

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 2. März 2017
- 2 AZR 698/15 -
ECLI:DE:BAG:2017:020317.U.2AZR698.15.0

I. Arbeitsgericht Wuppertal

Urteil vom 17. September 2014
- 2 Ca 1117/14 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 27. August 2015
- 3 Sa 140/15 -

Entscheidungsstichwort:

Außerordentliche Verdachtskündigung

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 698/15
3 Sa 140/15
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
2. März 2017

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 2. März 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Rachor sowie den ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Sieg und die ehrenamtliche Richterin Alex für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 27. August 2015 - 3 Sa 140/15 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung. 1
- Die beklagte Republik Griechenland unterhält in W eine Grundschule, die seit Dezember 2009 den Status einer anerkannten Ergänzungsschule hat. Dort beschäftigte sie zwei Lehrkräfte im Angestelltenverhältnis und mehrere nach griechischem Recht verbeamtete Lehrer. 2
- Der Kläger ist griechischer Staatsangehöriger und lebt seit 1973 in Deutschland. Er war seit 1986 an der Schule in W als Lehrkraft für die Sprache Deutsch tätig. Im Arbeitsvertrag der Parteien ist die Anwendung deutschen Rechts vereinbart. 3
- Am 18. Dezember 2008 teilten die Eltern der Schülerin G der Schulleitung mit, der Kläger habe ihre Tochter nach deren Angaben auf den Schoß genommen und sie unterhalb der Kleidung im Gesäßbereich sowie zwischen den Beinen gestreichelt. Der Kläger gab auf Befragung an, die Schülerin in den Arm genommen und ihr dabei an das Gesäß gefasst zu haben. Im Anschluss meldeten sich - noch im Dezember 2008 - die Eltern der Schülerin O. Sie berichteten, sie hätten sich bereits im Jahr 2006 bei der damaligen Schulkoordinatorin über eine sexuelle Belästigung ihrer Tochter durch den Kläger beschwert. 4

Im Januar 2009 erstattete der Prozessbevollmächtigte der beklagten Republik im Namen und Auftrag der Eltern der Schülerinnen G und O Strafanzeige gegen den Kläger. Von den Eltern zweier weiterer Schülerinnen wurden bis Ende 2009 ebenfalls Strafanzeigen gestellt. In den diesbezüglich geführten Ermittlungsverfahren wurden mehrere Schülerinnen vernommen. 5

Die damalige Leiterin des Sekundarschulwesens beim Generalkonsulat der beklagten Republik befragte Kolleginnen des Klägers zu den die Schülerin O betreffenden Vorwürfen. Eine Lehrerin erinnerte sich an einen Bericht der Schülerin über einen Vorfall von sexueller Belästigung durch den Kläger. Eine andere Kollegin gab an, die Schülerin O sei rot im Gesicht gewesen und habe aufgeregt die Klasse verlassen. Auch zwei weitere Kolleginnen erinnerten sich an eine Beschwerde der Schülerin. Nachdem sie den Kläger am 19. Februar 2009 angehört und dieser die Vorwürfe bestritten hatte, entschied die beklagte Republik, zunächst die Ermittlungsergebnisse der Strafverfolgungsbehörden abzuwarten. 6

Im Zuge der Untersuchungen verklagte der Kläger erfolglos den Vater der Schülerin G auf Unterlassung der Behauptung, er habe diese gestreichelt und „am Po“ angefasst. 7

Im Mai 2010 wurde gegen den Kläger Anklage wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Schutzbefehlen in sechs Fällen in der Zeit von Herbst 2006 bis Dezember 2008 erhoben. Am 26. Mai 2010 erhielten Vertreter der beklagten Republik Einsicht in die Ermittlungsakten. Der Kläger, der Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 28. Mai 2010 erhalten hatte, hielt an seinem Bestreiten fest und äußerte die Ansicht, es handele sich um ein Komplott. 8

Mit Schreiben vom 8. Juni 2010, das dem Kläger am Folgetag zuging, kündigte die beklagte Republik das Arbeitsverhältnis fristlos wegen des Verdachts sexueller Belästigungen mehrerer Schülerinnen. Dagegen erhob der Kläger rechtzeitig die vorliegende Klage. 9

Das Amtsgericht sprach den Kläger im März 2011 gemäß dem Anklagevorwurf schuldig und verhängte gegen ihn eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten, deren Vollstreckung es zur Bewährung aussetzte. Auf die Berufung des Klägers hob das Landgericht das Urteil im Februar 2013 auf und sprach ihn - rechtskräftig - frei. 10

Der Kläger hat geltend gemacht, ein Kündigungsgrund liege nicht vor. Außerdem sei die sich aus § 626 Abs. 2 BGB ergebende Kündigungserklärungsfrist nicht gewahrt. 11

Der Kläger hat beantragt
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung vom 8. Juni 2010 nicht aufgelöst worden ist. 12

