ArbG Weiden, Endurteil v. 13.03.2023 – 3 Ca 556/22

Titel:

Umdeutung einer außerordentlichen fristlosen Kündigung in eine fristwahrende ordentliche Kündigung

Normenketten:

KSchG § 4 S. 1
BGB § 140, § 626 S. 1
AGG § 3 Abs. 4, § 7 Abs. 3, § 12 Abs. 3

Leitsätze:

1. Auf ein vorsätzliches Verhalten kommt es iRd § 3 Abs. 4 AGG nicht an. Im Verstoß gegen die sexuelle Selbstbestimmung liegt zugleich die Verletzung der Würde der betroffenen Personen. (Rn. 24 – 28) (redaktioneller Leitsatz)
2. Eine Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen des Arbeitnehmers ist dann sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und idR schuldhaft verletzt hat, eine dauerhafte störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile angemessen erscheint. (Rn. 46 – 48) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Sexuelle Belästigung, Kündigung, Video, Augenschein, außerordentliche fristlose Kündigung, fristwahrende ordentliche Kündigung, grob respektloses Verhalten, sexuelle Selbstbestimmung, Notdurft, Fahrzeug

Tenor

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung der Beklagten vom 18.08.2022 nicht fristlos, sondern erst zum 30.09.2022 aufgelöst worden ist.

2 Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3 Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

4 Der Streitwert wird auf 10.950,- € festgesetzt.

5 Die Berufung wird nicht gesondert zugelassen.

Tatbestand

1
Die Parteien streiten um den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses.

2
Der am ... 1967 geborene Kläger war seit 05.02.2018 bei der Beklagten als Maurer beschäftigt. Der monatliche Bruttoarbeitslohn betrug stets zwischen 3.600 und 3700 €. Auf den mit der Klage vorgelegten Arbeitsvertrag wird verwiesen (Bl. 9 ff. d.A.).

3
Die Beklagte beschäftigt regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer. Auf das Arbeitsverhältnis findet der Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) vom 28.09.2018 Anwendung.

4
Die Beklagte ließ das klägerische Arbeitsverhältnis über ihren Prozessvertreter mit Schreiben vom 18.08.2022 außerordentlich fristlos kündigen (vgl. Bl. 12 d.A.).

5
Dagegen wehrt sich der Kläger mit der vorliegenden Kündigungsschutzklage vom 26.08.2022, die am selben Tag bei Gericht eingegangen ist und dem Beklagtenvertreter am 29.08.2022 zugestellt wurde. Die Kündigung sei ihm – dem Kläger – am 23.08.2022 zugegangen. Soweit darin zur Begründung ausgeführt

worden sei, dass er – der Kläger – am 09.08.2022 das Fahrzeug des Mitarbeiters F. M. geöffnet, anschließend seine Hose aufgemacht habe und in das Fahrzeug seine Notdurft habe verrichten wollen, was er aber abgebrochen habe, da er beobachtet worden sei, so sei dies nicht richtig. Er habe sich zwar tatsächlich an das Auto gestellt, die Türe vorher geöffnet und so getan, als ob er die Hose öffnen und reinpinkeln wollte. Dies sei aber nur eine Gaudi bzw. einfach ein derber Spaß gewesen. Der Kläger habe weder seine Hose geöffnet, noch vorgehabt, sie zu öffnen und er habe natürlich auch nicht in das Fahrzeug pinkeln wollen. Auch auf dem beklagtenseits vorgelegten Video sei zu sehen, dass alle anderen anwesenden Personen, Herr E., Herr G. und Herr F., ständig lachten und das Ganze offensichtlich auch nur als Spaß auffassten. Irgendetwas ernst zu Nehmendes und erst recht gegen die Firma oder Herrn E. Gerichtetes sei damit überhaupt nicht verbunden gewesen. Weder der Kläger, noch die übrigen Beteiligten hätten auch einen Anlass gehabt und seien auch erst kurz zuvor vom Beklagtengeschäftsführer bzw. Vorgesetzten gelobt worden. In der Kürze der Zeit wäre es auch überhaupt nicht gegangen, die Hose aufzumachen und im Fahrzeug seine Notdurft zu verrichten. Der Vorgang sei auch nicht abgebrochen worden, da sich der Kläger beobachtet gefühlt habe, da ständig drei weitere Personen anwesend gewesen seien, die ihn von Anfang an gesehen hätten. Auch habe er nicht seine Genitalien gegen das Fahrzeug gerieben. Dazu hätte er seine Hose herablassen müssen, was ausweislich des Videos (Armbewegungen und frei bleibendes Schienbein des Klägers) nicht geschehen sei. Man könne nicht innerhalb von 10 Sekunden in den Transporter urinieren oder dorthin urinieren wollen oder sein Geschlechtsteil an den Bus reiben und dann die Hose wieder hinaufziehen. Der Kläger habe bereits seit eineinhalb Jahren kein Wort mehr mit Herrn M. geredet und ihm gegenüber keine Missachtung zum Ausdruck gebracht, wie es die Kündigung behaupte. Er sei auch nicht abgemahnt. Die Kündigung sei insgesamt unwirksam und sozial ungerechtfertigt. Wegen weiterer Einzelheiten zum Vortrag des Klägers wird vollumfänglich und bezüglich aller Details auf die hierzu eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

