19 - Rn. 12; 25. Oktober 2005 - 1 BvR 1696/98 - zu B I 2 b aa (1) der Gründe, BVerfGE 114, 339*). 104

(a) Soweit die Klägerin meinte, kein Jude in diesem Land habe jemals solche seelischen Qualen erleben müssen wie sie, übertrieb sie zwar in besonders geschmackloser Weise eine Konfliktsituation am Arbeitsplatz. Es ist aber nicht auf der Hand liegend daraus abzuleiten, sie hätte damit die Beklagte in die Nähe verbrecherischer NS-Organisationen gerückt. Die Klägerin setzte zwar das von ihr empfundene Leid in Relation zu dem Leid nationalsozialistischer Opfer. Das ist angesichts des Ausmaßes der in der Vergangenheit begangenen Verbrechen ungehörig und historisch nicht zu rechtfertigen, stellte aber nicht zwingend eine Nähe der Beklagten zu dem Terrorregime her (*vgl. hierzu schon das erste Revisionsurteil in dieser Sache vom 19. November 2015 - 2 AZR 217/15 - Rn. 38*). Die Klägerin sprach ausdrücklich von ihrem „Erleben und Empfinden“ und zeigte damit eher eine übersteigerte Selbstwahrnehmung auf, als dass sie die Beklagte mit dem Nationalsozialismus in Verbindung brachte. Damit stellte sie klar, dass es sich um eine subjektiv geprägte Äußerung handelte. Das Berufungsgericht hat sich mit dieser zumindest bestehenden Mehrdeutigkeit der Äußerung nicht auseinandergesetzt und auch nicht mit nachvollziehbaren Argu- 105

menten die Deutungsmöglichkeit ausgeschlossen, die Klägerin habe nur die Größe ihres Leids betonen wollen, ohne die Beklagte mit verbrecherischen NS-Organisationen zu vergleichen. Das Landesarbeitsgericht ist im Zusammenhang mit anderen Äußerungen („Witz“ mit der Pistole; „Schloss mit freier Holz-zuteilung“) stets von der für die Klägerin nachteiligsten Interpretation ausgegangen, ohne ihre Meinungsfreiheit auch nur am Rande zu berücksichtigen. Zwar spielte die Klägerin erkennbar mit Assoziationen zum Massenmord an den Juden. Das Landesarbeitsgericht hat hier aber den Kontext ihrer Äußerungen aus dem Blick verloren. Die Klägerin sah sich angegriffen, gedemütigt und diskriminiert und wollte - in unmäßiger Überhöhung - das von ihr empfundene Leid beschreiben.

(b) In ihrer E-Mail vom 5. Februar 2009 stellte die Klägerin die Beklagte hinsichtlich ihrer Führungsstruktur und dem Verhalten ihrer Vertreter nicht dadurch in die Nähe der Mafia, dass sie schrieb „Das Ganze hält die Erinnerung wach an meinen Lieblingsfilm: Der Pate“. Der Film „Der Pate“ wurde nicht im Zusammenhang mit Mafiamethoden erwähnt, sondern nachdem die Klägerin von Intrigen sprach, wie sie sie noch in keinem anderen Unternehmen der Welt erlebt habe. Damit lässt sich der Vergleich auch auf rein innerbetriebliche intrigante Strukturen beziehen, die es auch abseits vom organisierten Verbrechen gibt. Die von der Klägerin nicht vorgegebene Konnotation „Mafia“ hat das Landesarbeitsgericht auch hier gewählt, ohne andere Deutungsmöglichkeiten auszuschließen. 106

e) Da das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft ohne eine Abwägung mit ihrer Meinungsfreiheit eine Verletzung der Pflicht der Klägerin zur Rücksichtnahme gemäß § 241 Abs. 2 BGB durch Schmähungen und Herabwürdigungen ihres Vorgesetzten angenommen hat, entfällt ebenso die Grundlage für seine Interessenabwägung. Auch diese hielte indes einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 107

