

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 17/23

15 Sa 284/22

Landesarbeitsgericht

Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

24. August 2023

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. August 2023 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann und Dr. Schlünder sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Grimberg und Dr. Klein für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 19. Dezember 2022 - 15 Sa 284/22 - insoweit aufgehoben, wie es die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hannover vom 24. Februar 2022 - 10 Ca 147/21 - bezüglich des Feststellungsantrags und des Zahlungsantrags zurückgewiesen hat.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.
3. Im Übrigen wird die Revision der Beklagten als unzulässig verworfen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz noch über die Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung, Annahmeverzugsansprüche für den Zeitraum August bis Dezember 2021 sowie die Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses. 1

Der Kläger arbeitete seit 1999 bei der Beklagten, die etwa 2.100 Arbeitnehmer beschäftigt, zuletzt als Gruppenleiter Lagerlogistik. Im Zuge einer Restrukturierung schloss der Kläger ua. mit der Beklagten im Mai 2021 einen Aufhebungsvertrag, der eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Dezember 2021 und die Zahlung einer Abfindung vorsah. 2

Der Kläger war seit 2014 mit fünf anderen Arbeitnehmern der Beklagten Mitglied einer Chatgruppe des Messengerdienstes WhatsApp. Von November 2020 bis Januar 2021 gehörte der Gruppe ein ehemaliger Arbeitskollege an. Die Gruppenmitglieder waren nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts „langjährig befreundet“, zwei miteinander verwandt. Neben rein privaten Themen äußerte sich der Kläger in einigen seiner Chatbeiträge - wie auch verschiedene 3

andere Gruppenmitglieder - in beleidigender, fremdenfeindlicher, sexistischer und menschenverachtender Weise über Vorgesetzte sowie Kollegen und rief teilweise zu Gewalt gegen diese auf.

Das vorübergehend der Chatgruppe angehörende Mitglied zeigte im Rahmen eines Gesprächs über einen Arbeitsplatzkonflikt einem Mitarbeiter der Beklagten den Chatverlauf auf seinem Smartphone, der davon eine Kopie an sich weiterleitete. Von dem Chatverlauf erlangten in der Folgezeit der Betriebsratsvorsitzende sowie die Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen der Beklagten Kenntnis. Am 7. Juli 2021 teilte der Betriebsratsvorsitzende dem Personalleiter der Beklagten während dessen Urlaubsabwesenheit telefonisch das Bestehen der Chatgruppe mit und berichtete über den Inhalt des ihm bekannten Chatverlaufs. Im Nachgang zu diesem Gespräch übersandte er dem Personalleiter ein 316-seitiges Word-Dokument mit dem Inhalt des Chatverlaufs für die Zeit vom 19. November 2020 bis 17. Januar 2021. In einem unter dem 8. Juli 2021 verfassten Schriftstück bestätigte das ausgeschiedene Chatgruppen-Mitglied die inhaltliche Richtigkeit des Chatverlaufs. Diese Erklärung wurde anschließend an den Personalleiter weitergeleitet. In der Folgezeit hörte die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 22. Juli 2021 zum Inhalt des Chatverlaufs an. Dieser gab unter dem 25. Juli 2021 eine schriftliche Stellungnahme ab.

4

Die Beklagte kündigte nach Anhörung des Betriebsrats mit Schreiben vom 28. Juli 2021 das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise mit Auslauffrist zum 31. März 2022.

5

Hiergegen hat sich der Kläger mit seiner rechtzeitig beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage gewandt. Er meint, der Inhalt des Chatverlaufs habe von der Beklagten nicht verwendet werden dürfen und dürfe auch im Rechtsstreit nicht verwertet werden, da es sich um einen reinen privaten Austausch gehandelt habe. Die Beklagte habe die Kündigungserklärungsfrist nicht gewahrt. Für die Zeit ab August 2021 habe er Anspruch auf Vergütung aus Annahmeverzug.