Die beklagte Republik hat Klageabweisung beantragt. Die Vorwürfe in den Strafanzeigen und die Aussagen mehrerer Schülerinnen in ihren Vernehmungen begründeten den dringenden Verdacht, der Kläger habe die behaupteten Taten begangen. Dieser Verdacht sei durch den Freispruch im Strafverfahren nicht ausgeräumt worden. Sie habe angesichts der massiven Beschuldigungen und des Bestreitens des Klägers den Ausgang der Ermittlungen der Staatsanwaltschaft vor der Erklärung einer Kündigung abwarten dürfen. 13

Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. 14

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts nicht zurückweisen. Ob das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 8. Juni 2010 aufgelöst worden ist, kann der Senat auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht entscheiden. Dies führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverwei- 15

sung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

I. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage mit Recht für zulässig erachtet. 16

1. Die deutsche Gerichtsbarkeit ist gegeben. Die beklagte Republik ist nicht nach § 20 Abs. 2 GVG von ihr befreit (*zu den Voraussetzungen BVerfG 17. März 2014 - 2 BvR 736/13 - Rn. 19; BAG 18. Dezember 2014 - 2 AZR 1004/13 - Rn. 16*). Die vorliegende Feststellungsklage betrifft ihre nicht-hoheitliche Staatstätigkeit (*zur Abgrenzung gegenüber hoheitlicher Staatstätigkeit und den Unterscheidungsmerkmalen vgl. BVerfG 17. März 2014 - 2 BvR 736/13 - Rn. 19 ff.; BAG 25. April 2013 - 2 AZR 960/11 - Rn. 14; BGH 24. März 2016 - VII ZR 150/15 - Rn. 19, BGHZ 209, 290*). Die beklagte Republik hat nicht geltend gemacht, der Kläger habe im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses in nennenswertem Umfang hoheitliche Tätigkeiten ausgeübt. 17

2. Andere Zulässigkeitshindernisse bestehen - auch aus Sicht der beklagten Republik - nicht. Insbesondere sind die deutschen Gerichte international zuständig nach Art. 18 Abs. 1, Art. 19 Nr. 2 Buchst. a Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (*EuGVVO*). Gewöhnlicher Arbeitsort des Klägers ist W. Der für die Anwendung der Verordnung erforderliche Auslandsbezug (*vgl. EuGH 17. November 2011 - C-327/10 - [Lindner] Rn. 29, Slg. 2011, I-11543; BAG 10. April 2013 - 5 AZR 78/12 - Rn. 21*) ergibt sich daraus, dass die beklagte Republik ein ausländischer Staat ohne „Sitz“ im Inland ist. 18

II. Ob die Klage begründet ist, steht nicht fest. 19

1. Das Arbeitsverhältnis unterliegt - wie zwischen den Parteien auch unstreitig - deutschem Recht. Das anwendbare materielle Recht bestimmt sich nach Art. 27 ff. EGBGB. Die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (*Rom I-VO*) findet keine Anwendung, weil 20

der Arbeitsvertrag der Parteien vor dem 17. Dezember 2009 „geschlossen“ (zur Bedeutung dieses Begriffs vgl. EuGH 18. Oktober 2016 - C-135/15 - [Nikiforidis] Rn. 31 bis Rn. 39) wurde (Art. 28 Rom I-VO). Im Übrigen stellte sich die Rechtslage im Streitfall nach Art. 3, 8 und 9 Rom I-VO nicht anders dar als nach Art. 27 ff. EGBGB. Gemäß den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts haben die Parteien im Arbeitsvertrag deutsches Recht gewählt. Das Arbeitsverhältnis unterlag zudem objektiv nach Art. 30 Abs. 2 EGBGB deutschem Vertragsstatut. Der Kläger hat iSv. Art. 30 Abs. 2 Halbs. 1 Nr. 1 EGBGB in Erfüllung seines Arbeitsvertrags seine berufliche Tätigkeit gewöhnlich in W ausgeübt.

2. Das Landesarbeitsgericht hat auf der Grundlage seiner bisherigen Feststellungen zu Unrecht angenommen, die Kündigung vom 8. Juni 2010 sei als sog. Verdachtskündigung aus wichtigem Grund (§ 626 Abs. 1 BGB) gerechtfertigt. 21

a) Eine Verdachtskündigung kann gerechtfertigt sein, wenn starke, auf objektive Tatsachen gründende Verdachtsmomente vorliegen, die geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören, und wenn der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Der Verdacht muss auf konkrete, vom Kündigenden darzulegende und ggf. zu beweisende Tatsachen gestützt sein. Er muss ferner dringend sein. Es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass er zutrifft. Die Umstände, die ihn begründen, dürfen nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ebenso gut durch ein Geschehen zu erklären sein, das eine Kündigung nicht zu rechtfertigen vermöchte. Bloße, auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen nicht aus (BAG 17. März 2016 - 2 AZR 110/15 - Rn. 39). 22