6
Der Kläger beantragt zuletzt,

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die außerordentliche fristlose schriftliche Kündigung der Beklagten vom 18.08.2022, zugegangen am 23. August 2022 per Einwurf-Einschreiben, nicht aufgelöst worden ist.

2. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

3. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu 1) als Mauerer bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag weiterzubeschäftigen.

7
Die Beklagte beantragt hingegen,

die Klage abzuweisen.

8
Die Beklagte hält die Kündigung für berechtigt und wirksam. Der Kläger habe am 09.08.2022 tatsächlich auf dem Betriebsgelände der Beklagten das Fahrzeug des Mitarbeiters F. M. geöffnet, dann seine Hose geöffnet und offensichtlich seine Notdurft im Fahrzeug verrichten wollen, Letzteres aber abgebrochen, nachdem er sich beobachtet gefühlt habe. Wenn der Kläger ausführe, dass er sich zwar vor das Auto gestellt, aber nur so getan habe, als ob er die Hose öffnen und reinpinkeln wolle, so werde dies durch die Aufnahmen der sich auf dem Lagerplatz befindlichen Kamera widerlegt. Letzteres ergebe sich auch daraus, dass der Kläger zwar nicht mehr in das Fahrzeug pinkelte, jedoch offensichtlich seine Genitalien innen gegen die Fahrzeugtür wie auch den Sitz und die Armaturen gerieben habe, was einen Kollegen des Klägers, dem das Fahrzeug für den sich in Urlaub befindlichen F. M. anvertraut gewesen sei, dazu veranlasst habe, eine Desinfektion vorzunehmen. Als der Geschäftsführer der Beklagten hiervon erfahren habe, habe er den Kläger vom Firmengelände verwiesen. Das krasse Fehlverhalten des Klägers rechtfertige eine fristlose Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung. Ein derart respektloses Verhalten könne nicht geduldet werden. Es sei die Frage erlaubt, was sich ein Arbeitgeber noch alles gefallen lassen müsse, wenn dieses Verhalten keine entsprechenden Folgen nach sich ziehen würde. Wegen weiterer Einzelheiten zum Vortrag der Beklagten wird vollumfänglich und bezüglich aller Details auf die hierzu eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

9

Die Kammer hat Beweis erhoben durch Inaugenscheinnahme der Aufzeichnungen der Überwachungskamera sowie durch uneidliche Einvernahme der Zeugen E., F. und G.. Diesbezüglich wird auf den beklagtenseits zur Akte gereichten USB-Stick sowie das Sitzungsprotokoll vom 08.03.2023 (ab BI. 59 ff. d.A.) verwiesen.

10
Zur Ergänzung des Tatbestandes wird im Übrigen noch auch den sonstigen Akteninhalt verwiesen.

Entscheidungsgründe

11
Die Klage hat in der Sache teilweise Erfolg, da die Kündigung als außerordentliche fristlose unwirksam ist, diese aber in eine fristwahrende ordentliche Kündigung zum nächstzulässigen Termin umgedeutet werden kann.

12
Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist eröffnet gem. S. 2 1 Nr. 3 b ArbGG. Das Arbeitsgericht Weiden i.d.OPf – Kammer Schwandorf – ist im Hinblick auf den Arbeitsort des Klägers in C-Stadt im Landkreis B-Stadt örtlich zuständig, S. 48 la 1 ArbGG.

