Arbeitsgericht Düsseldorf, 3 Ca 1455/07

Datum:	29.10.2007
Gericht:	Arbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	3. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	3 Ca 1455/07
ECLI:	ECLI:DE:ARBGD:2007:1029.3CA1455.07.00

Schlagworte:	private Internetnutzung am Arbeitsplatz, Rufschädigung, Arbeitszeitbetrug, Beweisverwertungsverbot
Normen:	§ 626 BGB, § 28 BDSG
Sachgebiet:	Arbeitsrecht

Leitsätze:

1. Die unberechtigte Privatnutzung des am Arbeitsplatz zur Verfügung gestellten Internetanschlusses kann aufgrund einer zu befürchtenden Rufschädigung des Arbeitgebers, als unberechtigte Nutzung der Betriebsmittel und wegen der Verletzung der Arbeitspflicht eine kündigungsrelevante Pflichtverletzung darstellen.

2. Zu der Frage eines Beweisverwertungsverbotes bei mitbestimmungswidrig erlangten Beweismitteln und bei Auswertung von Internetzugriffsdaten.

3. Einzelfallentscheidung zur Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei zeitlich geringem Umfang einer unberechtigten privaten Internetnutzung.

4. Zur Frage der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Identität.

Tenor:

1) Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 9.2.2007 nicht aufgelöst worden ist.

2) Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3) Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 5/8 und die Beklagte zu 3/8.

4) Der Streitwert beträgt 25.361,33 €.

Tatbestand: 1

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit zweier außerordentlicher Kündigungen ihres Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte. 2

Der am 6.11.1964 geborene, in Lebenspartnerschaft lebende Kläger steht seit dem 1.7.1998 in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten, einer H. Er ist Mitglied des im Beschäftigungsbetrieb gebildeten Betriebsrates sowie des Aufsichtsrates der Beklagten und wurde zuletzt als Sachbearbeiter in deren Marketing-Abteilung eingesetzt. Sein Arbeitsplatz enthält einen Internetzugang. Zu seinen dienstlichen Aufgaben gehörte es indes nicht, Internetrecherchen anzustellen. Sein Jahresbruttoeinkommen betrug 36.938 € zuzüglich einer Leistungszulage von 52 € und dem Arbeitgeberanteil VL in Höhe von 40 € monatlich. 3

Bei der Beklagten besteht eine Rahmenbetriebsvereinbarung Technologie vom 1.12.2002 sowie eine Detailbetriebsvereinbarung Technologie - Intranet/Internet vom 11.8.2003. In § 4 der Detailbetriebsvereinbarung ist geregelt, dass eine private Nutzung des den Arbeitnehmern eröffneten Internetzugangs nur an besonderen, hierfür vorgesehenen Computern und nur während der Pausenzeiten erlaubt ist. Nach § 5 der Betriebsvereinbarung dienen die durch die Nutzung von Internet-Diensten entstehenden Daten und Spuren nicht der Leistungs- und Verhaltenskontrolle. Einzelauswertungen sind grundsätzlich ausgeschlossen, Aufträge hierzu können nur von Vorstand und Betriebsrat gemeinsam erteilt werden. Außer bei missbräuchlicher Nutzung können personenbezogene Daten - nach dem Wortlaut der Betriebsvereinbarung - zu keinen Benachteiligungen einzelner Nutzer führen. Bei Verdacht des Missbrauchs können Verbindungs- und Inhaltsdaten von je einem Vertreter der Geschäftsleitung und des Betriebsrates ausgewertet werden. Als - ausdrücklich unter den Vorbehalt disziplinarischer bzw. rechtlicher Konsequenzen gestellter - Missbrauch des Internetzugangs ist insbesondere das Abrufen sexistischer und gewaltverherrlichender Inhalte erklärt (§ 7). Gemäß § 8 Abs. 1 der Rahmenbetriebsvereinbarung Technologie ist eine automatisierte Verarbeitung von Daten, die Rückschlüsse auf die Leistung und das Verhalten einzelner Arbeitnehmer ermöglicht, nur mit Zustimmung des Betriebsrates zulässig. Nach § 8 Abs. 4 der Betriebsvereinbarung dürfen Erkenntnisse und Maßnahmen aus solchen Anwendungen bei arbeitsgerichtlichen Verfahren nur mit Zustimmung des Betriebsrates verwendet werden. Zur Stellung der Aufsichtsratmitglieder ist unter § 3 lit. d) der nachwirkenden Betriebsvereinbarung Persönliche Rechtsstellung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vom 12.3.2004 ein Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG für die Arbeitnehmermitglieder geregelt. 4

Am 17.7.2006 wies der Betriebsrat in einem an die Mitarbeiter gerichteten Schreiben unter Hinweis auf §§ 4 und 7 der Detailbetriebsvereinbarung darauf hin, dass die private Internetnutzung ausschließlich an den dafür vorgesehenen PCs zulässig sei, der Aufruf von Seiten mit gewaltverherrlichendem oder sexistischen Inhalt generell verboten sei und zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen sprich Kündigung führen könne. Ebenfalls wies der Betriebsrat darauf hin, dass der Vorstand plane, alle zwei Monate eine (zunächst nicht personenbezogene) Auswertung des Nutzungsverhaltens anzufordern. 5

Am 4.1.2007 erhielt der Vorstand der Beklagten eine nicht personenbezogene Gesamtauswertung über die Internetzugriffe der Mitarbeiter im Monat Dezember 2006 in Form einer Top 100-Liste . Diese Liste wurde dem Betriebsrat bekannt gegeben und dieser um Zustimmung zur personenbezogenen Einzelauswertung der Internetzugriffe im Dezember 2006 auf die Seiten www.swingerclub.de, www.gayromeo.com, www.poppen.de, www.spinnes-bord.de, www.logmein.com und www.llmwd.net gebeten. 6

In der Folge teilte der Kläger der Betriebsratsvorsitzenden unaufgefordert mit, die Internetseite www.gayromeo.com aufgerufen zu haben. Zudem suchte der Kläger am 24.1.2007 eigeninitiativ den Vorstandsvorsitzenden der Beklagten, Herrn S., auf und teilte diesem mit, über den Firmenrechner die Seite www.gayromeo.com aufgesucht zu haben. Hierbei handelt es sich um eine sog. Community-Internetseite , auf der jeder Nutzer sein privates und auch geschäftliches Leben organisieren kann. Das Portal richtet sich an homosexuelle männliche Nutzer und eröffnet neben Diensten wie Wohnungsbörse, Reisebuchungsservice und Messenger unter anderem auch Möglichkeiten der Partnersuche und enthält in erheblichem Umfang persönliche Daten inklusive Körpermaßen und Nacktbildern der Nutzer. 7

Die Betriebsratsvorsitzende lud die Betriebsratsmitglieder zu einer Sitzung in ihrem Büro am 26.1.2007 ein. Der Kläger wurde zu dieser Sitzung nicht eingeladen. Am selben Tage teilte die Betriebsratsvorsitzende der Beklagten die Zustimmung des Betriebsrates zu der beabsichtigten Einzelauswertung mit. 8

Mit Schreiben vom 2.2.2007 forderte die Beklagte den Kläger unter Bezug auf das Gespräch mit Herrn S. zu einer Konkretisierung seiner Aussagen hinsichtlich Art und Umfang der Internetnutzung bis zum 7.2.2007 auf. Eine Äußerung des Klägers zur Sache erfolgte innerhalb der gesetzten Frist nicht. Eine Verlängerung der gesetzten Frist lehnte die Beklagte gegenüber dem Prozessbevollmächtigten des Klägers ab. 9

Spätestens am 5.2.2007 erhielt der Vorstand der Beklagten die gewünschte Einzelauswertung bezüglich der Internetseiten www.swingerclub.de, www.poppen.de, www.gayromeo.com. Von den hinter der Nutung der erstgenannten Seiten stehenden externen Kooperationspartnern trennte die Beklagte sich mit sofortiger Wirkung. Die Überprüfung der Zugriffe auf die Seite www.gayromeo.com ergab, dass der Kläger diese getätigt hatte. Für ihn wurden im Dezember 2006 insgesamt 16.298 hits auf den Seiten dieses Portals registriert. Der Vorstand erbat sodann vom Betriebsrat die Zustimmung zur Auswertung der gesamten Internetnutzung des Klägers für den Zeitraum, den das Rechenzentrum der Beklagten längstens darstellen kann. Per email teilte die Betriebsratsvorsitzende am 7.2.2007 den zustimmenden Beschluss des Betriebsrates mit. 10

Mit Antrag vom 8.2.2007 begehrte die Beklagte die Zustimmung des Betriebsrates zur beabsichtigten außerordentlichen, fristlosen Kündigung des Klägers. In dem Anhörungsschreiben wirft die Beklagte dem Kläger vor, unter Verstoß gegen die Betriebsvereinbarung Intranet/Internet während der Arbeitszeit Internetseiten mit sexistischem Inhalt an dem ihm zur Verfügung gestellten PC mehrfach aufgerufen und betrachtet zu haben. Die Unzumutbarkeit einer Vertragsfortsetzung begründet sie auch mit der Gefahr einer Ansehensschädigung bei Bekanntwerden der vorgeworfenen Internetnutzung. Hilfsweise stützt sie die Kündigung auf den dringenden Verdacht der verbotswidrigen Internetnutzung. Unter dem 9.2.2007 teilte die Betriebsratsvorsitzende der Beklagten schriftlich die beantragte Zustimmung des Betriebsrates mit. 11

12

Mit Schreiben vom 9.2.2007 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich mit sofortiger Wirkung.

