

# Was haben Arbeitgeber beizutragen?

Der Arbeitgeber ist verantwortlich und gehört damit eigentlich an den Anfang, er hat den Hut auf.

Das AGG regelt in § 12 AGG die Pflichten des Arbeitgebers noch vor den Rechten der Beschäftigten und zeigt auch dadurch, dass sexuelle Belästigung nicht vorrangig durch den beherzten Widerstand der Belästigten verhindert werden soll, sondern dass die »Organisationspflichten des Arbeitgebers«<sup>252</sup> diese auszuschließen hat.

»Der Arbeitgeber ist verpflichtet, eine sexuelle Belästigung von Arbeitnehmerinnen zum Anlaß zu nehmen, gegen den Angreifer geeignete und angemessene Gegenmaßnahme zu ergreifen. Nach den Umständen des Einzelfalls kann eine Kündigung gerechtfertigt sein.«<sup>253</sup>

## Das schwarze Loch der Arbeitgebermaßnahmen

Die mehrfach zitierte Studie der ADS belegte hier allerdings erschreckende Unkenntnis und dokumentiert damit auch fehlende Kenntnisse und/oder Aktivitäten des Arbeitgebers (s. Tab. 9, nächste Seite).

Es gibt gesetzliche Vorläufer, aber das AGG gilt seit fast zehn Jahren. Sexuelle Belästigung ist Benachteiligung wegen des Geschlechts, und bei Benachteiligungen »hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen.« So klar geregelt, so unbekannt. 2% der Befragten (s. o.) wussten, dass sie ihre Arbeit einstellen dürfen, wenn der Arbeitgeber keine geeigneten Maßnahmen ergreift und dass ihnen aus einer Beschwerde keine Nachteile erwachsen dürfen. Auch die möglichen Maßnahmen unterhalb von Ermahnung, Abmahnung,

Tab. 9: Kenntnis von Arbeitgebermaßnahmen

|   | Allgemein | Betriebsräte<br>und PVe |
|---|-----------|-------------------------|
| Es gibt in meinem Betrieb keine Maßnahmen, die mir bekannt sind | 46 %      | 60 %                    |
| Es gibt eine präsenste Ansprechperson/<br>Beschwerdestelle      | 29 %      | 49 %                    |
| Betriebs- oder Dienstvereinbarung oder<br>Leitbild existiert    | 9 %       | 18 %                    |
| Informationen werden zur Verfügung gestellt                     | 7 %       | 10 %                    |
| Schulungen werden angeboten                                     | 5 %       | 7 %                     |
| Sexuelle Belästigung kommt als Thema<br>in der Ausbildung vor   | 1 %       | 1 %                     |
| Weiß nicht  | 14 %      |                         |

Versetzung und Kündigung, die allgemein der Gewährleistung eines belästigungsfreien Klimas dienen sollen, finden offenkundig nicht hinreichend statt: Unter zehn Prozent der Befragten wissen von Betriebs- oder Dienstvereinbarungen oder Leitbildern, bekommen Informationen oder Schulungen. Vollends unverständlich ist der niedrige Informationsstand bei Personalverantwortlichen und Betriebsräten.

Die Europäische Kommission hat einen »Verhaltenskodex für Arbeitgeber zur Beendigung sexueller Belästigungen« empfohlen.<sup>254</sup> In ihrem eigenen Bereich wurde die Verpflichtung des Arbeitgebers exakt formuliert, »Beschwerden wegen sexueller Belästigung im Dienst umfassend, zügig und mit der gebotenen Diskretion zu prüfen sowie den Beschwerdeführer über das weitere Vorgehen in seiner Angelegenheit zu unterrichten.«<sup>255</sup>

## Was muss der Arbeitgeber tun?

### Gesetzliche Vorgaben

Die Verpflichtung des Arbeitgebers, Beschäftigte vor Benachteiligung und damit vor sexueller Belästigung zu schützen, wird in § 12 AGG noch vor den Rechten der ArbeitnehmerInnen genannt:

- (1) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 genannten Grundes zu treffen. Dieser Schutz umfasst auch vorbeugende Maßnahmen.
- (2) Der Arbeitgeber soll in geeigneter Art und Weise, insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung, auf die Unzulässigkeit solcher Benachteiligungen hinweisen und darauf hinwirken, dass diese unterbleiben. Hat der Arbeitgeber seine Beschäftigten in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligung geschult, gilt dies als Erfüllung seiner Pflichten nach Absatz 1.

