

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 225/14

3 Ca 182 b/14 ArbG Elmshorn
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 21.01.2015

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 21.01.2015 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 20.06.2014 – 3 Ca 182 b/14 – abgeändert, soweit die Beklagte zur Weiterbeschäftigung des Klägers verurteilt worden ist. Insoweit wird die Klage abgewiesen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Der Auflösungsantrag der Beklagten wird abgewiesen.

Die Kosten erster Instanz trägt die Beklagte. Von den Kosten des zweiten Rechtszugs trägt der Kläger $\frac{1}{4}$ und die Beklagte $\frac{3}{4}$.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer außerordentlichen und einer hilfsweise ordentlichen Kündigung, um Weiterbeschäftigung sowie über einen Auflösungsantrag der Beklagten.

Der am ...1977 geborene, mittlerweile geschiedene Kläger ist 2 Kindern zum Unterhalt verpflichtet. Er trat im Dezember 1999 in die Dienste der Beklagten, die auf dem Gebiet der Gas- und Wasserversorgung tätig ist. Als Sachbearbeiter im Mahnwesen erzielte er zuletzt ein Bruttomonatsgehalt in Höhe von € 3.500,00.

Die Beklagte hatte dem Kläger ein Mobiltelefon zur dienstlichen Nutzung zur Verfügung gestellt. Eine spezielle Regelung, die sich mit der Zulässigkeit der privaten Nutzung des Diensthandys befasst, gibt es bei der Beklagten nicht.

Allerdings regelt eine Betriebsvereinbarung über eine Betriebsordnung vom 31.01.2006 unter § 13 generell den Umgang mit Arbeitsmitteln. Satz 2 von Absatz 1 lautet:

„Die private Nutzung von Arbeitsmitteln und eine Überlassung an Dritte sind ebenso wenig gestattet wie die Inanspruchnahme von Dienstleistungen und das zur Verfügung stellen von Dienstleistungen an Dritte“.

In Absatz 2 heißt es:

„Die private Nutzung von Arbeitsmitteln und die Inanspruchnahme von Dienstleistungen sowie das zur Verfügung stellen von Dienstleistungen an Dritte können in Ausnahmefällen, die der vorherigen Zustimmung der Geschäftsführung bedürfen, gestattet werden.“ (vgl. Anlage B 1 = Bl. 41 der Akte).

Sofern Mitarbeiter gelegentlich Privattelefonate vom Festnetz aus führen, ist das zulässig, da üblich (so der Kläger) bzw. von der Geschäftsleitung so geregelt (so die Beklagte). Die anfallenden Gebühren müssen die Mitarbeiter der Beklagten erstatten.

Die Beklagte entnahm der Telefonrechnung vom 07.01.2014, dass der Kläger mit seinem Diensthandy im Monat Dezember 2013 höhere Gesamtkosten verursacht hatte als vergleichbare Kollegen. Die Telefonkosten des Klägers beliefen sich auf € 69,17. Die Kollegen hatten dagegen Kosten in Höhe von ca. € 30,00 verursacht.

Die Beklagte hat daraufhin aus den Verbindungsnachweisen der Monate Juli, August, September, November und Dezember 2013 die Rufnummern zusammengestellt, die nicht in ihrer Kundendatenbank gespeichert waren. Auf die Aufstellung im Schriftsatz vom 14.05.2014, dort Seiten 2 und 3, wird Bezug genommen (Bl. 26 f der Akte). Aufgelistet sind ausschließlich Telefonate während der Dienstzeit. Telefonkosten waren nur in den Monaten November und Dezember 2013 (vgl. Anlage B2) angefallen, weil in den Monaten davor ein sog. Flatrate-Tarif galt. Im November 2013 beliefen sich die Telefonkosten des Klägers auf € 73,47. Unstreitig hat der Kläger während der Arbeitszeit am 29.07.2013 und am 08.11.2013 insgesamt ca. 13 Minuten mit seiner von ihm damals getrennt lebenden Ehefrau privat telefoniert.

Weitere Überprüfungen ergaben, dass der Kläger im Speicher seines Dienst-PC einen privaten Dateordner mit Word-, PDF- und PowerPoint-Dokumenten angelegt hatte.

Die Beklagte mahnte den Kläger mit zwei Schreiben vom 20.12.2013 ab, zum einen wegen verspäteter Anzeige der Arbeitsunfähigkeit und zum anderen wegen verspäteter Vorlage von Korrekturbelegen über die Arbeitszeit im Rahmen der Zeiterfassung (vgl. Bl. 97 ff. der Akte).

Die Beklagte hörte den Kläger am 14.01.2014 zu den Vorwürfen – Privatnutzung des Diensthandys und Speicherung auf Dienst-PC - an. Der Kläger hat es zumindest nicht ausgeschlossen (die Beklagte hat behauptet, er habe es eingeräumt) private Gespräche mit dem Diensthandy geführt zu haben und angeboten die entstandenen Kosten zu tragen. Die Beklagte stellte den Kläger von der Arbeitsleistung frei.