- b) Eine Verdachtskündigung kann nicht allein auf Erkenntnisse oder Maßnahmen der Staatsanwaltschaft und/oder Entscheidungen eines Ermittlungsrichters wie eine Anklageerhebung oder den Erlass eines Haftbefehls gestützt werden, selbst wenn sie auf der Annahme eines dringenden Tatverdachts beruhen oder ihn voraussetzen. Solche Umstände können für sich genommen allenfalls die Annahme des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer habe die Taten mit hoher Wahrscheinlichkeit begangen, verstärken und damit für die Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB Bedeutung gewinnen (*BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 700/11 - Rn. 16, BAGE 143, 244*). Sie bilden als solche aber keine objektive Tatsache, die den dringenden Verdacht eines bestimmten strafbaren Verhaltens begründen könnte. 23
- c) Entscheidungen im Strafverfahren binden die über die Wirksamkeit einer (Verdachts-)Kündigung befindenden Gerichte für Arbeitssachen nicht. Diese haben vielmehr alle relevanten Umstände selbst zu würdigen (*BAG 22. Januar 1998 - 2 AZR 455/97 - zu II 2 e aa der Gründe*). Gleichwohl kann ein Freispruch im Strafverfahren unter dem Gesichtspunkt einer Entlastung des Arbeitnehmers für die arbeitsgerichtliche Prüfung im Rahmen einer Verdachtskündigung Bedeutung gewinnen (*vgl. BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 256/14 - Rn. 46*). Das gilt nicht nur, wenn der Verdacht gegen den Arbeitnehmer im Strafverfahren vollständig ausgeräumt worden ist. Es reicht vielmehr aus, wenn Tatsachen festgestellt worden sind, die den Verdacht zumindest wesentlich abschwächen (*so bereits BAG 24. April 1975 - 2 AZR 118/74 - zu II 5 b der Gründe, BAGE 27, 113*). 24
- d) Die mangelnde Bindung an das Strafurteil hindert die Gerichte für Arbeitssachen nicht, in der Entscheidung enthaltene Feststellungen im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach § 286 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen. Diese sind, wenn sich eine Partei auf das Strafurteil zu Beweis Zwecken beruft, im Wege des Urkundenbeweises gemäß §§ 415, 417 ZPO zu verwerten (*BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 865/13 - Rn. 26, BAGE 149, 355*). Dabei dürfen die Gerichte für Arbeitssachen die vom Strafgericht getroffenen Feststellungen aber nicht unbesehen übernehmen. Sie haben die in der Beweisurkunde dargelegten 25

Feststellungen einer eigenen kritischen Überprüfung zu unterziehen und den Beweiswert einer ggf. lediglich urkundlich in den Worten des Strafrichters belegten Aussage sorgfältig zu prüfen (vgl. BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 865/13 - Rn. 28, aaO; BGH 13. Juni 1995 - VI ZR 233/94 - zu II 2 a der Gründe). Die beantragte Vernehmung von Zeugen darf nicht unter Hinweis auf die strafgerichtlichen Feststellungen abgelehnt werden. Außerdem müssen sich die Mitglieder des erkennenden Spruchkörpers grundsätzlich einen persönlichen Eindruck von einem Zeugen verschaffen, wenn das Gericht auf dessen (Un-)Glaubwürdigkeit abstellen will. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die für die Würdigung maßgeblichen Umstände in den Akten festgehalten worden sind und die Parteien Gelegenheit hatten, sich dazu zu erklären (BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 865/13 - Rn. 29 f., aaO).

e) Diesen Maßstäben wird die angefochtene Entscheidung nicht gerecht. 26
Zwar ist es nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht eine Wirksamkeit der Kündigung trotz des den Kläger freisprechenden Urteils in Erwägung gezogen hat. Seine Entscheidung beruht aber auf unzureichenden Feststellungen zum Kündigungssachverhalt. Soweit das Berufungsgericht eine Beweiswürdigung vorgenommen hat, lässt diese nicht erkennen, dass die Voraussetzungen und Grenzen von § 286 Abs. 1 ZPO eingehalten sind. In beidem liegt ein sachlich-rechtlicher Mangel, der im Rahmen einer - wie hier - zulässigen Revision ohne Bindung an die erhobenen Rügen zu berücksichtigen ist (*hinsichtlich der Beweiswürdigung vgl. BAG 11. Dezember 2014 - 6 AZR 562/13 - Rn. 17*).

aa) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger sei „zum Zeitpunkt der Kündigung“ dringend verdächtig gewesen, Schülerinnen in der Schule sexuell belästigt zu haben. Die beklagte Republik habe sich auf die Beschwerde der Eltern der Schülerinnen G und O, deren Strafanzeigen und die Aussagen dieser und weiterer Schülerinnen im Ermittlungsverfahren, auf die Anklageschrift vom 18. Mai 2010 und insbesondere die darin enthaltenen Vorwürfe, Schülerinnen unterhalb der Kleidung angefasst bzw. gestreichelt zu haben, sowie die vorgerichtliche Einlassung des Klägers berufen, er habe die Schülerin G 27

in den Arm genommen und ihr dabei an das Gesäß gefasst. „Damit“ habe sie konkrete Tatsachen vorgetragen, die den dringenden Verdacht begründeten, der Kläger habe die behaupteten Berührungen während des Unterrichts vorgenommen. Die Verdachtsmomente bestünden weiterhin. Alle Zeuginnen hätten in ihren Anhörungen bzw. Vernehmungen im Ermittlungsverfahren, vor dem Amtsgericht und dem Landgericht „Anlastungen“ gegen den Kläger vorgebracht. Die im Rahmen der gerichtlichen Vernehmung erhobenen Vorwürfe seien, wie im Urteil der Strafkammer des Landgerichts ausgeführt, alle ähnlicher Natur und ähnlichen Inhalts gewesen. Eine kollektive Falschbelastung aufgrund einer Kollektivbefragung oder eines Komplotts habe sicher ausgeschlossen werden können. Die Schülerinnen hätten sich zum Zeitpunkt der Vornahme der behaupteten Handlungen entweder nur vom Sehen oder überhaupt nicht gekannt und ihre „Anlastungen“ teils in großem zeitlichen Abstand vorgebracht. Selbst das Landgericht habe festgestellt, dass sich der Kläger - in einem Fall - gegenüber der Schülerin O in einer für einen Lehrer unangemessenen und jedenfalls moralisch zu verurteilenden Weise übergriffig verhalten habe, indem er sich auf einen Stuhl neben sie gesetzt und begonnen habe, mit seiner Hand den Schulterbereich und den Rücken der Schülerin bis hinab zum Hosenbund über deren Kleidung zu streicheln. Auf die Strafbarkeit des Verhaltens komme es nicht an. Aufgrund der Gesamtumstände verbleibe zumindest der dringende Verdacht, der Kläger habe mehrere Schülerinnen während des Unterrichts in nicht zu akzeptierender Weise berührt. Die Interessenabwägung gehe zum Nachteil des Klägers aus. Mit dem dringenden Verdacht des sexuellen Missbrauchs habe der Kläger das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauensverhältnis zerstört.

bb) Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsfehlern. 28

(1) Es ist bereits unklar, welchen konkreten Verhaltens das Landesarbeitsgericht den Kläger als dringend verdächtig angesehen hat. Seine Annahme, der Verdacht beziehe sich auf „nicht zu akzeptierende“ Berührungen, ist - abgesehen von dem als „übergriffig“ eingestuftem Verhalten gegenüber der Schülerin O - ungenau und einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht zu-

gänglich. Die Würdigung lässt nicht erkennen, hinsichtlich welcher konkreten Handlungen nach Art und Intensität es letztlich davon ausgegangen ist, es bestehe eine große Wahrscheinlichkeit, dass der Kläger sie tatsächlich vorgenommen habe. Entsprechend ungenau bleibt die rechtliche Beurteilung, soweit das Landesarbeitsgericht bei seiner Prüfung der ersten Stufe des wichtigen Grundes angenommen hat, der Tatverdacht beziehe sich auf eine sexuelle Belästigung von Schülerinnen, während es im Rahmen der Interessenabwägung auf einen „sexuellen Missbrauch“ abgestellt hat. Es ist unklar, ob das Landesarbeitsgericht mit der Verwendung dieses Begriffs eine besondere Schwere der Belästigung angenommen und auf welche Tatsachen es ggf. eine solche Annahme gestützt hat.

(2) Die Würdigung des Berufungsgerichts greift außerdem zu kurz, soweit es in den elterlichen Beschwerden, Strafanzeigen und den „Anlastungen“ der Schülerinnen im Rahmen ihrer Vernehmung im Ermittlungsverfahren, auf denen die Anklageschrift aufbaut, deshalb hinreichende verdachtsbegründende Umstände hinsichtlich einer sexuellen Belästigung erblickt hat, weil es an Anhaltspunkten für eine kollektive Falschbelastung fehle. Zwar kann sich eine hohe Wahrscheinlichkeit für ein vom Arbeitnehmer gezeigtes strafbares Verhalten oder eine sonstige erhebliche Pflichtwidrigkeit auch daraus ergeben, dass ein oder mehrere Zeugen übereinstimmend ein bestimmtes Verhalten ähnlicher Natur oder ähnlichen Inhalts schildern. In diesem Sinne können auch Aussagen Betroffener oder mittelbarer Zeugen eine „objektive“ Tatsache für einen bestimmten Geschehensablauf darstellen, die eine Verdachtskündigung rechtfertigen kann. Dies erfordert aber eine sorgfältige, mögliche Fehlerquellen umfassend berücksichtigende Auseinandersetzung mit der Glaubhaftigkeit der jeweiligen Aussage und der Glaubwürdigkeit der Auskunftsperson(en). Dabei sind auch nach dem Kündigungszeitpunkt eingetretene Umstände zu berücksichtigen, insbesondere etwaige Änderungen von oder Widersprüchlichkeiten in den Aussagen von Belastungszeugen (*BAG 14. September 1994 - 2 AZR 164/94 - zu II 3 d der Gründe, BAGE 78, 18*). Der anzufechtenden Entscheidung ist nicht zu entnehmen, dass das Landesarbeitsgericht eine dahingehende Prüfung vorgenommen hat. Diese war umso mehr veranlasst als das Landgericht im Rah-

30

men seines Strafurteils - auch auf der Grundlage eines eingeholten aussagepsychologischen Sachverständigengutachtens - eine äußerst geringe (Detail-)Qualität der Aussagen der vernommenen Schülerinnen bei zum Teil fehlenden Realkennzeichen, zum Teil fehlender Schilderung eigenpsychologischen Erlebens, zum Teil gravierende Inkonstanzen und darüber hinaus bestehende Aggravationen in den Bekundungen der von der Strafkammer vernommen Schülerinnen festgestellt hat.