Dass sexuelle Belästigung eine Benachteiligung im Sinne des Gesetzes ist, wurde bereits erläutert. Der Arbeitgeber muss präventiv tätig werden, bevor der erste Belästiger zugegriffen hat.

### **Informationspflichten**

Wichtig ist zunächst, dass der Arbeitgeber seine Position in dieser Frage klar vermittelt. Das kann auf Betriebsversammlungen geschehen. Es reicht nicht, wenn er es nur einmal sagt und danach von ihm aus nichts mehr geschieht.

- Nach § 12 Abs. 2 S. 2 AGG ist allerdings zunächst ausreichend, dass er die Beschäftigten in geeigneter Art und Weise »auf die Unzulässigkeit von Benachteiligungen« hinweist. Das war es dann aber schon an gesetzlich konkretisierter Prävention. Diese Umsetzung der gesetzlichen Prävention ist lächerlich wenig. Wenn verglichen wird mit den gesetzlichen Vorgaben beim Gesundheitsschutz,<sup>256</sup> wo Zielsetzung und Instrumentarium zur Erhaltung der Arbeitskraft hinreichend beschrieben werden, bei Schwerbehinderten unter der Aufgabenstellung Vermeidung von Schwierigkeiten im Arbeitsleben,<sup>257</sup> so ist das die übliche Vernachlässigung von Fraueninteressen.
- Der Arbeitgeber ist weiter verpflichtet, das AGG und die Klagefrist für Verletzungen nach § 61b ArbGG auszuhängen und die Stellen bekannt zu geben, wo sich Belästigte beschweren können (§ 12 Abs. 5 AGG).

## Beschwerdestelle

Der Arbeitgeber muss nach § 13 AGG eine verantwortliche Stelle benennen, bei der sich die Belästigte beschweren kann. Die Einrichtung ist unabhängig von der Zahl der weiblichen Beschäftigten, denn sie ist für Benachteiligungen aus jedem Grund da. Die ADS-Studie 2015 erbrachte allerdings das Ergebnis, dass nur 51% der befragten Personalverantwortlichen und Betriebsräte und nur 29% der befragten Beschäftigten von einer *Beschwerdestelle* bzw. einer präsenten Ansprechperson im Betrieb wussten. Und nur 10% der Personalverantwortlichen haben bei einer Beschwerde die Beschwerdestelle eingeschaltet. Näheres zur Einrichtung der Beschwerdestelle findet sich auf Seite 120f dieses Buches. Wenn der Arbeitgeber nicht ausreichend und wiederholt schult, die Beschwerdestelle nicht einrichtet und ausstattet und wenn er die einschlägigen Gesetze nicht aushängt, dann setzt er sich dem Verdacht aus, dass er nicht hinreichend gegen Diskriminierung streitet.

## Weitere Verpflichtungen des Arbeitgebers

- Der Arbeitgeber ist auch nach dem Handelsgesetzbuch allgemein zur »*Aufrechterhaltung der guten Sitten und des Anstandes*«<sup>258</sup> verpflichtet.
- Der Arbeitgeber muss dafür sorgen, dass in den Räumen *keine pornographischen Darstellungen* hängen. Er hat das Hausrecht. Dabei kommt es nicht darauf an, ob in den Räumen Frauen arbeiten oder nicht, im Zweifel werden die Räume von Frauen geputzt, und das AGG verbietet allgemein »sichtbares Anbringen« entsprechender Darstellungen. Wenn gemeint wäre, dass es um »für Frauen sichtbares Anbringen« ginge, dann wäre es dort formuliert worden. Der Arbeitgeber sollte das schon im eigenen Interesse tun, wenn er Minderjährige beschäftigt. Das gilt auch für Kalender und für Arbeitgeberpublikationen.<sup>259</sup> Und es gilt auch für die Aushänge der Berufsgenossenschaften. Niemand kann sich darauf berufen, dass eine pornographische Darstellung Kunst sei, denn Kunst und Pornographie schließen sich nicht aus; es bleibt eine pornographische Darstellung, auch wenn sie Kunst ist. Eine allgemeine Definition von Pornographie gibt es nicht, der Pornographiebegriff