6

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt

7

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 28. Juli 2021 nicht aufgelöst ist, sondern bis zum 31. Dezember 2021 fortbestand,
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 21.340,80 Euro brutto abzüglich gezahlter Entgeltersatzleistung iHv. 13.390,06 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. Februar 2022 zu zahlen,
3. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein qualifiziertes Zeugnis zu erteilen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, durch die zahlreichen beleidigenden, rassistischen, teilweise menschenverachtenden und sexistischen Äußerungen und die Aufrufe zur Gewalt habe der Kläger seine arbeitsvertraglichen Pflichten schwerwiegend verletzt. Er habe nicht darauf vertrauen dürfen, dass seine Äußerungen nicht von einem der Chatgruppen-Mitglieder nach außen getragen werden. 8

Das Arbeitsgericht hat der Klage - soweit für die Revision von Interesse - stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt sie ihren Klageabweisungsantrag weiter. 9

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist teilweise unzulässig. Im Umfang ihrer Zulässigkeit ist sie begründet. 10

I. Die Revision ist mangels einer Begründung (§ 552 Abs. 1 Satz 2 ZPO) hinsichtlich der Verurteilung zur Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses unzulässig und insoweit zu verwerfen (§ 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO; zu den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Begründung der Revision vgl. BAG 21. Dezember 2022 - 7 AZR 489/21 - Rn. 44). Vorliegend fehlt es 11

an einer Auseinandersetzung mit der auf die gesetzliche Verpflichtung zur Zeugniserteilung aus der Gewerbeordnung - wenn auch mit falschem Paragraphenzitat - abstellenden Begründung des Landesarbeitsgerichts.

II. Im Übrigen ist die Revision der Beklagten zulässig und begründet. Das Landesarbeitsgericht hat ihre Berufung gegen das dem Bestandsschutzantrag und dem Zahlungsantrag stattgebende erstinstanzliche Urteil unter Verletzung einer Rechtsnorm zurückgewiesen (§ 73 Abs. 1 Satz 1 ArbGG). Das Berufungsurteil ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 12

1. Der vom Landesarbeitsgericht keiner Auslegung entsprechend § 133 BGB unterzogene Bestandsschutzantrag ist als Antrag iSv. § 4 Satz 1 KSchG zu verstehen. Bei dem auf die Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses bezogenen Zusatz handelt es sich, mangels näherer Begründung des Klägers hierzu, um ein überflüssiges unselbständiges Anhängsel ohne eigene prozessrechtliche Bedeutung iSv. § 256 Abs. 1 ZPO (vgl. BAG 24. Oktober 2018 - 10 AZR 19/18 - Rn. 10; 16. Mai 2002 - 8 AZR 320/01 - zu B II 2 der Gründe). 13

2. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht von einer ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats (§ 102 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BetrVG, vgl. hierzu BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 678/19 - Rn. 14 ff., BAGE 170, 191) sowie der Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB (vgl. hierzu BAG 5. Mai 2022 - 2 AZR 483/21 - Rn. 12 ff.; 27. Juni 2019 - 2 ABR 2/19 - Rn. 18 ff.) ausgegangen. Diesbezüglich zeigt weder der Kläger revisionsrechtlich erhebliche Fehler auf noch sind solche erkennbar. Insbesondere durfte die Beklagte angesichts der Zahl der beteiligten Personen und des Umfangs der Chatprotokolle zunächst weitere Ermittlungen anstellen und eine Anhörung des Klägers zu den Vorwürfen abwarten, bevor sie die Kündigung aussprach. 14

3. Das Landesarbeitsgericht ist ferner zutreffend davon ausgegangen, dass hinsichtlich der von der Beklagten zum Gegenstand ihres Vortrags gemachten Äußerungen des Klägers in der Chatgruppe kein Sachvortragsverwertungsverbot besteht. 15

- a) Die Frage, ob die Gerichte für Arbeitssachen erhebliches, personenbezogene Daten betreffendes Prozessvorbringen der Parteien und ggf. deren Beweisbeiträge bei ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigen dürfen bzw. müssen, beantwortet sich nach Inkrafttreten der DSGVO nach deren Vorschriften. Die DSGVO regelt die Zulässigkeit von Datenverarbeitungen auch im Verfahren vor den nationalen Zivilgerichten (*vgl. hierzu und zum Folgenden BAG 29. Juni 2023 - 2 AZR 296/22 - Rn. 23 ff.*) 16
- aa) Nach Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e DSGVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig, wenn sie für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde. Gemäß Art. 6 Abs. 3 Satz 1 Buchst. b DSGVO kann die Rechtsgrundlage für entsprechende Verarbeitungen durch das Recht des Mitgliedstaats festgelegt werden, dem der Verantwortliche unterliegt. Dieses muss nach Art. 6 Abs. 3 Satz 4 DSGVO ein im öffentlichen Interesse liegendes Ziel verfolgen und in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten legitimen Zweck stehen. Davon ist auszugehen, wenn die Zivilgerichte (*EuGH 2. März 2023 - C-268/21 - [Norra Stockholm Bygg] Rn. 32*) - zu denen nach unionsrechtlichem Verständnis auch die Gerichte für Arbeitssachen gehören (*zu einem Kündigungsschutzprozess als zivilrechtliche Streitigkeit iSd. Brüssel Ia-VO vgl. BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 - Rn. 16*) - die ihnen durch das nationale Recht übertragenen gerichtlichen Befugnisse ausüben (*EuGH 4. Mai 2023 - C-60/22 - [Bundesrepublik Deutschland] Rn. 73*). 17
- bb) Ein Sachvortrags- oder Beweisverwertungsverbot kommt - gerade auch im Geltungsbereich der DSGVO und im Lichte von Art. 47 Abs. 2 GRC - nur in Betracht, wenn die Nichtberücksichtigung von Vorbringen oder eines Beweismittels wegen einer durch Unionsrecht oder Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Rechtsposition des Arbeitnehmers zwingend geboten ist (*vgl. BAG 29. Juni 2023 - 2 AZR 296/22 - Rn. 27 f.*) 18
- cc) Dabei kann vorliegend zugunsten des klagenden Arbeitnehmers unterstellt werden, dass sich unter Geltung von Art. 17 Abs. 3 Buchst. e DSGVO in 19

