
Datum: 17.06.2016
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 16. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 16 Sa 1711/15
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2016:0617.16SA1711.15.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Herne, 6 Ca 1789/15
Schlagworte: Privatnutzung des Dienst-PC; heimliche Überwachung mittels Keylogger, Beweisverwertungsverbot

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Herne vom 14.10.2015 – Az. 6 Ca 1789/15 – wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand 1

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen sowie einer hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung. 2

Der 1985 geborene Kläger ist ledig und hat keine Unterhaltspflichten. Er ist bei der Beklagten, die regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt, seit dem 01. Juli 2011 auf der Grundlage eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 10. Mai 2011 als Webentwickler zu einem Bruttomonatseinkommen von zuletzt 3.207,70 € beschäftigt. 3

Zu Beginn seines Arbeitsverhältnisses unterzeichnete der Kläger eine „Richtlinie zur Informationssicherheit und Vertraulichkeitsvereinbarung für Angestellte, Freiberufler und Praktikanten (P)“, in der u.a. Folgendes ausgeführt wird: 4

„Zur Erfüllung der Anforderungen des Datenschutzes und der Informationstechnischensicherheit verpflichtet sich der Arbeitnehmer/Freiberufler/(P) zur Einhaltung der folgenden Sicherheitsmaßnahmen: 5

<i>2.3 Nutzung von Hardware, Software und Information ausschließlich zur Erfüllung der vereinbarten Aufgaben.</i>	6
<i>2.14 Seien Sie vorsichtig bei der Benutzung des Internets.</i>	7
<i>Achten Sie darauf, das Sie nur auf vertrauenswürdigen und unbedingt für die Arbeit notwendigen Seiten surfen.</i>	8
<i>[...]</i>	9
Unter dem 19. April 2015 sendete die Beklagte an ihre Mitarbeiter folgende E-Mail:	10
<i>„Hallo liebes C Team,</i>	11
<i>es ist soweit, die Telekom hat es endlich geschafft, uns einen schnellen Internet Anschluss bereitzustellen.</i>	12
<i>Dieses möchte ich Euch natürlich nicht vorenthalten, aus diesem Grund erhaltet Ihr freien Zugang zum WLAN.</i>	13
<i>Da bei Missbrauch, zum Beispiel Download von illegalen Filmen, etc. der Betreiber zur Verantwortung gezogen wird, muss der Traffic mitgelogged werden. Da ein rechtlicher Missbrauch natürlich dann auch auf denjenigen zurückfallen soll, der verantwortlich dafür war.</i>	14
<i>Somit:</i>	15
<i>Hiermit informiere ich Euch offiziell, dass sämtlicher Internet Traffic und die Benutzung der Systeme der C mitgelogged und dauerhaft gespeichert wird. Solltet Ihr damit nicht einverstanden sein, bitte ich Euch mir dieses innerhalb dieser Woche mitzuteilen.</i>	16
<i>Das neue Netzwerk wird versteckt sein. [...]</i>	17
<i>Bitte benutzt dieses Netzwerk für alles wie Spotify, YouTube, etc. um unser Hauptnetzwerk zu entlasten.</i>	18
<i>[...]</i>	19
Im Rahmen einer mündlichen Unterweisung am 20. April 2015 wandte kein Mitarbeiter dagegen, dass der Internettraffic und die Benutzung der Systeme zur Verhinderung von Missbrauch des Internetzugangs „mitgelogged“ werden.	20
Die Beklagte installierte sodann auf dem vom Kläger benutzten Dienst – PC einen sogenannten Keylogger, durch den ab dem 21. April 2015 sämtliche Tastatureingaben am PC protokolliert und daneben regelmäßig sog. Screenshots (Bildschirmfotos) erstellt wurden.	21
Nach Auswertung der mit Hilfe des Keyloggers erstellten Log-Dateien fand am 04. Mai 2015 ein Gespräch zwischen dem Geschäftsführer der Beklagten und dem Kläger statt, bei welchem der Kläger den ihm gegenüber erhobenen Vorwurf einer Privatnutzung des Dienst – PC während der Arbeitszeit einräumte. Er wurde sodann noch am gleichen Tag von der Arbeitsleistung freigestellt. Bereits zuvor hatte die Beklagte den Kläger mit Wirkung zum 01. April 2015 bei der Krankenkasse abgemeldet und das zum Monatsende fällige Gehalt für den Monat April nicht mehr geleistet.	22

Mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 05. Mai 2015 hörte sie den Kläger wie folgt an:

„*Sehr geehrter Herr N,* 24

[...] 25

Unsere Mandantschaft hat im Zuge der Umstellung des Internetanschlusses zur Vermeidung eines etwaigen Missbrauchs die Onlineaktivitäten, die über diesen Anschluss laufen, kontrolliert und diese Kontrolle im Vorfeld sowohl per E-Mail als auch im Rahmen einer Ansprache an die gesamte Belegschaft angekündigt. Bei dieser Kontrolle ist aufgefallen, dass Sie – augenscheinlich während Ihrer Arbeitszeit – über einen längeren Zeitraum hinweg sowohl für eine Drittfirma tätig waren als auch an einem durch Sie entwickelten Computerspiel gearbeitet haben. Bei der Drittfirma handelt es sich offensichtlich um ein Logistikunternehmen, für welches Sie sowohl ein EDV-Tool entwickelt haben als auch im Bereich der Disposition tätig waren. Bei dem Computerspiel geht es nach den Erkenntnissen unserer Mandantschaft um ein „Raumschiff“-Spiel. 26

[...] 27

Mit dem vorliegenden Schreiben haben wir Sie aufzufordern [...] zu den vorgenannten Vorwürfen Stellung zu nehmen. Dabei sind insbesondere folgende Fragen zu beantworten: 28

• 1. Sind die Vorwürfe zutreffend? 29

• 2. Seit wann und in welchem Umfang haben Sie während Ihrer Arbeitszeit eine oder mehrere Drittfirmen und/oder in eigenen Belangen im Rahmen der Erstellung eines Computerspiels gearbeitet? 31

• 3. Stehen Sie zu der Drittfirma, für die Sie tätig geworden sind, in einem Arbeitsverhältnis? Wenn nicht, auf der Basis welches Rechtsverhältnisses haben Sie die Tätigkeiten entfaltet? 32

• 4. Haben Sie für Ihre Tätigkeit eine Vergütung erhalten? 33

[...]“. 34

Unter dem 10. Mai 2015 nahm der Kläger wie folgt Stellung: 35

„Stellungnahme zu Ihrem Schreiben vom 05.05.2015 36

Sehr geehrte Damen und Herren, 37

hiermit erhalten Sie meine Stellungnahme zu Ihrem Schreiben vom 05.05.2015. 38

Vorwurf: 39

1.) *Spielen an einem durch mich entwickelten Computerspiel* 40

41

In der Zeit von ca. Januar 2015 bis April 2015 habe ich das Computerspiel programmiert, geschätzte Gesamtdauer 3 Stunden, die übrigen Programmierarbeiten (etwa 20 Stunden) habe ich in meiner Freizeit von zu Hause aus getätigt.