der Rechtsprechung bezieht sich auf Darstellungen, die »unter Hintersetzung sonstiger menschlicher Bezüge sexuelle Vorgänge in grob aufdringlicher, anreißerischer Weise in den Vordergrund rücken und ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abzielen.«<sup>260</sup> Oder: »Als pornographisch zu werten ist eine Darstellung, die keine gedanklichen Inhalte – mögen sie auch anstößig oder schockierend sein – vermittelt, sondern ausschließlich einen sexuellen Reiz auslösen soll und dabei die im Einklang mit allgemeinen, wenn auch gewandelten, gesellschaftlichen Wertvorstellungen gezogenen Grenzen des sexuellen Anstands eindeutig überschreitet.«<sup>261</sup> Konkreter wird es leider nicht.

- Der Arbeitgeber kann den *Mailverkehr und den Internetzugang beschränken*, der Verstoß gegen ein ausdrückliches Verbot kann sogar eine Kündigung rechtfertigen.<sup>262</sup> In der Regel wird das Mailen auch mit sexistischen Inhalten aber in der Regel ohne Abmahnung nicht zu sanktionieren sein. Und wenn private Mails stillschweigend geduldet werden, dann gilt das erst recht.<sup>263</sup>
- *Privates Telefonverhalten* kann auch dann Maßnahmen rechtfertigen, wenn die Telefongespräche abgerechnet werden, weil es immer auch gleichzeitig um Arbeitszeit geht und weil der Arbeitgeber nicht hinnehmen muss, dass er bei Telefonsexnummern als Kunde registriert wird.<sup>264</sup>

### **Haftung für andere handelnden Personen**

Selbstverständlich ist er auch für diejenigen verantwortlich, die in seinem Namen handeln (§ 278 BGB). Wer als Geschäftsführer oder Vorgesetzter nicht gegen sexuelle Belästigung durch Andere einschreitet, riskiert seinen Job.<sup>265</sup> Auf Verschulden des Arbeitgebers kommt es nicht an.<sup>266</sup> Der Arbeitgeber muss bezahlen und kann allerdings auch nach § 280 BGB beim Belästiger Ersatz verlangen.

Allerdings reichen manchmal freundliche Regeln nicht. Dann sind deutliche Sanktionen angebracht.

## Was kann der Arbeitgeber tun?

### Allgemein: Eskalation der Mittel

Der Arbeitgeber muss im Falle sexueller Belästigung aktiv werden. Das AGG formuliert in § 12 weiter:

- (3) Verstoßen Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen.
- (4) Werden Beschäftigte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit durch Dritte nach § 7 Abs. 1 benachteiligt, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten zu ergreifen.

Die Formulierung des ehemaligen Beschäftigungsschutzgesetzes hatte konkret klargestellt: »Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten oder ein Dienstvergehen.« Die Reaktionen bei Verstößen sollten berechenbar sein. Und sie sollen notfalls eskalieren:<sup>267</sup> Der Arbeitgeber ist gem. § 12 Abs. 3 AGG verpflichtet zu einem – belästigungsfreien Arbeitsverhältnis – und damit dafür verantwortlich. Wenn er Belästigungen mit jeweils geeigneten Maßnahmen nicht vorbeugend verhindern kann, muss er reagieren, mit dem Ziel sexuelle Belästigungen zu ahnden, um dadurch für die Zukunft Belästigungen auszuschließen.

»Nach dem in § 12 Abs. 3 AGG übernommenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat bei sexuellen Belästigungen der Kündigung des Arbeitsverhältnisses – von Extremfällen abgesehen – regelmäßig eine Abmahnung voranzugehen. Sind mehrere Maßnahmen geeignet und möglich, die Benachteiligung infolge sexueller Belästigung für eine Arbeitnehmerin abzustellen, so hat der Arbeitgeber diejenige zu wählen, die den Täter am wenigsten belastet. Dies gilt umso mehr, wenn in der Dienststelle eine Dienstvereinbarung gilt, die gestufte Gegenmaßnahmen des Arbeitgebers für den Fall sexueller Belästigungen vorsieht.«<sup>268</sup> »Es liegt im Ermessen des Arbeitgebers, mit welchen Maßnahmen er auf Belästigungen eines Arbeitnehmers

durch einen Vorgesetzten reagiert. Der Arbeitnehmer kann die Entlassung des Vorgesetzten in der Regel nicht verlangen. Er hat aber einen Anspruch auf die Ausübung rechtsfehlerfreien Ermessens durch den Arbeitgeber. Der Arbeitgeber muss nur solche Maßnahmen ergreifen, die er nach den Umständen des Einzelfalles als verhältnismäßig ansehen darf und die ihm zumutbar sind. Wenn allerdings nach objektiver Betrachtungsweise eine rechtsfehlerfreie Ermessensentscheidung des Arbeitgebers nur das Ergebnis haben kann, eine bestimmte Maßnahme zu ergreifen, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf deren Durchführung.«<sup>269</sup> Danach kann eine Kündigung in der Regel nicht verlangt werden, solange noch nicht abgemahnt worden ist, aussichtslose Maßnahmen sind dem Arbeitgeber nicht zuzumuten.

Ab Seite 146 dieses Buches ist eine Auswahl gerichtlicher Entscheidungen aufgelistet. Daraus ist abzulesen, dass es keinen Automatismus gibt. Der Belästiger, der nachvollziehbar bereit, der sich hinreichend entschuldigt und der Ersttäter ist, wird besser wegkommen als der Serientäter, der nicht versteht, warum die Belästigten so zicken. Es kommt auch auf die soziale Lage des Belästigers an und darauf, wie grob der Übergriff ist. Das sind alles Einzelfallentscheidungen. Aber eins ist den Entscheidungen gemeinsam: Es geht um Prognose und Prävention, nicht um Bestrafung, um Zukunft und nicht um Vergangenheit.

»1. Belästigt ein Arbeitnehmer Andere sexuell, hat der Arbeitgeber dies durch geeignete und angemessene Maßnahmen wie Abmahnung, Versetzung oder Kündigung für die Zukunft zu unterbinden (§ 12 Abs. 3 AGG). 2. Auch im Falle einer sexuellen Belästigung ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses unverhältnismäßig, wenn eine Abmahnung erfolgversprechend ist. 3. Ob eine Abmahnung im Falle einer sexuellen Belästigung entbehrlich ist, weil der Arbeitnehmer hätte erkennen können, dass der Arbeitgeber ein solches Verhalten nicht hinnehmen werde, hängt auch davon ab, wie eindeutig die Personalführung des Arbeitgebers ist. Soweit die Personalführung, repräsentiert durch die jeweiligen Vorgesetzten, keine Zweifel aufkommen lässt, dass sexuelle Belästigungen jeder Art nicht toleriert werden und zu Konsequenzen führen, ist es für den Arbeitnehmer offenkundig, welche Folgen ein entsprechendes Verhalten haben kann.«<sup>270</sup>

Welche Maßnahme der Arbeitgeber ergreift, das ist ihm überlassen, er muss das jeweils mildeste Mittel nehmen, das aber hinreichend weh tut, um auf den Belästiger einzuwirken und das belästigungsfreie Klima wiederherzustellen.<sup>271</sup>

Das kann im Einzelfall eine Abmahnung sein, die ist aber entbehrlich, wenn das Verhalten hinreichend grob und uneinsichtig (siehe dazu unten) war. Es kann auch eine Versetzung sein. Viel zu häufig sind es die Frauen, die das Feld räumen, weil sie das Klima nicht aushalten. Und natürlich kann auch eine – sogar fristlose – Kündigung das geeignete Mittel sein, damit das Arbeitsklima nicht mehr von pseudoerotischen Klapsen und Grabschen und Quatschereien beeinträchtigt wird.

### **Direktionsrecht**

Zum Direktionsrecht gehört zunächst die Befugnis des Arbeitgebers, dem Belästiger eine andere Arbeit zuzuweisen, damit die Störung aufhört.<sup>272</sup> Ob das einfach so geht, hängt vom Inhalt des Arbeitsverhältnisses ab, andernfalls sind Versetzung und oder Änderungskündigung das geeignete Mittel (siehe unter Versetzung und Änderungskündigung).

Wenn aber allgemeine Appelle und freundliche Bekundungen nicht ausreichen, dann müssen der Arbeitgeber seinerseits und auch die Belegschaftsvertretungen konkreter werden.

Es mutet vielleicht seltsam an, wenn hier Tipps gegeben werden, wie ein Arbeitgeber Beschäftigte loswerden kann. Doch sollen die Belästigten aus Scham still ihren Arbeitsplatz verlieren, weil sie sich nicht offenbaren mögen?

