



Kohnke
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn S. L.-Q., T. berg 102, X.,

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Wippermann u.a.,
Hofkamp 86, 42103 Wuppertal,

g e g e n

die Q. Automobile AG, vertr. d. d. Vorstand, d. vertr. d. d. Vorsitzenden
K. G., S. straße 71, F.,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Hefer u.a.,
Konrad-Adenauer-Ring 12, 58636 Iserlohn,

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 27.03.2013
durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Paßlick als
Vorsitzende sowie den ehrenamtlichen Richter Jansen und den ehrenamtlichen
Richter Hansen

für R e c h t erkannt:

- I. **Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Wuppertal vom 13.11.2012, 5 Ca 2425/12, abgeändert:**

Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 31.07.2012 nicht aufgelöst worden ist.

- II. **Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.**
- III. **Die Revision wird zugelassen.**

TATBESTAND:

Mit seiner Klage begehrt der Kläger die Feststellung, dass die seitens der Beklagten unter dem Datum vom 31.07.2012 ausgesprochene fristlose Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat.

Der am 23.01.1978 geborene, verheiratete Kläger ist bei der Beklagten, die regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt, bzw. deren Rechtsvorgängerin seit dem 01.09.1996 als Kfz-Mechaniker zu einem monatlichen Bruttogehalt in Höhe von zuletzt 2.050,00 € brutto beschäftigt.

Mit Schreiben vom 31.07.2012 hat die Beklagte das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt.

Anlass für die Kündigung war ein Vorfall am Freitag, dem 27.07.2012. Nachdem der Kläger an diesem Tag seine Arbeit beendet hatte und sich umziehen wollte, begegnete er in den Sozialräumen der bei einem externen Reinigungsunternehmen angestellten Reinigungskraft M. N., die mit der Reinigung der Sozialräume beschäftigt war. Bei Eintreffen des Klägers lehnte Frau N. in der Tür zwischen Waschraum und Umkleieraum und unterhielt sich mit zwei Kollegen des Klägers, die sich im Waschraum befanden. Der Kläger begab sich ebenfalls in den Waschraum, um sich Hände und Gesicht zu waschen. Nachdem seine beiden Kollegen den Waschraum verlassen hatten, führten der Kläger - während er sich wusch - und Frau N., die er zuvor noch nicht kennengelernt hatte, ein Gespräch. Im Verlaufe dieses Gesprächs stellte Frau N. sich zunächst vor das Waschbecken und sodann neben den Kläger. Der Kläger sagte zu ihr, sie habe schöne Brüste und berührte sie dann an einer Brust. Frau N. erklärte, dass sie das nicht wünsche. Der Kläger ließ sofort von ihr ab, zog sich um und verließ den Sozialraum. Frau N. arbeitete weiter. Sie hat den Vorfall ihrem Arbeitgeber geschildert, der sodann an die Beklagte herangetreten ist.

Am 31.07.2012 hat die Beklagte mit dem Kläger wegen des Vorfalls vom 27.07.2012 ein Personalgespräch geführt. Der Kläger hat den Vorfall eingestanden und erklärt, er habe sich eine Sekunde lang vergessen. Der Vorfall tue ihm furchtbar leid. Er schäme sich dafür und so etwas würde sich nicht wiederholen.

Mit Schreiben vom 31.07.2012 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum Kläger fristlos.

Der Kläger hat ein an Frau N. gerichtetes Entschuldigungsschreiben zur Akte gereicht, wegen dessen Inhalt auf Bl. 14 – 15 der Akte Bezug genommen wird.

Am 10.12.2012 hat der Kläger über die Kooperationsgemeinschaft für den Täter-Opfer-Ausgleich „Balance“ mit Frau N. einen Täter-Opfer-Ausgleich herbeigeführt und sich mit ihr auf ein Schmerzensgeld in Höhe von 100,00 € geeinigt. Ausweislich der Bescheinigung der Kooperationsgemeinschaft „Balance“ vom 10.12.2012 hat Frau N. die Entschuldigung des Klägers angenommen und versichert, die Sache sei mit diesem Gespräch jetzt für sie erledigt. Sie habe kein Interesse mehr an einer Strafverfolgung.

