Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 203/20
1 Ca 2458/19 ArbG Lübeck
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht … und die ehrenamtlichen Richter … und … auf die mündliche Verhandlung vom 24.03.2021

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 11.06.2020, 1 Ca 2458/19, wird auf ihre Kosten zurückgewiesen mit der Maßgabe, dass der Kläger als Logistikmitarbeiter in der Gruppe Planung, Beschaffung und Logistik weiter zu beschäftigen ist.

Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Die Revision wird nicht zugelassen.

-.-

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

-.-

Tatbestand

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

Der 1965 geborene Kläger verfügt über einen Hauptschulabschluss. Eine Lehre als Kfz-Mechaniker hat er abgebrochen. Er ist seit Juli 1990 bei der Beklagten, einem Pharmaunternehmen mit etwa 315 Arbeitnehmern, beschäftigt. Als Logistikmitarbeiter in der Gruppe Planung, Beschaffung, Logistik verdiente er zuletzt durchschnittlich 3.578,00 EUR brutto im Monat.

Ende November 2006 händigte die Beklagte dem Kläger eine Mitarbeiterinformation über die Rechte und Pflichten aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz aus. Auf die Anlage BK 2 wird Bezug genommen.

Am 09.11.2019 wandte sich die Mitarbeiterin Frau R. an die in der Personalabteilung tätige Frau M. und berichtete von einem wenige Tage zurückliegenden Vorfall mit dem Kläger. Am 11.11.2019 sprachen Frau Mi. und der Personalleiter Herr D. mit Frau R. und später mit Frau M., die als Mitarbeiterin der Fa. A. St. GmbH bei der Beklagten am Empfang arbeitet.

Am selben Tag sowie zwei Tage später nochmals hörte die Beklagte den Kläger zu verschiedenen Vorfällen betreffend die Mitarbeiterinnen R., M., G. und R. an. Der Kläger bestritt in diesen Gesprächen, Frau R. auf die Hand geschlagen zu haben. Er erklärte, sie in der Vergangenheit allenfalls ein oder zweimal am Arm angefasst zu haben. Frau M. habe er beim Tragen der schweren Pakete helfen wollen und sie dabei möglicherweise am Arm berührt. Hierfür habe er sich sofort entschuldigt. Frau R. habe er nicht angefasst und sei auch nicht vor ihr auf die Knie gefallen. An einen Vorfall mit Frau G. könne er sich nicht erinnern.

Mit Schreiben vom 14.11.2019 (Anlage B1) hörte die Beklagte den bei ihr gebildeten Betriebsrat zur beabsichtigten außerordentlichen fristlosen, hilfsweise ordentlichen fristgemäßen Kündigung des Klägers an. Mit Schreiben vom 18.11.2019 nahm der Betriebsrat zur außerordentlichen Kündigung Stellung und gab zu bedenken, dass der Kläger nach den Recherchen des Betriebsrats während seiner gesamten Beschäftigungsdauer Verhaltensweisen gezeigt habe, wie sie ihm nunmehr im Rahmen der Anhörung zur Kündigung vorgeworfen werden. Er habe sich gegenüber Kolleginnen und Kollegen stets etwas distanzlos verhalten. Nach Kenntnis des Betriebsrats hätten jedoch Vorgesetzte oder die Personalabteilung keine Maßnahmen zur Änderung des Verhaltens ergriffen, obwohl diese Vorfälle teilweise den Vorgesetzten mitgeteilt worden seien.

Die Beklagte hat mit Schreiben vom 19.11.2019, das dem Kläger am selben Tag zuging, das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos sowie hilfsweise ordentlich fristgemäß gekündigt (Anlage K 1).

Mit seiner am 29.11.2019 beim Arbeitsgericht eingegangenen Kündigungsschutzklage wendet sich der Kläger gegen diese Kündigungen. Die fristlose Kündigung sei unwirksam. Es fehle ein wichtiger Grund. Die hilfsweise ordentliche Kündigung sei nicht sozial gerechtfertigt.

Der Kläger hat bestritten, Frau R. auf die Hand geschlagen zu haben. Allenfalls habe er sie versehentlich berührt, als er sie auf die ordnungsgemäße Benutzung einer Tür

hingewiesen habe. Denkbar sei, dass er Frau R. bei gemeinsamen Buchungstätigkeiten aus Dankbarkeit freundschaftlich an der Schulter bzw. am Oberarm berührt habe. Er habe sich ihr jedoch nicht von hinten genähert oder über die Wange gestreichelt. Bei dem Vorfall mit Frau M. habe er versucht, ihr ein schweres Paket aus der Hand zu nehmen. Möglicherweise habe er dabei ihre Hände berührt. Er habe sich Frau M. jedoch nicht von hinten genähert, sie an den Hüften berührt oder in eine Ecke gedrängt. Frau G. habe er weder seinen Arm um die Schulter gelegt, noch sich ihr gegenüber anzüglich geäußert. Frau R. habe er weder über die Wange gestreichelt und etwas Tröstendes zu ihr gesagt, noch sei er vor ihr auf die Knie gefallen.

Zur Wahrung der Kündigungserklärungsfrist sowie zur ordnungsgemäßen Beteiligung des Betriebsrats könne er sich nur mit Nichtwissen erklären.

Der Kläger hat zuletzt beantragt:

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung vom 19.11.2019 beendet worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die Kündigungsschutzklage zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Mitarbeiter im Bereich Lager, Versand und Warenannahme weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, der Kläger habe am 05.11.2019 Frau R. aufgefordert, ihre Hand auszustrecken und habe ihr dann einen leichten, aber schmerzhaften Schlag auf die Hand versetzt. Anlass sei ein nicht sachgemäßer Umgang Frau R. mit dem magnetischen Verschluss einer Tür im Ladebereich gewesen. Bereits in der Vergangenheit habe sich der Kläger Frau R. mehrfach von hinten genähert und sie an der Schulter oder am Arm angefasst. Auch über die Wange habe er ihr gestreichelt. Als Frau R. ihm gesagt habe, er solle das lassen, habe der Kläger gelacht und sei weggegangen.

Im Frühjahr 2019 habe sich der Kläger Frau M. von hinten genähert, als diese im Lagerbereich zwei schwere Postkästen auf ihren Armen getragen habe. Der Kläger habe sie an den Hüften angefasst und in eine Ecke des Raumes gedrängt. Mehrmalige Hinweise von Frau M., sie wolle dies nicht, habe der Kläger zunächst ignoriert. Nachdem Frau M. den Kläger im Nachgang auf die Situation angesprochen und erneut deutlich gemacht habe, dass sie ein solches Verhalten nicht dulde, sei es zu keinen weiteren Vorfällen zwischen dem Kläger und Frau M. gekommen.