### **Ermahnung und Abmahnung**

Die ADS-Studie 2015 erbrachte das Ergebnis, dass nach Beschwerden über sexuelle Belästigung in über 40 % der Fälle abgemahnt und in gut 20 % eine Abmahnung angedroht, aber noch nicht durchgesetzt worden sei. Der Arbeitgeber kann ermahnen. Die Ermahnung beanstandet ein Verhalten und erinnert an die vertraglichen Pflichten.<sup>273</sup> Die Ermahnung ist nicht zwingend notwendig, bevor mit den Maßnahmen eskaliert wird.



Er kann abmahnen: »Eine Abmahnung liegt vor, wenn der Arbeitgeber in einer für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennbaren Art und Weise Fehlverhalten beanstandet und damit den Hinweis verbindet, daß im Wiederholungsfalle der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet sei.«<sup>274</sup> Also hier tritt zu dem Tadel die Androhung von Konsequenzen. Eine Abmahnung ist immer dann erforderlich, wenn eine Verhaltensänderung bei hinreichender Deutlichkeit erwartet werden kann. Es geht hier wieder nicht um Bestrafung für die Vergangenheit, sondern um die Steuerung zukünftigen Verhaltens.<sup>275</sup>

Die Abmahnung muss der Arbeitgeber selbst aussprechen, die Stellungnahme der betrieblichen Beschwerdestelle ist nicht ausreichend.<sup>276</sup> Und die Abmahnung ist – nach angemessener Zeit – aus der Personalakte zu entfernen, das kann auch vereinbart werden.<sup>277</sup>

### **Versetzung**

Eine Versetzung ist »die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, die voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet, oder die mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Werden Arbeitnehmer nach der Eigenart ihres Arbeitsverhältnisses üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt, so gilt die Bestimmung des jeweiligen Arbeitsplatzes nicht als Versetzung.« So steht es im Gesetz.<sup>278</sup> Damit ist gemeint, dass bei nicht ständigem Arbeitsplätze (etwa bei Monteuren) nicht jeder Arbeitseinsatz mitbestimmungspflichtig ist. Eine Versetzung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Arbeit so organisiert ist, dass Männer und Frauen getrennt werden können.<sup>279</sup>

Der Betriebsrat ist zu beteiligen.<sup>280</sup>

Sehr häufig beschränkt sich der Belästiger aber nicht auf ein Opfer, so dass auch an einem anderen Arbeitsplatz Belästigungen zu erwarten sind. Wenn es aber reine Männerarbeitsbereiche gibt, dann ist das eine Option.<sup>281</sup>

Wenn eine Versetzung aus Bestandsschutzgründen nicht möglich ist, kommt auch eine Änderungskündigung (siehe unter Änderungskündigung) in Frage.

### **Anspruch auf Kündigung des Belästigers?**

Der Arbeitgeber kann den Belästiger kündigen. Die ADS-Studie 2015 erbrachte das befremdliche Ergebnis, dass nur 1 % der Personalverantwortlichen in der Personalabteilung der Auffassung war, dass Kündigungen ein probates Mittel gegen sexuelle Belästigung sei. Dies mag sich daraus erklären, dass eine Kündigung als die härteste Reaktion des Arbeitgebers anzusehen ist, und dass sie davon ausgingen, das auf einer niedrigeren Schwelle zufriedenstellend regeln zu können.

In der Regel kann die Entlassung eines Belästigers nicht verlangt werden; das folgt, wie eingangs unter Eskalation der Mittel dargestellt, daraus, dass immer erst die milderen Mittel versucht werden müssen. Bei besonders massiven Übergriffen kann die Fürsorgepflicht gegenüber den Belästigten dann allerdings eine Kündigung notwendig machen.<sup>282</sup>

»Eine sexuelle Belästigung i.S.v. § 3 Abs. 4 AGG stellt nach § 7 Abs. 3 AGG eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar. Sie ist ›an sich‹ als wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB geeignet. Ob die sexuelle Belästigung im Einzelfall zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls, u. a. von ihrem Umfang und ihrer Intensität.«<sup>283</sup>

Auch bei lange unbeanstandeter Belästigung – im konkreten Fall<sup>284</sup> wurde sie in Kenntnis der Vorgesetzten über Jahre hinweg fortgesetzt – kann der Arbeitgeber dann nicht auf der Stelle fristlos kündigen. Er muss erst versuchen, den Belästiger zur Verhaltensänderung zu bringen. Sonst könnte der Eindruck entstehen, dass der Kündigungsgrund sexuelle Belästigung nur vorgeschoben sei. Für die Belästigte ist das kein Nachteil, sie hat ja ihren Anspruch auf bezahlte Freistellung, wenn sie gefährdet ist.

Da es keine absoluten Kündigungsgründe gibt, kommt auch ein genereller Katalog nicht in Frage. Nur ausnahmsweise reichen verbale Belästigungen.<sup>285</sup> Arbeitsgerichte sind an strafrechtliche Verurteilungen nicht gebunden.<sup>286</sup> Aber immer muss der Reihe nach geprüft werden. Was tut hinreichend weh, um eine Verhaltensänderung verlässlich zu bewirken?

Bei der Kündigung wird ein konkreter Sachverhalt unterstellt, der dann für eine Kündigung reichen muss – immer unter der Voraussetzung, dass vorher die Stufen Abmahnung und Versetzung für unzureichend gehalten werden konnten. Nur ausnahmsweise ist das entbehrlich, nämlich dann, wenn der Vorfall so gravierend ist, dass der Belästiger unter keinen Umständen damit rechnen konnte, dass der Arbeitgeber das billigt. Dann gilt der Vertrauensbereich als betroffen. Dann kann sofort gekündigt werden.

Auch wenn der Belästiger ohne jede Einsicht oder Wiederholungstäter<sup>287</sup> ist, wird nicht vermutet, dass er sein Verhalten nunmehr ändert, dann muss gekündigt werden. Bei Wiederholungsbelästigern gilt das Gebot des möglichst milden Mittels nicht mehr:

»Ist der Arbeitnehmer wegen gleichartiger Pflichtverletzungen schon einmal abgemahnt worden und verletzt er seine vertraglichen Pflichten gleichwohl erneut, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch weiterhin zu Vertragsstörungen kommen. Dabei ist nicht erforderlich, dass es sich um identische Pflichtverletzungen handelt. Es reicht aus, dass die jeweiligen Pflichtwidrigkeiten aus demselben Bereich stammen und somit Abmahnungs- und Kündigungsgründe in einem inneren Zusammenhang stehen. Entscheidend ist letztlich, ob der Arbeitnehmer aufgrund der Abmahnung erkennen konnte, der Arbeitgeber werde weiteres Fehlverhalten nicht hinnehmen, sondern ggf. mit einer Kündigung reagieren.«<sup>288</sup>

### **Tat- und Verdachtskündigung**

Die Kündigung wegen sexueller Belästigung ist als verhaltensbedingte Kündigung möglich als Tat Kündigung oder als Verdachtskündigung,<sup>289</sup> der Arbeitgeber kann beide Kündigungen aussprechen, aber er darf die Beweggründe nicht vermischen.<sup>290</sup> Bei der Verdachtskündigung darf er nicht aus einzelnen, für sich unverfänglichen Begebenheiten einen Verdacht konstruieren.<sup>291</sup> Wenn die Indizien stark sind, kann eine Verdachtskündigung auch dann gerechtfertigt sein, wenn das mutmaßliche Opfer sexuelle Kontakte verneint.<sup>292</sup> Vor Ausspruch der Verdachtskündigung muss aber zwingend Gelegenheit gegeben werden, die Verdachtsmomente zu entkräften.<sup>293</sup> Die Anforderungen an die Wirk-

samkeit einer Verdachtskündigung sind nicht geringer,<sup>294</sup> aber trotz der rechtlichen Zulässigkeit widerspricht das dem allgemeinen rechtlichen Grundsatz in dubio pro reo. Bei der Tatündigung sagt der Arbeitgeber, dass er diese Belästigungen nicht wünsche und dass der Belästiger das dennoch getan hat, wie die Belästigte als Zeugin bestätigen könne. Das ist an sich ein ganz normaler Vorgang. Wenn es um Zu-Spät-kommen, um Diebstahl, um unsachgemäße Arbeit geht, dann stehen oft Zeugen und Zeuginnen bereit, die den Vorgang bestätigen können. Und dann kommt es natürlich auf die Glaubwürdigkeit der Zeuginnen und Zeugen an. Bei der sexuellen Belästigung ist der Arbeitgeber auf eine Verdachtskündigung nicht angewiesen, weil er ja eine Zeugin hat, die kann die Tat bezeugen. Ich kann nicht nachvollziehen, warum in so vielen Fällen Arbeitgeber Verdachtskündigungen ausgesprochen haben, so, als würden sie die Aussagen der Belästigten nur als ausreichend für einen Verdacht, nicht aber für den Nachweis der Belästigung ansehen. Es ist rechtlich zulässig, vorsichtig, aber es diskriminiert die Zeuginnen.