Dennoch ist ein Ermittlungsverfahren gegen den Kläger eingeleitet worden, das jedoch ausweislich des zur Akte gereichten Schreibens der Staatsanwaltschaft nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt worden ist.

Der Kläger hat vorgetragen, dass es sich bei seinem Verhalten um einen unentschuldbaren Vorfall handele, für den er sich schäme. Wie es dazu gekommen sei, könne er heute selbst nicht mehr verstehen. Er habe den Eindruck gehabt, dass Frau N. ein bisschen mit ihm geflirtet habe und dann sei es irgendwie zu einem plötzlichen Blackout gekommen und er habe sich zu dem Übergriff hinreißen lassen. Sein Fehlverhalten tue ihm leid und er habe sich dafür bei Frau N. schriftlich entschuldigt. So unentschuldigbar sein Fehlverhalten

gegenüber Frau N. sei, rechtfertige dies nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus arbeitsrechtlicher Sicht unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls die fristlose Kündigung jedoch nicht. Angesichts des völlig störungsfreien Verlaufs des Arbeitsverhältnisses über einen Zeitraum von 16 Jahren sei die Annahme gerechtfertigt, dass es sich um einen einmaligen „Ausrutscher“ gehandelt habe. Die Zukunftsprognose sei somit nicht negativ und die Beklagte könne die Kündigung nicht darauf stützen, nach den Umständen sei damit zu rechnen, dass sich so etwas wiederholen werde. Die Interessenabwägung müsse nach den Umständen zu seinen Gunsten ausgehen.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 31.07.2012 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, durch den Satz, sie – Frau N. – habe schöne Brüste und durch das anschließende Anfassen der Brust seitens des Klägers sei eine zweifache sexuelle Belästigung gegenüber Frau N. gegeben. Durch diese sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz habe der Kläger seine arbeitsvertraglichen Pflichten in einer nicht hinnehmbaren Weise verletzt. Aufgrund der Tatsache, dass Frau N. regelmäßig bei der Beklagten die Räumlichkeiten putze und damit auch auf den Kläger treffe, könne nicht ausgeschlossen werden, dass es zu weiteren entwürdigenden Anzüglichkeiten und sexuellen Belästigungen seitens des Klägers kommen könnte. Aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung sei die fristlose Kündigung auch unter

Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt. Die Beklagte sei verpflichtet, sowohl ihr eigenes weibliches Personal als auch das weibliche Personal eines Fremdanbieters vor weiteren sexuellen Belästigungen des Klägers zu schützen. Eine vorhergehende Abmahnung sei entbehrlich gewesen. Angesichts einer einzuhaltenden Kündigungsfrist von vier Monaten sei ihr – der Beklagten – auch der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung nicht zumutbar gewesen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die fristlose Kündigung sei wirksam, weil der Kläger Frau N. durch seine Bemerkung und die Berührung an der Brust sexuell belästigt, und damit einen Grund zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung gesetzt habe. Das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei höher zu bewerten als das Interesse des Klägers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, weil es sich um eine sexuelle Belästigung von erheblicher Intensität gehandelt habe und die Beklagte ihre Pflichten verletzen würde, wenn sie sexuelle Belästigungen durch ihren Mitarbeiter duldet. Zwar spreche zugunsten des Klägers, dass er sein Verhalten auf die Äußerung von Frau N., dass sie das nicht wolle, sofort abgebrochen habe. Dennoch bleibe sein Verhalten als schwere sexuelle Belästigung bestehen. Außerdem habe die Beklagte sich wegen der Beschwerde des Arbeitgebers von Frau N. unter besonderem Handlungszwang befunden. Hätte sie sexuelle Belästigungen für die Zukunft nicht unterbunden, hätte der Arbeitgeber von Frau N. möglicherweise den Vertrag gekündigt. Zudem habe die Beklagte befürchten müssen, dass in der Öffentlichkeit ein negativer Eindruck entstehen könnte. Nach Auffassung der Kammer liege auch eine negative Zukunftsprognose vor. Da der Kläger sich sein Verhalten nicht erklären könne, könne er also auch die Ursachen nicht aktiv beseitigen. Wenn er sein Fehlverhalten als „plötzlichen Blackout“ deute, sei nicht ausgeschlossen, dass es wieder zu einer derartigen irrationalen Reaktion kommen werde. Aus diesem Grund komme als mildere Maßnahme auch keine Abmahnung in Betracht, da eine solche nur dann Wirkung entfalten könne, wenn der Arbeitnehmer sein Verhalten rational steuern könne. Auch das Entschuldigungsschreiben an Frau N. rechtfertige

keine andere Bewertung. Der Kläger habe gegenüber Frau N. erst nach Zugang der Kündigung Reue gezeigt, woraus sich der Eindruck ergebe, dass er sich unter dem Druck der Kündigung zu einer Entschuldigung genötigt gesehen habe. Die persönlichen Daten des Klägers stünden den Interessen der Beklagten nicht entscheidend entgegen. Zwar habe das Arbeitsverhältnis 16 Jahre lang unbeanstandet bestanden und der Kläger sei einer Ehefrau zum Unterhalt verpflichtet. Die Kammer gehe jedoch davon aus, dass der Kläger als ausgebildeter Facharbeiter mit einem Alter von 34 Jahren auch mit dem Makel einer fristlosen Kündigung keine größeren Probleme bei der Stellensuche haben werde.

Gegen das ihm am 23.11.2012 zugestellte Urteil hat der Kläger mit einem am 20.12.2012 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz einen Antrag auf Prozesskostenhilfe für die Durchführung der Berufung eingereicht. Nach Bewilligung der Prozesskostenhilfe mit Beschluss vom 14.01.2013 ist die Berufungsschrift nebst Berufungsbegründung am 22.01.2013 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangen.

Der Kläger ist unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vortrags der Auffassung, unter Berücksichtigung der Umstände sei der Beklagten eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zuzumuten. Eine scharfe Abmahnung wäre ausreichend gewesen, um für die Zukunft sicher zu stellen, dass sich eine vergleichbare arbeitsrechtliche Pflichtverletzung nicht wiederholen werde. Er rügt, die Einschätzung des Arbeitsgerichts, aufgrund des von ihm – dem Kläger – eingeräumten Augenblicksversagens sei eine Abmahnung sinnlos, sei unzutreffend. Konsequenz zu Ende gedacht würde die Einschätzung des Arbeitsgerichts bedeuten, dass die Grundsätze einer personenbedingten Kündigung als Prüfungsmaßstab hätten herangezogen werden müssen. Dass bei ihm schon ein Lernprozess stattgefunden habe, ergebe sich bereits aus seinem „Nachverhalten“. Er habe sein Fehlverhalten bei seiner Anhörung sofort eingeräumt und sich bei Frau N. entschuldigt. Entgegen den Ausführungen des Arbeitsgerichts

habe die Beklagte selbst nicht behauptet, im Zusammenhang mit der Meldung des Vorfalls bei der Beklagten unter einem „besonderen Handlungszwang“ gestanden zu haben. Abgesehen davon wäre die Beklagte im Falle der Erteilung einer scharfen Abmahnung auch nicht untätig geblieben, sondern hätte die aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gebotene mildeste arbeitsrechtliche Sanktion gewählt. Dies hätte man dem Arbeitgeber von Frau N. auch erläutern können. Wirtschaftliche Konsequenzen habe die Beklagte nicht befürchten müssen, da der Arbeitgeber von Frau N. kein Kunde der Beklagten sei. Zudem habe das Arbeitsgericht verkannt, dass unter Berücksichtigung der langen ungestörten Betriebszugehörigkeit die Gefahr einer Wiederholung ausgesprochen niedrig einzustufen sei.

Der Kläger beantragt,

- 1. das Urteil des Arbeitsgerichts Wuppertal vom 13.11.2012, 5 Ca 2425/12, abzuändern und festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 31.07.2012 nicht aufgelöst worden ist.**
- 2. dem Kläger in die am 24.12.2013 abgelaufene Berufungseinlegungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.**

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Das „Nachverhalten“ des Klägers sei nur unter dem Druck der ausgesprochenen Kündigung erfolgt. Berücksichtige man zudem, dass es keinerlei Umstände gebe – zum Beispiel erheblicher Alkoholgenuss auf einer Betriebsfeier – die die Steuerbarkeit des Verhaltens des Klägers beeinflusst haben könnte, sei eine negative Zukunftsprognose zu bejahen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I.