Am 12.2.2007 erhielt der Vorstand der Beklagten die personenbezogene Auswertung der Internetnutzung des Klägers für den Zeitraum Januar bis November 2006. Dem Betriebsrat wurden auch diese Ergebnisse mitgeteilt. Aus den auch zur Gerichtsakte gereichten Zugriffsprotokollen ergibt sich, dass von der untersuchten IP-Adresse in erheblichem Ausmaß Seiten der Themenbereiche Bodybuilding, Ernährung und Beauty sowie Bulldoggen/Hunde, Mode, Kontaktpflege, Zeitungen/Magazine und TV aufgesucht wurden. 13

Mit Schreiben vom 16.2.2007 wurde dem Kläger Gelegenheit gegeben, zu diesem neuen Sachverhalt Stellung zu beziehen. Ein für den 22.2.2007 anberaumtes gemeinsames Gespräch ließ der Kläger durch seinen Prozessbevollmächtigten ablehnen. 14

Am 21.2.2007 beantragte die Beklagte die Zustimmung des Betriebsrates zu einer hilfsweisen weiteren außerordentlichen und fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger. Unter Bezugnahme auf die nunmehr vorliegenden weiteren Erkenntnisse begründet die Beklagte die Kündigung mit dem Vorwurf, dass der Kläger seinen Internetzugang in erheblichem zeitlichen und datenmäßigen Umfang privat genutzt und zudem Seiten mit sexistischem Inhalt aufgerufen habe. Hilfsweise stützt sie die Kündigung auf einen entsprechenden Verdacht. Am 22.2.2007 erhielt die Beklagte die schriftliche Zustimmung des Betriebsrates auch zu dieser Kündigung. 15

Mit Schreiben vom 22.2.2007 sprach die Beklagte sodann eine weitere außerordentliche fristlose Kündigung aus. Das von Herrn C. am frühen Vormittag des 23.2.2007 in den Hausbriefkasten des Klägers geworfene Kündigungsschreiben fand der Kläger am 26.2.2007 in seinem Briefkasten vor. 16

Der Kläger wendet sich gegen beide ihm ausgesprochenen Kündigungen und behauptet, während seiner Arbeitszeit nicht mit Arbeit ausgelastet gewesen zu sein. Dies habe er Kollegen und auch dem für ihn zuständigen Ansprechpartner Herrn T. - welcher indes unstreitig nur kurze Zeit sein Vorgesetzter war - mitgeteilt. 17

Er ist der Ansicht, dass ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht vorliege. Die private Nutzung des Internets am Arbeitsplatz sei auch außerhalb der Pausen erlaubt gewesen. Die Beklagte habe durch ihre dauerhafte Duldung der privaten Internetnutzung durch die Mitarbeiter das in der Detailbetriebsvereinbarung enthaltene Verbot selbst konterkariert und private Reisebuchungen sogar ausdrücklich erlaubt. In jedem Falle habe der Kläger nicht damit rechnen müssen, dass ein Verstoß sofort und ohne Abmahnung zu einer fristlosen Kündigung führe. Vor Ausspruch einer Kündigung sei auch deshalb zunächst eine Abmahnung auszusprechen gewesen, weil der Kläger sich nicht hartnäckig und vollkommen uneinsichtig gezeigt habe. Die von der Beklagten vorgelegten Beweise für die behaupteten Pflichtverletzungen unterlägen wegen Verstößen gegen datenschutzrechtliche und betriebliche bzw. betriebsverfassungsrechtliche Bestimmungen einem Beweisverwertungsverbot. Hinsichtlich beider Kündigungen sei die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht eingehalten, da die Frist jeweils bereits mit Kenntnis des Vorstandsvorsitzenden der Beklagten, Herrn S., von der Nutzung der Seite www.gayromeo.com durch den Kläger am 24.1.2007 zu laufen begonnen habe. Die Betriebsratsanhörung sei fehlerhaft, weil dem Betriebsrat nicht sämtliche entscheidungserheblichen Tatsachen mitgeteilt worden seien. Schließlich seien die Kündigungen auch wegen der darin liegenden Diskriminierung des Klägers aufgrund seiner 18

sexuellen Identität und Verstoßes gegen das AGG unwirksam. Obwohl sich ein sexueller Bezug aus dem Namen der Seite nicht ergebe, habe der Vorstand der Beklagten den Begriff gay zum Anlass weiterer Nachforschungen genommen, was ansonsten nur bei Seiten mit eindeutig sexuellem Bezug geschehen sei. Hierin sei eine diskriminierende Ungleichbehandlung zu sehen.

Den zunächst gestellten allgemeinen Feststellungsantrag hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 24.9.2007 mit Zustimmung der Beklagten für erledigt erklärt. 19

Der Kläger beantragt: 20

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 9.02.2007, dem Kläger am 10.2.2007 zugegangen, nicht aufgelöst worden ist. 21

2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 22.02.2007 nicht aufgelöst worden ist. 22

3. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger als Sachbearbeiter in der Abteilung Marketing bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen. 23

Die Beklagte hat Klageabweisungsantrag angekündigt. 24

Die Beklagte stützt beide Kündigungen auf die behaupteten Pflichtverletzungen und hilfsweise auf einen entsprechenden Tatverdacht. Sie behauptet, dass die vorgelegten Zugriffsprotokolle dem Kläger zuzuordnen seien. Die Seite www.gayromeo.com hält sie für sexistisch und gewaltverherrlichend. Sie ist der Ansicht, dass die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB erfüllt seien, weil der Kläger sehr schwerwiegende arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen dadurch begangen habe, dass er trotz eines ausdrücklichen Verbotes den ihm zu dienstlichen Zwecken eingerichteten Internetzugang exzessiv während der Arbeitszeit privat genutzt habe. 25

Nach der mündlichen Verhandlung vom 24.9.2007 beantragte der Kläger die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, für den Fall, dass die Kammer die Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz vom 19.9.2007, dem Klägerbevollmächtigten am 2.10.2007 zugestellt, für erheblich halte. 26

Im Übrigen wird auf die beiderseitigen Schriftsätze sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen Bezug genommen. 27

Entscheidungsgründe: 28

Es war eine streitige Entscheidung über die gestellten Klageanträge zu treffen. Obwohl in der mündlichen Verhandlung vom 24.9.2007 kein Klageabweisungsantrag protokolliert worden ist, ergibt sich dieses Begehren der Beklagten aus ihrer Ankündigung des klageabweisenden Antrags vor dem Termin und die wenigstens konkludente Abweisung des Klagebegehrens auch in der mündlichen Verhandlung. 29

Die Klage ist teilweise begründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung der Beklagten vom 9.2.2007 nicht aufgelöst worden, womit dem Klageantrag zu 1) stattzugeben war. Dagegen ist der Kündigungsschutzantrag hinsichtlich der zweiten Kündigung der Beklagten vom 22.2.2007 unbegründet. Diese Kündigung hat das 30

Arbeitsverhältnis der Parteien zum 23.2.2007 rechtswirksam beendet, womit auch der Weiterbeschäftigungsantrag abzuweisen war.

I. 31

Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung vom 9.2.2007 nicht aufgelöst worden, weil die von der Beklagten herangezogenen Umstände nicht geeignet waren, einen wichtigen Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu liefern. 32

1) Das Fehlen eines wichtigen Grundes war zu berücksichtigen, weil die Kündigung nicht nach §§ 13, 4, 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam gilt. Die Frist des § 4 KSchG wurde durch Einreichung der Klage am 2.3.2007 gegen die dem Kläger am 9.2.2007 zugegangene Kündigung gewahrt. Nach § 46 Abs. 2 ArbGG iVm. §§ 495, 271 Abs. 1, 167 ZPO war für die Klageerhebung auf den Zeitpunkt des Klageeingangs abzustellen, da die Klageschrift der Beklagten am 12.3.2007 und damit demnächst im Sinne von § 167 ZPO zugestellt wurde (vgl. BAG v. 17.1.2002 - 2 AZR 57/01, BB 2003, 209). Der Kläger hat alles Erforderliche für das sofortige Gelingen der Zustellung getan, welche auch ohne wesentlichen Zeitabstand nach Fristablauf erfolgte. 33

2) Nach Auffassung der Kammer vermögen die dem Kläger vorgeworfenen und von der Beklagten zum Anlass für diese Kündigung herangezogenen Pflichtverstöße im Zusammenhang mit der Nutzung des von der Beklagten am Arbeitsplatz bereitgestellten Internetzugangs eine fristlose außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses weder als Tat- noch als Verdachtskündigung zu rechtfertigen. 34

a) Nach § 626 Abs. 1 BGB kann ein Dienst- und Arbeitsverhältnis außerordentlich ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist nur aus wichtigem Grunde gekündigt werden. Ein solcher ist gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Die Rechtsprechung nimmt insofern eine zweistufige Prüfung vor. Der Sachverhalt muss sich zunächst als an sich geeignet erweisen, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung zu liefern. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, bedarf es der weiteren Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Kündigenden unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zumutbar ist oder nicht (vgl. BAG v. 27.4.2006 - 2 AZR 386/05, NJW 2006, 2939; v. 7.7.2005 - 2 AZR 581/04, AP Nr. 192 zu § 626 BGB jew. mwN). 35

b) Die Kündigung vom 9.2.2007 ist auf Pflichtverletzungen des Klägers gestützt, welche an sich grundsätzlich geeignet sind, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses darzustellen. 36

Nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des für Kündigungsschutzsachen zuständigen zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Urteil v. 31.5.2007 - 2 AZR 200/06, NZA 2007, 922; v. 12.1.2006 - 2 AZR 179/05, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54; v. 27.4.2006 - 2 AZR 386/05, NZA 2006, 977; v. 7.7.2005 - 2 AZR 581/04, NZA 2006, 98) kommen als kündigungsrelevante Verletzungen arbeitsvertraglicher Pflichten bei einer (nicht erlaubten) privaten Nutzung des Internets ua. in Betracht: 37

- das Herunterladen einer erheblichen Menge von Daten aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme (unbefugter download), insbesondere wenn damit einerseits die Gefahr 38

möglicher Vireninfizierungen oder anderer Störungen des - betrieblichen - Betriebssystems verbunden sein können oder andererseits von solchen Daten, bei deren Rückverfolgung es zu möglichen Rufschädigungen des Arbeitgebers kommen kann, beispielsweise weil strafbare oder pornografische Darstellungen herunter geladen werden;

- die private Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internetanschlusses als solche, weil durch sie dem Arbeitgeber möglicherweise - zusätzliche - Kosten entstehen können und der Arbeitnehmer jedenfalls die Betriebsmittel - unberechtigterweise - in Anspruch genommen hat; 39

- die private Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internets während der Arbeitszeit, weil der Arbeitnehmer während des Surfens im Internet zu privaten Zwecken seine arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringt und dadurch seine Arbeitspflicht verletzt. 40