An einem Tag im Herbst 2018 habe der Kläger seinen Arm um die Mitarbeiterin Frau G. gelegt und gesagt, dass sie „ja ganz gut in der Hand liegt“. Nachdem Frau G. entgegnet habe, dass er das lassen solle, sei es mit Frau G. zu keinem weiteren Vorfall gekommen.

Mitte 2018 habe der Kläger der Mitarbeiterin Frau R. über die Wange gestreichelt und etwas Tröstendes zu ihr gesagt. Bei anderer Gelegenheit sei der Kläger vor Frau R. auf die Knie gegangen, so dass der Eindruck entstanden sei, er wolle ihr einen Heiratsantrag machen.

Die Beklagte hat gemeint, der Schlag auf Frau R. Hand sei eine Tätlichkeit. Indem der Kläger die Mitarbeiterinnen angefasst habe, habe er diese körperlich sexuell belästigt. Frau G. habe der Kläger durch seine Äußerung zudem verbal sexuell belästigt.

Einer Abmahnung habe es weder zur Objektivierung der für die Kündigung erforderlichen negativen Prognose, noch als milderes Mittel vor Ausspruch einer Beendigungskündigung bedurft. Der Kläger sei nicht bereit, sein Verhalten künftig zu ändern. Hierfür spreche, dass er in den beiden Anhörungen die Vorfälle nicht eingeräumt, sondern geleugnet und verharmlost habe. Dadurch habe er die Beklagte getäuscht und ihr Vertrauen in ihn nachhaltig zerstört.

Auch der Umfang des Fehlverhaltens in der Vergangenheit mache die Abmahnung entbehrlich. Die Tätlichkeit gegenüber Frau R. müsse schon aufgrund der Schwere

des Vorfalls nicht abgemahnt werden. Der Kläger habe hier mit einer sofortigen Kündigung rechnen müssen. Zudem stehe zu befürchten, dass eine Abmahnung als einzige Reaktion ein negatives Bild der Beklagten in der Öffentlichkeit erzeuge.

Im Rahmen der umfassenden Interessenabwägung überwiege das Beendigungsinteresse der Beklagten das Interesse des Klägers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Hierbei sei insbesondere zu berücksichtigen, dass es sich nicht um ein einmaliges Fehlverhalten des Klägers gehandelt habe, sondern um eine Vielzahl voneinander unabhängiger Fälle sexueller Belästigung gegenüber verschiedenen Mitarbeiterinnen. Zudem hätten sich die körperlichen Übergriffe von Berührungen an Schulter und Armen bis hin zum Anfassen an der Hüfte und dem Schlag auf die Hand von Frau R. gesteigert. Auch nachdem mehrere Mitarbeiterinnen gegenüber dem Kläger geäußert hätten, dass sie ein solches Verhalten nicht wünschten, habe er gegenüber anderen Mitarbeiterinnen sein Verhalten nicht geändert. Der Kläger habe damit in der Vergangenheit ein beharrliches Fehlverhalten ohne jegliche Einsicht oder Unrechtsbewusstsein gezeigt. Da weitere Vorfälle nicht ausgeschlossen seien, die Beklagte zum Schutz ihrer Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen vor Übergriffen gesetzlich verpflichtet sei, sei eine Weiterbeschäftigung des Klägers nicht möglich. Würde sie, die Beklagte, den Kläger nicht fristlos entlassen, könne in der Belegschaft der Eindruck entstehen, jeder männliche Mitarbeiter dürfe beliebig oft Mitarbeiterinnen anfassen oder bedrängen, ohne spürbare arbeitsrechtliche Konsequenzen befürchten zu müssen. Die Beklagte müsse den geänderten gesellschaftlichen Konventionen und den strengen gesetzlichen Vorgaben hinsichtlich sexueller Belästigungen Rechnung tragen. Die gesetzliche Bewertung von Pflichtverstößen der vorliegenden Art habe sich in den letzten 10 bis 20 Jahren grundlegend verändert.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Arbeitsverhältnis der Parteien sei durch die streitgegenständliche Kündigung weder außerordentlich fristlos, noch hilfsweise ordentlich fristgemäß beendet worden. Zwar wäre das dem Kläger vorgeworfene Verhalten als sexuelle Belästigung „an sich“ als Grund für eine außerordentliche fristlose Kündigung geeignet. Mangels vorheriger einschlägiger Abmahnung fehle es aber einerseits an einer negativen Zukunftsprognose, andererseits wahre die streitgegenständliche Kündigung den Ultima-Ratio-Grundsatz nicht. Es könne nicht mit

der erforderlichen Sicherheit ausgeschlossen werden, dass der Kläger sein Verhalten nach einer Abmahnung ändern würde. Die dem Kläger vorgeworfenen Pflichtverletzungen seien auch nicht so schwerwiegend, dass deren erstmalige Hinnahme der Beklagten nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich auch für den Kläger erkennbar ausgeschlossen gewesen sei. Entsprechende Verhaltensweisen hätten noch vor einigen Jahren nicht zwingend zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen geführt. Die gesetzliche Bewertung habe sich erst in den letzten 10 bis 20 Jahren grundlegend verändert. Daher sei mit der Annahme, die Hinnahme von Pflichtverstößen der dem Kläger vorgeworfenen Art sei offensichtlich auch für ihn erkennbar ausgeschlossen gewesen, Zurückhaltung geboten. Der Kläger habe einen wesentlichen Teil seines Berufslebens in einer Zeit verbracht, in der sexuelle Belästigungen in der ihm vorgeworfenen Intensität eventuell stillschweigend toleriert worden seien. Für den Kläger stelle es angesichts seines Alters und Bildungshintergrunds eine Herausforderung dar, die geänderten gesellschaftlichen und gesetzlichen Wertvorstellungen wahrzunehmen. Wie § 12 Abs. 2 AGG zeige, müssten sich ändernde gesetzliche Bewertungen bestimmter Verhaltensweisen den Normunterworfenen vermittelt werden. Die Beklagte habe nicht vorgetragen, dass sie diesem gesetzlichen Schulungsauftrag im Hinblick auf die gesetzliche Bewertung sexueller Belästigungen und der hieraus folgenden arbeitsrechtlichen Konsequenzen gegenüber ihrer Belegschaft nachgekommen wäre. Die Ausführungen in der Stellungnahme des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung legten vielmehr nahe, dass die vom Kläger in der Vergangenheit gezeigten Verhaltensweisen auf der Ebene seiner direkten Vorgesetzten stillschweigend toleriert worden seien. Die geänderte rechtliche und gesellschaftliche Bewertung sexueller Belästigungen sei bisher nicht in der notwendigen Deutlichkeit wahrgenommen worden.

Gegen das ihr am 24.06.2020 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Beklagte am 20.07.2020 Berufung eingelegt und diese am 21.08.2020 begründet.
Sie bezieht sich auf ihren erstinstanzlichen Vortrag, wiederholt und vertieft diesen.
Die Beklagte rügt, das Arbeitsgericht habe die Tragweite der Pflichtverletzungen verkannt, weil es über die Frage, ob und in welcher Form der Kläger die betroffenen Mit-

arbeiterinnen sexuell belästigt hat, keinen Beweis erhoben habe. Anders als der Kläger meine, seien seine Handlungen nicht ambivalent oder doppeldeutig, sondern deutlich übergriffig und als sexuelle Belästigungen zu bewerten.

Bezüglich des Verhaltens des Klägers gegenüber Frau R. habe das Arbeitsgericht in der Interessenabwägung nicht berücksichtigt, dass die Mitarbeiterin infolge der Übergriffe Angst habe, den Arbeitsbereich des Klägers zu betreten. Die Beklagte behauptet, Frau R. habe dem Kläger mehrfach kundgetan, dass sie seine Berührungen ablehne. Eine gesonderte Aussprache mit Frau M. habe es nicht gegeben. Sie habe ihm lediglich unmittelbar nach dem Vorfall angekündigt, sie gehe zur Personalabteilung, wenn der Kläger das nochmal mache.

Die Beklagte rügt, das Arbeitsgericht hätte auch die Reaktionen und Einlassungen des Klägers in seinen Anhörungen am 11. und 13.11.2019 würdigen müssen. Dort habe der Kläger die Vorwürfe bestritten bzw. relativiert. Er habe sein Fehlverhalten weder eingestanden, noch sich bei den betroffenen Mitarbeiterinnen entschuldigt. Anders als das Arbeitsgericht meine, habe es einer vorherigen Abmahnung nicht bedurft, denn sie hätte beim Kläger keine Verhaltensänderung bewirkt. Die Abfolge mehrerer Vorfälle belege die notorische Grenzüberschreitung. Auf die Ablehnung seines Verhaltens sei er deutlich hingewiesen worden. Er habe es aber anderen Mitarbeiterinnen und Frau R. gegenüber wiederholt. Die Distanzlosigkeit sei ein Wesenszug des Klägers, der es nahelege, dass er sein Verhalten künftig nicht ändern werde. Sein Verhalten nach Ausspruch der Kündigung habe außer Betracht zu bleiben. Angesichts dessen hätte eine Abmahnung als Reaktion auf die sexuellen Belästigungen auch nicht den Vorgaben des § 12 Abs. 3 AGG genügt. Denn dass der Kläger auf eine Abmahnung hin sein Verhalten ändert, wäre nicht sicher gewesen. Aufgrund der Anzahl der Fälle und der zunehmenden Intensität sei auch nicht nur von einem mäßigen Unrechtsgehalt des Fehlverhaltens des Klägers auszugehen, das zu unterbinden war.

Die innere Einstellung des Klägers zu den Vorfällen stütze die negative Prognose. Er habe sich bis zuletzt nicht kritisch mit seinem Verhalten auseinandergesetzt, Reue, Schuldbewusstsein oder Bedauern gezeigt. Das deute darauf hin, dass er seine

Handlungen möglicherweise weiterhin für zulässig halte, so dass Wiederholungsgefahr bestehe.

Auf Uneinsichtigkeit und fehlende Selbstkritik lasse auch schließen, dass der Kläger in den Anhörungen die Vorwürfe bestritten bzw. heruntergespielt habe. Deshalb liege es fern, dass eine Abmahnung sein künftiges Verhalten positiv beeinflussen werde. Der soziokulturelle Hintergrund des Klägers rechtfertige im Übrigen nicht die Annahme, er habe nicht erkennen können, dass die Beklagte auf sein Fehlverhalten mit einer außerordentlichen Kündigung reagieren werde. Das Thema „sexuelle Belästigung“ sei nicht erst seit Inkrafttreten des AGG omnipräsent. Es bestehe ein aufgeklärtes Arbeitsumfeld, wofür auch die Behandlung des Falles spreche. Der Kläger hätte wissen müssen, dass sein Verhalten inakzeptabel ist. Der Kläger habe im November 2006 die Mitarbeiterinformation erhalten und sei auf diese Weise hinreichend über die arbeitsrechtlichen Konsequenzen sexueller Belästigungen unterrichtet worden. Damit habe die Beklagte ihn in geeigneter Art und Weise auf die Unzulässigkeit sexueller Belästigungen hingewiesen. Obwohl eine Schulungspflicht nicht bestehe, seien Führungskräfte intern geschult worden.

Zu Unrecht sei das Arbeitsgericht in seiner Interessenabwägung davon ausgegangen, dass die Beklagte bzw. Vorgesetzte das distanzlose Verhalten des Klägers gekannt und stillschweigend toleriert hätten. Das habe die Beklagte bestritten. Sie habe erst aus der Stellungnahme des Betriebsrats vom 18.11.2019 davon erfahren. Etwaige Gerüchte seien unmaßgeblich. Distanzlosigkeiten hätten im Betrieb auch nicht als normal gegolten. Dem Kläger sei es schließlich verwehrt, sich darauf zu berufen, er habe angenommen, die Beklagte akzeptiere sein Verhalten. Sie, die Beklagte, habe nicht reagiert, weil sie von dem Verhalten nichts gewusst habe.
Das Arbeitsgericht habe Schwere, Intensität und Anzahl der Pflichtverletzungen außer Acht gelassen. Der Kläger habe sich nicht auf verbale Belästigungen beschränkt, sondern sich zu körperlichen Übergriffen hinreißen lassen. Es habe sich dabei nicht um einen einmaligen „Ausrutscher“ gehandelt, sondern um vier Vorfälle.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 11.06.2020, Aktenzeichen 1 Ca 2458/19, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er bezieht sich auf seinen erstinstanzlichen Vortrag und verteidigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts. Der Kläger bestreitet mit Nichtwissen, dass Frau R. Angst habe, seinen Arbeitsbereich zu betreten. Er betont, dass er den Vorfall mit Frau M. besprochen habe. Die Sache sei durch die Aussprache aus der Welt geräumt und damit für Frau M. erledigt.

Der Kläger meint, das Arbeitsgericht habe keine Beweise zu den behaupteten sexuellen Belästigungen erheben müssen, um den Sachverhalt aufzuklären, da es den Vortrag der Beklagten als wahr unterstellt habe. Unabhängig davon sei das ihm vorgeworfene Verhalten nicht als sexuelle Belästigung einzuordnen. Es handele sich um ambivalentes, nicht sexuell bestimmtes Verhalten. Das gelte besonders für den angeblichen Schlag auf Frau R. Hand und das Streicheln der Wange von Frau R..

Jedenfalls berechtigten die Vorwürfe, wie das Arbeitsgericht richtig erkannt habe, ohne vorherige Abmahnung nicht zur Kündigung. Eine Abmahnung hätte eine Verhaltensänderung bewirken könne. Der Kläger habe schon auf Aufforderungen der Kolleginnen reagiert. Nach Erhalt zweier Abmahnungen, die unstreitig andere Pflichtverletzungen betrafen, habe er sein Verhalten angepasst. Von einem „Wesenszug“ könne keine Rede sein, wie sein Verhalten im Rahmen der vorläufigen Weiterbeschäftigung belege.

§ 12 Abs. 3 AGG erfordere als Reaktion keine Kündigung. Nach der Vorschrift sei die Abmahnung ebenfalls eine ernsthafte arbeitsrechtliche Konsequenz.
Der Kläger ist der Auffassung, die ihm vorgeworfenen Pflichtverletzungen wögen nicht so schwer, dass deren erstmalige Hinnahme der Beklagten nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich, auch für ihn erkennbar, ausgeschlossen gewesen wäre. Entscheidend sei hier, dass der Kläger nicht habe davon

ausgehen müssen, dass die Beklagte das behauptete Verhalten auch nicht einmalig hinnehmen würde. Von ihm habe nicht erwartet werden können, dass er bei ambivalentem Verhalten erkennt, wann die Grenze zur sexuellen Belästigung überschritten ist. Das Mitarbeiterinformationsschreiben aus dem Jahr 2006 helfe hier nicht. Es habe für kein aufgeklärtes und für sexuelle Belästigungen sensibilisiertes Arbeitsumfeld gesorgt, zumal das Schreiben mit der Zeit seine Wirkung verloren habe. Schulungen hätten nicht stattgefunden. Eine Betriebsvereinbarung zur Vermeidung und zum Schutz vor sexueller Belästigung sei bislang nicht geschlossen worden.

Der Kläger behauptet, sein angebliches Fehlverhalten sei von seinem Vorgesetzten (Herrn W.) offenbar toleriert worden. Denn Herr W. habe von dem Gerücht über einen Vorfall mit dem Kläger und Frau M. gewusst. Über dieses Gerücht habe Herr W. den Personalleiter nämlich am 11.11.2019 unterrichtet. An diesem Tag sei der Kläger erstmals darauf angesprochen worden. Wie sich aus der Stellungnahme des Betriebsrats ergebe, seien „Gerüchte“ über distanzloses Verhalten des Klägers abteilungsübergreifend bekannt gewesen, selbst in der Personalabteilung. Trotz Mitteilung an Vorgesetzte sei nichts unternommen worden.

In der Berufungsverhandlung ist Beweis erhoben worden durch Vernehmung der Zeuginnen R., G. und M.. Wegen der Beweisthemen wird auf den Beschluss vom 02.12.2020 Bezug genommen, wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme auf das Sitzungsprotokoll vom 17.03.2021.
Hinsichtlich des weiteren Vortrags wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsprotokolle verwiesen.

Entscheidungsgründe

I. Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist gem. §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1 und 2 c ArbGG statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 519, 520 Abs. 1 und 3 ZPO, 66 Abs. 1 Satz 1 und 2 ArbGG.

II. Die Berufung ist unbegründet. Das Arbeitsverhältnis ist weder durch die außerordentliche noch durch die ordentliche Kündigung vom 19.11.2019 aufgelöst worden. Demgemäß hat der Kläger auch Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung.

1. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“ und damit typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (BAG 29.06.2017 – 2 AZR 302/16 – Rn. 11; BAG 17.03.2016 – 2 AZR 110/15 – Rn. 17).

2. Der Kläger hat mit seinem Verhalten mehrere an sich zur außerordentlichen Kündigung berechtigende Gründe gegeben.

a) Der Kläger hat die Zeuginnen G. und M. sexuell belästigt. Das steht nach Vernehmung dieser beiden Zeuginnen fest.

aa) Dem Kläger ist vorzuwerfen, dass er der Zeugin G. seinen Arm um die Schultern gelegt und zu ihr gesagt hat „Du liegst aber sehr gut im Arm“. Das hat die Zeugin G. glaubhaft bekundet. Sie hat nachvollziehbar geschildert, dass sie an einem Tag im September oder Oktober 2018 um die Mittagszeit neben dem Kläger gestanden habe, und zwar vor einer Wareneingangsbox. Sie hätten auf Ware gewartet. In dieser Situation habe der Kläger ihr den Arm um die Schultern gelegt und zu ihr gesagt „Du liegst aber sehr gut im Arm“. Die Zeugin hat glaubhaft bekundet, wie sie auf diese für sie offenbar überraschende Situation reagiert hat, nämlich – wie sie es ausgedrückt hat – mit einem kleinen Witz. Sie konnte sich daran erinnern, dass sie zum

Kläger gesagt hat, „wenn das deine Freundin wüsste, dann würdest du Ärger bekommen“. Stimmig ist auch die präzisierte Schilderung der Zeugin G., dass der Kläger daraufhin seinen Arm weggenommen hat.

Die Berufungskammer hält die Zeugin für glaubwürdig. Auch die Parteien haben im Rahmen der Verhandlung über das Ergebnis der Beweisaufnahme (§ 285 Abs. 1 ZPO) an ihrer Glaubwürdigkeit keine Zweifel geäußert. Die Zeugin steht in keiner persönlichen Beziehung zum Kläger. Die Zeugin und der Kläger hatten seinerzeit lediglich im selben Bereich gearbeitet, ohne dass eine enge Arbeitsbeziehung zwischen ihnen bestand. Zwar ist zu berücksichtigen, dass die Zeugin, auch wenn sie sich derzeit in Elternzeit befindet, weiterhin Arbeitnehmerin der Beklagten ist. Die Zeugin steht insoweit in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Beklagten. Allein die Stellung „im Lager“ der Beklagten macht sie aber nicht von vornherein unglaubwürdig. Die Zeugin hat den Vorfall unter Erinnerung an einprägsame Einzelheiten – Äußerung des Klägers zum Im-Arm-Liegen, Reaktion mit „kleinem Witz“ - geschildert. Fehlende Erinnerungen, etwa an den genauen Wortlaut und den exakten Zeitpunkt des Vorfalls, hat die Zeugin eingeräumt. Eine Be- oder Entlastungstendenz war nicht zu erkennen.

bb) Ferner ist dem Kläger vorzuwerfen, dass er an einem Tag in der Osterzeit 2019 bei dem erfolglosen Versuch, an eine vor der Zeugin M. stehende Kiste zu gelangen, seine Hände zwischen ihre Arme und ihren Körper gesteckt und mehrere Sekunden die Hüften der Zeugin berührt hat. Das hat die Zeugin glaubhaft ausgesagt. Sie hat anschaulich geschildert, wie sie Pakete zum Empfang transportiert und – weil die Pakete schwer waren – diese auf dem Weg auf einem Tisch abgestellt hat. Dazu passt ihre Darstellung, dass der Kläger ihr habe helfen wollen, ihr seine Hilfe förmlich aufgedrängt habe. Denn sie hat bekundet, dass sie die Hilfe abgelehnt und immer wieder gesagt habe, sie „mache das selber“. Glaubhaft ist, wenn die Zeugin weiter aussagt, der Kläger habe ihre Ablehnung ignoriert und habe sogar dann noch nach den Kisten greifen wollen, als sie diese vor sich auf dem Tisch abgestellt habe. Denn der Kläger ließ nach dem plausibel geschilderten Gesamtgeschehen offenbar nicht von seinem Plan ab, der Zeugin beim Tragen zu helfen. Ebenfalls glaubhaft ist die weitere Bekundung der Zeugin, dass der Kläger in der von ihr sehr anschaulich geschilderten Situation am Tisch zunächst versucht habe zwischen ihren Armen und ihrem

Körper mit seinen Händen an die Kiste zu kommen; dann habe er ihr an die Hüften gefasst.

Auch die Zeugin M. hält die Berufungskammer für glaubwürdig. Die Parteien haben die Glaubwürdigkeit dieser Zeugin im Rahmen der Verhandlung über das Ergebnis der Beweisaufnahme (§ 285 Abs. 1 ZPO) ebenfalls nicht angezweifelt. Auch die Zeugin M. steht in keiner persönlichen Beziehung zum Kläger. Die Zeugin ist nicht einmal Arbeitnehmerin der Beklagten und steht deshalb in keinem Abhängigkeitsverhältnis zu ihr. Die Zeugin konnte sich an einprägsame Einzelheiten erinnern, etwa an die von ihr als bedrängend geschilderte Situation am Tisch, auf dem sie die Pakete abgelegt hat, weil sie ihr zu schwer wurden. Ihre Schilderung vermittelte den Eindruck, sie habe die Situation vor Augen und bemühe sich um eine genaue Darstellung. Fehlende Erinnerungen, etwa daran, wie die anderen Personen im Raum reagiert haben, hat die Zeugin eingeräumt. Eine Be- oder Entlastungstendenz war nicht zu erkennen.

cc) Dieses belästigende Verhalten des Klägers zu Lasten der Zeuginnen M. und G. stellt sowohl einen erheblichen Verstoß gegen die ihm gegenüber der Beklagten obliegende Pflicht zur Rücksichtnahme auf deren Interessen gem. § 241 Abs. 2 BGB dar als auch eine sexuelle Belästigung iSv. § 3 Abs. 4 AGG und ist „an sich“ geeignet, einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB zur fristlosen Kündigung zu bilden (vgl. BAG 29.06.2017 – 2 AZR 302/16 – Rn. 15). Sexuelle Belästigungen am Arbeitsplatz verletzen arbeitsvertragliche Pflichten (§§ 1, 3 Abs. 4, 12 AGG). Die Beklagte hat ein eigenes schutzwürdiges Interesse daran, dass die Zusammenarbeit sowohl ihrer im Betrieb tätigen Arbeitnehmer als auch die Zusammenarbeit mit in ihrem Betrieb eingesetzten Fremdarbeitnehmern nicht durch sexuelle Übergriffe beeinträchtigt wird. Die Beklagte ist verpflichtet, auch die in ihrem Betrieb eingesetzten Arbeitnehmer Dritter vor sexuellen Belästigungen zu schützen (vgl. BAG 29.06.2017 – 2 AZR 302/16 – Rn. 15: für Leiharbeitnehmer). Anders als der Kläger meint, handelt es sich in beiden Fällen nicht lediglich um ambivalentes Verhalten ohne sexuellen Charakter.

(1) 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.

(a) Im Unterschied zu § 3 Abs. 3 AGG können auch einmalige sexuell bestimmte Verhaltensweisen den Tatbestand einer sexuellen Belästigung erfüllen (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 651/13 – Rn. 17; BAG 29.06.2017 – 2 AZR 302/16 – Rn. 17).

(b) 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 (BAG 29.06.2017 – 2 AZR 302/16 – Rn. 18 unter Hinweis auf 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 02.03.2017 – 2 AZR 698/15 – Rn. 36; 20.11.2014 – 2 AZR 651/13 – Rn. 18). 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 02.03.2017 – 2 AZR 698/15 – Rn. 36).

(c) Ob eine Handlung sexuell bestimmt iSd. § 3 Abs. 4 AGG ist, hängt damit nicht allein vom subjektiv erstrebten Ziel des Handelnden ab (BAG 29.06.2017 – 2 AZR 302/16 – Rn. 19 mwN). Erforderlich ist nicht notwendig eine sexuelle Motivation des Täters. Eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist vielmehr häufig Ausdruck von Hierarchien und Machtausübung und weniger von sexuell bestimmter Lust (Köhler/Koops BB 2015, 2807, 2809). Eine sexuelle Belästigung verwirklicht daher auch, wer am Arbeitsplatz die allgemein übliche minimale körperliche Distanz zu einer anderen Person regelmäßig nicht wahrt, sondern diese gezielt unnötig und wiederholt anfasst bzw. berührt oder gar sich mit seinem Körper an diese herandrängelt, obwohl all diese Kontakte erkennbar unerwünscht sind (LAG Schleswig-Holstein, 27.09.2006 - 3 Sa 163/06 -).

(d) 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 29.06.2017 – 2 AZR 302/16 – Rn. 19 mwN).

(e) 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 29.06.2017 – 2 AZR 302/16 – Rn. 19; BAG 09.06.2011 – 2 AZR 323/10 – Rn. 19).

(2) Der Griff des Klägers an die Hüften der Zeugin M. ist eine sexuell bestimmte körperliche Berührung iSd. § 3 Abs. 4 AGG. Bei den weiblichen Hüften handelt sich um sekundäre Geschlechtsmerkmale. Als solche werden die sich in der Pubertät entwickelnden Merkmale bezeichnet, die das geschlechtliche Erscheinungsbild vervollständigen (Brust, schmale Schultern und Taille, breitere Hüften). In dem Griff an die Hüften der Zeugin M. liegt ein körperlicher Übergriff, durch den die sexuelle Selbstbestimmung der Betroffenen negiert und damit ihre Würde erheblich verletzt wird.

Gleiches gilt für die Umarmung der Zeugin G., der der Kläger seinen Arm um die Schultern gelegt hat. Die anschließende Äußerung des Klägers, „du liegst aber sehr gut im Arm“, ist in diesem Zusammenhang eine herabwürdigende Bemerkung sexuellen Inhalts iSd. § 3 Abs. 4 AGG. Die durch den andauernden körperlichen Übergriff bewirkte Demütigung der Zeugin wurde durch die entsprechende bewertende Äußerung des Klägers verstärkt, indem die andauernde körperliche Belästigung sprachlich manifestiert und die Zeugin dadurch in noch stärkerem Maß zum Objekt der vermeintlichen Dominanz des Klägers gemacht wurde.

(3) Sowohl die sexuelle körperliche Belästigung der Zeugin M. als auch die körperliche und verbale sexuelle Belästigung des Zeugin G. waren im Streitfall objektiv erkennbar unerwünscht iSd. § 3 Abs. 4 AGG. Für die körperlichen Berührungen ergibt sich dies bereits aus der Verletzung der Intimsphäre der Betroffenen, für die verbale Belästigung aus ihrem unmittelbaren Zusammenhang mit dem körperlichen Übergriff.

b) Die Zeugin R. hat ausgesagt, der Kläger habe ihr – für sie überraschend - auf den Handrücken geschlagen, um sie für einen Fehler beim Schließen der Tür zu bestrafen. Auch wenn die Berufungskammer Zweifel daran hat, dass sich der Vorfall exakt so abgespielt hat, wie von der Zeugin geschildert, kann für die Entscheidung zugunsten der Beklagten unterstellt werden, dass die Aussage der Zeugin R. glaubhaft und die Zeugin selbst glaubwürdig ist. Hiervon ausgehend wäre dem Kläger eine Tätlichkeit vorzuwerfen. Die Tätlichkeit gegenüber einem Kollegen oder einer Kollegin ist eine schwerwiegende Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten und kann grundsätzlich eine fristlose Kündigung rechtfertigen (vgl. BAG 18.09.2008 – 2 AZR 1039/06 – Rn. 20 f.).

Als sexuelle Belästigung ist der Schlag auf die Hand jedoch nicht zu werten. Der Schlag hatte auch nach Darstellung der Beklagten und nach Aussage der Zeugin R. nicht unmittelbar das Geschlechtliche zum Gegenstand. Die sexuelle Bestimmung ergab sich nicht etwa aus einer mit dem Schlag verfolgten sexuellen Absicht. Dem Kläger ging es darum, die Zeugin zu maßregeln, weil sie nach seiner Meinung einen Fehler gemacht hatte. Das belegt seine Äußerung „Kinder bestraft man so mit Hauen“. Diese Antwort des Klägers auf ihre Frage, was das Schlagen solle, hat die Zeugin R. in ihrer Vernehmung bekundet.

Als sexuelle Belästigung, die grundsätzlich als wichtiger Grund geeignet ist, kann dagegen das mehrfache Berühren der Zeugin R. an Schulter und Arm gewertet werden. Die Zeugin hat den Kläger in ihrer Aussage als „kuschelig“ beschrieben. Er habe sie häufig an der Schulter oder am Arm angefasst. Mit diesen unerwünschten körperlichen Berührungen hat der Kläger die übliche körperliche Distanz, die es am Arbeitsplatz zu wahren gilt, verletzt.

c) In dem von der Beklagten behaupteten Verhalten des Klägers gegenüber der Mitarbeiterin R. liegt zwar ein Fehlverhalten, aber kein (weiterer) zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Grund.

Es kann zugunsten der Beklagten als bewiesen unterstellt werden, dass der Kläger der Mitarbeiterin R. über die Wange gestreichelt und etwas Tröstendes zu ihr gesagt

hat. Unabhängig davon, dass ein solches Verhalten gegenüber Kollegen und Kolleginnen ungehörig ist und zu unterbleiben hat, ist es an sich nicht als wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB geeignet. Eine sexuelle Belästigung liegt darin nicht. Der Kläger hat keine Geschlechtsmerkmale der Zeugin berührt, weder primäre noch sekundäre. Auch nach der Schilderung der Beklagten war das Streicheln nicht sexuell bestimmt. Denn die Berührung der Wange stand offenbar in Verbindung mit den tröstenden Worten des Klägers. Schließlich hat der Kläger die Mitarbeiterin R. nicht wiederholt unnötig berührt, sondern einmalig Mitte des Jahres 2018.

Auch wenn der Kläger vor der Mitarbeiterin R. auf die Knie gefallen sein und damit den Eindruck vermittelt haben sollte, er wolle ihr einen Heiratsantrag machen, ist eine solche Albernheit nicht als wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB geeignet.

In beiden Fällen hat sich der Kläger zwar pflichtwidrig verhalten. Denn sowohl im Kniefall, wie auch im tröstenden Streichen der Wange liegt ein ungebührliches Verhalten gegenüber einer Kollegin. Der Arbeitgeber hat ein eigenes Interesse daran, dass die betriebliche Zusammenarbeit nicht durch derartiges Verhalten gestört wird. Es handelt es sich in beiden Fällen aber nur um geringfügige Verletzungen der Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB).

3. Die Pflichtverletzungen des Klägers, wie sie sich nach der Beweisaufnahme darstellen, wiegen jedoch nicht so schwer, dass der Beklagten eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar wäre. Sie rechtfertigen weder für sich genommen noch in der Zusammenschau den Ausspruch einer Kündigung. Die fristlose Kündigung erweist sich aufgrund der gem. § 626 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Interessenabwägung als unverhältnismäßig. Die Berufungskammer folgt im Ergebnis der Beurteilung des Arbeitsgerichts.

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 Arbeits-

verhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen (BAG 20.10.2016 – 6 AZR 471/15 – Rn. 30; BAG 29.06.2017 – 2 AZR 302/16 – Rn. 26).

Nach der Rechtsprechung des 2. Senats des Bundesarbeitsgerichts, der sich die Berufungskammer anschließt, 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 angemessenen 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 20.10.2016 – 6 AZR 471/15 - Rn. 30; BAG 29.06.2017 – 2 AZR 302/16 - Rn. 27).

Beruht die Vertragspflichtverletzung – wie hier - 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 29.06.2017 – 2 AZR 302/16 – Rn. 28; BAG 23.10.2014 – 2 AZR 865/13 - Rn. 47).

Diese Grundsätze gelten auch im Rahmen der Prüfung einer außerordentlichen Kündigung wegen des Vorwurfs der sexuellen Belästigung. Die Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hier ausdrücklich durch § 12 Abs. 3 AGG konkretisiert wird. 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 29.06.2017 – 2 AZR 302/16 – Rn. 29; BAG 20.11.2014 – 2 AZR 651/13 – Rn. 15; BAG 09.06.2011 – 2 AZR 323/10 – Rn. 16). § 12 Abs. 3 AGG schränkt das Auswahlermessen 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 29.06.2017 – 2 AZR 302/16 – Rn. 29; BAG 20.11.2014 – 2 AZR 651/13 – Rn. 23).

b) Bei der Interessenabwägung war zugunsten des Klägers seine erhebliche Betriebszugehörigkeit von mehr als 30 Jahren zu berücksichtigen. Angesichts seines Lebensalters und des fehlenden Berufsabschlusses dürfte es für ihn schwer sein, nochmal eine entsprechende Anstellung zu finden. Bei der Abwägung wird nicht übersehen, dass die Beklagte ihre Beschäftigten vor sexuellen Belästigungen und Tätlichkeiten schützen muss, was für ihr Interesse an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses spricht. Denn auf diese Weise ließen sich andere Mitarbeiterinnen wirksam schützen. Gleichwohl erscheint die Kündigung in Anwendung der dargestellten Grundsätze unverhältnismäßig und eine Abmahnung als ausreichend, um den Schutz der anderen Mitarbeiter zu erreichen. Je länger eine Vertragsbeziehung ungestört bestanden hat, desto eher kann die Prognose berechtigt sein, dass der dadurch erarbeitete Vorrat an Vertrauen durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt wird. Dabei kommt es nicht auf die subjektive Befindlichkeit und Einschätzung des Arbeitgebers oder bestimmter für ihn handelnder Personen, etwa der Personalabteilung, an. Entscheidend ist ein objektiver Maßstab. Es geht allein um die von einem objektiven Standpunkt aus zu beantwortende Frage, ob mit einer

korrekten Erfüllung der Vertragspflichten zu rechnen ist (BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 -). Der Kläger ist seit rund 30 Jahren bei der Beklagten beschäftigt und hat bei ihr einen Großteil eines Arbeitslebens verbracht. Der Kläger hat in dieser Beschäftigungszeit ein hohes Maß an Vertrauen in die Korrektheit seiner Aufgabenerfüllung und in die Achtung der Interessen der Beklagten erworben, das bei der Interessenabwägung in erheblichem Maß zu seinen Gunsten zu berücksichtigen war. Der Beklagten ist in Ansehung dieses Vertrauensvorschusses die Weiterbeschäftigung des Klägers trotz der von ihm begangenen Pflichtenverstöße nicht unzumutbar. Dass sich der Kläger nach einer Abmahnung erneut in vergleichbarer Weise fehlverhalten würde, lässt sich nicht allein mit den oben dargestellten Vorfällen (G., M., R.) begründen. Die Beklagte wäre gehalten gewesen, den Kläger vorrangig wegen der begangenen Pflichtverletzungen abzumahnen. Die Berufungskammer stimmt insoweit den Ausführungen des Arbeitsgerichts auf den Seiten 11 – 14 des angegriffenen Urteils zu, stützt sich darauf und führt ergänzend aus:

aa) Die Pflichtverletzungen des Klägers, auch die zu Gunsten der Beklagten als bewiesen unterstellte Tätlichkeit und Belästigungen zu Lasten der Zeugin R., wiegen noch nicht so schwer, dass eine Abmahnung aus diesem Grund entbehrlich gewesen wäre. Es handelt sich nicht um so gravierende Pflichtverletzungen, dass selbst deren erstmalige Hinnahme der Beklagten nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich, auch für den Arbeitnehmer erkennbar, ausgeschlossen war. Davon ist die Berufungskammer nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme, die die von der Beklagten in ihren Schriftsätzen behaupteten Pflichtverletzungen in einem milderen Licht erscheinen ließ, überzeugt.

(1) Hinsichtlich Gewicht und Auswirkungen des Fehlverhaltens gegenüber den Zeuginnen M. und G. ist zu berücksichtigen, dass sich die sexuellen Belästigungen des Klägers, ohne diese zu verharmlosen, am unteren Bereich der Übergrifflichkeit bewegen. Der Zeugin G. hat ausgesagt, dass der Kläger seinen Arm nur kurz um ihre Schultern gelegt hat. Sie hat geschildert, dass er den Arm sogleich entfernt hat, nachdem sie etwas zu ihm gesagt hatte. Ein Belästigungswille kann dem Kläger bei dieser Entgleisung nicht unterstellt werden.

Die Zeugin M. hat die Behauptung der Beklagten nicht bestätigt, dass der Kläger sie an den Hüften angefasst und durch den Raum geschoben hat, während sie die Pakete trug. Sie hat vielmehr bekundet, dass der Kläger ihr unbedingt beim Tragen helfen wollte. In diesem Zusammenhang sei es zu der Berührung gekommen. Das spricht dagegen, dass es sich um eine geplante Belästigung gehandelt hat und dass der Kläger die Arg- und Wehrlosigkeit der Zeugin ausgenutzt hat.

Besonders schwerwiegende Auswirkungen auf die Zeuginnen G. und M. sind nicht erkennbar. Die Zeugin G. hat ausgesagt, dass die Sache für sie erledigt war, nachdem der Kläger seinen Arm von ihrer Schulter genommen hatte. Die Zeugin M. hat nach ihrer Aussage am Tag des Vorfalls das Gespräch mit dem Kläger gesucht, ihn auf die Belästigung angesprochen und gedroht, dass sie im Wiederholungsfall zur Personalabteilung geht. Der Kläger habe diese Ansage akzeptiert und „Okay“ gesagt. Den beiden Zeuginnen hat sich der Kläger nach diesen Vorfällen unstreitig nicht mehr genähert.

(2) Eine Abmahnung ist auch nicht wegen der besonderen Schwere der Pflichtverletzung, die in der Tätlichkeit zulasten der Zeugin R. liegt, entbehrlich. Es handelt sich nicht um ein Verhalten, bei dem von der Beklagten unter keinen Umständen erwartet werden kann, dass sie es ohne Ausspruch einer Kündigung hinnimmt. Zwar bedarf es nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der die Berufungskammer folgt, bei Tätlichkeiten unter Arbeitskollegen vor Ausspruch einer Kündigung regelmäßig keiner Abmahnung *(*BAG 18.09.2008 - 2 AZR 1039/06 – Rn. 22; BAG 31.03.1993 – 2 AZR 492/92 *-).* Das gilt aber uneingeschränkt nur bei schweren Tätlichkeiten. Die Schwere des Pflichtverstoßes hängt auch bei Tätlichkeiten maßgeblich von der Intensität und den Folgen des tätlichen Angriffs ab (vgl. BAG 18.09.2008 - 2 AZR 1039/06 – Rn. 22).

Bei dem Fehlverhalten des Klägers gegenüber der Zeugin R. stand nach Überzeugung der Berufungskammer nicht die Tätlichkeit – Schlag mit der Hand auf den Handrücken - im Vordergrund. Dass der Kläger die Zeugin verletzen oder ihr nachhaltig Schmerz zufügen wollte, war ihrer Aussage nicht zu entnehmen. Der Schlag hatte eher symbolische Bedeutung. Die Zeugin vermittelte in ihrer Aussage den Eindruck, der Kläger habe sie wie ein Kind für einen Fehler bestrafen wollen. Sie hat

den Vorfall als Blamage empfunden. Von erheblichen körperlichen Verletzungen oder Schmerzen kann dagegen keine Rede sein.

Zugunsten der Beklagten ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Kläger sich angemaßt hat, eine Kollegin „zu bestrafen“. Das ist verletzend und beeinträchtigt das betriebliche Miteinander. Die Zeugin war nach ihrer Darstellung ob der Demütigung schockiert.

Es ist aber zugunsten des Klägers davon auszugehen, dass er sich der Tragweite seines Tuns und der Folgen für die Zeugin R. nicht bewusst war. Er wähnte sich offenbar „im Recht“, denn die Zeugin hatte die Tür nicht vorschriftsmäßig geschlossen. Dies kann zwar nicht als Rechtfertigung für sein anmaßendes und inakzeptables Verhalten herhalten. Bei dieser Sachlage war es aber nicht offensichtlich und für den Kläger erkennbar, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Beklagte objektiv ausgeschlossen war.

Die weiteren Pflichtverletzungen des Klägers – Berührung der Zeugin R. an Schulter und Arm – bewegen sich im unteren Bereich der Übergrifflichkeit. Die Zeugin hat sie als im Zusammenhang mit der „Kuscheligkeit“ des Klägers stehend geschildert. Ein Belästigungswille kann bei dieser Distanzlosigkeit nicht unterstellt werden.

bb) Die Umstände sprechen hier zudem dafür, dass eine Verhaltensänderung des Klägers in Zukunft nach einer Abmahnung zu erwarten stand.

Das Berufungsgericht ist davon überzeugt, dass bereits durch eine Abmahnung des Klägers eine Wiederholung im Sinne von § 12 Abs. 3 AGG ausgeschlossen ist. Dabei kann zugunsten der Beklagten unterstellt werden, dass der Kläger im Bewusstsein handelte, die Zeuginnen G., M. und R. sexuell zu belästigen. Er mag keine sexuelle Motivation gehabt haben. Das Fehlen eigener sexueller Motive lässt aber für sich genommen nicht den Schluss zu, dem Handelnden fehle das Bewusstsein, eine sexuelle Belästigung zu begehen (BAG 29.06.2017 – 2 AZR 302/16 – Rn. 33). Insoweit kommt es auf die Mitarbeiterinformation vom 29.11.2006 nicht entscheidend an.

Es entlastet den Kläger auch nicht, wenn er geltend macht, er habe ohne sexuelle Motive gehandelt. Der Kläger hat zu den Motiven für seine Taten keinen Vortrag gehalten. Er hat vielmehr bestritten, überhaupt in der fraglichen Weise übergriffig geworden zu sein. Der Umstand, dass der Kläger das ihm vorgeworfene Verhalten bezüglich der Zeuginnen G., M. und R. bei seiner Anhörung vor der Kündigung bestritten hat, lässt auf eine Uneinsichtigkeit schließen, die der Annahme entgegensteht, sein künftiges Verhalten könne schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden.

Für die Erreichbarkeit des Klägers durch Abmahnungen spricht aber sein Verhalten in dem nunmehr 30 Jahre bestehenden Arbeitsverhältnis. Wegen vergleichbaren Fehlverhaltens ist er in der Vergangenheit noch nicht erfolglos abgemahnt worden. Abmahnungen wegen Tätlichkeiten, sexuellen Belästigungen oder ähnlicher Grenzüberschreitungen hat er bislang nicht erhalten. Der Blick in die Vergangenheit zeigt, dass der Kläger auf Abmahnungen reagiert. Denn auf Abmahnungen wegen anderer Pflichtverletzungen hat er sein Verhalten angepasst und die abgemahnten Pflichtverletzungen nicht erneut begangen. Dass der Kläger in der Lage ist, sein Verhalten zu steuern, hat sich auch darin gezeigt, dass er sich gegenüber den Zeuginnen G. und M. nichts mehr hat zu Schulden kommen lassen, nachdem diese ihn auf seine Übertretungen angesprochen hatten. Der Kläger reagiert also auf klare Ansagen, die auch in einer Abmahnung lägen. Die Berufungskammer erkennt in dem Kläger nicht den von der Beklagten beschriebenen „Serientäter“, der planvoll vorgeht und, trifft er auf Widerstand, sich neue Opfer sucht und seine Belästigungen steigert. Davon kann angesichts der streitgegenständlichen Vorgänge und der Schilderungen der Zeuginnen keine Rede sein. Die Kammer ist vielmehr davon überzeugt, dass der Kläger ein Problem damit hat, die sozial-adäquate Distanz zu wahren. Dazu passt die Beschreibung der Zeugin R., die ihn als „kuschelig“ bezeichnet hat.

Es spricht auch einiges dafür, dass es sich in allen drei Fällen um situatives und unreflektiertes Verhalten gehandelt hat. Denn es handelte sich nach den Aussagen der Zeuginnen G. und M. lediglich um kurze und einmalige Berührungen. Hinzu kommt, dass er die Zeugin M. berührte, als er versuchte, an die Kisten zu gelangen, um ihr beim Tragen zu helfen.

Die Kammer geht davon aus, dass, wenn dem Kläger durch eine Abmahnung die Pflichtwidrigkeit und die Auswirkung seines übergrifflichen Verhaltens deutlich vor Augen gehalten worden wären, bei diesem die Einsicht in die Unrechtmäßigkeit seines Tuns hätte geweckt werden können, so dass mit entsprechenden Vertragsstörungen künftig nicht mehr hätte gerechnet werden müssen.

3. Soweit die Beklagte hilfsweise eine ordentliche Kündigung zum 30.06.2020 ausgesprochen hat, steht der Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung hier ebenfalls entgegen, dass die Beklagte nach dem im Kündigungsrecht geltenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus den zuvor genannten Gründen vorrangig auf eine Abmahnung hätte zurückgreifen müssen.

4. Nach nunmehr auch zweitinstanzlichem Obsiegen des Klägers überwiegt sein Interesse an einer tatsächlichen Beschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzrechtsstreits (vgl. BAG GS, 27.02.1985 – GS 1/84 -). Im Tenor war lediglich zu korrigieren, dass der Kläger als Logistikmitarbeiter in der Gruppe Planung, Beschaffung, Logistik zu beschäftigen ist. Denn das ist die ihm nach der Versetzungsvereinbarung vom 18.02.2016 zuletzt zugewiesene Tätigkeit.

III. Die Berufung der Beklagten war daher mit der sich aus § 97 Abs. 1 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Ein Revisionszulassungsgrund nach § 72 Abs. 2 ArbGG besteht nicht.