Die statthafte (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässige (§ 64 Abs. 2 ArbGG), form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. §§ 519, 520 Abs. 3 ZPO) ist zulässig.

Wegen der Versäumung der Berufungsfrist (§ 66 Abs. 1 ArbGG) ist der Beklagten auf ihren form- und fristgerecht eingereichten Antrag hin Wiedereinsetzung zu gewähren (§ 233 ZPO). Der Kläger hat rechtzeitig innerhalb der Berufungsfrist einen Prozesskostenhilfeantrag gestellt und rechtzeitig innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 234 Abs. 1 ZPO nach Zugang des die Prozesskostenhilfe bewilligenden Beschlusses Berufung eingelegt und diese mit der Einlegung begründet.

III.

Die Berufung ist auch begründet. Die streitgegenständliche Kündigung hat unter Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Falls das Arbeitsverhältnis nicht beendet. Das Urteil des Arbeitsgerichts war daher abzuändern.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Berufungskammer den mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts belegten Ausführungen des Arbeitsgerichts dazu, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Vorfall um einen solchen handelt, der an sich geeignet ist, den Ausspruch einer fristlosen Kündigung zu rechtfertigen, uneingeschränkt folgt. Diese in jeder Hinsicht zutreffenden Ausführungen macht die Berufungskammer sich – auch zur Vermeidung von Wiederholungen – ausdrücklich zu eigen.

Ob die sexuelle Belästigung im Einzelfall zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, ist allerdings abhängig von den Umständen des Einzelfalls, unter anderem von ihrem Umfang und ihrer Intensität (vgl. BAG, Urteil vom 25.03.2004, 2 AZR 341/03, m.w.N., zitiert nach juris).

Dies berücksichtigend ist die Berufungskammer der Auffassung, dass die streitgegenständliche Kündigung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des vorliegenden Falls nicht gerechtfertigt ist. Insbesondere kann unter den gegebenen Umständen nicht von der zur Rechtfertigung der Kündigung erforderlichen Wiederholungsfahr ausgegangen werden. Jedenfalls im Rahmen der Interessenabwägung überwiegen die Interessen des Klägers an einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses die Interessen der Beklagten an dessen Beendigung. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (BAG, Urteil vom 16.12.2010, 2 AZR 485/08, zitiert nach juris).

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 (vgl. BAG, Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, zitiert nach juris). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besagt, dass die Kündigung des Arbeitgebers wegen des Kündigungsgrundes notwendig und nicht durch für den Arbeitnehmer mildere Mittel zu vermeiden sein muss.

Liegen arbeitsvertragliche Vertragsverletzungen vor, werden sie kündigungrechtlich relevant, wenn der Arbeitgeber daraus schließen kann, dass das Vertragsverhältnis auch in Zukunft gestört wird. Bei einer verhaltensbedingten Kündigung gehört daher zur sozialen Rechtfertigung eine negative Prognose, für die die bereits erfolgte Störung der maßgebende Anknüpfungspunkt ist. Der

Arbeitnehmer soll allerdings für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten durch die Kündigung nicht bestraft werden. Vielmehr soll der Arbeitgeber durch die Kündigung von seinem Recht Gebrauch machen können, weitere zu erwartende Vertragsverletzungen zu verhindern.

Die insoweit anzustellende Prognose fällt 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 (vgl. BAG, Urteil vom 09.06.2011, 2 AZR 323/10, zitiert nach juris).

Unstreitig liegt auf den Kläger bezogen keine Abmahnung vor, aus der auf eine Wiederholungsgefahr geschlossen werden könnte.

Entgegen der Auffassung der Beklagten kann auf eine Wiederholungsgefahr jedenfalls nicht dadurch geschlossen werden, dass der Kläger – wie die Beklagte wohl meint – gegenüber Frau N. zwei sexuelle Belästigungen begangen haben soll, nämlich zum einen eine verbale und zum anderen eine körperliche Belästigung.

Nach Auffassung der Berufungskammer handelte es sich bei dem Vorfall vom 27.07.2012 um einen Vorgang, der nicht in zwei Vorgänge aufgespaltet werden kann, um damit eine wiederholte sexuelle Belästigung zu begründen. Der Auffassung der Beklagten würde die Berufungskammer sofort und uneingeschränkt folgen, wenn Frau N. sich gegen die anzügliche Bemerkung des Klägers zur Wehr gesetzt und der Kläger sie trotzdem – statt von ihr abzulassen – an der Brust berührt hätte. In einem derartigen Fall wäre zu konstatieren, dass der Kläger zwei sexuelle Belästigungen begangen hat und eine Wiederholungsgefahr schon deshalb besteht, weil er sich trotz einer Abwehr der Frau N. von einer weiteren noch deutlich tiefergreifenden sexuellen Belästigung nicht

hat abschrecken lassen. So war es vorliegend jedoch nicht. Die Bemerkung über die Brust und das Berühren der Brust waren nach dem unstreitigen Sachverhalt ein einheitlicher Vorgang, der Frau N. keine Zeit ließ, sich zu der Bemerkung des Klägers zu äußern, andernfalls wäre nicht nachzuvollziehen, warum sie es nicht bereits zu diesem Zeitpunkt getan hätte. Danach geht die Berufungskammer davon aus, dass es sich um einen einheitlichen Vorgang handelte, der ohne wenn und aber schwerwiegend ist, nicht aber in zwei gesonderte Vorgänge aufgespaltet werden kann.

Danach stellt sich vorliegend die Frage, ob dieser einmalige Vorfall so gravierend ist, dass auch ohne vorhergehende Abmahnung und ohne dass ein – wenn auch nicht abgemahntes – wiederholtes Fehlverhalten vorliegt, die Annahme einer Wiederholungsgefahr begründet bzw. dieser einmalige Vorfall das Arbeitsverhältnis derart auch für die Zukunft belasten wird, dass die Beklagte zur fristlosen Kündigung berechtigt war.

Die Berufungskammer legt Wert darauf zu betonen, dass auch aus Sicht der Berufungskammer ein gravierender Vorfall gegeben ist. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es keine absoluten Kündigungsgründe gibt, die „ohne wenn und aber“ den Ausspruch einer Kündigung rechtfertigen. Dies berücksichtigend führt das vom Kläger eingeräumte „Augenblicksversagen“ nach Auffassung der Berufungskammer entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts nicht zu der Annahme, dass der Kläger nach seiner eigenen Einlassung „jeden Augenblick“ wieder versagen kann, sondern rechtfertigt nur die Annahme, dass es sich um einen einmaligen Vorfall unter besonderen Umständen handelte, der nicht geeignet ist, grundsätzliche Zweifel daran zu hegen, dass der Kläger sein diesbezügliches Verhalten steuern kann.

Auch das Bundesarbeitsgericht hält eine einmalige „Entgleisung“ für einen zu berücksichtigenden Umstand. Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 09.06.2011, 2 AZR 323/10, zitiert nach juris, ausgeführt:

„Die Pflichtverletzung des Klägers wiegt schwer. Er hat eine Mitarbeiterin an zwei Arbeitstagen hintereinander mehrmals sexuell belästigt [.....]. Der Kläger hat der Mitarbeiterin mit immer neuen Varianten verbaler Anzüglichkeiten zuge-
setzt. Die Äußerungen fielen bei unterschiedlichsten Gelegenheiten. Es han-
delte sich nicht etwa um eine einmalige „Entgleisung“. Die Belästigungen er-
folgten fortgesetzt und hartnäckig. Der auf eigene körperliche Merkmale an-
spielende anzügliche Vergleich hatte zudem, ebenso wie das an die Mitarbeite-
rin gerichtete anzügliche Angebot, bedrängenden Charakter.“

Ausgehend von diesen Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts stellt sich das Verhalten des Klägers in einem anderen, milderem Licht dar. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass es nicht der Kläger war, der sich der Frau N. unerwünscht genähert hat, sondern Frau N. ist auf den Kläger zugegangen. Der Kläger hat sich gewaschen und Frau N. ist – statt im Türrahmen stehen zu bleiben – nicht nur bis vor das Waschbecken getreten, sondern hat sich neben den sich waschenden Kläger gestellt. Nach seinem unwidersprochenen und unwiderlegten Vorbringen hatte der Kläger den Eindruck, dass Frau N. mit ihm flirtete. Für die Berufungskammer ist nachvollziehbar, dass sich dieser Eindruck beim Kläger dadurch verstärkt haben kann, dass Frau N. sich ihm näherte. In dieser Situation kam es zu dem Übergriff seitens des Klägers.

Es bedarf keiner besonderen Betonung, dass es auch in einer derartigen Situa-
tion nicht zu einem sexuellen Übergriff kommen darf. Es soll Frau N. als Opfer
dieser Situation auch in keinsten Weise eine Art „Mitverschulden“ zugewiesen
werden. Kündigungsrechtlich ist jedoch nach Auffassung der Berufungskammer
zu berücksichtigen, dass das Verhalten des Klägers unter diesen Umständen in
einem „milderem Licht“ zu sehen ist. Zwar kann der Kläger sich grundsätzlich
nicht auf einen Irrtum über die Unerwünschtheit seiner Verhaltensweise
berufen. Sexuelle Belästigungen im Sinne von § 3 Abs. 4 AGG erfordern
tatbestandlich kein vorsätzliches Verhalten. Allerdings ist nach der Recht-
sprechung des Bundesarbeitsgerichts zugunsten eines Arbeitnehmers zu be-
rücksichtigen, wenn er sich nachvollziehbar in einem solchen Irrtum befand
(BAG, Urteil vom 09.06.2011, 2 AZR 323/10, zitiert nach juris).

Zu berücksichtigen ist zudem, dass der Kläger Frau N. nicht fortgesetzt und hartnäckig bedrängt hat. Er hat sofort von ihr abgelassen und sich entfernt, nachdem Frau N. ihm zu verstehen gegeben hat, dass sie ein derartiges Verhalten nicht wünsche. Dass Frau N. sich nicht weiter vom Kläger bedrängt fühlte, zeigt sich auch daran, dass sie nach dem Vorfall ihre Reinigungsarbeiten in den Sozialräumen fortsetzte.

Schließlich ist auch das Verhalten des Klägers nach dem Vorfall zu berücksichtigen. Der Kläger hat die sexuelle Belästigung der Frau N. bei dem Personalgespräch sofort eingeräumt und erklärt, dass er sich dafür schäme. Aus diesem Verhalten ist nach Auffassung der Berufungskammer zu schließen, dass der Kläger über sein eigenes Verhalten ehrlich erschrocken war. Schließlich hätte der Kläger den Vorfall auch abstreiten können, denn er war unstrittig mit Frau N. alleine im Waschraum.

Die vorliegende Pflichtverletzung weist danach Besonderheiten auf, die im Rahmen der negativen Zukunftsprognose zu berücksichtigen sind und nicht den Schluss zulassen, der Kläger werde sich eine scharfe Abmahnung nicht zur Warnung gereichen lassen.

Auch die in jedem Fall gebotene Interessenabwägung muss nach Auffassung der Berufungskammer zugunsten des Klägers ausgehen. Auf Seiten des Klägers sind dessen langjährige und unbeanstandete Betriebszugehörigkeit und die Besonderheiten, unter denen der Vorfall sich ereignet hat, zu berücksichtigen. Er hat den Vorfall sofort eingeräumt, sich schriftlich bei Frau N. entschuldigt und sich um einen Täter-Opfer-Ausgleich bemüht. Zu berücksichtigen ist auch, dass Frau N. unter den Folgen der Tat nicht leidet, die Entschuldigung des Klägers ausdrücklich angenommen und versichert hat, die Sache sei mit dem Gespräch im Rahmen des Täter-Opfer-Ausgleichs erledigt. Dies ergibt sich aus dem zur Akte gereichten Schreiben der Mediatorin H. C., die das Gespräch mit dem Kläger und der Frau N. geführt hat.

Der Beklagten ist als besonders hoch zu wertendes Interesse zuzugestehen, dass sie Schutzpflichten sowohl gegenüber ihren eigenen weiblichen Mitarbeitern als auch gegenüber Mitarbeitern von Fremdunternehmen hat. Die Beklagte hatte gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 AGG die Pflicht, ihr weibliches Personal effektiv vor sexuellen Belästigungen zu schützen. Danach hat der Arbeitgeber bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG, zu denen auch sexuelle Belästigungen im Sinne von § 3 Abs. 4 AGG gehören, im Einzelfall 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 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, das heißt eine Wiederholung ausschließen (vgl. BAG, Urteil vom 09.06.2011, 2 AZR 323/10, zitiert nach juris). Wie bereits ausgeführt kann nach Auffassung der Berufungskammer nicht von einer Wiederholungsgefahr ausgegangen werden. Insbesondere im Hinblick darauf, dass eine Kündigung nicht die Bestrafung für einen Vorfall in der Vergangenheit sein darf, sondern dazu dient, zukünftig zu erwartende Vertragsverstöße zu beenden, hätte es vorliegend auch unter Berücksichtigung der der Beklagten obliegenden Schutzpflichten genügt, dem Kläger eine „scharfe“ Abmahnung zu erteilen.

Weitere Interessen, die zu der Annahme führen könnten, dass der in der Vergangenheit liegende, einmalige Vorfall weitere belastende Auswirkungen auch für die Zukunft hat, hat die Beklagte selbst nicht behauptet. Zwar hat das Arbeitsgericht in den Entscheidungsgründen ausgeführt, die Beklagte habe befürchten müssen, dass der Arbeitgeber der Frau N. den Vertrag kündigen werde oder in der Öffentlichkeit ein negativer Eindruck von der Beklagten entstehen könnte, wenn dem Kläger nicht gekündigt würde. Zutreffend hat der Kläger allerdings in der Berufungsbegründung darauf hingewiesen, dass die Beklagte dies selbst nicht behauptet hat. Auch nach dieser Rüge des Klägers hat die

Beklagte sich im Berufungsverfahren nicht auf derartige Auswirkungen berufen. Schließlich wäre die Beklagte bei Erteilung einer Abmahnung auch nicht untätig geblieben. Sie hätte den Pflichtverstoß des Klägers „geahndet“, allerdings mit dem nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebotenen Mittel. Dies hätte auch gegenüber dem Arbeitgeber von Frau N. klargestellt werden können.

Soweit die Beklagte befürchtet, es könne sich ein erneuter Vorfall mit Frau N. oder einer anderen Reinigungskraft ereignen – wovon die Berufungskammer unter Berücksichtigung der dargelegten Umstände nicht ausgeht – so könnte dieses Problem dadurch gelöst werden, dass die Reinigungskräfte angewiesen werden, die Wasch- und Umkleieräume nicht zu betreten, wenn sich dort männliche Mitarbeiter aufhalten, die sich waschen und umziehen. Dies dürfte auch grundsätzlich geboten sein. Dafür, dass der Kläger in anderen Situationen nicht dazu in der Lage sein sollte, sein Verhalten gegenüber weiblichen Mitarbeitern der Beklagten oder einer Fremdfirma zu steuern, sind für die Berufungskammer keine Anhaltspunkte ersichtlich. Vielmehr steht zu erwarten, dass der Kläger – gewarnt durch den streitgegenständlichen Vorfall – sein zukünftiges Verhalten so ausrichten wird, dass es zu keinen weiteren diesbezüglichen Pflichtverletzungen kommt.

Die streitgegenständliche Kündigung hat das Arbeitsverhältnis auch nicht als – ggf. umzudeutende (§ 140 BGB) – ordentliche Kündigung beendet, auf die der Arbeitgeber sich zudem selbst nicht berufen hat, denn auch vor Ausspruch einer ordentlichen Kündigung wäre nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Abmahnung erforderlich gewesen.

Die Kündigung ist danach unwirksam. Auf die Berufung des Klägers war das Urteil des Arbeitsgerichts mithin abzuändern.

II.

Als unterliegende Partei hat die Beklagte die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (§§ 64 Abs. 6 ArbGG, 525, 91 ZPO).

III.

Die Zulassung der Revision beruht auf § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der Beklagten

R E V I S I O N

eingelegt werden.

Für den Kläger ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361-2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und de-

ren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Bezüglich der Möglichkeit elektronischer Einlegung der Revision wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I Seite 519) verwiesen.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Paßlick

Jansen

Hansen