verfassungskonformer Auslegung des nationalen Verfahrensrechts ausnahmsweise das Verbot für das Gericht ergeben kann, Sachvortrag oder Beweismittel zu verwerten, die im Zuge einer das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (*Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG*) des Arbeitnehmers verletzenden Datenverarbeitung vom Arbeitgeber erlangt wurden. Ein solcher Tatbestand führte dazu, dass es an einer Rechtsgrundlage im mitgliedstaatlichen Verfahrensrecht iSv. *Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e iVm. Abs. 3 Satz 1 Buchst. b DSGVO* fehlte. Dies hätte wiederum zur Folge, dass auch eine unionsrechtliche Ermächtigung für die Datenverarbeitung durch ein Gericht nicht vorhanden wäre (*vgl. BAG 29. Juni 2023 - 2 AZR 296/22 - Rn. 29*).

b) Weder die Zivilprozessordnung noch das Arbeitsgerichtsgesetz enthalten Bestimmungen, die die Verwertbarkeit von Erkenntnissen oder Beweismitteln einschränken, die eine Arbeitsvertragspartei - auch rechtswidrig - erlangt hat. Ein Verwertungsverbot kann sich allerdings aus einer verfassungskonformen Auslegung des Verfahrensrechts ergeben. Da der Anspruch auf rechtliches Gehör aus *Art. 103 Abs. 1 GG* aber grundsätzlich gebietet, den Sachvortrag der Parteien und die von ihnen angebotenen Beweise zu berücksichtigen, kommt ein „verfassungsrechtliches Verwertungsverbot“ nur in Betracht, wenn dies wegen einer grundrechtlich geschützten Position einer Prozesspartei zwingend geboten ist (*BAG 15. November 2022 - 3 AZR 42/22 - Rn. 33 mwN*).

c) Das ist vorliegend nicht der Fall. Durch die gerichtliche Verwertung der von der Beklagten dem Kläger vorgeworfenen Äußerungen in dem Chatverlauf findet kein grundrechtswidriger Eingriff in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht statt.

aa) Die von der Beklagten nicht zielgerichtet oder auf ihre Veranlassung hin - etwa über eine Ausspähung - erlangten, sondern ihr über eine Kette von Mitarbeitern, die von deren Inhalt bereits Kenntnis hatten, überlassenen, verschriftlichten Äußerungen des Klägers, betreffen nicht dessen unantastbaren Intim-, sondern allenfalls seinen Privatbereich (*vgl. BVerfG 21. Oktober 2020 - 2 BvR 652/20 - Rn. 31; 18. April 2018 - 2 BvR 883/17 - Rn. 25 ff.*). Bei Äußerungen in einer aus sieben Personen bestehenden Chatgruppe hatte der Kläger

offenkundig selbst nur einen begrenzten subjektiven Willen zur Geheimhaltung. Anders als etwa bei Tagebucheinträgen, bei denen im Übrigen selbst nicht ausnahmslos ein Verwertungsverbot besteht (vgl. *BVerfG 18. April 2018 - 2 BvR 883/17 - Rn. 28*), handelt es sich um von vornherein auf Mitteilung gegenüber anderen Personen angelegte Aufzeichnungen. Die Chatbeiträge des Klägers hatten nach ihrem Inhalt keinen ihn betreffenden höchstpersönlichen Charakter, sondern zielten auf die Herabwürdigung, Verächtlichmachung und Beleidigung anderer Personen ab. Damit berührte er nicht nur deren Sphäre, sondern durch die in ihm enthaltenen Gewaltaufrufe auch Belange der Gemeinschaft.

