

doch nur, dass ein Arbeitnehmer, der die Arbeitsleistung nachholt, seine Hauptleistungspflicht erfüllt und eine private Internet-Nutzung während der Arbeitszeit jedenfalls keinen Verstoß gegen die arbeitsvertragliche Hauptleistungspflicht darstellt.³⁷

Hiervon unberührt bleibt aber die Verletzung möglicher Nebenpflichten durch eine tätigkeitsfremde Inanspruchnahme der betrieblichen EDV-Ressourcen.³⁸ Folglich ist auch ein Ausgleich der versäumten Arbeitsleistung durch zeitliche Mehrarbeit nicht möglich.

III. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers: Abmahnung – Kündigung

1. Allgemein

Liegt einer der aufgezählten Missbrauchsfälle vor, stellt sich die Frage nach den arbeitsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten. Vorrangig kommen die üblichen arbeitsrechtlichen Disziplinarmaßnahmen in Betracht, also Abmahnung, ordentliche oder außerordentliche Kündigung.³⁹ Möglich sind aber auch Alternativsanktionen in Form einer bloßen Ermahnung/Rüge, einer Versetzung des Arbeitnehmers, einer Sperrung des Internetzugangs oder auch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen.⁴⁰

Die Wahl der Sanktionsmöglichkeit ist dabei abhängig von Umfang und Schwere des Pflichtverstoßes, aber auch von der Form der erlaubten bzw. unerlaubten Nutzung. Zu beachten ist noch, dass dem Arbeitgeber weniger Sanktionsmöglichkeiten zustehen, je unklarer die betriebliche Nutzungsregelung ausgestaltet ist. Nachfolgend werden die einzelnen Sanktionsmöglichkeiten grundlegend erläutert, um später detaillierter anhand der Rechtsprechung und der einzelnen Missbrauchsfälle auf die Einzelheiten einzugehen.

³⁷ Elschner, Günter: Rechtsfragen der Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz. Lohmar-Köln 2004, 2004, S. 43.

³⁸ Ebd.

³⁹ Besgen, Nicolai/Prinz, Thomas: Neue Medien und Arbeitsrecht: E-Mail und andere moderne Kommunikationsmittel, Bonn 2006, S. 57, Rn. 61.

⁴⁰ Ebd.

2. Tendenzen der Rechtsprechung

Lange Zeit war unklar, welches Fehlverhalten des Arbeitnehmers im Umgang mit dem vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Informations- und Kommunikationsmittel zu einer Kündigung berechtigt. Zur Frage der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses bei privater Internetnutzung orientierte sich die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte an der schon seit längerem bestehenden Rechtsprechung zur privaten Telefonnutzung am Arbeitsplatz. Mittlerweile haben einige arbeitsgerichtliche Entscheidungen diesen Sachverhalt geklärt und es zeichnet sich eine arbeitgeberfreundliche Rechtsprechung ab. Die gerichtlichen Vorinstanzen haben die private Nutzung des Internets am Arbeitsplatz oft noch als „sozialadäquat“ eingestuft und einen außerordentlichen Kündigungsgrund nur bei ausdrücklichem Verbot oder einschlägiger Abmahnung als zulässig erachtet.

Das BAG⁴¹ eröffnete mit seinem bereits ausführlicher dargestellten Grundsatzurteil vom 7.7.2005 eine Trendwende zu Gunsten der Arbeitgeber und schuf Klarheit. Es hält die in seiner Entscheidung beschriebenen drei Fallgruppen als generellen Grund für eine außerordentliche Kündigung geeignet. In einem Urteil vom 12.1.2006 bestätigte das BAG⁴² noch einmal sein früheres Urteil. Des Weiteren neigt die Rechtsprechung dazu, bei quantitativ erheblicher Nutzung und bei Speicherung zahlreicher Film- und Bilddateien ein sofortiges Kündigungsrecht zu bejahen.⁴³ Soweit **Pornodateien** gespeichert werden, hat der Arbeitnehmer meistens schlechte Karten. In solchen Fällen wird wenig darauf geachtet, dass die Privatsphäre des Arbeitnehmers auch Speicherungen auf dem Arbeitgeberserver umfasst, zu denen aufgrund Passworts ausschließlich der Arbeitnehmer Zugang hat.⁴⁴

⁴¹ BAG: Urt. v. 7.7.2005 – 2 AZR 581/04, ZTR 2006, 213–215.