- aa) Das Landesarbeitsgericht hat aus der Reaktion der Klägerin auf das Schreiben der Beklagten vom 3. April 2009 eine Wiederholungsgefahr abgeleitet. Es hat dabei nicht gewürdigt, dass die Klägerin in ihrer E-Mail vom 16. April 2009 zumindest in Teilen von ihren Formulierungen Abstand nahm und diese als auch für ihren Geschmack „ein wenig zu scharf geraten“ bezeichnete (vgl. hierzu das erste Revisionsurteil vom 19. November 2015 - 2 AZR 217/15 - Rn. 41). 108
- bb) Im Rahmen der Interessenabwägung hat das Berufungsgericht erneut gemeint, es gebe für die Äußerungen der Klägerin keine Tatsachengrundlage. Ihnen fehle die „Realitätsnähe“. Damit hat es wiederum verkannt, dass es nicht um unwahre Tatsachenbehauptungen geht, sondern um stark subjektiv geprägte Meinungsäußerungen der Klägerin. 109
- cc) Die Würdigung des Berufungsgerichts, die in den E-Mails zum Ausdruck gekommene sprachliche Gewandtheit spreche dafür, dass die Klägerin „durchaus im Vollbesitz ihrer geistigen Kräfte gewesen“ sei, ist für sich genommen nicht geeignet, ihren Einwand zu widerlegen, sie habe sich in einem wochen- oder monatelangen Morphinrausch befunden, was bei der Beurteilung ihrer Äußerungen zu berücksichtigen sei. Sprachliche Gewandtheit und medikamentös herbeigeführter Ausnahmezustand schließen sich nicht zwingend aus. 110
- dd) Soweit das Landesarbeitsgericht abschließend erneut eine „erhebliche Wiederholungsgefahr“ angenommen hat, weil es der Klägerin an einer „ausreichenden Distanz zur eigenen Position“ fehle, hat es nicht begründet, warum dem „ungebührlichen Auftreten der Klägerin im Verhandlungstermin am 14.12.2018“ - annähernd zehn Jahre nach Ausspruch der Kündigung - Bedeutung zukommt. Die Wirksamkeit einer Kündigung ist grundsätzlich nach den objektiven Verhältnissen im Zeitpunkt ihres Zugangs zu beurteilen. Dieser Zeitpunkt ist sowohl für die Prüfung des Kündigungsgrundes als auch für die Interessenabwägung maßgebend (BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 52, BAGE 134, 349). 111

- IV. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Insbesondere erweist sich die Kündigung nicht schon nach § 7 KSchG als wirksam. Die Klägerin hat mit ihrer am 29. April 2009 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage gegen die Kündigung vom 24. April 2009 die Frist des § 4 Satz 1 KSchG gewahrt. 112
- V. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO). Der Senat kann die Würdigung, ob die Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial ungerechtfertigt ist, nicht selbst vornehmen. Hierfür bedarf es weiterer Feststellungen. 113
1. Das Landesarbeitsgericht hat bisher nicht gewürdigt, ob die Kündigung wegen der von ihm angenommenen widerrechtlichen Drohung der Klägerin sozial gerechtfertigt ist. In diesem Zusammenhang fehlt es an Feststellungen dazu, ob die Beklagte aufgrund ihrer internationalen Tätigkeit schwerwiegende Reputationsverluste befürchten und für wie ernsthaft sie die Drohungen der Klägerin halten musste, welche erwartbaren Auswirkungen eine etwaige Information der US-amerikanischen Medienöffentlichkeit durch die Klägerin gehabt hätte bzw. welche gangbaren Möglichkeiten der Beklagten zur Verfügung gestanden hätten, ihre Interessen in diesem Zusammenhang zu wahren. 114
2. Ferner hat das Landesarbeitsgericht die von ihm als beleidigend und herabsetzend eingestuften Äußerungen der Klägerin nicht vor dem Hintergrund ihres Rechts auf Meinungsfreiheit (*Art. 5 Abs. 1 GG*) gewürdigt, da es rechtsfehlerhaft von Schmähkritik und/oder unwahren Tatsachenbehauptungen ausgegangen ist. Auf dieser Verkennung der Bedeutung und Tragweite des Grundrechts auf Meinungsfreiheit beruht das Berufungsurteil. Es ist zwar nicht zwingend, aber auch nicht auszuschließen, dass das Landesarbeitsgericht bei Berücksichtigung der grundrechtlichen Anforderungen zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre (*vgl. BVerfG 28. März 2017 - 1 BvR 1384/16 - Rn. 22 f.; 4. August 2016 - 1 BvR 2619/13 - Rn. 16*). Die Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit der Klägerin und der diese begrenzenden Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Beklagten gemäß § 241 Abs. 2 BGB ist im Rah-

men einer Neuentscheidung nachzuholen. Hierfür wird das Landesarbeitsgericht Feststellungen zu treffen haben, ob die Klägerin durch Verhaltensweisen ihres Vorgesetzten zu ihren polemischen Äußerungen herausgefordert worden ist und welche Bedeutung angesichts der konkreten Umstände des Einzelfalls ihren etwaigen Pflichtverstößen zukommt, etwa im Hinblick auf innerbetriebliche Auswirkungen.

