

LArbG Baden-Württemberg Urteil vom 7.11.2005, 15 Sa 88/05

Außerordentliche Kündigung wegen privater Nutzung des ausschließlich zu dienstlichen Zwecken zur Verfügung gestellten Computers und des Internetzugangs.

Tenor

1. Auf die Anschlussberufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 21. Februar 2005 - Az.: 30 Ca 9327/04 - unter Zurückweisung der Berufung des Klägers abgeändert:

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger zu tragen.

3. Die Revision zum Bundesarbeitsgericht wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer außerordentlichen, vorsorglich ordentlichen Kündigung vom 16. August 2004.

Der am1963 geborene, verheiratete und 2 Kindern gegenüber unterhaltspflichtige Kläger ist auf Grund des Anstellungsvertrages vom 04. September 1998 ab dem 01. Oktober 1998 als Technical Product Manager in die Dienste der Beklagten getreten. Sein durchschnittliches Bruttomonatsgehalt belief sich zuletzt auf 6.183,33 Euro. In dem Betrieb der Beklagten in B. sind 120 Arbeitnehmer tätig. Zur Anwendung kommt dort die elektronische Zeiterfassung. Dem Kläger steht zur Durchführung seiner Tätigkeit ein Computer mit einem Zugang zum Internet zur Verfügung. Anlässlich seiner Einstellung hat er ein "Formular für Internetzugang" unterzeichnet. Darin war aufgeführt, der Gebrauch des Internets sei geschäftlichen Aktivitäten vorbehalten und die Nutzung für nichtgeschäftliche Zwecke nicht gestattet.

Im Mai 2002 erfolgte ein Aushang „Nutzung des L. -Netzwerkes“ am Schwarzen Brett. Darin war der Hinweis enthalten, dass Mails mit pornographischem Inhalt weder versendet noch gespeichert werden dürften. Sollte ein Mitarbeiter ein derartiges Mail empfangen, sei er verpflichtet, den Absender auf Unterlassung hinzuweisen und diese Mail umgehend im Netzwerk zu löschen. Der Vizepräsident der Beklagten richtete am 03. Dezember 2002 ein E-Mail an alle Mitarbeiter in B. mit dem Hinweis und der Bitte der ausschließlichen Nutzung des Internetzugangs am Arbeitsplatz für dienstliche Zwecke.

Am 09. Januar 2003 wurde dem Kläger die sog. neun Seiten umfassende Desktop-Policy in aktueller Information per E-Mail übermittelt. Darin war u.a. bestimmt:

2. Verstöße

Jegliche Nutzung von Informationsmitteln, die nicht den Geschäftszwecken der L. dient, wird als Verstoß gegen diese Verordnung angesehen. Verstöße oder vermutete Verstöße gegen diese Verordnung und deren Standards müssen sofort der IT Abteilung des Unternehmens gemeldet werden. Mitarbeiter, die in Bezug auf die Nutzung von Arbeitsplatztechnologie gegen die Verordnung des Unternehmens verstoßen, werden einem Disziplinarverfahren unterzogen, das bis hin zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder vertraglicher Beziehungen führen kann. Es liegt im Ermessen der L., zivil- oder strafrechtlicher Verfolgung nachzugehen.

Im Sommer des Jahres 2004 erfolgte eine Systemumstellung von der Domäne L. auf C. . Dabei wurden die zu sichernden Daten der einzelnen Rechner in ein Verzeichnis kopiert, um einem Datenverlust vorzubeugen. Der IT-Administrator fand auf dem Rechner des Klägers am 03. August 2004 verschiedene Dateien, darunter die Dateien Playboy und Boobs. Am Montag, d. 09. August 2004 wurde der Vorgesetzte des Klägers informiert, welcher die Personalleiterin unterrichtete. Am Folgetag wurden auf dem Rechner des Klägers mehrere private Dateien mit pornographischem Inhalt festgestellt. Der Kläger befand sich ab dem 09. August 2004 im Urlaub. Während des Urlaubs wurde er am 17. August 2004 telefonisch kontaktiert und mit ihm ein Gesprächstermin vereinbart. Bei diesem Gespräch äußerte sich der Kläger nicht. Dem Kläger wurde der Abschluss eines Aufhebungsvertrags angeboten. Ein weiteres Gespräch fand am 23. August 2004 im Beisein des nunmehrigen Prozessbevollmächtigten des Klägers statt. Dem Kläger wurden zwei Schreiben vom 16. August 2004 übergeben, die die fristlose wie die vorsorgliche ordentliche Kündigung beinhalteten. Dagegen hat er sich mit der am 27. August 2004 zum Arbeitsgericht erhobenen Klage gewandt. Am 05. und 08. November 2004 hat die Beklagte darüber hinaus festgestellt, dass der Kläger dem ihm für dienstliche Zwecke zur Verfügung gestellten betrieblichen Internetzugang zu 70 -80% privat genutzt hat.

