

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 29. Juni 2017
- 2 AZR 302/16 -
ECLI:DE:BAG:2017:290617.U.2AZR302.16.0

I. Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven

Urteil vom 23. April 2015
- 5 Ca 5261/14 -

II. Landesarbeitsgericht Bremen

Urteil vom 16. Dezember 2015
- 3 Sa 60/15 -

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - sexuelle Belästigung

Leitsatz:

Die absichtliche Berührung primärer oder sekundärer Geschlechtsmerkmale eines anderen ist sexuell bestimmt iSd. § 3 Abs. 4 AGG. Es handelt sich um einen Eingriff in die körperliche Intimsphäre. Auf eine sexuelle Motivation der Berührung kommt es nicht an.

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 302/16

3 Sa 60/15

Landesarbeitsgericht

Bremen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

29. Juni 2017

URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. Juni 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Gerschermann und Koltze für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 16. Dezember 2015 - 3 Sa 60/15 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an eine andere Kammer des Landesarbeitsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, 1
hilfsweise ordentlichen Kündigung.

Die Beklagte betreibt ein Stahlwerk. Der Kläger war bei ihr seit Juni 2
1991 als Arbeiter beschäftigt. Im Betrieb der Beklagten gilt seit Februar 2005
die Betriebsvereinbarung „Respektvolle Zusammenarbeit“. Deren Nr. 5 lautet:

**„Maßnahmen bei Verstößen gegen die Grundsätze der
BV**

Arbeitgeber und Betriebsrat beraten gemeinsam über zu
treffende Maßnahmen. Auf Grundlage des Beratungser-
gebnisses ergreift der Arbeitgeber angemessene Maß-
nahmen, wie z. B.

- Belehrung
- Verwarnung
- Abmahnung
- Umsetzung
- Versetzung
- Kündigung.

Im Übrigen gelten die einschlägigen gesetzlichen Bestim-
mungen.“

Am 22. Oktober 2014 war der Kläger zusammen mit zwei im Betrieb der 3
Beklagten eingesetzten Leiharbeitnehmern bei der Verpackung und Etikettie-

rung von Bandstahlrollen tätig. Einer der Fremdfirmenmitarbeiter meldete zwei Tage später seinem Vorarbeiter, der Kläger habe ihn von hinten schmerzhaft in den Genitalbereich gegriffen und anschließend darüber Bemerkungen gemacht.

Die Beklagte hörte die Fremdfirmenmitarbeiter und den Kläger zu dem Vorwurf an. Der Kläger bestritt ein Fehlverhalten. Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 7. November 2014 fristlos und mit Schreiben vom 12. November 2014 vorsorglich ordentlich zum 30. Juni 2015. Dem Betriebsrat hatte sie ua. mitgeteilt, dass eine vorsorgliche Untersuchung des Fremdfirmenmitarbeiters im Krankenhaus stattgefunden habe.

Gegen beide Kündigungen hat sich der Kläger mit der vorliegenden Klage gewandt. Er habe den Mitarbeiter der Fremdfirma lediglich unabsichtlich am Hinterteil berührt. Im Übrigen rechtfertige selbst das ihm vorgeworfene Verhalten keine Kündigung. Auch einen Arbeitnehmer, der im Jahre 2000 einem Kollegen schmerzhaft in den Genitalbereich gegriffen habe, habe die Beklagte nicht gekündigt. Die Anhörung des Betriebsrats sei unvollständig, da diesem nicht das Ergebnis der Untersuchung im Krankenhaus mitgeteilt worden sei.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 7. November 2014 nicht aufgelöst worden ist;
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 12. November 2014 nicht aufgelöst worden ist;
3. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Arbeiter weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Der Kläger habe den Fremdfirmenmitarbeiter sowohl körperlich als auch verbal sexuell belästigt. Es handele sich um ein schweres Fehlverhalten, welches die außerordentliche, jedenfalls aber die ordentliche Kündigung rechtfertige. Der Kläger habe sein

Verhalten gegenüber dem Werkschutz auch zunächst eingeräumt, aber zu ver-harmlosen versucht.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 8
hat ihr stattgegeben. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision begehrt die
Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsur- 9
teils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 562
Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO). Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer
rechtsfehlerhaften Anwendung von § 626 Abs. 1 BGB. Ob die fristlose Kündi-
gung der Beklagten vom 7. November 2014 das Arbeitsverhältnis der Parteien
aufgelöst hat, steht noch nicht fest.

I. Mit der bisherigen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht nicht 10
annehmen, es fehle für die fristlose Kündigung an einem wichtigen Grund iSd.
§ 626 Abs. 1 BGB.

1. Nach dieser Bestimmung kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem 11
Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsa-
chen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller
Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertrags-
teile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündi-
gungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob der
Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“ und damit typischer-
weise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung,
ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berück-
sichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interes-
sen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zu-

mutbar ist oder nicht (*BAG 17. März 2016 - 2 AZR 110/15 - Rn. 17; 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - Rn. 21*).

2. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, das seines Erachtens erwiesene Verhalten des Klägers sei „an sich“ geeignet, einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. 12

a) Nach den nicht angegriffenen und damit für den Senat gem. § 559 Abs. 2 ZPO bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger dem Mitarbeiter der Fremdfirma am 22. Oktober 2014 schmerzhaft in die Hoden gegriffen und anschließend sinngemäß geäußert, dieser habe „dicke Eier“. Das Landesarbeitsgericht hat sich insofern der Beweiswürdigung des Arbeitsgerichts angeschlossen. Bei der Angabe in den Entscheidungsgründen, die Bemerkung habe sich auf den „Kläger“ selbst bezogen, handelt es sich offensichtlich um einen Übertragungsfehler. 13

b) Mit seinem Verhalten hat der Kläger während der Arbeit eine Tätlichkeit zulasten eines im Betrieb der Beklagten eingesetzten Leiharbeitnehmers begangen. Dies stellt einen erheblichen Verstoß gegen die ihm gegenüber der Beklagten obliegende Pflicht zur Rücksichtnahme auf deren Interessen gem. § 241 Abs. 2 BGB dar und ist „an sich“ geeignet, einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB zur fristlosen Kündigung zu bilden (*vgl. BAG 18. September 2008 - 2 AZR 1039/06 - Rn. 20*). Die Beklagte hat ein eigenes schutzwürdiges Interesse daran, dass die Zusammenarbeit auch mit in ihrem Betrieb eingesetzten Fremdarbeitnehmern nicht durch tätliche Übergriffe beeinträchtigt wird. 14

c) Das Verhalten des Klägers erfüllt ferner in zweifacher Hinsicht den Tatbestand einer sexuellen Belästigung iSv. § 3 Abs. 4 AGG. Auch dabei handelt es sich gem. § 7 Abs. 3 AGG um eine Verletzung vertraglicher Pflichten, die „an sich“ als wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB geeignet ist (*BAG 20. November 2014 - 2 AZR 651/13 - Rn. 15, BAGE 150, 109; 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 16*). Die Beklagte ist nach § 12 Abs. 3 AGG verpflichtet, auch die in ihrem Betrieb eingesetzten Leiharbeitnehmer vor sexuellen Belästigungen zu schützen. 15

- aa) Eine sexuelle Belästigung iSv. § 3 Abs. 4 AGG liegt vor, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch sexuell bestimmte körperliche Berührungen und Bemerkungen sexuellen Inhalts gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird. 16
- (1) 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. 17, BAGE 150, 109; 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 18*). 17
- (2) Schutzgut der § 7 Abs. 3, § 3 Abs. 4 AGG ist die sexuelle Selbstbestimmung als Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung wird als das Recht verstanden, selbst darüber zu entscheiden, unter den gegebenen Umständen von einem anderen in ein sexualbezogenes Geschehen involviert zu werden (*Köhler/Koops BB 2015, 2807, 2808*). Das schließt es ein, selbst über einen Eingriff in die Intimsphäre durch körperlichen Kontakt zu bestimmen. Die absichtliche Berührung primärer oder sekundärer Geschlechtsmerkmale eines anderen ist demnach bereits deshalb sexuell bestimmt iSd. § 3 Abs. 4 AGG, weil es sich um einen auf die körperliche Intimsphäre gerichteten Übergriff handelt (*vgl. BAG 2. März 2017 - 2 AZR 698/15 - Rn. 36; 20. November 2014 - 2 AZR 651/13 - Rn. 18, BAGE 150, 109*). Bei anderen Handlungen, die nicht unmittelbar das Geschlechtliche im Menschen zum Gegenstand haben, wie bspw. Umarmungen, kann sich eine Sexualbezogenheit aufgrund einer mit ihnen verfolgten sexuellen Absicht ergeben (*BAG 2. März 2017 - 2 AZR 698/15 - Rn. 36*). 18
- (3) Ob eine Handlung sexuell bestimmt iSd. § 3 Abs. 4 AGG ist, hängt damit nicht allein vom subjektiv erstrebten Ziel des Handelnden ab (*Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 3. Aufl. § 3 Rn. 151; Bauer/Krieger AGG 4. Aufl. § 3 Rn. 54; Schaub/Linck ArbR-HdB 16. Aufl. § 36 Rn. 40*). Erforderlich ist auch nicht notwendig eine sexuelle Motivation des Täters. Eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist vielmehr häufig Ausdruck von Hierarchien und 19

Machtausübung und weniger von sexuell bestimmter Lust (*Köhler/Koops BB 2015, 2807, 2809*).

(4) 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 keine Rolle. Ebenso kommt es auf vorsätzliches Verhalten nicht an (*BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 19; Däubler/Bertzbach/Schrader/Schubert AGG 2. Aufl. § 3 Rn. 76; Oetker in Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht 3. Aufl. § 14 Rn. 63; Schaub/Linck ArbR-HdB 16. Aufl. § 36 Rn. 40; Roloff in Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht § 3 AGG Rn. 30*). 20

(5) Das Tatbestandsmerkmal der Unerwünschtheit erfordert - anders als noch § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BSchG - nicht, dass der Betroffene seine ablehnende Einstellung zu den fraglichen Verhaltensweisen aktiv verdeutlicht hat. Maßgeblich ist allein, ob die Unerwünschtheit der Verhaltensweise objektiv erkennbar war (*BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 19*). 21

bb) Der - nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zielgerichtete - Griff des Klägers in die Genitalien des Mitarbeiters der Fremdfirma ist eine sexuell bestimmte körperliche Berührung iSd. § 3 Abs. 4 AGG. Es handelt sich um einen auf die primären Geschlechtsmerkmale und somit die körperliche Intimsphäre des Mitarbeiters gerichteten körperlichen Übergriff, durch den die sexuelle Selbstbestimmung des Betroffenen negiert und damit seine Würde erheblich verletzt wird. 22

cc) Die anschließende Äußerung des Klägers, der Mitarbeiter habe „dicke Eier“, ist in diesem Zusammenhang eine entwürdigende Bemerkung sexuellen Inhalts iSd. § 3 Abs. 4 AGG. Selbst wenn eine solche Erklärung in einem anderen Kontext als Anerkennung von Entschlossenheit oder Mut des Betroffenen zu verstehen sein mag, ist hierfür im vorliegenden Zusammenhang kein Raum. Die durch den vorausgegangenen körperlichen Übergriff bewirkte Demütigung 23

des Fremdfirmenmitarbeiters wurde durch die entsprechende Äußerung des Klägers vielmehr noch verstärkt, indem die vorherige körperliche Belästigung sprachlich manifestiert und der Betroffene dadurch erneut zum Objekt der vermeintlichen Dominanz des Klägers gemacht wurde.

dd) Sowohl die körperliche als auch die verbale sexuelle Belästigung des Mitarbeiters der Fremdfirma waren im Streitfall objektiv erkennbar unerwünscht iSd. § 3 Abs. 4 AGG. Für die körperliche Berührung ergibt sich dies bereits aus der erheblichen Verletzung der Intimsphäre des Betroffenen sowie der Empfindlichkeit der betroffenen Körperregion, für die verbale Belästigung aus ihrem unmittelbaren Zusammenhang mit dem unmittelbar vorangegangenen körperlichen Eingriff. 24

3. Das Landesarbeitsgericht durfte mit der bisherigen Begründung nicht annehmen, die fristlose Kündigung erweise sich aufgrund der gem. § 626 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Interessenabwägung als unverhältnismäßig. 25

a) Bei der Prüfung im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB, 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 (*BAG 20. Oktober 2016 - 6 AZR 471/15 - Rn. 30; 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 46, BAGE 153, 111*). 26

aa) Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ende der Frist für eine ordentliche Kündigung zumutbar war oder nicht, nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber 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. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemess-

senen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Sie scheidet aus, wenn es ein „schonenderes“ Gestaltungsmittel - etwa Abmahnung, Versetzung, ordentliche Kündigung - gibt, das ebenfalls geeignet ist, den mit einer außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck - nicht die Sanktion des pflichtwidrigen Verhaltens, sondern die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses - zu erreichen (*BAG 20. Oktober 2016 - 6 AZR 471/15 - Rn. 30; 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 46, BAGE 153, 111*).

bb) Beruht die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Einer solchen bedarf es nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (*BAG 20. November 2014 - 2 AZR 651/13 - Rn. 22, BAGE 150, 109; 23. Oktober 2014 - 2 AZR 865/13 - Rn. 47, BAGE 149, 355; 25. Oktober 2012 - 2 AZR 495/11 - Rn. 16*).

28

cc) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird zudem durch § 12 Abs. 3 AGG konkretisiert. Danach hat der Arbeitgeber bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG, zu denen auch sexuelle Belästigungen iSv. § 3 Abs. 4 AGG gehören, die geeigneten, erforderlichen und angemessenen arbeitsrechtlichen Maßnahmen - wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung - zu ergreifen. Welche Maßnahmen er als verhältnismäßig ansehen darf, hängt von den konkreten Umständen, ua. von ihrem Umfang und ihrer Intensität ab (*BAG 20. November 2014 - 2 AZR 651/13 - Rn. 15, BAGE 150, 109; 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 16*). § 12 Abs. 3 AGG schränkt das Auswahl-

29

ermessen allerdings insoweit ein, als der Arbeitgeber die Benachteiligung zu „unterbinden“ hat. Geeignet im Sinne der Verhältnismäßigkeit sind daher nur solche Maßnahmen, von denen der Arbeitgeber annehmen darf, dass sie die Benachteiligung für die Zukunft abstellen, dh. eine Wiederholung ausschließen (*BAG 20. November 2014 - 2 AZR 651/13 - Rn. 23, aaO; 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 28*).

dd) Dem Berufungsgericht kommt bei der Prüfung und Interessenabwägung ein Beurteilungsspielraum zu. Seine Würdigung wird in der Revisionsinstanz lediglich daraufhin überprüft, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnormen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob es alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände widerspruchsfrei berücksichtigt hat (*BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 47, BAGE 153, 111; 20. November 2014 - 2 AZR 651/13 - Rn. 24, BAGE 150, 109*).

b) Die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts hält selbst diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab nicht stand. Das Berufungsgericht hat sowohl unter dem Gesichtspunkt einer für die Zukunft zu erwartenden Verhaltensänderung des Klägers als auch mit Blick auf die Schwere von dessen Fehlverhalten eine Abmahnung für ausreichend gehalten. Dabei hat es ua. „maßgeblich“ zugunsten des Klägers berücksichtigt, dieser habe subjektiv nicht in dem Bewusstsein gehandelt, eine sexuelle Belästigung zu begehen. Diese Würdigung wird von seinen Feststellungen nicht getragen.

aa) Das Landesarbeitsgericht hat auf ein mangelndes Bewusstsein des Klägers, eine sexuelle Belästigung zu begehen, zum einen daraus geschlossen, dass dieser nicht aus sexuellen Motiven gehandelt habe. Ein erkennbar unerwünschter körperlicher Eingriff in den Intimbereich eines anderen stellt jedoch unabhängig davon, ob er mit eigener sexueller Motivation erfolgt, eine sexuelle Belästigung iSd. § 3 Abs. 4 AGG dar. Das Fehlen eigener sexueller Motive lässt deshalb in einer solchen Fallgestaltung für sich genommen nicht den Schluss zu, dem Handelnden fehle das Bewusstsein, eine sexuelle Belästigung zu begehen. Zudem hat der Kläger in den Vorinstanzen zu den Motiven für seine Tat

keinen Vortrag gehalten. Er hat vielmehr bestritten, überhaupt in der fraglichen Weise übergreifig geworden zu sein.

bb) Zum anderen hat das Landesarbeitsgericht - obwohl es auch hierzu an jeglichem Vortrag des Klägers fehlt - angenommen, dieser habe nicht mit direktem Vorsatz gehandelt, weil es sich um ein situatives und unreflektiertes Verhalten gehandelt habe. Dafür sprächen - neben dem Fehlen einer sexuellen Motivation - auch die nachfolgenden Äußerungen des Klägers. Jedoch lässt sich auch aus diesen für sich genommen nicht schlussfolgern, es sei dem Kläger nicht um eine Herabwürdigung des betroffenen Mitarbeiters gegangen. Das Gegenteil ist der Fall. Die Bemerkung „Du hast aber dicke Eier“ stellt im Zusammenhang mit dem vorausgegangenen körperlichen Übergriff eine neuerliche Demütigung dar, indem durch sie der Umstand, dass der Betroffene zum Ziel einer körperlichen sexuellen Belästigung gemacht wurde, bekräftigt und für alle Personen in Hörweite publik gemacht wird. Welche Äußerung des Klägers konkret das Landesarbeitsgericht sinngemäß als „Angebot“ gewertet hat, auch bei anderen Kollegen zur Tat zu schreiten, ist nicht festgestellt. Selbst wenn eine weitere Bemerkung des Klägers in dieser Weise zu verstehen gewesen sein sollte - und nicht als Frage, ob noch jemand den Übergriff des Klägers wiederholen wolle - ließe sie entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ebenfalls nicht auf mangelnden Vorsatz bezüglich einer Herabwürdigung des Fremdfirmenmitarbeiters schließen.

II. Der Senat kann die im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB erforderliche Interessenabwägung nicht selbst abschließend vornehmen. Dafür bedarf es weiterer Feststellungen und einer darauf bezogenen tatrichterlichen Würdigung.

1. Es ist nach den bisherigen Feststellungen nicht ausgeschlossen, dass eine Verhaltensänderung des Klägers in Zukunft auch nach einer Abmahnung nicht zu erwarten stand. Zwar ist der Kläger nicht schon zuvor für vergleichbares Fehlverhalten erfolglos abgemahnt worden. Es bedarf aber der tatrichterlichen Würdigung, inwiefern der Umstand, dass er das ihm vorgeworfene Verhalten bei seiner Anhörung vor der Kündigung bestritt, auf eine Uneinsichtigkeit schließen ließ, die der Annahme entgegenstand, sein künftiges Verhalten kön-

ne schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden. Ferner obliegt es der tatrichterlichen Bewertung, ob von einer solchen Uneinsichtigkeit jedenfalls dann auszugehen wäre, wenn sich der Kläger gegenüber dem Werkschutz in der von der Beklagten behaupteten Weise wechselnd zu dem ihm vorgeworfenen Verhalten eingelassen hätte.

2. Es steht ebenfalls noch nicht fest, ob eine so schwere Pflichtverletzung vorliegt, dass - unabhängig von einer durch eine Abmahnung ggf. auszuschließenden Wiederholungsgefahr - selbst deren erstmalige Hinnahme der Beklagten nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Kläger erkennbar - ausgeschlossen war. 36

a) Für einen in diesem Sinne schweren Pflichtverstoß spricht, dass der Kläger erheblich, in durch nichts zu rechtfertigender und zudem schmerzhafter Weise die Intimsphäre des betroffenen Mitarbeiters verletzt und hierüber noch Bemerkungen gemacht hat. 37

b) Um ein das Gewicht der Pflichtverletzung zusätzlich erschwerendes Moment handelte es sich, wenn der betroffene Leiharbeitnehmer dem Angriff des Klägers aufgrund der Körperhaltung, in der er sich in Verrichtung seiner Tätigkeit befand, wehrlos ausgeliefert war, wie die Beklagte behauptet hat. Er wäre dann dem Übergriff umso schutzloser ausgesetzt gewesen, was die Demütigung, zum Objekt einer solchen Behandlung gemacht zu werden, noch verstärkt hätte. 38

c) Dem steht zugunsten des Klägers eine Betriebszugehörigkeit von mehr als 23 Jahren gegenüber, die es ausnahmsweise als zumutbar erscheinen lassen könnte, ihn trotz seines schweren Fehlverhaltens zumindest noch für den Lauf der ordentlichen Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. Es ist allerdings offen, ob dem Kläger eine in der Vergangenheit durchgehend störungsfreie Beschäftigung zugutegehalten werden kann. Zwar ist er nie abgemahnt worden. Die Beklagte hat sich aber darauf berufen, der Kläger habe sich schon mehrmals in der Vergangenheit unangemessen gegenüber anderen Mitarbeitern 39

verhalten. Im Jahr 2008 habe er einen Mitarbeiter beschimpft und bedroht mit den Worten „Du Dicker (Idiot, Schwein oder ähnliches)“, „Hast Du ein Problem mit mir - ich kann Dir auch noch den anderen Arm lähmen“. Im Jahr 2010 habe er einen Kollegen grundlos als „Rassist“ beschimpft und bedroht. Einen anderen Kollegen habe er mit einem Signodeband an eine Bandstahlrolle gefesselt. Auf die Frage, was das solle, habe der Kläger geantwortet: „Sag mir Uhrzeit und Treffpunkt. Dann regeln wir es unter Männern“. Allein der Umstand, dass diese Vorfälle nicht abgemahnt wurden, steht ihrer Berücksichtigung als vom Kläger verursachte Störungen nicht entgegen.

d) Zugunsten des Klägers fiele nicht ins Gewicht, wenn die Beklagte, wie der Kläger behauptet hat, bei einem möglicherweise zumindest dem äußeren Erscheinungsbild nach ähnlichen Vorfall im Jahre 2000 keine Kündigung ausgesprochen hätte. Dadurch wäre keine „Selbstbindung“ eingetreten. Im Verhältnis von Arbeitnehmern untereinander scheidet mit Blick auf Kündigungen wegen Pflichtverletzungen eine Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes weitgehend aus (*BAG 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - Rn. 76; 8. Dezember 1994 - 2 AZR 470/93 - zu B II 5 g der Gründe*). Eine mittelbare Auswirkung auf die Interessenabwägung kann der Gleichbehandlungsgrundsatz nur bei gleicher Ausgangslage haben (*BAG 22. Februar 1979 - 2 AZR 115/78 - zu 2 a der Gründe*). Eine solche hat indes auch der Kläger - etwa in Bezug auf das Verhalten nach der Pflichtverletzung - nicht behauptet. Außerdem wurde bei der Beklagten mit Wirkung ab Februar 2005 die Betriebsvereinbarung „Respektvolle Zusammenarbeit“ abgeschlossen, nach der sie sich ua. verpflichtete, sexuelle Belästigung und Mobbing zu unterbinden. Nach deren Nr. 2.2 sind unter Mobbing auch Drohungen und Erniedrigungen sowie Beschimpfungen und verletzende Behandlungen zu verstehen. 40

e) Die Zumutbarkeit einer Abmahnung im Streitfall folgt entgegen der Auffassung des Klägers nicht aus Nr. 5 der Betriebsvereinbarung „Respektvolle Zusammenarbeit“. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung sind die dort genannten angemessenen Maßnahmen lediglich Beispielsfälle von Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers bei Verstößen gegen die Grundsätze der 41

Vereinbarung. Sie stellen keine Rangfolge dar, nach der die auf der nächsten Stufe benannte Maßnahme erst infrage käme, wenn die erste wahrgenommen und erfolglos geblieben ist.

III. Die angefochtene Entscheidung erweist sich nicht aus einem anderen Grund im Ergebnis als richtig. 42

1. Es kann nach den bisherigen Feststellungen weder davon ausgegangen werden, dass die Beklagte die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB versäumt, noch dass sie den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß nach § 102 Abs. 1 BetrVG angehört hätte. Soweit sich der Kläger darauf beruft, die Beklagte habe dem Betriebsrat das Ergebnis der Untersuchung des betroffenen Mitarbeiters im Krankenhaus mitteilen müssen, ist schon nicht ersichtlich, dass die Beklagte dieses gekannt hätte. Auch der Kläger behauptet das nicht. Es ist auch weder dem Anhörungsschreiben der Beklagten an den Betriebsrat noch ihrem Vorbringen im Übrigen zu entnehmen, dass sie ihren Kündigungsentchluss - zumindest mit - hierauf gestützt hätte. Ebenso wenig ist festgestellt, dass es sich bei dem Ergebnis der Untersuchung um einen den Kläger entlastenden Umstand gehandelt hätte. 43

2. Die Kündigung vom 7. November 2014 ist nicht gem. Nr. 5 Satz 1 und Satz 2 der Betriebsvereinbarung „Respektvolle Zusammenarbeit“ wegen einer unterbliebenen Beratung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über die zu treffende Maßnahme unwirksam. Zum einen hat der Kläger einen solchen Unwirksamkeitsgrund in den Vorinstanzen zu keinem Zeitpunkt gerügt, obwohl das Arbeitsgericht ausweislich Nr. 7 des in der Güteverhandlung vom 27. November 2014 verkündeten Beschlusses einen Hinweis nach § 6 Satz 2 KSchG erteilt hatte. Zum anderen sieht die Betriebsvereinbarung nicht vor, dass eine Verletzung der Beratungspflicht nach Nr. 5 die Unwirksamkeit einer Kündigung zur Folge haben soll. Eine solche Rechtsfolge müsste hinreichend deutlich geregelt sein (*vgl. BAG 6. Februar 1997 - 2 AZR 168/96 - zu II 1 b der Gründe*). 44

IV. Von der Aufhebung und Zurückverweisung umfasst sind die Entscheidungen des Landesarbeitsgerichts über den Kündigungsschutzantrag betref- 45

fend die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 12. November 2014 zum 30. Juni 2015 und über den Weiterbeschäftigungsantrag.

1. Der auf die ordentliche Kündigung bezogene Kündigungsschutzantrag fällt nur zur Entscheidung an, wenn das Arbeitsverhältnis nicht bereits durch die außerordentliche Kündigung aufgelöst ist. Er ist dahin zu verstehen, dass er auflösend bedingt für den Fall gestellt ist, dass der Kündigungsschutzantrag gegen die außerordentliche Kündigung ohne Erfolg bleibt. Nur dies entspricht dem wohlverstandenen (Kosten-)Interesse des Klägers, da die Beklagte die ordentliche Kündigung nur „höchst vorsorglich und ohne Präjudiz für die Wirksamkeit“ der bereits ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung und damit auflösend bedingt für den Fall erklärt hat, dass das Arbeitsverhältnis bereits durch die außerordentliche Kündigung beendet ist (*vgl. BAG 21. November 2013 - 2 AZR 474/12 - Rn. 18 ff., BAGE 146, 333*). 46
2. Über den Weiterbeschäftigungsantrag als weiterem unechten Hilfsantrag ist nur für den Fall des Obsiegens des Klägers mit beiden Kündigungsschutzanträgen zu entscheiden. 47
- V. Der Senat hat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht. 48

Koch

Niemann

Rachor

Koltze

Gerschermann