VI. Der Aufhebung und Zurückverweisung unterliegt auch die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts über das Zwischenzeugnis. Die Klägerin hat dieses nur für den Fall des Fortbestehens ihres Arbeitsverhältnisses begehrt (*vgl. BAG 19. November 2015 - 2 AZR 217/15 - Rn. 57*), so dass das Landesarbeitsgericht den Antrag nicht als unbegründet hätte abweisen dürfen. 116

VII. Ebenso wird das Landesarbeitsgericht erneut über den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Bestandsschutzverfahrens zu entscheiden haben. Die Weiterbeschäftigungsanträge sind auch in der Fassung der Revisionsanträge nicht zu einer insoweit stattgebenden Endentscheidung reif (*vgl. § 563 Abs. 3 ZPO*). 117

1. Zwar macht die Klägerin geltend, ihr stehe der Weiterbeschäftigungsanspruch „unabhängig vom aktuellen Schicksal des Kündigungsschutzantrags“ zu, da sie bereits nach dem erstinstanzlichen Urteil mit ihrem Bestandsschutzantrag erfolgreich gewesen sei. Ihre Anträge auf vorläufige Weiterbeschäftigung enthalten demgemäß in der Fassung der vorliegenden Revisionsanträge auch nicht mehr den Zusatz „für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu Ziffer 1“. Danach ist nicht anzunehmen, die Klägerin wolle die Weiterbeschäftigungsanträge weiterhin nur als Hilfsanträge stellen, so dass sie dem Senat aufgrund des zurückverweisenden Urteils nicht zur Entscheidung anfielen. 118

2. Die Weiterbeschäftigungsanträge der Klägerin sind aber auch als Hauptanträge verstanden nicht zu einer stattgebenden Endentscheidung reif. 119

- a) Zum einen kann die Klägerin ihren unechten Hilfsantrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung aus den Vorinstanzen nicht im Revisionsverfahren mit Erfolg zu einem Hauptantrag machen. Das betrifft auch den „allgemeineren“, als Hilfsantrag zum ersten Weiterbeschäftigungsantrag gekennzeichneten Antrag. Antragsänderungen im Revisionsverfahren sind nach § 559 ZPO grundsätzlich ausgeschlossen, weshalb eine solche Klageänderung in der Revisionsinstanz nicht statthaft ist (vgl. *BGH 18. September 1958 - II ZR 332/56 - zu II der Gründe, BGHZ 28, 131*). Eine Ausnahme gilt zwar ua. für die Fälle, in denen die Änderung nur eine Beschränkung oder Modifikation des früheren Antrags darstellt und sich auf einen Sachverhalt stützt, der vom Berufungsgericht bereits gewürdigt worden ist (vgl. *BGH 27. November 2014 - I ZR 124/11 - Rn. 110; 5. Dezember 2012 - I ZR 85/11 - Rn. 24*). Ein solcher Ausnahmefall liegt aber nicht bei einem Übergang vom (unechten) Hilfs- auf einen Hauptantrag vor, auch wenn er vom Berufungsgericht beschieden wurde (vgl. *BGH 6. Dezember 2006 - XII ZR 190/06 - Rn. 14 ff., BGHZ 170, 176; vgl. dagegen für den umgekehrten Fall des Übergangs vom Haupt- zum Hilfsantrag BGH 28. September 1989 - IX ZR 180/88 - zu 1 der Gründe; zT aA MüKoZPO/Krüger 5. Aufl. § 559 Rn. 19*). 120
- b) Selbst wenn man von in der Revisionsinstanz zulässigen unbedingten Weiterbeschäftigungsanträgen ausginge, fehlte hierfür gegenwärtig die erforderliche Anspruchsgrundlage. 121
- aa) Bei einem auf die Rechtsprechung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts (*BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - BAGE 48, 122*) gestützten Weiterbeschäftigungsanspruch muss es sich bei dem die Unwirksamkeit der Kündigung feststellenden Urteil um ein solches der jeweiligen Instanz handeln, also um das Urteil des Arbeitsgerichts, soweit dieses über die vorläufige Weiterbeschäftigung entscheidet, und um ein Urteil des Landesarbeitsgerichts, wenn dort ein Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung gestellt ist. Im Fall von - wie hier - divergierenden instanzgerichtlichen Entscheidungen und einem zurückverweisenden Urteil des Revisionsgerichts ist die Lage als ebenso offen anzusehen, wie wenn noch keine gerichtliche Entscheidung vorläge und des- 122

halb Ungewissheit über den Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens besteht (vgl. BAG 30. Januar 1986 - 2 AZR 429/83 C - zu II 2 der Gründe).