Wenn ich während der Arbeitszeit das Spiel programmierte, empfand ich die Programmierung als Weiterbildung für mich selbst, bzw. meiner Arbeitgeberin gegenüber. Insbesondere möchte ich darauf hinweisen, dass ich die Programmierung während der Arbeitszeit in der Regel in meinen Pausen vorgenommen habe. 42

Ich kann ausschließen, dass meine Arbeitskraft als Webentwickler unter dieser Nebenbeschäftigung gelitten hat. Im Wesentlichen habe ich mich der Programmierung zugewendet, wenn meine Projekte abgeschlossen bzw. diese wegen offener Fragestellungen vorerst nicht weiter bearbeitet werden konnten. 43

Zudem konnte ich teilweise die aus dem Spiel resultierenden Codeelemente für meine beruflichen Projekte bei meiner Arbeitgeberin einsetzen. 44

2.) 3.) 4.) Tätigwerden für eine Drittfirma über einen längeren Zeitraum 45

Es trifft zu, dass ich seit Mitte 2013 regelmäßig meinen Vater unterstützt habe, dieser ist selbständig tätig als Dienstleister im Bereich Logistik, Planung, Beratung und Ausführung. 46

Gelegentlich leiste ich hierbei familiäre Unterstützung und führe für meinen Vater entsprechende Dispositionsarbeiten durch. Im Wesentlichen beschränkte sich die Tätigkeit auf die Bedienung einer Internetplattform. Wenn mir ein Auftrag per Email zugeleitet wurde, habe ich die Auftragsdaten in die Internetplattform eingefügt, einen entsprechenden Auftrag für meinen Vater angelegt und diesen per Mausclick versendet (für die Versendung habe ich seinerzeit gemeinsam mit meinem Vater ein entsprechendes EDV-Tool entwickelt). 47

In der Regel bearbeite ich für meinen Vater täglich etwa 3-4 Aufträge, das Anlegen eines Auftrages bis hin zur Absendung per Mausclick über das EDV-Tool beansprucht höchstens 30 Sekunden. 48

Täglich habe ich höchstens etwa 10 Minuten für meinen Vater aufgewendet. Überwiegend habe ich diese Verarbeitung der Aufträge für meinen Vater in meiner Freizeit veranlasst, wenn nicht anders möglich, teilweise auch während der Arbeitszeit. Ich habe jedoch dafür Sorge getragen, dass meine Tätigkeit für die C Medienagentur GmbH nicht in Mitleidenschaft gezogen wurde. 49

Ich habe die Bearbeitung der Auftragsdaten für meinen Vater als familiäre Unterstützung verstanden, ein Arbeitsverhältnis besteht zu meinem Vater nicht, eine Vergütung habe ich von meinem Vater nicht erhalten. 50

Stellungnahme: 51

Wenn aus Sicht meiner Arbeitgeberin Projekte fertig zu stellen waren, sind diese Arbeiten durch mit stets pünktlich und sachgerecht erbracht worden. Es gab hierbei niemals einen Grund zur Beanstandung. 52

Soweit ich teilweise während meiner Arbeitszeit auch Unterstützungsleistungen für meinen Vater erbracht habe, wollte ich damit meine Arbeitgeberin nicht hintergehen, ich möchte mich für die aufgetretenen Missverständnisse ausdrücklich entschuldigen. 53

-“ 55
- Mit Schreiben vom 19. Mai 2015, dem Kläger zugegangen am 20. Mai 2015, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich fristlos sowie hilfsweise ordentlich zum nächstzulässigen Termin. 56
- Mit seiner am 26. Mai 2015 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage wendet sich der Kläger gegen die außerordentliche sowie die hilfsweise ordentliche Kündigung und begehrt seine Weiterbeschäftigung. 57
- Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass die außerordentliche Kündigung bereits wegen der Nichteinhaltung der Kündigungserklärungsfrist nach § 626 Abs. 2 BGB unwirksam sei. Aufgrund der Kenntnisse der Beklagten am 04. Mai 15, der dann erfolgten Freistellung und der bereits zuvor erfolgten Abmeldung bei der Krankenkasse mit Wirkung zum 01. April 2015 werde deutlich, dass die zweiwöchige Kündigungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht eingehalten worden sei. Des Weiteren hat der Kläger die Ansicht vertreten, die von der Beklagten vorgelegten Log-Dateien vom 21. und 23. April 2015 könnten nicht zur Beweisführung herangezogen werden. Durch den Einsatz des Keyloggers habe die Beklagte entgegen ihrer Ankündigung vom 19. April 2015 nicht nur die Internetaktivitäten über das neu angebundene WLAN-Netz kontrolliert. Es seien vielmehr sämtliche Tastatureingaben und damit sämtliche Aktivitäten während der Dauer der gesamten dienstlichen Anwesenheit gespeichert worden. Eine solche Datenspeicherung sei ein unzulässiger Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, zumal für einen solch eklatanten Eingriff in die Privatsphäre keine Veranlassung bestanden habe. Ein Keylogger hätte nur zum Einsatz kommen dürfen, wenn er dessen Installation ausdrücklich zugestimmt hätte. Eine Einwilligung sei weder ausdrücklich noch konkludent erteilt worden, zumal die Beklagte den Mitarbeitern mit der E-Mail vom 19. April 2015 „vorgegaukelt“ habe, dass sie künftig lediglich eine Speicherung der Log-Dateien zum Zwecke der Überprüfung des Internet Traffics vornehme. Zudem hat der Kläger bestritten, dass es sich überhaupt um Auswertungen bezüglich des von ihm genutzten PCs handele. Er habe an den benannten Tagen nicht den Großteil seiner Arbeitszeit auf außerdienstliche Aktivitäten verwendet. Die Log-Dateien würden die Behauptungen der Beklagten zudem nicht bestätigen. Da nur die Tastatureingabe gespeichert werde, könne aus den Dateien nicht geschlossen werden, wie lange eine bestimmte Beschäftigung andauerte. Lediglich der Anfangszeitpunkt könne abgelesen werden. Auch könnten mehrere Programme parallel zueinander gesteuert und betätigt werden, was im Hinblick auf die Zuordnung zeitlicher Faktoren ein völlig verzerrtes Bild ergebe. Auch müsse er zur Bearbeitung von Aufträgen Vorüberlegungen tätigen, Abstimmungsgespräche mit Kollegen führen, Telefonate und Abstimmungen mit dem Management vornehmen. Der von der Beklagten geschilderte Tagesablauf könne somit mit seiner regelmäßigen Tätigkeit nicht in Einklang gebracht werden. Die Programmierarbeiten und Tätigkeiten für seinen Vater habe er überwiegend während der Pausenzeiten vorgenommen. 58
- Ein Festhalten am Arbeitsvertrag sei der Beklagten nicht unzumutbar, da er zu keinem Zeitpunkt einen persönlichen Vorteil erstrebt und seine Arbeitsaufträge immer rechtzeitig fertig gestellt habe. Es läge weder eine Ermahnung noch eine Abmahnung vor. Weitere Pflichtverletzungen seien nicht mehr zu erwarten, er habe sich aufrichtig entschuldigt. Im Rahmen der Ausübung einer Nebentätigkeit sei eine fristlose Kündigung lediglich gerechtfertigt, wenn die vertraglich geschuldete Leistung beeinträchtigt worden wäre. 59