Der Kläger hat geltend gemacht, er habe im Zusammenhang mit der Nutzung des zur Verfügung gestellten PC' s nicht schwerwiegend gegen arbeitsvertragliche Pflichten verstoßen. Die auf seinem Rechner gespeicherten Daten habe er nicht aus dem Internet heruntergeladen, sondern die Datensätze seien ihm von Geschäftspartnern und Kollegen als Anhänge zu E-Mails zugesandt worden. Er habe das für geschäftliche Zwecke vorgesehene E-Mail-System nicht entsprechend der Desktop-Policy missbraucht. Die Desktop-Policy habe er weder im Rahmen der Begründung des Arbeitsverhaltens noch in Form einer ausdrücklichen Arbeitsanweisung erhalten. Er mache sich selbst zum Vorwurf, erhaltene Emails mit diversen Anlagen nicht gelöscht zu haben. Die Desktop-Policy verlange allerdings nicht die Löschung von Material, welches ihm von Dritten, teils auch von Kollegen, überspielt worden sei. Er habe solche Daten nicht weitergeschickt, sondern nur abgelegt. Soweit er private Internetrecherchen durchgeführt habe, sei dies nur im

geringen Umfang außerhalb seiner Arbeitszeit erfolgt. Die von der Beklagten angeführten Internetseiten habe er im Zeitraum 26. bis 29. Juli 2004 aufgerufen. Zu dieser Zeit sei die EDV-Umstellung erfolgt. Er habe während dieses Zeitraums seinen arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeiten nicht nachgehen können. Außerdem sei er zum Aufruf von Mitarbeitern im Kollegenkreis animiert worden. Nicht nur er, sondern auch andere Mitarbeiter hätten Internetseiten aufgerufen. Es sei keineswegs verboten gewesen, Internetanfragen im privaten Interesse durchzuführen. Die Beklagte habe nichts gegen eine private Nutzung des Internets gehabt, so dass diese im Kollegenkreis allgemein üblich gewesen sei. Auch sei er nicht einschlägig abgemahnt worden. Ihm sei nicht bewusst gewesen, gegen arbeitsvertragliche Pflichten zu verstoßen. Ein Aushang am Schwarzen Brett im März 2002 sei ihm nicht gegenwärtig.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche Kündigung und nicht durch die ordentliche Kündigung vom 16. 08. 2005 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat zur Abwehr der Klage und zur Begründung der Kündigung insbesondere ausgeführt, der Kläger habe fortgesetzt und systemisch gegen die Vorgaben zur Nutzung des dienstlichen E-Mails- und Internetzugangs und dadurch gegen die ihm obliegende Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung verstoßen. Er habe den zur Verfügung gestellten Rechner zum Empfang, Speichern, Aufrufen usw. von diskriminierendem, die Würde des Menschen verletzenden Materials genutzt. Auf dem Rechner des Klägers seien Daten mit einem Speichervolumen von 17,317 Megabyte aufgefunden worden. Dabei habe es sich im Wesentlichen um explizite und detaillierte pornographische Darstellungen gehandelt; teilweise in Form von Powerpoint Präsentationen. Der Kläger habe Daten per Email erhalten und anschließend gespeichert. Bei der Änderung von Dateien handle es sich typischerweise um eine Änderung des Verteilers, um sie an andere Personen weiterzuleiten. Das Speichern von nicht geschäftsbezogenen Daten erhöhe für das betriebliche EDV-System die Gefahr eines Virenbefalls. Das Speichern der nicht dienstlichen Dateien führe sowohl auf dem lokalen Rechner des Klägers als auch dem Zentralrechner zur Verschwendung dringender benötigter Speicherkapazitäten. Der Kläger habe den ausschließlich für dienstliche Zwecke zur Verfügung gestellten E-Mail-Zugang in sehr großem Umfang zum Empfang, zur Speicherung und Weiterleitung privater Dateien mit überaus harten und diskriminierenden pornographischen Inhalt missbraucht. Auf der Festplatte des Klägers seien insgesamt 9.060 jpeg-Dateien gesichert und auf CD-Rom gespeichert worden. Er habe den Internetzugang im großen Umfang privat genutzt. Eine vorige Abmahnung sei nicht erforderlich gewesen. Die private Nutzung des Internetzugangs habe auch das S. umfasst.

Das Arbeitsgericht hat durch seine am 21. Februar 2005 verkündete und am 23. Mai 2005 zugestellte Entscheidung dem Begehren des Klägers insoweit stattgegeben, als es angenommen hat, das Arbeitsverhältnis sei durch die außerordentliche Kündigung nicht aufgelöst worden. Im Übrigen hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es insbesondere ausgeführt, bezüglich der Nutzung des ausschließlich für dienstliche Zwecke zur Verfügung gestellten Computers und des Internetzugangs seien die Gründe heranzuziehen, die bei der Nutzung eines dienstlichen Telefonanschlusses für private Zwecke gelten würden. Der Kläger habe den E-Mail- und den Internetzugang verbotswidrig zu privaten Zwecken genutzt. Das Empfangen, jedenfalls das Abspeichern von per E-Mail empfangenen Dateien pornographischen Inhalts stelle eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung dar. Eine Abmahnung sei nicht erforderlich gewesen. Der Kläger habe nicht von der Duldung des privaten Internetzugangs mit pornographischem Inhalt ausgehen können. Die Interessenabwägung schlage zu Gunsten des Klägers aus. Gerechtfertigt sei die ordentliche Kündigung vom 16. August zum 31. September 2004.

Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner am 23. Juni 2005 als Fax und im Original eingereichten Berufung, die er vor Ablauf der auf den fristgerechten Antrag hin verlängerten Frist zur Berufungsbegründung ausgeführt hat. Die Beklagte hat, nachdem die Berufungsbegründungsschrift am 06. September zugestellt worden war, mit dem am 05. Oktober 2005 per Fax und am Folgetag im Original eingereichten Schriftsatz Anschlussberufung eingelegt.

Zur Begründung seines Rechtsmittels führt der Kläger aus, alle Dateien, die auf seinem Rechner gespeichert worden seien, insbesondere solche mit pornographischem Inhalt, habe er nicht aus dem Internet herunter geladen. Die Datensätze mit pornographischem Inhalt seien ihm von Geschäftspartnern und Kollegen als Anhänge zu E-Mails zugesandt worden. Selbst nach dem Vortrag der Beklagten verlange die behauptete Desktop-Policy nicht die Löschung von Material, welches er per E-Mail von Dritten und teils von Kollegen erhalten habe. Der reine Internetzugang durch den Arbeitnehmer stelle keinen schwerwiegenden Pflichtverstoß dar, welcher den Ausspruch einer Kündigung ohne vorausgegangene Abmahnung rechtfertigen könne. Er habe kein festes Stundenkontingent bezogen auf die Lage der Arbeitszeit zu erbringen gehabt. In allen Abteilungen sei es üblich gewesen, die vorhandenen Internetzugänge auch zur Abfrage zu benutzen, die keinen geschäftlichen Bezug gehabt hätten. Auch die ordentliche Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt. Er habe davon ausgehen dürfen, dass das Nichtlöschen von kompromittierenden Dateien sowie die Recherche im Internet vom Arbeitgeber zumindest nicht als ein erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten gewertet würde.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 21. 02. 2005 – Az. 30 Ca 9327/04 – abzuändern und festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis auch durch die ordentliche Kündigung vom 16. 08. 2004 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte wendet sich mit Ihrer Anschlussberufung gegen die Feststellung der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung. Sie macht geltend, der Missbrauch des E-Mail-Systems wie auch der Missbrauch des Internetzugangs sei vom Kläger in großem Umfang betrieben worden. Wenn ein Arbeitnehmer gegen ein ausdrückliches und mehrfach ausgesprochenes Verbot verstoße, müsse er sich klar sein, dass der Arbeitgeber das Verhalten nicht dulden werde. Der Kläger habe sich durch das ausdrückliche Verbot mit Kündigungsandrohung nicht von der privaten Nutzung von Internet und E-Mail abhalten lassen. Da der Kläger nicht viele Jahre sondern nicht einmal sechs Jahre beschäftigt gewesen sei, schlage die Interessenabwägung nicht zu seinen Gunsten aus.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 21. 02. 2005 – Az.: 30 Ca 9327/04 abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

Der Kläger bittet um die Zurückweisung der Anschlussberufung. Auch andere Mitarbeiter hätten sich wie er verhalten. Eine Mitarbeiterin sei im Jahre 2003 wegen selbigen Verhaltens, welches ihm nunmehr (teilweise) vorgeworfen werde, ermahnt und noch nicht einmal abgemahnt worden. Die Versendung von internen Mails mit privatem Inhalt sei alles andere als ungewöhnlich gewesen. Es sei durchaus üblich und ohne jede Beanstandung bei anderen Kolleginnen und Kollegen akzeptiert worden, wenn diese sich des Internetzugangs auch für private Dinge bedient hätten. Ein Teil der Internetzugriffe in der Zeit vom 26. bis 29. Juli 2004 sei auf private Bitten aus dem Kollegenkreis zurückzuführen. In einzelnen Fällen treffe es zu, dass er private Anfragen im Internet gestartet habe. Dem habe er keine größere Bedeutung beigemessen, weil dies unter den Kollegen üblich gewesen und das Internet nicht nur für geschäftliche sondern auch für Privatrecherchen genutzt wurde/werden durfte.

Die erkennende Kammer hat durch die Vernehmung des von der Beklagten benannten Zeugen N. Beweis erhoben. Hinsichtlich des Beweisthemas wird auf die Verfügung vom 24. Oktober 2005 und bezüglich des Ergebnisses der Beweisaufnahme auf den Protokollinhalt der Sitzung vom 07. November 2005 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Berufung des Klägers gegen das seinem Begehren nur insoweit entsprechende Urteil des Arbeitsgerichts, als dieses angenommen hat, das Arbeitsverhältnis sei durch die