Die Beklagte hörte den bei ihr gebildeten Betriebsrat mit Schreiben vom 21.01.14 zur außerordentlichen und hilfsweise ordentlichen Kündigung an. Der Betriebsrat wider-

sprach den Kündigungen. Die Beklagte kündigte dem Kläger mit Schreiben vom 24.01.2014 fristlos und mit Schreiben vom 29.01.2014 hilfsweise fristgemäß.

Am 28.07.2014 kündigte die Beklagte erneut fristlos und hilfsweise fristgemäß. Über die Wirksamkeit dieser Kündigungen streiten die Parteien vor dem Arbeitsgericht Elmshorn (1 Ca 1069d/14). Das Verfahren ist gegenwärtig ausgesetzt.

Der Kläger wendet sich mit seiner Klage am 05.02.2014 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage gegen die Kündigungen aus dem Januar 2014 und rügt, die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei nicht gewahrt. Ein Kündigungsgrund liege nicht vor. Er hat behauptet, nur einige wenige private Telefonate mit dem Diensthandy geführt zu haben. Der Kläger hat zu den von der Beklagten im Schriftsatz vom 16.05.2014 aufgeführten 40 Verbindungsnachweisen behauptet, die Telefonate hätten nahezu alle einen dienstlichen Bezug gehabt. Allein am 29.07. und 08.11.2013 habe er mit seiner getrennt lebenden Ehefrau privat telefoniert. Hierbei sei es um Fragen der Trennung und des Wohles der beiden gemeinsamen Kinder gegangen. Soweit er mit seiner Schwester, seinem Schwager und seinem Vater telefoniert hat, könne er nicht ausschließen, dass es neben beruflichem auch um privates gegangen sei. In den (19) Telefonaten mit der Auszubildenden S. sei es um dienstliche Angelegenheiten gegangen. Auch wenn er nicht in der Kundendatenbank der Beklagten gespeicherte Telefonnummern angewählt habe, seien das nicht zwangsläufig Privattelefonate gewesen. So habe er Privatkunden der Beklagten unter den von ihnen hinterlassenen Nummern zurückgerufen; diese Nummern seien bei der Beklagten häufig nicht abgespeichert. Wegen des Vortrags im Einzelnen wird auf die Ausführungen auf Seiten 2 bis 7 des Schriftsatzes vom 05.06.2014 (Bl. 103-108 der Akte) Bezug genommen.

Ein Verbot, Diensthandys privat zu nutzen, sei ihm nicht bekannt gewesen. Er sei davon ausgegangen, dass die Beklagte Telefonverträge mit einer Flatrate abgeschlossen habe.

Die privaten Dokumente habe er auf seinem Dienstcomputer abgelegt, weil er nach der Trennung von seiner Frau ohne privaten PC aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen sei und den dienstlichen Computer zur Zwischenablage genutzt habe.

Eine solche private Nutzung des Computers sei bei der Beklagten betriebsbekannt und üblich.

Der Kläger hat gemeint, die Abmahnungen vom 20.12.13 seien unberechtigt und überdies nicht einschlägig.

Der Kläger hat beantragt,

- 1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weder durch die außerordentliche Kündigung vom 24.01.2014, noch durch die vorsorglich ausgesprochene ordentliche Kündigung vom 29.01.2014 beendet worden ist, sondern unverändert fortbesteht;**
- 2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Sachbearbeiter im Mahnwesen weiter zu beschäftigen.**

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, das Verbot der privaten Nutzung des Diensthandys ergebe sich hinreichend klar aus der Betriebsordnung vom 31.01.2006. Der Kläger habe nicht nur gegen diese Betriebsordnung verstoßen, sondern auch einen Arbeitszeitbetrug begangen, indem er während seiner Arbeitszeit privat telefoniert habe. Es sei unverständlich, warum der Kläger Kunden vom Handy aus zurückgerufen haben will. Die Kunden verfügten regelmäßig nicht über die Handynummer des Klägers. Soweit der Kläger behauptet hat, er habe mit Kunden telefoniert, werde das bestritten. Die Telefonate mit der Auszubildenden Frau S. seien nicht dienstlich veranlasst gewesen, ebenso wenig das Gespräch mit der Mitarbeiterin Se..

Auch die private Nutzung des Dienstrechners verstoße gegen die Dienstordnung. Der Kläger habe immerhin private Dateifolder mit einer Größe von 2,5 GB angelegt und teilweise auch bearbeitet.

Aufgrund des evidenten Vertrauensbruchs und des angerichteten finanziellen Schadens, sei die verhaltensbedingte Kündigung ohne vorherige Abmahnung gerechtfertigt.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Es sei bereits fraglich, ob ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vorliege. Die Nutzung des Diensthandys sei nicht ausdrücklich geregelt. Die Dienstordnung aus dem Jahr 2006 werde nicht lückenlos umgesetzt. Denn Diensttelefone würden – jedenfalls gegen Bezahlung – von Mitarbeitern auch privat genutzt. Auch gelegentliche private Faxschreiben oder ähnliches würden geduldet, jedenfalls gegen Kostenerstattung.