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch außerordentlich fristlose Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 19.05.2015 aufgelöst worden ist, sondern darüber hinaus unverändert fortbesteht; 61

2. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch ordentliche Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 19.05.2015 zum nächstmöglichen Termin aufgelöst worden ist, sondern darüber hinaus unverändert fortbesteht; 62

hilfsweise für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu 1. und 2. 63

die Beklagte zu verurteilen, ihn zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Webentwickler weiter zu beschäftigen. 64

Die Beklagte hat beantragt, 65

die Klage abzuweisen. 66

Die Beklagte hat behauptet, Anfang April 2015 sei dem Geschäftsführer von Seiten anderer Arbeitnehmer mitgeteilt worden sei, dass der Kläger in erheblichem Umfang während seiner Arbeitszeit außerdienstlichen Aktivitäten nachgehe. Zudem sei der Zeugin E und dem Geschäftsführer aufgefallen, dass sich der Kläger zu einem sehr unproduktiven Mitarbeiter entwickelt habe. Aufgrund dieses Verdachtes und wegen der Umstellung des Internetanschlusses sei die E-Mail vom 19. April 2015 versandt worden. 67

Aus den Log-Dateien vom 21. und 23. April 2015 ergebe sich, dass der Kläger am 21. April 2015 in der Zeit von 9.22 bis 9.48 Uhr, von 10.30 Uhr bis 11.45 Uhr, sowie von 12.18 bis 12.51 Uhr, von 12.56 Uhr bis 14.20 Uhr, von 15.30 Uhr bis 16:43 Uhr und von 16.46 Uhr bis 16.53 Uhr mit dem von ihm entwickelten Computerspiel V befasst gewesen sei, wobei die Unterbrechungszeiten überwiegend Tätigkeiten für das Logistikunternehmen seines Vaters dargestellt hätten. Am 23. April 2015 habe der Kläger Aufträge für das Logistikunternehmen seines Vaters verwaltet und auf diversen Internetseiten nach Flugzeugen und Freizeitparks gesucht. Die letzten 4 Stunden an diesem Tag habe der Kläger überhaupt nicht mehr mit dienstlichen Tätigkeiten verbracht. Auch habe die Auswertung ergeben, dass der Kläger zumindest seit Januar 2015 regelmäßig Aufträge für das Logistikunternehmen seines Vaters erhalten habe. Ihr lägen mehrere Aktenordner mit solchen Mails vor (ca. 6000). Andere Mitarbeiter könnten bestätigen, dass der Kläger auch in der Zeit vor der Installation des Loggers in etwa vergleichbarem Umfang außerdienstlichen Tätigkeiten nachgegangen sei. Die Codeelemente aus dem Computerspiel könnten für die Tätigkeit bei der Beklagten nicht genutzt werden, da das Programmieren von Computerspielen nicht zu den dienstlichen Aufgaben des Klägers gehöre. 68

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Erhebung und Nutzung dieser Daten sei zulässig, weil sie aufgrund der untersagten Privatnutzung weitgehende Kontroll- und Überwachungsrechte habe. Zudem hätten aufgrund des Hinweises anderer Arbeitnehmer Anhaltspunkte für ein strafbares Handeln des Klägers vorgelegen. Durch das Programmieren des Computerspiels und durch die Tätigkeiten für das Logistikunternehmen seines Vaters habe der Kläger einen Arbeitszeitbetrug begangen. Bereits die von dem Kläger zugestandenen Tätigkeiten reichten aus, die fristlose Kündigung zu begründen. Die Log-Dateien widerlegten zudem die Behauptung des Klägers, höchstens 10 Minuten pro Tag für 69

das Logistikunternehmen seines Vaters tätig gewesen zu sein.

Mit Urteil vom 14. Oktober 2015 hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche noch durch die hilfsweise ordentliche Kündigung vom 19. Mai 2015 aufgelöst worden ist. Des Weiteren hat sie die Beklagte dazu verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens als Webentwickler weiter zu beschäftigen. 70

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, bei der Beurteilung der Pflichtverletzung sei von der Stellungnahme des Klägers auszugehen. Selbst wenn man von einer Verwertbarkeit der Log-Dateien ausgehe, widersprüchen diese nicht der Stellungnahme des Klägers. Die Log-Dateien würden jeweils den Eingabezeitpunkt anzeigen, aber nicht, wie lange sich tatsächlich mit der jeweiligen Tätigkeit beschäftigt wurde. Außerdem habe die Beklagte die Pausen des Klägers nicht berücksichtigt. Die monierten Recherchetätigkeiten im Internet könnten von der Kammer nicht als außerdienstliche Aktivitäten nachvollzogen werden. Da der Kläger verschiedene Webseiten betreue, könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Internetrecherchen im Zusammenhang mit dienstlichen Aktivitäten gestanden hätten, zumal die Beklagte selbst in ihrer Mail vom 19. April 2015 darauf hingewiesen habe, dass Spotify und YouTube nunmehr über das WLAN benutzt werden sollen. 71

Durch die eingeräumten Dispositionstätigkeiten für seinen Vater habe der Kläger gegen die Anweisung, die Systeme nicht für private Zwecke zu nutzen und gegen seine arbeitsvertragliche Pflicht, seine Arbeitszeit allein seinem Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen, verstoßen. Gleiches gelte für die Programmierstätigkeiten an dem Computerspiel. Es lasse sich allerdings kein erheblicher Umfang außerdienstlicher Tätigkeiten feststellen. Ein Schaden werde von der Beklagten nicht substantiiert vorgetragen. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass der Kläger bei seiner Stellungnahme mehr eingeräumt habe, als von der Beklagten überhaupt angesprochen wurde. Vor Ausspruch einer Kündigung sei daher die Erteilung einer Abmahnung als milderer Mittel erforderlich gewesen. Die Kündigung könne auch nicht als Verdachtskündigung Bestand haben. Das Anhörungsschreiben der Beklagten erfülle nicht die Voraussetzungen an eine ordnungsgemäße vorherige Anhörung des Klägers. 72

Gegen das ihr am 10. November 2015 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 24. November 2015 Berufung eingelegt und diese nach Fristverlängerung bis zum 11. Februar 2016 mit einem am 11. Februar 2016 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. 73