13
Die Klage ist hinsichtlich des Antrages 1) zulässig. Das Feststellungsinteresse gem. S. 256 I ZPO für diesen Kündigungsschutzantrag besteht mit Blick auf die drohende Präklusion in SS 4, 7 KSchG. Der gegen eine außerordentliche Kündigung gerichtete Kündigungsschutzantrag gem. S. 4 S. 1 KSchG umfasst „automatisch“ auch das Begehren festzustel'en, das Arbeitsverhältnis ende nicht aufgrund einer gegebenenfalls nach S. 140 BGB kraft Gesetzes eintretenden Umdeutung der außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche.

14
Die Klage wurde durch Zustellung beim Beklagtenvertreter am 29.08.2022 rechtzeitig innerhalb von drei Wochen nach Kündigungszugang erhoben gem. S. 4 S. 1 KSchG, so dass die Kündigung nicht gem. SS 13 1 2; 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam gilt.

15
Die außerordentliche fristlose Kündigung vom 18.08.2022 ist unwirksam, da kein wichtiger Grund iSd. S. 626 1 BGB hierfür vorliegt.

16
1. Nach S. 626 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – hier nach S. 11 1.2 Satz 1, 1. Alt. BRTV bis zum 30.09.2022 – nicht zugemutet werden kann.

17
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.

18
2. Auf den Fall angewendet ergibt sich daraus, dass ein „an sich“ zur Kündigung geeigneter wichtiger Grund vorliegt.

19
a. Der Kläger hat sich am 09.08.2022 gegen 06.00 Uhr beim Zeugen E. danach erkundigt, ob der von diesem gerade beladene Transporter dem Schwein gehöre. Damit hat der Kläger Herrn F. M. gemeint. Als der Zeuge E. ihm gegenüber erklärt hat, dass dies der Transporter des „F.“ M. ist, hat der Kläger die Fahrertüre (weiter) geöffnet, seine Genitalien (Penis und Hoden) entblößt und diese in das Getränkefach der Fahrertüre eingehängt, wobei er mit seinen Genitalien die Innenverkleidung des Transporters berührt

hat. Dabei hat der Kläger durch seine Haltung und durch Geräusche so getan, als ob er seine Notdurft verrichtet. Den Penis des Klägers und dessen Einhängen in die Fahrertüre hat auch der Zeuge F. beobachtet.

20
b. Von diesem Sachverhalt ist die Kammer aufgrund des gesamten Inhalts der Akte, der Verhandlung und des Ergebnisses der durchgeführten Beweisaufnahme überzeugt, S. 286 1 ZPO. Die Kammer folgt dabei insbesondere dem Zeugen E., den sie aufgrund dessen detaillierter, ruhiger und ohne erkennbaren Belastungseifer erfolgter Aussage für vollständig glaubwürdig hält. Die Aussage des Zeugen E. passt auch zum angesehenen Video. Hier ist zu sehen, dass der Kläger – teilweise verdeckt durch die Transportertüre – Bewegungen macht, die denen bei der Benutzung eines Urinals ähneln. Die Aussage des Zeugen passt insbesondere zum Umstand, dass der Zeuge im Anschluss an die „Aktion“ unwidersprochen und von der Kamera dokumentiert eine Desinfektion an der Fahrertüre vornahm, was durch den beschriebenen Ablauf vollständig nachvollziehbar wird.

21
Der Zeuge F. hat den Vorfall im Kern so bestätigt. Beim Zeugen G. ist sich die Kammer nicht hinreichend sicher, ob und inwieweit seine Erklärungen der Wahrheit entsprechen. Einerseits steht der Zeuge objektiv aufgrund seiner eigenen Kündigung und des dazu bald anstehenden Kammertermins enorm unter Druck. Außerdem kann die Kammer den Ausführungen des Zeugen zum Spucken in Richtung des Transporters – laut Zeuge schaue er nicht, wohin er spucke – nicht folgen. Die Inaugenscheinnahme des Videos ergab zur Überzeugung des Gerichts vielmehr, dass das zweite Spucken zielgerichtet in Richtung des Transporters erfolgte. Aufgrund der daraus folgenden erheblichen Zweifel vermochte die Kammer die Aussagen des Zeugen G. für ihre Entscheidung nicht heranzuziehen.

22
Dass der Kläger vor anderen seine Genitalien – nach dem Zeugen F. nur seinen Penis – entblößt und damit bewusst die Fahrerinnentüre berührt hat, steht zur Überzeugung des Gerichts damit fest. Ob er hierfür die Hose ganz oder teilweise geöffnet bzw. teilweise heruntergezogen hat, spielt aus Sicht des Gerichts keine Rolle. Die von den Zeugen geschilderte „Aktion“ ist jedenfalls bei einem nur teilweisen Herunterziehen der Hose in der gegebenen Zeit durchaus möglich und nach den glaubwürdigen Zeugen eben auch erfolgt.