(3) Schließlich verkennt das Berufungsgericht - wohl - nicht, dass die rechtlichen Beurteilungen der Strafkammer für die Entscheidung über die Kündigung nicht bindend sind. Vor diesem Hintergrund ist es aber zumindest ungenau, wenn das Landesarbeitsgericht teilweise Würdigungen aus dem Strafurteil übernimmt. Nicht diese sind im vorliegenden Rechtsstreit maßgeblicher Streitstoff, sondern der von der beklagten Republik vorgetragene, im Rahmen von § 286 ZPO frei zu würdigende Sachverhalt ist es. 31

3. Die Sache war an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Die angefochtene Entscheidung stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). 32

a) Der Senat kann nicht abschließend beurteilen, ob ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB vorliegt. 33

aa) Allerdings ist nach dem bisherigen Sach- und Streitstand davon auszugehen, dass zwei Vorfälle unstreitig bzw. als unstreitig anzusehen sind. Zum einen hat der Kläger vorgerichtlich erklärt, die Schülerin G (jedenfalls) in den Arm genommen und ihr dabei an das Gesäß gefasst hat. Von dieser Einlassung hat er sich später nicht distanziert. Sein „einfaches“ prozessuales Bestreiten sollte sich erkennbar auf ihm angelastete weitergehende Handlungen gegenüber der Schülerin beziehen. Zum anderen ist anzunehmen, dass der Kläger sich im Herbst 2006 anlässlich eines Nachhilfeunterrichts auf einen Stuhl neben seine damalige Schülerin O setzte und - vorgebend, sich für ihre schriftlichen Ausarbeitungen zu interessieren - begann, für eine unbestimmte Zeit mit seiner 34

Hand den Schulterbereich und den Rücken der Schülerin bis hinab zum Hosensbund oberhalb der Kleidung zu streicheln, und dass er, nachdem die Schülerin mit ihrem Stuhl ein wenig von ihm abgerückt war, ihr nachrückte und sein Verhalten fortsetzte bzw. wiederholte. Die beklagte Republik hat sich die dahingehenden, im Urteil des Landgerichts als „gesichert“ angesehenen Feststellungen jedenfalls konkludent zu eigen gemacht. Ihr betreffendes Vorbringen ist gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen. Zwar hat der Kläger den Vortrag „einfach bestritten“. Nach den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast genügt ein solches Bestreiten des Arbeitnehmers als Gegner des primär darlegungspflichtigen Arbeitgebers aber nicht, wenn es ihm zuzumuten ist, dem Arbeitgeber die Darlegung durch nähere Angaben über die zu seinem Wahrnehmungsbereich gehörenden Verhältnisse zu ermöglichen, weil er, anders als der außerhalb des maßgeblichen Geschehensablaufs stehende darlegungsbelastete Arbeitgeber, die wesentlichen Tatsachen kennt (*BAG 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - Rn. 41*). So liegt es hier. Der Kläger hat dem detailreichen Vorbringen der beklagten Republik keinen abweichenden Geschehensablauf entgegen gesetzt, obwohl er in nahem zeitlichem Zusammenhang mit dem Vorfall anlässlich der Nachhilfestunde konfrontiert worden war und deshalb davon ausgegangen werden kann, dass ihm der Sachverhalt in Erinnerung geblieben ist. Soweit er im Rahmen seiner früheren Befragung angegeben hatte, die Schülerin sei durch eine andere Lehrerin zu den Vorwürfen „angestiftet“ worden, ist dieser Einwand - unterstellt, der Kläger habe an seiner Behauptung festhalten wollen - unsubstantiiert und nicht geeignet, der ihn treffenden sekundären Darlegungslast zu genügen.

bb) Das Landesarbeitsgericht wird zu prüfen und zu bewerten haben, ob die Kündigung bereits unter den vorgenannten Gesichtspunkten - insoweit aufgrund nachgewiesener Pflichtverletzung im Sinne einer „Tat“ - gerechtfertigt ist. Dabei wird es im Ergebnis nicht entscheidend darauf ankommen, ob das Verhalten als sexuelle Belästigung iSv. § 3 Abs. 4 AGG zu werten ist. Auch unabhängig davon liegt in den Berührungen eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung. Der Behandlung als Tat Kündigung steht nicht entgegen, dass die beklag-

35

te Republik die Kündigung als Verdachtskündigung erklärt hat (*BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 865/13 - Rn. 21, BAGE 149, 355*).

(1) Eine sexuelle Belästigung iSv. § 3 Abs. 4 AGG stellt - unabhängig von ihrer Strafbarkeit - nach § 7 Abs. 3 AGG eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar, die „an sich“ als wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB geeignet ist. Sie liegt vor, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu insbesondere sexuell bestimmte körperliche Berührungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein etwa von Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Im Unterschied zu § 3 Abs. 3 AGG können auch einmalige sexuell bestimmte Verhaltensweisen den Tatbestand einer sexuellen Belästigung erfüllen (*BAG 20. November 2014 - 2 AZR 651/13 - Rn. 16, 17, BAGE 150, 109*). Sexuell bestimmt ist eine körperliche Berührung ohne Weiteres dann, wenn ihre Sexualbezogenheit auf Grund des äußeren Erscheinungsbilds nach allgemeinem Verständnis erkennbar ist, etwa beim - auch kurzen - unmittelbaren Berühren der primären oder sekundären Geschlechtsmerkmale, und zwar unabhängig davon, ob die Körperteile bekleidet oder unbekleidet sind (*vgl. BAG 20. November 2014 - 2 AZR 651/13 - Rn. 18, aaO*). Daneben können aber auch ambivalente Handlungen, dh. Verhaltensweisen, die das Geschlechtliche im Menschen nicht unmittelbar zum Gegenstand haben, wie bspw. Umarmungen, sexuell bestimmt sein. Ob eine Sexualbezogenheit vorliegt, ist insoweit nach dem Eindruck eines objektiven Betrachters, der alle Umstände kennt, zu beurteilen (*ErfK/Schlachter 17. Aufl. § 3 AGG Rn. 21; MünchKommBGB/Thüsing § 3 AGG Rn. 66*). Bei solchen (ambivalenten) Handlungen kann auch zu berücksichtigen sein, ob der Handelnde von sexuellen Absichten geleitet war (*vgl. BGH 21. September 2016 - 2 StR 558/15 - Rn. 12; Schrader/Schubert in Däubler/Bertzbach AGG 3. Aufl. § 3 Rn. 77a; HaKo-KSchR/Zimmermann 5. Aufl. § 1 KSchG Rn. 450*).

36

(2) Die Umarmung der Schülerin G bei gleichzeitiger Berührung ihres Gesäßes und das wiederholte Streicheln der Schülerin O über den gesamten Rücken bis hinab zum Hosenbund aus der Position des Nebeneinandersitzens heraus können im vorliegenden Handlungsrahmen unerwünschte, sexuell bestimmte Verhaltensweisen darstellen. „Pädagogische Gründe“ - etwa dergestalt, dass die Handlungen dazu bestimmt waren, die Schülerinnen zu trösten - sind nicht ansatzweise erkennbar und vom Kläger auch nicht angeführt worden. Deren Fehlen kann ein Indiz für die sexuelle Konnotation der Berührung bilden, wobei allerdings die beweisrechtliche Würdigung dem Landesarbeitsgericht vorbehalten ist. Das in Rede stehende Verhalten, insbesondere das wiederholte Streicheln über den gesamten Rücken eines Grundschulkindes ohne äußere Veranlassung, ist in dem von persönlicher Abhängigkeit gekennzeichneten Lehrer-Schüler-Verhältnis geeignet, ein Umfeld zu schaffen, das zu Schamgefühlen und Einschüchterungen führen kann. Darauf, ob die betroffenen Schülerinnen eine ablehnende Haltung verdeutlicht haben, kommt es - zumal ihnen aufgrund ihres damaligen kindlichen Alters die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung fehlte - nicht an. Im Übrigen ist nach dem bisherigen Streitverhältnis davon auszugehen, dass jedenfalls die Schülerin O durch ihr „Wegrücken“ ihre ablehnende Haltung zum Ausdruck brachte.

(3) Unabhängig von einem sexuellen Bezug der Handlungen hat der Kläger mit den Berührungen gegen seine Pflicht verstoßen, außerhalb pädagogisch nachvollziehbarer Anlässe strikt körperliche Distanz zu Schülern zu wahren. Gemäß dem umfassenden Bildungsauftrag der Schule (§ 2 *SchulG NRW*) hat ein Lehrer gegenüber Schülern nicht nur die Pflicht zum Unterricht, sondern auch zur Achtung des Erziehungsrechts der Eltern (§ 2 *Abs. 3 Satz 1 SchulG NRW*). Deswegen bedarf er in besonderem Maße des uneingeschränkten Vertrauens sowohl seines Arbeitgebers als auch der Eltern, die ihre der Schulpflicht unterliegenden Kinder in die Obhut der Schule geben. Eltern und Öffentlichkeit müssen darauf vertrauen können, dass ein Lehrer seine minderjährigen Schüler nicht in verfängliche Situationen bringt, die es als fraglich erscheinen lassen, dass er die psychische und physische Integrität, die Intimsphäre sowie die sexuelle Selbstbestimmung der Schüler ausnahmslos in der

gebotenen Weise respektiert (*BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 865/13 - Rn. 40, BAGE 149, 355*). Bereits um den Schulbetrieb potentiell beeinträchtigende Sorgen der Eltern zu vermeiden, ist daher jedes Verhalten zu unterlassen, das den berechtigten Verdacht entsprechender Grenzüberschreitungen begründet (*vgl. OVG für das Land Nordrhein-Westfalen Disziplinarsenat 30. März 2017 - 3d A 1512/13.O - Rn. 104*). Für das Arbeitsverhältnis einer deutschem Recht unterliegenden Lehrkraft an einer ausländischen Schule in Deutschland, die der Schulpflicht unterliegende, in Deutschland lebende Kinder besuchen, kann - unabhängig von der staatlichen Anerkennung der Schule - nichts anderes gelten. Die elementare Pflicht zur ausnahmslosen Wahrung der Intimsphäre der Schüler ist auch Ausdruck der die Lehrkraft treffenden Rücksichtnahmepflicht auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers aus § 241 Abs. 2 BGB.

(4) Ob angesichts des unstreitigen Verhaltens des Klägers eine Abmahnung ausgereicht hätte, das Risiko künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden, kann nicht abschließend beurteilt werden. Dem Landesarbeitsgericht kommt bei dieser Prüfung ein tatrichterlicher Beurteilungsspielraum zu. Entsprechendes gilt für die Prüfung, ob der Beklagten jedenfalls die Einhaltung der Frist für eine ordentliche Kündigung zumutbar war oder nicht (*BAG 20. November 2014 - 2 AZR 651/13 - Rn. 24, BAGE 150, 109*). Dabei wird zum einen auf die Intensität der körperlichen Berührungen abzustellen sein. Zum anderen wird mit Blick auf das Erfordernis einer Abmahnung zu prüfen sein, ob den Umständen nach bereits ex ante erkennbar war, dass eine Verhaltensänderung des Klägers auch nach entsprechender Warnung nicht zu erwarten stand (*BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 865/13 - Rn. 47, BAGE 149, 355*). Für die Entbehrlichkeit einer Abmahnung könnte jedenfalls sprechen, dass der Kläger sein Verhalten gegenüber der Schülerin O auch dann noch fortgesetzt hat, nachdem sie die Unerwünschtheit des Streichelns über den Rücken zum Ausdruck gebracht hatte. Auch hat der Kläger gemäß den - soweit ersichtlich nicht bestrittenen - Behauptungen der beklagten Republik auf den Vorhalt, er habe die Schülerin G in übergriffiger Weise am Gesäß berührt, mit ironischen Bemerkungen reagiert. Dies kann auf einen Unwillen des Klägers hindeuten, die objektive Unerwünschtheit seines Verhaltens anzuerkennen, und - in Verbindung

39

mit dem Verhalten gegenüber der Schülerin O - ein Anhaltspunkt für seine Bereitschaft sein, ständig über das hinauszugehen, was im Verhältnis zu ihm als Lehrkraft anvertrauten Kindern sozial adäquat ist.

cc) Sollte das Landesarbeitsgericht zu der Einschätzung gelangen, wegen der unstrittigen Vorfälle sei zumindest eine (Tat-)Kündigung mit sofortiger Wirkung nicht berechtigt gewesen, wird es zu bewerten haben, ob ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB deshalb vorliegt, weil der Kläger - bezogen auf den Kündigungszeitpunkt - dringend verdächtig ist, weitergehende sexuell bestimmte Handlungen an Schülerinnen vorgenommen zu haben, insbesondere Schülerinnen - teils während sie bei ihm auf dem Schoß saßen - unterhalb der Kleidung am Bauch, am Rücken und/oder im Bereich des nackten Gesäßes oder - wie im Fall der Schülerin G behauptet - „vorn an der nackten Scheide“ gestreichelt bzw. berührt zu haben. Hinsichtlich der in diesem Zusammenhang zu treffenden Feststellungen - auch bezüglich der Dringlichkeit des Verdachts - wird sich das Landesarbeitsgericht mit der Glaubhaftigkeit der Angaben der jeweiligen Schülerinnen auseinanderzusetzen haben, wobei nach dem bisherigen Sach- und Streitstand unter Berücksichtigung entsprechender Anträge der beklagten Republik im Schriftsatz vom 24. Juni 2014 eine Verwertung der in polizeilichen und gerichtlichen Vernehmungsprotokollen sowie den im Strafurteil festgehaltenen Aussagen in Betracht kommt. Der Kläger, der sich zu seiner Entlastung selbst auf das Strafurteil berufen hat, hat eine unmittelbare Vernehmung der Schülerinnen bisher nicht beantragt. Die beklagte Republik hat insoweit lediglich einen nachrangigen Beweisantrag gestellt. Sollte das Landesarbeitsgericht im Rahmen einer eigenständigen Würdigung der urkundlich belegten Aussagen der Schülerinnen - etwa aufgrund mangelnder Kohärenz und/oder Erlebnisfundiertheit - keine hinreichende Überzeugung von der Dringlichkeit des in Rede stehenden Verdachts gewinnen können, wird es erwägen müssen, die benannten Schülerinnen selbst zu vernehmen. Ob die beklagte Republik sich zusätzlich auf das Zeugnis der Eltern der Schülerinnen G und O als mittelbare Auskunftspersonen hat berufen wollen, ist bisher nicht eindeutig. Jedenfalls ist ein konkreter Beweisantritt insoweit nicht aktenkundig, worauf die beklagte Republik ggf. hinzuweisen sein wird. Am Ergebnis der Beweiswürdi-

40

gung wird sich schließlich die vom Landesarbeitsgericht erneut vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung und Interessenabwägung zu orientieren haben.

dd) Soweit die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Verdachtskündigung davon abhängt, dass die beklagte Republik vor Ausspruch der Kündigung alles ihr zur Aufklärung des Sachverhalts Mögliche und Zumutbare getan und insbesondere den Kläger ordnungsgemäß angehört hat, ist dieser Voraussetzung nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts Genüge getan. 41

b) Die fristlose Kündigung ist nicht deshalb unwirksam, weil die Kündigungserklärungsfrist gemäß § 626 Abs. 2 BGB nicht gewahrt wäre. Die bisherige Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist insoweit rechtsfehlerfrei. Das Berufungsgericht ist von den zutreffenden rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen. Gegenüber den der Würdigung zugrunde liegenden Feststellungen sind zulässige Verfahrensrügen nicht erhoben. 42

aa) Nach § 626 Abs. 2 BGB kann die außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt in dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Dies ist der Fall, sobald der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis der einschlägigen Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung darüber ermöglicht, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen soll oder nicht. Auch grob fahrlässige Unkenntnis setzt die Frist nicht in Gang. Zu den maßgebenden Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände (*BAG 22. November 2012 - 2 AZR 732/11 - Rn. 30*). 43

bb) Steht im Raum, dass sich der Arbeitnehmer strafbar gemacht hat, darf der Arbeitgeber den Fort- und Ausgang des Ermittlungs- und Strafverfahrens abwarten und abhängig davon in dessen Verlauf zu einem nicht willkürlich gewählten Zeitpunkt kündigen. Einen solchen Einschnitt bildet regelmäßig die Erhebung der öffentlichen Klage (*BAG 22. November 2012 - 2 AZR 732/11 - Rn. 32; im Einzelnen hierzu BAG 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - Rn. 14 bis 19, BAGE 137, 54*). 44

cc) Nach diesen Maßstäben hat die beklagte Republik mit der dem Kläger am 9. Juni 2010 zugegangenen Kündigung die Zwei-Wochen-Frist eingehalten. Sie durfte den Ausgang des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens abwarten. Die entsprechende Akte wurde ihr am 26. Mai 2010 zugeleitet. Die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, hieraus habe sich ergeben, dass der Kläger durch drei Schülerinnen zusätzlich belastet worden sei, die er eigentlich zu seiner Entlastung benannt habe, ist nachvollziehbar und wird von der Revision nicht mit zulässigen Verfahrensrügen angegriffen. Der Kläger macht geltend, die beklagte Republik habe ihn bereits vor Kenntnis der Ermittlungsakte mit den Aussagen zweier Zeuginnen konfrontiert, und die „Verdachtssituation“ sei bereits vor der Bekanntgabe der Ermittlungsergebnisse hinreichend „kompakt“ gewesen. Damit setzt er aber nur - in unzureichender Weise - seine eigene Beurteilung an die Stelle derjenigen des Landesarbeitsgerichts. Unabhängig davon kommt es auf die Frage, ob durch die behördlichen Ermittlungen neue belastende Tatsachen zutage gefördert wurden, nicht an (*vgl. BAG 22. November 2012 - 2 AZR 732/11 - Rn. 32*). Die beklagte Republik durfte nach Anklageerhebung auch eine erneute Anhörung des Klägers für erforderlich erachten und hat ihm hierfür binnen kurzer Frist eine Stellungnahme bis zum 28. Mai 2010 eingeräumt. Erst mit Ablauf dieses Tages hat die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu laufen begonnen. Das gilt unabhängig vom Ergebnis der Anhörung (*BAG 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - Rn. 54*).

c) Mit der Rüge des Klägers, der Generalkonsul sei zur Erklärung der Kündigung nicht befugt gewesen, hat sich das Landesarbeitsgericht bisher nicht näher auseinandergesetzt, da es das betreffende Vorbringen nach § 67 Abs. 4 ArbGG als verspätet angesehen hat. Die sachlich-rechtliche Prüfung wird es ggf. nachzuholen haben.

d) Auf den im Revisionsverfahren vom Kläger persönlich gehaltenen Vortrag kam es nicht an. Vor dem Bundesarbeitsgericht muss sich eine Partei gemäß § 11 Abs. 4 Satz 1 ArbGG durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Darauf hat der Senat den Kläger hingewiesen. Sein Prozessbevollmächtigter hat sich die fraglichen Ausführungen nicht zu eigen gemacht und die Verantwortung hierfür übernommen. 47

Koch

Rachor

Berger

Alex

Sieg