

Außerordentliche Kündigung wegen sexueller Belästigung einer Mitarbeiterin

BGB § 626 I; KSchG § 1 I, II; BeschSchG §§ 2, 4

1. Die sexuelle Belästigung einer Arbeitnehmerin durch einen Vorgesetzten kann je nach Intensität und Umfang ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung i.S. von § 626 I BGB sein.

2. Die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz stellt nach § 2 III BeschSchG eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten dar.

3. Nach § 2 II 1 BeschSchG ist eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz jedes vorsätzliche, sexuell bestimmte Verhalten, das die Würde von Beschäftigten am Arbeitsplatz verletzt. Nach § 2 II 2 Nr. 2 BeschSchG gehören hierzu unter anderem sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen sowie sexuell bestimmte körperliche Berührungen und Bemerkungen sexuellen Inhalts, die von den Betroffenen erkennbar abgelehnt werden.

4. Die Ablehnung des sexuellen Verhaltens muss nach außen in Erscheinung treten. Eine erkennbare Ablehnung kann sich allerdings auch aus den Umständen ergeben. (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG)

BAG, Urteil vom 25. 3. 2004 - 2 AZR 341/03 (LAG Niedersachsen)

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung. Der am 5. 3. 1947 geborene, verheiratete und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtete Kl. war seit dem 1. 5. 1972 bei der Bekl. (vorinstanzlich Bekl. zu 1) bzw. deren Rechtsvorgängerin tätig. Er war zuletzt als Schwerpunktreiseleiter („Leiter Zielgebiet“) für die Region G beschäftigt. In dieser Funktion oblag ihm die Steuerung der Betreuungs- und Verkaufsaktivitäten der Reiseleiter. Hierzu hatte er unter anderem Trainings- und Schulungsveranstaltungen zu organisieren und die Einsatzplanung sowie die Vor-Ort-Disposition der Reiseleiter im Zielgebiet vorzunehmen. Unterstellte Mitarbeiter musste er führen, motivieren und beurteilen.

Anlässlich einer Dienstreise am 12. 5. 1998 kam es zu einem vom Kl. aktiv veranlassten sexuellen Kontakt mit der ihm unterstellten, im Jahre 1973 geborenen Mitarbeiterin N. Die Bekl. erfuhr hiervon durch ein am 2. 6. 1999 von der Mitarbeiterin N mit dem Personalleiter K geführtes Gespräch. Nach Anhörung des Kl. kündigte die Bekl. mit Schreiben vom 3. 6. 1999 das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich mit sozialer Auslaufzeit zum 20. 6. 1999, hilfsweise fristgemäß zum 31. 1. 2000. Mit seiner Kündigungsschutzklage hat der Kl. geltend gemacht, es liege weder ein wichtiger Grund i.S. des § 626 I BGB noch ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund i.S. des § 1 II KSchG vor. Er habe seine arbeitsvertraglichen Pflichten nicht schuldhaft verletzt. Zwar sei es am 12. 5. 1998 zu sexuellen Kontakten mit Frau N gekommen. Er sei in sie verliebt gewesen. Alle sexuellen Handlungen seien freiwillig erfolgt. Frau N habe keine Signale gegeben, aus denen er habe schließen können, sie teile seine Zuneigung nicht, sondern fühle sich von ihm belästigt. Sie habe vielmehr seine Küsse erwidert und zweimal sexuelle Handlungen an ihm vorgenommen. Sie habe ihn zu keiner Zeit gebeten, sexuelle Handlungen zu unterlassen. Ihr späteres Verhalten zeige ebenfalls, dass sie mit den sexuellen Kontakten einverstanden gewesen sei. Auch sei eine außerordentliche Kündigung wegen des mehr als ein Jahr zurückliegenden Ereignisses und unter Berücksichtigung seiner langen Betriebszugehörigkeit unverhältnismäßig. Die Bekl. hätte ihn zunächst abmahnen und gegebenenfalls auf eine andere Position versetzen können. Die Bekl. hat die Ansicht vertreten, die außerordentliche Kündigung sei wegen der vom Kl. veranlassten sexuellen Belästigungen aus wichtigem Grund gerechtfertigt. Während der gemeinsamen Dienstreise habe der Kl. die Mitarbeiterin N mehrfach und gegen ihren Willen sexuell belästigt. Er habe sie mehrfach körperlich berührt und sexuelle Handlungen an ihr vorgenommen bzw. sie aufgefordert, solche an ihm vorzunehmen. Soweit Letzteres geschehen sei, habe sie dies getan, um möglichst schnell vom Kl. weg und wieder nach Hause zu kommen. Auch in der Folgezeit habe der Kl. noch mehrere Annäherungsversuche unternommen. Frau N habe auf seine Annäherungsversuche stets mit Ablehnung reagiert und es vermieden, mit ihm allein zu sein. Aus Gesprächen mit anderen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen des Zielgebiets habe sie, die Bekl., erfahren, dass der Kl. auch andere jüngere Mitarbeiterinnen durch zotige Bemerkungen, Annäherungen und körperliche Kontakte mehrfach sexuell belästigt habe.

Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. hat das LAG Niedersachsen (NZA-RR 2004, 19) zurückgewiesen. Mit der vom LAG zugelassenen Revision verfolgte der Kl. sein Begehren weiter. Das Rechtsmittel führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Die bisherigen Feststellungen tragen das Ergebnis des LAG nicht, der Kl. habe seine arbeitsvertraglichen Pflichten nach § 2 III des „Gesetzes zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz - Beschäftigtenschutzgesetz“ vom 24. 6. 1994 (im Folgenden: BeschSchG) schuldhaft verletzt.

A. Das LAG hat die außerordentliche Kündigung als wirksam angesehen und sich zur Begründung seiner klageabweisenden Entscheidung unter Hinweis auf § 69 II ArbGG den Entscheidungsgründen des arbeitsgerichtlichen Urteils angeschlossen.

Belästige ein Vorgesetzter eine Arbeitnehmerin sexuell, so könne dies eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen. Das Verhalten des Kl. sei ein massiver sexueller Übergriff, es handele sich nicht mehr um eine normale sexuelle Annäherung zwischen erwachsenen Mitarbeitern eines Großunternehmens. Der Kl. habe von sich aus den Kontakt gesucht und die Situation einer Dienstreise in eine einsame Gegend ausgenutzt. Frau N habe ihn weder ermutigt noch provoziert. Vielmehr sei sie dem Kl. praktisch wehrlos ausgeliefert gewesen. Der Kl. habe auch nicht mit vertretbaren Gründen annehmen können, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig. Er habe wissen müssen, dass der Arbeitgeber solche Übergriffe von Vorgesetzten nicht dulden könne. Deshalb habe es auch keiner Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung bedurft. Wegen der Schwere der Pflichtverletzung sei eine Abmahnung entbehrlich gewesen. Der Bkl. könne schließlich nicht zugemutet werden, den Kl. auf einen „Eremitenarbeitsplatz“ zu versetzen, zumal der Kl. einen freien Arbeitsplatz nicht benannt habe.

B. Dem folgt der *Senat* nicht. Die Revision rügt zu Recht, dass die Ausführungen des *LAG* die Klageabweisung nicht tragen.

I. Nach § 626 I BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund 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 der vereinbarten Beendigung nicht zugemutet werden kann.

1. Bei der Prüfung des Vorliegens eines wichtigen Grundes handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom RevGer. nur darauf überprüft werden kann, ob das BerGer. den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 626 BGB Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, beachtet hat (st. Rspr., BAGE 92, 184 [190f.] = NJW 2000, 1969 = NZA 2000, 421 = AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlungen Nr. ; BAGE 81, 27 [32] = NJW 1996, 540 = NZA 1996, 81).

2. Die Berufungsentscheidung, die insoweit in zulässiger Weise (§ 69 II ArbGG, § 540 I ZPO) auf das erstinstanzliche Urteil ergänzend Bezug nimmt, hält auch dieser eingeschränkten revisionsgerichtlichen Kontrolle nicht stand.



a) Im Ausgangspunkt zutreffend sieht das *LAG* allerdings in einer sexuellen Belästigung einer Arbeitnehmerin an ihrem Arbeitsplatz durch einen Vorgesetzten einen „an sich“ wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses i.S. von § 626 I BGB i.V. mit § 4 I Nr. 1 BeschSchG (*BAG*, NZA 1986, 467 = AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. = EzA BGB § 626 n.F.Nr. 98; *LAG Hamburg*, LAGE BeschSchG § 4 Nr. 3; *LAG Sachsen*, Urt. v. 19. 8. 1997 - 7 Sa 870/96; *Däubler*, in: *Däubler/Zwanziger*, 5. Aufl., § 626 BGB Rdnr. 101; *Schaub/Linck*, ArbeitsR-Hdb., 10. Aufl., § 125 Rdnr. 113; *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl., Rdnr. 703; v. *Hoyningen-Huene*, BB 1991, 2219). Eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz stellt nach § 2 III BeschSchG eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten dar. Die sexuelle Belästigung muss aber feststehen (*BAG*, NZA 2000, 91 = AP BeschSchG § 2 Nr. 3 = EzA KSchG § 15 n.F.Nr. 50). Ob die sexuelle Belästigung dann zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt, hängt von ihrem Umfang und ihrer Intensität ab (*APS/Preis*, 2. Aufl., § 4 BeschSchG Rdnr. 7; *ErfK/Schlachter*, 4. Aufl., § 4 BeschSchG Rdnr. 2; *Fischermeier*, in: *KR*, 6. Aufl., § 626 BGB Rdnr. 443; *Etzel*, in: *KR*, 6. Aufl., § 1 KSchG Rdnr. 500; *LAG Hamm*, LAGE BeschSchG § 4 Nr. 1; LAGE BGB § 626 Nr. 110; *LAG Sachsen*, LAGE BGB § 626 Nr. 130 = NZA-RR 2000, 468).

b) Von einer sexuellen Belästigung i.S. des § 2 II BeschSchG kann jedoch auf Grund der bisherigen tatrichterlichen Feststellungen noch nicht ausgegangen werden.

aa) Nach § 2 II 1 BeschSchG ist eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz jedes vorsätzliche, sexuell bestimmte Verhalten, das die Würde von Beschäftigten am Arbeitsplatz verletzt. Nach § 2 II 2 BeschSchG gehören dazu sexuelle Handlungen und Verhaltensweisen, die nach den strafgesetzlichen Vorschriften unter Strafe gestellt sind (Nr. 1), sowie sonstige sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie Zeigen und sichtbares Anbringen von pornografischen Darstellungen, die von den Betroffenen erkennbar abgelehnt werden (Nr. 2).

bb) Dem Kl. werden keine sexuellen Handlungen oder Verhaltensweisen vorgeworfen, die strafrechtlich (nach den §§ 174ff. bzw. 185ff. StGB) relevant wären.

cc) Ob die vom Kl. am 12. 5. 1998 vorsätzlich getätigten sexuellen Handlungen die Voraussetzungen des § 2 II 2 Nr. 2 BeschSchG erfüllen, kann noch nicht abschließend beurteilt werden.

(1) Unstreitig hat der Kl. an diesem Tag bewusst und gewollt mehrfach sexuelle Handlungen an Frau N

vorgenommen bzw. sie aufgefordert, solche an ihm vorzunehmen. Diese mehrfachen sexuellen Kontakte wiesen auch eine erhebliche Intensität auf.

(2) Allerdings lässt sich bisher nicht hinreichend feststellen, ob die Handlungen und Aufforderungen des Kl. von der Zeugin *N* erkennbar abgelehnt worden sind. Zu dieser normativen Voraussetzung hat das *LAG* keine ausreichenden Feststellungen getroffen und insbesondere nicht alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände gewürdigt. Die Voraussetzung der „erkennbaren Ablehnung“ hat die Funktion, den Belästigungstatbestand einzuschränken (*Schlachter*, AR-Blattei SD 425 Beschäftigtenschutz Rdnr. 35). Mit diesem Tatbestandsmerkmal wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass die Annahme einer sexuellen Belästigung auf die Fälle beschränkt bleibt, in denen jemand einem anderen ein nicht erwünschtes sexuelles Verhalten auferdrängt (BT-Dr 12/5468, S. 47). Die Unerwünschtheit des fraglichen sexuellen Verhaltens muss daher nach außen in Erscheinung getreten sein (*Schlachter*, Rdnr. 37; ErfK/*Schlachter*, § 4 BeschSchG Rdnr. 12). Zwar wird man eine ausdrücklich formulierte Ablehnung nicht - schon gar nicht immer - verlangen können. Im Einzelfall kann deshalb eine aus den Umständen erkennbare Ablehnung genügen (*Schlachter*, Rdnr. 37; *BVerwG*, Urt. v. 8. 11. 2000 - 1 D 35/99). Eine solche Ablehnung ist erkennbar, wenn aus dem Verhalten der oder des Betroffenen für einen neutralen Beobachter die Ablehnung hinreichend deutlich geworden ist (*Marzodko/Rinne*, ZTR 2000, 306; *Schlachter*, Rdnr. 38; *Worzalla*, NZA 1994, 1018). Unter Umständen kann daher auch ein rein passives Verhalten in der Form eines zögernden, zurückhaltenden Geschehenlassens gegenüber einem drängenden, durchsetzungsfähigen Belästiger, insbesondere einem Vorgesetzten, zur Erkennbarkeit einer ablehnenden Haltung ausreichen (s. auch *BVerwG*, Urt. v. 18. 11. 2000 - 1 D 35/99).

(3) Das *LAG* hat insoweit jedoch nicht alle wesentlichen Umstände beachtet und gewürdigt. Nach den eigenen Angaben der Zeugin *N* hat sie nicht verbal oder durch eindeutige, klare Gesten ausdrücklich zum Ausdruck gebracht, sie wolle keine Berührungen und keine sexuellen Kontakte des Kl. Das *ArbG* hat deshalb eine erkennbare Ablehnung sexueller Handlungen durch Frau *N* aus Indizien geschlossen. Neben der generellen Situation und dem Altersunterschied habe der Kl. aus der Nichterwiderung des Zungenkusses, dem Hinweis auf ihren Freund und ihren sonstigen Erklärungen sowie dem Entziehen ihrer bzw. dem Wegschieben seiner Hände erkennbar auf ihre Ablehnung eines sexuellen Kontakts schließen müssen.

Soweit die Vorinstanzen dabei auf den Altersunterschied und die Dienststellung des Kl. (Vorgesetztenfunktion) abstellen, sind dies Aspekte, die bei der rechtlichen Bewertung einer arbeitsvertraglichen Pflichtenverletzung zweifellos erschwerend zu berücksichtigen sind. Aus diesen Umständen lässt sich jedoch allein nicht hinreichend schließen, der sexuelle Kontakt zwischen dem Kl. und der volljährigen Frau *N* sei gegen ihren erkennbaren Willen erfolgt. Die weiteren angeführten Indizien lassen sich zwar für die Überzeugungsbildung eines für den Kl. erkennbaren entgegenstehenden Willens von Frau *N* heranziehen. Es gilt aber auch zu berücksichtigen, ob und wie intensiv der Kl. Frau *N* bedrängt hat bzw. wie sie seinem Drängen nachgab.

Die Revision rügt insoweit zu Recht, das *LAG* habe weitere Tatsachen und Indizien würdigen müssen. Das *BerGer.* hätte sich in der Tat mit dem Umstand auseinander setzen müssen, dass Frau *N* sich nicht nur passiv, gleichsam „duldend“, verhalten hat, sondern sich vielmehr aktiv an den sexuellen Kontakten beteiligte, in dem sie sogar zweimal erhebliche - oder wie das *LAG* formuliert hat - „massive“ sexuelle Handlungen an dem Kl. vorgenommen hat. Dies könnte auch bei einem neutralen Beobachter den Eindruck erwecken, die Zeugin habe den sexuellen Kontakt nicht, jedenfalls nicht für den Kl. erkennbar, abgelehnt. Hinzu kommt das weitere auch von ihr geschilderte Verhalten von Frau *N* während der Dienstfahrt bzw. danach, das weder vom *ArbG* noch vom *LAG* einer näheren Würdigung unterzogen wurde. Es kann als zutreffend unterstellt werden, dass Opfer sexueller Belästigungen in solchen von ihnen als äußerst unangenehm empfundenen Situationen nur selten resolut, sondern vielmehr oft zurückhaltend agieren (*Linde*, BB 1994, 2412). Gleichwohl bedarf es zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der „erkennbaren Ablehnung“ gewisser klarer, auch für einen neutralen Dritten hinreichend konkreter Anhaltspunkte, die bisher nicht festgestellt worden sind.

Demgegenüber stehen weitere, von den Vorinstanzen nicht bedachte Aspekte, die auch bei einem neutralen Dritten zumindest



Zweifel erwecken können, ob die Handlungen und Aufforderungen des Kl. von Frau *N* für den Kl. erkennbar abgelehnt worden sind. So hat sie weder versucht, sich möglichen weiteren Attacken und Vorstößen des Kl. zu entziehen, noch ist erkennbar, warum sie dem Kl. ohne weiteres erneut in ein Waldstück folgte und dort auf seinen Wunsch sogar ihre Bluse auszog. Auch bleibt festzuhalten, dass sich Frau *N* nicht im Anschluss an die Ereignisse bei der Bekl. zeitnah beschwerte, sondern sogar einige Tage später mit dem Kl. zumindest noch ein gemeinsames Abendessen eingenommen hat und erst über ein Jahr nach dem Vorfall die Bekl. informierte.