außerordentliche Kündigung zwar nicht, jedoch durch die vorsorglich erklärte ordentliche Kündigung aufgelöst worden, ist statthaft (§§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 2 lit. c ArbGG). Das Rechtsmittel ist form- und fristgerecht eingelegt und vor Ablauf der auf den fristgerechten Antrag hin verlängerten Frist zur Berufungsbegründung ordnungsgemäß ausgeführt worden. Die zweimonatige Frist für die Begründung der Berufung endete am 23. Juli 2005, da das Urteil des Arbeitsgerichts am 23. Mai 2005 zugestellt worden ist. Da der letzte Tag der Frist für die Berufungsbegründung auf einen Sonnabend fiel, endete die Frist gemäß § 222 Abs. 2 ZPO am darauf folgenden Werktag. Dies war Montag, d. 25. Juli 2005. An diesem Tag ist der per Fax übermittelte Antrag auf Fristverlängerung beim Landesarbeitsgericht eingegangen. Vor Ablauf der bis zum 23. August 2005 verlängerten Frist zur Berufungsbegründung ist der entsprechende Schriftsatz beim Berufungsgericht eingegangen. Das Rechtsmittel des Klägers ist somit zulässig (§§ 64 Abs. 6, 66 Abs. 1 ArbGG, §§ 519, 520, 222 Abs. 2 ZPO). Die Berufungsbegründungsschrift ist dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten nebst der Terminsverfügung am 06. September 2005 zugestellt worden. Die Beklagte hat mit dem am 05. Oktober 2005 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Anschlussberufung eingelegt. Nach § 524 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist die Anschließung an das Rechtsmittel des Gegners auch dann statthaft, wenn die Berufsfrist für eine eigenständige Berufung verstrichen ist. In einem solchen Fall ist sie bis zum Ablauf der dem Berufungsbeklagten gesetzten Frist zur Berufungserwiderung zulässig. Da die Berufungsbegründungsschrift am 06. September 2005 zugestellt worden ist, endete die Frist zur Beantwortung am 06. Oktober 2005. Während die Berufung des Klägers unbegründet ist, ist auf die Anschlussberufung der Beklagten das Urteil des Arbeitsgerichts abzuändern und der Kläger mit seiner Klage insgesamt abzuweisen. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten hat das Arbeitsverhältnis nach den Umständen des Falles mit ihrem Zugang aufgelöst. Da das Arbeitsverhältnis somit mit der Übergabe der schriftlichen Kündigung vom 16. August am 23. August 2004 aufgelöst worden ist, ging die vorsorglich erklärte ordentliche Kündigung ins Leere.

II.

Das im Jahr 1998 begründete Arbeitsverhältnis ist durch die mit Schreiben vom 16. August 2004 erklärte außerordentliche Kündigung mit ihrem Zugang aufgelöst worden. Die außerordentliche Kündigung ist wirksam. Durch sein Verhalten hat der Kläger einen wichtigen Grund gesetzt, der es der Beklagten unzumutbar gemacht hat, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung fortzusetzen. Angesichts der Schwere der Pflichtverletzungen und der mehrmaligen Hinweise der Beklagten bezüglich des nur zu dienstlichen Zwecken vorbehaltenen Gebrauchs des zur Verfügung gestellten Kommunikationsmittel Internet bedurfte es keiner vorherigen einschlägigen Abmahnung.

1. Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Dienstverhältnis von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung hängt nur davon ab, ob objektiv ein wichtiger Grund im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung vorliegt und - falls der Sachverhalt streitig ist, im Rechtsstreit nachgewiesen werden kann (vgl. BAG, Urteil vom 18. September 1997 -2 AZR 36/96, AP Nr. 138 zu § 626 BGB). Der zur Rechtfertigung der Kündigung angeführte Sachverhalt muss an sich geeignet sein, einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. Der wichtige Grund wird durch objektiv vorliegende Tatsachen bestimmt, die geeignet sind, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar zu machen. Kündigungsgrund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB ist jeder Sachverhalt, der objektiv das Arbeitsverhältnis mit dem Gewicht eines wichtigen Grundes belastet.

a) Zutreffend hat das Arbeitsgericht angenommen, die private Nutzung des ausschließlich zu dienstlichen Zwecken zur Verfügung gestellten Computers und des Internetzugangs könne besonders dann, wenn die Nutzung während der Arbeitszeit und zu pornografischen Zwecken erfolgt sei, je nach den Umständen des Falles eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Dabei hat es die Parallele zu den Fällen der Nutzung eines dienstlichen Telefonanschlusses für Privatgespräche gezogen. Es entspricht höchst richterlicher Rechtsprechung, wonach umfangreiche, unerlaubte und heimlich geführte Privattelefonate auf Kosten des Arbeitgebers als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung in Betracht kommen (vgl. BAG, Urteil vom 05. Dezember 2002 -2 AZR 478/01, AP Nr. 63 zu § 123 BGB; Urteil vom 04. März 2004 -2 AZR 147/03, AP Nr. 50 zu § 103 BetrVG 1972). Während die private Nutzung des ausschließlich für dienstliche Zwecke zur Verfügung gestellten Telefonanschlusses (zum Missbrauch eines überlassenen Mobiltelefons, vgl. LAG Hessen, Urteil vom 25. November 2004 -5 Sa 1299/04, LAGE § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 87) die Rechtsprechung schon geraume Zeit beschäftigt hat, ist der Missbrauch anderer, modernerer Kommunikationsmittel eine neuere Erscheinung. Ebenso wie beim dienstlichen Telefonanschluss ist der Arbeitgeber auch bezüglich des am Arbeitsplatz zur Verfügung gestellten Internetzugangs allein befugt, über die Art und Weise der Nutzung zu entscheiden. Ob der Arbeitnehmer Betriebsmittel nur zu betrieblichen oder auch zu privaten Zwecken benutzen kann und darf, steht allein in der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers (vgl. Kramer, NZA 2004, 457 ff; Fischer AuA 2005, 91 ff). Er, der Arbeitgeber, bestimmt darüber, ob und wie die Betriebsmittel verwandt werden müssen bzw. dürfen. Werden die vom Arbeitgeber aufgestellten Nutzungsregeln nicht beachtet, handelt der Arbeitnehmer pflichtwidrig. Soweit sich Instanzgerichte über die vom Arbeitsgericht angeführten Fälle hinaus (vgl. LAG Köln, Urteil vom 14. Dezember 1998 -