Die Beklagte ist der Ansicht, ihr Vortrag zum Umfang der außerdienstlichen Aktivitäten des Klägers am 21. und 23. April 2015 sei von diesem nicht wirksam bestritten und damit zugestanden worden. Da sie im Einzelnen dargelegt habe, welchen außerdienstlichen Aktivitäten der Kläger an beiden Tagen nachgegangen ist, habe dieser substantiiert darlegen müssen, welche Ausführungen zu welchen Aktivitäten unzutreffend sein sollen. Aus den Log-Dateien ergebe sich zwar nicht, welchen einzelnen Aktivitäten der Kläger während seiner Arbeitszeit nachgegangen ist, die ggf. ohne Nutzung des Computers möglich waren. Das Tätigkeitsbild des Klägers als Software-Programmierer habe aber zum ganz überwiegenden Teil aus Tätigkeiten bestanden, die mit dem Computer durchzuführen seien. Die Erkenntnisse aus den Log-Dateien seien nach § 32 BDSG verwertbar. Dessen Voraussetzungen seien gegeben, weil sie aufgrund verschiedener Hinweise von Seiten anderer Arbeitnehmer den Verdacht hatte, der Kläger begehe einen Arbeitszeitbetrug. So habe die Mitarbeiterin E, als sie am 09. Februar 2015 am Arbeitsplatz des Klägers vorbeiging, eine stark bebilderte Webseite gesehen, welche dieser hastig „weggeklickt“ habe. Derartige Vorfälle seien sowohl 74

dem Geschäftsführer als auch der Mitarbeiterin E mehrfach aufgefallen. Diese seien allerdings nicht dokumentiert worden, so dass eine weitere Substantiierung nicht möglich sei. Zudem sei dem Geschäftsführer im Vorfeld aufgefallen, dass die Leistungen des Klägers erheblich nachgelassen hatten. Das Grundrecht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung sei durch die Installation des Keyloggers überhaupt nicht berührt, da der Kläger den Rechner nicht für private Zwecke habe nutzen dürfen und dieser daher nicht seiner Privatsphäre zuzuordnen sei. Aufgrund der Auswertung des Keyloggers, der regelmäßig auch Screenshots erstellt habe, habe sie erkennen können, dass sich auf dem Rechner mehrere tausend E-Mails befunden haben, die das Logistikunternehmen des Vaters des Klägers betreffen. Konkret gehe es um 5.221 empfangene und 5.835 versendete E-Mails. Diese ließen Rückschlüsse auf die Vergangenheit zu. Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts sei die Anhörung des Klägers vor Ausspruch der Kündigung nicht zu beanstanden.

Die Beklagte beantragt, 75

das Urteil des Arbeitsgerichts Herne vom 14.10.2015, Az. 6 Ca 1789/15 abzuändern und die Klage abzuweisen. 76

Der Kläger beantragt, 77

die Berufung zurückzuweisen. 78

Der Kläger verteidigt das erstinstanzliche Urteil als zutreffend. Er vertritt weiterhin die Ansicht, dass die Verwertung der Log-Dateien unzulässig sei, da die Beklagte unter Vorspiegelung falscher Tatsachen hinterrücks und ohne seine Einwilligung den Keylogger installiert habe. Einen Anlass für die Ergreifung einer solch gravierenden Maßnahme habe es zu keinem Zeitpunkt gegeben. Seine Arbeitsleistungen hätten bis zum Ausspruch der Kündigung kein einziges Mal Anlass zu Beanstandungen gegeben. Sämtliche Arbeiten seien innerhalb der vorgegebenen Zeiten erfüllt und fertiggestellt worden. Im Übrigen ergebe sich bereits aus der E-Mail der Beklagten vom 19. April 2015, dass es den Mitarbeitern ersichtlich gestattet war, während der Arbeitszeit die zur Verfügung gestellten Netzwerke auch für private Belange zu nutzen. So habe die Beklagte sämtlichen Mitarbeitern Kopfhörer zur Verfügung gestellt, damit diese auch während der Arbeitszeit via Internet Musik hören können. Er bestreite, dass die von der Beklagten zusammengestellten Daten tatsächlich von seinem Rechner stammen. Die Beklagte sei offensichtlich bemüht, seine außerdienstlichen Tätigkeiten aufzubauschen und zu potenzieren. Die dargestellten E-Mail-Umfänge ließen keinen Rückschluss darauf zu, dass er während seiner Arbeitszeit übermäßige Zeit für außerdienstliche Aktivitäten aufgewendet habe. Durch automatische Weiterleitung, Duplizierung und Umverteilung von E-Mails seien z. B. auch E-Mails, die er in den Abendstunden zu Hause verfasst habe, in einem der zahlreichen Unterordner mehrfach auf dem Rechner gespeichert worden. Bei genauerer Betrachtung werde sich herausstellen, dass es sich überwiegend um solche E-Mails handelt, die lediglich automatisiert auf seinem Account eingegangen sind, nicht hingegen durch ihn aktiv versendet oder gar bearbeitet wurden. 79

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen. 80

Entscheidungsgründe 81

A) Die nach § 64 ArbGG statthafte Berufung der Beklagten ist gemäß §§ 66Abs. 1, 82
64 Abs. 6 ArbGG i. V. m. §§ 517, 519 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet

worden. Sie ist somit zulässig.

B) Die Berufung der Beklagten ist jedoch unbegründet. Das Arbeitsgericht hat im Ergebnis zutreffend festgestellt, dass die verhaltensbedingte Kündigung vom 19. Mai 2015 sowohl als außerordentliche wie auch als ordentliche Kündigung unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst hat. Sie ist auch nicht als Verdachtskündigung gerechtfertigt. 83

I. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die außerordentliche Kündigung vom 19. Mai 2015 nicht aufgelöst worden. 84

1. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis 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 Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, d.h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 21. November 2013 – 2 AZR 797/11 –; Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19. April 2012 – 2 AZR 258/11 –). 85

Als wichtiger Grund „an sich“ geeignet sind nicht nur erhebliche Pflichtverletzungen im Sinne von nachgewiesenen Taten. Auch der dringende, auf objektive Tatsachen gestützte Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung kann einen wichtigen Grund bilden. Ein solcher Verdacht stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 21. November 2013 – 2 AZR 797/11 –). 86

2. Vorliegend wirft die Beklagte dem Kläger vor, über Monate hinweg während seiner Arbeitszeit in ganz erheblichem Umfang unter Nutzung des ihm überlassenen Dienst - PCs außerdienstlichen Aktivitäten nachgegangen zu sein. So soll der Kläger während seiner Arbeitszeit die für das Logistikunternehmen seines Vaters eingehenden Aufträge verwaltet und damit einen Großteil seiner Arbeitszeit verbracht haben. Zudem soll der Kläger während seiner Arbeitszeit ein Computerspiel programmiert und über mehrere Stunden das Internet für private Zwecke genutzt haben. Auf diese Art und Weise soll er den Großteil seiner Arbeitszeit auf außerdienstliche Aktivitäten verwendet und damit die Vergütung für diese Zeit erschlichen haben. 87

a) Der von der Beklagten gegenüber dem Kläger erhobene Vorwurf ist an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund gemäß § 626 Abs. 1 BGB zu rechtfertigen. Ein Arbeitnehmer, der während seiner Arbeitszeit am Dienst - PC private Angelegenheiten erledigt, verletzt grundsätzlich seine (Hauptleistungs-) Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis, nämlich die Pflicht zur Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung. Die Pflichtverletzung wiegt dabei umso schwerer, je mehr der Arbeitnehmer durch die Erledigung privater Angelegenheiten seine Arbeitspflicht in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht vernachlässigt. Nutzt der Arbeitnehmer während seiner Arbeitszeit den Dienst - PC in erheblichem zeitlichen Umfang für private Angelegenheiten, kann er grundsätzlich nicht darauf vertrauen, der Arbeitgeber werde dies tolerieren. Er muss vielmehr damit rechnen, dass der Arbeitgeber nicht damit einverstanden ist, wenn sein Arbeitnehmer 88

seine Arbeitsleistung in dieser Zeit nicht erbringt und gleichwohl eine entsprechende Vergütung dafür beansprucht (vgl. nur Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 07. Juli 2005– 2 AZR 581/04 -).

b) Die Beklagte hat jedoch keinen verwertbaren Beweis dafür erbracht, dass der Kläger tatsächlich in dem von ihr behaupteten zeitlichen Umfang während seiner Arbeitszeit privaten Aktivitäten nachgegangen ist. Der Prüfung, ob das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 19. Mai 2015 aufgelöst worden ist, kann daher nur der unstreitige, vom Kläger zugestandene Sachverhalt zugrunde gelegt werden. 89

Der Kläger hat lediglich eingeräumt, in der Zeit von Januar 2015 bis April 2015 an seinem Arbeitsplatz ein Computerspiel mit einem Gesamtaufwand von ca. 3 Stunden programmiert zu haben, wobei die Programmierung in der Regel während seiner Pausen erfolgt sei. Des Weiteren hat der Kläger eingeräumt, für seinen Vater seit Mitte 2013 entsprechende Dispositionsarbeiten durchgeführt zu haben, wofür er höchstens 10 Minuten täglich aufgewandt habe. Zum Beweis für ihren Vortrag, der Kläger habe in einem zeitlich deutlich größeren Umfang während seiner Arbeitszeit private Angelegenheiten erledigt, kann sich die Beklagte nicht mit Erfolg auf die von ihr vorgelegten LOG-Dateien für den 21. und 23. April 2015 sowie die von ihr vorgelegten, sog. „Sreenshots“ hinsichtlich der vom Kläger angelegten E-Mail-Ordner stützen. Die Verwertung der Daten und Erkenntnisse, die die Beklagte aufgrund der heimlichen Installation des sog. Keyloggers gewonnen hat, ist im Streitfall ausgeschlossen. 90

aa) Durch die heimliche Installation des sog. Keyloggers hat die Beklagte in massiver Weise in das durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verbürgte Recht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung, das die Befugnis garantiert, selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu befinden, eingegriffen. 91

Bei einem Keylogger („Tasten-Protokollierer“) handelt es sich um eine Hard- oder Software, die dazu verwendet wird, sämtliche Eingaben des Benutzers an der Tastatur eines Computers zu protokollieren und damit zu überwachen oder zu rekonstruieren. Durch die Protokollierung jeder Tastatureingabe werden auch hochsensible Daten – wie z. B. Benutzername und Passwörter für geschützte Bereiche, PINs pp. – erfasst und protokolliert. Wie massiv der Eingriff in das Grundrecht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung ist, wird vorliegend bereits daran deutlich, dass sich die Kammer zu Beginn der mündlichen Verhandlung zu dem Hinweis genötigt sah, der Kläger möge sich eine neue Kreditkarte besorgen, damit die Prozessbeteiligten bei einem etwaigen Missbrauch seiner Kreditkarte nicht in einen unberechtigten Verdacht geraten. Aufgrund der protokollierten Tastatureingaben und Vorlage der LOG-Dateien im Verfahren waren nämlich nicht nur der Beklagten als Arbeitgeberin, sondern allen Prozessbeteiligten sämtliche Informationen über die Kreditkarte des Klägers, wie Kreditkartennummer, dreistellige Prüfnummer, Gültigkeitsdauer pp. zugänglich. All diese Daten waren protokolliert und hätten ohne Weiteres Käufe im Internet zu Lasten der Kreditkarte des Klägers ermöglicht. Zusätzlich zur Protokollierung jeder Tastatureingabe hat der von der Beklagten heimlich installierte Keylogger auch regelmäßige „Sreenshots“ (Bildschirmfotos / Bildschirmskopien) erstellt. 92

bb) Der massive Eingriff in das Grundrecht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung führt vorliegend zu dem Ergebnis, dass die Verwertung der heimlich beschafften Daten und Erkenntnisse zu Beweis Zwecken nicht zulässig ist. 93

(1) Greift die prozessuale Verwertung heimlich beschaffter, persönlicher Daten in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die 94

Verwertung dieser Daten mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung vereinbar ist. Bei der erforderlichen Abwägung überwiegen das Interesse an einer materiell richtigen Entscheidung und das Interesse, sich ein Beweismittel für zivilrechtliche Ansprüche zu sichern, das Interesse am Schutz dieses Grundrechts nur dann, wenn weitere, über das schlichte Beweisinteresse hinausgehende Aspekte hinzutreten. Diese können etwa darin liegen, dass sich der Beweisführer mangels anderer Erkenntnisquellen in einer Notwehrsituation oder einer notwehrrähnlichen Lage befindet. Das Interesse, sich ein Beweismittel zu sichern, reicht demgegenüber für sich allein nicht aus. Vielmehr müssen die besonderen Umstände gerade die in Frage stehende Art der Informationsbeschaffung und Beweiserhebung als gerechtfertigt ausweisen (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 21. November 2013 – 2 AZR 797/11 -; Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 20. Juni 2013 – 2 AZR 546/12 -; Bundesgerichtshof, Beschluss vom 15. Mai 2013 – XII ZB 107/08 -).

(2) Die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) konkretisieren den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Sie regeln, in welchem Umfang im Anwendungsbereich des Gesetzes Eingriffe in diese Rechtsposition zulässig sind. Liegt keine Einwilligung des Betroffenen vor, ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, wenn das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift sie erlaubt. Fehlt es an der erforderlichen Ermächtigungsgrundlage oder liegen deren Voraussetzungen nicht vor, ist die Erhebung, Verarbeitung und/oder Nutzung personenbezogener Daten verboten. Dieser Grundsatz des § 4 Absatz 1 BDSG prägt das deutsche Datenschutzrecht (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 21. November 2013 – 2 AZR 797/11).