23
c. Dies stellt einen Sachverhalt dar, der „an sich“ für eine fristlose Kündigung geeignet ist. Auf eine strafrechtliche Bewertung kommt es dabei nicht an.

24
aa. Der Kläger hat mit seinem Vorgehen ein grob respektloses und beleidigendes Verhalten gegenüber dem Zeugen M. gezeigt, indem er diesen vor anderen als Schwein bezeichnet hat und bewusst dessen Auto in ekelerregender Weise an der Innenverkleidung der Fahrertüre mit seinen Genitalien berührt hat. Darüber hinaus hat er jedenfalls auch gegenüber dem Zeugen E., der den Wagen an diesem Tag fahren musste, ein grob respektloses Verhalten an den Tag gelegt, indem er diesen mit seiner „Aktion“ behelligte. Der Kläger hat seine Kollegen in die Rolle von Zeugen einer erheblichen Absenkung des Niveaus des Umgangs miteinander gezwungen – und das absichtlich. All dies stellt rechtlich eine erhebliche Verletzung der Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Beklagten gem. S. 241 II BGB dar. Denn die Beklagte hat ein schützenswertes Interesse daran, dass ihre Arbeitnehmer untereinander respektvoll umgehen, gedeihlich zusammenarbeiten und Dienstfahrzeuge nicht missbraucht und verunreinigt werden.

25
bb. Aus Sicht des Gerichts liegt überdies eine sexuelle Belästigung der Kollegen E. und F. durch den Kläger gem. S. 3 IV AGG vor, indem er diese während der Beladung der Transporter mit seinen entblößten Genitalien und seinem Vorgehen an der Fahrertüre behelligte (Berühren der Innenverkleidung und „Einhängen“ ins Getränkefach).

26
Damit werden beide in ihrem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung verletzt, das darin besteht, selbst darüber zu entscheiden, ob sie von einem anderen in ein sexualbezogenes Geschehen involviert werden wollen oder eben nicht (vgl. BAG vom 29.6.2017, 2 AZR 302/16). Das überaus vulgäre Benehmen des Klägers stellt ein sexuell bestimmtes Verhalten am Arbeitsplatz iSd. S. 3 IV AGG dar, das aus Sicht eines

objektiven Betrachters auch von den Kollegen unerwünscht ist. Objektive Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger davon hätte ausgehen können, dass die Kollegen zu Dienstbeginn mit seinen Geschlechtsteilen und seinem mit Geräuschen untermalten Vorgehen an der Fahrertüre konfrontiert werden wollen, sind jedenfalls im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht zu Tage getreten.

27
Auf Vorsatz oder darauf, wie der Kläger selbst sein Verhalten zunächst eingeschätzt und empfunden haben mag bzw. verstanden wissen wollte, kommt es iRd. S. 3 IV AGG gerade nicht an (vgl. BAG vom 29.6.2017, 2 AZR 302/16). Im Verstoß gegen die sexuelle Selbstbestimmung liegt zugleich die Verletzung der Würde der betroffenen Personen iSd. S. 3 IV AGG (vgl. BAG a.a.O.).

28
Auch insofern liegt gem. S. 7 III AGG eine Verletzung vertraglicher Pflichten durch den Kläger vor, die „an sich“ als wichtiger Grund geeignet ist. Der Arbeitgeber ist nach S. 12 1 und III AGG gerade verpflichtet, Arbeitnehmer vor sexuellen Belästigungen zu schützen und gegebenenfalls auch angemessene Maßnahmen zu ergreifen.

29
3. Eine außerordentliche fristlose Kündigung ist bei Berücksichtigung aller Umstände des Streitfalls und nach Abwägung der gegenteiligen Interessen der Parteien gleichwohl nicht gerechtfertigt.

30
Eine Gesamtbetrachtung aller ersichtlichen Umstände führt zur Überzeugung des Gerichts im Ergebnis dazu, dass der Beklagten eine Fortsetzung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar gewesen wäre.

31
a. 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.

32
In die vorzunehmende Abwägung sind alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände einzubeziehen, die für oder gegen eine außerordentliche Kündigung sprechen. Regelmäßig sind jedoch das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen bisheriger störungsfreier Verlauf zu berücksichtigen (vgl. BAG vom 23.8.2018, 2 AZR 235/18).

33
b. Vorliegend wäre die ordentliche Kündigung zum 30.09.2022 ein milderes und ausreichendes Mittel gewesen, um künftige Vertragsstörungen durch den Kläger zu vermeiden.

34
aa. Der Hauptvorwurf der Beklagten, nämlich dass der Kläger beabsichtigte, seine Notdurft in das Fahrzeug zu verrichten, hat sich nicht bestätigt. Der Kläger wurde von Beginn seiner „Aktion“ an jedenfalls vom Zeugen E. bemerkt, was ihm auch bewusst gewesen sein muss. Damit kann entgegen des Vortrags der Beklagten nicht davon ausgegangen werden, dass er sein Vorhaben abgebrochen hat, weil bzw. nachdem er sich beobachtet fühlte. Dass der Kläger in (ihm bewusster) Anwesenheit des Zeugen E. seine Notdurft ins Fahrzeug verrichten wollte, hält das Gericht für unvorstellbar und damit ausgeschlossen. Für eine solche Annahme haben sich im Laufe des Prozesses keine Anhaltspunkte ergeben, auch die Beklagte geht offenbar davon aus, dass der Kläger seine Notdurft nur unbeobachtet verrichtet hätte.

35
bb. Das im Rahmen der Beweisaufnahme festgestellte Verhalten des Klägers stellt zwar gleichwohl eine Vertragsverletzung von erheblichem Gewicht dar, es erscheint bei näherer Betrachtung der Gesamtumstände aber nicht ganz so drastisch wie beklagtenseits angenommen.

36

Der Kläger ging nicht heimlich vor und wollte offenbar auch keine grobe Verunreinigung (Notdurft) produzieren. Vielmehr stellt sich die Aktion nach Einsicht des Videos als schlechter Scherz zu Lasten anderer dar. Zu dieser Erkenntnis gelangt die Kammer, da die Kollegen lachten, wenngleich der Zeuge E. auch ausgeführt hat, dass er die „Aktion“ eben auch als ekelhaft empfunden habe.

37
cc. Die Kammer sieht sehr wohl, dass gegen den Kläger auch die beleidigende Bezeichnung des Herrn M. und die sexuelle Belästigung gegenüber den anwesenden Kollegen sprechen.

38
Bei alldem ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich beim Kläger und den einvernommenen Zeuge eher um „Männer der Tat“ als der stets vornehmen Umgangsformen handelt und in der Baubranche ein rauerer Umgangston herrscht, als z.B. in einer Bank. Dies bedeutet zwar nicht, dass deshalb Herabwürdigungen folgenlos hinzunehmen sind. Bei der Gewichtung der Schwere eines Verstoßes sind diese Umstände aber durchaus mildernd einzukalkulieren (vgl. zuletzt LAG Köln vom 4. 7.2019, 7 Sa 38/19).

39
Hinzu kommt, dass die erfolgte Belästigung von ihrer Intensität her eher als gering einzustufen ist, was sich aus Sicht der Kammer daraus begründet, dass sich die „Aktion“ – für diese erkennbar – nicht gegen die betroffenen Zeuge gerichtet hat und eine Betroffenheit oder gar Entrüstung nach dem Video bei keinem der – sogar auch lachenden – Zeugen vorlag.

40
dd. Für den Kläger spricht, dass er im Kündigungszeitpunkt immerhin schon 4,5 Jahre bei der Beklagten beschäftigt war, und dies bislang unbeanstandet. Er ist auch wegen seiner guten Arbeitsleistungen vom Arbeitgeber erst kurz vor der Kündigung noch gelobt worden.

41
ee. Da überdies nicht zu erwarten war, dass der Kläger innerhalb der überschaubaren Kündigungsfrist ein vergleichbares Fehlverhalten wiederholt, überwiegt insgesamt das Arbeitnehmerinteresse dasjenige des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung. Es war der Beklagten zumutbar, dem Kläger noch eine gewisse Zeit zu geben, um sich auf die neue Lage einzustellen. Die Beklagte hätte ihn hierfür z.B. unter Einbringung von Resturlaub (vgl. 3 Ca 556/22) freistellen können (vgl. zu diesem Aspekt z.B. Gal[ner/Mestwerdt/ Nägele, Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl., S. 626 BGB Rn. 90, zitiert nach beck-online).

42
Die damit unwirksame außerordentliche Kündigung ist aber gem. S. 140 BGB in eine ordentliche fristgerechte Kündigung zum 30.09.2022 umzudeuten.

43
1. Die Voraussetzungen für eine Umdeutung liegen vor. Die Beklagte wollte das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall beenden, was dem Kläger auch erkennbar war. Die ordentliche Kündigung ist als verhaltensbedingte Kündigung auch wirksam.

44
Zwar findet das Kündigungsschutzgesetz vorliegend Anwendung, da dessen Voraussetzungen gem. SS 1 1 23 KSchG gegeben sind. Eine ordentliche Kündigung erweist sich als verhaltensbedingte Kündigung aber als rechtswirksam iSd. S. 1 1, KSchG, so dass die Umdeutung möglich ist.

45
2. Das aufgezeigte Vorgehen des Klägers – Bezeichnung des Kollegen als Schwein, Entblößen seiner Genitalien und Berühren der Fahrerinnentüre damit unter Einhängen in das Getränkefach, damit einhergehende sexuelle Belästigung gegenüber den anwesenden Zeugen – stellt ein Verhalten dar, das eine Kündigung bedingt iSd. S. 1 Il 1 KSchG.

46
a. Eine Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen des Arbeitnehmers ist dann sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und i.d.R. schuldhaft verletzt hat, eine dauerhafte störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile angemessen erscheint.

47
Eine Kündigung scheidet dagegen aus, wenn schon mildere Mittel und Reaktionen von Seiten des Arbeitgebers – wie etwa eine Abmahnung – geeignet gewesen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue zu bewirken. Bei einer auf steuerbarem Verhalten beruhenden Pflichtverletzung ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sich bereits die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv auf das künftige Verhalten des Arbeitnehmers auswirkt. Ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb im Grundsatz regelmäßig eine Abmahnung voraus (vgl. BAG vom 25.10.2012, 2 AZR 495/11).

48
Einer Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aber ausnahmsweise dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung auch nach Ausspruch einer Abmahnung nicht zu erwarten ist, oder die Pflichtverletzung so schwerwiegend ist, dass selbst deren erstmalige Hinnahme durch den Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und offensichtlich (auch für den Arbeitnehmer erkennbar) ausgeschlossen ist (vgl. BAG vom 20.1 1.2014, 2 AZR 651/13).

49
b. Dies auf den Fall angewendet ergibt, dass eine auf den Vorfall gestützte ordentliche verhaltensbedingte Kündigung vorliegend berechtigt und insbesondere nicht unverhältnismäßig ist. Angesichts der Schwere der Pflichtverletzungen war eine Hinnahme des Verhaltens des Klägers durch die Beklagte ausgeschlossen. Die mit einem milderen Mittel, etwa einer Abmahnung, verbundene Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus war der Beklagten unzumutbar.

50
c. Wie bereits geschildert hat der Kläger gegen arbeitsvertragliche Pflichten verstoßen, und avar erheblich. Eine Herabwürdigung des Zeugen M., die Zurschaustellung seiner Genitalien und Verschmutzung der Fahrerinnentüre durch Berührung wurde vom Kläger nicht nur in Kauf genommen, sondern war sogar beabsichtigt. Den Zeugen E. hat der Kläger durch die Ferketei zum Putzen gezwungen.

51
Bei einer solchen „Aktion“ kann er wegen deren Art und Ausmaß sowie des dadurch gegen den Zeugen M. geschaffenen feindseligen Klimas nicht mehr ernsthaft auf Billigung durch den Arbeitgeber hoffen. Der Arbeitgeber muss nicht nur wegen S. 12 1 und III AGG, sondern darüber hinaus auch zur Wahrung des Respekts, Betriebsfriedens und seines Ansehens reagieren.

52
Eine Abmahnung war hier entbehrlich, denn der Kläger hat durch sein niveauloses Vorgehen nicht nur die Grenze des guten Geschmacks in einem Maße überschritten, dass ihm klar gewesen sein muss, dass er damit seinen Arbeitsplatz aufs Spiel setzt.

53
Eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Einhaltung der ordentliChen Kündigungsfrist ist vorliegend bei Berücksichtigung aller vorgetragenen und ersichtlichen Gründe die angemessene Reaktion.

54
Der Weiterbeschäftigungsantrag fiel nach alldem mangels Bedingungseintritts nicht zur Entscheidung an.

VI.

55
Die Kostenentscheidung beruht auf S. 92 1 1 ZPO. Der Streitwert wurde gem. SS 61 1 ArbGG, 42 II 1 GKG festgesetzt. Ein gesetzlich begründeter Anlass für eine gesonderte Berufungszulassung bestand nicht, S. 64 III ArbGG.