### **Druckkündigung**

Bei der Druckkündigung verlangt zunächst der Betriebsrat vom Arbeitgeber die Entlassung »betriebsstörender Arbeitnehmer« (§ 104 BetrVG).<sup>295</sup> Es gibt aber auch den Druck von Anderen:

Auch Geschäftspartner oder KollegInnen können mit Nachteilen für den Fall drohen, dass eine bestimmte Person nicht gekündigt wird. Bei sexueller Belästigung könnten ArbeitnehmerInnen geltend machen, dass sie mit dem Belästiger wegen der Belästigung nicht mehr zusammenarbeiten wollen, und dass sie gehen, wenn er nicht gehen muss. »Eine Druckkündigung liegt vor, wenn Dritte unter Androhung von Nachteilen für den Arbeitgeber von diesem die Entlassung eines bestimmten Arbeitnehmers verlangen.«<sup>296</sup> Druckkündigungen kommen nach Kindesmissbrauch vor. Wenn aber der Arbeitsbereich nicht berührt ist, wenn es sich also auch nicht um Kollegenkinder<sup>297</sup> handelt, sollte die Ahndung von Straftaten dem Staat überlassen bleiben. Wenn 300 Beschäftigte streiken, weil ein sexueller Straftäter als Freigänger wieder arbeitet,<sup>298</sup> dann ist das Selbstjustiz und Hexenjagd – und sowieso hat ein sozial integrierter Straftäter weniger Gelegenheit

zum Rückfall. Das Streikrecht soll der Verbesserung der Arbeits- und Lebensbedingungen vorbehalten bleiben. Nach früherer Auffassung mussten Betroffene zu dem geltend gemachten Druck nicht einmal angehört werden,<sup>299</sup> das ist nicht rechtsstaatlich, weil sich Druck auch jederzeit organisieren lässt. »Gründe, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen den Parteien nicht erwarten lassen, können nur solche sein, die das persönliche Verhältnis zum Arbeitgeber, die Wertung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers, seiner Leistung oder seiner Eignung für die ihm gestellten Aufgaben und sein Verhältnis zu den übrigen Mitarbeitern betreffen.«<sup>300</sup>

Entsprechendes gilt für wichtige Kunden.<sup>301</sup> Zunächst muss wie immer nach dem milderen Mittel gesucht werden und das bedeutet auch, dass der Arbeitgeber versuchen muss, diejenigen, die ihm mit Nachteilen drohen umzustimmen.<sup>302</sup> Der Betriebsfrieden muss wiederholt und ernsthaft gestört sein.<sup>303</sup> Bei einer Druckkündigung kann ausnahmsweise auch eine betriebsbedingte Kündigung in Frage kommen.<sup>304</sup>

### **Änderungskündigung**

Möglich ist auch eine Änderungskündigung, das bedeutet gem. § 2 KSchG eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem gleichzeitigen Angebot zu anderen, in der Regel schlechteren Arbeitsbedingungen weiter zu arbeiten. Dieses Angebot kann abgelehnt oder angenommen werden, eine Klage kann beschränkt werden auf dieses Angebot oder die ganze Änderungskündigung betreffen. Diese kann angezeigt sein, wenn der Belästiger von der Belästigten getrennt werden soll und wenn dies nicht über das Direktionsrecht des Arbeitgebers oder eine Versetzung zu bewerkstelligen ist. Die Änderungskündigung ist wegen ihrer Formerfordernisse juristisch etwas heikel.<sup>305</sup> Die Voraussetzungen für eine Kündigung müssen vorliegen.

Eine Auflistung der Entscheidungen findet sich ab Seite 146 dieses Buches. Sie belegen, dass Belästigung beendet werden kann.

### **Fristlose Kündigung**

Wenn das Ausmaß der Belästigungen derart frauenfeindlich ist, dass der Belästiger unter keinen Umständen mit der Duldung seines Tuns rech-

nen durfte, dann ist der Vertrauensbereich betroffen und der Arbeitgeber kann auch ohne Abmahnung kündigen.

Sogar die fristlose Kündigung kommt nach § 626 BGB dann in Betracht, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zu seinem regulären Ende nicht zugemutet werden kann. Sobald der Arbeitgeber die tragenden Gründe für eine Kündigung zusammen hat, muss er innerhalb von zwei Wochen handeln, sonst ist die Kündigung bereits aus formalen Gründen unwirksam.<sup>306</sup>

Das gilt auch für die fristlose Kündigung von Schwerbehinderten,<sup>307</sup> sie sind nicht vor Sanktionen geschützt,<sup>308</sup> allerdings muss auch zu ihren Gunsten berücksichtigt werden, wenn ihre Behinderung für die beanstandete Belästigung ursächlich ist.<sup>309</sup>

Die fristlose Kündigung wird sicher immer dann erwogen werden, wenn etwa eine Auszubildende sexuell belästigt wird. Hier reicht die Frage nach der Echtheit der Oberweite und die anschließende Berührung für eine fristlose Kündigung – sogar nach 30 Jahren Betriebszugehörigkeit.<sup>310</sup>

Die fristlose Kündigung ist bei gravierender Belästigung auch angezeigt, wenn Belästiger und Belästigte auf engem Raum zusammenarbeiten und eine andere Arbeitsmöglichkeit nicht möglich ist.<sup>311</sup>

Wenn der Arbeitgeber einen sachlichen Grund hat für seine Untätigkeit – zum Beispiel den ungewissen Ausgang eines Ermittlungsverfahrens – kann daraus nicht geschlossen werden, dass er nicht kündigen werde und er darf das Ergebnis abwarten. Verdachtskündigungen schaffen endgültige Verhältnisse, und sie sind rechtsstaatlich heikel, darum ist Abwarten empfehlenswert.

## **Arbeitgeber als Belästiger**

Wenn der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis der Belästiger ist, dann wird es schwierig.<sup>312</sup> Natürlich wird er sich selbst nicht mit der Begründung kündigen, dass er nicht sexuell belästigen darf, aber die Belästigte kann ihn auch nicht entlassen. An juristischen Möglichkeiten greifen hier nur die Vorschriften, die ihn in der Ausübung des Berufs einschränken. Aber auch Berufsverbote können verhängt werden und wurden verhängt, das gesetzliche Instrumentarium ist vorhanden.<sup>313</sup>

Das rettet nicht den Arbeitsplatz der Belästigten, aber es gibt wenigstens keine belästigten Nachfolgerinnen. Zu Sanktionsmöglichkeiten siehe das Kapitel »Außerhalb des Arbeitsverhältnisses kein Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz«.

Und natürlich bestehen für die Belästigte die Ansprüche auf Leistungsverweigerung, Entschädigung und Schadensersatz (§§ 14 und 15 AGG), wie unter diesen Stichpunkten oben skizziert und ab Seite 120 dieses Buches näher ausgeführt wird.

Wenn der Arbeitgeber Auszubildende sexuell belästigt oder wenn er nicht einschreitet, wird in der Regel die Ausbildungseignung aberkannt.<sup>314</sup> In einem Fall wurde einem Ausbildungsbetrieb »auf Grund rechtskräftiger Verurteilung wegen sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen in 110 Fällen« durch den Firmeninhaber die Ausbildungsbefugnis entzogen. Es waren mindestens vier Auszubildende und er tat es immer wieder. Der Firmengründer wechselte die Position und wurde Prokurist, sein Sohn alleiniger Geschäftsführer. Dem Betrieb wurde auferlegt sicherzustellen, dass dieser Prokurist und Firmengründer nicht mehr mit Auszubildenden in Berührung käme. Dem wollte der Sohn nicht nachkommen, weil der Vater doch eine günstige Sozialprognose habe, dem folgte das Gericht aber nicht.<sup>315</sup> Dieser Tatbestand dürfte ein überzeugendes Beispiel für ein verstümmeltes Unrechtsbewusstsein sein.