
Datum: 21.11.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 U 16/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:1121.2U16.12.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 8 O 348/11

Tenor:

1.

Von den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens haben der Kläger 90 % und die Beklagte 10 % zu tragen.

2.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens und des vor dem Senat am 21. November 2012 abgeschlossenen Vergleichs haben der Kläger und die Beklagte jeweils 50 % zu tragen.

Gründe

1.

Nachdem die Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 21. November 2012 den Rechtsstreit durch Abschluss eines Vergleichs erledigt haben, war gemäß § 91a Abs. 1 ZPO über die Kosten des Rechtsstreits einschließlich des Vergleichs nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes zu befinden.

Maßgeblich für die vom Senat zu treffende Entscheidung war hierbei der voraussichtliche Ausgang des Rechtsstreits, wenn sich die Hauptsache nicht erledigt hätte (vgl. z.B. OLG Frankfurt, NJW-RR 1999, 980; OLG Stuttgart, NJW-RR 1999, 997; OLG Zweibrücken, NJW 1986, 939; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 33. Auflage 2012, § 91a Rn. 48; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Auflage 2012, § 91a Rn. 24; jeweils m.w.N.). § 98 ZPO, wonach die Kosten eines abgeschlossenen Vergleichs und die Kosten eines durch Vergleich erledigten Rechtsstreits

1

2

3

4

gegeneinander aufgehoben werden, steht der zu treffenden Entscheidung nicht entgegen. Die genannte Vorschrift greift nur ein, wenn nicht die Parteien ein Anderes vereinbart haben. Dies ist hier der Fall, da die Parteien den Vergleich ausdrücklich nur über die Hauptsache geschlossen haben.

Billigem Ermessen im Sinne des § 91a Abs. 1 ZPO entspricht es, dass die Parteien entsprechend dem Grundgedanken der §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 ZPO die Kosten des Berufungsverfahrens und des Vergleichs jeweils zu 50 % zu tragen haben. Denn die Berufung des Klägers hätte, wie der Senat mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung erörtert hat, nur hinsichtlich der Berufungsanträge 1a), 1b) und 1d) in vollem Umfang, hinsichtlich des Berufungsantrages zu 1d) nur teilweise und hinsichtlich des Berufungsantrages zu 1c) keinen Erfolg gehabt. Hinsichtlich der durch den Berufungsantrag zu 2) verursachten Mehrkosten konnte zudem nicht außer Betracht bleiben, dass dieser Antrag bei Einlegung der Berufung zunächst umfänglich Erfolg gehabt hätte und die Erfolgsaussichten erst durch die im Laufe des Berufungsverfahrens eingetretene Erwerbsunfähigkeit des Klägers zum größten Teil entfallen sind.

a)

Dem Kläger stand ein Schadensersatzanspruch hinsichtlich des in den Monaten August 2011 bis einschließlich April 2012 entstandenen Verdienstausfalls in Höhe von monatlich 749,91 € x 9 Monate = 6.749,19 € zu.

Der beklagten Rechtsanwältin ist eine entsprechende Pflichtverletzung vorzuwerfen.

Zwar ist der Beklagten entgegen der Auffassung der Berufung nicht als Pflichtverletzung vorzuwerfen, dass sie bei der Erhebung der ersten Kündigungsschutzklage nicht von vornherein einen umfassenden Klageantrag einschließlich eines Feststellungsantrag gestellt hat.

Wenn ein Arbeitgeber mehrere Kündigungen ausgesprochen hat, muss der Arbeitnehmer grundsätzlich jede einzelne Kündigung mit dem Kündigungsschutzantrag nach § 4 S. 1 KSchG angreifen und jeweils beantragen, „festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom nicht aufgelöst worden ist.“ Dem kann der Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des BAG begegnen, indem er die Kündigungsschutzklage mit einem allgemeinen Feststellungsantrag nach § 256 ZPO verbindet (BAGE 57, 231 = NJW 1988, 651; BAGE 76, 148 = NZA 1994, 860; BAGE 85, 262 = NJW 1998, 698; BAGE 103, 84 = NJW 2003, 1412; BAG, NJW 2006, 395; Schaub/Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Auflage 2011, § 138 Rn. 8, 10). Der Klageantrag geht auf das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses zu unveränderten Bedingungen über den Kündigungsendtermin hinaus. Streitgegenstand ist in diesem Fall der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses über den Kündigungstermin hinaus bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz. Die Rechtskraft eines positiven Feststellungsurteils erfasst bis dahin alle Beendigungsgründe (BAGE 57, 231 = NJW 1988, 651; BAGE 76, 148 = NZA 1994, 860; BAGE 85, 262 = NJW 1998, 698; BAGE 103, 84 = NJW 2003, 1412; BAG, NJW 2006, 395; Schaub/Linck, aaO, § 138 Rn. 10).