bb) Zudem hat sich im Streitfall nach Verkündung des der Kündigungsschutzklage stattgebenden arbeitsgerichtlichen Urteils die Sachlage dahingehend geändert, dass die Beklagte zweitinstanzlich einen Auflösungsantrag nach den §§ 9, 10 KSchG gestellt hat. Die daraus folgende Ungewissheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses entspricht derjenigen, die vor Verkündung des erstinstanzlichen Urteils bestanden hat und begründet das schutzwürdige Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung der Klägerin (vgl. zur Auswirkung eines zweitinstanzlich gestellten Auflösungsantrags auf den Weiterbeschäftigungsanspruch BAG 16. November 1995 - 8 AZR 864/93 - zu E der Gründe, BAGE 81, 265; zur Auswirkung weiterer Kündigungen auf den Weiterbeschäftigungsanspruch vgl. BAG 19. Dezember 1985 - 2 AZR 190/85 - zu B II 2 der Gründe, BAGE 50, 319).

VIII. Für die neue Verhandlung und Entscheidung sind noch folgende weitere Hinweise veranlasst: 124

1. Das Landesarbeitsgericht wird zu prüfen haben, ob die von ihm als widerrechtliche Drohung angesehene Äußerung der Klägerin allein oder zusammen mit anderen Bekundungen einen Grund für die soziale Rechtfertigung der Kündigung darstellt. Dabei hat es zu beachten, dass auch die Drohung mit einer Information der Presse in den Schutzbereich des Grundrechts auf Meinungsfreiheit fallen kann. Ferner hat das Berufungsgericht der Beklagten Gelegenheit zu geben auszuführen, ob und ggf. aus welchen Gründen die Drohung der Klägerin, die im Kündigungszeitpunkt bereits sieben Monate zurücklag, für sie immer noch von Gewicht war bzw. ob spätere Äußerungen der Klägerin eine Fortwirkung der Drohung begründeten. 125

2. Hinsichtlich der vom Landesarbeitsgericht als herabsetzend eingestuftten Äußerungen der Klägerin wird es zu beachten haben, dass es sich hierbei weder um Schmähkritik noch um unwahre Tatsachenbehauptungen handelte, sondern um Meinungsäußerungen, die dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG unterliegen. In diesem Zusammenhang wird das Berufungsgericht festzu- 126

stellen und zu würdigen haben, wie sich Vorgesetzte gegenüber der Klägerin verhalten haben, ob die Klägerin durch betriebliche Vorkommnisse zu ihren Äußerungen veranlasst wurde und ob ihre Äußerungen Auswirkungen im Betrieb hatten.

3. Soweit das Landesarbeitsgericht meint, die Klägerin rücke die Führungsstruktur der Beklagten und das Verhalten ihrer Vertreter in die Nähe verbrecherischer NS-Organisationen oder der Mafia, wird es auch insoweit das Grundrecht der Klägerin auf Meinungsfreiheit zu beachten haben. Bei der Bestimmung des Aussagekerns ihrer Äußerungen wird es zu prüfen haben, ob es - was jedenfalls nicht auf der Hand liegt (*vgl. BAG 19. November 2015 - 2 AZR 217/15 - Rn. 38*) - andere Auslegungsvarianten mit nachvollziehbaren und tragfähigen Gründen ausschließen kann. 127

4. Sollte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis kommen, es liege ein Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung vor, wird es bei der gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten haben, dass die Klägerin mit ihrer E-Mail vom 16. April 2009 noch vor der Kündigung einen Teil ihrer Äußerungen selbstkritisch bewertete. Gegebenenfalls wird das Landesarbeitsgericht den Vortrag der Klägerin zu berücksichtigen haben, sie habe sich wegen der Einnahme von Opiaten in einem Ausnahmezustand befunden. Dabei hat es klarzustellen, ob es die diesbezüglichen Ausführungen und Beweisantritte für ausreichend substantiiert hält. 128

5. Soweit das Landesarbeitsgericht anlässlich der neuen Verhandlung zu dem Ergebnis kommen sollte, die Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt, ist über den Auflösungsantrag der Beklagten zu entscheiden. Hierzu hat sich der Senat in seiner Entscheidung vom 19. November 2015 (*- 2 AZR 217/15 - Rn. 59 ff.*) bereits ebenso geäußert wie zur Zulässigkeit der Berufung der Beklagten (*dort Rn. 19 ff.*), der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der §§ 9, 10 KSchG (*dort Rn. 62 ff.*) und der fehlenden Verpflichtung zu einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union (*dort Rn. 77*). 129

IX. Der Senat hat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch macht. 130

Rachor

Niemann

Schlünder

Grimberg

Wolf