
Datum: 28.04.2023
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 19. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 Sa 1153/22
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2023:0428.19SA1153.22.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Arnsberg, 1 Ca 255-22

Tenor:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Arnsberg vom 28. Oktober 2022 - 1 Ca 255/22 - teilweise abgeändert und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 2. Mai 2022 nicht aufgelöst worden ist.
2. Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz trägt die Beklagte.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- | | |
|---|--------|
| Die Parteien streiten zweitinstanzlich noch über die Wirksamkeit einer hilfsweisen ordentlichen Kündigung der Beklagten. | 1
2 |
| Der am 23. Dezember 1973 geborene, geschiedene Kläger ist seit dem 1. April 2019 bei der Beklagten als Teamleiter mit einem Bruttomonatsentgelt von zuletzt 4.500,00 € beschäftigt. Er ist Vorgesetzter von etwa 65 Beschäftigten, einschließlich drei Schichtführerinnen und etwa 20 Leiharbeitnehmern. Die Beklagte beschäftigt regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. In ihrem Betrieb ist kein Betriebsrat gebildet. | 3 |
| Ende Juni 2020 stellte der Kläger einem anderen Mitarbeiter einen Spint zur Verfügung, der zuvor der Mitarbeiterin A zugeteilt worden war. Der Kläger schloss den Spint mit einem Ersatzschlüssel auf und nahm das sich darin befindliche Messer und Arbeitshandschuhe, die | 4 |

jeweils im Firmeneigentum standen, sowie Pfandflaschen heraus. Als sich herausstellte, dass der Spint bereits an die Mitarbeiterin A vergeben war, äußerte der Kläger ihr gegenüber, sie habe nun „einen gut“ bei ihm.

Am 2. Dezember 2020 wurde dem Kläger eine schriftliche Abmahnung erteilt. Diese lautet 5
auszugsweise (vgl. Bl. 41 f. dA.):

„(...) Sie haben am 11.11.2020 Frau B zur Arbeit kommen lassen, obwohl sie sich bei Ihnen 6
gemeldet hat, dass sie zuhause ein Kind in Quarantäne und ein weiteres Kind mit starken
Erkältungssymptomen hat.

Aufgrund der derzeitigen Situation mit Corona hat die Geschäftsleitung u.a. folgende, 7
entsprechende und eindeutige Maßnahmen definiert: „Sollten Sie Kontakt mit Personen
gehabt haben, die möglicherweise infiziert sind oder waren oder Kontakt zu infizierten
Personen hatten, fühlen Sie sich unsicher oder haben Sie konkrete Fragen zu Ihrer
individuellen Situation, können Sie sich ab sofort bei C und/oder D melden.“

Sie haben uns Sie (sic) den oben geschilderten Fall von Frau B nicht gemeldet, sondern 8
haben Sie weiterhin zur Arbeit kommen lassen.

Dieses Verhalten ist nicht hinnehmbar, weshalb wir Ihnen hiermit eine Abmahnung wegen 9
Verstoß gegen eine Arbeitsanweisung aussprechen.

Wir fordern Sie hiermit ausdrücklich auf, dass (sic) oben geschilderte Fehlverhalten zukünftig 10
zu unterlassen und Ihre Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß zu erfüllen.
Insbesondere sind Sie verpflichtet (sic), sich an Dienstanweisung (sic) zu halten und diesen
entsprechend zu handeln. Konkret sind Sie in der derzeitigen Coronalage verpflichtet, uns
unverzüglich eine Meldung über Frau C oder Frau D zu erstatten, wenn Ihre Mitarbeiter Ihnen
etwa familiäre Fallsituationen schildern, die auf einen Kontakt mit einem Coronainfizierten
schließen lassen wie etwa Quarantäneanordnungen oder aber die Schilderung von
symptomatischen Fällen im Zusammenhang mit einer Quarantäneanordnung.

Wir machen darauf aufmerksam, dass Sie im Wiederholungsfall bzw. nach weiteren 11
Verfehlungen mit einer Kündigung Ihres Arbeitsverhältnisses rechnen müssen. (...)“

Am 7. März 2021 kam es zu folgendem WhatsApp-Verlauf des Klägers mit dem Vorarbeiter E 12
(vgl. Bl. 36, 71 dA.):

„6.33 Uhr Kläger: Guten Morgen E, Dein Ernst jetzt? Abmelden, informieren? 13

8.07 Uhr E: Guten Morgen F, ich habe mich nicht gemeldet weil .. (sic) sehen wollte wie es 14
mir geht, und ist nicht besser geworden. Werde gleich zum Arzt gehen

