Landesarbeitsgericht Köln, 8 Sa 135/20

Datum:	27.08.2020
Gericht:	Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper:	8. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	8 Sa 135/20
ECLI:	ECLI:DE:LAGK:2020:0827.8SA135.20.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Köln, 14 Ca 3794/19
Schlagworte:	außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung; sexuelle Belästigung
Sachgebiet:	Arbeitsrecht

Tenor:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 09.01.2020 – 14 Ca 3794/19 – wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

2. Die Revision wird nicht zugelassen.

T a t b e s t a n d 1

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung der Beklagten. 2

Der verheiratete und drei Kindern zum Unterhalt verpflichtete, 47jährige Kläger ist seit dem 1. September 1990 bei der Beklagten, zuletzt als Operator in der Schmiede bei einem durchschnittlich Bruttomonatsgehalt ca. 4.200,00 €, beschäftigt. 3

Am 24. Mai 2019 fand ein Interview zur Mitarbeiterqualifizierung des Klägers mit den Personalreferentinnen der Beklagten Frau W und Frau H statt. Die Einzelheiten des dabei geführten Gesprächs sind zwischen den Parteien streitig. 4

Danach beschwerten sich Frau W und Frau H gegenüber der Beklagten, der Kläger habe sich ihnen gegenüber unangemessen, respektlos und in sexuell belästigender Weise verhalten. Der Kläger habe Bemerkungen über und Anspielungen auf die Brüste der 5

Personalreferentinnen gemacht habe, sich dabei von seinem Sitzplatz erhoben und sich nur durch mehrfache Aufforderung dazu habe bewegen lassen, wieder Platz zu nehmen. Die Beklagte hörte den Kläger am 7. Juni 2019 zu diesem Vorfall an.

Mit Schreiben vom 7. Juni 2019 hörte die Beklagte den bei ihr bestehenden Betriebsrat zur beabsichtigten außerordentlichen sowie hilfsweise ordentlichen Kündigung des Klägers an. Auf das Anhörungsschreiben wird Bezug genommen. Der Betriebsrat stimmte den beabsichtigten Kündigungen zu. 6

Die Beklagte kündigte dem Kläger mit Schreiben vom 12. Juni 2019 außerordentlich und fristlos sowie mit Schreiben vom 17. Juni 2019 hilfsweise ordentlich und fristgerecht zum 31. Januar 2020. 7

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, es bestehe kein außerordentlicher Kündigungsgrund. Auch die ordentliche Kündigung sei unwirksam, da nicht sozial gerechtfertigt. 8

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 9

- 1. festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung vom 12. Juni 2019 zum 12. Juni 2019 nicht aufgelöst wurde; 10 11

- 2. festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis durch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung der Beklagten vom 17. Juni 2019 zum 31. Januar 2020 nicht aufgelöst wird. 12 13

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 14

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, der Kläger habe ihre Personalreferentinnen sexuell belästigt und hierdurch gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten sowie die in der Betriebsvereinbarung „*Partnerschaftliches Verhalten am Arbeitsplatz*“ festgelegten Grundsätze verstoßen. Eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger sei ihr, auch im Hinblick auf ihre Null-Toleranz-Politik, nicht zumutbar gewesen. 15

Die Beklagte hat behauptet, am Nachmittag des 5. Juni 2019 habe der Personalleiter Köln von den Personalreferentinnen W und H erfahren, dass der Kläger sich am 24. Mai 2019 im Rahmen eines Interviews zur Mitarbeiterqualifizierung gegenüber diesen unangemessen, respektlos und in sexuell belästigender Art und Weise verhalten habe. Zur Sachverhaltsaufklärung seien am folgenden Tag die Personalreferentinnen W und H befragt worden. 16

Die Personalreferentin H habe den Vorfall wie folgt geschildert: 17

„Am 24.05.2019 wurde ein Interview zur Mitarbeiterqualifizierung mit Herrn A durchgeführt. […] Bereits bei der Begrüßung des Mitarbeiters mittels Handschlag fiel mir auf, dass Herr A penetrant auf den Handrücken von Frau W schaute und die Hand von Frau W zu diesem Zwecke während des Handschlages mit dem Handrücken nach oben drehte. Bei mir hat er es dann genau so gemacht, weshalb ich ihn gefragt habe, was er denn da macht. Herr A hat daraufhin mitgeteilt, dass er das später erzählen werde. Alle haben dann an dem Interviewtisch Platz genommen. Das war ein ovaler Tisch, etwa so groß, wie ein üblicher 18

Schreibtisch bei F aber oval in der Form. Herr A hat gegenüber von Frau W und mir Platz genommen, saß aber etwas näher zu Frau W . Nach dem Interview erklärte Herr A sodann, warum er bei der Begrüßung so penetrant auf die Hände/Finger geschaut hat und den Handrücken von Frau W und mir nach oben drehte, wobei ich nicht mehr sicher sagen kann, ob er es von sich aus erzählt hat, oder ob ich noch mal explizit nachgefragt hat. Herr A erklärte dann, dass man am Verhältnis vom Ringfinger zum Mittelfinger die hormonelle Präferenz erkennen kann, guckte dann N. W und sagte „Sie haben ja größere Brüste als ihre Kollegin; Frauen neigen dazu, den Rücken zu bücken, um die Brüste zu verstecken". Herr A stand dann auf und machte eine Vorwärtsbewegung, leicht nach links, in Richtung N. W . N. W sagte ihm sofort, er solle sich wieder hinsetzen aber das machte er nicht. N. W musste es 3 - 4 mal sagen, bis er sich wieder hinsetzte. Warum er aufgestanden ist und ein Schritt auf N. W zuging weiß ich nicht. Ich vermute, dass er ihr zeigen wollte, wie man den Rücken gerademacht und zu diesem Zweck an die Schulter fassen wollte. Sicher weiß ich es aber nicht. Nachdem er sich wieder hingesetzt hatte habe ich ihm auch noch mal gesagt, dass ein solches Thema hier nicht hingehört und habe versucht, das Gespräch so schnell wie möglich zu beenden. Die Situation war sehr unangenehm und ich habe mich unwohl gefühlt. Das Wort `Brüste´ war mir zu viel. Ich hatte das Gefühl, er guckt durch meine Kleidung. Man fühlte sich irgendwie entblößt. Er sagte noch, dass er nicht wolle, dass wir das aufschreiben. Ich glaube aber, dass er das zu Anfang gesagt. Den Vorfall haben wir direkt bei unserem Chef gemeldet".

Die Personalreferentin W habe ebenfalls geschildert, dass der Kläger bei der Begrüßung zunächst sehr auffällig auf die Hände/Finger von ihr und der Personalreferentin H geschaut und den Handrücken nach oben gedreht habe. Eine Erklärung habe er erstmal nicht gegeben. Das weitere Gespräch mit dem Kläger habe Frau W wie folgt geschildert: 19

„Am Ende des Interviews hat er dann gesagt, dass man am Verhältnis vom Ringfinger zum Mittelfinger die hormonelle Präferenz oder so erkennen kann. Dann guckte er mich an und sagte `Sie haben größere Brüste als ihre Kollegin; Frauen mit großen Brüsten neigen dazu, den Rücken zu bücken, um die Brüste zu verstecken´. Dann stand er auf und kam auf mich zu, woraufhin ich ihm sofort gesagt habe, dass er sich bitte wieder hinsetzen soll. Darauf hat er aber nicht reagiert und dann habe ich ihn noch zweimal gesagt, dass er sich hinsetzen und Abstand waren soll. Dabei war ich dann auch etwas lauter und bestimmter. Er hat sich dann wieder hingesetzt und wir haben das Gespräch so schnell wie möglich beendet. Während des Interviews haben wir uns Notizen gemacht; auf einem Gesprächsleitfaden, den wir zur Auswertung des Interviews benötigen. Herr A hatte gesagt, dass wir das nicht aufschreiben sollen. Mir war die Situation sehr unangenehm. Sowas ist doch kein Thema für ein Interview und dann stand er auch noch auf und ging leicht auf mich zu." 20

Der Kläger habe im Anhörungsgespräch am 7. Juni 2019, nachdem ihm die Vorwürfe im Detail geschildert worden seien, mitgeteilt, dass er geschockt sei. Er kenne diese Frauen nicht und habe niemanden belästigt. Die Schilderung des Sachverhaltes stimme so nicht und sei aufgebauscht. Wenn ihn die Beklagte jetzt kündigen wolle, dann sei das so, aber er lasse das so nicht stehen; er sei kein „*Sex-Ferkel*". Er habe sodann die Gesprächsteilnehmerin Frau Wa um ihre Hand gebeten, um vorzeigen zu können, wie das Ganze abgelaufen sei. Die Frau Wa habe dem Kläger die Hand gereicht, die dieser zum Handschlag ergriffen, den Handrücken nach oben gedreht und sich die Finger angeschaut habe. Er habe dann gesagt: *„Ich habe nur von Körperhaltung mit großen Brüsten gesprochen, nicht über die Brüste der Frauen, ich habe nicht gesagt, dass eine Kollegin größere Brüste hat. Ich habe nur allgemein gesagt, dass manche Menschen größere Brüste haben."* Auf die Nachfrage, warum er sich die Hände/Finger so genau angeschaut habe und in einem Interview über „*Brüste*" spreche, 21

habe er geantwortet: „*Man kann daran sehen, was die Leute für einen Charakter haben. Am Verhältnis von Ring- und Mittelfinger kann der Fachmann den Charakter eines Menschen erkennen. Ich bin kein Fachmann. Das kann man im Internet lesen. Früher wurden so z. B. Männer mit kurzem Ringfinger nicht auf Feldern eingesetzt.*“ Auf die Nachfrage, warum er in dem Gespräch am 24 Mai 2019 aufgestanden sei, habe der Kläger geantwortet: „*Ich hatte den Frauen erklärt, dass man sich gerade hinstellen muss, Schultern gerade und dann den Arm ausstrecken muss. Nur dann kann man die Hand richtig sehen. Man muss die Brust wegdrücken, damit man einen rechten Winkel hat. Dann bin ich aufgestanden, um mich so hinzustellen*“. Auf erneute Nachfrage habe er gesagt: „*Brüste waren nicht das Thema des Gespräches, sondern Finger. Ich habe nicht über Brüste gesprochen. Das war ein Gesamtpaket und die Frauen picken jetzt nur den einen Teil heraus. Ich hatte keine sexuelle Absicht. Das ist eine Verkettung. Die haben das falsch verstanden*“.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Einlassung des Klägers im Anhörungsgespräch sei von Uneinsichtigkeit geprägt gewesen, sodass eine erhebliche Wiederholungsgefahr vorgelegen habe. 22

Der Kläger hat darauf erwidert: 23

Er habe sich im Rahmen des Interviews zur Mitarbeiterqualifizierung nicht unangemessen, respektlos und in sexuell belästigender Art und Weise gegenüber den Personalreferentinnen verhalten. Es sei zwar zutreffend, dass er im Rahmen der Begrüßung per Handschlag die Hand von Frau W gedreht habe, sodass der Handrücken nach oben gezeigt habe. Auch sei richtig, dass er auf die Hand geschaut habe, wenn auch nicht penetrant, sondern nur kurz. Dieses Drehen der Hand sei jedoch weder sexuell motiviert gewesen noch habe es sich um ein sexuell bestimmtes Verhalten gehandelt. Er habe weder bezweckt noch bewirkt, die Würde der Personalreferentinnen zu verletzen. Grund für seine Handlung sei gewesen, wie er auf die wiederholten Nachfragen der Personalreferentinnen auch erläutert habe, dass er das Längenverhältnis von Ring- und Zeigefinger habe erkennen wollen, dies vor dem Hintergrund einer wissenschaftlichen Studie, nach welcher anhand des Fingerlängenverhältnisses Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Menschen gezogen werden könnten. So sollten beispielsweise Frauen mit längerem Ringfinger über eine hohe Durchsetzungskraft verfügen. Um das tatsächliche Fingerverhältnis ermitteln zu können, sei es notwendig, dass sich der ausgestreckte Arm und die Schulter in einem 90 Grad Winkel befänden. Damit dies erreicht werden könne, müsse in gerader und aufrechter Haltung und je nach Anatomie des Menschen der Arm zum Körper hin gegen die Brust gedrückt werden. Er habe den vorstehenden Grund für die Handdrehung erläutert, nachdem er während des Gesprächs permanent und immer wieder neugierig hierzu aufgefordert worden sei. Dies sei zu Mitte des Gesprächs gewesen. Er habe Frau W und Frau H gesagt, dass er den Rückschluss vom Fingerlängenverhältnis auf die Persönlichkeit nicht an ihnen zeigen könne, sondern es an sich vormachen müsse. Zu diesem Zwecke sei er aufgestanden, habe sich parallel zum Tisch aufgestellt und den rechten Arm so ausgestreckt, dass sich ein 90 Grad Winkel gebildet habe. In diesem Zusammenhang habe er gesagt, dass manche Menschen über größere Brüste verfügten, manche über kleinere, wobei er Brust geschlechtsneutral gemeint habe. Er habe während seiner Erklärung an die gegenüberliegende Wand nicht aber zu den Zeuginnen gesehen. Es sei nicht richtig und werde bestritten, dass er zu der Personalreferentin W gesagt habe, dass diese größere Brüste als ihre Kollegin habe und Frauen dazu neigten, den Rücken zu bücken, um die Brüste zu verstecken. Es sei unzutreffend, dass er dann aufgestanden sei – er habe bereits gestanden – und eine Vorwärtsbewegung leicht nach links in Richtung der Personalreferentin W gemacht habe. Er habe dieser nicht zeigen wollen, wie man den Rücken gerademache, und diese nicht 24

berühren und an die Schulter fassen wollen. Er sei zu keiner Zeit auf die Personalreferentin W zugegangen oder habe sich dieser genähert. Gleiches gelte für die Personalreferentin H . Er habe sich etwa zehn Sekunden nach der entsprechenden Aufforderung hingesetzt. Nachdem er sich wieder gesetzt habe, sei das Gespräch fortgesetzt und ordnungsgemäß beendet worden. Er habe den Eindruck gehabt, für sein Verhalten belacht zu werden. Er habe nicht erkennen können, dass die Situation für die Personalreferentinnen unangenehm gewesen sei und diese sich unwohl gefühlt hätten. Es sei unrichtig, dass ihm gesagt worden sei, dass ein solches Thema hier nicht hingehöre. Sofern er gesagt habe, nicht zu wollen, dass das aufgeschrieben werde, habe sich dies darauf bezogen, dass er von der wissenschaftlichen Studie im Rahmen eines absolvierten Einstellungstests für Piloten Kenntnis erlangt habe. Er sei nach Abschluss des Gesprächs freundlich und mit Grüßen an seine Frau und seine Kinder verabschiedet worden.

Seine Anhörung durch die Personalverantwortlichen am 7.6.2019 sei nicht kurzfristig nach dem Vorfall erfolgt. Zudem sei er damit „*überfallen*“ worden. Er habe in der Anhörung erläutert, dass die Handlung keinen sexuellen Hintergrund gehabt habe. Er habe dargestellt, weshalb er die Hände gedreht habe. Auch habe er angeführt, nur von Körperhaltung nicht aber über große Brüste von Frauen oder die Brüste der Frauen gesprochen zu haben. Es sei seinerseits klargestellt worden, dass er nicht gesagt habe, dass eine Kollegin größere Brüste als die andere habe, sondern dass manche Menschen größere Brüste als andere Menschen hätten. Dies sei im Zusammenhang mit seiner Erläuterung der exakten Ermittlung des Fingerlängenverhältnisses erfolgt. Unmittelbar nach dem Ende des Anhörungsgesprächs sowie Verlassen des Raumes habe er überdies mitgeteilt, dass es ihm außerordentlich leidtue, dass sein Verhalten in diese Richtung gedeutet werde und von den Zeuginnen so empfunden worden sei. 25

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, es liege jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit kein Grund i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB. Auch sei die Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht gewahrt worden. Außerdem sei die Betriebsratsanhörung nicht ordnungsgemäß erfolgt. 26

Der Kläger hat mit beim Arbeitsgericht am selben Tage eingegangenem Schriftsatz vom 17. Juni 2019 Kündigungsschutzklage hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung erhoben und diese mit Klageerweiterung vom 30. Juni 2019 um die hilfsweise ordentliche Kündigung vom 17. Juni 2019 erweitert. 27

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen. 28

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf das Urteil (Bl. 131 - 146 d. A.) wird verwiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der Beklagten, die weiter unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags der Auffassung ist, die außerordentliche Kündigung sei gerechtfertigt. Es sei von einer umfänglichen und erheblichen sexuellen Belästigung auszugehen, da zwei Frauen gemeinsam der sexuellen Belästigung zum Opfer gefallen seien, wobei diese faktisch über das gesamte Gespräch gedauert habe. Das Arbeitsgericht hätte Beweis darüber erheben müssen, ob der Kläger die Zeugin W habe an der Schulter fassen wollen. Der Kläger habe selbst angegeben, auf „Befehle“ nicht zu reagieren und durch sein Verhalten gerade eine Situation verursacht, in der es ihm um einen Ausdruck von Hierarchie und Machtausübung gegangen sei. Die Schwere der sexuellen Belästigung ergebe sich aus der Zeitspanne, der Anwesenheit von zwei Opfern, der völligen Anlasslosigkeit und dem nachverhalten des Klägers. Der Kläger habe versucht die Zeuginnen W und H im Rahmen seiner Anhörung zu diskreditieren und 29

lächerlich zu machen. Zudem habe er den Vorwurf in der Anhörung und im Kündigungsschutzprozess konsequent abgestritten, ohne eine im Ansatz nachvollziehbare Erklärung für die Vorwürfe zu geben. Damit habe sich der Kläger in Gänze uneinsichtig gezeigt. Sie – die Beklagte – habe nicht davon ausgehen können, dass der Kläger sein Verhalten durch den Ausspruch einer Abmahnung überdacht und in Zukunft geändert hätte. Die Beklagte bestreitet mit Nichtwissen, der Kläger habe in der Anhörung geäußert, dass es ihm leide tue.

Das Arbeitsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Kläger sich keiner anderweitigen Pflichtverletzung schuldig gemacht habe. So habe er selbst angeführt, dass er ähnlichen Vorwürfen bereits schon einmal ausgesetzt gewesen sei, diese jedoch nicht weiterverfolgt worden seien. Im Rahmen der Anhörung habe er gesagt: 30

„Einige Damen haben in der Vergangenheit schon etwas behauptet, was unter den Teppich gekehrt wurde; ich hatte nicht die Möglichkeit, das richtig zu stellen. Eine Dame hat damals behauptet, ich hätte Sie auf dem Parkplatz attackiert. Da war dann jede Menge Werkschutz und Feuerwehr und die haben mich böse angeguckt. Das stimmte alles nicht. Das ist dann irgendwann im Sande verlaufen.“ 31

Die Beklagte beantragt, 32

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. 33

Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Berufung. 34

Der Kläger verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags die angefochtene Entscheidung. 35

Wegen der Einzelheiten des Sach-und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils, die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze, die eingereichten Unterlagen und die Sitzungsprotokolle Bezug genommen. 36

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 37

I. Die Berufung der Beklagten ist zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben. Die Klage ist begründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist weder durch die außerordentliche Kündigung vom 12. Juni 2019 noch durch die hilfsweise ordentliche Kündigung vom 17. Juni 2019 aufgelöst worden. Beide Kündigungen sind rechtsunwirksam und haben das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst. Zwar hat der Kläger mit seinem Verhalten am 24. Mai 2019 – den Vortrag der Beklagten als wahr unterstellt - in schwerwiegender Weise gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Die ausgesprochenen Kündigungen sind jedoch unverhältnismäßig Denn die Beklagte hätte den Kläger wegen des von ihr behaupteten Kündigungsvorwurfs abmahnen müssen. Das Berufungsgericht schließt sich der zutreffenden und überzeugenden Begründung des Arbeitsgerichts an. Die Berufung der Beklagten enthält keine neuen rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkte, die eine andere Entscheidung rechtfertigen könnten. 38

1. Die außerordentliche Kündigung vom 12. Juni 2019 – gegen die der Kläger rechtzeitig Klage erhoben hat - ist rechtsunwirksam. Es besteht – auch bei Zugrundelegung des Beklagtenvortrags – kein wichtiger i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB. 39

40

a. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Bei der Feststellung, ob ein wichtiger Grund i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB vorliegt, ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“ und damit typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (vgl. etwa BAG 17.03.2016 - 2 AZR 110/15 – m. w. N).

Eine sexuelle Belästigung i. S. v. § 3 Abs. 4 AGG stellt nach § 7 Abs. 3 AGG eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar. Sie ist „an sich“ geeignet als wichtiger Grund i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB. Eine sexuelle Belästigung i. S. v. § 3 Abs. 4 AGG liegt vor, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird (BAG, 09.06.2011, 2 AZR 323/19 – m. w. N.). 41

Ob eine sexuelle Belästigung i. S. v. § 3 Abs. 4 AGG im Einzelfall zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, ist abhängig von den konkreten Umständen, u. a. von ihrem Umfang und ihrer Intensität (vgl. BAG 20.11.2014 - 2 AZR 652/13 – m. w. N.). 42

b. Es kann – im Anschluss an das Arbeitsgericht - offen bleiben, ob nach diesen Grundsätzen das Verhalten des Klägers gegenüber den Personalreferentinnen W und H am 24.05.2019 bei Zugrundelegung des Beklagtenvortrags nach diesen Grundsätzen „an sich“ geeignet wäre, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. 43

Allerdings geht das Berufungsgericht mit dem Arbeitsgericht davon aus, dass der Kläger mit seinem Verhalten am 24. Mai 2019 – den Vortrag der Beklagten als wahr unterstellt - in schwerwiegender Weise gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen hätte. Denn weder das Drehen und Anstarren der Hände der Personalreferentinnen bei der Begrüßung noch insbesondere die Ausführungen dazu, am Verhältnis von Ring- und Mittelfinger „die hormonelle Präferenz“ erkennen zu können, hätten einen dienstlichen Bezug oder Kontext aufgewiesen, sondern ausschließlich Bemerkungen und Handlungen sexuellen Inhalts i.S.v. § 3 Abs. 4 AGG dargestellt. Dies gälte umso mehr für die weitere Erklärung des Klägers in Richtung der Personalreferentin W , sie habe größere Brüste als ihre Kollegin und Frauen neigten dazu, den Rücken zu bücken, um die Brüste zu verstecken. 44

Dabei geht das Berufungsgericht mit dem Arbeitsgericht jedoch auch davon aus, dass soweit der Kläger im Anschluss an vorstehende Erklärungen aufgestanden sein und sich vorwärts, leicht nach links in Richtung der Personalreferentin W bewegt haben soll, keine hinreichenden Umstände für den dringenden Verdacht vorliegen, der Kläger habe die Personalreferentin W im Folgenden an der Schulter berühren wollen, um ihr zu zeigen, wie sie den Rücken gerademachen solle. Zu Recht weist das Arbeitsgericht darauf hin, die Personalreferentin H habe in ihrer von der Beklagten geschilderten Aussage angeführt, sie 45

habe vermutet, dass der Kläger auf die Personalreferentin W habe zu gehen wollen, um ihr zu zeigen, wie man den Rücken gerade macht und sie zu diesem Zweck an die Schulter habe fassen wollen. Sicher wisse sie es aber nicht. Die Personalreferentin W machte in ihrer von der Beklagten geschilderten Aussage keine Angaben dazu, warum der Kläger aufgestanden sein könnte. Auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens der Beklagten ist nicht erkennbar, aufgrund welcher Gesichtspunkte die Beklagte die Angabe des Klägers in der Anhörung am 7. Juni 2019 als widerlegt bzw. Schutzbehauptung erachtet. Danach der Kläger aufgestanden, um seinen Arm in einem rechten Winkel zum Körper auszustrecken und hierdurch das angeführte Verhältnis von Ring- und Mittelfinger zu zeigen.

c. Das Verhalten des Klägers gegenüber den Personalreferentinnen W und H am 24.05.2019 ist demnach - bei Zugrundelegung des Beklagtenvortrags – zwar als schwerwiegende Pflichtverletzung anzusehen, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses war der Beklagten jedoch zuzumuten. Die Beklagte hätte den Kläger wegen des von ihr behaupteten Kündigungsvorwurfs abmahnen müssen. Die ausgesprochene außerordentliche Kündigung ist unverhältnismäßig. Dies hat das Arbeitsgericht zu Recht mit zutreffender und überzeugender Begründung festgestellt. 46

aa. 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. Ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb 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 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 (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. etwa BAG 29.06.2017 - 2 AZR 302/16 – m. w. N.). 47

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird zudem durch § 12 Abs. 3 AGG konkretisiert. Danach hat der Arbeitgeber bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG, zu denen auch sexuelle Belästigungen i. S. v. § 3 Abs. 4 AGG gehören, die geeigneten, erforderlichen und angemessenen arbeitsrechtlichen Maßnahmen - wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung - zu ergreifen. Welche Maßnahmen er als verhältnismäßig ansehen darf, hängt von den konkreten Umständen, u.a. von ihrem Umfang und ihrer Intensität ab. § 12 Abs. 3 AGG schränkt das Auswahlermessen allerdings 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, d. h. eine Wiederholung ausschließen (BAG 29.06.2017 - 2 AZR 302/16 – m. w. N.). 48

bb. Nach diesen Grundsätzen war der Beklagten – selbst wenn zu ihren Gunsten ihre Kündigungsvorwürfe als richtig unterstellt werden – die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger nicht unzumutbar. Da es sich um steuerbares Verhalten des Klägers handelte, war vor Ausspruch der Kündigung eine Abmahnung erforderlich. Eine solche war vorliegend auch nicht ausnahmsweise entbehrlich. Weder handelt es sich bei dem der Kündigung zugrundeliegenden von der Beklagten behaupteten Verhalten des Klägers 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 ist. Noch war zum maßgeblichen Zeitpunkt des Ausspruchs der 49

Kündigung bereits ex ante erkennbar, dass eine Verhaltensänderung des Klägers in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten stand und mit einer Wiederholung einer sexuellen Belästigung zu rechnen war.

1) Es handelt sich bei dem der Kündigung zugrundeliegenden von der Beklagten behaupteten Verhalten des Klägers 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 ist. 50

Zu Recht hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass es sich bei dem behaupteten Verhalten des Klägers zwar um eine schwerwiegende, nicht jedoch um eine besonders schwerwiegende sexuelle Belästigung gehandelt hat, wie dies etwa bei der absichtlichen Berührung primärer Geschlechtsteile oder fortgesetzter sexueller Belästigung anzunehmen ist (vgl. dazu BAG 20.11.2014 - 2 AZR 621/13, Rn. 3 zur Aussage in einem Zwei-Personen-Gespräch, Kollegin habe schönen Busen, und Berühren der Brust, Kündigung allerdings aus Gründen der Verhältnismäßigkeit unwirksam). 51

Der Kläger musste auch nicht damit rechnen, dass er mit diesem Fehlverhalten sein Arbeitsverhältnis ohne vorherige Abmahnung verlieren könnte. Auch davon ist das Arbeitsgericht zu Recht ausgegangen und dafür folgende Gesichtspunkte zur Begründung angeführt, denen sich das Berufungsgericht vollinhaltlich anschließt: Es handelte sich um erstmaliges Fehlverhalten des Klägers; bislang war sein Verhalten ohne Beanstandungen geblieben. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Zusammenarbeit des Klägers insbesondere mit weiblichen Kolleginnen zu Problemen, Konflikten oder dergleichen geführt hatte. Der Kläger nahm die Pflichtverletzungen in einem Gespräch mit zwei Personalreferentinnen vor; es handelte sich mithin nicht um eine sexuelle Belästigung einer einzelnen, ggf. auch räumlich separierten und damit besonders schutzlosen Kollegin oder in Ausübung eines Macht- bzw. Überordnungsverhältnisses. Die Personalreferentinnen meldeten den Vorfall zwar unmittelbar nach dem Gespräch ihrem Vorgesetzten und machten auch auf den Gesprächsbögen Vermerke. Der Vorgesetzte gab die Information allerdings erst am 6. Juni 2019 an den Personalleiter weiter. Der im Personalbereich tätige Vorgesetzte schien demnach nach der Information und Schilderung seiner Mitarbeiterinnen und trotz der von der Beklagten angeführten Null-Toleranz-Politik keinen Vorgang angenommen zu haben, der unverzügliche Maßnahmen erforderlich machte. Der Kläger war im Zeitpunkt der Kündigung über 28,75 Jahre bei der Beklagten beschäftigt und ist verheirateter dreifacher Familienvater. 52

2) Zum maßgeblichen Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung war auch nicht bereits ex ante erkennbar, dass eine Verhaltensänderung des Klägers in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten stand. 53

Zu Recht hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass dem Kläger ist bislang noch keine Abmahnung, auch nicht zu einer anderweitigen Pflichtverletzung, erteilt worden ist und es nicht anzunehmen ist, dass eine förmliche Abmahnung nicht geeignet war, das Verhalten des Klägers nachhaltig zu verändern. Allein der Umstand, dass der Kläger im Anhörungstermin am 7. Juni 2019 die von der Beklagten behaupteten Äußerungen bestritten hat , schließt nicht aus, dass die förmliche Abmahnung einer Pflichtverletzung, also mit Ankündigung einer Kündigung im Wiederholungsfall zu einer Verhaltensänderung geführt hätte. Im Übrigen hat der Kläger nach seinem Vortrag unmittelbar nach dem Ende des Anhörungsgesprächs sowie Verlassen des Raumes mitgeteilt, ihm tue es außerordentlich leid, dass sein Verhalten in diese Richtung gedeutet werde und von den Zeuginnen so empfunden worden sei. 54

55

Soweit die Beklagte diesen Vortrag in der Berufung mit „Nichtwissen“ bestreitet, ist dieses Bestreiten unzulässig gemäß § 138 Abs. 4 ZPO, da es sich um Erklärungen des Klägers in Gegenwart der Vertreter der Beklagten – mithin aufgrund eigener Wahrnehmung - gehandelt hat.

Soweit die Beklagte in der Berufung einen vom Kläger in der Anhörung erwähnten „Vorfall auf dem Parkplatz“ anspricht, ist ihr Vorbringen mangels schlüssigem Sachvortrag unerheblich. Der Kläger soll im Rahmen der Anhörung gesagt haben: 56

„Einige Damen haben in der Vergangenheit schon etwas behauptet, was unter den Teppich gekehrt wurde; ich hatte nicht die Möglichkeit, das richtig zu stellen. Eine Dame hat damals behauptet, ich hätte Sie auf dem Parkplatz attackiert. Da war dann jede Menge Werkschutz und Feuerwehr und die haben mich böse angeguckt. Das stimmte alles nicht. Das ist dann irgendwann im Sande verlaufen.“ 57

Diese von der Beklagten aufgegriffene Äußerung des Klägers enthält keinen substantiierten Sachvortrag, aus dem hervorgeht, was sich damals denn genau zugetragen hat. Es lässt sich deshalb daraus auch kein Vorwurf eines pflichtwidrigen Verhaltens des Klägers herleiten. 58

Schließlich spricht im Rahmen einer Gesamteinschätzung gegen eine negative Verhaltensprognose zu Lasten des Klägers vor allem auch, dass der Kläger im Zeitpunkt der Kündigung seit fast 29 Jahren bei der Beklagten beschäftigt war, ohne dass es bislang zu Beanstandungen seines Verhaltens gekommen war. 59

3) Zu Recht hat das Arbeitsgericht schließlich festgestellt, dass sich auch nichts anderes sich unter Berücksichtigung der aus § 12 Abs. 3 AGG folgenden Schutzpflichten des Arbeitgebers bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG ergibt, zu denen auch sexuelle Belästigungen i.S.v. § 3 Abs. 4 AGG gehören. Zu den geeigneten, erforderlichen und angemessenen arbeitsrechtlichen Maßnahmen zählt auch eine Abmahnung, soweit diese geeignet erscheint, die Benachteiligung zu „unterbinden“. Mangels erheblicher tatsächlicher entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass der Kläger im Falle einer Abmahnung keine weiteren Pflichtverletzungen in Bezug auf den Umgang mit Mitarbeiterinnen und Kolleginnen begangen hätte. Eine Abmahnung wäre danach geeignet gewesen, die Benachteiligung für die Zukunft abzustellen, d.h. eine Wiederholung auszuschließen. 60

d. Aus den vorgenannten Gründen überwiegt nach der gebotenen Gesamtwürdigung der Interessen beider Parteien - (vgl. dazu etwa BAG 20.10.2016 - 2 AZR 471/15 – m. w. N.) - auch das Interesse des Klägers an dem Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Interesse der Beklagten an der sofortigen Auflösung. 61

2. Der Klageantrag zu 2) ist zulässig und begründet. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien wird nicht durch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 17. Juni 2019 aufgelöst werden. Die Kündigung ist nicht sozial gerechtfertigt, § 1 Abs.1 KSchG. Wie bereits ausgeführt ist Verhalten des Klägers gegenüber den Personalreferentinnen W und H am 24.05.2019 - bei Zugrundelegung des Beklagtenvortrags – zwar als schwerwiegende Pflichtverletzung anzusehen, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses war der Beklagten jedoch zuzumuten. Die Beklagte hätte den Kläger wegen des von ihr behaupteten Kündigungsvorwurfs abmahnen müssen. Die ausgesprochene außerordentliche Kündigung ist unverhältnismäßig. Wegen der weiteren Begründung wird auf die zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts verwiesen. 62

63

II. Die Beklagte hat die Kosten der erfolglosen Berufung zu tragen(§ 97 Abs. 1 ZPO).

III. Die Revision war gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG nicht zuzulassen. 64

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE