

<b>Gericht:</b>	Landesarbeitsgericht Köln 9. Kammer	<b>Quelle:</b>	
<b>Entscheidungsdatum:</b>	18.07.2012	<b>Normen:</b>	§ 1 Abs 2 S 1 Alt 2 KSchG, § 626 Abs 1 BGB
<b>Aktenzeichen:</b>	9 Sa 209/12		
<b>Dokumenttyp:</b>	Urteil		

### **Kündigung wegen unerlaubter Nutzung des Dienstcomputers - private E-mails - pornographische Dateien - Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**

#### **Leitsatz**

1. Nach dem im Kündigungsrecht geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann die Kündigung eines langjährig beanstandungsfrei beschäftigten Arbeitnehmers unwirksam sein, der - bei erlaubter gelegentlicher privater Nutzung des Dienstcomputers im Beschäftigungsbetrieb - innerhalb eines Zeitraums von mehr als 6 Jahren

a. von seinem Dienstcomputer aus

aa. 2 Dateien mit pornographischen Bildern an einen Arbeitskollegen weitergeleitet hat,

bb. 2-mal mit betriebsfremden Personen über 2 und 3 Stunden einen Email-Schriftwechsel mit eindeutig sexuellem Inhalt geführt hat,

cc. in geringem Umfang Emails über den Verkauf und Ankauf verschiedener Gegenstände und sonstigem privaten Inhalt versandt hat,

b. von seinem Arbeitsplatz aus eine Betreuungsangelegenheit wahr genommen hat.(Rn.70)

2. Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer kurz vor der Sicherstellung seines Dienstcomputers durch den Werkschutz der Arbeitgeberin auf dem Dienstcomputer eine größere Anzahl von Dateien und Internetverläufen gelöscht hat, und dass nach der Sicherstellung innerhalb von 2 Monaten 600 private Newsletter auf diesem Rechner eingegangen sind, begründet nicht den dringenden Verdacht, dass der Arbeitnehmer über die nachweislichen Verstöße hinaus in noch größerem Umfang in unerlaubter Weise das Arbeitsmittel genutzt hat.(Rn.66)(Rn.68)

#### **Fundstellen**

MMR 2013, 478-480 (Leitsatz und Gründe)

#### **weitere Fundstellen**

RDV 2013, 50 (Leitsatz)

AE 2013, 172-173 (Leitsatz)

#### **Verfahrensgang**

vorgehend ArbG Köln, 17. Januar 2012, Az: 14 Ca 1740/11, Urteil

#### **Tenor**

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 17. Januar 2012 - 14 Ca 1740/11 - wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

2. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

#### **Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis durch fristlose Kündigung der Beklagten vom 24. Februar 2011, hilfsweise durch ordentliche Kündigung der Beklagten vom 28. Februar 2011 beendet worden ist.
- 2 Der Kläger, geboren am ... 1964, getrennt lebend, ist bzw. war bei der Beklagten seit dem 1. September 1979 beschäftigt. Er war zunächst bei der Beklagten Auszubildender. Danach war er zunächst als Universalschleifer tätig. Zuletzt war er beschäftigt als Qualitätsmanager zu einem monatlichen Gehalt von EUR 4.056,52.
- 3 Bei der Beklagten besteht eine Betriebsvereinbarung vom 16. November 2005 über die Nutzung firmeneigener Computersysteme. Darin heißt es u. a.:
- 4 § 3 Grundsätze der Nutzung der firmeneigenen Computersysteme
- 5 1. ....
- 6 Die Speicherung oder Weitergabe von nicht dem Geschäftszweck dienenden Daten oder Programmen oder die Versendung unangemessener Nachrichten oder Dateien mit Hilfe eines firmeneigenen Systems ist untersagt. Beispielsfälle für den Missbrauch der firmeneigenen Computerrressourcen sind:
- 7 - Herunterladen oder Nutzen von nicht durch das Unternehmen autorisierter Software oder Computerprogrammen,
- 8 - Zugriff, Weitergabe, Kopie, Verwendung oder Speicherung von Dateien mit sexuellem, obszönen, verleumderischen, belästigenden, illegalen oder in anderer Weise unangebrachtem Inhalt,
- 9 - Kopieren, Weitergeben, Veröffentlichen oder Speichern von Dateien, die Marken-, Copyright-, Lizenz oder andere Rechte an geistigem Eigentum verletzen,
- 10 - Teilnahme an externen Online „Chat Groups“,
- 11 - Online-Spiele,
- 12 - Versenden von E-Mail Kettenbriefen oder unerlaubten Massenmails,
- 13 - Betreiben von geschäftlichen Aktivitäten im eigenen Namen,
- 14 - Jede andere Nutzung, die illegal ist, die Firmenrichtlinien verletzt oder den Ruf der Firma, ihrer Mitarbeiter, Kunden oder Aktionäre schädigen könnte.
- 15 2. Die Firma akzeptiert, dass die gelegentliche private Nutzung der firmeneigenen Computersysteme und ähnlicher firmeneigener Ressourcen durch F -Mitarbeiter (oder durch Fremdfirmenmitarbeiter) erfolgen kann, ohne dass damit die Interessen der Firma beeinträchtigt werden dürfen. Beispiele für die zulässige private Nutzung sind gelegentliche E-Mails und Telefongespräche nach Hause oder der Zugriff auf Internet-Seiten mit Informationen über das Tagesgeschehen, das Wetter oder die Verkehrslage. Der private Gebrauch dieser firmeneigenen Ressourcen darf während der Arbeitszeit nur gelegentlich erfolgen und die Arbeitsleistung des/der Betroffenen oder anderer Personen sowie die Arbeitsorganisation nicht beeinträchtigen.
- 16 § 4 Protokollierung
- 17 1. Die Zugriffe auf Inhalte der firmeneigenen Computersysteme sollen unter Berücksichtigung der einschlägigen datenschutzrechtlichen Bestimmungen automatisch protokolliert werden. Die Protokollierung umfasst:
- 18 - die CDS ID des Users,
- 19 - das Datum und die Uhrzeit der Datenübermittlung zwischen dem lokalen Netz und dem Internet,

- 20 - den Umfang der Daten,
- 21 - die jeweilige Internet-Adresse des Absenders bzw. des Empfängers der Daten.
- 22 2. Die Protokolldaten dienen ausschließlich
- ...
- 23 - der Überprüfung im Falle eines Missbrauchsverdachts
- 24 § 5 Auswertung der Protokolldaten
- 25 1. Eine generelle Verhaltens- oder Leistungskontrolle der Beschäftigten durch Auswertung der gespeicherten Daten erfolgt nicht.
- 26 2. Die Nutzung der firmeneigenen Computersysteme wird lediglich stichprobenartig bei konkretem Missbrauchsverdacht geprüft. Einzelheiten des technischen Verfahrens der Stichprobenkontrolle werden mit dem Gesamtbetriebsrat gesondert vereinbart. Hierfür werden die bei der Protokollierung standardmäßig aufgezeichneten Informationen sowie die auf dem PC befindlichen Daten ausgewertet.
- 27 3. Die Auswertung der auf dem PC und den persönlichen Laufwerken gespeicherten Daten erfolgt nach dem Sechs-Augen-Prinzip unter Einbeziehung der Werksicherheit, Vertretern der zuständigen Personalabteilung und dem Betriebsrat. Über die Auswertung wird der betroffene Mitarbeiter informiert. Es wird ein ausführliches Protokoll erstellt.
- 28 ...
- 29 Bei staatsanwaltlichen Ermittlungen wegen des Verdachts der Entgegennahme von Geld- und Sachleistungen von Geschäftspartnern für das Mitwirken bei einer unrichtigen Abrechnungen zu Lasten der Beklagten wurden am 13. Dezember 2010 Büroräume der Beklagten durchsucht und der PC eines ehemaligen Mitarbeiters der Beklagten, Herrn C , beschlagnahmt. Auf dem PC wurde u. a. eine große Anzahl pornographischer Bilder vorgefunden, die Herr C von dem Kläger mit zwei Emails vom 15. November 2004 (Bl. 75 ff. d. A.) zugesandt worden waren. Bei der Auswertung des daraufhin vom Werkschutz der Beklagten sichergestellten PC des Klägers wurden am 13. Januar 2011 festgestellt, dass ein Teil sowohl der gespeicherten Daten als auch der Internetverläufe kurz zuvor gelöscht worden war. Vorgefunden wurde ein Email-Ordner mit der Bezeichnung „Privat“, in dem sich private Kommunikation mit anderen Mitarbeitern der Beklagten und mit Dritten befand, darunter
- 30 - Emails über den Verkauf und Ankauf verschiedener Gegenstände, die ausweislich der aufgezeichneten Uhrzeiten während der Arbeitszeit vom Kläger versandt worden waren (Bl. 42 ff. d. A.),
- 31 - Emails mit zwei Frauen am 28. Juli 2009 und am 14. August 2009 mit eindeutig sexuellem Inhalt (Bl. 58 ff. d. A.),
- 32 - Emails mit sonstigem privaten Inhalt.
- 33 Im Büro des Klägers befand sich zudem ein Leitz-Ordner des Klägers mit Unterlagen über die Betreuung seines Großvaters und zu privaten Versicherungsangelegenheiten und Reisebuchungen.
- 34 Am 10. Februar 2011 hörte die Beklagte den Kläger mündlich an.
- 35 Mit am 18. Februar 2011 eingegangenem Schreiben vom 14. Februar 2011 (Bl. 138 ff. d. A.) unterrichtete die Beklagte den bei ihr bestehenden Betriebsrat über die beabsichtigte fristlose, hilfsweise fristgerechte Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers an.
- 36 Nachdem keine schriftliche Stellungnahme des Betriebsrats eingegangen war, kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 24. Februar 2011 (Bl. 5 d. A.) das Arbeitsverhältnis fristlos. Mit Schrei-

ben vom 28. Februar 2011 (Bl. 7 d. A.) kündigte sie zudem das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 30. September 2011.

- 37 Mit der am 3. März 2011 beim Arbeitsgericht Köln eingegangenen Klage wendet sich der Kläger gegen die Kündigungen und verlangt von der Beklagten, ihn bereits während der Dauer des Kündigungsrechtsstreits weiter zu beschäftigen.
- 38 Der Kläger hat geltend gemacht, weder liege ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vor, noch sei die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung sozial gerechtfertigt. Er habe an Herrn C auf dessen Bitte hin die beiden Emails mit pornographischen Bildern weitergeleitet, die er - der Kläger - von einem Betriebsfremden zuvor erhalten habe. Er habe nicht Daten und Internetverläufe zu Vertuschungszwecken gelöscht, sondern nur - entsprechend einer regelmäßigen jährlichen Aufforderung der Beklagten - zur Reduzierung der Datenmenge. Auf dem Rechner seien nur wenige private Dateien und Emails vorgefunden worden, und zwar 11 Vorgänge aus einem Zeitraum von sieben Jahren. Von einer ausufernden privaten Nutzung könne keine Rede sein. Die mit den beiden Frauen am 28. Juli 2009 und 14. August 2009 gewechselten Emails beschränkten sich jeweils nur auf wenige Sätze mit Anspielungen sexuellen Inhalts. Die Niederschrift habe jeweils nur wenige Sekunden in Anspruch genommen. Er bestreitet mit Nichtwissen, dass auf seinem dienstlichen PC 600 private Newsletter eingegangen sind. Im Übrigen bedeute der Eingang nicht, dass er mit der Übersendung auch einverstanden gewesen sei. Die Unterlagen über die Betreuung seines Großvaters habe er im Büro der Beklagten aufbewahrt, um tagsüber auf sie zugreifen zu können. Er habe stets bei der Beklagten beanstandungsfrei gearbeitet und bei den jährlichen Mitarbeiterbewertungen immer die Höchstpunktzahl erreicht.
- 39 Die Beklagte hat erstinstanzlich geltend gemacht, die fristlose Kündigung und die hilfsweise ordentliche Kündigung seien aus verhaltensbedingten Gründen gerechtfertigt. Durch die nicht von Herrn C gewünschte Weiterleitung der pornographischen Bilder habe sich der Kläger nach § 184 StGB strafbar gemacht. Zudem bestehe der Verdacht, dass der Kläger ausufernd den firmeneigenen PC für private Zwecke genutzt und dadurch gegen die Betriebsvereinbarung vom 16. November 2005 und auch gegen Strafvorschriften verstoßen habe. Er habe gleichzeitig gegen seine Arbeitspflicht und damit seine Hauptleistungspflicht in erheblichem Umfang verstoßen und sie - die Beklagte - der Gefahr einer Rufschädigung ausgesetzt. Nach der Sicherstellung des PC durch den Werkschutz seien binnen zwei Monaten 600 private Newsletter eingegangen, was ein Beleg für die ausufernde Nutzung durch den Kläger sei. Angesichts des erheblichen Umfangs der privaten Nutzung, des Email-Schriftwechsels mit eindeutig sexuellem Inhalt und des Empfangs und der Weiterleitung von Dateien mit pornographischen Bildern habe es einer vorherigen Abmahnung nicht bedurft. Der Kläger habe nicht davon ausgehen können, dass sie dieses Verhalten dulden werde.
- 40 Das Arbeitsgericht Köln hat durch Urteil vom 17. Januar 2012 der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Kündigungen seien weder als Tat- noch als Verdachtskündigungen gerechtfertigt. Der unstreitige Sachverhalt, und zwar (a) die Weiterleitung der Dateien mit pornographischen Bildern an den Mitarbeiter C am 15. November 2004 und (b) der 3-stündige Email-Schriftwechsel mit einer Frau am 28. Juli 2009 und der 2-stündige Email-Schriftwechsel mit einer weiteren Frau am 14. August 2009, wobei die Emails eindeutig sexuellen Inhalt hätten, sei zwar als Grund für eine fristlose Kündigung iSd. § 626 BGB und auch als Grund für eine verhaltensbedingte ordentliche Kündigung iSd. § 1 Abs. 2 KSchG an sich geeignet. Während des Mailschriftwechsels habe der Kläger nicht konzentriert seiner Arbeitsleistung nachkommen können. Sie belegten eine ausufernde private Nutzung, die zudem aufgrund des Inhalts zu einer Rufschädigung für die Beklagte führen könnte. Demgegenüber könnten die weiteren 12 privaten Emails im Zeitraum vom 26. September 2009 bis zum 11. September 2009 nicht als Beleg für eine ausufernde private Nutzung gewertet werden. Da der unstreitige Sachverhalt bereits als Grund für eine fristlose Kündigung an sich geeignet sei, könne dahinstehen, ob darüber hinaus aufgrund des Löschens von Dateien und Internetverläufen der dringende Verdacht gerechtfertigt sei, der Kläger habe in noch stärkerem Umfang den dienstlichen PC für private Angelegenheiten verwandt. Die Beklagte habe nicht substantiiert dargetan, dass der Kläger unverlangt an Herrn C die beiden Emails mit pornographischen Bildern weitergeleitet habe. Sie habe nicht vorgetragen, dass Herr C den Kläger entsprechend beschuldigt habe. Die sowohl nach § 626 BGB als auch nach § 1 Abs. 2 KSchG vorzunehmende Interessenabwägung führe dazu, die Kündigungen für unwirksam zu halten. Der langjährig beschäftigte Kläger habe zwar eine schwerwiegende Pflichtverletzung mit einer Rufgefährdung für die Beklagte begangen und gegen die Betriebsvereinbarung vom 16. November 2005 verstoßen. Sein Verhalten könne wohl

nur mit außerordentlicher Dummheit und Gleichgültigkeit gegenüber den Belangen der Beklagten erklärt werden. Die Enttäuschung und Empörung der Beklagten könne nachvollzogen werden. Auch habe der Kläger damit rechnen müssen, dass die Beklagte sein Verhalten in keiner Weise dulden würde. Dennoch sei das Vertrauensverhältnis der Parteien nicht irreparabel zerstört. Die Vorgänge lägen mindestens 1 ½ Jahre zurück. Die Arbeitsleistung des Klägers habe nicht gelitten. Letztlich sei auch kein Schaden bei der Beklagten entstanden. Zugunsten des Klägers müsse neben der langen Dauer der Betriebszugehörigkeit auch sein Lebensalter berücksichtigt werden. Da sowohl die fristlose Kündigung als auch die ordentliche Kündigung unwirksam seien, sei die Beklagte verpflichtet, den Kläger bereits während der Dauer des Kündigungsrechtsstreits weiter zu beschäftigen.

- 41 Das Urteil ist der Beklagten am 6. Februar 2012 zugestellt worden. Sie hat hiergegen am 10. Februar 2012 Berufung einlegen und diese am 5. April 2012 begründen lassen.
- 42 Sie trägt vor, es bestehe weiterhin der dringende Verdacht, dass der Kläger neben den Dateien und Emails mit pornographischem bzw. sexuellen Inhalten nicht lediglich weitere 12 private Emails im Zeitraum vom 26. September 2008 bis zum 11. September 2009 versandt habe. Vielmehr spreche sowohl die umfangreiche Löschung von Dateien und Internetverläufen kurz vor der Sicherstellung des PC als auch der Eingang von 600 privaten Newslettern innerhalb von zwei Monaten nach der Sicherstellung dafür, dass der Kläger in ganz erheblichem Maße den PC für private Zwecke genutzt habe. Auch die Aufbewahrung des Ordners im Büro mit Betreuungsvorgängen zeige, mit welcher Selbstverständlichkeit der Kläger ihre dienstlichen Einrichtungen für sich in Anspruch nehme. Es könne nicht die Rede sein von einem ungestörten Bestand des Vertrauens zu dem Kläger. Die Weiterleitung der Emails mit pornographischen Bildern an Herrn C. habe zum Kündigungszeitpunkt bereits mehr als 6 Jahre zurückgelegen, was eine Vertrauensstörung aufgrund von Pflichtverletzungen über einen längeren Zeitraum belege. Im Übrigen bestehe der Verdacht, dass der Kläger sich an der Weiterveräußerung eines Herrn C von einem Geschäftspartner der Beklagten „geschenkt“ LED-Blacklight-Fernsehers und auch anderer Gegenstände beteiligt habe, auch wenn er nicht selbst davon unmittelbar profitiert habe. Sie müsse davon ausgehen, dass der Kläger auch künftig gegen seine Vertragspflichten verstoße. Das Arbeitsgericht habe die Dauer der Betriebszugehörigkeit und das Lebensalter bei der Interessenabwägung zu hoch bewertet.
- 43 Die Beklagte beantragt,
- 44 unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Köln vom 17. Januar 2012 - 14 Ca 1740/11 - die Klage abzuweisen.
- 45 Der Kläger beantragt,
- 46 die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.
- 47 Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Er räumt ein, gegen die Betriebsvereinbarung vom 16. November 2005 durch die Weiterleitung von Dateien mit pornographischen Bildern und den Email-Schriftwechsel mit zwei Frauen verstoßen zu haben. Von einer ausschweifenden privaten Nutzung des Dienst-PC könne aber keine Rede sein. Er habe nicht private Newsletter in der von der Beklagten behaupteten Anzahl bestellt. Er verweist auf verschiedene Möglichkeiten, wie Newsletter ohne Aufforderung des Empfängers eingehen können. Er habe auch nichts vertuscht, sondern den privaten Leitz-Ordner selbst dem Werkschutz ausgehändigt. Die erstmals im Berufungsverfahren vorgetragene Vorwürfe, er habe sich an kriminellen Machenschaften des Mitarbeiters C beteiligt, seien unzutreffend. Sie könnten zudem im vorliegenden Kündigungsrechtsstreit nicht berücksichtigt werden, da der Betriebsrat nicht im Rahmen der Anhörung zu den Kündigungen darüber unterrichtet worden sei. Er rügt, die fristlose Kündigung sei auch deshalb unwirksam, weil die Beklagte die 2-Wochen-Frist nach § 626 Abs.2 BGB nicht eingehalten habe. Sein Dienst-PC sei bereits am 13. Januar 2011 vom Werkschutz beschlagnahmt worden. Er bestreitet, dass die Dateien unter Einhaltung der Vorgaben nach § 5 der Betriebsvereinbarung vom 16. November 2005 ausgewertet worden sind.
- 48 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Akteninhalt verwiesen.