Daneben resultiert eine kündigungsrelevante Pflichtverletzung selbstverständlich auch aus dem Verstoß gegen ein vom Arbeitgeber ausgesprochenes Verbot, den am Arbeitsplatz zur Verfügung gestellten Internetzugang für nicht dienstliche, also private Zwecke zu nutzen (BAG v. 7.7.2005 - 2 AZR 581/04, NZA 2006, 98). 41

aa) Der Kläger hat durch das Aufrufen der Seite www.gayromeo.com von seinem Arbeitsplatz gegen das im Beschäftigungsbetrieb bei der Beklagten geltende Verbot der privaten Internetnutzung am Arbeitsplatz verstoßen. 42

(1) Das entsprechende Verbot ergibt sich unmissverständlich aus § 4 Satz 1 der Detailbetriebsvereinbarung zur Rahmenbetriebsvereinbarung Technologie vom 1.1.2002. Danach ist die private Nutzung des Internets nur an den dafür vorgesehenen PC und damit gerade nicht von den jeweiligen (Computer-) Arbeitsplätzen der Arbeitnehmer aus zulässig. Entgegen der Ansicht des Klägers kann aus den von ihm vorgetragenen Umständen nicht gefolgert werden, dass dieses ausdrückliche Verbot von Seiten der Beklagten aufgehoben und eine private Internetnutzung am Arbeitsplatz auch nur konkludent erlaubt worden wäre. Es ist nicht erkennbar, wie aus kontroversen Diskussionen mit dem Betriebsrat über die Durchführung der Nutzungskontrolle und das Sperren einzelner Seiten eine Relativierung des Verbotes folgen könnte. Ebenso wenig folgt dies aus dem Umstand, dass die Beklagte unstreitig bekannt gewordenen Verstößen nicht in allen bzw. möglicherweise in den meisten Fällen nicht nachgegangen ist. Dies verkehrt das bestehende und im Sommer 2006 über den Betriebsrat nochmals eindrücklich betriebsweit kommunizierte Verbot nicht in sein Gegenteil bzw. lässt die Pflichtwidrigkeit privater Internetnutzung nicht entfallen. Denn der Arbeitgeber ist zur Aufrechterhaltung einer geltenden Regelung nicht gezwungen, sämtliche Verstöße hiergegen zu ahnden. Ein bei wenig schwerwiegenden Verstößen unverhältnismäßiger Verfolgungsaufwand, die bei entsprechenden Überwachungsmaßnahmen zu befürchtenden Konsequenzen für das Betriebsklima oder eine Entscheidung, stufenweise und sukzessive vorzugehen, sind nur einige von vielen denkbaren Gründen, dies nicht zu tun. Der Arbeitnehmer darf daher nicht allein aufgrund des erkennbar gewordenen Umstandes, dass der Arbeitgeber bestimmte Verstöße nicht verfolgt, darauf schließen, das zugrunde liegende Verbot solle außer Kraft gesetzt und Verstöße generell nicht mehr geahndet werden. 43

Auch aus dem Umstand, dass einzelne Seiten ausdrücklich gesperrt wurden, und selbst unterstellt, dass neben der expliziten Freigabe anderer Seiten eine ausdrückliche Erlaubnis zu privaten Urlaubsbuchungen vom Arbeitsplatz gegeben worden ist, würde nicht folgen, dass der Besuch nicht gesperrter Seiten bzw. neben den angegebenen Seiten und den Urlaubsbuchungen auch andere private Nutzungen erlaubt worden seien. Die Sperrung 44

bestimmter Seiten mag vielmehr der Durchsetzung des in der Detailbetriebvereinbarung enthaltenen Verbots dienen, auch an den zur privaten Nutzung freigegebenen Computern bestimmte unzulässige Inhalte aufzurufen (vgl. § 7 der Detailbetriebsvereinbarung). Auch eine explizite Erlaubnis der privaten Internetnutzung hinsichtlich bestimmter Seiten kommt keiner allgemeinen Erlaubnis gleich. Vielmehr verdeutlicht dies, dass andere Seiten gerade nicht besucht werden durften. Sonst hätte es einer solchen Erlaubnis nicht bedurft. Auch trägt der Kläger nicht vor, dass die Nutzung gerade der von ihm besuchten Seiten des Internetportals www.gayromeo.com von der Beklagten erlaubt worden wäre. Ohne eine entsprechende ausdrückliche Gestattung oder Duldung des Arbeitgebers ist eine private Nutzung des Internets grundsätzlich aber nicht erlaubt (vgl. BAG v. 7.7.2005 - 2 AZR 581/04, NZA 2006, 98 mwN).

(2) Gegen das Verbot der privaten Internetnutzung am Arbeitsplatz hat der Kläger durch das Aufrufen der Seite www.gayromeo.com verstoßen. Der Kläger hat auf die Bekanntgabe der Top 100-Liste für Dezember 2006 dem Vorstandsvorsitzenden der Beklagten, Herrn S., mitgeteilt, dass er diese Seite aufgerufen habe. Die von der Beklagten vorgelegte Einzelauswertung (CBH 4, Bl. 117 d.A.) zeigt, dass in Dezember 2006 innerhalb des Betriebes bzw. Unternehmens lediglich von einer IP-Adresse auf die Seite www.gayromeo.com zugriffen wurde. Es ist folglich davon auszugehen, dass es sich um diejenige des Klägers handelte. Vor diesem Hintergrund konnte der Kläger sich nicht auf ein einfaches Bestreiten der zutreffenden Zuordnung der IP-Adresse bzw. der Zugriffsprotokolle beschränken, sondern hätte substantiieren müssen, warum Zweifel an der Zuordnung der IP-Adresse und der Authentizität der hieraus ermittelten Daten bestehen. Tatsachen, welche Zweifel an der Korrektheit der Auswertung begründen, sind nicht vorgetragen. Die Frage, welche Person die Daten zu welchem Zeitpunkt ausgewertet hat, ist insoweit unerheblich. Da ein nach § 46 Abs. 2 ArbGG iVm. § 138 Abs. 3 ZPO beachtliches Bestreiten nicht vorliegt, ist die Zuordnung der Zugriffsprotokolle als zugestanden anzusehen. 45

Das Aufrufen dieser Seite war nicht dienstlich veranlasst und stellte damit eine verbotswidrige Privatnutzung dar. Eine dienstliche Nutzung dieses Portals hat der Kläger nicht behauptet. Zwar hat er vorgetragen, es habe seiner Entscheidung oblegen, über welche Medien und Portale er sich im Rahmen seiner Tätigkeit als Betriebs- und Aufsichtsrat über gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklungen informiere. Insoweit er in der Folge aber vom bedauerlichen Entstehen einer Grauzone und von einer Vermischung privater und dienstlicher Inhalte spricht, macht er deutlich, dass er selbst von einer immerhin teilweisen Privatnutzung (so auch S. 19 d. klägerischen SS. v. 2.8.2007, Bl. 390 d.A.) und - was auch seine Selbstanzeige vom 24.1.2007 nahe legt - nicht ernsthaft davon ausgeht, dass der Besuch der Seite www.gayromeo.com als dienstlich gerechtfertigt werden kann. 46

Ob der Kläger auch gegen das in § 7 der Detailbetriebsvereinbarung enthaltene Verbot, sexistische oder gewaltverherrlichende Inhalte aufzurufen, verstoßen hat, erscheint unwahrscheinlich kann jedoch angesichts der Wertung der Kammer zum Abmahnerfordernis [vgl. unten unter c) bb) (2)] dahinstehen. Der Sachvortrag der Parteien, insbesondere die von der Beklagten zur Akte gereichten Bilder bieten kaum ausreichende Anhaltspunkte für sexistische oder gewaltverherrlichende Inhalte. Die Kammer hat Zweifel, ob im Verhältnis von Homosexuellen untereinander überhaupt von Sexismus, also Diskriminierung gegenüber dem anderen Geschlecht, geredet werden kann. 47

Den Vorwurf, dass die vom Kläger aufgesuchten Internetseiten pornografischen oder strafbaren Inhalt gehabt hätten, hat die Beklagte nicht erhoben. 48

49

(3) Der Verwertung der Ergebnisse der von der Beklagten veranlassten Einzelauswertungen stehen keine Beweisverwertungsverbote entgegen.

(a) Ein Beweisverwertungsverbot ergibt sich nicht aus dem Gesichtspunkt des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers. Das durch Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht ist im Privatrechtsverkehr und damit auch im Arbeitsverhältnis von den Vertragsparteien zu beachten (BAG v. 27.3.2003 - 2 AZR 51/02, AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung). Bei der Erhebung und Speicherung von Daten hinsichtlich der Nutzung des Internets durch den Arbeitnehmer ist dessen Persönlichkeitsrecht in der Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung betroffen. Eine Rechtsgrundlage für eine Kontrolle der dienstlichen Internetnutzung enthält das Bundesdatenschutzgesetz (das TKG ist dagegen nicht anwendbar - vgl. Mengel, BB 2004, 2014 [2020]). Nach § 28 BDSG ist das Erheben und Speichern von personenbezogenen Daten auch ohne Einwilligung des Betroffenen zulässig, wenn dies berechtigten Interessen des Arbeitgebers dient (vgl. dazu Mengel, BB 2004, 1445 [1448]). Bei der insoweit vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zu beachten, dass es einerseits bei nur zur dienstlichen Nutzung freigegebenen Computern gar nicht zur Speicherung privater Daten kommen darf und andererseits der Arbeitgeber sich gegen eine dennoch erfolgende missbräuchliche Nutzung seiner Betriebsmittel durch entsprechende Kontrollen schützen können muss (vgl. LAG Hamm v. 18.1.2007 - 15 Sa 558/06). Daher ist eine Kontrolle des Internetverhaltens der Arbeitnehmer an einem ausschließlich zur dienstlichen Nutzung freigegebenen Internetzugang zulässig (vgl. Mengel, BB 2004, 2014 [2020]). Somit führte die Erhebung und Auswertung der Internetzugriffsdaten des Klägers von seinem Arbeitsplatz nicht zu einem unzulässigen Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht. Spätestens durch das Schreiben des Betriebsrates vom 17.7.2006 waren die Arbeitnehmer der Beklagten zudem vor einer Überprüfung ihres Internetverhaltens am Arbeitsplatz gewarnt und konnten damit noch weniger von einem vor der Wahrnehmung bzw. dem Zugriff des Arbeitgebers geschützten Bereich ihres Arbeitsverhaltens ausgehen. Vor dem Hintergrund des begründeten Verdachts einer strafbaren Pflichtverletzung zu Lasten der Beklagten (Arbeitszeitbetrug) stand auch der weiteren Verwertung der Daten im Prozess kein Beweisverwertungsverbot entgegen. 50