Nach § 32 Absatz 1 Satz 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach dessen Begründung für seine Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Nach Absatz 1 Satz 2 dieser Vorschrift dürfen zur Aufdeckung von Straftaten personenbezogene Daten eines Beschäftigten nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zu deren Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten am Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.

Die Regelung des § 32 BDSG baut nach der Gesetzesbegründung auf den von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsätzen auf. So waren Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts schon bislang nur zulässig, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers bestand, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft waren, die angedachte Maßnahme damit praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellte und die Maßnahme insgesamt nicht unverhältnismäßig war (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 21. November 2013 – 2 AZR 797/11; Franzen in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Auflage 2015, § 32 BDSGRn. 31, 32).

(3) Bei Anwendung dieser Grundsätze kommt die Kammer zum Ergebnis, dass das von der Beklagten durch die heimliche Installation des Keyloggers gewonnene Material im vorliegenden Verfahren nicht als Beweismittel verwertbar ist. Die Erhebung, Speicherung und Auswertung der Computernutzung durch den Kläger mit Hilfe des Keyloggers ist weder durch

die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes noch nach den von der Rechtsprechung entwickelten, allgemeinen Grundsätzen gedeckt.

(a) Der Vortrag der Beklagten rechtfertigt nicht die Annahme, dass für die heimliche Installation des Keyloggers und die damit verbundene, verdeckte Überwachung des Klägers ein hinreichender Anlass bestand. Insbesondere ergeben sich aus dem Vortrag der Beklagten keine hinreichenden, tatsächlichen Anhaltspunkte, die zum Zeitpunkt der heimlichen Überwachung den Verdacht eines strafbaren Verhaltens oder einer sonstigen schweren Pflichtverletzung des Klägers hätten begründen können. Hinreichend konkret wird von der Beklagten lediglich ein einziger Vorfall geschildert. Danach soll die Mitarbeiterin E am 09. Februar 2015 am Arbeitsplatz des Klägers vorbeigegangen sein und dabei auf dessen Computerbildschirm eine stark bebilderte Website gesehen haben, welche der Kläger hastig „weggeklickt“ habe. Dieser einmalige Vorfall ist aber kaum geeignet, den hinreichend konkreten Verdacht eines strafbaren Verhaltens oder einer sonstigen schweren Pflichtverletzung des Klägers zu begründen. Im Übrigen bleibt der Vortrag der Beklagten zu den tatsächlichen Verdachtsmomenten unsubstantiiert. So führt die Beklagte pauschal aus, Vorfälle wie am 09. Februar 2015 seien sowohl dem Geschäftsführer als auch der Mitarbeiterin E mehrfach aufgefallen, ohne dies näher zu konkretisieren. Bezeichnenderweise hat die Beklagte zuletzt selbst ausgeführt, dass sie diese Vorfälle (entgegen § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG) nicht dokumentiert habe, sodass ihr eine weitere Substantiierung diesbezüglich nicht möglich sei. Auch der weitergehende Vortrag der Beklagten zu den angeblichen Verdachtsmomenten bleibt derart pauschal, dass er einer Beweisaufnahme nicht zugänglich ist. Dies gilt zunächst einmal für den allgemein gehaltenen Vortrag der Beklagten, sie habe „aufgrund verschiedener Hinweise von Seiten anderer Arbeitnehmer den konkreten Verdacht“ gehabt, der Kläger begehe einen Arbeitszeitbetrug. Nähere Angaben dazu, welche Arbeitnehmer ihr wann und was konkret mitgeteilt haben, fehlen genauso, wie Ausführungen dazu, warum sich aus diesen Hinweisen der Verdacht eines Arbeitszeitbetruges ergeben haben soll. Ebenso unsubstantiiert ist der Vortrag der Beklagten, dem Geschäftsführer sei „im Vorfeld aufgefallen, dass die Leistungen des Klägers erheblich nachgelassen hatten“ und – insbesondere in quantitativer Hinsicht – deutlich zu wünschen übrig ließen. Ohne nähere Konkretisierung lassen sich diesem pauschalen Vortrag aber keine tatsächlichen Anhaltspunkte für den konkreten Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen schweren Pflichtverletzung zu Lasten der Beklagten entnehmen.

99

(b) Selbst wenn man zugunsten der Beklagten unterstellt, dass zum Zeitpunkt der Installation des Keyloggers ein durch objektive und im Anwendungsbereich des § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG zu dokumentierende Tatsachen begründeter Verdacht gegen den Kläger bestand, erweist sich der Eingriff nach der vorzunehmenden Interessenabwägung auch dann als unverhältnismäßig. Bestand tatsächlich der Verdacht, dass der Kläger während seiner Arbeitszeit in ganz erheblichem Umfang unter Nutzung des ihm überlassenen Dienst-PCs außerdienstlichen Aktivitäten nachgegangen war, hätte die Beklagte – ggf. ohne Vorankündigung, aber offen und im Beisein des Klägers – die auf dem PC vorhandenen Daten, wie z.B. den gespeicherten Internetverlauf und die E-Mail-Accounts auswerten können. Eine in Anwesenheit des Arbeitnehmers durchgeführte Überprüfung des PCs ist gegenüber einer heimlichen und permanenten Überwachung durch Protokollierung und Auswertung sämtlicher Tastatureingaben das mildere Mittel. Die Kontrolle in seinem Beisein gibt dem Arbeitnehmer nicht nur die Möglichkeit, auf die Art und Weise ihrer Durchführung Einfluss zu nehmen. Er kann sie unter Umständen - etwa durch freiwillige Angaben zu seinen außerdienstlichen Aktivitäten - sogar ganz abwenden. Die Beklagte hat keine Umstände vorgetragen, aus denen sich ergäbe, dass eine Überprüfung des PCs im Beisein des Klägers gegenüber der heimlichen Überwachung weniger effektiv gewesen wäre. Ein Grund, der

100

unter Berücksichtigung der Intensität des Eingriffs eine „heimliche“ Protokollierung jeder Tastatureingabe mittels eines Keyloggers hätte rechtfertigen können, liegt damit nicht vor. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass dem Betroffenen bei einer verdeckten Überwachung vorbeugender Rechtsschutz faktisch verwehrt und nachträglicher Rechtsschutz erschwert wird. Die Heimlichkeit einer in Grundrechte eingreifenden Maßnahme erhöht typischerweise das Gewicht der Freiheitsbeeinträchtigung (Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 26. August 2008- 1 ABR 16/07 -).

(c) Die Beklagte kann sich zur Rechtfertigung des massiven Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch nicht mit Erfolg auf eine Einwilligung des Klägers berufen. Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang auf ihre E-Mail vom 19. April 2015 verweist, kann diese aus mehreren Gründen keine wirksame Einwilligung des Klägers mit der Installation ein Keyloggers begründen. 101

Nach § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG bedarf die Einwilligung der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Eine schriftliche Einwilligung des Klägers liegt nach dem unstreitigen Sachverhalt nicht vor. Auch eine ausdrückliche mündliche Einwilligung des Klägers lässt sich nach dem Vortrag der Parteien nicht feststellen. In der Mail vom 19. April 2015 wird vielmehr ausgeführt, dass Mitarbeiter, die nicht einverstanden sind, dies innerhalb einer Woche mitteilen sollen. Hieraus ergibt sich, dass die Beklagte offenbar ein bloßes Schweigen als Einwilligung werten wollte und gewertet hat, obwohl Schweigen grundsätzlich keine Zustimmung bedeutet. Hinzu kommt, dass die Beklagte den Keylogger bereits am 21. April 2015 installiert und genutzt hat, also zu einem Zeitpunkt, als die in der Mail genannte Wochenfrist noch gar nicht abgelaufen war. Dass die Mitarbeiter bei der mündlichen Besprechung am 20. April 2015 auf die gesetzte Wochenfrist verzichtet hätten, lässt sich dem Vortrag der Beklagten nicht entnehmen. Allein aus dem Umstand, dass bei diesem Gespräch kein Mitarbeiter Einwände erhoben hat, lässt sich nicht ableiten, dass sie auch in der verbleibenden Frist keine Einwände erheben werden. Selbst wenn man von einer Einwilligung des Klägers ausgehen wollte, hätte die Beklagte sich diese durch falsche Angaben erschlichen. Nach § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG ist der Betroffene auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung hinzuweisen. Darauf, dass die Protokollierung der Überwachung des Klägers und seines Arbeitsverhaltens dienen sollte, und dass zu diesem Zweck sämtliche Tastatureingaben protokolliert werden, hat die Beklagte in ihrer Mail vom 19. April 2015 gerade nicht hingewiesen. Hier wurden vielmehr ganz andere Zwecke und eine ganz andere Art der Datenerhebung angegeben. Auch aus diesem Grunde kann nicht von einer wirksamen Einwilligung des Klägers mit dieser Art der Datenerhebung, -verarbeitung und Nutzung ausgegangen werden. 102

3. Eine Verwertung des durch die heimliche Installation des Keyloggers gewonnenen Materials ist damit im Rahmen des vorliegenden Verfahrens ausgeschlossen. Dies gilt zum einen für die von der Beklagten vorgelegten Log-Dateien für den 21. und 23. April 2015 und zum anderen auch für die vorgelegten Screenshots der vom Kläger angelegten E-Mail-Ordner. Wie die Beklagte in der Berufungsbegründung ausgeführt hat, ist sie auch an dieses Material durch die Auswertung des Keyloggers, der nicht nur sämtliche Tastatureingaben protokolliert, sondern auch regelmäßige Screenshots erstellt hat, gelangt. Da die Beklagte keine weiteren Beweismittel zum zeitlichen Umfang der außerdienstlichen Aktivitäten vorgebracht hat, kann der Prüfung, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 19. Mai 2015 aufgelöst worden ist, nur der vom Kläger eingeräumte zeitliche Umfang seiner privaten Aktivitäten zugrunde gelegt werden. Danach hat der Kläger in der Zeit von Januar 2015 bis April 2015 an seinem Arbeitsplatz ein Computerspiel mit einem Gesamtaufwand von ca. 3 Stunden programmiert, 103

wobei die Programmierung in der Regel allerdings während seiner Pausen erfolgt ist. Des Weiteren hat der Kläger eingeräumt, für das Unternehmen seines Vaters seit Mitte 2013 Dispositionsarbeiten durchgeführt zu haben, wofür er höchstens 10 Minuten täglich aufgewandt hat. Auch hierin liegt eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung durch den Kläger, die an sich geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Zum einen hat der Kläger den ihm für dienstliche Zwecke überlassenen PC unberechtigterweise dazu benutzt, Arbeiten für ein anderes Unternehmen durchzuführen. Dabei hat er diese Tätigkeit für das andere Unternehmen während seiner Arbeitszeit erbracht, damit seine Arbeitspflicht gegenüber der Beklagten verletzt und sich darüber hinaus diese Zeit von der Beklagten vergüten lassen.

4. Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Berücksichtigung der Interessen beider Vertragsteile jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 -; Urteil vom 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 -). Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zuzumuten ist oder nicht, nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 -; Urteil vom 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 -). Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. 104

Beruhet die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 9. Juni 2011 - 2 AZR 284/10 -; Urteil vom 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 -). Einer entsprechenden Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 i. V. m. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes demnach nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist. Dies gilt grundsätzlich auch bei Störungen im Vertrauensbereich (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19. April 2012 - 2 AZR 186/11 -). 105

Die erforderliche Interessenabwägung führt vorliegend auf der Basis des vom Kläger eingeräumten zeitlichen Umfangs und der Art der privaten Nutzung des Dienst-PCs zu dem Ergebnis, dass es der Beklagten zuzumuten war, den Kläger durch eine Abmahnung zu einem vertragsgerechten Verhalten anzuhalten. 106

Bei den vom Kläger zugestandenen Pflichtverletzungen handelt es sich nicht um ein derart schwerwiegendes Fehlverhalten, welches die Erteilung einer vorherigen Abmahnung 107

entbehrlich gemachte hätte. Insbesondere handelt es sich bei der vom Kläger eingeräumten Privatnutzung des Dienst – PCs von wenigen, maximal zehn Minuten am Tag nicht um eine sogenannte exzessive Privatnutzung, bei der nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts allein die Verletzung der arbeitsvertraglichen Leistungspflichten ohne Abmahnung zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen kann (vgl. (BAG, Urteil vom 31. Mai 2007 – 2 AZR 200/06 –). Dabei verkennt die Kammer nicht, dass sich auch eine „minutenweise“ unerlaubte Nutzung pro Arbeitstag im Laufe eines Jahres zu einer nicht unerheblichen Gesamtdauer aufaddiert. Legt man die vom Kläger genannte Dauer von maximal 10 Minuten pro Tag zugrunde, ergibt sich bei durchschnittlich 220 Arbeitstagen pro Jahr immerhin eine Gesamtdauer von 36,66 Stunden im Jahr. Gleichwohl handelt es sich gemessen an der Gesamtarbeitsdauer von 8 Stunden pro Arbeitstag um einen minimalen Bruchteil (2,08%), bei dem der Kläger nicht ohne Weiteres davon ausgehen musste, dass eine Hinnahe des Verhaltens durch die Beklagte offensichtlich ausgeschlossen ist. Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger bei seiner Einstellung die „Richtlinie zur Informationssicherheit und Vertraulichkeitsvereinbarung“ unterzeichnet hat, in welcher die „Nutzung von Hardware, Software und Informationen ausschließlich zur Erfüllung der vereinbarten Aufgaben“ statuiert ist. Die Kammer ist nämlich nicht zu der Überzeugung gelangt, dass die Beklagte im betrieblichen Alltag tatsächlich auf eine strikte Einhaltung dieser Regelung bestanden hat. Dagegen spricht bereits die von ihr verfasste und an alle Mitarbeiter gerichtete E-Mail vom 19. April 2015, in welcher sie die Mitarbeiter gebeten hat, das neue Netzwerk für alles wie Spotify, YouTube, etc. zu nutzen, um das Hauptnetzwerk zu entlasten. Wenn die Beklagte in diesem Zusammenhang vorträgt, dass sich dies nur auf die Mediengestalter bezogen habe, muss sie sich entgegenhalten lassen, dass sich dies zumindest nicht aus dem Text der Mail erschließt. Diese war an alle Mitarbeiter und damit auch an den Kläger gerichtet. Dies wird von der Beklagten auch nicht in Abrede gestellt, soweit sie aus dieser Mail eine vermeintliche Einwilligung des Klägers mit der durchgeführten, heimlichen Überwachung herleiten will. Unstreitig ist des Weiteren, dass die Beklagte Kopfhörer für die Mitarbeiter angeschafft und diesen erlaubt hat, während der Arbeitszeit Musik zu hören. Wenn die Beklagte in diesem Zusammenhang ausführt, über diese Kopfhörer hätten nur eigene MP3-Dateien gehört werden dürfen, nicht aber Musik von Streaming-Diensten aus dem Internet, steht dies wiederum nicht im Einklang mit ihrer Mail vom 19. April 2015 und der dort enthaltenen Bitte, das neue Netzwerk gerade für Streaming-Dienste wie Spotify, YouTube, etc. zu nutzen.

Weitere Gesichtspunkte, die vorliegend eine Abmahnung entbehrlich machen könnten, sind nicht ersichtlich. Dass durch die private Nutzung des Dienst – PCs eine erhöhte Gefahr einer Vireninfiltration bestanden hätte oder dass das Betriebssystem gerade durch die Speicherung der nicht dienstlich veranlassten E-Mails gestört worden wäre, wurde von der Beklagten nicht vorgetragen. Die Beklagte hat auch nicht substantiiert vorgetragen, inwieweit es durch die Führung des privaten E-Mail-Verkehrs zu einer erheblichen Beeinträchtigung der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung gekommen ist. Insoweit wurde lediglich pauschal erklärt, dass die Leistungen des Klägers – insbesondere in quantitativer Hinsicht – deutlich zu wünschen übrig ließen, ohne dies näher zu konkretisieren. Näherer Vortrag dazu, welche Arbeiten nicht in einem angemessenen zeitlichen Rahmen oder nicht pünktlich fertiggestellt wurden, fehlt gänzlich. 108

Unter Berücksichtigung der vorgenannten Umstände handelte es sich bei den vom Kläger eingeräumten Pflichtverletzungen nicht um ein derart schwerwiegendes Fehlverhalten, welches die Erteilung einer vorherigen Abmahnung entbehrlich machte. In der nur einige Minuten am Tag dauernden Dispositionstätigkeit des Klägers für seinen Vater liegt keine Pflichtverletzung, bei der eine Hinnahe des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich 109

ausgeschlossen war. Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass sich der Kläger auch künftig nach Erteilung einer Abmahnung weiterhin in gleicher oder ähnlicher Weise pflichtwidrig verhalten würde. Dass eine Abmahnung nicht erfolgsversprechend sein würde, kann danach nicht angenommen werden.

II. Die außerordentliche Kündigung vom 19. Mai 2015 ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer Verdachtskündigung gerechtfertigt. Wie oben bereits dargelegt wurde, bestanden zum Zeitpunkt der heimlichen Installation des Keyloggers keine hinreichenden Verdachtsmomente für ein strafbares Fehlverhalten oder eine sonstige schwere Pflichtverletzung des Klägers zu Lasten der Beklagten. Solche Verdachtsmomente mögen sich zwar aus der heimlichen Überwachung des Klägers mit Hilfe des Keyloggers ergeben haben. Die aus dieser Überwachung gewonnenen und vom Kläger bestrittenen Erkenntnisse können nach den obigen Ausführungen vorliegend aber nicht verwertet werden. 110

III. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist auch nicht durch die hilfsweise erklärte, ordentliche Kündigung der Beklagten vom 19. Mai 2015 aufgelöst worden. 111

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist eine Kündigung sozial gerechtfertigt, wenn sie durch Gründe, die im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, bedingt ist. Sie ist durch solche Gründe „bedingt“, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat und eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht. Dann kann dem Risiko künftiger Störungen nur durch die (fristgemäße) Beendigung des Arbeitsverhältnisses begegnet werden. Das wiederum ist nicht der Fall, wenn schon mildere Mittel und Reaktionen - wie etwa eine Abmahnung - von Seiten des Arbeitgebers geeignet gewesen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue zu bewirken (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 9. Juni 2011 - 2 AZR 284/10 -; Urteil vom 28. Oktober 2010 - 2 AZR 293/09 -). 112

Vorliegend ist nach den obigen Ausführungen eine Abmahnung im Verhältnis zu einer Kündigung ein der Beklagten zumutbares, milderer Mittel der Reaktion auf die Pflichtverletzungen des Klägers gewesen, so dass auch eine ordentliche Kündigung nicht sozial gerechtfertigt ist. 113

IV. Da das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche noch durch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 19. Mai 2015 aufgelöst worden ist, steht dem Kläger auch der geltend gemachte Weiterbeschäftigungsanspruch zu. 114

Nach der zutreffenden, rechtsfortbildenden Rechtsprechung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichtes (27. Februar 1985 – GS 1/84 -) kann der gekündigte Arbeitnehmer die arbeitsvertragsgemäße Beschäftigung über den Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist hinaus verlangen, wenn die Kündigung unwirksam ist und überwiegende schutzwerte Interessen des Arbeitgebers nicht entgegenstehen. Dies folgt als Ausfluss aus dem grundgesetzlich verbürgten allgemeinen Persönlichkeitsrecht, wonach in einem Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmer nicht nur gehalten ist, seine Vergütung entgegenzunehmen, sondern auch grundsätzlich verlangen kann, seinen Beruf vertragsgemäß ausüben zu können. 115

Überwiegende, schutzwerte Interessen wurden von der Beklagten nicht geltend gemacht und sind auch ansonsten nicht ersichtlich. 116

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. 117

118

Die Kammer hat gem. § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG die Revision zugelassen. Die entscheidungserhebliche Frage der prozessualen Verwertbarkeit von Beweismitteln, die der Arbeitgeber durch die heimliche Installation eines Keyloggers am vom Arbeitnehmer genutzten Dienstrechner gewonnen hat, hat grundsätzliche und fallübergreifende Bedeutung.