bb) Soweit durch die Verwertung der Chatbeiträge die Privatsphäre des Klägers betroffen ist, überwiegt der Anspruch der Beklagten aus Art. 103 Abs. 1 GG, der es grundsätzlich gebietet, ihren Sachvortrag zu berücksichtigen (vgl. *BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 14, BAGE 163, 239*). Die Aufrufe zu Gewalt und die Beleidigungen betreffen die Privatsphäre des Klägers nur in geringem Maße, zumal er sich selbst damit an eine Mehrzahl von Personen gewandt hat. Es gibt angesichts dessen keinen Anlass, den grundrechtlich verbürgten Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör einzuschränken. Ohne die Erkenntnisse aus dem ihr bekannten Teil des Gruppenchats kann sie ihre Rechtsverteidigung nicht wirksam wahrnehmen und ihre Rechtsposition in einem gerichtlichen Verfahren (*Art. 20 Abs. 3 GG*) nicht wirksam verteidigen. 23

cc) Es spielt keine Rolle, dass ein Dritter den Chatverlauf ohne Einwilligung des der Chatgruppe angehörenden ehemaligen Arbeitnehmers der Beklagten kopiert haben mag. Selbst ein Diebstahl von Unterlagen - wie vom Kläger angesichts der von ihm behaupteten Überlistung des ausgeschiedenen Chatgruppen-Mitglieds bei der Weiterleitung des Chatverlaufs als Gegenargument angeführt - würde für sich genommen noch kein Verbot ihrer Verwertung begründen (vgl. *BAG 15. August 2002 - 2 AZR 214/01 - zu II 3 b aa der Gründe, BAGE 102, 190; Zöller/Greger ZPO 34. Aufl. § 286 Rn. 15g*). 24

4. Das Landesarbeitsgericht hat im Ausgangspunkt noch zutreffend angenommen, dass die Äußerungen des Klägers einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung iSv. § 626 Abs. 1 BGB darstellen können. 25
- a) Dafür kommt neben der Verletzung vertraglicher Hauptpflichten auch die schuldhaftige Verletzung von Nebenpflichten in Betracht (*vgl. BAG 18. Dezember 2014 - 2 AZR 265/14 - Rn. 15*). Zu den Letztgenannten zählt insbesondere die Pflicht der Arbeitsvertragsparteien zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des jeweils anderen Teils (§ 241 Abs. 2 BGB). Der Arbeitnehmer hat seine Arbeitspflichten so zu erfüllen und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben verlangt werden kann. 26
- b) Grobe Beleidigungen des Arbeitgebers oder seiner Vertreter und Repräsentanten oder von Arbeitskollegen, die - wie hier - nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für den Betroffenen bedeuten, stellen eine erhebliche Pflichtverletzung dar, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann (*vgl. BAG 5. Dezember 2019 - 2 AZR 240/19 - Rn. 77*). Allein der Umstand, dass die Äußerungen in einer privaten Chatgruppe gefallen sind, führt nicht dazu, ihnen von vornherein eine Vertragspflichtwidrigkeit abzusprechen, da sie auf Vorgesetzte und Kollegen und damit auf betriebliche Umstände bezogen sind (*vgl. BAG 25. April 2018 - 2 AZR 611/17 - Rn. 44; zur disziplinarrechtlichen Relevanz von Äußerungen in einer außerdienstlichen Chatgruppe vgl. auch BVerwG 13. Januar 2022 - 2 WD 4.21 - Rn. 40*). 27
5. Das Berufungsgericht ist aber rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, die Äußerungen des Klägers in der Chatgruppe kämen aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht als wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB in Betracht, da es sich um eine vertrauliche Kommunikation gehandelt habe. Das Landesarbeitsgericht hat die Anforderungen verkannt, die vorliegend für die Darlegung einer berechtigten Vertraulichkeitserwartung durch den Kläger gelten (*zu dem insoweit einge-* 28

schränkten revisionsrechtlichen Überprüfungsmaßstab vgl. BAG 24. Februar 2022 - 6 AZR 333/21 - Rn. 19, BAGE 177, 177).