Insoweit wahrt die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO, die auf Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses gerichtet ist, die Frist des § 4 S. 1 KSchG (BAGE 57, 231 = NJW 1988, 651; BAGE 81, 371 = NJW 1996, 2179; BAGE 103, 84 = NJW 2003, 1412; BAG, NZA 2005, 1259) und zwar unabhängig davon, ob für den Feststellungsantrag bereits von Anfang an ein Feststellungsinteresse i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO bestand oder nicht (BAG

81, 371 = NJW 1996, 2179; Schaub/Linck, aaO, § 138 Rn. 13).

Erforderlich für den Erfolg einer entsprechenden Feststellungsklage ist das Vorliegen eines entsprechenden Feststellungsinteresses. Insoweit müssen sich aus dem Klagevortrag Tatsachen ergeben, aufgrund derer der Bestand des Arbeitsverhältnisses zweifelhaft sein könnte (BAGE 76, 148 = NZA 1994, 860), wobei es nach der Rechtsprechung des BAG reicht, dass diese Umstände bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz geltend gemacht werden (BAGE 82, 371 = NJW 1996, 2179). Entsprechend bedarf es Tatsachenvortrages zur Möglichkeit weiterer Beendigungsgründe. Nicht ausreichend für das Feststellungsinteresse ist allein der Umstand, dass eine bestimmte Kündigung ausgesprochen worden und wegen dieser Kündigung ein Kündigungsrechtsstreit anhängig ist. Der klagende Arbeitnehmer hat vielmehr durch Tatsachenvortrag weitere streitige Beendigungsgründe in den Prozess einzuführen oder wenigstens deren Möglichkeit glaubhaft darzustellen (BAGE 85, 262 = NJW 1998, 698) und damit zu belegen, warum an der Feststellung ein rechtliches Interesse bestehen soll (ErfK/Kiel, 11. Auflage 2011, § 4 KSchG Rn. 37; Schaub/Linck, aaO, § 138 Rn. 12).

Unter Beachtung dieser Grundsätze war es bei der Erhebung der ersten Kündigungsschutzklage noch nicht geboten, den Klageantrag mit einem entsprechenden Feststellungsantrag zu verbinden. Insoweit lagen zunächst noch keine konkreten Anzeichen dafür vor, dass der Arbeitgeber weitere Kündigungen nachschicken würde. Grund für die Kündigung war ein einmaliger Vorfall, nämlich der Vorwurf einer sexuellen Belästigung. Anhaltspunkte dafür, dass weitere Vorfälle und damit weitere Kündigungen zu erwarten waren, gab es nicht.

Entsprechend kann der Beklagten noch nicht als Pflichtverletzung vorgeworfen werden, dass sie keinen Feststellungsantrag gestellt hatte, zumal dieser Antrag - zunächst - unzulässig gewesen wäre (vgl. BAGE 85, 262 = NJW 1998, 698), denn die Beklagte hätte zunächst keine Tatsachen zur Möglichkeit weiterer Beendigungsgründe aufzeigen können. Zudem handelt es sich bei dem Feststellungsantrag um einen selbstständigen prozessualen Anspruch (BAGE 85, 262 = NJW 1998, 698), der im Falle der Erfolglosigkeit Kosten ausgelöst hätte, die der Kläger hätte möglicherweise tragen müssen.

Ebenfalls kann keine Pflichtverletzung darin gesehen werden, dass die Beklagte keine Stellungnahme gegenüber der Städteregion B abgegeben hat. Die Beklagte hat unter dem 5. Mai 2011 gegenüber dem für die Entscheidung zuständigen Integrationsamt eine Stellungnahme eingereicht. Insoweit legt auch der Kläger nicht dar, inwieweit seine Rechtsstellung durch die Nichtabgabe dieser Stellungnahme auch gegenüber der für die Ermittlung des Sachverhalts vor Ort zuständigen Städteregion B beeinträchtigt worden ist. Außerdem soll nach § 91 Abs. 4 SGB IX das Integrationsamt die Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung erteilen, wenn die Kündigung aus einem Grund erfolgt, der nicht im Zusammenhang mit der Behinderung steht. Dies war vorliegend der Fall, da der Kündigungsgrund in keinem Zusammenhang mit der Schwerbehinderung stand und damit auch der Schutzzweck des SGB IX nicht berührt wurde.