⁴² BAG: Urt. v. 12.1.2006 – 2 AZR 179/05, PersV 2006, 355–360; NZA 2006, 980–985; K & R 2006, 463–466.

⁴³ Däubler, Wolfgang: Internet und Arbeitsrecht, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2004, S. 111, Rn. 196.

⁴⁴ Ebd., S. 112, Rn. 197a.

Die ordentliche Kündigung fristet in der Rechtsprechung zum Missbrauch der Internetnutzung bzw. der E-Mail-Anlagen ein Schattendasein.⁴⁵ Urteile, in denen ein Arbeitgeber bereits ein früheres Fehlverhalten einschlägig abgemahnt hat, um dann später eine ordentliche Kündigung auszusprechen, liegen kaum vor.⁴⁶ I.d.R. wird entweder unmittelbar abgemahnt oder fristlos gekündigt.

3. Abmahnung

Surft der Arbeitnehmer während der Dienstzeit unerlaubt, so ist es eine Frage der Verhältnismäßigkeit, ob eine Abmahnung oder doch die Kündigung ausgesprochen werden darf.⁴⁷ Grundsätzlich kann die „normale“ pflichtwidrige Privatnutzung nur im Wiederholungsfall nach erfolgter einschlägiger Abmahnung eine Grundlage für eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses bilden.⁴⁸

Eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung ohne vorherige Abmahnung kommt jedoch dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer erfolgte Nutzung ausdrücklich verboten hatte und eine umfangreiche Nutzung während der Arbeitszeit festgestellt wird.⁴⁹

Die Abmahnung ist gesetzlich nicht geregelt. Es handelt sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der im Arbeitsrecht besondere Bedeutung gewonnen hat und von der Rechtsprechung aus § 326 Abs. 1 BGB hergeleitet wird. Letzten Endes beruht er auf der Fürsorge- bzw. Treuepflicht und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁵⁰ Danach ist grundsätzlich von einem künftig vertragsgemäßen Verhalten des Arbeitnehmers auszugehen, wenn das ihm zur Last gelegte Fehlverhalten steuerbar ist, da es

⁴⁵ Besgen, Nicolai/Prinz, Thomas: Neue Medien und Arbeitsrecht: E-Mail und andere moderne Kommunikationsmittel, Bonn 2006, S. 67, Rn. 100.

⁴⁶ Ebd., S. 67, Rn. 100.

⁴⁷ Fischer, Ulrich: Erlaubte und verbotene Privatnutzung des Internets am Arbeitsplatz. In: AuR 2005, 91–94 (94).

⁴⁸ Kramer, Stefan: Internetnutzung als Kündigungsgrund. In: NZA 2004, 457–464 (464).

⁴⁹ Ebd., S. 464; Moll, Wilhelm: Münchener AnwaltsHandbuch: Arbeitsrecht, 2. Auflage, München 2009, S. 1120, Rn. 358.

⁵⁰ Vgl. Küttner, Wolfdieter: Personalbuch 2008: Arbeitsrecht – Lohnsteuerrecht – Sozialversicherungsrecht, 15. Auflage, München 2008, S. 22, Rn. 2.

Missbrauchsfälle

dann keine Negativprognose hinsichtlich der weiteren Entwicklung der Vertragsbeziehung zulässt.⁵¹

Voraussetzung für den Ausspruch einer Abmahnung ist ein pflichtwidriges, nicht notwendigerweise schuldhaft begangenes Fehlverhalten des Arbeitnehmers.⁵²

Für die Abmahnung ist nach Auffassung der Rechtsprechung unerheblich, ob das beanstandete Verhalten subjektiv vorwerfbar ist, da es ausreicht, wenn der Arbeitgeber einen objektiven Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten rügt.⁵³ Die Abmahnung ist **formfrei**, jedoch sollte sie aus Beweisgründen stets schriftlich erteilt werden.

Der Abmahnung kommt eine Doppelfunktion zu: Zum einen hat sie eine **Rüge- bzw. Sanktionsfunktion**, d. h. tatbestandlich muss die Beanstandung eines Fehlverhaltens vorliegen. Zum anderen beinhaltet sie eine **Warnfunktion**, indem sie für den Wiederholungsfall eine Kündigung androht.⁵⁴ Des Weiteren muss die Abmahnung verhältnismäßig sein, d. h. einzelne Bagatelverstöße genügen für eine Abmahnung nicht aus. Der Betriebsrat muss vor der Abmahnung weder angehört noch unterrichtet werden, da die Abmahnung in der Betriebsverfassung mitbestimmungsfrei ist.⁵⁵ Für den Ausspruch der Abmahnung existiert keine Frist.⁵⁶ Um der notwendigen Warnfunktion aber Nachdruck zu verleihen, sollte nach Kenntnis des Verstoßes innerhalb von zwei Wochen die Abmahnung ausgesprochen werden.⁵⁷

⁵¹ Schlachter, Monika: Fristlose Kündigung wegen Entwendung geringwertiger Sachen des Arbeitgebers. In: NZA 2005, 433–437 (435).

⁵² Hanau, Peter/Hoeren, Thomas: Private Internetnutzung durch Arbeitnehmer: Die arbeits- und betriebsverfassungsrechtlichen Probleme, Band 34, München 2003, S. 34.

⁵³ Vgl. Küttner, Wolfdieter: Personalbuch 2008: Arbeitsrecht – Lohnsteuerrecht – Sozialversicherungsrecht, 15. Auflage, München 2008, S. 22, Rn. 4.

⁵⁴ Bährle, Jürgen: Arbeitsrechtliche Disziplinarmöglichkeiten: Schriftenreihe >Das Recht der Wirtschaft< Gruppe Arbeitsrecht, Band 233, Stuttgart/München/Hannover 2006, S. 21.

⁵⁵ Vgl. Küttner, Wolfdieter: Personalbuch 2008: Arbeitsrecht – Lohnsteuerrecht – Sozialversicherungsrecht, 15. Auflage, München 2008, S. 26, Rn. 30.

⁵⁶ Besgen, Nicolai/Prinz, Thomas: Neue Medien und Arbeitsrecht: E-Mail und andere moderne Kommunikationsmittel, Bonn 2006, S. 59, Rn. 71.

⁵⁷ Ebd.

Vertragsstörungen, die zu Abmahnungen führen können, werden allgemein in drei Kategorien bzw. Störbereiche unterteilt: Der Leistungsbereich (schlechte Arbeit, Unpünktlichkeit, u. a.), der Betriebsbereich (z. B. eine Tätlichkeit gegenüber anderen Beschäftigten) und der Vertrauensbereich (Diebstahl, Entgeltfortzahlungsbetrug u. ä.).⁵⁸