a) Bei ehrverletzenden Äußerungen über nicht anwesende Dritte besteht in besonders engen Lebenskreisen eine beleidigungsfreie Sphäre, wenn die Äußerung Ausdruck des besonderen Vertrauens ist und keine begründete Möglichkeit ihrer Weitergabe besteht (vgl. BVerfG 17. März 2021 - 2 BvR 194/20 - Rn. 33; BVerwG 13. Januar 2022 - 2 WD 4.21 - Rn. 51). Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Zu den Bedingungen der Persönlichkeitsentfaltung gehört es, dass der Einzelne einen Raum besitzt, in dem er unbeobachtet sich selbst überlassen ist oder mit Personen seines besonderen Vertrauens ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen und ohne Furcht vor Sanktionen verkehren kann. Aus der Bedeutung einer solchen Rückzugsmöglichkeit für die Persönlichkeitsentfaltung folgt, dass der Schutz des Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG auch die Privatsphäre umfasst. An deren Schutz nimmt auch die vertrauliche Kommunikation teil. Gerade bei Äußerungen gegenüber Familienangehörigen und Vertrauenspersonen steht häufig weniger der Aspekt der Meinungskundgabe und die damit angestrebte Einwirkung auf die Meinungsbildung Dritter als der Aspekt der Selbstentfaltung im Vordergrund. Nur unter den Bedingungen besonderer Vertraulichkeit ist dem Einzelnen ein rückhaltloser Ausdruck seiner Emotionen, die Offenbarung geheimer Wünsche oder Ängste, die freimütige Kundgabe des eigenen Urteils über Verhältnisse und Personen oder eine entlastende Selbstdarstellung möglich. In diesen Situationen kann es auch zu Äußerungsinhalten oder -formen kommen, die sich der Einzelne gegenüber (ihm nicht vertrauten) Außenstehenden oder in der Öffentlichkeit nicht gestatten würde. Gleichwohl verdienen sie als Ausdruck der Persönlichkeit und Bedingung ihrer Entfaltung den Schutz des Grundrechts (vgl. BVerfG 17. März 2021 - 2 BvR 194/20 - Rn. 32; BVerwG 13. Januar 2022 - 2 WD 4.21 - Rn. 50). Der Kreis möglicher Vertrauenspersonen ist dabei nicht auf Ehegatten oder Eltern beschränkt, sondern erstreckt sich auf ähnlich enge - auch rein freundschaftliche - Vertrauensverhältnisse. Entscheidend für den grundrechtlichen Schutz der Vertrauensbeziehung ist allerdings, dass ein Verhältnis zwischen den an der Kommunikation beteiligten Personen besteht, das dem Verhältnis vergleichbar

29

ist, wie es in der Regel zu nahestehenden Familienangehörigen besteht (vgl. *BVerfG 17. März 2021 - 2 BvR 194/20 - Rn. 34*).

b) Dementsprechend hat der Senat bereits in der Vergangenheit angenommen, dass bei der rechtlichen Würdigung von diffamierenden oder ehrverletzenden Äußerungen über Vorgesetzte und/oder Kollegen, die eine außerordentliche fristlose Kündigung an sich rechtfertigen, die Umstände berücksichtigt werden müssen, unter denen sie gefallen sind. Geschah dies in vertraulichen Gesprächen unter Arbeitskollegen, vermögen sie eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht ohne Weiteres zu rechtfertigen. Der Arbeitnehmer darf anlässlich solcher Gespräche regelmäßig darauf vertrauen, seine Äußerungen würden nicht nach außen getragen. Er muss nicht damit rechnen, durch sie werde der Betriebsfrieden gestört und das Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber belastet (vgl. *BAG 10. Dezember 2009 - 2 AZR 534/08 - Rn. 18*). Allerdings genügt insoweit nicht eine bloß einseitige Vertraulichkeitserwartung (vgl. *BAG 18. November 1999 - 2 AZR 903/98 - zu II 2 a der Gründe*). Entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer sicher davon ausgehen durfte, dass seine Kollegen die Äußerungen für sich behalten würden (vgl. *BAG 17. Februar 2000 - 2 AZR 927/98 - zu II 3 a der Gründe*). Eine solche berechnete Vertraulichkeitserwartung trifft aber nicht ohne Weiteres auf alle Gesprächssituationen unter Arbeitskollegen gleichermaßen zu. So können insbesondere bei Zusammenkünften einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern Zweifel angebracht sein, dass die Gesprächsteilnehmer Äußerungen über den Arbeitgeber oder vorgesetzte Mitarbeiter für sich behalten werden (vgl. *BAG 10. Dezember 2009 - 2 AZR 534/08 - Rn. 23*). Die Vertraulichkeitserwartung ist zudem abhängig von den jeweiligen Gesprächsinhalten. Enthalten diese Äußerungen, durch die der Betriebsfrieden in besonderem Maße gestört und das Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber erheblich belastet würde, muss die berechnete Erwartung des Erklärenden dahingehen, dass seine Gesprächspartner die in seinen Äußerungen liegenden Wertungen teilten bzw. billigten oder er es jedenfalls aufgrund besonderer Umstände für ausgeschlossen hält, dass diese die Gesprächsinhalte an Außenstehende weitergeben.

30

- c) Bei der danach gebotenen Würdigung hat das Landesarbeitsgericht nicht alle relevanten Aspekte berücksichtigt, die für die Beurteilung einer berechtigten Vertraulichkeitserwartung des Klägers von Bedeutung sind. Bei beleidigenden und menschenverachtenden Äußerungen über Betriebsangehörige bedarf es einer besonderen Darlegung, warum der Arbeitnehmer angesichts der Größe und Zusammensetzung des beteiligten Personenkreises berechtigt erwarten durfte, seine Äußerungen würden von keinem Gruppenmitglied an Dritte weitergegeben. In einer Konstellation wie der vorliegenden wird eine berechtigte Vertraulichkeitserwartung daher nur im Ausnahmefall in Betracht kommen. 31
- aa) Das Landesarbeitsgericht hebt bei seiner Annahme einer Vertraulichkeitserwartung zu Unrecht den Umstand hervor, dass der Nachrichtenaustausch durch von „Ende-zu-Ende“ verschlüsselte Daten erfolge. Die vermeintlich sichere Übermittlung der Äußerungen an andere Gesprächsteilnehmer begründet aber kein Vertrauen ihres Absenders dahingehend, dass die Empfänger die an sie übermittelten Inhalte vertraulich behandeln. Maßgeblich ist insoweit nicht das Ausspähen während des Nachrichtenaustauschs, sondern die Weitergabe durch ein Gruppenmitglied, das die Vertraulichkeit nicht in dem - möglicherweise nur einseitig - erwarteten Umfang wahrt. 32
- bb) Den Ausführungen im angefochtenen Urteil ist auch nicht zu entnehmen, warum eine berechtigte Vertraulichkeitserwartung aus dem bloßen Umstand einer Verwandtschaft zweier Gruppenmitglieder oder dem nicht näher inhaltlich umschriebenen Begriff einer „langjährigen Freundschaft“ der Gruppenmitglieder folgen soll. Verwandtschaft allein führt nicht zwingend zu Vertraulichkeit. Die Einordnung einer Beziehung als „langjährige Freundschaft“ ist hinsichtlich der zahlreich möglichen Abstufungen - zumal in einer Gruppe mit sieben Personen - ohne relevante Aussagekraft. 33
- cc) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht der Kommunikation in der Chatgruppe über mobile Endgeräte keine maßgebliche Bedeutung für eine berechtigte Vertraulichkeitserwartung zugemessen. Es hat unberücksichtigt gelassen, dass mobile Endgeräte in Verbindung mit den technischen Möglichkeiten des 34

Messengerdienstes gerade auf leichte Kopierbarkeit und schnelle Weiterleitung eines Datenaustauschs angelegt sind.

dd) Das Landesarbeitsgericht geht begründungslos davon aus, dass die „Chatgruppe ... mit sechs bzw. sieben Mitgliedern noch leicht zu überschauen“ gewesen sei. Das ist angesichts von sieben Mitgliedern im fraglichen Zeitraum jedenfalls nicht naheliegend. Der Senat hat eine Vertraulichkeitserwartung ursprünglich bei einer Kommunikation mit ein oder zwei anderen Personen angenommen (*vgl. auch BAG 18. November 1999 - 2 AZR 903/98 - zu II 2 a der Gründe*). Weshalb dies für sechs andere Personen, an die gleichzeitig dieselbe Äußerung gesandt wird, in gleicher Weise gelten soll, bedarf näherer Begründung. Regelmäßig wird bei jeder Erweiterung des Personenkreises nicht nur die Zahl von Mitwissenden ansteigen, sondern auch eine etwaige Vertraulichkeitserwartung nicht mehr in einem unmittelbar persönlichen Verhältnis wahrgenommen werden. Anders als bei den bisherigen Senatsentscheidungen handelt es sich bei dem Nachrichtenaustausch nicht um eine Kommunikation unter Anwesenden, bei der ein Erklärender aus dem nonverbalen Verhalten der Gesprächsteilnehmer leichter abschätzen kann, ob sie sich - wie häufig bei einem unmittelbaren Gespräch zweier Beteiligter - der Vertraulichkeit der Kommunikation bewusst sind. 35

ee) Hinzu kommt, dass die Chatgruppe in Bezug auf die Beteiligung ihrer Mitglieder nicht einheitlich war. Von den sieben Mitgliedern haben sich ausweislich des vom Landesarbeitsgericht in Bezug genommenen Chatverlaufs außer dem Kläger nur drei andere in ähnlich aggressiv beleidigender und menschlich herabwürdigender Weise über Vorgesetzte und Kollegen geäußert. Drei Mitglieder der Gruppe beteiligten sich zeitweise nicht an den Chats. Der Kläger hatte deshalb ohne nähere Darlegung keine Veranlassung zu der Annahme, alle Gruppenmitglieder würden in gleicher Weise seine Äußerungen gutheißen und keine Veranlassung sehen, sich angesichts der Nachhaltigkeit seiner Beschimpfungen und Gewaltphantasien an Außenstehende zu wenden. Dies gilt insbesondere für das im November 2020 neu aufgenommene Chatgruppen-Mitglied, das sich zwar auch an den Chats beteiligte, aber bereits aus dem Arbeitsverhältnis mit der Be- 36

klagten ausgeschieden war und deshalb für den Fall eines Bekanntwerdens der Chats weniger „zu verlieren“ hatte als der Kläger. Soweit dieser in seiner Revisi-
onserwiderung meint, die Chatgruppe habe „quasi eine Schicksalsgemeinschaft“
mit absolutem Stillschweigen gebildet, blendet dies die vorübergehende Mit-
gliedschaft des neu hinzugetretenen Teilnehmers aus, auf den dieser Aspekt ge-
rade nicht zutraf.

ff) Das Berufungsgericht stellt zu Unrecht darauf ab, in der Chatgruppe wür- 37
den seit dem Jahr 2014 Nachrichten ausgetauscht, ohne dass diese Außenste-
henden bekannt geworden seien. Unabhängig davon, dass es an Feststellungen
fehlt, ob in dieser zurückliegenden Zeit Chats mit ähnlich beleidigendem Inhalt
ausgetauscht wurden, an denen Dritte ein Interesse gehabt haben können,
konnte der Kläger daraus schon deshalb keine berechnete Vertraulichkeitserwar-
tung ableiten, weil im November 2020 ein neues Gruppenmitglied aufgenommen
worden war. Dies lässt es nicht zu, wegen einer etwaigen bisherigen Vertraulich-
keit auch eine zukünftige zu erwarten. Das zeigt der vorliegende Rechtsstreit in
aller Deutlichkeit, wo es gerade das neu aufgenommene und nach zwei Monaten
wieder ausgeschiedene Gruppenmitglied war, durch das Außenstehende letztlich
von den Chats erfuhren.

gg) Das Berufungsgericht hat sich nicht mit der Frage beschäftigt, ob es bei 38
Äußerungen, die in besonderer Weise menschenverachtend sind oder nachhaltig
zu Gewalt aufstacheln, überhaupt eine berechnete Vertraulichkeitserwartung ge-
ben kann (*vgl. BAG 27. September 2022 - 2 AZR 5/22 - Rn. 20*). Damit hat es
nicht in den Blick genommen, dass je nach Inhalt der Äußerungen eine berech-
tigte Vertraulichkeitserwartung schon deshalb ausscheiden kann, weil es nicht
fernliegt, dass ein Chatgruppen-Mitglied aus Entrüstung, moralischen Bedenken
(*vgl. BAG 10. Dezember 2009 - 2 AZR 534/08 - Rn. 26*) oder auch aus Prahlerei
und Imponiergehabe die Äußerungen einem außenstehenden Dritten offenbart.

6. Wegen dieses Rechtsfehlers ist das Berufungsurteil betreffend den Be- 39
standsschutzantrag des Klägers aufzuheben. Das angefochtene Urteil erweist
sich nicht aus anderen Gründen als zutreffend (*vgl. § 561 ZPO*). Bei richtiger Be-
urteilung der Darlegungslast für eine besondere Vertraulichkeitserwartung der

dem Kläger vorgeworfenen Äußerungen hätte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis kommen können, dass nach seinem bisher gehaltenen Vorbringen die ihm gegenüber ausgesprochene außerordentliche fristlose Kündigung wirksam ist. Hierüber kann der Senat jedoch aus Gründen des fairen Verfahrens nicht selbst entscheiden (*vgl. § 563 Abs. 3 ZPO*).

a) Das Landesarbeitsgericht wird dem Kläger im fortgesetzten Berufungsverfahren unter Berücksichtigung der oben beschriebenen Maßstäbe Gelegenheit geben, substantiiert darzulegen, warum er eine berechnete und nicht nur eine einseitige, subjektive Vertraulichkeitserwartung haben durfte, dass nicht ein einziges Gruppenmitglied seine Äußerungen Dritten offenbart, wofür bislang nichts spricht. 40

b) Soweit das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen sollte, es liege ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung iSv. § 626 Abs. 1 BGB vor, hat es im Rahmen einer Interessenabwägung weiter zu prüfen, ob der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zu seiner bereits vereinbarten Beendigung nicht zugemutet werden konnte, was es bislang - nach seiner Begründungslinie konsequent - unterlassen hat. 41

7. Der Aufhebung und Zurückverweisung unterliegt auch die Entscheidung des Berufungsgerichts über den vom Kläger geltend gemachten Annahmeverzugsanspruch. 42

a) Entgegen der Ansicht der Beklagten kommt keine Berichtigung des Tenors des Berufungsurteils nach § 319 ZPO in Betracht. 43

aa) Nach § 319 Abs. 1 ZPO ist eine Berichtigung nur bei Schreib- oder Rechenfehlern oder ähnlichen offenbaren Unrichtigkeiten zulässig. Darunter fällt nur eine versehentliche Abweichung des vom Gericht Erklärten gegenüber dem von ihm ersichtlich Gewollten, nicht aber eine Änderung des vom Gericht Gewollten (*vgl. BGH 27. Juni 2023 - II ZR 94/21 - Rn. 4*). Diese Abweichung muss zudem „offenbar“ sein, sich also aus dem Zusammenhang der Entscheidung selbst oder zumindest aus den Vorgängen bei ihrem Erlass oder ihrer Verkündung nach 44

außen deutlich ergeben und damit auch für Dritte ohne Weiteres erkennbar sein (vgl. BAG 22. März 2018 - 8 AZR 779/16 - Rn. 22, BAGE 162, 275; BGH 26. Januar 2023 - III ZR 69/21 - Rn. 3). Eine solche Berichtigung kann auch vom Rechtsmittelgericht durchgeführt werden (vgl. BAG 23. Februar 2022 - 10 ABR 33/20 - Rn. 62).

bb) Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. 45

(1) Das Landesarbeitsgericht hat im Tenor seiner Entscheidung die Berufung der Beklagten insgesamt - also auch soweit das Arbeitsgericht dem Kläger Annahmeverzugsvergütung für den Zeitraum August bis Dezember 2021 zugesprochen hat - zurückgewiesen. In den Entscheidungsgründen führt es allerdings aus, die Berufung der Beklagten sei bezüglich der Annahmeverzugsvergütung begründet. Die Klage sei unschlüssig geworden, da der Kläger in der Berufungsverhandlung bekundet habe, seit Ausspruch der Kündigung arbeitsunfähig erkrankt gewesen zu sein. Damit fehle es an der für einen Annahmeverzugsanspruch erforderlichen Leistungsfähigkeit, ohne dass der Kläger genügend Angaben für einen Entgeltfortzahlungsanspruch gemacht habe. Das habe die Kammer bei ihrer Entscheidung nicht erkannt. 46

(2) Damit stellt das Berufungsgericht selbst klar, dass das von ihm im Tenor seiner Entscheidung Erklärte dem von ihm bei Verkündung des Urteils Gewollten entsprach. Lediglich bei der Abfassung der schriftlichen Urteilsgründe ist es zu der Auffassung gelangt, dass seine Entscheidung bezüglich des Annahmeverzugsanspruchs inhaltlich falsch sei. Das lässt aber keine Berichtigung nach § 319 ZPO zu. 47

b) Auf die Revision der Beklagten ist das Berufungsurteil bezüglich des Annahmeverzugsanspruchs bereits deshalb nach § 562 Abs. 1 ZPO aufzuheben, weil dieser vom Bestandsschutzantrag abhängig ist. Der Senat kann nicht nach § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden. Für den Fall eines Erfolgs seines Bestandsschutzantrags muss der Kläger Gelegenheit haben, zu der bislang in den Vorinstanzen nicht weiter thematisierten Frage eines etwaigen Entgeltfortzahlungsanspruchs vorzutragen. Soweit sich der Bestandsschutzantrag 48

des Klägers als unbegründet erweisen sollte, wird das Landesarbeitsgericht aufzuklären haben, ob der Zahlungsantrag ein nur für den Fall des diesbezüglichen Obsiegens gestellter unechter Hilfsantrag sein soll (vgl. BAG 11. Juni 2020 - 2 AZR 660/19 - Rn. 39, BAGE 171, 84).

III. Das Landesarbeitsgericht hat auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden. 49

Koch

Niemann

Schlünder

Grimberg

Klein