Der Kläger habe lediglich drei Telefonate mit eindeutig privatem Charakter geführt, und zwar mit seiner von ihm getrennt lebenden Ehefrau. Hinsichtlich der weiteren Telefonate, zu denen die Rufnummern nicht gespeichert seien, lasse sich ein privater Inhalt nicht eindeutig feststellen. Hier habe es sich häufiger um Privatkunden der Beklagten gehandelt, die um einen Rückruf gebeten hätten. Bei den mit der Auszubildenden geführten Telefonaten könne nicht eindeutig zwischen dienstlicher und privater Veranlassung getrennt werden.

Unstreitig habe der Kläger private Dokumente (Word-, PDF- und PowerPoint Dateien) auf dem Dienstrechner abgelegt und dort möglicherweise bearbeitet.

Die gelegentlichen, recht kurzen privaten Telefonate und die Ablage privater Dateien auf dem Dienstrechner bildeten aber keinen wichtigen Grund, der es der Beklagten unzumutbar mache, die ordentliche Kündigungsfrist abzuwarten.

Eine exzessive Nutzung von Betriebsmitteln sei im Streitfall nicht gegeben. Deshalb habe es einer vorherigen Abmahnung bedurft. Auf die beiden Abmahnungen vom 20.12.2013 könne sich die Beklagte nicht berufen, denn diese seien nicht einschlägig.

Jedenfalls überwiege das Interesse des Klägers an der Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses gegenüber dem der Beklagten an seiner Beendigung. Die Pflichtverletzungen seien nicht von besonderem Gewicht und für die Beklagte relativ folgenlos

geblieben, zumal der Kläger Kostenübernahme angeboten habe. Hinzu komme, dass das Arbeitsverhältnis fast 15 Jahre bestanden und der Kläger in dieser Zeit beanspruchungslos für die Beklagte gearbeitet habe. Zu berücksichtigen seien auch die Unterhaltsverpflichtungen des Klägers gegenüber seinen beiden minderjährigen Kindern sowie die Schwierigkeiten des Wiedereinstiegs auf einem vergleichbaren Arbeitsplatz.

Gegen das ihr am 30.06.2014 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 14.07.2014 Berufung eingelegt und am 01.08.2014 begründet.

Die Beklagte rügt, das Arbeitsgericht habe zu Unrecht angenommen, bei der Beklagten würden private über das Diensthandy geführte Telefonate üblicherweise abgerechnet. Es habe verkannt, dass der Kläger ungeachtet des klaren Verbots sein Diensthandy exzessiv genutzt habe, um – auch während der Arbeitszeit - Privatgespräche mit der Auszubildenden S. und anderen Personen zu führen. Entgegen dem in der Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 2006 geregelten Verbot, habe der Kläger auch seinen Dienstcomputer umfangreich privat genutzt.

Die Betriebsvereinbarung vom 31.01.2006 untersage die private Nutzung von Arbeitsmitteln, also auch von Diensthandys und -computern. Die Vereinbarung sei über den Server einsehbar und dem Kläger bekannt. Nur Festnetztelefone dürften für Privatgespräche genutzt werden, da hier die Gesprächskosten für eine spätere Erstattung erfasst werden könnten. Die Möglichkeit, das Handy privat zu nutzen, habe einen viel höheren wirtschaftlichen Wert und sei daher mit der zugestandenen Möglichkeit, Festnetztelefon, Fax und Kopierer zu nutzen, nicht vergleichbar.

Der Kläger habe innerhalb von vier Monaten 200 Mal die Auszubildende S. angerufen und insgesamt 13,5 Stunden mit ihr telefoniert. Zahlreiche Gespräche hätten in den Abendstunden stattgefunden. Diese Telefonate seien privater Natur gewesen. Der Kläger habe nicht annehmen können, dass die Beklagte die Handynutzung dulde. Deshalb habe es keiner Abmahnung bedurft. Ihr, der Beklagten, sei ein finanzieller Schaden entstanden, der nur deshalb nicht größer ausgefallen sei, weil bis Ende Oktober 2013 ein Flatrate-Vertrag gegolten habe. Über diesen Vertrag sei der Kläger

nicht informiert worden. Auf der Bereichsleiterversammlung sei das kein Thema gewesen.

Wenn der Kläger vortrage, er habe Daten auf dem Dienstcomputer wegen seines Auszugs zwischengespeichert, handele es sich um eine Schutzbehauptung. Er hätte die Daten auf einem portablen Speichermedium speichern können. Der Kläger habe die Daten auf dem Dienstrechner weiterbearbeitet.

Das Arbeitsverhältnis sei wegen Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses und wegen Prozessbetrugs des Klägers aufzulösen.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 20.06.2014 (Az. 3 Ca 182b/14) die Klage abzuweisen sowie

das Arbeitsverhältnis der Parteien gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung aufzulösen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und den Auflösungsantrag abzuweisen.

Der Kläger verteidigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts. Es fehle ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB, jedenfalls hätte es einer vorherigen einschlägigen Abmahnung bedurft. Er betont, dass es ein ausdrückliches Verbot, Diensthandys und –computer privat zu nutzen, nicht gebe. Die private Nutzung des Festnetztelefons, Fax und Kopierers sei üblich. Der Kläger behauptet, er habe von dem Flatrate-Vertrag gewusst, nicht aber von dessen Beendigung. Er sei deshalb davon ausgegangen, dass die Beklagte die private Nutzung des Handys außerhalb der Arbeitszeit dulde. Unabhängig davon habe er keine hohen Kosten verursacht.

Die Telefonate mit der Auszubildenden S. während des Dienstes hätten einen dienstlichen Anlass gehabt. Während der Dienstzeit habe er nur mit seiner ehemaligen Ehefrau privat telefoniert (13 Minuten).

Die Versendung privater Witzmails sei bei der Beklagten üblich. Er, der Kläger, habe private Word- und PDF-Dateien auf dem Dienstrechner gespeichert, aber nicht bearbeitet. Auf all diese Tätigkeiten habe er nur wenig Zeit verwendet.

Schließlich gehe die Interessenabwägung zu seinen Gunsten aus. Der Beklagten sei allenfalls ein geringer materieller Schaden entstanden. Sie hätte über die Beendigung des Flatrate-Vertrags informieren müssen.

Der Kläger meint, Auflösungsgründe lägen nicht vor.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien in der Berufung wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie die Sitzungsniederschrift verwiesen.

Entscheidungsgründe

I. Die Berufung der Beklagten ist gemäß § 64 Abs. 1 und 2 c) ArbGG statthaft. Sie ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6, 519, 520 ZPO.

II. Der Berufung hat in der Sache nur zu einem geringen Teil Erfolg. Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage im Ergebnis zu Recht stattgegeben. Der in der Berufungsverhandlung gestellte Auflösungsantrag der Beklagten ist unbegründet. Die Beklagte ist gegenwärtig aber nicht zur Weiterbeschäftigung des Klägers verpflichtet.

1. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 24.01.2014 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht fristlos gemäß § 626 Abs. 1 BGB aufgelöst. Die Kündigung ist unverhältnismäßig und hält einer Interessenabwägung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht stand.

a) Nach § 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 bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dabei ist zunächst zu untersuchen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“ und damit 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 (vgl. BAG 29.08.2013 – 2 AZR 273/12 – Rn. 19).

Da im Kündigungsrecht nicht das Sanktions-, sondern das Prognoseprinzip gilt, hängt die Berechtigung einer verhaltensbedingten Kündigung nicht davon ab, ob sie als Sanktion für den in Rede stehenden Vertragsverstoß angemessen ist. Eine verhaltensbedingte Kündigung ist gerechtfertigt, wenn eine störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten ist und künftigen Pflichtverstößen nur durch die Beendigung der Vertragsbeziehung begegnet werden kann (BAG 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 -). Das wiederum ist nicht der Fall, wenn bereits mildere Mittel und Reaktionen des Arbeitgebers - wie etwa eine Abmahnung - geeignet gewesen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue zu bewirken. Beruht 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. Einer Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 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 Hinnahe dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (BAG 27.09.2012 – 2 AZR 646/11 -).

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann nicht nur eine erwiesene Vertragsverletzung, sondern auch schon der schwerwiegende Verdacht einer straf-

baren Handlung oder einer sonstigen arbeitsvertraglichen Verfehlung einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung gegenüber dem verdächtigen Arbeitnehmer darstellen. Eine Verdachtskündigung liegt hiernach vor, wenn und soweit der Arbeitgeber seine Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines (nicht erwiesenen) strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört. Der Verdacht einer Vertragspflichtverletzung bzw. einer strafbaren Handlung stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar, der in dem Tatvorwurf nicht enthalten ist. Bei der Tatkündigung ist für den Kündigungsentschluss maßgebend, dass der Arbeitnehmer nach der Überzeugung des Arbeitgebers die Tat begangen hat. § 626 Abs. 1 BGB lässt darüber hinaus eine Verdachtskündigung zu, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen hat, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Der Verdacht muss auf konkrete Tatsachen gestützt sein. Er muss sich aus Umständen ergeben, die so beschaffen sind, dass sie einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlassen können. Der Verdacht muss dringend sein. Es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass er zutrifft (BAG 23.06.2009 – 2 AZR 474/07 -; 25.11.2010 – 2 AZR 810/09 -).

Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung oder eines dahingehenden dringenden Verdachts jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitnehmers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses dem Beendigungsinteresse des Arbeitgebers gegenüberzustellen (BAG 21.11.2013 – 2 AZR 797/11 -). Die in die Interessenabwägung einzubeziehenden Umstände lassen sich nicht abschließend für alle Fälle festlegen. Zunächst kommt der Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen beanstandungsfreien Bestands ein besonderes Gewicht zu. Darüber hinaus sind die Unterhaltspflichten und das Lebensalter zu berücksichtigen. Das gilt selbst dann, wenn eine Kündigung auf ein Vermögensdelikt zum Nachteil des Arbeitgebers gestützt wird (BAG 27.04.2006 -

2 AZR 415/05 -; 26.03.2009 - 2 AZR 953/07 -). Darüber hinaus sind insbesondere das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers zu berücksichtigen (BAG 10.11.2005 - 2 AZR 623/04 -; 09.06.2011 – 2 AZR 381/10).

b) In Anwendung dieser Grundsätze erweist sich die Entscheidung des Arbeitsgerichts im Ergebnis als richtig.

aa) Mit der Beklagten ist die Berufungskammer allerdings der Ansicht, dass ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB für die Kündigung vom 24.01.2014 vorliegt. Der Kläger hat Arbeitsmittel – Diensthandy und -computer - entgegen einem geltenden Verbot privat genutzt. Es besteht nicht nur ein dahingehender erheblicher Verdacht. Die Berufungskammer ist von der tatsächlich begangenen Pflichtverletzung überzeugt. Unstreitig hat der Kläger im Zeitraum Juli bis September 2013 und in den Monaten November und Dezember 2013 das ihm zur Verfügung gestellte Diensthandy ohne Erlaubnis für Privatgespräche genutzt. Ferner hat er auf seinen dienstlichen Computer, ohne dass es ihm von der Beklagten gestattet war, in erheblichem Umfang private Daten gespeichert.

(1) Die unerlaubte Privatnutzung eines vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Diensthandys, um auf dessen Kosten heimlich in großem Umfang Privattelefonate zu führen, ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB für eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu bilden (BAG 05.12.2002 – 2 AZR 478/01 -; 04.03.2004 – 2 AZR 147/03 -). Auch die Nutzung des firmeneigenen Computers etwa zur Speicherung privater Daten kommt als Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten in Betracht, jedenfalls dann, wenn die private Nutzung des Rechners verboten ist und entgegen diesem Verbot Daten im erheblichen Umfang auf dem Rechner gespeichert werden.

(2) Grundsätzlich entscheidet der Arbeitgeber darüber, ob Arbeitsmittel privat genutzt werden dürfen. Die Beklagte hatte dem Kläger die Privatnutzung des ihm zur Verfügung gestellten Diensthandys nicht gestattet oder in dem Wissen um die private Nut-

zung durch den Kläger geduldet. Der Kläger behauptet selbst auch keine konkrete Gestattung oder Duldung durch die Beklagte.

Eines ausdrücklichen Verbots, das Handy privat zu nutzen, bedurfte es angesichts dessen nicht. Zudem fällt die private Nutzung unter das in der Betriebsordnung geregelte generelle Verbot. Gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 dieser Betriebsvereinbarung ist die private Nutzung von Arbeitsmitteln nicht gestattet. Nach Absatz 2 dieser Vorschrift kann die Privatnutzung zwar in Ausnahmefällen, die der vorherigen Zustimmung der Geschäftsführung bedürfen, gestattet werden. Dass ihm die Geschäftsführung die Privatnutzung des Diensthandys gestattet hätte, hat der Kläger – wie bereits ausgeführt - aber nicht behauptet. Entsprechendes gilt für die umfangreiche Speicherung privater Daten auf dem Dienstcomputer. Auch hier fehlt eine eindeutige Gestattung seitens der Beklagten.

Eines ausdrücklichen Verbots der Privatnutzung des Diensthandys und des Dienstcomputers bedurfte es auch nicht etwa deshalb, weil die Beklagte die gelegentliche private Nutzung des Festnetztelefons, Telefaxgeräts und Kopierers zugelassen hat. Die Beklagte kann differenzieren, welche Arbeitsmittel und in welchem Umfang ihre Mitarbeiter zu privaten Zwecken nutzen dürfen. Die Freigabe eines Arbeitsmittels führt nicht dazu, dass auch andere Arbeitsmittel privat genutzt werden dürfen.

(3) Unstreitig hat der Kläger das ihm zur Verfügung gestellte Diensthandy außerhalb seiner Dienstzeit im erheblichen Umfang privat genutzt. Er hat eingeräumt, Privatgespräche mit der Auszubildenden S. geführt zu haben. Darüber hinaus hat er auch während seiner Dienstzeit privat telefoniert. Hier ist allein der Umfang der Telefonate streitig. Eingeräumt hat er ein längeres (10,35 Minuten) und drei kürzere (bis zu einer Minute) Gespräche mit seiner ehemaligen Ehefrau. Auch bezüglich des mit seinem Vater am 08.08.2013 geführten kurzen Gesprächs und der mit seiner Schwester bzw. seinem Schwager geführten Gespräche konnte der Kläger nicht ausschließen, dass es zumindest auch um private Dinge gegangen sei.

Dass der Kläger eine große Menge privater Daten auf seinem Dienstrechner gespeichert hat, nämlich im Umfang von 2,5 Gigabyte, ist unstreitig.

bb) Dem Arbeitsgericht ist aber darin zu folgen, dass eine Abmahnung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine geeignete und angemessene Reaktion der Beklagten gewesen wäre. Es ist also keineswegs so, dass die Beklagte das Fehlverhalten des Klägers sanktionslos hinnehmen muss. Aber bei der Prüfung der Frage, ob die Kündigung als einzig mögliche und geeignete Reaktion der Beklagten auf das vertragswidrige Verhalten des Klägers angemessen war, teilt die Berufungskammer die Ansicht des Arbeitsgerichts, dass eine Abmahnung als Reaktion genügt hätte.

(1) Da es sich bei der privaten Nutzung des Diensthandys und des Dienstrechners um ein steuerbares Verhalten handelt, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass das künftige Verhalten des Klägers durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Die Beklagte hat nicht überzeugend dargelegt, dass eine Verhaltensänderung – z. B. mangels Einsichtsfähigkeit – nicht zu erwarten war. Im Rahmen der Anhörung vom 14.01.2014 hat der Kläger sein Fehlverhalten nicht abgestritten und sogar angeboten, die durch die Handynutzung entstandenen Kosten zu tragen. Das spricht für seine Einsicht in die begangene Pflichtverletzung und gegen eine Wiederholungsgefahr.

(2) Die Pflichtverletzung ist auch nicht von solchem Gewicht, dass sie den vorherigen Ausspruch einer Abmahnung entbehrlich gemacht hätte. Dabei wird nicht übersehen, dass der Kläger eine große Menge privater Daten auf seinem Dienstrechner gespeichert und mit dem Diensthandy zahlreiche Privatgespräche geführt hat, einige auch während der Arbeitszeit.

Bei der unbefugten Handynutzung während der Arbeitszeit ist aber zu berücksichtigen, dass allein 15 dieser insgesamt 40 Telefonate nicht länger als eine Minute gedauert haben und nur fünf Telefonate länger als 10 Minuten. Hinzu kommt, dass der Kläger die Hälfte dieser Telefonate mit Mitarbeitern der Beklagten geführt hat, nämlich mit der Auszubildenden S. (19 Telefonate) bzw. der Mitarbeiterin Se. (ein Telefonat). Dem Vortrag des Klägers, die während der Dienstzeit mit der Auszubildenden S. geführten Telefonate hätten einen dienstlichen Bezug gehabt, ist die Beklagte nicht substantiiert entgegen getreten. Ausweislich des von der Beklagten vorgelegten Gesprächsvermerks vom 21.07.2014 (Bl. 233 d. A.) waren die außerhalb ihrer Ar-

beitszeit mit dem Kläger geführten Telefonate privat. Zu den Anrufen während des Dienstes hat sie sich nicht ausdrücklich geäußert. Gemessen an dem Zeitraum von fünf Monaten kann daher von einer exzessiven Nutzung des Diensthandy während der Arbeitszeit für private Zwecke keine Rede sein. An dieser Stelle ist auch zu berücksichtigen, dass Privattelefonate während der Arbeitszeit nicht grundsätzlich untersagt sind; mit dem Festnetztelefon darf gelegentlich telefoniert werden, auch während des Dienstes.

Soweit der Kläger mit dem Diensthandy außerhalb der Dienstzeit Privatgespräche geführt hat, insbesondere mit der Auszubildenden S., führt das zu keiner anderen Beurteilung. Der Kläger hat sich zumeist auf kurze Telefonate – bis zu einer Minute – beschränkt. Er hat keine Auslandstelefonate geführt und keine kostenpflichtigen Telefondienste in Anspruch genommen. Es kann daher nicht angenommen werden, dass der Kläger bewusst seinen Arbeitsplatz aufs Spiel gesetzt hat.

Es ist nicht erkennbar, dass der Kläger über die bloße Speicherung hinaus die privaten Daten auf dem Dienstrechner umfangreich bearbeitet hätte. Eine exzessive Privatnutzung des Rechners kann somit nicht festgestellt werden.

(3) Eine Abmahnung war auch nicht deshalb entbehrlich, weil der Kläger bereits durch die Abmahnungen vom 20.12.2013 hinreichend gewarnt war. Diese Abmahnungen sind nicht einschlägig. Eine Abmahnung entfaltet ihre Warnfunktion nur hinsichtlich gleichartiger Pflichtverletzungen, anderenfalls ist ihr keine ausschlaggebende Bedeutung zuzumessen (BAG 27.09.2012 – 2 AZR 955/11 -). Dabei ist nicht erforderlich, dass es sich um identische Pflichtverletzungen handelt. Es reicht aus, dass die jeweiligen Pflichtwidrigkeiten aus demselben Bereich stammen und somit Abmahnungs- und Kündigungsgründe in einem inneren Zusammenhang stehen (BAG 13.12.2007 – 2 AZR 818/06 -).

Mit der (ersten) Abmahnung vom 20.12.2013 beanstandet die Beklagte, dass sich der Kläger am 12.12.2013 nicht zum Arbeitsbeginn, sondern erst gegen Mittag krank gemeldet hat. Gerügt wird damit die Verletzung der unselbständigen Anzeigepflicht aus § 5 Abs. 1 EFZG. Die rechtzeitige Krankmeldung soll dem Arbeitgeber ermögli-

chen, sich auf die Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers einzustellen und die betrieblich erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Die Verletzung der Anzeigepflicht aus § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG unterscheidet sich damit erheblich von der zur Kündigungsbegründung angeführten Pflichtverletzung, der unbefugten Nutzung von Arbeitsmitteln.

Auch die mit der weiteren Abmahnung vom 20.12.2013 gerügte Pflichtverletzung stammt aus einem anderen Bereich. Es geht nicht um das unbefugte Verfügen über das Eigentum der Beklagten. Vielmehr wird die nicht fristgerechte Vorlage von Korrekturbelegen gerügt.

cc) Das Interesse des Klägers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses überwiegt das Beendigungsinteresse der Beklagten.

Zwar handelt es sich um eine schuldhafte, erhebliche Pflichtverletzung des Klägers. Ausdrücklich anerkannt wird auch, dass die Beklagte die Beachtung der für die Privatnutzung von Arbeitsmitteln aufgestellten Regeln verlangen kann. Diesem Interesse kann aber nicht ausschließlich durch Kündigung genügt werden. Bei der Wahl der Mittel ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Im Einzelfall kommen daher durchaus andere Maßnahmen (Abmahnung, Ermahnung) als die Kündigung in Betracht. Auch hierdurch kann die Beklagte im Betrieb unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass sie ein derartiges Verhalten nicht duldet.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass der Beklagten keine nennenswerten Schäden entstanden sind. Zwar hat der Kläger in den Monaten November und Dezember 2013 deutlich höhere Telefonkosten verursacht, als vergleichbare Kollegen. Die Differenz beläuft sich auf etwa 80 EUR (für beide Monate). Der Kläger hat aber angeboten, die durch die private Nutzung entstandenen Kosten zu erstatten und so den finanziellen Schaden auszugleichen.

Durch die Privatnutzung des Handys in den Vormonaten ist der Beklagten kein Schaden entstanden, weil seinerzeit ein Flatrate-Tarif galt. Dass ihr durch die Datenspeicherung ein Schaden entstanden ist, hat die Beklagte nicht geltend gemacht. Ein solcher Schaden ist auch nicht ersichtlich.

Auch dadurch, dass der Kläger mit dem Diensthandy Privattelefonate während der Arbeitszeit geführt hat, ist der Beklagten kein erheblicher Schaden entstanden. Ein solcher könnte darin liegen, dass der Kläger statt zu arbeiten privat telefoniert hat. Die Beklagte geht nach ihrer Aufstellung im Schriftsatz vom 14.05.2014 von 40 Telefonaten aus. Die auf die Gespräche mit Frau S. und Frau Se. entfallene Arbeitszeit kann nicht eindeutig als für private Zwecke verwendet angesehen werden (s. o.). Die weiteren Telefonate, die die Beklagte auf Seiten 2 und 3 ihres Schriftsatzes vom 14.05.2014 auflistet, dauerten zusammen etwas mehr als eine Stunde. Gemessen daran, dass die Telefonate sich auf fünf Monate verteilten, kann hierin kein erheblicher Schaden durch Fehlverwendung von Arbeitszeit gesehen werden, zumal Privattelefonate vom Festnetzapparat durchaus zulässig gewesen wären.

Dass der Kläger die Beklagte mit der Privatnutzung des Handys und des Computers schädigen wollte, kann nicht festgestellt werden. Ihm kann nicht widerlegt werden, dass er von einem Flatrate-Tarif ausging. Nicht entscheidend ist, ob es hierzu eine offizielle Verlautbarung gegeben hat (so der Kläger) oder nicht (so die Beklagte). Der Kläger durfte von einem solchen Tarif ausgehen, weil er in den Monaten vor November 2013 regelmäßig mit dem Handy privat telefoniert hatte, ohne dass Telefongebühren von ihm verlangt worden wären.

Für das Bestandsinteresse des Klägers spricht, dass er erstmals im Dezember 2013 abgemahnt worden ist. Bis zu diesem Zeitpunkt ist das Arbeitsverhältnis abmahnungsfrei verlaufen. Zugunsten des Klägers sind neben einer langen, im Wesentlichen ungestörten Betriebszugehörigkeit die Unterhaltspflichten für seine minderjährigen Kinder zu berücksichtigen.

Im Ergebnis überwiegen daher die für das Bestandsinteresse des Klägers sprechende Gesichtspunkte.

2. Die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung der Beklagten vom 29.01.2014 hat das Arbeitsverhältnis nicht fristgemäß beendet. Die Kündigung ist nicht iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG durch Gründe im Verhalten des Klägers sozial gerechtfertigt. Die

Beklagte stützt diese Kündigung auf denselben Lebenssachverhalt wie die außerordentliche Kündigung. Der Beklagten ist es aus den dargelegten Gründen zuzumuten, den Kläger weiter zu beschäftigen und sich des mildereren Mittels der Abmahnung zu bedienen.

3. Der in der mündlichen Verhandlung vom 21.01.2015 gestellte Auflösungsantrag der Beklagten ist unbegründet. Zwar ist die Beklagte wegen des vorsorglichen Ausspruchs der ordentlichen Kündigung vom 29.01.2014 trotz § 13 Abs. 1 Satz 3 KSchG nicht von vornherein gehindert, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG zu beantragen. Auflösungsgründe liegen aber nicht vor.

a) Die Beklagte hat den ausgangs der Berufungsverhandlung gestellten Auflösungsantrag erkennbar nur für den Fall des Unterliegens mit dem Klageabweisungsantrag bzgl. der Kündigungsschutzklage gestellt. Der Arbeitgeber stellt den Auflösungsantrag regelmäßig für diesen Fall (BAG 23.06.1993 – 2 AZR 56/93 -), auch wenn das nicht ausdrücklich formuliert wird.

b) Nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG hat das Gericht nach - wie im Streitfall - erfolgreicher Kündigungsschutzklage auf Antrag des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis aufzulösen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Das Kündigungsschutzgesetz lässt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Sozialwidrigkeit der Kündigung nur ausnahmsweise zu. Es ist nach seiner Konzeption ein Bestandsschutz- und kein Abfindungsgesetz. An die Auflösungsgründe sind deshalb strenge Anforderungen zu stellen (BAG 29.08.2013 - 2 AZR 419/12 -). Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist derjenige der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht. Von diesem Standpunkt aus ist zu fragen, ob in der Zukunft eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zu erwarten ist.

Auflösungsgründe iSv. § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG können solche Umstände sein, die das persönliche Verhältnis zum Arbeitnehmer, die Wertung seiner Persönlichkeit, seiner Leistung oder seiner Eignung für die ihm gestellten Aufgaben und sein Verhältnis zu den übrigen Mitarbeitern betreffen. Die Gründe, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen den Vertragspartnern nicht erwar-

ten lassen, müssen nicht im Verhalten, insbesondere nicht im schuldhaften Verhalten des Arbeitnehmers liegen. Entscheidend ist, ob die objektive Lage die Besorgnis rechtfertigt, dass die weitere gedeihliche Zusammenarbeit gefährdet ist. In diesem Sinne als Auflösungsgrund geeignet sind etwa Beleidigungen, sonstige ehrverletzende Äußerungen oder persönliche Angriffe des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, Vorgesetzte oder Kollegen (vgl. BAG 24.03.2011 – 2 AZR 674/09 -).

c) Gemessen hieran ist die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres in der Berufungsverhandlung gestellten Auflösungsantrags zu Protokoll erklärt, der Antrag werde „mit der Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses und auch mit dem Prozessbetrug des Klägers“ begründet.

Damit hat die Beklagte die Zerrüttung des Arbeitsverhältnisses nicht ausreichend dargelegt. Auch wenn der Kläger in einer Vertrauensposition beschäftigt ist und mit Firmengeldern umgeht, kann aus der pflichtwidrigen privaten Nutzung des Diensthandys und des Dienstcomputers nicht der Schluss gezogen werden, er werde die Beklagte auch in anderer Hinsicht schädigen. Dafür fehlen greifbare Anhaltspunkte. Selbst wenn der Kläger, wie die Beklagte behauptet, im Prozess in einem Punkt unwahr vorgetragen haben sollte, führt das zu keiner anderen Beurteilung.

Dafür, dass eine gedeihliche weitere Zusammenarbeit möglich ist, spricht schließlich, dass der Kläger nach Obsiegen in erster Instanz während des laufenden Kündigungsschutzprozesses zunächst reibungslos weiterbeschäftigt worden ist. Dass es dabei Probleme gegeben hat, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

4. Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass das Arbeitsgericht nicht nach einem allgemeinen Feststellungsantrag erkannt hat, indem es ausgangs des Tenors zu 1 formuliert „sondern ungekündigt fortbesteht“. Zwar hat der Kläger für den Fall, dass sich die Beklagte auf weitere Beendigungstatbestände berufen könnte, eine allgemeine Feststellungsklage angekündigt. Die Beklagte hat sich aber bis zur Entscheidung in erster Instanz auf keine weiteren Beendigungstatbestände berufen. Der Antrag ist

nicht weiter thematisiert worden. Das Arbeitsgericht hat keine Hinweise gegeben und erkennbar nur über einen Antrag nach § 4 KSchG entscheiden wollen. Mit keinem Wort geht es auf einen allgemeinen Feststellungsantrag ein, während es sich mit dem Weiterbeschäftigungsanspruch ausdrücklich beschäftigt.

5. Soweit das Arbeitsgericht die Beklagte zur Weiterbeschäftigung des Klägers verurteilt hat, war die Entscheidung abzuändern. Denn die Beklagte hat im Laufe des Verfahrens eine weitere Kündigung (28.07.2014) ausgesprochen, so dass ihr Interesse an der Nichtbeschäftigung des Klägers gegenwärtig überwiegt.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

IV. Die Revision war nicht zuzulassen, da die gesetzlichen Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG nicht gegeben sind. Die Entscheidung beruht auf den Umständen des Einzelfalls. Die angesprochenen Rechtsfragen sind höchstrichterlich geklärt.