(b) Ebenso wenig hindern die vom Kläger behaupteten Verstöße gegen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei der Erhebung der Daten deren Verwertung im Kündigungsschutzprozess. Unabhängig davon, ob die Einzelauswertungen tatsächlich mitbestimmungswidrig erlangt wurden oder nicht und ob ein Verstoß im Individualprozess des betroffenen Arbeitnehmers überhaupt zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann, scheidet ein solches in casu jedenfalls deswegen aus, weil der Betriebsrat mit seiner Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Klägers konkludent der Verwertung der Ergebnisse im Kündigungsschutzprozess des Klägers zugestimmt hat. In diesem Falle steht kein über den Schutz der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers hinausgehender Schutzzweck der (möglicherweise) verletzten betriebsverfassungsrechtlichen Norm einer Verwertung entgegen. Durch die Zustimmung des Betriebsrates zur Verwertung ursprünglich mitbestimmungswidrig erlangter Daten ist ausgeschlossen, dass die von diesem - neben den Individualinteressen des Betroffenen - zu wahrenden kollektiven Interessen hierdurch verletzt werden (BAG v. 27.3.2003 - 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193; v. 7.12.2006 - 2 AZR 182/06, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; v. 27.3.2003 - 2 AZR 51/02, AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung). Ein eventueller Verstoß gegen Regeln über das Verfahren der Mitbestimmung wird durch die nachträgliche Zustimmung des Betriebsrates geheilt und kann keinesfalls allein als Sanktion gedacht zu einem Beweisverwertungsverbot führen. Dem steht die aus § 46 Abs. 2 ArbGG iVm. § 286 Abs. 1 ZPO und Art. 103 Abs. 1 GG 51

folgende Pflicht des Gerichts zur Berücksichtigung sämtlicher Beweisangebote und das daraus folgende grundrechtsgleiche Recht des Beweisführenden entgegen (vgl. BAG v. 27.3.2003 - 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193; Schlewing, NZA 2004, 1071 (1072 f.); Altenburg/Leister, NJW 2006, 469 [470]).

bb) In der unzulässigen Privatnutzung ist der Kategorisierung der Pflichtverstöße durch das Bundesarbeitsgericht folgend auch eine unberechtigte Nutzung der Betriebsmittel zu sehen, worin eine gesonderte Vertragsverletzung begründet liegt, ohne dass es darauf ankommt, ob hierdurch tatsächlich zusätzliche Kosten für den Arbeitgeber entstehen. Die Gefahr möglicher Vireninfizierungen oder anderer Störungen des - betrieblichen - Betriebssystems durch das Aufrufen (i.e. Herunterladen) der Seite www.gayromeo.com ist - wie bei jeder Internetnutzung - sicherlich abstrakt gegeben. Jedoch fehlt es insoweit an Anhaltspunkten, dass bei der genannten Seite eine über die auch bei einer dienstlichen Nutzung zu befürchtenden Störungsmöglichkeiten hinausgehende Gefahr bestand, so dass diesem Aspekt nach Auffassung der Kammer kein besonderes Gewicht zukommt. 52

cc) Durch das Aufrufen der Seite www.gayromeo.com hat der Kläger auch deshalb einen kündigungsrelevanten Pflichtverstoß begangen, weil er damit die Beklagte dem Risiko ausgesetzt hat, gegen ihren Willen mit diesem Portal in Verbindung gebracht zu werden (vgl. zum Aspekt der Rufschädigung: BAG v. 27.4.2006 - 2 AZR 386/05, NZA 2006, 977; LAG Hamm v. 18.1.2007 - 15 Sa 558/06; ArbG Hannover v. 1.12.2000 - 1 Ca 504/00 B, NJW 2001, 3500). 53

Es entfließt der Unternehmerfreiheit (Art. 2, 12, 14 GG) des Arbeitgebers zu bestimmen, mit welchen Internetinhalten und dahinter stehenden Personen und gesellschaftlichen Gruppierungen er in Verbindung gebracht wird. Seine Kontrolle hierüber ist umso wichtiger, als ein Bekanntwerden der Nutzung bestimmter - bspw. als anstößig, verwerflich oder kriminell empfundener - Internetseiten bei Dritten sich durchaus negativ auf sein Ansehen wie auch auf seine Unternehmung auswirken kann. Eine Rufschädigung kann auch dann zu befürchten sein, wenn etwa auf den verschiedenen Seiten eines Internetportals nur teilweise potentiell ansehensgefährdende Inhalte enthalten sind. Es kommt daher nicht darauf an, ob ein Arbeitnehmer von einem solchen Portal konkret anstößige oder lediglich andere - unverdächtige - Inhalte aufgerufen hat. Die durch die Nutzung mögliche Verbindung des Arbeitgebers mit dem Portal genügt nach Auffassung der Kammer, um einen Pflichtverstoß seitens des Arbeitnehmers zu begründen. 54

dd) Schließlich liegt eine Pflichtverletzung des Klägers auch darin, dass er die Seite www.gayromeo.com während der Arbeitszeit aufgerufen und damit seine Arbeitspflicht verletzt hat. 55

Unklar ist das genaue zeitliche Ausmaß der Nutzung dieser Seite, da sich dieses aus der Anzahl der dokumentierten hits nicht eindeutig bestimmen lässt. Die Kammer geht bei überschlägiger Auswertung der vorgelegten Zugriffsprotokolle davon aus, dass der Kläger in Dezember 2006 maximal während insgesamt viereinviertel Stunden auf die Seite zugegriffen hat. Bezüglich des Einwandes des Klägers, dass in dem Zugriffsprotokoll auch solche Zeiten erfasst sind, während derer er die Seite lediglich im Hintergrund aufgerufen hatte, geht die Kammer - ungeachtet der insoweit fehlenden Substantiierung - von Folgendem aus: Zumindest in Fällen, in denen wenige Minuten (die Kammer geht von bis zu drei Minuten aus) zwischen Öffnen und Schließen, dh. zwischen dem ersten Aufruf und dem letzten Aufruf bzw. Ladevorgang liegen, wird der Kläger idR. keine Arbeit im Vordergrund verrichtet und auch bei einem länger andauerndem Aufruf zumindest während einer entsprechenden Mindestdauer tatsächlich die Seite im Vordergrund betrachtet haben. Es wäre unplausibel anzunehmen, 56

dass er Seiten nur geöffnet und nach einer Weile wieder geschlossen hat, ohne diese zwischenzeitlich zumindest zeitweise auch zu betrachten. Rechnet man über drei Minuten währende Aufrufzeiten heraus, so ist noch von maximal 90 Minuten (aktiver oder Netto-) Nutzung durch den Kläger im Monat Dezember 2006 auszugehen. Zwar mag der Kläger die Seite www.gayromeo.com teilweise möglicherweise während seiner Pausenzeiten aufgerufen haben. Doch überwiegend weisen die Zugriffsprotokolle Zugriffszeitpunkte aus, zu denen nicht von einer Arbeitspause ausgegangen werden kann. Auch hätte es angesichts des Vortrags der Beklagten einer substantiierten Darlegung bedurft, welche der mitgeteilten Zugriffszeiten in Pausenzeiten des Klägers gefallen sind. Es ist mithin von einer Vernachlässigung der arbeitsvertraglichen Pflichten während der sich aus den Protokollen ergebenden Zugriffszeiten auf die Seite www.gayromeo.com auszugehen.

c) Jedoch rechtfertigen die dem Kläger im Rahmen der außerordentlichen Kündigung vom 9.2.2007 vorgeworfenen Pflichtverletzungen bei der gebotenen Abwägung der beiderseitigen Interessen die außerordentliche einseitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach Auffassung der Kammer nicht. 57

aa) Bei der Interessenabwägung sind die bisherige Dauer des Beschäftigungsverhältnisses, das Alter des Arbeitnehmers und die Schwere der Pflichtverletzung zu berücksichtigen. Nach Auffassung der Kammer ist bei der Gewichtung des Pflichtverstoßes insbesondere die Dauer der privaten Internet-Nutzung während der Arbeitszeit von Bedeutung. Zu berücksichtigen ist auch das eventuelle Ausmaß der Vernachlässigung der Arbeitsaufgaben während der Zeit der Internet-Nutzung. Auch die Entstehung von Kosten und Schäden beim Arbeitgeber kann im Rahmen der Interessenabwägung eine Rolle spielen. Schließlich ist zu berücksichtigen, mit welchen Inhalten der Arbeitnehmer sich während der Internet-Nutzung beschäftigt hat und ob und inwieweit hierdurch der Arbeitgeber in der Öffentlichkeit in ein problematisches Licht geraten könnte (vgl. BAG v. 7.7.2005 - 2 AZR 581/04, AuR 2006, 206; LAG Hamm v. 18.1.2007 - 15 Sa 558/06). 58

bb) Aus den Sozialdaten des Klägers folgt keine gesteigerte Schutzbedürftigkeit. Er war zum Zeitpunkt der Kündigung 44 Jahre alt und seit gut achteinhalb Jahren bei der Beklagten beschäftigt. Damit stellen sich nach Auffassung der Kammer sein bei der Beklagten erworbener sozialer Besitzstand nicht als besonders hoch und seine Arbeitsmarktchancen noch nicht als besonders prekär dar. Seine Stellung als Betriebsratsmitglied begründet erst die ordentliche Unkündbarkeit des Arbeitsverhältnisses und ist daher bei der Interessenabwägung im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB nicht erneut zugunsten des Klägers zu berücksichtigen (vgl. BAG v. 27.4.2006 - 2 AZR 386/05, NJW 2006, 2939). Andererseits darf seine herausgehobene Stellung im Betrieb nicht zu Lasten des Klägers berücksichtigt werden (Vorbildfunktion), da hierin eine nach § 78 S. 2 BetrVG unzulässige Benachteiligung liegen würde. 59