So hat auch der neu mandatierte Prozessbevollmächtigte des Klägers in dem an den Landschaftsverband gerichteten Schriftsatz vom 8. August 2011 keine Gesichtspunkte aufgezeigt, die unter Beachtung des Schutzzwecks des SGB IX, behindertenbedingte Nachteil auszugleichen, eine andere Beurteilung rechtfertigen würden. Vielmehr berief er sich ausschließlich darauf, dass der Vorwurf der sexuellen Belästigung unzutreffend sei. Da der besondere Kündigungsschutz der §§ 85 ff. SGB IX neben allen übrigen Kündigungsschranken tritt, findet eine Prüfung der übrigen Kündigungsvoraussetzungen

durch das Integrationsamt nicht statt (ErfK/Rolfs, aaO, § 89 SGB IX Rn. 2). Bei einer verhaltensbedingten Kündigung kann das Amt nur prüfen, inwieweit die vorgeworfene Pflichtverletzung auf der Behinderung beruht (ErfK/Rolfs, aaO, § 89 SGB IX Rn. 3). Ein solcher Umstand ist auch von dem Kläger nicht geltend gemacht worden.

Eine Pflichtverletzung kann weiterhin nicht darin gesehen werden, dass die Beklagte nicht den Termin vom 19. Mai 2011 bei der StädteRegion B wahrgenommen hat. Dabei kann es dahinstehen, ob die Beklagte überhaupt Kenntnis von diesem Anhörungstermin besaß. Auch der Kläger trägt nicht vor, dass eine Teilnahme an diesem – möglicherweise überhaupt nicht stattgefundenen – Termin auf die Frage der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung Einfluss gehabt hätte. Auch dieser Gesichtspunkt wird mit der Berufung nicht weiter verfolgt. 17

Ebenso wenig zeigt der Kläger auf, dass ein Rechtsmittel gegen die Fiktion der Zustimmung zur Kündigung gem. § 91 SGB IX Erfolg gehabt hätte. Eine Verpflichtung zur Einlegung eines Rechtsmittels besteht für einen Rechtsanwalt nur dann, falls dieses Aussicht auf Erfolg hat oder der Mandant die Einlegung ausdrücklich wünscht (Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Auflage 2012, § 280 Rn. 69, 71). Konkrete Anhaltspunkte werden hierfür von dem Kläger nicht dargelegt. 18

Vorzuwerfen ist indes der Beklagten, dass diese nicht im Hinblick auf die weitere Kündigung vom 13. Mai 2011 eine neue Kündigungsschutzklage erhoben oder zumindest die bereits eingereichte Klage entsprechend erweitert hat. Nach § 4 S. 1 KSchG muss ein Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach Zustellung der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, wenn er geltend machen will, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist. Wird die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung nicht rechtzeitig geltend gemacht, so gilt die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam (§ 7 KSchG). Entsprechendes gilt gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG auch für eine außerordentliche Kündigung. 19

Eine entsprechende Pflichtverletzung der Rechtsanwältin scheidet auch nicht deshalb aus, weil die Beklagte – nach ihrem Vorbringen - keine Kenntnis von der weiteren Kündigung besaß. Denn der Beklagte ist auch eine Pflichtverletzung dann vorzuwerfen, wenn diese keine Kenntnis von der tatsächlich erfolgten Kündigung besaß. In dem am 13. Mai 2011 bei der Beklagten eingegangenen Schreiben vom 12. Mai 2011 wies der Landschaftsverband auf den Eintritt der Fiktion gem. § 91 SGB IX hin. Weiterhin heißt es in dem Schreiben: 20

„Da der Eintritt der Fiktion die Entscheidung ersetzt, ist die Kündigung, - wie bei einer durch Bescheid erteilten Zustimmung – gem. § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IC unverzüglich auszusprechen. Eine nicht fristgerecht zugegangene Kündigung kann nicht mehr auf die fingierte Entscheidung gestützt werden.“ 21

Damit stand für die Beklagte fest, dass der Arbeitgeber, um das Arbeitsverhältnis gegenüber dem Kläger ordnungsgemäß kündigen zu können, unverzüglich tätig werden musste. Tatsächlich hat der Arbeitgeber noch am 13. Mai 2011 eine erneute Kündigung ausgesprochen. 22

Insoweit musste die Beklagte auch ohne konkrete Kenntnis von der weiteren Kündigung handeln. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist der um eine Beratung ersuchte Rechtsanwalt zu einer umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung seines Auftraggebers verpflichtet. Er hat diesem diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziel zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu 23

verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den relativ sichersten und am wenigsten gefährlichen Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist (BGH, NJW 1991, 2079; BGH, NJW 1995, 449 [450]; BGH, NJW 1997, 2168 [2169]; BGH, NJW 1999, 1391).