11.49 Uhr E: So nach dem Motto ich will dich verarschen wie du ... gesagt hast, ich habe 15
wahrscheinlich Bandscheibenvorfall! Und festgestellter Arthrose am rechten Hand Gelenk
(sic) muss dann mrt machen wegen rücken (sic) ... bin erstmal bis Montag krankgeschrieben
worden der Arzt wollte direkt 2 Wochen aufschreiben und ab (sic) nein gesagt, aber steht fest
das (sic) bald zur mrt (sic) muss... Gruß E

11.49 Uhr Kläger: Morgens um 6 Uhr, ohne Info von irgendwas, komme ich mir einfach 16
verarscht vor!! Erst recht wenn ich für Freitag Urlaub genehmigt habe, damit der Herr zur
Familie kann!

11.52 Uhr E: Ich wußte (sic) nicht, das (sic) so schlimm wird Michael! Muss ich mich jetzt rechtfertigen lassen weil ich nicht laufen kann oder weil ich einen Tag Urlaub hatte letzte Woche? Alles gut weiß Bescheid. Wie gesagt bin krank.	
11.54 Uhr Kläger: Frühzeitig melden, damit ich planen kann, würde schon helfen!	18
19.25 Uhr E: Positiv bin ich auch	19
22.00 Uhr Kläger: Danke für die Info. Gruß F“	20
Am 7. Dezember 2021 verwehrte der Kläger der Mitarbeiterin A zunächst Urlaub vom 8. bis zum 10. Dezember 2021. Auf Vermittlung der Schichtführerin gewährte der Kläger im weiteren Tagesverlauf für den 10. Dezember 2021 Arbeitszeitausgleich, änderte die ursprüngliche Arbeitseinteilung für den 9. Dezember 2021 und setzte die Mitarbeiterin nun in der Pulverbeschichtung ein. Zudem lehnte der Kläger von der Mitarbeiterin A beantragten Urlaub vom 2. August bis 11. August 2022 ab. Am 7. April 2022 fand ein Personalgespräch der HR Business Partnerin D mit dem Kläger und dessen Vorgesetzten G wegen Vorwürfen von Mitarbeiterinnen im Zusammenhang mit Urlaubs- und Arbeitszeitkonten statt.	21
Am 28. April 2022 dokumentierte die dem Kläger unterstellte Mitarbeiterin A an einer Anlage in der Produktionshalle den Produktionsausschuss. Dabei hatte sie ihre Oberarme vom Oberkörper abgestreckt. Als sie sich umdrehte, sah sie, dass der Kläger sich in ihre Richtung näherte. Sie arbeitete weiter und bemerkte, dass dieser von hinten zu ihr kam, drehte sich jedoch nicht um. Der Kläger, der sich der Mitarbeiterin aufgrund der Räumlichkeiten auch von der Seite hätte nähern können, pikste ihr mit den Fingerspitzen der Zeigefinger beidseitig auf Brusthöhe seitlich in den Oberkörper im Bereich hinter den BH-Bügeln. Danach trat er einen Schritt zurück und sprach sie auf falsche Stempelzeiten an. Die Mitarbeiterin A fühlte sich unwohl und geschockt. Sie wandte sich bezüglich des Vorfalles zunächst an eine Kollegin, am Abend an ihren Ehemann und sodann an die Personalabteilung. Flirtversuche des Klägers oder ähnliche Verhaltensweisen gegenüber dieser Mitarbeiterin hatte es zuvor nicht gegeben.	22
Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Schreiben vom 2. Mai 2022, dem Kläger am selben Tag zugegangen, außerordentlich und hilfsweise ordentlich zum 31. Juli 2022. Bei der Übergabe des Kündigungsschreibens wurde dem Kläger mitgeteilt, dass er eine Mitarbeiterin sexuell belästigt habe.	23
Mit seiner am 16. Mai 2022 beim Arbeitsgericht Arnsberg eingegangenen Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht.	24
Er hat, soweit für die Berufung von Bedeutung, behauptet, in der Produktionshalle sei es sehr laut. Er habe durch die Berührung der Mitarbeiterin diese lediglich auf sich aufmerksam machen wollen. Eine Belästigung oder Bedrängung sei nicht beabsichtigt gewesen.	25
Der Kläger hat die Auffassung vertreten, sein Verhalten am 28. April 2022 stelle keine sexuelle Belästigung dar. Im Hinblick auf sämtliche Kündigungsvorwürfe sei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gewahrt. Eine Abmahnung sei als milderer Mittel erforderlich.	26
Der Kläger hat unter Rücknahme des allgemeinen Feststellungsantrags beantragt,	27

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 2. Mai 2022 weder außerordentlich noch ordentlich aufgelöst worden ist,

- 2. hilfsweise für den Fall des Obsiegens mit dem Klageantrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Kündigungsschutzverfahrens in der Abteilung H als Teamleiter gemäß dem Arbeitsvertrag vom 25. März 2019 sowie dem Nachtrag zum Arbeitsvertrag vom 18. Februar 2022 weiterzubeschäftigen. 331

Die Beklagte hat beantragt, 32

die Klage abzuweisen. 33

Sie hat behauptet, zum Zwecke der Verständigung sei in der Produktionshalle zu keiner Zeit ein lautes Rufen notwendig. Ferner habe der Kläger die Mitarbeiterin A am 9. Dezember 2021 in der Pulverbeschichtung den dort Beschäftigten vorgestellt mit den Worten „Jungs, viel Spaß mit ihr. Die Dame hat morgen frei.“ Die Ablehnung des Urlaubswunsches dieser Mitarbeiterin vom 2. August bis zum 11. August 2022 sei ohne sachlichen Grund erfolgt. Im Verlauf der Einarbeitung einer ab dem 1. Februar 2022 beschäftigten Mitarbeiterin I habe die Mitarbeiterin A ihrer neuen Kollegin gezeigt, an welcher Stelle des Lagers man stehen müsse, um die Staplerfahrer zu kontaktieren. Der Kläger habe dies mit den Worten quittiert: „Was soll das? Ihr sollt arbeiten und nicht durch die Gegend laufen.“ In Gesprächen mit der Schichtführerin J habe der Kläger die Mitarbeiterinnen als „dumm“ und „doof“ bezeichnet. Wehrte sich eine Mitarbeiterin gegen sein Verhalten, sprach er von „Hurenpower“. Über eine Mitarbeiterin habe er geäußert: „Die springt mir mit ihrem fetten Arsch ins Gesicht.“ Über die Mitarbeiterin A habe er verlautbart: „B soll ficken und sich schwängern lassen.“ Von den Vorwürfen, die über die Abmahnung vom 2. Dezember 2020, das Personalgespräch vom 7. April 2022 und den Vorfall vom 28. April 2022 hinausgehen, habe sie erst nach Ausspruch der Kündigung Kenntnis erlangt. Die Vorfälle seien der HR Businesspartnerin D im Zeitraum vom 3. Mai bis 6. Mai 2022 vorgetragen worden. 34

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die gesamten Vorwürfe zeigten die Unfähigkeit des Klägers, mit Untergebenen umzugehen. Im Hinblick auf den Vorwurf der sexuellen Belästigung sei eine Abmahnung entbehrlich, da eine Wiederholung aufgrund der Umstände und der Argumentation des Klägers im Kündigungsschutzverfahren wahrscheinlich sei. Im Übrigen sei die am 2. Dezember 2020 erteilte Abmahnung insoweit einschlägig, als auch dort das Verhalten des Klägers gegenüber Mitarbeiterinnen betroffen gewesen sei. Die Kündigung sei verhältnismäßig. Sie habe ihre Mitarbeiterinnen vor sexuellen Belästigungen schützen müssen. 35

Das Arbeitsgericht hat hinsichtlich des Geschehens am 28. April 2022 Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin A. Wegen des Beweisbeschlusses und der durchgeführten Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll des Arbeitsgerichts vom 28. Oktober 2022 (Bl. 94 bis 97 dA.) Bezug genommen. Der Kläger hat sich nach der Beweisaufnahme bei der Zeugin für die Unannehmlichkeiten entschuldigt und geäußert, er habe das nicht so aufgefasst wie die Zeugin (vgl. *Sitzungsprotokoll des Arbeitsgerichts vom 28. Oktober 2022, Bl. 97 dA.*). 36

Mit Urteil vom 28. Oktober 2022 hat das Arbeitsgericht der Klage im Hinblick auf die außerordentliche Kündigung stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen, im Wesentlichen 37

mit folgender Begründung: Die außerordentliche Kündigung sei aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten unwirksam. Es sei der Beklagten zuzumuten, den Kläger bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses weiterzubeschäftigen. Das Verhalten des Klägers am 28. April 2022 stelle eine sexuelle Belästigung dar, die den Ausspruch einer ordentlichen Kündigung rechtfertige. Es sei die Pflicht der Beklagten, ihr Personal vor sexuellen Belästigungen nachhaltig zu schützen. Aus dem Gesamtkontext werde deutlich, dass der Kläger sich seines Fehlverhaltens nicht bewusst geworden sei. Daran ändere auch die Entschuldigung in der mündlichen Verhandlung bei der Zeugin nichts, da sie sich nicht auf eine Entschuldigung für die sexuelle Belästigung richte, sondern lediglich für deren Folgen. Dies zeuge nicht von Einsichtsfähigkeit. Auch seine Äußerung, es handle sich nicht um eine sexuelle Belästigung, da er die Zeugin nicht an den Brüsten berührt habe und der Oberkörper mit Kleidung bedeckt gewesen sei, mache deutlich, dass er sein Verhalten nicht reflektiert habe. Eine Abmahnung sei daher entbehrlich gewesen. Allerdings sei es für die Beklagte nicht unzumutbar, den Kläger bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen. Es stehe zu erwarten, dass der Kläger unter dem Eindruck der laufenden Kündigungsfrist und dem Schock der ausgesprochenen Kündigung während des Laufs der Kündigungsfrist weitere sexuelle Belästigungen unterlassen hätte.

Gegen das dem Kläger am 14. November 2022 zugestellte Urteil richtet sich seine am 5. Dezember 2022 beim Landesarbeitsgericht eingegangene Berufung, soweit die Kündigungsschutzklage hinsichtlich der hilfsweisen ordentlichen Kündigung der Beklagten abgewiesen worden ist. Der Kläger begründet die Berufung am 16. Januar 2023 unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags im Wesentlichen wie folgt: Zwar sei die Ansicht des Arbeitsgerichts, es liege eine sexuelle Belästigung vor, angesichts der Aussage der Zeugin vertretbar. Jedoch sei die ordentliche Kündigung unverhältnismäßig, da eine Abmahnung erforderlich gewesen sei. Seine subjektive Absicht, die Zeugin nicht zu belästigen, sei im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Ihm ginge es bei der Entschuldigung auch darum, sich für die Berührung und dafür zu entschuldigen, dass die Zeugin diese als unangenehm empfunden habe. Ihm sei es wichtig gewesen mitzuteilen, dass er nicht beabsichtigt habe, die Zeugin sexuell zu belästigen. Dies zeige gerade seine Einsichtsfähigkeit. Aus der rechtlichen Argumentation hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals einer sexuellen Belästigung dürften keine negativen Rückschlüsse auf seinen Charakter gezogen werden. Die Begründung des Arbeitsgerichts, aufgrund welcher Gesichtspunkte keine Abmahnung erforderlich sei, beziehe sich ausschließlich auf Umstände nach Zugang der Kündigung. Maßgeblich sei aber die Prognose im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung. Eine Abmahnung hätte ihn veranlasst, auf allen Ebenen einen angemessenen Abstand und professionellen Umgang mit den Mitarbeiterinnen zu wahren.

Der Kläger beantragt, 39

das Urteil des Arbeitsgerichts Arnberg vom 28. Oktober 2022 - 1 Ca 255/22- teilweise abzuändern und festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 2. Mai 2022 nicht aufgelöst worden ist. 40

Die Beklagte beantragt, 41

die Berufung zurückzuweisen. 42

Sie verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens das arbeitsgerichtliche Urteil. Der Kläger habe bei Übergabe des Kündigungsschreibens bestritten, eine sexuelle Belästigung begangen zu haben, und sei seit dem Vorfall der Ansicht gewesen, er habe sich nichts vorzuwerfen. Ohne seine Einsichtsfähigkeit hätte sie durch eine 43

Abmahnung zukünftige sexuelle Belästigungen nicht unterbinden können. Die rechtliche Argumentation des Klägers sei nichts anderes als eine Reflexion. Er habe den Unrechtsgehalt seiner Tat weder zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs noch während des Verfahrens erkannt. Sie habe daher davon ausgehen können, dass eine Abmahnung keine Verhaltensänderung hätte bewirken können. Im Übrigen sei die Abmahnung vom 2. Dezember 2020 einschlägig. Auch sie beinhalte - wie die sexuelle Belästigung - eine Machtdemonstration durch den Kläger, die diesem nicht zustand.

Wegen des Sach- und Rechtsvortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und die ausweislich der Sitzungsprotokolle abgegebenen Erklärungen ergänzend Bezug genommen. 44

Entscheidungsgründe 45

Die Berufung des Klägers ist zulässig und begründet. Sie richtet sich gegen die Abweisung des Kündigungsschutzantrags bezüglich der hilfsweisen ordentlichen Kündigung der Beklagten vom 2. Mai 2022. 46

I. Die Berufung ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. c ArbGG statthaft, nach den §§ 519 ZPO, 64 Abs. 6 Satz 1, 66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG am 5. Dezember 2022 gegen das am 14. November 2022 zugestellte Urteil innerhalb der Monatsfrist form- und fristgerecht eingelegt und innerhalb der Berufungsbegründungsfrist des § 66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG am 16. Januar 2023 ordnungsgemäß nach den §§ 520 Abs. 3 ZPO, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG begründet worden. 47

II. Die Berufung ist begründet. Die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 2. Mai 2022 ist sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. 48

1. Mit Urteil vom 28. Oktober 2022 hat das Arbeitsgericht rechtskräftig entschieden, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 2. Mai 2022 nicht aufgelöst worden ist. Die Beklagte hat keine Berufung bzw. Anschlussberufung gegen das insoweit der Klage stattgebende Urteil eingelegt. Die Bedingung des auf die Unwirksamkeit der hilfsweisen ordentlichen Kündigung der Beklagten gerichteten Hilfsantrags ist eingetreten (*vgl. Klarstellung des Klägers im Termin zur mündlichen Verhandlung am 28. April 2023 zum Vorliegen eines Hilfsantrags, Bl. 199 dA.*). 49

2. Auf die Kündigung der Beklagten vom 2. Mai 2022 findet der Erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes Anwendung (§ 1 Abs. 1, § 23 Abs. 1 KSchG). 50

3. Die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten ist unverhältnismäßig und damit sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. 51

a) 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 mwN*). 52

b) Das Verhalten des Klägers gegenüber der ihm unterstellten Mitarbeiterin A am 28. April 2022 stellt einen Verstoß gegen seine vertraglichen Pflichten dar. Er hat seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Beklagten gemäß § 241 Abs. 2 BGB verletzt. Die Beklagte hat als Arbeitgeberin ein eigenes schutzwürdiges Interesse daran, dass ihre Arbeitnehmer miteinander respektvoll umgehen und gedeihlich zusammenarbeiten. Sie ist nach § 12 Abs. 1 und 3 AGG verpflichtet, diese vor sexuellen Belästigungen zu schützen (vgl. BAG 20. Mai 2021 - 2 AZR 596/20 - Rn. 23). Zudem stellt eine sexuelle Belästigung iSv. § 3 Abs. 4 AGG gemäß § 7 Abs. 3 AGG eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar.

aa) Eine sexuelle Belästigung iSv. § 3 Abs. 4 AGG liegt vor, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch sexuell bestimmte körperliche Berührungen und Bemerkungen sexuellen Inhalts gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird. Im Unterschied zu § 3 Abs. 3 AGG können auch einmalige sexuell bestimmte Verhaltensweisen den Tatbestand einer sexuellen Belästigung erfüllen. Schutzgut der § 7 Abs. 3, § 3 Abs. 4 AGG ist die sexuelle Selbstbestimmung als Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung wird als das Recht verstanden, selbst darüber zu entscheiden, unter den gegebenen Umständen von einem oder mehreren anderen in ein sexualbezogenes Geschehen involviert zu werden. Das schließt es ein, selbst über einen Eingriff in die Intimsphäre durch körperlichen Kontakt zu bestimmen. Die absichtliche Berührung der primären oder sekundären Geschlechtsmerkmale eines anderen ist bereits deshalb sexuell bestimmt iSd. § 3 Abs. 4 AGG, weil es sich um einen auf die körperliche Intimsphäre gerichteten Übergriff handelt (vgl. BAG 20. Mai 2021 - 2 AZR 596/20 - Rn. 24 mwN).

54

Bei anderen Handlungen, die nicht unmittelbar das Geschlechtliche im Menschen zum Gegenstand haben, wie bspw. Umarmungen, kann sich eine Sexualbezogenheit aufgrund einer mit ihnen verfolgten sexuellen Absicht ergeben (BAG 2. März 2017 - 2 AZR 698/15 - Rn. 36). Ob eine Handlung sexuell bestimmt iSd. § 3 Abs. 4 AGG ist, hängt damit nicht allein vom subjektiv erstrebten Ziel des Handelnden ab. Erforderlich ist auch nicht notwendig eine sexuelle Motivation des Täters. Eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist vielmehr häufig Ausdruck von Hierarchien und Machtausübung und weniger von sexuell bestimmter Lust (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 19).

55

Das jeweilige Verhalten muss bewirken oder bezwecken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird. Relevant ist entweder das Ergebnis oder die Absicht. Für das „Bewirken“ genügt der bloße Eintritt der Belästigung. Gegenteilige Absichten oder Vorstellungen der für dieses Ergebnis aufgrund ihres Verhaltens objektiv verantwortlichen Person spielen keine Rolle. Ebenso kommt es auf vorsätzliches Verhalten nicht an (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 20).

56

Das Tatbestandsmerkmal der Unerwünschtheit erfordert nicht, dass der Betroffene seine ablehnende Einstellung zu den fraglichen Verhaltensweisen aktiv verdeutlicht hat. Maßgeblich ist allein, ob die Unerwünschtheit der Verhaltensweise objektiv erkennbar war (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 20).

57

bb) Die Berührung des Oberkörpers der Mitarbeiterin A beidseitig auf Brusthöhe im Bereich hinter den BH-Bügeln stellt eine unerwünschte, sexuell bestimmte Verhaltensweise dar. Es handelt sich um eine Berührung in unmittelbarer Nähe eines sekundären Geschlechtsmerkmals. Eine Berührung war angesichts der räumlichen Gegebenheiten auch nicht erforderlich, um die Mitarbeiterin auf sich aufmerksam zu machen, woraus sich ein Indiz einer sexuellen Konnotation ergibt (vgl. dazu BAG 2. März 2017 - 2 AZR 698/15 - Rn. 37).

58

Angesichts des Über-/Unterordnungsverhältnisses aufgrund der Vorgesetzteneigenschaft des Klägers gegenüber der Mitarbeiterin ist die ohne äußere Veranlassung erfolgte Berührung an diesen Körperstellen geeignet, ein Umfeld zu schaffen, das zu Schamgefühlen und Einschüchterungen führen kann (vgl. dazu BAG 2. März 2017 - 2 AZR 698/15 - Rn. 37). Die Unerwünschtheit einer solchen Berührung war objektiv und auch für den Kläger erkennbar, die Mitarbeiterin musste ihre ablehnende Einstellung nicht aktiv verdeutlichen.

Das Verhalten des Klägers hat auch bewirkt, dass die Würde der Mitarbeiterin A verletzt worden ist. Diese hat sich angesichts der Berührung geschockt und unwohl gefühlt, sodass eine Belästigung eingetreten ist, ohne dass es auf die Absichten und Vorstellungen des Klägers ankommt. 59

c) Soweit die Beklagte weitere Verhaltensweisen des Klägers zur Begründung der Kündigung vorträgt, stellen diese Vorfälle, soweit sie zwischen den Parteien unstreitig sind, jedenfalls keine erheblichen vertraglichen Pflichtverletzungen des Klägers dar. Soweit sie zwischen den Parteien streitig sind, fehlt es an einer hinreichenden Substantiierung des behaupteten Fehlverhaltens des Klägers. Insbesondere hinsichtlich der behaupteten abfälligen Äußerungen über und gegenüber Mitarbeiterinnen fehlt es an einer Konkretisierung hinsichtlich Zeit, Ort und näherer Umstände der Äußerungen. 60

d) Die hilfsweise ordentliche Kündigung ist unverhältnismäßig. Der Beklagten war der Ausspruch einer Abmahnung als milderer Mittel zumutbar. Die erteilte Abmahnung vom 2. Dezember 2020 ist nicht einschlägig. 61

aa) Ordentliche und außerordentliche Kündigungen wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen regelmäßig eine Abmahnung voraus. Einer solchen bedarf es nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach einer Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist. Liegt nur eine dieser Fallgruppen vor, kann Ergebnis der Interessenabwägung nicht sein, den Kündigenden auf eine Abmahnung als milderer Mittel zu verweisen. Die zweite Fallgruppe betrifft ausschließlich das Gewicht der in Rede stehenden Vertragspflichtverletzung, die für sich schon die Basis für eine weitere Zusammenarbeit irreparabel entfallen lässt. Dieses bemisst sich gerade unabhängig von einer Wiederholungsgefahr. Die Schwere einer Pflichtverletzung kann zwar nur anhand der sie beeinflussenden Umstände des Einzelfalls beurteilt werden, diese müssen aber die Pflichtwidrigkeit selbst oder die Umstände ihrer Begehung betreffen. Dazu gehören etwa ihre Art und ihr Ausmaß, ihre Folgen, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers sowie die Situation bzw. das „Klima“, in der bzw. in dem sie sich ereignete. Sonstige Umstände, die Gegenstand der weiteren Interessenabwägung sein können, wie etwa ein bislang unbelastetes Arbeitsverhältnis, haben bei der Prüfung der Schwere der Pflichtverletzung außer Betracht zu bleiben. Dies gilt umgekehrt ebenso für ein nachfolgendes wahrheitswidriges Bestreiten, das für sich genommen ebenfalls nichts über die Schwere der begangenen Pflichtverletzung besagt (BAG 20. Mai 2021 - 2 AZR 596/20 - Rn. 27 mwN). 62

bb) Den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisiert im Fall einer sexuellen Belästigung auch § 12 Abs. 3 AGG. Danach hat der Arbeitgeber bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG, zu denen auch sexuelle Belästigungen iSv. § 3 Abs. 4 AGG gehören, die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen. Welche 63

Maßnahmen er als verhältnismäßig ansehen darf, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. § 12 Abs. 3 AGG schränkt das Auswahlermessen jedoch insoweit ein, als der Arbeitgeber die Benachteiligung zu „unterbinden“ hat. Geeignet im Sinne der Verhältnismäßigkeit sind daher nur solche Maßnahmen, von denen der Arbeitgeber annehmen darf, dass sie die Benachteiligung für die Zukunft abstellen, dh. eine Wiederholung ausschließen (*BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 29 mwN*). War nicht von einer Wiederholungsgefahr auszugehen, ist dem Erfordernis des § 12 Abs. 3 AGG durch Ausspruch einer Abmahnung genügt (*vgl. BAG 20. Mai 2021 - 2 AZR 596/20 - Rn. 27 mwN*).

cc) Eine Abmahnung war nicht entbehrlich, weil bereits ex ante erkennbar war, dass eine Verhaltensänderung des Klägers in Zukunft auch nach einer Abmahnung nicht zu erwarten stand. 64

(1) Beruht die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann (*BAG 20. Mai 2021 - 2 AZR 596/20 - Rn. 28 mwN*). Umstände, die vor Ausspruch der Kündigung darauf hindeuteten, dass eine Verhaltensänderung des Klägers auch nach Ausspruch einer Abmahnung nicht zu erwarten stand, sind weder von der Beklagten vorgetragen noch erkennbar. 65

(2) Soweit der Kläger nach dem Vortrag der Beklagten bei Übergabe des Kündigungsschreibens abgestritten hat, eine sexuelle Belästigung begangen zu haben, ergibt sich daraus keine Wiederholungsgefahr. Dem Kläger wurde unstreitig nicht mitgeteilt, um welchen konkreten Vorfall mit welcher Mitarbeiterin es sich handelt. Das pauschale Bestreiten einer sexuellen Belästigung bei Übergabe der Kündigung bezog sich daher schon nicht auf ein konkretes Leugnen seines Verhaltens am 28. April 2022. Eine Uneinsichtigkeit des Klägers kann daraus mangels Bestreiten eines konkret unterbreiteten Sachverhalts nicht gefolgert werden (*vgl. zur Uneinsichtigkeit als Kriterium im Rahmen der Prüfung einer Wiederholungsgefahr BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 35*). 66

(3) Selbst wenn zugunsten der Beklagten unterstellt wird, dass dieses Bestreiten vor Zugang der Kündigung dahingehend zu bewerten ist, dass der Kläger die Berührung der Mitarbeiterin A nicht als sexuelle Belästigung angesehen hat, begründet dies keine Wiederholungsgefahr. Bei der Beurteilung des Vorliegens einer sexuellen Belästigung iSv. § 3 Abs. 4 AGG handelt es sich um eine rechtliche Einordnung eines bestimmten Sachverhalts. Allein daraus, dass der Kläger eine abweichende rechtliche Ansicht vertrat, kann noch nicht gefolgert werden, dass eine Abmahnung sein künftiges Verhalten unbeeinflusst gelassen hätte. Aus seiner rechtlichen Ansicht wird nicht erkennbar, dass er sein Verhalten für pflichtgemäß hält und auch unter dem Eindruck einer Abmahnung fortsetzen wird, sondern lediglich, dass er die Anforderungen an die Tatbestandsmerkmale einer sexuellen Belästigung anders deutet als die Beklagte. 67

(4) Gleiches gilt für die im Anschluss an die Beweisaufnahme erfolgte Entschuldigung des Klägers an die Zeugin A. Selbst wenn zugunsten der Beklagten dieses zeitlich deutlich nach Ausspruch der Kündigung liegende Geschehen für die Beurteilung der ex ante bestehenden Wiederholungsgefahr herangezogen wird, ergibt sich daraus keine Entbehrlichkeit der Abmahnung. Auch wenn die gezeigte Reue auf der Sorge um den Arbeitsplatz und nicht auf einer Einsicht des Vorliegens einer sexuellen Belästigung beruht, spricht dies dafür, dass der Kläger seinen Arbeitsplatz nicht durch eine Wiederholung seines Verhaltens erneut aufs Spiel setzen würde (*vgl. BAG 20. Mai 2021 - 2 AZR 596/20 - Rn. 28*). 68

(5) Eine Wiederholungsgefahr ist auch nicht aufgrund der zuvor ausgesprochenen Abmahnung vom 2. Dezember 2020 anzunehmen. Diese ist nicht einschlägig.

(aa) Ist der Arbeitnehmer wegen gleichartiger Pflichtverletzungen schon einmal abgemahnt worden und verletzt er seine vertraglichen Pflichten gleichwohl erneut, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch weiterhin zu Vertragsstörungen kommen. Dabei ist nicht erforderlich, dass es sich um identische Pflichtverletzungen handelt. Es reicht aus, dass die jeweiligen Pflichtwidrigkeiten aus demselben Bereich stammen und somit Abmahnungs- und Kündigungsgründe in einem inneren Zusammenhang stehen. Entscheidend ist letztlich, ob der Arbeitnehmer aufgrund der Abmahnung erkennen konnte, der Arbeitgeber werde weiteres Fehlverhalten nicht hinnehmen, sondern ggf. mit einer Kündigung reagieren (*BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 31 mwN*). 70

(bb) Zwischen der der Abmahnung vom 2. Dezember 2020 zugrundeliegenden Pflichtverletzung und dem zur Kündigung führenden Pflichtverstoß besteht kein ausreichender innerer Zusammenhang. Die Abmahnungsvorwürfe beziehen sich auf die Missachtung von im Rahmen der Corona-Pandemie veröffentlichten Handlungsanweisungen der Geschäftsleitung und den Umgang des Klägers mit möglichen Infektionsrisiken. Diese Pflichtverstöße betreffen daher - anders als die sexuelle Belästigung - kein die Integrität anderer Arbeitnehmer missachtendes, erniedrigendes oder die sexuelle Selbstbestimmung beeinträchtigendes Verhalten und stammen daher aus einem anderen Bereich als die für die Kündigung maßgebliche Pflichtverletzung. 71

dd) Eine Abmahnung war nicht aufgrund der Schwere des Pflichtverstoßes entbehrlich. Es handelt sich nicht um eine so schwere Pflichtverletzung, dass selbst deren erstmalige Hinnahme der Beklagten nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Kläger erkennbar - ausgeschlossen war. 72

(1) Zwar handelt es sich bei einer sexuellen Belästigung um einen gravierenden, nicht zu bagatellisierenden Pflichtverstoß. Die gesetzgeberische Wertung des § 12 Abs. 3 AGG zeigt jedoch, dass einer sexuellen Belästigung nicht als solcher bereits wegen der Schwere der Vertragspflichtverletzung die Entbehrlichkeit einer Abmahnung immanent ist. 73

(2) Zu berücksichtigen ist, dass sich die Mitarbeiterin A aufgrund ihrer Körperhaltung in Verrichtung ihrer Tätigkeit in einer Position befand, in der sie die Berührung nicht abwehren konnte. Zudem handelt es sich bei dem Kläger um ihren Vorgesetzten, der die Belästigung im Zusammenhang mit der Wahrnehmung seiner Vorgesetztentätigkeit vornahm, indem er die Mitarbeiterin unmittelbar danach auf ein Fehlverhalten ihrerseits ansprach. Allerdings erfolgte keine Berührung primärer oder sekundärer Geschlechtsmerkmale. Angesichts des Piksen mit den Zeigefingerspitzen war die Berührungsfläche klein und die Berührungsdauer kurz. Ferner trat der Kläger unmittelbar nach der Berührung zurück. Zudem ereignete sich das Geschehen in der Produktionshalle, in der sich weitere Mitarbeiter aufhielten, und damit nicht an einem Ort, an dem die Mitarbeiterin von einer Schutzlosigkeit ausgehen musste. Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände kam dem Pflichtverstoß damit kein derartiges Gewicht zu, dass der Beklagten eine Abmahnung unzumutbar war. 74

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG. Gründe für die Zulassung der Revision im Sinne des § 72 Abs. 2 ArbGG sind nicht gegeben. Keine der entscheidungserheblichen Rechtsfragen hat grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG. Die Rechtsfragen berühren auch nicht wegen ihrer tatsächlichen Auswirkungen die Interessen der Allgemeinheit oder eines größeren Teils der Allgemeinheit. Ferner lagen keine Gründe vor, die die Zulassung wegen 75

einer Abweichung von der Rechtsprechung eines der in § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG angesprochenen Gerichte rechtfertigen würde.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

76

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

77

Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

78