cc) Dennoch überwiegen die Bestandsinteressen des Klägers das Auflösungsinteresse der Beklagten. Denn die dargelegten Kündigungsgründe machen dieser das Festhalten am Arbeitsverhältnis nach Auffassung der Kammer nicht unzumutbar. Bei der im Rahmen der Überprüfung einer außerordentlichen Kündigung vorzunehmenden Interessenabwägung ist insbesondere auch das Gebot der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Aus diesem folgt, dass der Arbeitgeber zur Kündigung nur als ultima ratio greifen darf (vgl. BAG v. 9.7.1998 - 2 AZR 201/98, EzA § 626 BGB Krankheit Nr. 1). Es dürfen also nicht andere mildere Mittel zur Verfügung stehen, bei deren Ergreifen dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar wäre. Als ein solches ist bei Verhaltenspflichtverletzungen in erster Linie eine Abmahnung angezeigt. Erst bei einem nach einer einschlägigen Abmahnung 60

gezeigten wiederholten Pflichtverstoß muss der Arbeitgeber befürchten, dass der Arbeitnehmer sich auch zukünftig möglicherweise über die durch den Arbeitgeber erkennbar als besonders bedeutsam hervorgehobenen Verhaltenspflichten hinwegsetzen wird. Erst dies macht im regelmäßig das weitere Festhalten am Arbeitsverhältnis unzumutbar. Eine vorherige Abmahnung ist lediglich dann entbehrlich, wenn auf Seiten des Arbeitnehmers aufgrund des Gewichts des Pflichtverstoßes kein Zweifel darüber bestehen konnte, dass der Arbeitgeber einen solchen Verstoß nicht sanktionslos hinnehmen würde (BAG v. 10.2.1999 - 2 ABR 31/98, NZA 1999, 708; v. 31.5.2007 - 2 AZR 200/06, NZA 2007, 922; v. 7.7.2005 - 2 AZR 581/04, NZA 2006, 98).

(1) Sowohl was den Verstoß des Klägers gegen das betriebliche Verbot der privaten Internetnutzung angeht als auch in Bezug auf den anzunehmenden Verstoß gegen die Arbeitspflicht während der Zeiten der unerlaubten Privatnutzung geht die Kammer davon aus, dass es einer vorherigen Abmahnung des Klägers vor Ausspruch einer außerordentlichen Beendigungskündigung bedurft hätte. 61

Weder der zeitliche Umfang der privaten Internetnutzung durch den Kläger, noch der Umstand, dass er sich hierbei über ein betriebliches Verbot hinwegsetzte, ließen mit ausreichender Sicherheit erwarten, dass der Kläger eine Abmahnung ignorieren und seine Pflichten dessen ungeachtet weiterhin verletzen würde. 62

Hinsichtlich des Verstoßes gegen das Verbot der privaten Internetnutzung am Arbeitsplatz hätte es einer Klarstellung der Bedeutung des Pflichtverstoßes und nachdrücklichen Warnung des Klägers im Wege einer Abmahnung schon deshalb bedurft, weil die Beklagte erkennbar Verstöße gegen das Verbot alleine bislang nicht zum Anlass von Kündigungen genommen hatte. Nur so lässt sich jedenfalls das Informationsschreiben des Betriebsrates vom 17.7.2006 interpretieren, aus dem sich die Kenntnis des Vorstandes der Beklagten von einer wachsenden unzulässigen Privatnutzung des Internets ergibt, ohne dass dies aber zu konkreten arbeitsrechtlichen Sanktionen gegenüber den betroffenen Mitarbeitern geführt hätte. Dieses Schreiben enthält zwar für den Fall des Aufrufs sexistischer oder gewaltverherrlichender Seiten bereits die Ankündigung arbeitsrechtlicher Konsequenzen einschließlich der Kündigung, nicht jedoch bereits für den bloßen Verstoß gegen das Verbot der privaten Internetnutzung, so dass es diesbezüglich jedenfalls einer vorherigen Abmahnung des Klägers bedurft hätte. 63

Auch hinsichtlich der Vernachlässigung der Arbeitspflichten während der Zeit der privaten Internetnutzung wäre eine Abmahnung erforderlich gewesen. Zu Recht nimmt das Bundesarbeitsgericht bei unzulässiger Privatnutzung des Internets die Entbehrlichkeit einer Abmahnung erst dann an, wenn die unzulässige Privatnutzung in erheblichem zeitlichen Umfang (ausschweifend - BAG v. 7.7.2005 - 2 AZR 581/04, NZA 2006, 98) bzw. in exzessiver Weise erfolgt (BAG v. 31.5.2007 - 2 AZR 200/06, NZA 2007, 922). Dahinter steht die Überlegung, dass es jedem Arbeitnehmer klar sein muss, während der Zeiten privater Internetnutzung am Arbeitsplatz seine Arbeitspflichten zu vernachlässigen. Denn grundsätzlich ist er während der gesamten als Arbeitszeiten ausgewiesenen Anwesenheitszeiten im Betrieb mit Ausnahme der Pausen zur Arbeit verpflichtet. Jedenfalls wenn die Vernachlässigung der vertraglichen Pflichten über einen gewissen zeitlichen Rahmen hinausgeht, kann kein Arbeitnehmer vernünftigerweise darauf vertrauen, dass der Arbeitgeber dieses Verhalten billigen werde und der Bestand des Arbeitsverhältnisses ungefährdet bliebe. Ein solches Verhalten beeinträchtigt unmittelbar das vertragliche Äquivalenzverhältnis und stellt einen für den Arbeitgeber schwer aufzudeckenden Arbeitszeitbetrug dar. Dem Arbeitgeber wird damit die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses 64

in der Regel unzumutbar werden, wenn nicht die private Internetnutzung die Erheblichkeitsschwelle unterschreitet. Denn bei einer privaten Internetnutzung in geringem zeitlichen Umfang ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erst nach wiederholter Pflichtverletzung und nach Abmahnung unzumutbar. Der nicht exzessiv surfende Arbeitnehmer rechnet möglicherweise nicht mit einer Gefährdung seines Arbeitsplatzes (zum Teil wird eine private Internetnutzung in geringem zeitlichen Umfang als möglicherweise sozialadäquat angesehen - vgl. etwa LAG Rheinland-Pfalz v. 12.7.2004 - 7 Sa 1243/03, NZA-RR 2005, 303; LAG Köln v. 11.2.2005 - 4 Sa 1018/04, NZA 2006, 106) und würde die Pflichtverstöße nach einer Abmahnung jedenfalls einstellen.

Die Voraussetzung einer zeitlich erheblichen bzw. exzessiven privaten Internetnutzung ist nach Auffassung der Kammer durch den maximal während viereinviertel Stunden andauernden Aufruf der Seite www.gayromeo.com im Monat Dezember 2006 nicht gegeben. Anders als bei den im Rahmen der zweiten Kündigung erhobenen Vorwürfen stellt dies keine zeitlich so erhebliche private Internetnutzung dar, dass der Kläger in der bei der Beklagten gegebenen Situation in keinem Fall mehr davon ausgehen konnte, hierdurch den Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht zu gefährden. Auf einen Tagesdurchschnitt herunter gebrochen ist ihm eine arbeitstägliche unzulässige Internetnutzung von maximal einer knappen Viertelstunde und einer mit Sicherheit anzunehmenden aktiven Nutzung von maximal knapp fünf Minuten vorzuwerfen. Dies stellt weder eine exzessive noch eine erkennbar zeitlich erhebliche Internetnutzung dar (anders als beispielsweise in dem der Entscheidung des BAG v. 7.7.2005 - 2 AZR 581/04, NZA 2006, 98 zugrunde liegenden Sachverhalt, in dem deutlich über einer Stunde pro Tag liegende Nutzungszeiten vorlagen). 65

(2) Auch hinsichtlich des dem Kläger vorgeworfenen unzulässigen Aufrufens sexistischer und gewaltverherrlichender Seiten hätte es - unabhängig davon, ob einzelne Seiten des Portals tatsächlich als sexistisch oder gewaltverherrlichende Inhalte aufweisen und der Kläger diese aufgesucht hat - einer vorherigen Abmahnung bedurft. Eine solche ist nicht etwa deshalb ausnahmsweise entbehrlich, weil der Kläger beim Aufruf der Seite www.gayromeo.com in keinem Fall von einer sanktionslosen Billigung durch die Beklagte ausgehen durfte. Es ist nicht vorgetragen, dass die Seite pornographische oder strafbare Inhalte enthält, in welchem Falle eine Abmahnung sicherlich entbehrlich wäre. Der - für die Kammer nicht offenbare - Umstand allein, dass möglicherweise sexistische oder gewaltverherrlichende Inhalte auf einzelnen Seiten des Portals zu sehen sind, würde nach Auffassung der Kammer ebenfalls eine Abmahnung nicht entbehrlich machen. Zunächst ist unklar und nicht mehr zu rekonstruieren, welche Seiten des Portals der Kläger konkret aufgerufen hat. Zudem treten weder Gewaltverherrlichung noch Sexismus auf den aktenkundig gemachten Seiten so eindeutig zu Tage, dass dies jeder Betrachter entsprechend subsumieren würde und sich eine Duldung durch den Arbeitgeber aufgrund des Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot der Detailbetriebsvereinbarung jedenfalls als ausgeschlossen darstellen würde. Dies zeigt schon die unklare Vorstellung der Beklagten zu der Begrifflichkeit sexistisch , die sie als sexuell verstanden wissen will. Wegen der Unklarheit, ob die Seite www.gayromeo.com sexistische oder gewaltverherrlichende Inhalte enthält, konnte keinesfalls auf eine Klarstellung der Sichtweise der Beklagten in Form einer Abmahnung verzichtet werden. Das Schreiben des Betriebsrates vom 17.7.2006 enthält keine ausreichende Klarstellung, dass die Beklagte gerade das Aufrufen der Seite www.gayromeo.com als missbräuchliche Internetnutzung im Sinne des § 7 der Detailbetriebsvereinbarung bzw. aus sonstigen Gründen als unzulässig und kündigungsrelevant ansieht. Angesichts der schon im Verfahren deutlich gewordenen Schwierigkeiten bei der Auslegung beider Begriffe sieht es die Kammer als ungerechtfertigt an, dem Kläger insoweit das Risiko der zutreffenden Auslegung aufzuerlegen. 66