Unter Beachtung dieser Grundsätze hätte die Beklagten nunmehr die erste Kündigungsschutzklage entweder vorsorglich um einen „Schleppnetzantrag“ erweitern müssen oder zumindest den Kläger auf die Möglichkeit einer erneuten Kündigung mit dem Hinweis informieren müssen, dass dieser sich in diesem Fall sofort bei ihr meldet, damit die notwendigen Schritte eingeleitet werden konnten. Dies gilt umso mehr, da die Beklagte nach ihren eigenen Angaben dann von dem Kläger nichts mehr gehört hat. Im Übrigen wird auch von der Beklagten nicht konkret dargelegt, dass sie überhaupt den ihr zugestellten Bescheid des Integrationsamtes vom 12. Mai 2011 an den Kläger weiter geleitet hat.

24

Zudem hätte die Beklagte vorsorglich vor Ablauf einer möglichen Kündigungsfrist bei dem Kläger nochmals nachfragen müssen, ob der Arbeitgeber nicht tatsächlich eine weitere Kündigung ausgesprochen hatte. Denn, wenn die erste Kündigung schon mangels Zustimmung des Integrationsamtes unwirksam war, stand zu erwarten, dass der Arbeitgeber nunmehr erneut kündigen würde. Ansonsten hätte es nicht der Einleitung eines Zustimmungsverfahrens bedurft. Dass die Beklagte eine Notwendigkeit zu einem möglichen Handeln sah, belegt auch die auf dem Schreiben notierte Wiedervorlagefrist „20.05“.

25

Die Versäumung der Erhebung einer Kündigungsschutzklage durch die Beklagte war kausal für die eingetretenen Schäden. Insoweit muss nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der der Senat folgt, das Regressgericht prüfen, wie nach seiner Auffassung der Vorprozess richtigerweise hätte entschieden werden müssen (BGHZ 36, 144 [154 f.]; BGHZ 72, 328 [330]; BGHZ 79, 223 [226]; BGHZ 124, 86 [96]; BGHZ 133, 110; BGHZ 174, 205 = NJW 2008, 1309; BGH, NJW 2005, 3071 [3072]). Maßgeblich ist dabei die Sicht des Regressgerichts. Unter Beachtung dieser Grundsätze ist davon auszugehen, dass der Kläger beide Kündigungsschutzprozesse gewonnen hätte. Denn sowohl die erste als auch die zweite Kündigung waren nicht gerechtfertigt und damit unwirksam.

26

Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls 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. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, d.h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht (BAG, NZA-RR 2010, 516; BAGE, 134, 349 = NJW 2011, 167; BAG, NJW 2022, 407).

27

Grundsätzlich kann die Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung einer Arbeitnehmerin durch einen männlichen Arbeitnehmer auch ohne Abmahnung einen außerordentlichen Kündigungsgrund darstellen (BAG, NJW 2004, 3508; BAG, NJW 2012, 407; Schaub/Linck, aaO, § 127 Rn. 119). Ob die sexuelle Belästigung im Einzelfall zur Kündigung berechtigt, ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls, u.a. von ihrem Umfang und ihre Intensität (BAG NJW 2004, 3508; BAG, NJW 2012, 407).

28

29

Für eine außerordentliche Kündigung ist regelmäßig eine massive sexuelle Belästigung in Wort und Tat oder ein zum Beispiel aus der Vorgesetztenstellung heraus erzwungenes sexuelles Entgegenkommen der untergebenden Personen erforderlich (BAG, NJW 2004, 3508; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 11. März 2009, 7 Sa 235/08, juris; LAG Niedersachsen, Urteil vom 13. Oktober 2009, 1 Sa 832/09, juris). Dabei ist auf den Begriff der „sexuellen Belästigung“ im Sinne des § 3 Abs. 4 AGG abzustellen. Nach dieser Vorschrift ist von einer sexuellen Belästigung auszugehen, wenn ein unerwünschtes sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornografischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigung oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Den Tatbestand einer sexuellen Belästigung kann auch eine einmalige sexuelle bestimmte Verhaltensweise erfüllen (BAG, NJW 2012, 407). 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 dabei keine Rolle (BAG, NJW 2012, 407 m.w.N.).

Unter Heranziehung dieser Kriterien ist auf der Grundlage des Vortrages der Beklagten von einer sexuellen Belästigung auszugehen. Die von dem Kläger – die Richtigkeit des Vortrages der Beklagten unterstellt – getätigten Bemerkungen „Deine Augen verzaubern mich“ bzw. „Ich bin verliebt in Dich“ haben einen sexuellen Bezug. Denn der Kläger wollte damit die sexuelle Selbststimmung der Zeugin beeinflussen. Gleiches gilt im Hinblick auf die unaufgeforderte Übergabe der Telefonnummer mit dem Ansinnen, ihn anzurufen. Erst recht stellt das Festhalten an der Taille, das Ansichziehen sowie das Versperren des Weges eine Entwürdigung der Zeugin dar. Insoweit wurde die betroffene Mitarbeiterin körperlich sexuell belästigt und damit „zum Sexualobjekt“ erniedrigt. 30

Dieser Vorfall rechtfertigte – auch unter Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichte sowie des Bundesarbeitsgerichts - indes noch keine außerordentliche Kündigung. Eine Gesamtschau der zu einer Kündigung wegen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz veröffentlichten Entscheidungen (vgl. z.B. : LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 13. August 2011, 13 Sa 2011, juris; LAG Hamm, Urteil vom 15. Oktober 2009, 11 Sa 511/09, juris, aufgehoben durch BAG, NJW 2012, 407; LAG Hessen, Urteil vom 17. November 2010, 6 Sa 640/10, juris; LAG Niedersachsen, Urteil vom 29. November 2008, 1 Sa 547/08, juris; LAG Niedersachsen, Urteil vom 13. Oktober 2009, 1 Sa 832/09, juris; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 11. März 2009, 7 Sa 235/08, juris; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 3. November 2009, 3 Sa 357/09, juris; LAG Sachsen, Urteil vom 11. Februar 2011, 3 Sa 461/10; LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 4. März 2009, 3 Sa 410/08, juris) zeigt, dass die Arbeitsgerichte bei sexuellen Belästigungen von einer geringeren Intensität regelmäßig eine Abmahnung und in seltenen Fällen eine fristgerechte Kündigung für ausreichend erachten. Im Falle einer sexuellen Belästigung ist der Arbeitgeber gehalten, angemessene arbeitsrechtliche Maßnahmen zu ergreifen, um weitere sexuelle Belästigungen zu unterbinden. § 12 Abs. 3 AGG legt hierzu den allgemeinen arbeitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fest. Danach ist der Arbeitgeber in Extremfällen ohne vorherige Abmahnung zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt. In den sonstigen Fällen ist eine Abmahnung, Umsetzung oder Versetzung zu erwägen (LAG Niedersachsen, Urteil vom 13. Oktober 2009, 1 Sa 832/09, juris; LAG Schleswig-Holstein, 3 Sa 410/08, BB 2009, 1816). Die vom Arbeitgeber zu ergreifende Maßnahme muss jedoch dem Grundsatz 31

der Verhältnismäßigkeit entsprechen (Schaub/Linck, aaO, § 127 Rn. 119 m.w.N.)

32 Unter Beachtung der vorstehenden Ausführungen gilt Folgendes. Welche Maßnahme im Einzelfall angemessen ist, hängt vom Umfang und der Intensität der Belästigung ab. Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Dabei sind regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf zu berücksichtigen (BAG, NZA-RR 2010, 461; BAGE 134, 349 = NJW 2011, 167; BAG, NJW 2012, 407). Auch Unterhaltspflichten und der Familienstand können – je nach Lage des Falls – Bedeutung gewinnen. Sie sind jedenfalls bei der Interessenabwägung nicht generell ausgeschlossen und können berücksichtigt werden (BAG, NJW 2012, 407 m.w.N.).

33 Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche mildernden Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (BAG, NZA 2011, 571; BAGE 134, 349 = NJW 2011, 167; BAG, NJW 2012, 407). Hier beschränkte sich der Täter – die Richtigkeit des Vortrages der Beklagten unterstellt – auf ein sexuelles Bedrängen von letztlich geringerer Intensität. Mit den verbalen Äußerungen „Deine Augen verzaubern mich“ oder „ich bin verliebt in Dich“ sowie der Übergabe seiner Telefonnummer hat der Kläger die sexuelle Selbstbestimmung der Zeugin verletzt. Das Mitgehen in das Tanklager sowie das Fassen an der Taille, das Ansichziehen, das Versperren des Weges stellen zudem ein körperliches Bedrängen und eine sexuelle Belästigung im Sinne der vorstehenden Ausführungen dar. Insoweit hat der Kläger gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten gegenüber den Arbeitskolleginnen verstoßen. Der Umfang und die Intensität, insbesondere auch die Auswirkungen auf die betroffene Arbeitnehmerin reichen indes noch nicht aus, um einen zur außerordentlichen Kündigung geeigneten wichtigen Grund zu bejahen. Das unterstellte Verhalten des Klägers hatte zwar einen respektlosen und geschlechtsbezogenen diskriminierenden Charakter. Bis auf den Vorfall im Tanklager beließ es der Kläger bei verbalen Äußerungen, die für sich gesehen noch keinen beleidigenden Charakter besaßen.

34 Auch kann vorliegend keine negative Prognose gestellt werden. Die anzustellende Prognose fällt dann negativ aus, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden muss, der Arbeitnehmer werde den Arbeitsvertrag in Zukunft erneut und in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen. 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 (BAG, NJW 2012, 407).

35 Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Der Kläger war wegen einer gleichartigen Pflichtverletzung, nämlich einer sexuellen Belästigung gegenüber anderen Arbeitnehmern, noch nicht abgemahnt worden. Die beiden anderen Vorfälle, wegen derer er abgemahnt wurde, nämlich das Erscheinen am Arbeitsplatz im alkoholisierten Zustand und das Nutzen des firmeneigenen Internetzugangs zum Betrachten pornografischer Beiträge, betrafen nicht das unmittelbare Verhältnis zu den weiblichen Beschäftigten. Insoweit kann

nicht davon ausgegangen werden, dass die jeweiligen Pflichtwidrigkeiten aus demselben Bereich stammen und somit Abmahnungs- und Kündigungsgründe in einem inneren Zusammenhang stehen (zu dieser Notwendigkeit BAG, NZA 1992, 1023; BAG, NJW 2008, 1900; BAG, NJW 2012, 407). Daher kann – entgegen dem Sachverhalt des vom BAG (NJW 2012, 407) entschiedenen Fall (dort gab es bereits eine Abmahnung wegen eines Eingriffs in die Intimsphäre einer Mitarbeiterin durch einen Schlag auf das Gesäß) - nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, es werde nochmals zu einer sexuellen Belästigung durch den Kläger kommen.

Ebenfalls kam keine ordentliche Kündigung in Betracht. Zwar kann eine ordentliche Kündigung dann sozial gerechtfertigt sein, wenn sie durch Gründe, die in dem Verhalten des Klägers liegen, bedingt ist. Ein verhaltensbedingter Grund kann sich aus der sexuellen Belästigung einer Arbeitnehmerin durch einen Arbeitskollegen ergeben, wie sich aus §§ 12 Abs. 1, 7 Abs. 1 S. 1 AGG ergibt. Vorliegend war der (nochmalige) Ausspruch einer Abmahnung das für den Arbeitgeber zumutbare mildere Mittel. Es war zu erwarten, dass dieses Mittel zukünftige Pflichtverletzungen hätte verhindern können. Im Rahmen der Abwägung des angemessenen Mittels ist zu beachten, dass es sich letztlich um einen einmaligen Vorfall handelt. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass der Kläger bei dem Arbeitgeber seit 11 Jahren beschäftigt war. Vorher war er nicht wegen einer sexuellen Belästigung aufgefallen. Besondere Umstände, dass dem Arbeitgeber ein Aufrechterhalten des bestehenden Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar war, sind nicht ersichtlich. Daher erscheint es vorliegend angemessen, bei dem langjährigen im Wesentlichen störungsfreien Arbeitsverhältnis eine Abmahnung und/oder eine Versetzung des Klägers als die milderen Mittel zu betrachten. Sind mehrere Maßnahmen geeignet und möglich, die Benachteiligung infolge sexueller Belästigung für eine Arbeitnehmerin abzustellen, so hat Arbeitgeber dasjenige zu wählen, das den Arbeitnehmer am wenigsten belastet (LAG Niedersachsen, Urteil vom 13. Oktober 2009, 1 Sa 832/09, juris).

36

Nach der insoweit erforderlichen abschließenden Interessenabwägung ist eine Kündigung nur gerechtfertigt, wenn ein Tatbestand vorliegt, der bei gewissenhafter Abwägung der beiderseitigen Interessen einen verständig urteilenden Arbeitgeber zur Kündigung veranlassen würde. Dies ist hier nicht der Fall. Insbesondere darf die Kündigung nicht der Bestrafung für pflichtwidriges Verhalten in der Vergangenheit dienen. Für die ordentliche Kündigung lag zudem die erforderliche Zustimmung des Integrationsamtes nicht vor. Der Arbeitgeber, der ohne vorherige Zustimmung die Kündigung ausspricht, verstößt gegen dieses gesetzliche Verbot mit der Folge, dass die Kündigung nach § 134 BGB unheilbar nichtig ist (Vossen in Ascheid/Preis/Schmidt, aaO, § 85 SGB IX Rn. 32).

37

Der Zurechnungszusammenhang zwischen der Pflichtverletzung der Beklagten und dem eingetretenen Schaden ist auch nicht durch den Abschluss des Vergleichs vor dem Arbeitsgericht B unterbrochen worden. Grundsätzlich schließt eine für den Schaden mitursächliche willentliche Handlung des Verletzten es nicht ohne Weiteres aus, den Schaden demjenigen zuzurechnen, der die schädigende Kausalkette in Gang gesetzt hat. Bestand für die Zweithandlung des Geschädigten ein rechtfertigender Anlass oder wurde sie durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert, erweist sich die Reaktion auch nicht als ungewöhnlich oder gänzlich unangemessen, so bleibt der Zurechnungszusammenhang mit dem Verhalten des Schädigers bestehen (BGH NJW 1986, 1329 [1331]; BGH, NJW 1988, 1143 [1145]; BGH, NJW 1988, 1262 [1263]; BGH, NJW 1988, 1141 [1142]; BGH, NJW 1993, 1139; WM 1995, 398 [402]; NJW-RR 2003, 850 [855]; BGH, NJW-RR 2007, 742).