## **Entscheidungsgründe**

- 49 I. Die Berufung ist zulässig.
- 50 Sie ist nach § 64 Abs. 2 c ArbGG statthaft und innerhalb der Fristen nach § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG eingelegt und begründet worden.
- 51 II. In der Sache hat die Berufung keinen Erfolg.
- 52 Zu Recht hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 24. Februar 2011 noch durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 28. Februar 2011 beendet worden ist.
- 53 Der Kläger hat binnen 3 Wochen nach Zugang der Kündigungen die Unwirksamkeit der beiden Kündigungen gerichtlich geltend gemacht (§ 4 S. 1 KSchG, § 7 KSchG). Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet auch das Kündigungsschutzgesetz Anwendung, da der Kläger länger weit länger als 6 Monate bei der Beklagten beschäftigt ist (§ 1 Abs. 1 KSchG) und für die Beklagte mit etwa 17000 Beschäftigten weit mehr als die Mindestbeschäftigtenzahl nach § 23 Abs. 1 KSchG tätig sind.
- 54 Danach ist die fristlose Kündigung darauf zu überprüfen, ob ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB vorliegt. Die ordentliche Kündigung ist darauf zu überprüfen, ob sie aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt ist iSd. § 1 Abs. 2 KSchG.
- 55 1. Die fristlose Kündigung vom 24. Februar 2011 ist unwirksam, weil es an einem wichtigen Grund iSd § 626 Abs. 1 BGB fehlt.
- 56 a. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (z. B. Urteil vom 31. Mai 2007 - 2 AZR 200/06 - ) kommt als kündigungsrelevante Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten bei einer privaten Nutzung des Internets oder des Dienst-PC u. a. in Betracht:
- 57 - Das Herunterladen einer erheblichen Menge von Daten aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme („unbefugter Download“), insbesondere wenn damit einerseits die Gefahr möglicher Vireninfiltrationen oder anderer Störungen des - betrieblichen - Systems verbunden sein kann, oder andererseits von solchen Daten, bei deren Rückverfolgung es zu möglichen Rufschädigungen des Arbeitgebers kommen kann, beispielsweise, weil strafbare oder pornografische Darstellungen heruntergeladen werden,
- 58 - die private Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internetanschlusses als solche, weil durch sie dem Arbeitgeber möglicherweise - zusätzliche - Kosten entstehen können und der Arbeitnehmer jedenfalls die Betriebsmittel - unberechtigterweise - in Anspruch genommen hat,
- 59 - die private Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internets oder anderer Arbeitsmittel während der Arbeitszeit, weil der Arbeitnehmer während des Surfens im Internet oder einer intensiven Betrachtung von Videofilmen oder -spielen zu privaten Zwecken seine arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringt und dadurch seiner Arbeitspflicht nicht nachkommt und sie verletzt.
- 60 b. Die Beklagte hat gemäß der Betriebsvereinbarung vom 16. November 2005 dem Kläger die gelegentliche Nutzung der firmeneigenen Computersysteme gestattet, sofern damit die Interessen der Beklagten nicht beeinträchtigt werden. Dazu gehören auch gelegentliche Emails und der Zugriff auf Internet-Seiten mit Informationen über das Tagesgeschehen. Die Arbeitsleistung darf nicht beeinträchtigt werden. Strikt ist untersagt die Speicherung oder Weitergabe von nicht dem Geschäftszweck dienenden Daten oder die Versendung unangemessener Nachrichten oder Dateien wie z. B. Zugriff, Weitergabe, Speicherung von Dateien mit unangebrachten, insbesondere sexuellen oder obszönen Inhalten. Untersagt ist auch das Betreiben von geschäftlichen Aktivitäten im eigenen Namen.
- 61 c. Nach der Betriebsvereinbarung vom 16. November 2005 ist die Beklagte berechtigt, bei konkretem Missbrauchsverdacht die auf dem PC und den persönlichen Laufwerken gespeicherten Daten auszuwerten. Zwischen den Parteien ist nicht streitig, dass die Beklagte danach berechtigt war, die auf dem PC des Klägers gespeicherten Daten einschließlich des Email-Ordners „Privat“, in dem sich private Kommunikation mit anderen Mitarbeitern der Beklagten und Dritten

befand, in dem in der Betriebsvereinbarung festgelegten Verfahren auszuwerten. Ein konkreter Missbrauchsverdacht bestand, nachdem auf dem PC des Mitarbeiters C zwei Emails mit pornographischen Bildern vorgefunden worden waren, die vom Dienst-PC des Klägers an diesen Mitarbeiter weitergeleitet worden waren. Die Beklagte hat den Kläger auch über die Auswertung informiert. Allerdings ist streitig, ob die Auswertung nach dem unter § 5 der Betriebsvereinbarung vom 15. November 2005 festgelegten Sechs-Augen-Prinzip unter Einbeziehung der Werksicherheit, der Vertreter der Personalabteilung und auch der des Betriebsrats erfolgt ist.

- 62 d. Ausgehend von einer zulässigen Auswertung der gespeicherten Daten hat das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt, dass bereits die unstreitigen Verstöße des Klägers gegen die Betriebsvereinbarung vom 16. November 2005 und auch gegen die nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht allgemein geltenden Regeln für die private Nutzung eines Dienst-PC an sich als wichtiger Grund für eine Kündigung i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB geeignet sind.
- 63 Der Kläger hat am 15. November 2004 von seinem Dienst-PC aus zwei Dateien mit pornographischen Bildern an den Mitarbeiter C weitergeleitet. Als schwerer arbeitsvertraglicher Verstoß wiegen auch der 3-stündige Email-Schriftwechsel am 28. Juli 2009 und der 2-stündige Email-Schriftwechsel am 14. August 2009 mit eindeutig sexuellen Inhalten. Es kommen hinzu private Emails über den Verkauf und Ankauf verschiedener Gegenstände und Emails mit sonstigem privaten Inhalt. Schließlich ist in dem Büro der Klägers ein Ordner mit Unterlagen über die Betreuung seines Großvaters und zu privaten Versicherungsbuchungen und Reisebuchungen vorgefunden worden, der belegt, dass der Kläger nicht nur den PC für die Erledigung von privaten Angelegenheiten genutzt hat, sondern private Vorgänge auch auf andere Art in den Räumen der Beklagten während der Arbeitszeit bearbeitet hat, z. B. durch Telefonate.
- 64 e. Nicht hingegen besteht der dringende Verdacht, dass der Kläger über die unstreitigen Pflichtverletzungen hinaus in weiteren Fällen gravierend gegen die nach der Betriebsvereinbarung vom 16. November 2005 und nach den Grundsätzen in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bestehenden arbeitsvertraglichen Pflichten bei privater Nutzung des Dienst-PC verstoßen hat und damit die Kündigungen, sollten sie als Tatkündigungen keinen Bestand haben, jedenfalls als Verdachtskündigungen wirksam sind.
- 65 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann nicht nur eine erhebliche Vertragsverletzung, sondern auch schon der schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung oder sonstigen Verfehlung einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellen. Eine Verdachtskündigung liegt vor, wenn und soweit der Arbeitgeber seine Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines (nicht erwiesenen) strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört. Eine Verdachtskündigung ist nur dann zulässig, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen hat, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Dabei ist die vorherige Anhörung des Arbeitnehmers Wirksamkeitsvoraussetzung der Verdachtskündigung. Diese Grundsätze gelten sowohl für die außerordentliche als auch die ordentliche Verdachtskündigung (vgl. z.B. BAG, Urteil vom 23. Juni 2009 - 2 AZR 474/07).
- 66 Die Beklagte stützt den Verdacht, der Kläger habe neben den unstreitigen Verstößen, in noch größerem Umfang in unerlaubter Weise den Dienst-PC benutzt auf den Umstand, dass auf dem Rechner vor der Sicherstellung durch den Werkschutz eine größere Anzahl von Dateien und Internetverläufen gelöscht worden seien und dass nach der Sicherstellung innerhalb von zwei Monaten 600 private Newsletter auf diesem Dienst-PC eingegangen seien.
- 67 Der Kläger hat dazu ausgeführt, die Beklagte halte ihre Arbeitnehmer mit einer jährlichen Aufforderung an, Dateien und Internetverläufe zu löschen, um die Datenmenge zu reduzieren. Newsletter in dem von der Beklagten vorgetragenen Umfang habe er nicht angefordert. Es komme vor, dass Arbeitnehmer unter der Anschrift eines anderen Arbeitnehmer Newsletter bestellen, um diesen zu ärgern oder sich einen Spaß zu machen.
- 68 Es bestehen keine starken Verdachtsmomente dafür vor, dass es sich bei diesem Vorbringen des Klägers um bloße Schutzbehauptungen handelt. Es fehlen jegliche Ausführungen der Beklagten dazu, wann der Kläger vorher zuletzt Dateien und Internetverläufe gelöscht hatte, in

- welchem Umfang auf dem Dienst-PC des Klägers seit diesem Zeitpunkt dienstliche Dateien abgespeichert worden sein konnten und inwiefern daher die Löschung vor der Sicherstellung private Dateien betroffen haben musste und welchen Umfang sie hatten. Ebenso hat sie das Vorbringen des Klägers nicht mit aussagekräftigen Indizien widerlegt, zumindest ein großer Teil der auf dem Dienst-PC eingegangenen Newsletter sei ihm ohne sein Mitwirken übersandt worden.
- 69 Es können daher allein die unstreitigen Verstöße bei der Prüfung des wichtigen Grundes herangezogen werden, und zwar im Rahmen einer Tatkündigung.
- 70 f. Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalles unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen.
- 71 Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist eine Kündigung nicht gerechtfertigt, wenn es mildere Mittel gibt, eine Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen. Dieser Aspekt hat durch die Regelung des § 314 Abs. 2 BGB i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB eine gesetzgeberische Bestätigung erfahren. Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes deshalb nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach einer Abmahnung nicht zu erwarten ist oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (vgl. z. B. BAG, Urteil vom 24. März 2011 - 2 AZR 282/10 - ).
- 72 Die Kammer ist der Ansicht, dass nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Beklagte die Pflichtverletzungen des Klägers zunächst hätte abmahnen müssen. Sie wiegen nicht so schwer, dass sie ohne Weiteres eine fristlose oder auch nur fristgemäße Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen könnten.
- 73 Zwar ist davon auszugehen, dass dem Kläger die Pflichtverstöße bewusst waren. Selbst wenn er die Zusendung der beiden Dateien mit pornographischen Bildern im Jahr 2004 nicht veranlasst hatte, handelte er erkennbar pflichtwidrig, wenn er sie nicht sofort löschte, sondern an den Mitarbeiter C weiterleitete und damit neben einer möglichen Rufschädigung für die Beklagte auch eine Gefährdung der Sicherheit und Funktion des IT-Systems durch möglicherweise mit Viren infizierte Emails oder Anhänge zu Emails in Kauf nahm. Allerdings kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Mitarbeiter C mit der Weiterleitung der Dateien auf seinen Dienst-PC nicht einverstanden war. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, dass sich zu irgendeinem Zeitpunkt Herr C bei ihr diesbezüglich beschwert hat. Es braucht auch nicht näher ausgeführt zu werden, dass dem Kläger bewusst gewesen sein muss, dass der Email-Schriftwechsel mit zwei Frauen am 28. Juli 2009 und am 14. August 2009 ein Verstoß gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten beinhaltete. Weder die Inhalte noch die zeitliche Inanspruchnahme des Klägers für diesen privaten Schriftwechsel konnten von der Beklagten toleriert werden. Dem Kläger muss auch bewusst gewesen sein, dass sich daraus eine Rufschädigung für die Beklagte ergeben konnte. Auch war für den Kläger ohne weiteres erkennbar, dass ihm die Abwicklung von Verkaufsgeschäften an seinem Arbeitsplatz und - ohne entsprechende Genehmigung des Vorgesetzten - die Erledigung auch von dringenden Betreuungsangelegenheiten nicht gestattet waren.
- 74 Da es sich allerdings um Einzelverstöße über einen Zeitraum von mehr als sechs Jahren handelt und die schwerwiegenderen Vorgänge (pornographische Bilder, Email-Schriftwechsel mit zwei Frauen und Verkaufsgeschäfte) zum Kündigungszeitpunkt bereits längere Zeit zurücklagen und es weder zu finanziellen Schäden, noch zu Beeinträchtigungen der IT-Systems noch zu Rufschädigungen für die Beklagte gekommen ist, war es nicht offensichtlich ausgeschlossen, dass die Beklagte als verständige Arbeitgeberin zunächst mit einer Abmahnung reagieren würde. Insbesondere ist dabei festzuhalten, dass der Kläger unwidersprochen vorgetragen hat, seine Arbeitsleistung sei nie beanstandet worden und er habe bei den jährlichen Mitarbeiterbewertungen immer die Höchstpunktzahl erreicht.
- 75 Soweit die Beklagte darauf verweist, der Kläger habe sich unberechtigterweise auch die Zeiten als Arbeitszeit vergüten lassen, während derer er die ihm vorgeworfenen Privatangelegenheiten erledigt habe, insbesondere auch den mehrstündigen Ausfall für Email-Schriftwechsel mit den beiden Frauen, ist festzuhalten, dass eine zu einem strafbaren Arbeitszeitbetrug führende Täuschungshandlung des Klägers nicht vorgetragen worden ist. Die bloße Anwesenheit eines Ar-

beitnehmers an seinem Arbeitsplatz besagt noch nicht, dass er auch tatsächlich ununterbrochen arbeitet. Gemeinhin dient die Zuweisung eines bestimmten Arbeitspensums durch den Arbeitgeber dazu, die Erfüllung der Arbeitspflicht sicherzustellen. Dieses hat der Kläger nach eigenem Vorbringen stets erfüllt, was die Beklagte nicht in Abrede gestellt hat.

- 76 Der von der Beklagten erstmals im Berufungsverfahren vorgetragene Verdacht, der Kläger habe sich an der Veräußerung von Gegenständen beteiligt, die dem Mitarbeiter Herrn C von Geschäftspartnern der Beklagten zum Zwecke der Bestechung „geschenkt“ worden seien, kann schon deshalb nicht berücksichtigt werden, weil der Betriebsrat darüber im Rahmen der Anhörung vor Ausspruch der Kündigungen nicht unterrichtet worden ist. In dem von der Beklagten überreichten Unterrichtungsschreiben vom 14. Februar 2011 wird dieser Verdacht überhaupt nicht erwähnt. Zutreffend weist der Kläger darauf hin, dass der Arbeitgeber im Kündigungsrechtsstreit die Kündigung nicht auf Gründe stützen kann, die er dem Betriebsrat im Anhörungsverfahren nicht mitgeteilt hat, und zwar auch dann nicht, wenn dem Betriebsrat diese weiteren Kündigungsvorwürfe bekannt waren (vgl. z. B. BAG, Urteil vom 11. Dezember 2003 - 2 AZR 536/02 -; HWK-Ricken, Arbeitsrechtskommentar, 4. Aufl., § 102 BetrVG Rdn. 28). Im Übrigen handelt es sich bei den als Beleg angeführten Erklärungen von anderen Mitarbeitern zum Teil nur um Aussagen vom Hörensagen, die in einem Fall als „Erzählerei“ abgetan wurden und in denen der Kläger ausdrücklich als Nutznießer des „Systems“ ausgeschlossen worden ist.
- 77 g. Schließlich hat das Arbeitsgericht zutreffend im Rahmen der sowohl bei einer fristlosen als auch bei einer ordentlichen Kündigung vorzunehmenden Interessenabwägung darauf hingewiesen, dass der lange beanstandungsfreie Verlauf des Arbeitsverhältnisses berücksichtigt werden muss. Der Kläger ist zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigungen über 30 Jahre bei der Beklagten beschäftigt gewesen. Er hat sich bei der Beklagten vom Universalschleifer zum Qualitätsmanager „hochgearbeitet“, was dafür spricht, dass er in der Vergangenheit gute Arbeitsleistung erbracht hat. Er hat dargelegt, dass es für ihn sehr schwierig sein wird, eine vergleichbare Stelle zu bekommen, zumal die Beklagte als Arbeitgeberin besonders anerkannt sei und das vorzeitige Ausscheiden eines Arbeitnehmers bei ihr - außerhalb von betriebsbedingten Anlässen - Misstrauen bei der Bewerbung um eine Stelle bei anderen Arbeitgebern begründe. Letzteres macht allerdings die Leichtfertigkeit, mit der der Kläger seinen Arbeitsplatz aufs Spiel setzte, umso unverständlicher.
- 78 Es steht auch außer Frage, dass die Beklagte ein schutzwürdiges Interesse hat an der Beachtung der in der Betriebsvereinbarung vom 16. November 2005 festgelegten Vorgaben für eine private Nutzung der Dienst-PC. Es sind aber keine begründeten Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass nicht bereits eine Abmahnung vom Kläger und ggf. auch anderen Mitarbeitern als deutliche Warnung vor jeglichem Missbrauch verstanden werden und die Beklagte es daher bei den in der Betriebsvereinbarung vom 16. November 2005 vorgesehenen stichprobenartigen Überprüfungen belassen kann. Angesichts dessen überwiegt im vorliegenden Fall das Bestandsschutzinteresse des Klägers das Auflösungsinteresse der Beklagten.
- 79 2. Da - wie vorstehend aufgezeigt - die Beklagte gehalten war, den Kläger zunächst wegen der unstreitigen Pflichtwidrigkeiten abzumahnern, ist auch die ordentliche Kündigung nicht aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 KSchG.
- 80 3. Die Beklagte ist nach den Grundsätzen in der Entscheidung des Großen Senats vom 27. Februar 1985 - GS 1/84 - verpflichtet, den Kläger bereits während der Dauer des Kündigungsrechtsstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen.
- 81 4. Nach alledem war die Berufung mit der Kostenfolge nach § 97 ZPO zurückzuweisen.
- 82 Die Revision war nicht zuzulassen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, bei der sich keine grundsätzlichen Rechtsfragen stellen, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht beantwortet sind.