(3) Ebenso wenig kann nach Auffassung der Kammer hinsichtlich der Gefahr einer möglichen Rufschädigung der Beklagten bei Bekanntwerden der Nutzung der Seite www.gayromeo.com durch einen ihrer Mitarbeiter von einem ausreichend gewichtigen Verstoß ausgegangen werden, der ohne vorherige Abmahnung eine außerordentliche Kündigung stützen könnte. Die Möglichkeit der Rückverfolgung der Seitenaufrufe durch den Portalbetreiber erscheint eher theoretisch (vgl. LAG Hamm v. 3.5.2007 - 15 Sa 1880/06). Es sind keine Umstände vorgetragen, welche eine Gefahr nahe legen würden, die Betreiber des Portals www.gayromeo.com würden die Identität ihrer Nutzer aufzuklären suchen. Auch die allgemeine Lebenserfahrung führt nicht zur Annahme einer solchen Gefahr. Die Beklagte selbst hat auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung ihre diesbezüglichen Befürchtungen auch eher auf eine interne Verbreitung des Wissens um den Internetmissbrauch gestützt. Eine solche Verbreitung dürfte indes kaum zu der befürchteten Rufschädigung führen, da die Mitarbeiter der Beklagten ihr Bild vom Unternehmen und von der Beklagten als Arbeitgeberin wohl kaum auf das (Fehl-) Verhalten eines Kollegen stützen dürften. Wenn sie ihr Wissen um den Internetmissbrauch ihrerseits an externe Dritten weitergeben würden, stellte dies einen eigenen Treueverstoß dar. Auch diese Gefahr erscheint indes eher theoretischer Natur und verleiht dem vom Kläger begangenem Pflichtverstoß jedenfalls nicht ein solches Gewicht, dass dieser alleine deshalb schon mit einer Kündigung durch die Beklagte rechnen musste. Der Kammer erscheint auch dieser Pflichtverstoß als (lediglich) abmahnwürdig. 67

(4) Gleiches gilt hinsichtlich der Gefahr von Störungen des Betriebssystems oder der Frage möglicher Zusatzkosten durch die unzulässige Internetnutzung. Die Beklagte hat keine konkreten Schäden bzw. Zusatzkosten vorgetragen. Da mit Internetzugang versehene betriebliche EDV-Systeme heute üblicherweise gegen Störungen durch Computerviren und Ähnlichem geschützt sind, musste der Kläger auch hier nicht allein aufgrund der Herbeiführung dieses - auch bei einer dienstlichen Nutzung, wenn auch möglicherweise nicht in gleichem Maße gegebenen - Risikos mit einer sofortigen Kündigung ohne vorherige Abmahnung rechnen. 68

(5) Die mit dem Aufrufen der Seite www.gayromeo.com verbundenen einzelnen Pflichtverstöße stellen jeweils keine solch schweren Verfehlungen dar, dass sie bei Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ohne Abmahnung zu einer außerordentlichen Kündigung führen könnten. Auch kumulativ betrachtet erreichen sie nach Auffassung der Kammer kein ausreichendes Gewicht für eine außerordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Angesichts der jeweils als milderem Mittel vorzuziehenden Möglichkeit der Abmahnung konnte nicht von der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ausgegangen werden. 69

d) Auf die zur Begründung der zweiten außerordentlichen Kündigung herangezogenen weiteren Erkenntnisse über die private Internetnutzung durch den Kläger lässt sich die Kündigung vom 9.2.2007 nicht stützen. Zwar war objektiv zu diesem Zeitpunkt auch schon der gesamte für die Kündigung vom 22.2.2007 herangezogene Sachverhalt gegeben. Doch hindert schon die auf die Nutzung der Internetseite www.gayromeo.com in Dezember 2006 beschränkte Betriebsratsanhörung, diese Umstände zur Begründung der Kündigung vom 9.2.2007 heranzuziehen. Denn der Arbeitgeber kann sich zur Begründung der von ihm ausgesprochenen Kündigung lediglich auf solche Umstände berufen, bezüglich derer er den Betriebsrat informiert hat. Teilt er ihm bekannte Gründe nicht mit, verletzt er dadurch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates mit der Folge, dass diese im Kündigungsschutzprozess nicht verwertbar sind (BAG v. 3.4.1986 - 2 AZR 324/85, NZA 1986, 677; v. 2.8.1989 - 2 AZR 280/88, NZA 1989, 755). 70

71

e) Auch als Verdachtskündigung ist die außerordentliche Kündigung vom 9.2.2006 nicht wirksam. Der Verdacht zielt auf den identischen Sachverhalt ab, der wie unter c) erörtert die außerordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zu rechtfertigen vermag. Der entsprechende Verdacht kann daher erst recht nicht zur außerordentlichen Kündigung führen. Einen auf die seinerzeitigen Erkenntnisse gestützten weitergehenden Verdacht hat die Beklagte weder dem Betriebsrat noch im Kündigungsschutzprozess vorgetragen.

3) Eine Umdeutung der ausgesprochenen außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung kommt nicht in Betracht. Durch eine solche konnte das Arbeitsverhältnis der Parteien von Seiten der Beklagten nicht aufgelöst werden, da der Kläger als Betriebs- und Aufsichtsratsmitglied den besonderen Kündigungsschutz des § 15 KSchG (iVm. der Betriebsvereinbarung zur Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder) genoss. 72

II. 73

Der Klageantrag zu 2) war abzuweisen. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 22.2.2007 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 23.2.2007 beendet. 74

1) Der den Kläger treffende Verdacht der unzulässigen privaten Internetnutzung während der Arbeitszeit in erheblichem Umfang berechtigte die Beklagte zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund. 75

a) Auch der schwerwiegende Verdacht einer schuldhaften Pflichtverletzung kann einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses darstellen. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses kann für den Arbeitgeber auch dann unzumutbar sein, wenn objektive Indiztatsachen die große Wahrscheinlichkeit begründen, dass der Arbeitnehmer eine Pflichtverletzung begangen hat. Vor Ausspruch der Kündigung muss der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen und insbesondere den Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben (St. Rspr., vgl. nur BAG v. 14.9.1994 - 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269; v. 18.11.1999 - 2 AZR 743/98, AP Nr. 32 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung). 76

b) Aus den bei Ausspruch der Kündigung vorliegenden Erkenntnissen ergab sich für die Beklagte der schwerwiegende Verdacht einer exzessiven privaten Internetnutzung des Klägers während der Arbeitszeit im Zeitraum Januar bis November 2006. Diesen durfte sie berechtigter Weise zum Anlass einer außerordentlichen Kündigung nehmen. 77

Der Verdacht beruht auf den für diesen Zeitraum erstellten Zugriffsprotokollen. Diese weisen beispielsweise für den Monat August 2006 regelmäßig weit mehr als eine Stunde täglich an offensichtlich privater Internetnutzung auf (vgl. Anlage zum SS. d. Bkl. v. 21.6.2007, Bl. 267 d.A.). Aus der Gesamtdauer der Zugriffe und den Zugriffszeiten ergibt sich, dass diese ganz überwiegend während der Arbeitszeit des Klägers erfolgt sein dürften. Es fehlt an substantiiertem Vortrag des Klägers dazu, welche der Zugriffe nicht während seiner Arbeitszeit erfolgten. Dessen hätte es angesichts des Vortrags der Beklagten mit den genauen Zugriffszeiten für ein beachtliches Bestreiten bedurft. 78

Die Protokolle für die übrigen Monate ähneln der Anzahl der dokumentierten hits nach dem für den Monat August 2006 sehr stark, so dass auch ohne Detailauswertung für den gesamten Zeitraum der Verdacht einer zeitlich ganz erheblichen privaten Internetnutzung bestand. Die Protokolle dokumentieren Zugriffe auf Seiten aus den Themenbereichen Bodybuilding, Ernährung und Beauty sowie Bulldoggen/Hunde. Auch wenn der Kläger mit Blick auf seine Betriebs- und Aufsichtsratstätigkeit von einem Graubereich zwischen 79

dienstlicher und privater Nutzung spricht, kann nicht ernsthaft davon ausgegangen werden, dass die entsprechenden Seiten zu dienstlichen Zwecken aufgerufen worden sind. Der Kläger selbst gesteht eine zumindest gelegentliche private Nutzung des Internets ein. Sein - auch im Kammertermin vom 24.9.2007 vorgebrachter - Einwand, die Seiten teilweise nur im Hintergrund geöffnet gehabt zu haben, ist angesichts der sekundengenau dargelegten Zugriffe ebenfalls nicht ausreichend substantiiert (vgl. LAG Hamm v. 3.5.2007 - 15 Sa 1880/06). Ohnehin vermag er den Verdacht der privaten Internetnutzung in exzessivem Umfang nicht entscheidend zu relativieren. Die dokumentierten Zugriffszeiten sind, selbst wenn man bei längerer Zugriffsdauer einen Teil der Zugriffszeit als nur im Hintergrund geschehen unterstellte, noch durchaus erheblich. Auch ohne die genaue Dauer der aktiven Betrachtung der aufgerufenen Seiten und damit den Umfang der Vernachlässigung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten bestimmen zu können, begründen die Protokolle doch zumindest den schwerwiegenden Verdacht einer erheblichen Vernachlässigung arbeitsvertraglicher Pflichten durch die private Internetnutzung.

Die dokumentierten Zugriffszeiten sind der Überprüfung zugrunde zu legen, obwohl der Kläger die Zuordnung der IP-Adresse und Zugriffe bestritten hat. Sein Bestreiten ist aus den bereits angeführten Gründen [vgl. oben I. 2b)aa) (2)] unbeachtlich. 80

Ebenso wenig wird der im Raume stehende Pflichtverstoß des Klägers durch sein Vorbringen relativiert, er habe gegenüber seinem direkten Vorgesetzten Herrn T. angezeigt, mit den ihm übertragenen Aufgaben nicht ausgelastet zu sein. Ein solches, entlastendes Vorbringen ist im Kündigungsrechtsstreit auch dann noch zu berücksichtigen, wenn es dem Arbeitgeber bei Ausspruch der Verdachtskündigung unbekannt war (BAG v. 18.11.1999 - 2 AZR 743/98, NZA 2000, 418). Zum Teil wird angenommen, dass eine Kündigung wegen privater Internetnutzung während der Arbeitszeit dann nicht gerechtfertigt sei, wenn der Arbeitnehmer darlegen und beweisen könne, dass er in dem konkreten Zeitraum mangels Arbeitanfall ohnehin hätte untätig sein müssen und letztlich eine Annahmeverzugssituation bestand (BAG v. 7.7.2005 - 2 AZR 581/04, NZA 2006, 98; Mengel, NZA 2005, 752 [753]). Die Kammer hält eine solche Rechtfertigung allenfalls dann für denkbar, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber Anzeige von der fehlenden Auslastung gemacht hat und der Arbeitgeber von der privaten Internetnutzung während der Arbeitszeit wusste oder zumindest damit rechnen konnte. Im Falle des Klägers hätte es einer solchen Anzeige umso mehr bedurft, als die Beklagte angesichts seiner besonderen Situation als Betriebs- und Aufsichtsratsmitglied in Ermangelung einer solchen nicht ohne weiteres auf eine fehlende Auslastung des Klägers schließen konnte. Denn der genaue Umfang seiner Inanspruchnahme als Betriebs- und Aufsichtsrat dürfte ihr verborgen gewesen sein. Vorliegend ist der Vortrag der Nichtauslastung durch den Kläger hinsichtlich der betroffenen Zeiträume bereits zu unsubstantiiert, um beurteilen zu können, während welcher Zeiten der privaten Internetnutzung er keine Arbeitsaufgaben zu erfüllen hatte (vgl. LAG Hamm v. 3.5.2007 - 15 Sa 1880/06). Angesichts teilweise mehrerer Stunden privater Internetnutzung pro Tag erscheint eine auf fehlende Auslastung gestützte Rechtfertigung schwerlich möglich. Jedenfalls fehlt es an einer entsprechenden Anzeige an die Beklagte, ohne die der Kläger jedenfalls nicht mit einer konkludenten Billigung seines Internetverhaltens durch die Beklagte rechnen durfte. Herr T. war nur für kurze Zeit Vorgesetzter des Klägers. Der Kläger hat nicht vorgetragen, in dem erheblichen Zeitraum Januar bis November 2006 und jeweils für die Tage privater Internetnutzung dem zuständigen Vorgesetzten Meldung über seine mangelnde Auslastung gemacht zu haben. 81

Die Beklagte hat ihrer Pflicht, alles Zumutbare zur Ermittlung des Sachverhalts zu unternehmen, genüge getan. Insbesondere hat sie dem Kläger mit Schreiben vom 16.2.2007 82

Gelegenheit gegeben, zu den neuen Vorwürfen Stellung zu beziehen. Ein gemeinsames Gespräch ließ der Kläger durch seinen Prozessbevollmächtigten ablehnen.

Der Verwertung der Ergebnisse der von der Beklagten veranlassten Einzelauswertungen stehen keine Beweisverwertungsverbote entgegen. Insoweit wird auf die Ausführungen unter I. 2b) aa) (3) verwiesen. 83

c) Desweiteren hat der Kläger durch sein im Zeitraum zwischen Januar und November 2006 gezeigtes Verhalten gegen das im Betrieb bestehende Verbot der privaten Internetnutzung verstoßen und die Beklagte der Gefahr von Störungen des betrieblichen EDV-Systems und von Rufschädigungen ausgesetzt. Insoweit wird auf das oben unter I. 2) b) aa), bb) und cc) Gesagte verwiesen. 84

d) Die Abwägung der beiderseitigen Interessen ergibt, dass aufgrund des den Kläger im Rahmen der zweiten Kündigung treffenden Verdachts schwerwiegender Pflichtverstöße und des damit einhergehenden Vertrauensverlustes auf Seiten der Beklagten dieser die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar und sie zur außerordentlichen Kündigung berechtigt war. Zwar war die Beklagte über den genauen zeitlichen Umfang der unerlaubten privaten Internetnutzung durch den Kläger im Unklaren. Doch konnte sie angesichts der für den Zeitraum Januar bis November 2006 vorgenommenen Einzelauswertung nur davon ausgehen, dass der Kläger während ganz erheblicher Teile der täglichen Arbeitszeit keine Arbeitsleistung erbracht, sondern privat den am Arbeitsplatz zur Verfügung gestellten Internetzugang genutzt hatte. Dieser neben den feststehenden Vertragsverletzungen bestehende Verdacht war geeignet, ihr Vertrauen in den Kläger unwiederbringlich zu zerstören. 85

Damit überwog das Auflösungsinteresse auf Seiten der Beklagten die Bestandsinteressen des Klägers. Neben dem nach achteinhalbjähriger - störungsfreier - Betriebszugehörigkeit erreichten sozialen Besitzstand war zugunsten des Klägers zu berücksichtigen, dass der Beklagten neben der entgangenen Gegenleistung während der privat genutzten Arbeitszeiten keine konkreten Schäden entstanden sind. Die Gefahr einer Rufschädigung war nach Auffassung der Kammer nicht besonders gewichtig. Jedoch wiegen der Verstoß gegen das betriebliche Verbot der privaten Internetnutzung sowie der dringende Verdacht, dass dies in ganz erheblichem Umfang während der Arbeitszeit erfolgte, so schwer, dass aus Sicht der Kammer der Beklagten eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar war. Bei einer privaten Internetnutzung während der Arbeitszeit verletzt der Arbeitnehmer grundsätzlich seine (Hauptleistungs-) Pflicht zur Arbeit. Die Pflichtverletzung wiegt dabei umso schwerer, je mehr der Arbeitnehmer bei der privaten Nutzung des Internets seine Arbeitspflicht in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht vernachlässigt (BAG v. 27.4.2006 - 2 AZR 386/05, NZA 2006, 977). 86

Auch der ultima ratio-Grundsatz steht der außerordentlichen Kündigung nicht entgegen. Angesichts der Dauer der anzunehmenden privaten Nutzungszeiten von durchschnittlich über einer Stunde täglich konnte der Kläger nicht damit rechnen, dass die Beklagte seine Pflichtverletzungen hinnehmen und lediglich eine Abmahnung aussprechen würde. Nach den oben bereits dargestellten Grundsätzen [vgl. I 2) c) cc) (1)] war damit eine Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung entbehrlich. Der Kläger hat sich sehenden Auges über die erkennbaren Interessen der Beklagten hinweggesetzt und schwerwiegend gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Sein nachträgliches Bemühen um Wiedergutmachung und die gezeigte Reue konnten das bereits zerstörte Vertrauen auf Seiten der Beklagten nicht wieder herstellen, zumal er die anzunehmenden Pflichtverstöße nicht vollständig, sondern nur in Hinblick auf die Nutzung der Seite www.gayromeo.com 87

eingestanden hat. Die einseitige außerordentliche Lösung vom Kläger durch die Beklagte war vor dem Hintergrund des gegen diesen sprechenden schwerwiegenden Verdachts nicht unverhältnismäßig.

d) Die Kündigung ist nicht aufgrund einer unzulässigen Diskriminierung wegen der sexuellen Identität des Klägers unwirksam. Es ist umstritten, wie der europarechtlich gebotene Schutz von Arbeitnehmern vor einer Diskriminierung wegen eines der in den einschlägigen Richtlinien (RL 2000/43/EG, 2000/78/EG und 76/207/EWG in der Fassung der Richtlinie 2002/73/EG) genannten Merkmale bei Kündigungen zu gewährleisten ist. Insbesondere ist strittig, ob die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG als europarechtswidrig unbeachtlich und damit das AGG anwendbar ist oder die Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes sowie der §§ 138, 242, 626 BGB einen den europarechtlichen Erfordernissen genügenden und abschließenden Schutz vor Diskriminierungen bieten (vgl. zum Streitstand nur: LAG BW 18.6.2007 - 4 Sa 14/07; ArbG Osnabrück v. 5.2.2007 - 3 Ca 724/06, NZA 2007, 626; Hamacher/Ulrich NZA 2007, 657; Wisskirchen, DB 2006, 1491; Diller/Krieger/Arnold, NZA 2006, 887; Bayreuther, DB 2006, 1842; Willemsen/Schweibert, NJW, 2006, 2583; Sagan, NZA 2006, 1257). 88

Eine Streitentscheidung kann dahinstehen, da hinsichtlich der Kündigung vom 22.2.2007 keine Hinweise auf eine nach dem AGG unzulässige Diskriminierung des Klägers wegen seiner sexuellen Identität vorliegen. Die Beklagte stützt die Kündigung ausweislich des Anhörungsschreibens vom 21.2.2007 auf eine private Internetnutzung am Arbeitsplatz in daten- und zeitmäßig erheblichem Umfang sowie auf das Aufrufen von Seiten mit sexistischem Inhalt. Beide Vorwürfe sind nicht geeignet, den Kläger aufgrund seiner sexuellen Identität zu benachteiligen. Eine private Internetnutzung am Arbeitplatz von erheblicher Dauer stellt in der Regel eine schwerwiegende Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten sowie ein strafrechtlich beachtliches Verhalten dar. Der Aufruf sexistischer Internetseiten ist bei der Beklagten qua Betriebsvereinbarung verboten und stellt mithin ebenfalls eine Vertragspflichtverletzung dar. Beide Vorwürfe stehen in keinem Zusammenhang mit der sexuellen Identität des Betroffenen. Dabei kann dahinstehen, ob die Beklagte den Begriff sexistisch zutreffend interpretiert hat oder hierunter lediglich sexuelle Inhalte verstand. In beiden Fällen folgt daraus keine Benachteiligung aufgrund der sexuellen Identität. Denn ihr Vorgehen in Bezug auf die Nutzer der Seiten www.poppen.de und www.swingerclub.de zeigt, dass sie generell gegen die Nutzung solcher Seiten vorgehen wollte, die sich aus ihrer Sicht wegen der Freizügigkeit der gezeigten Inhalte als anstößig - bzw. nach ihrem Verständnis sexistisch - darstellten. Die Seiten www.poppen.de und www.swingerclub.de sind nicht auf homosexuelle Besucher ausgerichtet. Es liegt mithin kein Hinweis darauf vor, dass sich die Maßnahme gerade gegen Homosexuelle richtete. Die vom Kläger genutzte Internetseite www.gayromeo.com ist mit den genannten Seiten in der hier allein interessierenden Hinsicht auch vergleichbar. Zwar ist dem Kläger zuzugestehen, dass das von ihm besuchte Portal möglicherweise zu erheblichen Teilen nicht anstößige Inhalte präsentiert. Doch enthält es jedenfalls in nicht unerheblichem Umfang auch Inhalte, die als ebenso anstößig empfunden werden können wie die der Seiten www.poppen.de und www.swingerclub.de. Der Arbeitgeber kann ein berechtigtes Interesse daran haben, nicht mit solchen Seiten in Verbindung gebracht zu werden. Ob sich - wie der Kläger meint - in der initialen Entscheidung der Beklagten, die Seite www.gayromeo.com besonders zu überprüfen, eine von Vorurteilen gegenüber homosexuellen Männern behaftete Einstellung offenbarte, kann dahinstehen. Diese Entscheidung ist nicht Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage des Klägers. Eine hierin liegende unzulässige Benachteiligung könnte sich auch nicht auf die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung auswirken, da sie nicht einmal den Motivbereich dieser Kündigung berührt, sondern allenfalls eine noch 89

vorgelagerte Vorstellung der maßgeblichen Entscheidungsträger, deren Verfolgung zur Offenbarung eines kündigungserheblichen Sachverhaltes geführt hat. Unabhängig davon, dass eine Diskriminierung schon deswegen nicht vorliegen dürfte, weil sich die Vorstellungen der Beklagten über die Anstößigkeit der dort gezeigten Inhalte gerade bewahrheitet haben, handelt es sich hierbei nicht um einen im Kündigungsrechtstreit beachtlichen Umstand. Liegt ein die außerordentliche Kündigung rechtfertigender Pflichtverstoß vor, so kann es für deren Wirksamkeit nicht darauf ankommen, was auf Seiten des Arbeitgebers den Anstoß für Vorfeldermittlungen gegeben hat.

2) Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB ist gewahrt. 90

a) Nach § 626 Abs. 2 BGB kann eine außerordentliche Kündigung nur binnen zwei Wochen erfolgen. Der Lauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte Kenntnis von den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen Kenntnis erlangt. Für den Fristbeginn kommt es auf die sichere und möglichst vollständige positive Kenntnis des Kündigungssachverhalts an. Zur Aufklärung des Sachverhalts kann der Kündigungsberechtigte die ihm nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinenden Maßnahmen durchführen, insbesondere dem Kündigungsgegner Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Durch derartige Maßnahmen kann die Ausschlussfrist aber nicht länger als unbedingt nötig hinausgeschoben werden. Ihr Beginn ist nur solange gehemmt, wie der Kündigungsberechtigte aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile noch Ermittlungen anstellt, die ihm eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts verschaffen sollen (BAG v. 31.3.1993 - 2 AZR 492/92, AP Nr. 32 zu § 626 BGB Ausschlussfrist mwN). 91

b) Am 12.2.2007 erhielt der Vorstand durch die Auswertung der Internetzugriffe des Klägers zwischen Januar und November 2006 Kenntnis davon, dass und in welchem Ausmaß der Kläger in diesem Zeitraum seinen dienstlichen Internetzugang privat genutzt hatte. Dies ist der früheste Zeitpunkt, ab dem die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu laufen beginnen konnte. Denn zuvor bestand aufgrund der bereits bekannten Zugriffe des Klägers auf die Seite www.gayromeo.com in Dezember 2006 lediglich ein Verdacht weiterer unerlaubter Internetnutzung. Dieser Verdacht bedurfte der weiteren Aufklärung unter Beachtung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates. Die Beklagte ist hierbei mit der gebotenen Eile vorgegangen, so dass der Lauf der Kündigungsfrist so lange gehemmt war. Zunächst hatte die Beklagte aufgrund der Offenbarung des Klägers vom 24.1.2007 lediglich Kenntnis davon, dass der Kläger von seinem Arbeitsplatz aus die Seite www.gayromeo.com aufgerufen hatte, ohne aber vom Kläger über die Art der Inhalte und vor allem das Ausmaß der privaten Nutzung aufgeklärt zu werden. Vor einer Entscheidung über die Frage der Beendigung des Arbeitsverhältnisses konnte und musste die Beklagte daher den Sachverhalt näher aufklären und erhielt aufgrund der vorgenommenen Einzelauswertung spätestens am 5.2.2007 Kenntnis von der Anzahl der hits auf den Seiten des Portals in Dezember 2006. Diese Erkenntnisse hat die Beklagte zum Anlass einer weiteren Überprüfung des Internetverhaltens des Klägers genommen und dabei - auch unter Berücksichtigung der notwendigen Beteiligung des Betriebsrates - die Aufklärung nicht unangemessen verzögert. Noch am 7.2.2007 erhielt die Beklagte die Zustimmung des Betriebsrates zu der weiteren Einzelauswertung des Internetverhaltens des Klägers in 2006. Deren Ergebnisse wurden dem Vorstand erst am 12.2.2007 bekannt, also noch innerhalb von zwei Wochen vor Zugang der Kündigung spätestens am 26.2.2007. Die Frage, ob der Beginn der Zweiwochenfrist für die von der Beklagten ausgesprochene Tatkündigung erst mit Ablauf der dem Kläger gesetzten Stellungnahmefrist zu laufen begann, kann daher dahinstehen. 92

93

3) Die nach §§ 103 Abs. 1 BetrVG, 15 Abs. 1 S. 1 KSchG und § 3 d) der Betriebsvereinbarung Persönliche Rechtsstellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat erforderliche Zustimmung des Betriebsrates zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger ist rechtzeitig erfolgt.

a) Da die Zustimmung des Betriebsrats als Wirksamkeitsvoraussetzung vor dem Ausspruch der außerordentlichen Kündigung vorliegen muss, ist der Arbeitgeber verpflichtet, wie bei der Anhörung des Betriebsrats zu jeder anderen beabsichtigten außerordentlichen Kündigung eines Arbeitnehmers nach § 102 Abs. 1 BetrVG, dem Betriebsrat die Kündigungsabsicht und die maßgeblichen Tatsachen mitzuteilen, welche den wichtigen Grund für die beabsichtigte außerordentliche Kündigung darstellen sollen. Die für das Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 1 BetrVG geltenden Grundsätze sind insoweit auch für § 103 Abs. 1 BetrVG entsprechend anzuwenden (BAG v. 18.8.1977 - 2 ABR 19/77, AP Nr. 10 zu § 103 BetrVG 1972; v. 17.2.1994 -2 AZR 673/93). Hierzu gehört im Zustimmungsverfahren nach § 103 BetrVG insbesondere der Hinweis, dass der zu kündigende Arbeitnehmer dem Sonderkündigungsschutz des § 15 Abs. 1 KSchG unterfällt und das Zustimmungsverfahren nach § 103 BetrVG eingeleitet werden soll. 94

b) Das Anhörungsschreiben vom 21.2.2007 genügt den an eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung nach § 103 Abs. 1 BetrVG zu stellenden Anforderungen. Es gibt neben den Sozialdaten des Klägers auch dessen Stellung als Betriebsrat und Aufsichtsratsmitglied wieder und enthält ausdrücklich einen Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger nach §§ 103 Abs. 1 BetrVG, 15 Abs. 1 S. 1 KSchG und § 3 d) der Betriebsvereinbarung Persönliche Rechtsstellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat . Der Sachverhalt, auf den die Beklagte die Kündigung stützen will, ist hinreichend detailliert beschrieben. Insbesondere bezieht sich die Beklagte hierin ausdrücklich auf eine verbotswidrige private Internetnutzung am Arbeitsplatz während der Arbeitszeit in erheblichen zeitlichen und datenmäßigen Umfang. Ausdrücklich stützt sie die Kündigung hilfsweise auf den Verdacht entsprechender Pflichtverstöße. Durch die Beifügung einer CD-Rom mit der Einzelauswertung der Internetnutzung vom Arbeitsplatz des Klägers hat sie dem Betriebsrat den maßgeblichen der Kündigung zugrunde gelegten Sachverhalt offen gelegt. Daneben bedurfte es nicht mehr einer gesonderten Beschreibung der auf den entsprechenden Seiten gezeigten Inhalte. Es obliegt dem Betriebsrat, wie er diese - jederzeit öffentlich zugänglichen - Seiten bewertet. 95

Mit Schreiben vom 22.2.2007 hat der Betriebsrat der beabsichtigten hilfsweise erneuten Kündigung des Klägers vor Ausspruch zugestimmt. Das Arbeitsverhältnis wurde zum 23.2.2007 aufgelöst, weil das Kündigungsschreiben an diesem Tage in den Machtbereich des Klägers gelangte und mit einer Kenntnisnahme noch am selben Tage gerechnet werden konnte. 96

III. 97

Der Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers ist unbegründet. Das Arbeitsverhältnis ist rechtswirksam aufgelöst. 98

IV. 99

Die mündliche Verhandlung war nicht nach § 46 Abs. 2 ArbGG iVm. § 156 ZPO wieder zu eröffnen, da die Kammer ihr Urteil nicht auf die nur im Schriftsatz vom 19.9.2007 enthaltenen Tatsachen stützt. 100

101

V.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 46 Abs. 2 ArbGG iVm. § 92 Abs. 1 ZPO und spiegelt das teilweise Unterliegen und Obsiegen der Parteien nach dem zugrunde gelegten Streitwerten (vgl. unter VI.) wieder. 102

VI. 103

Der Streitwert war gemäß § 61 Abs. 1 ArbGG im Urteil festzusetzen. Für die Kündigungsschutzanträge sind jeweils drei, für den unbedingt gestellten Weiterbeschäftigungsantrag zwei Bruttomonatsgehälter des Klägers angesetzt worden. 104

Rechtsmittelbelehrung 105

Gegen dieses Urteil kann von jeder Partei 106

B e r u f u n g 107

eingelegt werden. 108

Die Berufung muss 109

innerhalb einer N o t f r i s t * von einem Monat 110

beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Ludwig-Erhard-Allee 21, 40227 Düsseldorf, Fax: (0211) 7770 - 2199 eingegangen sein. 111

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach dessen Verkündung. 112

Die Berufungsschrift muss von einem Rechtsanwalt eingereicht werden; an seine Stelle können Vertreter einer Gewerkschaft oder einer Vereinigung von Arbeitgebern oder von Zusammenschlüssen solcher Verbände treten, wenn sie kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt sind und der Zusammenschluss, der Verband oder deren Mitglieder Partei sind. Die gleiche Befugnis haben Angestellte juristischer Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der zuvor genannten Organisationen stehen, solange die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung der Mitglieder der Organisation entsprechend deren Satzung durchführt. 113

* Eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden. 114

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE