

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a mechanical arm. Below it, another gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including conveyor belts and structural frames, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, typical of a factory setting.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
April 2020**

## **Inhalt**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**BAG verschärft Anforderungen an wirksame  
Massenentlassungsanzeige**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**BAG entdeckt neuen Vertragstypus für Saisontätigkeiten**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Unfall auf dem Weg vom Kindergarten zum Home-Office ist  
kein Arbeitsunfall**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Mögliche Rechtsprechungsänderung des BGH zur Verjährung  
des § 266a StGB**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Wann rechtfertigt sexuelle Belästigung die fristlose  
Kündigung?**

## Neues aus der Rechtsprechung

### BAG verschärft Anforderungen an wirksame Massenentlassungsanzeige

*Das BAG hat mit einem Urteil vom 13. Februar 2020 (Az. 6 AZR 146/19), von dem bislang lediglich eine Pressemitteilung vorliegt, entschieden, dass die Kündigungen des Cockpit-Personals von Air Berlin wegen einer fehlerhaften Massenentlassungsanzeige gemäß § 17 Abs. 1 KSchG unwirksam sind. Das Urteil hat, über den Einzelfall hinaus, grundlegende Bedeutung, da das BAG nunmehr auch den Inhalt der Massenentlassungsanzeige detailliert überprüft: Fehler bei der Massenentlassungsanzeige führen zur Unwirksamkeit der Entlassungen; das erfasst ausgesprochene Kündigungen ebenso wie Aufhebungsverträge.*

Gemäß § 17 KSchG muss der Arbeitgeber, wenn er eine bestimmte Anzahl von Entlassungen durchführen will – die Zahlengrenzen ergeben sich aus § 17 KSchG – zuvor die zuständige Arbeitsagentur informieren; das Gesetz schreibt zudem ein eigenständiges Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat vor. Diese Massenentlassungsanzeige, die bislang häufig als eine lästige aber nicht weiter kritische Formalität behandelt wurde, wird mit der neuen Entscheidung des BAG zu einem weiteren Element eines formalisierten Arbeitnehmerschutzes durch Informationspflichten ausgebaut: Auf einer ähnlichen Regelungstechnik beruht beispielsweise die Rechtsprechung zur Information des Betriebsrats bei Kündigungen gemäß § 102 BetrVG, bei der formelle Fehler zur Unwirksamkeit der Kündigung führen, oder die Rechtsprechung zur Gestaltung von Informationsschreiben bei Betriebsübergängen gemäß § 613a Abs. 5 BGB, bei denen die meisten Arbeitgeber den Anforderungen der Rechtsprechung an die zutreffende Gestaltung dieser Informationsschreiben nicht genügen können, so dass das BAG seine eigene Rechtsprechung durch eine ergänzende Rechtsprechung zur Verwirkung des aufgrund der fehlerhaften Information (weiter-)bestehenden Widerspruchsrechts in den Konsequenzen eingrenzen musste.

Im entschiedenen Fall hatte der Insolvenzverwalter zwar eine Massenentlassungsanzeige abgegeben, diese jedoch aus Sicht des BAG bei der örtlich falschen Agentur für Arbeit; die Anzeige hätte zudem nicht auf das Cockpit-Personal beschränkt bleiben dürfen. Der Arbeitgeber hatte sich bei seiner Anzeige an einer tarifvertraglich vereinbarten Betriebsstruktur orientiert; aus Sicht des BAG ist jedoch nicht diese tarifvertraglich vereinbarte

Tarifstruktur maßgeblich, sondern der unionsrechtliche Betriebsbegriff der Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG.

Das Urteil bildet den (vorläufigen) Schlussstein einer Kette von Entscheidungen, mit der die Massenentlassungsanzeige von einer reinen Informationspflicht zu einem wirksamen Element des Kündigungsschutzes umgestaltet wurde. Ursprünglich war die Massenentlassungsanzeige schon kein Element des Kündigungsschutzes, da als Entlassung nicht der Ausspruch der Kündigung, sondern der Zeitpunkt des tatsächlichen Ausscheidens aus dem Betrieb galt; durch Entscheidungen des EuGH und des BAG wurde demgegenüber festgestellt, dass Zeitpunkt der Entlassung der Ausspruch der Kündigung ist. Inhaltliche Fehler der Massenentlassung führten auch in der Vergangenheit häufig nicht zu kündigungsrechtlichen Konsequenzen, da das BAG lange Zeit davon ausging, dass ein Bescheid der Arbeitsagentur etwaige Fehler der Anzeige heile – diese Auffassung gab das BAG mit einer Entscheidung vom 28.06.2012 (Az. 6 AZR 780/10) auf.

In der bisherigen Rechtsprechung des BAG führten im Wesentlichen Fehler im Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat zur Unwirksamkeit der Entlassungen. Die eingehende inhaltliche Prüfung der Anzeige, die das BAG nunmehr vornimmt, hat damit eine neue Qualität. Dies gilt insbesondere deshalb, da die Arbeitsagenturen die Anforderungen an den Inhalt der Anzeige deutlich verschärft haben. Die gesetzlich vorgesehene Angabe der Berufsgruppen soll nunmehr anhand eines fünfstelligen Tätigkeitsschlüssels erfolgen; die Möglichkeiten in der Abgrenzung zwischen beispielsweise Isolierern, Isolierhelfern und Isolierfacharbeitern Fehler zu machen, sind groß. Wenn das BAG, was sich in der neuen Entscheidung andeutet, die Anzeige im Detail inhaltlich überprüft, können zahlreiche Entlassungen an solchen Fehlern scheitern.

Im Fall von Air Berlin war das Problem der Betriebsabgrenzung recht offensichtlich und hätte leicht durch eine in der Praxis durchaus übliche vorsorgliche Anzeige gelöst werden können. Insoweit bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung des BAG auf solche evidenten und groben Fehler beschränkt bleibt oder ob durch die Entscheidung der Weg zu einer kleinteiligen Überprüfung jeder Anzeige eröffnet wird. Letzteres hätte auf die rechtssichere Gestaltung von anzeigepflichtigen Entlassungen allergrößten Einfluss.



## Neues aus der Rechtsprechung

### BAG entdeckt neuen Vertragstypus für Saisontätigkeiten

*Für zahlreiche typische Saisontätigkeiten – etwa an Skiliften oder in Freibädern, Erntetätigkeiten, Herstellung von Speiseeis – deckten Arbeitgeber den nur während eines Teils des Jahres bestehenden Arbeitskräftebedarf häufig über eine Befristung aufgrund eines nur vorübergehenden betrieblichen Bedarfs an der Arbeitsleistung gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ab. Auf Grundlage eines von einer Gemeinde aus Niedersachsen abgeschlossenen eher untypischen Vertrages für einen typischen Saisonarbeiter – einen Bademeister in einem Freibad – entdeckte das BAG (Urteil vom 19. November 2019, Az. 7 AZR 582/17) jetzt einen neuen Vertragstypus: Den unbefristeten Arbeitsvertrag mit zeitweilig ruhenden Hauptleistungspflichten.*

Die beklagte Gemeinde hatte mit Vertrag von 2006 jährlich vom 01.04. bis 31.10. den Kläger in Vollzeit im Freibad eingestellt. Im Arbeitsvertrag hieß es u.a.: „Herr H wird als vollbeschäftigter Arbeitnehmer jeweils für die Saison vom 01.04. bis 31.10. eines Kalenderjahres eingestellt“. Der Kläger beantragte festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Befristung zum 31.10.2016 nicht aufgelöst werde. Die Klage war in allen Instanzen erfolglos.

Während das LAG Niedersachsen noch angenommen hatte, dass die Parteien für eine unbegrenzte Anzahl von Jahren jeweils antizipiert befristete Arbeitsverträge geschlossen hätten, kam das BAG zu dem Ergebnis, dass die Parteien ein unbefristetes

Dauerarbeitsverhältnis abgeschlossen haben mit der Vereinbarung, dass die Hauptleistungspflichten zwischen November und März ruhen. Maßgeblich für dieses Auslegungsergebnis waren das umgangs- und fachsprachliche Verständnis von „Einstellung“, die gleichermaßen den Abschluss eines Arbeitsvertrages oder die Aufnahme der tatsächlichen Beschäftigung bezeichnet, sowie der im Singular formulierte Eingangssatz, dass „*folgender Arbeitsvertrag*“ geschlossen werde. Zudem berücksichtigte das BAG, dass zwischen den Parteien bis zum 31.12.2005 ein unbefristetes Vollzeitverhältnis bestand.

Diese Vereinbarung hielt einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB stand: Der Arbeitgeber habe aufgrund des nur saisonalen Beschäftigungsbedarfs ein legitimes Interesse am Ruhen der Hauptleistungspflichten, der Arbeitnehmer erhalte im Gegenzug Planungssicherheit. Er könne in den restlichen Monaten eine andere Beschäftigung suchen oder Arbeitslosengeld beantragen. Das BAG verweist auf die in dieser Konstellation auch mögliche Befristung nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 TzBfG.

Das Urteil entdeckt eine neue Form des Arbeitsvertrages: den unbefristeten Vertrag mit zeitweilig ruhenden Hauptleistungspflichten. Diese Auslegung des ungewöhnlichen Vertrages durch das BAG ist überzeugend; überzeugend ist auch, dass das BAG gegen die Vertragsgestaltung keine AGB-rechtlichen Bedenken hat – die klassische befristungsrechtliche Lösung jährlich neuer sachgrundbefristeter Verträge wäre für den Arbeitnehmer ungünstiger gewesen. Damit zeigt das Urteil eine neue Gestaltungsmöglichkeit für Arbeitgeber auf, die saisonal schwankenden Bedarf auffangen möchten.

Offen bleiben mögliche befristungsrechtliche Rückschlageffekte: Wenn es das Instrument des unbefristeten Vertrages mit zeitweilig ruhenden Hauptleistungspflichten gibt, ist dann die nur auf die jeweilige Saison befristete Einstellung tatsächlich gerechtfertigt oder *muss* der Arbeitgeber diesen neuen Vertragstypus künftig für klassische Saisontätigkeiten nutzen? Der Unterschied zwischen beiden Vertragstypen ist evident: der unbefristete Vertrag mit zeitweisem Ruhen der Hauptleistungspflichten gibt dem Arbeitnehmer Sicherheit über die Beschäftigung auch für die Folgejahre, der befristete Vertrag nicht: hier kann sich der Arbeitgeber jährlich für einen Austausch des Arbeitnehmers entscheiden.

Im Urteil betont das BAG zwar noch die Möglichkeit der Befristung des Vertrages für Saisontätigkeiten, weist jedoch zugleich so deutlich auf die Vorteile des unbefristeten Vertrages für den Arbeitnehmer hin, dass sich die hier aufgeworfene Folgefrage deutlich stellt. Es bleibt abzuwarten, ob das Urteil ein Einzelfall bleibt, der für den Arbeitgeber bloße Regelungsalternativen schafft, oder der neu entdeckte Vertragstypus zur Verpflichtung für die Arbeitgeber wird.

Wir halten Sie informiert und beraten Sie gerne bei der Gestaltung von Arbeitsverhältnissen von Saisonarbeitskräften.



### Neues aus der Rechtsprechung

#### **Unfall auf dem Weg vom Kindergarten zum Home-Office ist kein Arbeitsunfall**

*Das BSG hat mit Urteil vom 30. Januar 2020 (Az. B 2 U 19/18 R; bislang ist nur der Terminsbericht veröffentlicht) entschieden, dass ein Vorfall, bei dem ein Elternteil sein Kind zum Kindergarten bringt und auf dem Rückweg ins Home-Office einen Unfall erleidet, keinen Arbeitsunfall im Sinne des gesetzlichen Unfallversicherungsrechts darstellt.*

Der Entscheidung des BSG lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine bei der AOK gesetzlich krankenversicherte Mutter arbeitete bei ihrem Arbeitgeber im Rahmen des Teleworkings von zuhause aus. An einem Werktag verließ sie morgens mit ihrer fünfjährigen Tochter ihre Wohnung, um diese mit dem Fahrrad zum

Kindergarten zu bringen. Auf dem Rückweg vom Kindergarten nach Hause, wo sie im Home-Office arbeiten wollte, stürzte sie bei Glätte mit dem Fahrrad und brach sich das rechte Ellenbogengelenk. Der AOK entstanden für die Versicherte Krankenbehandlungskosten in Höhe von rund 20.000 €. Diese Kosten wollte sie von der zuständigen Berufsgenossenschaft erstattet haben, da ihrer Meinung nach ein Arbeitsunfall vorlag. Die Berufsgenossenschaft lehnte dies ab, sodass die AOK den Erstattungsanspruch gerichtlich geltend machte.

Die Klage der AOK blieb in allen Instanzen erfolglos.

Das BSG hat entschieden, dass es sich bei dem Fahrradunfall nicht um einen *Arbeitsunfall* im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 1 SGB VII handelt.

*Zur Erinnerung: Der Versicherungsschutz der gesetzlichen Unfallversicherung greift, wenn ein Versicherungsfall vorliegt. Gemäß § 7 Abs. 1 SGB VII sind Versicherungsfälle Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten, wobei gerade erstere eine sehr hohe Praxisrelevanz haben. § 8 Abs. 1 Satz 1 SGB VII definiert Arbeitsunfälle als Unfälle von Versicherten infolge einer versicherten Tätigkeit. Der grundsätzlich enge Anwendungsbereich der „versicherten Tätigkeit“ wird durch § 8 Abs. 2 SGB VII erweitert, wobei im hiesigen Fall insbesondere die Nr. 1 und 2 von besonderer Relevanz sind: Nach Nr. 1 handelt es sich auch beim Zurücklegen des mit der versicherten Tätigkeit zusammenhängenden unmittelbaren Weges nach und von dem Ort der Tätigkeit (= Arbeitsweg), nach Nr. 2 lit. a) beim Zurücklegen eines vom Arbeitsweg abweichenden Weges, um Kinder wegen der beruflichen Tätigkeit in die Obhut Fremder anzuvertrauen, um eine versicherte Tätigkeit. Damit erfasst der gesetzliche Unfallversicherungsschutz auch sog. Wegeunfälle, auch wenn von dem unmittelbaren Arbeitsweg abgewichen wird, um sein Kind in die Kita o.ä. zu bringen.*

Zunächst hat das BSG festgestellt, dass sich der Unfall nicht auf dem *Betriebsweg* ereignete, das Verbringen des Kindes in den Kindergarten also weder in Ausübung der versicherten Tätigkeit erfolgte noch dem Beschäftigungsunternehmen diene.

Das BSG hat weiter ausgeführt, dass es sich ebenso wenig um einen versicherten *Wegeunfall* nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII handele, der bereits begriffsnotwendig voraussetze, dass der Ort des privaten Aufenthalts und der versicherten Tätigkeit, zwischen denen der

Weg zurückgelegt wird, räumlich auseinanderfallen. Dies sei bei einer Tätigkeit im Home-Office naturgemäß nicht der Fall.

Daher lägen erst recht nicht die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) SGB VII vor, wonach auch das Zurücklegen des vom unmittelbaren Arbeitsweg abweichenden Weges, um Kinder wegen der beruflichen Tätigkeit fremder Obhut zu überlassen, als versicherte Tätigkeit gilt. Hier ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Norm, dass es sich bei den dort genannten Verrichtungen nicht um von der Zurücklegung versicherter Wege nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII losgelöste Tätigkeiten handele; vielmehr müsse stets von einem *versicherten Weg* abgewichen werden, der hier bereits nicht vorlag.

Ein Wegeunfall könnte daher nur im Wege einer Rechtsfortbildung bejaht werden, deren Voraussetzungen jedoch nicht vorlägen.

Dieses Urteil steht in einer Linie mit der weiteren Rechtsprechung zu Unfällen im Home-Office, welche einen Arbeitsunfall im Sinne des § 8 Abs. 1 SGB VII meist verneint; wenn kein unmittelbarer Zusammenhang zur Tätigkeit besteht.

Für Arbeitnehmer kann die Einordnung eines Unfalls als Arbeitsunfall besonders wichtig sein, da der Leistungsumfang der gesetzlichen Unfallversicherung deutlich denjenigen der Krankenversicherungen übersteigt. Aus Arbeitgebersicht ist es auch für die Kommunikation mit den betreffenden Arbeitnehmern daher sinnvoll, die zurückhaltende Rechtsprechung zur Annahme von Arbeitsunfällen im Zusammenhang mit dem Home-Office zu kennen.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Mögliche Rechtsprechungsänderung des BGH zur Verjährung des § 266a StGB

*Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH beginnt die Verjährung des vorsätzlichen Nichtabführens von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 266a StGB in vielen Fällen frühestens nach 30 Jahren, weswegen sich die handelnden Personen noch Jahrzehnte nach einer möglichen Tat vor einem Ermittlungsverfahren mit entsprechendem Schuldspruch fürchten müssen. Der 1. Strafsenat des BGH hat nun mit Beschluss vom 13. November 2019 (Az. 1 StR 58/19) eine Anfrage an die anderen Strafsenate gestellt, ob diese an ihrer Rechtsprechung zum Verjährungsbeginn des § 266a StGB festhalten wollen. Denn der 1. Strafsenat möchte seine Rechtsprechung aufgeben.*

Gemäß § 28e SGB IV ist der Arbeitgeber zur Zahlung der in einem Beschäftigungsverhältnis anfallenden Gesamtsozialversicherungsbeiträge verpflichtet, wobei er den Anteil des Arbeitnehmers wiederum mit dessen Gehalt verrechnen kann. Da die ordnungsgemäße Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen dem Bestand der Sozialversicherungen sowie einer allgemein möglichst geringen Belastung der Solidargemeinschaft dient, hat der Gesetzgeber das vorsätzliche Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen gemäß § 266a StGB mit einer Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe, in besonders schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren versehen. Im

Arbeitsrecht spielt § 266a StGB meist im Zusammenhang einer möglichen *Scheinselbstständigkeit* eine große Rolle.

*Scheinselbstständigkeit* wird angenommen, wenn die Vertragsparteien ihre Zusammenarbeit zwar nicht als Arbeitsverhältnis bezeichnen (sondern etwa als „Berater“- oder „Dienstleistungsvertrag“ oder als „Vertrag über freie Mitarbeit“), nach der tatsächlichen Vertragsdurchführung aber ein Arbeitsverhältnis bzw. eine abhängige Beschäftigung (so der sozialversicherungsrechtliche Parallelbegriff) vorliegt. Hier besteht vor allem die Gefahr, dass der Scheinselbstständige sich in ein Arbeitsverhältnis klagt und dass die Sozialversicherungsträger (rückwirkend) die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen einfordern.

Ein wesentliches Risiko der Scheinselbstständigkeit ist daher – neben einer möglichen Strafbarkeit nach § 266a StGB – die drohende Pflicht zur rückwirkenden Zahlung der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge. Dabei verjährt der Anspruch der Sozialversicherungsträger auf (Nach-) Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 SGB IV vier Jahre nach Ende des Jahres, in dem die Beiträge fällig geworden sind. Regelmäßig wird der Arbeitgeber, der Sozialversicherungsbeiträge mehr als drei Monate zu spät abführt, aufgrund der grundsätzlich fehlenden Regressmöglichkeit auch den Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag tragen müssen, wodurch sich seine Beitragslast verdoppelt. Schließlich verjähren die Rückforderungsansprüche bei vorsätzlicher Vorenthaltung der Beiträge sogar erst in 30 Jahren nach ihrer Fälligkeit, § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV. Und diese sozialrechtliche Verjährungsfrist schiebt nach der derzeitigen BGH-Rechtsprechung den Beginn der strafrechtlichen Verjährungsfrist hinaus.

Bei § 266a StGB handelt es sich nämlich um ein sogenanntes echtes Unterlassungsdelikt. Das bedeutet, dass sich derjenige strafbar macht, der seiner Pflicht zum Handeln – hier der Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen – nicht nachkommt. Die Tat ist dann beendet, wenn diese Pflicht zum Handeln entfällt. Der Zeitpunkt der Beendigung spielt im Strafrecht u.a. deswegen eine große Rolle, weil die Verjährung einer Tat erst mit deren Beendigung beginnt. Da bei einer vorsätzlichen Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen der Arbeitgeber noch für 30 Jahre zur Nachzahlung verpflichtet ist, ist diese Tat nach der bisherigen BGH-

Rechtsprechung somit erst nach Ablauf dieser Zeit beendet; erst dann beginnt die strafrechtliche Verjährung. Somit verjährt eine Straftat nach § 266a StGB, deren strafrechtliche Verjährungsfrist grundsätzlich fünf Jahre beträgt, faktisch frühestens nach 35 Jahren.

Von dieser Rechtsprechung möchte der 1. Strafsenat nunmehr abrücken indem es die Rechtsauffassung vertritt, dass bei Taten gemäß § 266a StGB die Verjährungsfrist mit dem Verstreichenlassen des Fälligkeitszeitpunktes (= Zeitpunkt, zu dem die Beiträge erstmals hätten entrichtet werden müssen) zu laufen beginne. Die wesentlichen Erwägungsgründe hierfür sind zum einen die Gewährleistung eines weitgehenden Gleichlaufs zwischen § 266a StGB und § 370 Abs. 1 Abgabenordnung (Steuerhinterziehung), die strukturell sehr ähnlich sind und häufig zusammentreffen; die Steuerhinterziehung verjährt nach fünf Jahren. Zum anderen sei es im Vergleich zu anderen Verjährungsfristen kaum in Einklang zu bringen, dass die „Gesamtverjährungsfrist“ des § 266a StGB sich „im Bereich der Schwerstkriminalität“ bewege. Schließlich spreche gegen die Anknüpfung der Tatbeendigung und des Verjährungsbeginns an das Erlöschen der Beitragspflicht, dass dies zu einer Benachteiligung von Einzelunternehmern gegenüber Vertretungsorganen (z.B. Geschäftsführer) führe. So trifft die Strafbarkeit bei einer GmbH den Geschäftsführer persönlich als Vertretungsorgan; wenn dieser jedoch aus seiner Stellung ausscheidet, entfällt damit auch seine Verantwortung qua Organstellung für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge – damit kann er selbst entscheiden, wann die strafrechtliche Verjährung für ihn beginnt. Diese Möglichkeit haben Einzelunternehmer nicht.

Es wäre äußerst begrüßenswert, wenn die anderen Strafsenate auf den eingangs erwähnten Anfragebeschluss hin ebenfalls erklären, an ihrer bisherigen Rechtsprechung nicht mehr festhalten zu wollen. Losgelöst von der dogmatischen Bewertung erscheint es schlichtweg absurd, dass die Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen faktisch später verjährt als ein Totschlag, Raub mit Todesfolge oder eine schwere Brandstiftung (alle 20 Jahre). Der BGH kann hier innerhalb von kurzer Zeit eine weitere Entscheidung zur Verringerung der potenziellen Risiken von Arbeitgebern treffen – in unserem Newsletter vom Januar 2020 haben wir bereits über den ersten Schritt des BGH in diese Richtung berichtet: Dieser hat nämlich die Anforderungen an die Bejahung

des Vorsatzes im Rahmen des § 266a StGB deutlich erhöht („[BGH: Beschäftigung von Scheinselbstständigen nur bei Vorsatz strafbar](#)“).

Über die Entscheidungen der weiteren Senate werden wir Sie selbstverständlich in unseren folgenden Newslettern informieren.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Wann rechtfertigt sexuelle Belästigung die fristlose Kündigung?

*Sexuelle Belästigung von Kollegen ist eine schwere arbeitsrechtliche Pflichtverletzung. Dass die sexuelle Belästigung eines Kollegen immer die fristlose Kündigung rechtfertigen würde, ist allerdings ein verbreiteter Rechtsirrtum. Dies hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls ab. Dies zeigt jüngst die Entscheidung des ArbG Ulm vom 10. Januar 2020 (Az. 1 Ca 93/19, bislang nur als Pressemitteilung). Im zu entscheidenden Fall hatte ein Arbeitnehmer seiner Kollegin per WhatsApp ein Bild seines erigierten Penis übermittelt.*

Arbeitnehmer, die Kolleginnen und auch Kollegen sexuell belästigen, verletzen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten schwerwiegend. Eine sexuelle Belästigung stellt nach § 3 Abs. 4 AGG jedes sexuell bestimmte unerwünschte Verhalten dar. Hierzu gehören:

- unerwünschte sexuelle Handlungen,
- unerwünschte Aufforderungen zu sexuellen Handlungen,
- sexuell bestimmte körperliche Berührungen,
- Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie
- unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen.