38

Die Beendigung einer rechtlichen Auseinandersetzung durch Vergleich kann grundsätzlich ein sachgerechtes Verhalten sein, das auf die Zurechnung des Schadens zum haftungsbegründenden Verhalten des Schuldners keinen Einfluss hat BGH, NJW 1989, 99 [100]; BGH, NJW 1993, 1139 [1141]; BGH, NJW 1999, 1391; BGH, NJW-RR 2000, 791 [792]; BGH, NJW-RR 2003, 850 [855]; BGH, DStR 2010, 624; BGH, Beschluss vom 19. April 2012 – IX ZR 99/10). Dies ist hier der Fall. Der Kläger hatte die Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage hinsichtlich der zweiten Kündigungserklärung vom 13. Mai 2011 verpasst. Damit stand hier eine fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 13. Mai 2011 im Raum. Der Abschluss eines Vergleichs, wonach das Arbeitsverhältnis einvernehmlich zum Zeitpunkt des Ablaufs der ersten ordentlichen Kündigung zum 31. Juli 2011 endete, stellte keine ungewöhnliche oder unangemessene Entscheidung dar. Vielmehr war die Entscheidung vertretbar und fiel nicht aus dem Rahmen des Üblichen. Entsprechend haftet die Beklagte auch für den Schaden, der dem Kläger aufgrund der fehlenden Kündigungsschutzklage entstanden ist und in Zukunft noch entsteht.

Eine zeitliche Begrenzung des aufgrund des Fehlverhaltens der Beklagten entstandenen Schadens kommt nicht in Betracht. Grundsätzlich ist Schadensersatz zu zahlen, solange der Kläger durch den der Beklagten zuzurechnenden Fehler materielle Nachteile erleidet. Das hat zur Folge, dass zu prüfen ist, wie sich das Erwerbseinkommen des Klägers ohne diesen Fehler entwickelt hätte. Diese Prüfung führt zu dem Ergebnis, dass für den hier eingeklagten Zeitraum bis zum April 2012 eine zeitliche Begrenzung nicht angezeigt war. 40

Bei der Berechnung des bis zum April 2012 entstanden Schadens hätte auf den durchschnittlichen Bruttolohn abgestellt werden müssen. Unzutreffend ist die pauschale erstinstanzliche Behauptung des Klägers, er habe bei der Firma 3.100,00 € brutto verdient. Noch in dem Kündigungsschutzprozess hat der Kläger durch die Beklagte vortragen lassen, er habe zuletzt 2.783,58 € brutto bezogen und eine entsprechende Gehaltsabrechnung für den Monat Februar 2011 vorgelegt. Zudem können bei der Berechnung des Bruttolohns nicht die Sonderzahlungen Berücksichtigung finden, da der Kläger diese Zahlungen für das Jahr 2011 gesondert geltend macht. 41

Mit der Berufung wurde der Vortrag nunmehr dahingehend korrigiert, dass der Kläger zuletzt einen tariflichen Bruttolohn in Höhe von 2.541,00 € zzgl. vermögenswirksame Leistungen in Höhe von 29,91 € bezogen hat. Dies entspricht auch den Angaben in der Lohnabrechnung für den Monat Februar 2011. Nach den Angaben des Klägers ist die Bundesagentur unter Berücksichtigung des Leistungssatzes von 67 % von einem Nettoentgelt in Höhe von 2.181,00 € ausgegangen. Den Differenzbetrag von 2.181,00 € - 1.461,00 € = 720,00 € zzgl. 29,91 € vermögenswirksame Leistungen = 749,91 € macht der Kläger vorliegend mit der Klage geltend. Ausweislich der mittlerweile zu den Akten gereichten Bescheide des Arbeitsamtes vom 24. April 2011, 11. Juli 2011, 15. August 2011, 11. Oktober 2011 und 24. Mai 2012 ergibt sich, dass der Kläger ab dem 3. April 2011 bzw. ab dem 1. August 2011 Arbeitslosengeld in Höhe von täglich 48,70 € = monatlich 1.461,00 € erhält. 42

b) 43

Mit der Berufung hat der Kläger erstmals als Schaden den Ausgleich der entgangenen Jahressonderleistung im Monat November 2011 in Höhe von 2.181,00 € beansprucht. Hierbei soll es sich um eine Jahressonderzahlung in Höhe eines Bruttomonatsgehalts handeln, wobei der Kläger den Nettomonatslohn in Höhe von 2.181,00 € in Ansatz bringt. Hiergegen sind von der Beklagten keine konkreten Einwendungen erhoben worden, so dass die Berufung insoweit Erfolg gehabt hätte. 44

c)	
Ebenfalls erstmals mit der Berufung hat der Kläger die Freistellung seitens einer Rückzahlungsverpflichtung gegenüber der Oberjustizkasse Hamm im Hinblick auf die gewährte Prozesskostenhilfe in Höhe eines Betrages von 1.015,07 € begehrt. Insoweit hätte die Berufung keinen Erfolg gehabt, da der Kläger nicht aufgezeigt hat, dass die Oberjustizkasse Hamm nunmehr die gewährte Prozesskostenhilfe zurückfordert.	46
d)	47
Ebenfalls erstmals mit der Berufung hat der Kläger die Freistellung seitens einer Zahlungsverpflichtung gegenüber der Sozietät B2 pp. in Höhe eines Betrages von 454,58 € begehrt. Es handelt sich hierbei um die Differenz des Rechnungsbetrages der Rechtsanwälte B2 pp. in Höhe von 1.893,89 € (Rechnung vom 20. Oktober 2011, Bl. 149 ff.) abzüglich der Zahlungen der Rechtsschutzversicherung und der Zahlungen der Oberjustizkasse.	48
Aufgrund der vorstehenden Ausführungen dürfte ein entsprechender Schadensersatzanspruch in Form der Freistellung bestehen. Angesichts der Pflichtverletzung der Beklagten sind die mit der Beauftragung eines neuen Rechtsanwalts verbundenen Kosten auch erstattungspflichtig.	49
e)	
Der Feststellungsantrag hätte aufgrund der vorstehenden Ausführungen ebenfalls teilweise Erfolg gehabt. Indes fehlte dem Kläger hinsichtlich der über den 1. Juni 2012 hinausgehenden Feststellung das notwendige Feststellungsinteresse. Ab diesem Zeitpunkt ist der Kläger ausweislich des vorgelegten Änderungsbescheides vom 24. Mai 2012 erwerbsunfähig und erhält eine entsprechende Erwerbsunfähigkeitsrente. Anhaltspunkte dafür, dass diese Folge nicht auch bei einem fortbestehenden Arbeitsverhältnis eingetreten wäre, nicht ersichtlich, so dass etwaige weitergehende Schadensersatzansprüche ab diesem Zeitpunkt ausscheiden.	50
2.	51
Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen war es angemessen, die Kosten des erstinstanzlichen Rechtsstreits zum größten Teil dem Kläger aufzuerlegen. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass der Streitgegenstand der ursprünglich erhobenen Klage nur noch zu einem geringen Teil in die Berufungsinstanz gelangt ist. Der weitergehende Streitgegenstand wurde teilweise zurückgenommen (§ 269 Abs. 3 ZPO) bzw. ist rechtskräftig durch das landgerichtliche Urteil abgewiesen worden. Soweit die Berufung Erfolg gehabt hätte, beruht dies im Wesentlichen auf den von dem Kläger im Berufungsverfahren neu eingeführten Anträgen.	52
3.	53
Die Rechtsbeschwerde lässt der Senat nicht zu, weil die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2, Abs. 3 ZPO nicht vorliegen.	54
<u>Streitwert des landgerichtlichen Verfahrens in Abänderung der Streitwertfestsetzung durch das Landgericht:</u>	55
71.453,20 €	56

Antrag 1:	6.200,00 €	57
Antrag 2:	17.050,00 €	58
Antrag 3:		59
(3.100,00 € - 1.461,00 € =		60
1,639,00 € x 36 x 80 % =	47.203,20 €	61
Antrag 4:	1.000,00 €	62
Die in dem Termin vom 9. Dezember 2011 vorgenommene teilweise Klagerücknahme führt nicht zu einer Reduzierung des Streitwertes.		63
<u>Streitwert des Berufungsverfahrens</u>		64
<u>einschließlich des Vergleichs:</u>	31.887,24 €	65
Antrag zu 1a)	6.749,19 €	66
Antrag zu 1b)	2.181,00 €	67
Antrag zu 1c)	1.015,07 €	68
Antrag zu 1d)	454,58 €	69
Antrag zu 2)	21.597,40 €	70
Für die Feststellung des Schadens hinsichtlich der wiederkehrenden Leistungen ist in entsprechender Anwendung des § 42 Abs. 2 GKG der dreifache Jahresbetrag maßgebend. Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger trotz seiner Schwerbehinderung vor Ablauf dieser Frist eine neue Arbeitsstelle findet, waren bei Einlegung und Begründung der Berufung nicht ersichtlich (749,91 € mtl. x 36 x 80 % = 21.597,40 €).		71