Der Vertrauensbereich bezieht sich dabei auf den Charakter des Arbeitnehmers, seine Redlichkeit und Loyalität. Bei Verstößen im **allgemeinen Leistungsbereich** ist grundsätzlich eine Abmahnung erforderlich.⁵⁹ Im allgemeinen Leistungsbereich liegt ein derartiger Pflichtverstoß vor, wenn der Arbeitnehmer das Internet ohne Erlaubnis nutzt.⁶⁰ Während das BAG früher bei einem Fehlverhalten im Vertrauensbereich eine Abmahnung für entbehrlich hielt, verlangt die Rechtsprechung⁶¹ auch bei Verstößen im Vertrauensbereich das Aussprechen einer Abmahnung, wenn es sich um Verstöße handelt, die ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers betreffen, und wenn durch ein verändertes Verhalten des Arbeitnehmers das gestörte Vertrauen wiederhergestellt werden kann. Dasselbe gilt, wenn der Arbeitnehmer davon ausgehen durfte, dass sein Verhalten nicht pflichtwidrig sei oder vom Arbeitgeber nicht als eine bedeutsame Pflichtwidrigkeit eingestuft werde, also ein Bagatelldenken vorliegt.⁶²

BAG: Urt. v. 4.6.1997 – 2 AZR 526/96

Leitsatz

1. [...].

2. Auch bei Störungen im Vertrauensbereich ist jedenfalls dann vor der Kündigung eine Abmahnung erforderlich, wenn es um

⁵⁸ Hunold, Wolf: Die Rechtsprechung zur Abmahnung und Kündigung bei Vertragsstörungen im Vertrauensbereich. In: NZA-RR 2003, 57–65 (57).

⁵⁹ Hanau, Peter/Hoeren, Thomas: Private Internetnutzung durch Arbeitnehmer: Die arbeits- und betriebsverfassungsrechtlichen Probleme, Band 34, München 2003, S. 33.

⁶⁰ Ebd., S. 34.

⁶¹ BAG: Urt. v. 4.6.1997 – 2 AZR 526/96, DB 1997, 2386–2387.

⁶² Speichert, Horst: Praxis des IT-Rechts: Praktische Rechtsfragen der Internetnutzung und IT-Security, 2. Auflage, Wiesbaden 2007, S. 109; vgl. Dieterich, Thomas/Peter Hanau u. Günter Schaub u. a.: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 51, 9. Auflage, München 2009, § 626 BGB, Rn. 98b.

Missbrauchsfälle

ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers geht und eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden kann (insoweit teilweise Aufgabe der Rechtsprechung in den Urteilen vom 4. April 1974 – 2 AZR 452/73, BAGE 26, 116 = AP Nr 1 zu § 626 BGB Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat und vom 30. November 1978 – 2 AZR 145/77, AP Nr 1 zu § 64 SeemG).

Verstößt der Arbeitnehmer gegen ein explizites Verbot der privaten Internet-Nutzung, rechtfertigt dies regelmäßig eine Abmahnung, da der Vertrauensbereich berührt ist.⁶³ Einen Verstoß im **Vertrauensbereich** stellt z. B. auch das Herunterladen von Seiten mit pornografischem Inhalt dar.

Die Rechtsprechung der Instanzgerichte ist insoweit großzügig. Trotz des ausdrücklichen Verbots rechtfertigt der Missbrauch regelmäßig keine sofortige ordentliche bzw. außerordentliche Kündigung. Das LAG Düsseldorf⁶⁴ geht davon aus, dass das Versenden **privater E-Mails** trotz vorliegenden Verbots einer Abmahnung bedarf und dass das Verhalten nicht geeignet ist eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen.

LAG Düsseldorf: Urt. v. 25.3.2004 – 11 (6) Sa 79/04

Orientierungssatz

1. Eine Kündigung wegen privater Versendung von E-Mails vom Arbeitsplatz aus setzt eine vorherige Abmahnung voraus.
2. Das Erfordernis der Abmahnung entfällt auch nicht, wenn der Arbeitgeber die private Nutzung des E-Mail-Systems durch einen Warnhinweis untersagt.

Das ArbG Frankfurt⁶⁵ schließt sich dieser Auffassung an.

ArbG Frankfurt/M.: Urt. v. 20.3.2001 – 5 Ca 4459/00

Orientierungssatz

Ein Verstoß des Arbeitnehmers gegen die betriebsinterne Anweisung, E-Mails mit nicht geschäftlichem Inhalt bzw mit unbekanntem Anlagen nicht zu öffnen und weiterzuleiten, berechtigt den

⁶³ Vgl. Elschner, Günter: Rechtsfragen der Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz. Lohmar-Köln 2004, S. 89.

⁶⁴ LAG Düsseldorf: Urt. v. 25.3.2004 – 11 (6) Sa 79/04. In AiB 2004, 639–642.

⁶⁵ ArbG Frankfurt/a.M.: Urt. v. 20.3.2001 – 5 Ca 4459/00, AuA 2001, 568–569, RDV 2001, 189–190.

Abmahnung – Kündigung

Arbeitgeber grundsätzlich erst nach vorausgegangener Abmahnung zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

In einem Urteil vom 17.2.2004 entschied das LAG Köln⁶⁶, dass die private Nutzung des Internets mit einem vom Arbeitgeber überlassenen PC durch den Arbeitnehmer erst nach entsprechender Abmahnung eine Kündigung durch den Arbeitgeber rechtfertigt.

LAG Köln: Urt. v. 17.2.2004 – 5 Sa 1049/03

Leitsatz

1. [...].
2. Die private Nutzung des Internet mit einem vom Arbeitgeber überlassenen PC durch den Arbeitnehmer rechtfertigt regelmäßig erst nach entsprechender Abmahnung eine Kündigung durch den Arbeitgeber.

Für private Telefonate am Arbeitsplatz hat das LAG Köln⁶⁷ entschieden, dass auch bei Störungen im Vertrauensbereich eine Abmahnung erforderlich ist.

LAG Köln: Urt. v. 2.7.1998 – 6 Sa 42/98

Leitsatz

1. Darf der Arbeitnehmer von seinem dienstlichen Fernsprechanschluss grundsätzlich auch private Telefonate führen, so berechtigt das ausschweifende Gebrauchmachen von dieser Möglichkeit verbunden mit einer durch unzureichende Organisation verzögerten Abrechnung nicht ohne weiteres zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses.
2. Auch bei Störungen im Vertrauensbereich ist jedenfalls dann vor der Kündigung eine Abmahnung erforderlich, wenn es um ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers geht und eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden kann (im Anschluss an Urteil des BAG v. 4.6.1997 – 2 AZR 526/96, BB 1998, 109–111).

⁶⁶ LAG Köln: Urt. v. 17.2.2004 – 5 Sa 1049/03, AuR 2004, 275.

⁶⁷ LAG Köln: Urt. v. 2.7.1998 – 6 Sa 42/98, LAGE S. 1–4, NZA-RR 1999, 192–194.

Missbrauchsfälle

Private unerlaubte Telefongespräche können sogar nach wiederholter Abmahnung eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.⁶⁸

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass bei einer **untergeordneten** unerlaubten **privaten Mitbenutzung** eine **vorherige Abmahnung erforderlich** ist.⁶⁹ Lediglich bei Straftaten, Pornografie und einer gänzlichen Vernachlässigung der Arbeitspflichten ist eine Abmahnung entbehrlich.⁷⁰

4. Kündigung

Unter der Kündigung versteht man eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die das Arbeitsverhältnis unmittelbar für die Zukunft sofort oder nach Ablauf einer Kündigungsfrist beenden soll, ohne dass noch irgendein Akt der Mitwirkung des Gekündigten – wie z. B. die „Annahme der Kündigung“ – erforderlich ist.⁷¹ Die Empfangsbedürftigkeit der Kündigung bedeutet, dass sie dem Kündigungsempfänger zugehen muss.⁷² Im Allgemeinen unterscheidet man zwischen der ordentlichen und der außerordentlichen Kündigung. Das Kündigungsrecht ist Ausfluss des grundrechtlich gesicherten Selbstbestimmungsrechts (Art. 12 Abs. 1 GG) der Arbeitsvertragsparteien.⁷³

Bei der unerlaubten privaten Nutzung von Telefon und/oder Internet oder bei anderen Übertretungen der Internet-Nutzungs-

⁶⁸ Spiegelhalter, Hans Joachim: Arbeitsrechtslexikon: Beck'sches Personalhandbuch, Band I, München 2000, S. 14, Nr. 28; Oehmann, Werner/Dieterich, Thomas: Arbeits-Recht-Blattei: Systematische Darstellung Rechtsprechung Gesetzestexte Aktuelle Kurzberichte, Ordner 8, Wiesbaden, Loseblattwerk, S. 67, Rn. 247.

⁶⁹ Vehslage, Thomas: Privates Surfen am Arbeitsplatz. In: AnwBl 2001, 145–149 (149).

⁷⁰ Ebd.

⁷¹ Küttner, Wolfdieter: Personalbuch 2008: Arbeitsrecht – Lohnsteuerrecht – Sozialversicherungsrecht, 15. Auflage, München 2008, S. 1484, Rn. 2.

⁷² Kramer, Karin: Die Kündigung im Arbeitsrecht, Schriftenreihe >Das Recht der Wirtschaft< Gruppe Arbeitsrecht, Band 145, 11. Auflage, Stuttgart, München, Hannover 2008, S. 11.

⁷³ Boemke, Burkhard: Studienbuch Arbeitsrecht, 2. Auflage, München 2004, S. 307, Rn. 49.

vorgaben kommt zunächst eine Kündigung aus **verhaltensbedingten Gründen** in Betracht.

4.1. Ordentliche Kündigung

Der „Regelfall“ der Kündigung ist die ordentliche Kündigung.⁷⁴ Von fristgerechter oder ordentlicher Kündigung wird gesprochen, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der jeweiligen Kündigungsfristen (§ 622 BGB) gekündigt wird.

Vor Ausspruch einer Kündigung ist der **Betriebsrat** gem. § 102 BetrVG **anzuhören**, ansonsten ist die Kündigung unwirksam.⁷⁵ Nur ausnahmsweise, wenn das KSchG keine Anwendung findet (Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG; Kleinbetrieb nach § 23 Abs. 1 KSchG), kann der Arbeitgeber eine ordentliche Kündigung ohne Grund aussprechen. Ist das Kündigungsschutzgesetz anwendbar, wird die vom Arbeitgeber ausgesprochene ordentliche Kündigung praktisch gem. § 1 KSchG an bestimmte sachliche Gründe gebunden.

Eine verhaltensbedingte Kündigung ist nur wirksam, wenn eine rechtsgültige **Abmahnung** vorausgegangen ist.⁷⁶ Dem Arbeitnehmer soll Gelegenheit gegeben werden, sein Fehlverhalten für die Zukunft abzustellen. Zudem muss die Kündigung verhältnismäßig sein, denn es gilt das Ultima-Ratio-Prinzip.⁷⁷ Die Kündigung kommt folglich stets nur als letztes Mittel in Betracht.

Bei der **verhaltensbedingten Kündigung** handelt es sich nicht um eine Sanktion für das Fehlverhalten, Kündigungsgrund ist vielmehr die negative Zukunftsprognose.⁷⁸ Es müssen deshalb begründete Anhaltspunkte für vergleichbare Pflichtwidrigkeiten in der Zukunft vorliegen, die eine sinnvolle und vertrauensvolle Zu-

⁷⁴ Fiebig, Stefan/Gallner, Inken/Griebeling, Jürgen, u. a.: Kündigungsschutzgesetz: Handkommentar, 2. Auflage 2004, S. 49, Rn. 93.

⁷⁵ Wollenschläger, Michael: Arbeitsrecht, 7. Auflage, Köln, Berlin, München 2009, S. 185, Rn. 405.

⁷⁶ Speichert, Horst: Praxis des IT-Rechts: Praktische Rechtsfragen der Internetnutzung und IT-Security, 2. Auflage, Wiesbaden 2007, S. 108.

⁷⁷ Ebd., S. 111.

⁷⁸ Besgen, Nicolai/Prinz, Thomas: Neue Medien und Arbeitsrecht: E-Mail und andere moderne Kommunikationsmittel, Bonn 2006, S. 67 Rn. 101.

Missbrauchsfälle

sammenarbeit als nicht mehr gewährleistet erscheinen lassen.⁷⁹ Es stellt sich die Frage, ob eine bestimmte oder mehrere Verhaltensweisen eines Arbeitnehmers den Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung rechtfertigen können? Grundsätzlich muss die Verhaltensweise stets eine bereits erfolgte, vorwerfbare arbeitsvertragliche Verletzung durch den Arbeitnehmer darstellen.⁸⁰

In Betracht kommen grundsätzlich alle Verletzungen einer Haupt- bzw. Nebenleistungspflicht durch den Arbeitnehmer, die von gewisser Bedeutung sind.⁸¹ Das BAG⁸² beschränkt jedoch die verhaltensbedingte Kündigung nicht eindeutig auf vertragswidrige Verhaltensweisen. Vielmehr erkennt es Kündigungsgründe im Grundsatz an, wenn konkrete Störungen im Leistungsbereich, im betrieblichen Bereich, im Vertrauensbereich oder im Unternehmensbereich vorliegen.⁸³ Der betriebliche Bereich wird noch in die Unterbereiche der Störung der Betriebsordnung, des Betriebsfriedens (Bereich der betrieblichen Verbundenheit aller Mitarbeiter) und des Betriebsablaufs aufgegliedert.⁸⁴

Das BAG⁸⁵ überprüft eine ordentliche Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen zweistufig: Zuerst ist unter Berücksichtigung der bereits geschilderten Erwägungen festzustellen, ob überhaupt ein Sachverhalt gegeben ist, der grundsätzlich geeignet ist, einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund darzustellen. Anschließend ist zu prüfen, ob der vorliegende abstrakte Kündigungsgrund unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen im konkreten Fall die ausgesprochene Kündigung rechtfertigt, wobei die Frage der Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen des Arbeitgebers sowie die Gefahr einer Wiederholung der Verhaltensweise zu berücksichtigen ist.

⁷⁹ Ebd.

⁸⁰ Vgl. Wollenschläger, Michael: Arbeitsrecht, 7. Auflage, Köln, Berlin, München 2009, S. 198, Rn. 428.

⁸¹ Ebd.

⁸² Preis, Ulrich: Arbeitsrecht: Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, Köln 1999, S. 686.

⁸³ Ebd.

⁸⁴ Ebd.

⁸⁵ BAG: Urt. v. 27.4.2006 – 2 AZR 426/05, DVBl 2006, 1394–1400; ArbuR 2006, 372; NZA 2007, 288.

Findet das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung, stellt die unerlaubte private Internetnutzung einen ausreichenden Kündigungsgrund für eine ordentliche Kündigung dar.⁸⁶ Soweit die Voraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes vorliegen, gebietet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung grundsätzlich zunächst eine **Abmahnung** erfolgen muss.⁸⁷ Bei zwei Fallgestaltungen ist sie aber entbehrlich: Zum einen, wenn der Arbeitnehmer seinen Unwillen darüber zu erkennen gibt, sich künftig vertragsgetreu zu verhalten oder zum anderen, wenn der Arbeitnehmer weiß oder wissen muss, dass der Arbeitgeber das gezeigte Verhalten unter keinen Umständen hinnehmen wird.⁸⁸

Das BAG⁸⁹ sprach eine verhaltensbedingte Kündigung ohne Abmahnung aus, als der Arbeitnehmer an 89 Tagen das Internet für ca. 89 Stunden unerlaubt privat nutzte und unerlaubt eine Anonymisierungssoftware installiert hatte.

BAG: Urt. v. 12.1.2006 – 2 AZR 179/05

Orientierungssatz

[...]

4. Mit der unerlaubten Installation einer Anonymisierungssoftware auf einem dienstlichen Rechner verletzt der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten erheblich.

5. Im Falle der unerlaubten Installation einer Anonymisierungssoftware auf einem dienstlichen Rechner kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers ohne vorherigen Abmahnung ordentlich kündigen, wenn der Arbeitnehmer damit für ihn erkennbar seine arbeitsvertraglichen Pflichten schwer verletzt hat und er mit einer Hinnahe seines Handelns durch den Arbeitgeber offensichtlich nicht rechnen konnte.

Das LAG Schleswig-Holstein⁹⁰ bestätigte eine verhaltensbedingte fristgemäße Kündigung eines Arbeitnehmers, der unter der

⁸⁶ Ebd.; Pierson, Matthias/Seiler, David: Internet-Recht im Unternehmen: B2B, B2C in der Praxis: Beck-Rechtsberater, München 2002, S. 236.

⁸⁷ Kramer, Stefan: Internetnutzung als Kündigungsgrund. In: NZA 2004, 457–464 (461).

⁸⁸ Erfk/Ascheid/Oetker, 2009, S. 2142–2143, Rn. 303–304.

⁸⁹ BAG: Urt. v. 12.1.2006 – 2 AZR 179/05, PersR 2007, 90–91.

⁹⁰ LAG Schleswig-Holstein: Urt. v. 4.11.1998 – 2 Sa 330/98, NZA-RR 1999,

Missbrauchsfälle

Bezeichnung „News der Woche“ mehrere Nachrichten verbreitete, die seinen Dienstherrn beleidigten und herabsetzten.

LAG Schleswig-Holstein: Urt. v. 4.11.1998 – 2 Sa 330/98

Leitsatz

Eine verhaltensbedingte fristgemäße Kündigung ist gerechtfertigt, wenn ein Arbeitnehmer im Internet unter der Bezeichnung „News der Woche“ mehrere Nachrichten verbreitet, die seinen Dienstherrn beleidigen und herabsetzen.

4.2. Außerordentliche Kündigung

Die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 626 BGB dient dazu, ein Arbeitsverhältnis zu beenden, wenn entweder die ordentliche Kündigung als Lösungsmittel nicht zur Verfügung steht (z. B. bei einem befristeten Arbeitsverhältnis oder einem besonders gegen Kündigung geschützten Arbeitnehmer) oder aber die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden kann.⁹¹ I.d.R. wird die außerordentliche Kündigung fristlos ausgesprochen. Daneben kennt die Praxis die sog. **außerordentliche befristete Kündigung** (außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist).⁹² Das BAG⁹³ überprüft die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung zweistufig: Zunächst untersucht es, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalles an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB darzustellen. Diese Prüfung erfolgt unabhängig davon, ob das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet. Da es sich hierbei um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, hat sich im Laufe der Zeit eine umfangreiche Kasuistik herausgebildet.⁹⁴

132–133; Beckschulze, Martin/Henkel, Wolfram: Der Einfluss des Internets auf das Arbeitsrecht. In: DB 2001, 1491–1506 (1497).

⁹¹ Kokemoor, Axel/Kreissl, Stephan: Arbeitsrecht, 3. Auflage, Stuttgart, München, Hannover 2006, S. 59.

⁹² Stahlhacke, Eugen/Preis, Ulrich/Vossen, Reinhard: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Auflage, München 2005, S. 212, Rn. 588.

⁹³ Vgl. Wollenschläger, Michael: Arbeitsrecht, 7. Auflage, Köln, Berlin, München 2009, S. 188, Rn. 410.

⁹⁴ Ebd.