Es kommt nicht darauf an, ob der Handlung eine sexuelle Motivation zugrunde liegt. Entscheidend ist die Grenzüberschreitung, die mit einem solchen Verhalten verbunden ist und die den Betroffenen herabwürdigt.

Arbeitgeber sind dazu verpflichtet, ihre Mitarbeiter vor sexuellen Belästigungen zu schützen (§ 12 AGG). Unter diesem Gesichtspunkt können Arbeitgeber sogar verpflichtet sein, Arbeitnehmern zu kündigen, die sexuell belästigendes Verhalten gegenüber Kolleginnen und Kollegen zeigen. Nachdem das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) 2006 in Kraft getreten war, waren deshalb viele Richter der Überzeugung, dass eine sexuelle Belästigung fast immer die fristlose Kündigung rechtfertigt.

Im sog. „Busengrapscher“-Urteil vom 20.11.2014 (Az. 2 AZR 651/13) stellte das BAG jedoch klar, dass das nicht stimmt. Es erklärte die fristlose Kündigung eines „Busengrapschers“ für unverhältnismäßig, da dieser glaubhaft Reue zeigte und sofort von der belästigten Mitarbeiterin abgelassen hatte, als jene erklärte, dass sie sein Verhalten nicht wünscht. Eine Abmahnung – so entschied das BAG – wäre deshalb ausreichend gewesen.

Das „Busengrapscher“-Urteil des BAG erntete heftige Kritik in der Presse. Dennoch folgt die Arbeitsgerichtsbarkeit seither der Linie des BAG und bewertet jeweils abhängig vom Einzelfall, ob eine sexuelle Belästigung tatsächlich so schwer wiegt, dass eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung – zumal fristlos – gerechtfertigt ist.

Dies zeigt exemplarisch die Entscheidung des ArbG Ulm vom 10.01.2020. Ein Arbeitnehmer war durch seinen Arbeitgeber fristlos und hilfsweise ordentlich gekündigt worden, weil er einer Kollegin per WhatsApp ein Bild seines erigierten Penis übermittelt hatte. Zwar ging das ArbG Ulm davon aus, dass es sich hierbei um eine sexuelle Belästigung und damit eine Verletzung arbeitsrechtlicher

Pflichten handele. Allerdings wiege diese im konkreten Fall nicht so schwer: Der Arbeitnehmer war nämlich mit der Kollegin jahrzehntelang befreundet gewesen. Außerdem hatte er die WhatsApp außerhalb seiner Arbeitszeit im Zusammenhang mit dieser freundschaftlichen Beziehung versandt. Das ArbG Ulm erklärte deshalb sowohl die fristlose wie auch die ordentliche Kündigung für unwirksam.

Arbeitgeber, die von einer sexuellen Belästigung erfahren, stehen vor dem Problem, dass sie in Grenzfällen nur schwer abschätzen können, wo die „rote Linie“ liegt, ab der Gerichte eine Kündigung und nicht bloß eine Abmahnung für gerechtfertigt halten. Dies nämlich hängt auch von der persönlichen Haltung des Richters/der Richterin ab, der/die später über den Fall entscheidet. Die Fälle, um die es geht, sind sehr unterschiedlich und stets sehr persönlich. Gleichzeitig sehen sich Arbeitgeber einer gesellschaftlichen Erwartungshaltung („me too“) gegenüber, die konsequentes Einschreiten gegen jede Form sexueller Belästigung einfordert. Die richtige Entscheidung zu treffen, kann zur Herausforderung werden. Wir beraten Sie gerne.



## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock  
+49 (0) 221 650 65-233  
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.  
+49 (0) 221 650 65-263  
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh  
+49 (0) 221 650 65-129  
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Singraven  
+49 (0) 221 650 65-129  
jonas.singraven@loschelder.de



Farzan Daneshian  
+49 (0) 221 65065-263  
farzan.daneshian@loschelder.de

## Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de