II. Der Rechtsstreit ist an das *LAG* zurückzuverweisen (§ 563 I ZPO).

1. Das LAG wird näher ermitteln und prüfen müssen, ob unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände der Kl. auf eine „erkennbare Ablehnung“ sexueller Kontakte und Belästigungen durch Frau N habe schließen müssen. Auch wird es gegebenenfalls näher aufzuklären haben, ob es sich bei dem Verhalten des Kl. gegenüber Frau N um einen Einzelfall gehandelt hat oder es vielmehr weitere sexuelle Handlungen und Aufforderungen des Kl. gegenüber anderen Mitarbeiterinnen der Bekl. gab.

2. Sollte sich bei der weiteren Aufklärung des Sachverhalts herausstellen, der Kl. habe sexuelle Handlungen gegen den erkennbaren Willen von Frau N vorgenommen und sie zu sexuellen Handlungen aufgefordert, so wird man vom Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S. des § 626 I BGB jedenfalls dann ausgehen können, wenn es sich bei dieser sexuellen Belästigung durch den Kl. nicht um einen einmaligen Vorfall handelte, sondern der Kl. auch andere Mitarbeiterinnen der Bekl. immer wieder durch Worte und Taten belästigt hat. Sollte es sich hingegen herausstellen, der Kl. habe lediglich einmal - weil er in die Zeugin N „verliebt“ gewesen sei - seine arbeitsvertraglichen Pflichten nach § 2 III BeschSchG verletzt, so wird sich das LAG näher mit der Frage der verhältnismäßigen Sanktion i.S. von § 4 BeschSchG auseinandersetzen müssen. Nach § 4 I BeschSchG hat der Arbeitgeber nämlich die im Einzelfall angemessenen arbeitsrechtlichen Maßnahmen wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen. Die gesetzliche Regelung kodifiziert den allgemeinen arbeitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Das LAG wird deshalb auch prüfen müssen, ob vorliegend nicht eine Versetzung des Kl. auf einen anderen Arbeitsplatz in Betracht kam; dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich bei den Handlungen des Kl. um einen Einzelfall in einer besonderen Konstellation mit Frau N gehandelt hat, mit anderen Worten sich prognostisch keine weiteren Probleme des Kl. mit anderen Arbeitnehmerinnen ergeben werden. Das gilt umso mehr, als der Vorfall vom 12. 5. 1998 bei Kündigungsausspruch schon über ein Jahr zurücklag. Ein solcher erheblicher Zeitraum kann auch bei der Bewertung des wichtigen Grundes Bedeutung gewinnen, wenn sich die Pflichtverletzung nicht mehr konkret nachteilig auf das Arbeitsverhältnis auswirken kann. Zurückliegende Ereignisse, die das Arbeitsverhältnis nicht mehr belasten, können selbst dann unerheblich sein, wenn sie zunächst schwerwiegend waren. Entscheidend ist, ob die Gründe ein Indiz für eine auch zukünftige Belastung des Arbeitsverhältnisses darstellen (BAG, NZA 1986, 467 = AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. = EzA BGB § 626 n.F.Nr. 98). Dementsprechend wird das BerGer. zu prüfen haben, ob für eine Versetzung des Kl. entweder ein anderer Arbeitsplatz frei war oder ob eine „Ringversetzung“, die gegebenenfalls im Unternehmen der Bekl. üblich ist, in Betracht kam.

3. Hat der Kl. die sexuellen Handlungen und Aufforderungen gegen den Willen der Frau N vorgenommen, so bedurfte es allerdings schon deshalb keiner Abmahnung vor Ausspruch einer Kündigung, weil auf Grund der eindeutigen gesetzlichen Regelung des § 2 BeschSchG dem Kl. klar sein musste, dass eine intensive, sexuelle Belästigung einer Kollegin gegen ihren erkennbaren Willen ein Verstoß gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten war. Der Kl. konnte deshalb berechtigterweise nicht erwarten, die Bekl. werde ihn zunächst auf die Einhaltung der vertraglichen Pflichten unter Androhung von rechtlichen Konsequenzen hinweisen (vgl. auch BAG, NZA 1986, 467 = AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. = EzA BGB § 626 n.F.Nr. 98).

Anm. d. Schriftltg.:

Vgl. zu dieser Thematik *ArbG Lübeck*, NZA-RR 2001, 140; *Schlachter*, NZA 2001, 121, und *BAG*, NZA 2001, 91.