12 Sa 896/98, LAGE § 626 BGB Nr. 124 [Speicherung und Verbreitung sexistischer Witze]; Urteil vom 17. Februar 2004 -5 Sa 1049/93, NZA -RR 2005, 136; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 18. Dezember 2003 -4 Sa 1288/03, BB 2004, 1862 [Download pornografischer Inhalte am Arbeitsplatz]; Urteil vom 12. Juli 2004 -7 Sa 1243/03, ZTR 2005, 222 (L) [Unklarheit bezüglich des Verbots privater Internetnutzung]) mit der Frage des Kündigungsgrundes im Falle der (verbotswidrigen) Internetnutzung befasst haben, ging es jeweils um nicht der Verallgemeinerung zugängliche Einzelfallentscheidungen. Inzwischen ist auch höchstrichterlich (BAG, Urteil vom 07. Juli 2005 -2 AZR 581/04, EzA Schnelldienst Nr. 26/2005 S. 7) dahin erkannt worden, ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung könne vorliegen, wenn der Arbeitnehmer das Internet während der Arbeitszeit zu privaten Zwecken in erheblichem zeitlichen Umfang nutze und damit seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletze. Bei der privaten Nutzung des Internets während der Arbeitszeit entgegen einem ausdrücklichen Verbots durch den Arbeitgeber verletzt der Arbeitnehmer seine (Hauptleistungs-) Pflicht zur Arbeit.

b) Aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falles ist von einer besonders schweren Pflichtverletzung des Klägers auszugehen, wobei die Beklagte bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses und dazu auch noch während seines Bestandes wiederholt mit aller Deutlichkeit darauf verwiesen hat, bei dem zur Verfügung gestellten Internetzugang handele es sich um ein ausschließlich für dienstliche Zwecke bestimmtes Betriebsmittel.

aa) Bereits anlässlich seiner Einstellung im Jahr 1998 hat der Kläger das „Formular für Internetzugang“ unterzeichnet und mit seiner Unterschrift erklärt, er habe den Inhalt gelesen und verstanden. In dem Text des Formulars ist ausgeführt, der Gebrauch des Internets sei geschäftlichen Aktivitäten vorbehalten und seine Nutzung unterliege der Überwachung. In welchen Fällen eine nicht bestimmungsgemäße Nutzung vorliege, ist ebenso darin verdeutlicht worden wie die Folgen im Falle einer Zuwiderhandlung. Im Mai 2002 erfolgte ein Aushang am Schwarzen Brett. Mit diesem Aushang wies die Beklagte aus gegebenem Anlass alle Mitarbeiter darauf hin, Mails mit pornografischem Inhalt dürften weder versendet noch gespeichert werden. Sollten solche Mails empfangen worden sein, bestehe die Verpflichtung, den Absender auf Unterlassung hinzuweisen und die Mail umgehend vom Netzwerk zu löschen. Mit seiner Mail vom 03. Dezember 2002 wies der Vizepräsident der Beklagten die Mitarbeiter, die einen Zugang zum Internet für ihren PC am Arbeitsplatz erhalten hatten, darauf hin, mit der Öffnung des Internetzugangs hätten die Mitarbeiter der ausschließlichen dienstlichen Nutzung zugestimmt. Festgestellte private Nutzungen des Internetzugangs könnten Anlass für eine arbeitsgerichtliche Maßnahme bis hin zur Abmahnung bzw. Kündigung sein. Schließlich wurden die Mitarbeiter am 09. Januar 2003 umfassend über die Desk-top-Policy unterrichtet. Unter dem Stichwort „Verfahren“ waren unter der Ziffer 2 Maßnahmen bei Verstößen angekündigt worden. Angesichts dieser Vielzahl von Hinweisen konnten bei

den Arbeitnehmern keine Zweifel darüber bestehen, dass der Internetzugang ausschließlich zu dienstlichen Zwecken bestimmt war. Bereits in dem „Formular“ für Internetzugang war als bestimmungswidrige Nutzung das Anschauen von illegalen Internetseiten mit obszönen und erotischen Inhalten aufgeführt.

Soweit sich der Kläger im ersten Rechtszug darin eingelassen hat, er habe die Desktop-Policy weder im Rahmen der Begründung des Arbeitsverhältnisses noch in Form einer ausdrücklichen Arbeitsanweisung erhalten, ist dies unbehelflich. Die Beklagte hatte vorgetragen, die aktuelle Version der Desktop-Policy sei dem Kläger am 09. Januar 2003 per E-Mail von seinem direkten Vorgesetzten überlassen worden. Den Erhalt als solchen hat der Kläger mit seiner Einlassung nicht bestritten. Die aktuelle Version war mit „Regelung zur Nutzung von Computer“ überschrieben. Die Ausführungen darin befassten sich u.a. mit der erlaubten Nutzung von Informationsmitteln. Wenn dem Kläger die Nutzungsregelungen übermittelt wurden, konnte dies nur den Zweck haben, ihn über die Weisungen des Arbeitgebers zu informieren. Ebenso wenig kann der Kläger damit gehört werden, ihm sei die Desktop-Policy auch nicht gegenwärtig bzw. geläufig gewesen. Die Beklagte hat in unzweifelhafter Weise den Beschäftigten und damit auch dem Kläger gegenüber klargestellt, bei den Computern und dem dadurch ermöglichten Internetzugang handele es sich ausschließlich um Betriebsmittel.

bb) Während der Kläger einerseits geltend macht, er habe die Desktop-Policy nicht als ausdrückliche Arbeitsanweisung erhalten, meint er andererseits vortragen zu müssen, selbst nach dem Vortrag der Beklagten verlange die behauptete Desktop-Policy nicht die Löschung von Material, welches er per E-Mail von Dritten -teils von Kollegen -erhalten habe.

Mit der Speicherung von Daten mit pornografischem Inhalt, welche ihm von Geschäftspartnern und Kollegen als Anhänge zu E-Mails zugesandt worden sein sollen, hat der Kläger das Betriebsmittel Computer nicht zu dienstlichen, sondern zu privaten Zwecken verwandt. Die Verpflichtung zur umgehenden Löschung solcher Anhänge war darüber hinaus bereits mit dem Aushang am Schwarzen Brett vom Mai 2002 mitgeteilt worden, so dass es einer spezifischen Ausführung in der Desktop-Policy unabhängig davon, dass eine geschäftswidrige Nutzung im Sinne der Desktop-Policy vorlag, nicht bedurfte.

cc) Fehl geht auch die Auffassung des Klägers, der reine Internetzugang könne keinen derart schwerwiegenden Pflichtenverstoß begründen, der den Ausspruch einer Kündigung ohne vorausgegangene Abmahnung rechtfertigen könne. Der Kläger erkennt, dass er den Internetzugang in einem besonders umfangreichen Maße zu nicht dienstlichen Zwecken genutzt hat. Nach den Bekundungen des Zeugen Nitschke sind auf dem Laufwerk des dem Kläger zur Verfügung gestellten Rechners bei den Temporary Internet Files 9.060 jpeg-Dateien aufgefunden worden. Wird diese Anzahl in Relation zu

den Arbeitstagen seit Beginn der Beschäftigung gestellt, so sind dies mehrere Internetzugänge pro Tag. Bei den privaten Anfragen im Internet handelte es sich nicht nur um solche bei einem Tennisverein, bei e-bay oder Kicker online, die der Kläger selbst anführt, sondern auch um mehrfache Zugriffe auf die Internetseite des B. in S. . Wenig erhellend ist auch die Einlassung des Klägers, es sei durchaus möglich, dass der Internetzugang 70 % bis 80 % der Zeit, zu welcher er am Arbeitsplatz anwesend gewesen sei, geöffnet gewesen sei. Es geht nicht um die Öffnung des Internetzugangs, sondern um den Zugriff auf Internetseiten ohne jeglichen dienstlichen Bezug. Auch die Einlassung des Klägers, ihm könne, weil er kein festes Stundenkontingent bezogen auf die Lage der Arbeitszeit habe erbringen müssen, nicht vorgehalten werden, er habe die Internetrecherchen während der Arbeitszeit getätigt, kann nicht gefolgt werden. Unstreitig kommt bei der Beklagten eine elektronische Zeiterfassung zur Anwendung. Der Kläger hat nicht geltend gemacht, er habe das Zeiterfassungssystem verwandt, bevor er den Internetzugang zu privaten Zwecken benutzt habe. Selbst wenn die betriebliche Zeiterfassung erst im Frühjahr 2004 eingeführt worden ist und für den Kläger als außertariflichen Angestellten keine festen Arbeitszeiten und keine festen Pausenregelungen gegolten haben, so hat er den Zugriff auf das Internet und die von ihm angeführten Dateiänderungen während der Arbeitszeit durchgeführt. Der Kläger hat sich auch bei der von ihm geltend gemachten Arbeitszeitautonomie in den Betrieb der Beklagten begeben, um die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Die Nutzung des Internetzugangs zu privaten Zwecken während der Zeit der zur Verfügung gestellten Arbeitsleistung hat nichts mit einer Zeitautonomie zu tun.

Ob die Einlassung des Klägers, soweit er im Zeitraum 26. bis 29. Juli 2004 Internetseiten ohne geschäftlichen Bezug aufgerufen hat, er habe in dieser Zeit wegen der EDV-Umstellung seiner arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit nicht nachgehen können, mit dem Selbstverständnis eines außertariflichen Angestellten vereinbar ist, kann seiner eigenen Beurteilung überlassen werden. Selbst wenn die Erbringung (jeglicher) geschuldeter Tätigkeit während der vier Arbeitstage nicht möglich gewesen sein sollte, verstieß er gegen die Anweisung der ausschließlich geschäftlichen Nutzung des Internetzugangs. Im zweiten Rechtszug meint der Kläger zu diesem Zeitraum noch vortragen zu müssen, ein Teil der Zugriffe sei auf private Bitten aus dem Kollegenkreis zurückzuführen. Gleichviel ob der Kläger aus eigenem Antrieb oder auf Bitten aus dem Kollegenkreis vertragswidrig auf das Internet zu privaten Zwecken zugegriffen hat, hat er seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt.

dd) Selbst wenn der Kläger von seinem Vorgesetzten gebeten worden ist, Verkehrsmeldungen aus dem Internet abzufragen, so war er deswegen nicht berechtigt, den ausdrücklichen Weisungen der Arbeitgeberin zuwider zu handeln. Mit seinem pauschalen Vortrag, es sei unter den Kollegen üblich gewesen, „dass das Internet nicht nur für geschäftliche Dinge, sondern auch für Privatrecherchen genutzt wurde/werden

durfte“, kann der Kläger nicht durchdringen. Woraus sich das „dürfen“ der Privatrecherche ergeben soll, erschließt sich aus dem Vorbringen des Klägers nicht. Durch die Bitte eines Vorgesetzten, Verkehrsmeldungen aus dem Internet abzufragen, sind weder die vielfältigen Weisungen der Beklagten aufgehoben noch die private Nutzung allgemein erlaubt worden. Keinen konkretisierenden Vortrag, sondern ein untaugliches Beweisangebot -Sachverständigengutachten führt der Kläger an, soweit er ausführt, die Versendung von internen Mails mit privatem Inhalt sei alles andere als ungewöhnlich sowie das Benutzen des Internetzugangs auch für private Zwecke üblich gewesen und ohne jede Beanstandung bei anderen Kolleginnen und Kollegen akzeptiert und über einen langen Zeitraum hinweg vom Arbeitgeber geduldet worden. Geduldet und akzeptiert werden kann ein vertragswidriges Verhalten nur, wenn der Arbeitgeber davon Kenntnis erlangt hat. Wann und auf welche Weise die Arbeitgeberin vorliegend Kenntnis erlangt haben soll, hat der Kläger nicht preisgegeben. Der pauschalen Einlassung steht schon der Inhalt des Aushangs am Schwarzen Brett sowie der vom Kläger selbst angeführte Vorfall entgegen, wonach eine Kollegin im Jahre 2003 „wegen selbigen Verhaltens, das nunmehr dem Kläger (teilweise) vorgeworfen wird“ ermahnt worden sei. Daraus folgt schon nach dem eigenen Vorbringen des Klägers, dass die Beklagte, als sie von einer vertragswidrigen Nutzung des Internets Kenntnis erlangt hat, dies gerade nicht geduldet oder akzeptiert hat.

c) Soweit der Kläger auf die bereits angeführte Entscheidung des LAG Rheinland-Pfalz vom 12. Juli 2004 Bezug nimmt und ausführt, die Gestattung des privaten Internetsurfens in angemessenem Umfang sei eine im Privat- und Arbeitsleben sozialtypische Erscheinung, die entsprechend den zur Verfügung stehenden Verbindungsnachweisen für den Arbeitgeber auch kontrollierbar sei, sind Verbindungsnachweise für das Internet jedenfalls der Kammer unbekannt. Der Kläger lässt unbeachtet, dass das Berufungsgericht Rheinland-Pfalz mit einem Fall befasst war, bei welchem Art und Ausmaß des Verbotenseins privater Internetnutzung am Arbeitsplatz unklar war. Eine solche Unklarheit bestand vorliegend jedoch nicht. Die Beklagte hat mit aller Deutlichkeit wiederholt darauf hingewiesen, der zur Verfügung gestellte Internetzugang dürfe allein für geschäftliche Zwecke genutzt werden. Da die Nutzung für nicht geschäftliche Zwecke ausdrücklich untersagt war, war sie gerade nicht gestattet und konnten Zweifel über die Art und das Ausmaß des Verbots nicht entstehen.

2. Zutreffend hat das Arbeitsgericht bereits angenommen, einer vorherigen einschlägigen erfolglosen Abmahnung habe es nicht bedurft.

a) Zwar ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine Abmahnung erforderlich, wenn wegen eines nicht vertragsgerechten Verhaltens gekündigt werden soll und die Störungen im Leistungsbereich liegen. Dies gilt für jede Kündigung, die wegen eines Verhaltens des Arbeitnehmers oder aus einem Grund in seiner Person ausgesprochen werden soll, den er durch sein steuerbares Verhalten beseitigen konnte, wenn also eine

Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden konnte. Eine Abmahnung ist jedoch entbehrlich, wenn es um eine schwere Pflichtverletzung geht, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei welcher eine Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist (vgl. BAG, Beschluss vom 10. Februar 1999 -2 ABR 31/98, BAGE 91, 30 = AP Nr. 42 zu § 15 KSchG 1969; Urteil vom 11. März 1999 -2 AZR 507/98, AP Nr. 149 zu § 626 BGB).

b) Von einer schweren Pflichtverletzung durch den Kläger ist angesichts der Art sowie des Umfangs der gespeicherten pornografischen Daten als auch der Vielzahl und des Inhalts der aufgerufenen Internetseiten im Hinblick auf die wiederholten Weisungen der Beklagten, das zur Verfügung gestellte Kommunikationsmittel nur für betriebliche Zwecke zu nutzen, auszugehen. Angesichts der Eindeutigkeit der Weisungen und des zumindest mit der Desktop-Policy enthaltenen Hinweises auf Konsequenzen bei Verstößen war dem Kläger die Rechtswidrigkeit seines Handelns ohne weiteres erkennbar. Von einem außertariflichen Angestellten, worauf der Kläger selbst hingewiesen hat, der in seiner Arbeitszeiteinteilung frei war, kann und muss auch ohne ausdrückliche Hinweise durch den Arbeitgeber erwartet werden, dass er weder auf seiner Festplatte Daten pornografischen Inhalts speichert, auch wenn diese ihm von anderen Personen als Anhänge übersandt worden sind, noch über den dienstlichen Internetzugang Zugriff auf die Seiten etwa eines Bordells nimmt. Die Hinnahme des vertragswidrigen Verhaltens durch die Beklagte war auch offensichtlich ausgeschlossen, denn diese hat sowohl generell als auch aus gegebenem Anlass ihre Arbeitnehmer auf die einzuhaltenden Regeln hingewiesen. Wenn sich der Kläger darüber hinweggesetzt hat, so muss er die Konsequenzen tragen.

3. Nicht zu folgen vermag die Berufungskammer allerdings der Auffassung des Arbeitsgerichts, aufgrund besonderer Umstände überwiege das Interesse des Klägers an einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist das Lösungsinteresse der Beklagten.

a) Mangels eines gegenteiligen Vortrages konnte das Arbeitsgericht zwar davon ausgehen, das Arbeitsverhältnis sei bislang beanstandungsfrei verlaufen. Ob nun bei einer Beschäftigungsdauer von sechs Jahren von vielen oder nur von mehreren Jahren gesprochen werden kann, ist nicht entscheidungserheblich. Ohne Zweifel war der Kläger jedenfalls nicht erst kurzfristig bei der Beklagten beschäftigt. Die Wertung der Beschäftigungsdauer muss jedoch gegenüber der Intensität und der Art der Pflichtverletzungen, welche dem Kläger angesichts der Eindeutigkeit der Weisungen der Beklagten ohne Zweifel zum Vorwurf gemacht werden können, zurückstehen. Auch der Familienstand und die Unterhaltsverpflichtungen des Klägers haben nicht ein derartiges Gewicht, dass sie dem Interesse der Beklagten an einer sofortigen Beendigung vorgehen. Wer als Familienvater und angesichts der übertragenen Position ausdrückliche Anweisungen des Arbeitgebers bezüglich des zur Verfügung gestellten

Kommunikationsmittels in der Art und Weise und mit dem Inhalt meint unbeachtet lassen zu können und nicht nur etwa vereinzelt Internetseiten eines Vereins oder anderer vom Kläger ausdrücklich angeführter Seiten, insbesondere auch solche mit der Abbildung leicht oder nicht bekleideter weiblicher Personen wie auch eines Bordells aufruft, kann nicht zu Recht erwarten, der Arbeitgeber werde dies hinnehmen. Unabhängig von der Beschäftigungsdauer konnte das Arbeitsverhältnis angesichts der vereinbarten Kündigungsfrist von drei Monaten zum Quartalsende erst zum 31. Dezember 2004 durch eine ordentliche Kündigung beendet werden. Eine Gewähr dafür, der Kläger werde das Fehlverhalten nicht wiederholen, hatte die Beklagte nicht. Sie konnte den Kläger nicht laufend kontrollieren. Zudem hätte der Kläger das Verhalten auch unbemerkt fortsetzen können, denn die gespeicherten Bilder aufgerufener Internetseiten können vom Benutzer gelöscht und nur durch eine besondere Software zurückgelesen werden, wie der vernommene Systemadministrator ausgeführt hat.

b) Die Interessenabwägung schlägt nicht deswegen zugunsten des Klägers aus, weil die Beklagte dem Kläger den Abschluss eines Aufhebungsvertrages angeboten hat, nach dessen Inhalt das Arbeitsverhältnis einvernehmlich zum 31. Dezember 2004 enden und eine unwiderrufliche Freistellung unter Fortzahlung der monatlichen Bezüge erfolgen sollte. Zwar hätte im Falle des Einverständnisses des Klägers damit nicht die Gefahr der Wiederholung des vertragswidrigen Verhaltens bestanden. Da der Kläger das Angebot jedoch abgelehnt hat und der Arbeitnehmer im gekündigten Arbeitsverhältnis nicht nur seine Beschäftigung verlangen kann, sondern der Arbeitgeber dazu auch grundsätzlich verpflichtet ist, kann das Angebot nicht zu Lasten der Beklagten gewertet werden (vgl. BAG, Urteil vom 11. März 1999 -2 AZR 507/98, a.a.O.).

4. Da somit die in erster Linie ausgesprochene außerordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat, geht die vorsorgliche ordentliche Kündigung ins Leere. Da die Anschlussberufung der Beklagten erfolgreich sein musste, mit der sie die Feststellung des Arbeitsgerichts angriffen hat, das Arbeitsverhältnis sei nicht durch die außerordentliche Kündigung aufgelöst worden, unterliegt die Berufung des Klägers der Zurückweisung.

III.

1. Die Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger in vollem Umfange gemäß § 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. § 91 ZPO zu tragen, denn seine Klage ist in vollem Umfange abgewiesen worden.

2. Ein Rechtsmittel ist gegen dieses Berufungsurteil nicht gegeben. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 72 Abs. 2 ArbGG) liegen nicht vor. Auf die Möglichkeit, die Nichtzulassung der Revision durch das Landesarbeitsgericht selbstständig durch den Rechtsbehelf der Nichtzulassungsbeschwerde anzufechten (§ 72 a ArbGG), wird hingewiesen.