

Ablichtung
Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 5 Sa 49/06
3 Ca 1531/04 ArbG Flensburg
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 27.06.2006

gez. ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 27.06.2006 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Flensburg, Kammer Husum, vom 17. November 2005, Aktenzeichen 3 Ca 1531/04, wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

.....

Rechtsmittelbelehrung

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

Nr. 46

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung wegen privater Nutzung des Internets sowie eines Diensthandys während der Dienstzeit.

Der 38-jährige Kläger ist bei der Beklagten, einem Abfallentsorgungsbetrieb, seit dem 01.03.1996 als Anlagentechniker im Außendienst beschäftigt. Er als gelernter Meister und der Geschäftsführer der Beklagten gründeten den Betrieb und sind beide Gesellschafter der Beklagten mit einem Geschäftsanteil von jeweils 50 %.

Mit Schreiben vom 18.08.2004 erteilte die Beklagte dem Kläger eine Abmahnung wegen Nichterledigung von Terminaufgaben und Fernbleiben vom Arbeitsplatz (Bl. 6 d. GA).

Der Kläger führte über das ihm zur Verfügung gestellte Mobiltelefon jedenfalls neun private Telefonate am 23.09.2004 und jedenfalls zwei private Telefonate am 24. und 28.09.2004. Zwischen den Parteien ist streitig, ob weitere Handygespräche privat oder dienstlich veranlasst waren. Darüber hinaus nutzte der Kläger den für ihn installierten Computer an diesen drei Tagen insgesamt 220 Minuten für private Zwecke und zwar 42 Minuten am 23.09.2004, 173 Minuten am 24.09.2004 und fünf Minuten am 28.09.2004.

Mit Schreiben vom 29.09.2004 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers fristlos, da er „zum Wiederholtenmahl (seine) Arbeitskraft während der Betriebs üblichen Arbeitszeit nicht der Firma zur Verfügung gestellt (habe), obwohl (er) dafür schon am 18.08.04 eine Abmahnung erhalten“ habe (Bl. 7 d. GA.).

Gegen diese Kündigung hat der Kläger am 18.10.2004 vor dem Arbeitsgericht Flensburg Feststellungsklage erhoben.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands in erster Instanz sowie der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils einschließlich der Inbezugnahmen verwiesen, § 69 Abs. 2 ArbGG.

Das Arbeitsgericht hat der Klage mit Urteil vom 17.11.2005 stattgegeben. Für eine außerordentliche Kündigung fehle es an einem wichtigen Grund nach § 626 Abs. 1 BGB. Ein wichtiger Grund „an sich“ sei gegeben, wenn der Arbeitnehmer den üblichen Rahmen geduldeter Privattelefonate und Internetnutzung bei weitem überschreite. Indessen setze eine wirksame Kündigung – gleich aus welchen Gründen – im Regelfall ein ausdrückliches Verbot oder eine einschlägige Abmahnung voraus. Nur wenn der Arbeitnehmer die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens ohne Weiteres erkennen könne und er mit einer Billigung dieses Verhaltens durch den Arbeitgeber auch nicht rechnen durfte, wenn er nicht gewillt sei, sich vertragsgerecht zu verhalten oder bei Störungen im Vertrauensbereich könne etwas anderes gelten. Weder die private Nutzung des Mobiltelefons noch diejenige des Internetanschlusses sei verboten gewesen. Die Beklagte habe den Kläger vor Ausspruch der Kündigung auch nicht wegen eines derartigen Fehlverhaltens abgemahnt. Die Abmahnung vom 18.08.2004 sei insoweit nicht einschlägig. Eine Abmahnung sei vorliegend auch nicht entbehrlich gewesen. Die Beklagte habe lediglich die hohen Handykosten beklagt, sodass der Kläger damit rechnen musste, dass ihm ein privater Anteil berechnet würde, nicht aber damit, dass er seinen Arbeitsplatz auf's Spiel setze. Darüber hinaus sei der Kläger beherrschender Mitgesellschafter der Beklagten und damit maßgeblich am Ergebnis der Beklagten beteiligt. Aufgrund dieser gesellschaftsrechtlichen Stellung und im Hinblick auf seine Außendiensttätigkeit habe der Kläger davon ausgehen dürfen, in dem streitgegenständlichen Umfang das Diensthandy sowie das Internet privat nutzen zu dürfen. Es wäre an der Beklagten gewesen, dem Kläger vor Ausspruch der Kündigung deutlich zu machen, dass seine Gesellschafterstellung eine im Vergleich zu den übrigen Außendienstmitarbeitern weitergehende Privatnutzung des dienstlichen Mobiltelefons nicht rechtfertigt und es sich hierbei um eine Entnahme oder um die Ausschüttung eines Vorabgewinns handeln könne. Auch der Vorwurf, der Kläger habe der Beklagten seine Arbeitskraft während der Privatnutzungen nicht zur Verfügung gestellt, sei unter dem Gesichtspunkt der beharrlichen Arbeitsverweigerung vorliegend nicht gerechtfertigt. Eine bewusste und nachhaltige Weigerung, die ihm übertragenen Arbeiten nicht erledigen zu wollen, könne nicht festgestellt werden. Soweit der Kläger während der Dienstreisen privat telefoniert habe, habe dies keinen Einfluss auf die zu erledigende Arbeit. Auch habe die Beklagte weder substantiiert dargelegt, dass der Kläger außerhalb seiner Pausenzeiten im Internet gesurft habe, noch dargelegt, dass der Kläger die ihm übertragenen Arbeiten nicht zeitge-

recht erledigt habe. Die nach § 140 BGB umzudeutende außerordentliche in eine verhaltensbedingte ordentliche Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, § 1 Abs. 2 KSchG.

Gegen dieses ihr am 05.01.2006 zugestellte Urteil hat die Beklagte am Montag, den 06.01.2006, beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung eingelegt und diese nach gewährter Fristverlängerung bis zum 06.04.2006 am 06.04.2006 begründet.

Die Beklagte trägt vor,

das Arbeitsgericht habe den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt, weil es sich in den Urteilsgründen nicht mit dem BAG-Urteil vom 07.07.2005 – 2 AZR 581/04 – auseinandergesetzt habe, obgleich sie bereits erstinstanzlich auf diese Entscheidung hingewiesen habe. Das angefochtene Urteil stehe in Widerspruch zu der genannten BAG-Entscheidung. Das Arbeitsgericht habe verkannt, dass eine kündigungsrelevante Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten auch dann vorliege, wenn der Arbeitnehmer den dienstlichen Internetanschluss während der Arbeitszeit zu privaten Zwecken nutze. Damit verletze der Arbeitnehmer seine Hauptleistungspflicht zur Arbeit. Der Kläger habe an drei Arbeitstagen insgesamt 404,5 Minuten (= 6 Stunden 45 Minuten) im Internet gesurft bzw. auf dem Handy privat telefoniert. Diese Zeiten überschritten bei weitem die betriebsüblichen Pausenzeiten. Insoweit habe das Arbeitsgericht auch zu Lasten der Beklagten die Darlegungs- und Beweislast verkannt. Auch die Gesellschafterstellung des Klägers rechtfertige das Verhalten des Klägers nicht. Unstreitig habe ihr Geschäftsführer mit dem Kläger über die exorbitante Auffälligkeit der Privatnutzung seines Handys tadelnde Gespräche geführt und ihm diese untersagt. Dies habe sie, die Beklagte, erstinstanzlich auch auf Seite 6 ihres Schriftsatzes vom 29.09.2005 unter Beweis gestellt. Angesichts dessen habe der Kläger nicht davon ausgehen können, dass sie, die Beklagte, die ausschweifende Privatnutzung des Handys und des Internets dulden werde. Vorliegend habe es aufgrund der exzessiven Privatnutzung auch keiner Abmahnung bedurft. Ungeachtet dessen sei der Kläger auch mit Schreiben vom 18.08.2004 einschlägig abgemahnt worden. Hierin sei ausdrücklich die Nichteinhaltung der Arbeitszeit gerügt worden. Auch beim privaten Telefonieren und Internetsurfen während der Arbeitszeit sei der Kläger seiner Arbeitspflicht nicht nachgekommen. Die Kündigung sei aber auch deshalb gerechtfertigt.

tigt, weil der Kläger durch Privattelefonate erhebliche Kosten verursacht habe. Von Januar bis Oktober 2004 habe der Kläger € 3.369,07 höhere Handykosten verursacht als ihr Gesellschaftergeschäftsführer. Letzterer habe Handykosten von monatlich durchschnittlich € 50,00 bis € 60,00 während die übrigen Außendienstmitarbeiter auf durchschnittlich € 30,00 Handykosten kämen. Der Kläger sei auch nicht aufgrund seiner Gesellschafterstellung besonders schutzwürdig.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Flensburg, Kammer Husum, vom 17.11.2005, Az. 3 Ca 1531/04, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt

das angefochtene Urteil. Der vermeintliche Kündigungsgrund der exzessiven Privatnutzung des Internets und des Handys sei nur vorgeschoben. Im Kündigungsschreiben sei davon keine Rede gewesen. Erstmals mit Schriftsatz vom 20.06.2005 habe sich die Beklagte hierauf berufen. Ein Nachschieben von Kündigungsgründen sei nicht möglich. Zutreffend habe das Arbeitsgericht auf die Besonderheit seiner Gesellschafterstellung abgestellt. Beide Gesellschafter hätten sich in der Vergangenheit wechselseitig eingeräumt, den dienstlichen Internetanschluss auch privat zu nutzen. Gleiches gelte auch für die private Mobiltelefonnutzung. Er habe dem Geschäftsführer der Beklagten auch mehrfach angeboten, dass eine größere Nutzung des Telefons ihm, dem Kläger, bei seinem Gewinnanteil des Unternehmens entsprechend in Rechnung gestellt werden könne. Es habe eine stillschweigende Abmachung zwischen den Gesellschaftern bestanden, dass auch private Telefonate über die dienstlichen Telefoneinrichtungen abgewickelt werden können. Weder er noch der Geschäftsführer der Beklagten verfügten über einen privaten Festnetzanschluss. Gleiches habe auch für die Internetnutzung gegolten.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Inhalt des Sitzungsprotokolls vom 27.06.2006 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 2 lit. c ArbGG statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, § 66 Abs. 1 ArbGG; § 519 ZPO.

In der Sache hat die Berufung keinen Erfolg.

Sowohl im Ergebnis als auch überwiegend in der Begründung hat das Arbeitsgericht der Feststellungsklage stattgegeben. Die streitgegenständliche Kündigung vom 29.09.2004 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien weder fristlos (I.) noch im Wege der Umdeutung ordentlich zum 31.12.2004 (II.) zu beenden vermocht.

I. Die Voraussetzungen für eine außerordentliche, fristlose Kündigung liegen nicht vor.

1. Eine außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB ist berechtigt, wenn sie aufgrund eines wichtigen Grundes ausgesprochen wird, aufgrund dessen es dem Arbeitgeber unzumutbar ist, den Arbeitnehmer auch nur bis zum Ablauf der geltenden Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen. Ein wichtiger Grund ist dann gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, die unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Berücksichtigung der Interessen beider Vertragsteile dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar machen. Im Rahmen der außerordentlichen Kündigung ist mithin zunächst in einer ersten Stufe zu prüfen, ob ein arbeitsvertraglicher Pflichtverstoß bzw. der Kündigungssachverhalt unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalles an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung abzugeben. In der zweiten Prüfungsstufe ist sodann zu klären, ob es dem Arbeitgeber im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles und der beiderseitigen Interessen unzumutbar ist, den Arbeitnehmer auch nur für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist weiterzube-

schäftigen (BAG, Urt. v. 11.12.2003 – 2 AZR 36/03 -, AP Nr. 179 zu § 626 BGB; BAG, Urt. v. 27.03.2003 – 2 AZR 51/02 -, AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 ‚Überwachung‘; BAG, Urt. v. 20.01.1994 – 2 AZR 521/93 -, AP Nr. 115 zu § 626 BGB; LAG Düsseldorf, Urt. v. 11.05.2005 – 12 (11) Sa 115/05 -, zit. n. Juris).

Hieran gemessen liegt zwar an sich ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vor (2.), indessen führt die notwendige umfassende Interessenabwägung vorliegend dazu, dass die Beklagte den Kläger vor Ausspruch der fristlosen Kündigung nach dem ultima-ratio-Grundsatz zuvor hätte abmahnen müssen (3.).

2. Die Beklagte wirft dem Kläger vor, in der Zeit vom 23.09.2004 bis zum 28.09.2004, d. h. konkret an drei Arbeitstagen während der Dienstzeit insgesamt 220 Minuten im Internet privat gesurft und daneben zumindest 11 private Telefonate mit dem Diensthandy geführt zu haben.

a) Das nicht ausdrücklich oder zumindest konkludent genehmigte private Surfen im Internet während der Dienstzeit in erheblichem zeitlichem Umfang kann an sich geeignet sein, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darzustellen. Dies gilt erst recht, wenn dem Arbeitnehmer die private Nutzung des dienstlichen Internetanschlusses ausdrücklich verboten worden ist. Eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Leistungspflichten sowie anderer vertraglicher Nebenpflichten kann sich bei der privaten Nutzung des Internets aus verschiedenen Umständen ergeben, so insbesondere (BAG, Urt. v. 07.07.2005 – 2 AZR 581/04 -, NZA 2006, 98 ff.):

- durch Nutzung entgegen einem ausdrücklichen Verbot des Arbeitgebers
- durch Nichterbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung während des Surfens im Internet zu privaten Zwecken
- durch das Herunterladen erheblicher Datenmengen aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme (unbefugtes download)
- durch die mit der privaten Nutzung entstehenden zusätzlichen Kosten
- wegen einer Rufschädigung des Arbeitgebers, weil strafbare oder pornographische Darstellungen herunter geladen werden.

Die gleichen Maßstäbe können grundsätzlich auch für das private Telefonieren mit einem Diensthandy aufgestellt werden. Aus der Art der geschuldeten Tätigkeit können sich diesbezüglich indessen Besonderheiten ergeben. Der Außendienstmitarbeiter, der während der dienstlich veranlassten Autofahrt, d. h. während der Arbeitszeit, über eine Freisprechanlage mit dem Diensthandy privat telefoniert, verletzt in dem Moment zwar nicht seine Hauptleistungspflicht zur Arbeit, verursacht aber möglicherweise zusätzliche Kosten für den Arbeitgeber.

b) Das dem Kläger zur Last gelegte Verhalten war an sich geeignet eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Der kündigungsrelevante Sachverhalt zielt auf die zeitlich exzessive private Nutzung des Internets und des Diensthandys während der Dienstzeit.

aa) Die Beklagte wirft dem Kläger nicht vor, insoweit gegen ein ausdrückliches Verbot verstoßen zu haben. Bezüglich des Mobiltelefons hat die Beklagte lediglich vortragen, dass es den Außendienstmitarbeitern lediglich erlaubt ist, privat kurze mit dem Dienst in Verbindung stehende private Telefonate zu führen, etwa um Familienangehörige oder Freunde über eine dienstlich veranlasste Verspätung oder einen Treffpunkt nach Dienstende zu informieren. Ob die Beklagte ein über diesen erlaubten Rahmen hinausgehendes ausdrückliches Verbot gegenüber ihren Mitarbeitern und insbesondere gegenüber dem Kläger ausgesprochen hat, lässt sich der Akte nicht entnehmen. Die Beklagte hat insoweit lediglich pauschal behauptet, dass ihr Geschäftsführer dem Kläger mehrfach dessen Privattelefonate mit dem Diensthandy tadelnd vorgehalten und ihm das gleichzeitig untersagt habe. Dieser Vortrag ist für die Behauptung eines ausdrücklichen Verbots unsubstantiiert. Unstreitig hat die Beklagte über einen längeren Zeitraum die hohen Handykosten des Klägers akzeptiert, ohne hieraus arbeitsrechtliche Konsequenzen zu treffen. In Anbetracht dieser Duldung hätte sie für die Annahme eines ausdrücklichen Verbots vortragen müssen, wann genau und bei welcher Gelegenheit und mit welchem Nachdruck sie dem Kläger nunmehr die private Nutzung des Mobiltelefons während der Arbeitszeit ausdrücklich verboten hat. Bei dem von der Beklagten erstinstanzlich mit Schriftsatz vom 22.09.2005 angebotenen Zeugenbeweis (Seite 6 oben, Bl. 144 d.GA.) handelt es sich um einen unzulässigen Ausforschungsbeweis. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit

die Zeugen K., B. und B. überhaupt etwas zu dem gegenüber dem Kläger ausgesprochenen ausdrücklichen Verbot aussagen können.

Es existierte auch kein ausdrückliches Verbot für den Kläger, den dienstlichen Internetanschluss für private Zwecke zu nutzen. Die Beklagte hat sich vielmehr darauf berufen, dass die Internetbenutzung im Betrieb den Mitarbeitern ausschließlich nur für dienstliche Zwecke eröffnet sei. Eine private Nutzung des Internets finde generell nicht statt. Wann genau und in welcher Form dem Kläger die private Nutzung des Internets durch wen verboten worden ist, lässt sich diesem Vortrag indessen nicht entnehmen. Dies gilt umso mehr, da der Kläger zuvor unstreitig einen eigenen privaten Internetzugang über den dienstlichen Internetanschluss in seiner Wohnung hatte, ihm mithin ausdrücklich das private Surfen über den dienstlichen Internetanschluss erlaubt war.

bb) Auch existiert im Betrieb der Beklagten - soweit ersichtlich – keine allgemeine Nutzungsordnung für den betrieblichen Internetanschluss zu privaten Zwecken. Da der Kläger auch keinerlei Datenmengen – gleich welchen Inhalts – downgeloadet hat, verbleibt es bei den beiden Vorwürfen, dass der Kläger in erheblichem zeitlichem Umfang während der Dienstzeit sowohl das Internet als auch das Mobiltelefon zu privaten Zwecken genutzt und zudem – unbestritten – hohe Telefonkosten verursacht hat.

cc) Der Kläger hat unstreitig während seiner Arbeitszeit in erheblichem zeitlichen Umfang und damit ausschweifend privat im Internet gesurft und auf dem Diensthandy privat telefoniert. Unstreitig hat der Kläger am 23.09.2004 ins. 42 Minuten, am 24.09.2004 ins. 170 Minuten und am 28.09.2004 ins. fünf Minuten im Internet zu privaten Zwecken gesurft. Zusätzlich hat der Kläger an den genannten drei Tagen noch privat mit dem Handy telefoniert, in welchem Umfang ist streitig. Hierzu hat die Beklagte anhand der eingereichten Übersicht (Bl. 54 d. G A.) sowie der dazugehörigen Einzelnachweise (Bl. 99 d. GA., gelbe Markierungen) insoweit substantiiert vorgetragen, dass der Kläger am 23.09.2004 zumindest acht private Telefonate (ins. 86:18 Min.), am 24.09.2004 drei private Telefonate (ins. 29:42 Min.) und am 28.09.2004 vier private Telefonate (ins. 41:12 Min) geführt hat. Hierbei hat das Gericht nur diejenigen Zeiten berücksichtigt, die innerhalb der Arbeitszeit von 8:00 bis 16:00 Uhr la-

gen. Der insoweit substantiierte Vortrag der Beklagten zu dem zeitlichen Umfang der privaten Nutzung des Internets und des Handys während der Dienstzeiten ist vom Kläger nicht substantiiert bestritten worden. Er gilt mithin als zugestanden, § 138 Abs. 2 ZPO. Zumindest am 23.09. und 24.09.2004 hat er mithin in einem zeitlichen Umfang privat gesurft und telefoniert, der die regulären Pausenzeiten bei Weitem überschritten.

Dies hat der Kläger auch nicht substantiiert in Abrede gestellt. Dem Kläger waren aus den Einzelnachweisen sowohl die genauen Zeiten als auch die angewählten Telefonnummern bekannt. Sofern er die angegebene Anzahl der Privattelefonate bestreitet und sich zudem pauschal darauf beruft, dass die Telefonate teils dienstlich veranlasst gewesen seien, ist dieser Vortrag nicht einlassungsfähig und damit unbeachtlich. Er hätte vielmehr konkret vortragen können und müssen, bezüglich welcher Telefonnummern er keine Privatgespräche geführt hat. Auch ist der Kläger dafür darlegungs- und beweispflichtig, dass er während der Nutzung des Mobiltelefons und des Internets zu privaten Zwecken während der Arbeitszeit gleichwohl seine vertragliche Hauptleistungspflicht zur Arbeit nicht verletzt hat (BAG, Urt. v. 07.07.2005 – 2 AZR 581/04 -, a.a.O.).

3. Die streitgegenständliche Kündigung verletzt indessen vorliegend den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, weil die Beklagte den Kläger vor Ausspruch der Kündigung nicht einschlägig abgemahnt hat, obgleich ihr seit längerer Zeit bekannt war, dass der Kläger mit dem Mobiltelefon in erheblichen Umfang auch privat telefonierte. In Anbetracht dieser Kenntnis hätte die Beklagte den Kläger nach dem das Kündigungsrecht beherrschenden ultima-ratio-Grundsatz zuvor abmahnen müssen. Der ultima-ratio-Grundsatz entspringt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

a) Der Beklagten ist an dieser Stelle zuzugeben, dass beim exzessiven und gleichsam ausschweifenden privaten Surfen im Internet und privaten Telefonieren während der Arbeitszeit der Arbeitnehmer in der Regel nicht davon ausgehen kann, dass der Arbeitgeber dies sanktionslos hinnehmen wird. Einer Abmahnung bedarf es in diesen Fällen in aller Regel nicht. Zwar setzt die außerordentliche ebenso wie die ordentliche Kündigung grundsätzlich voraus, dass der Arbeitnehmer bereits zuvor wegen einer vergleichbaren Pflichtverletzung abgemahnt worden ist. Als Ausfluss der

Fürsorgepflicht hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Falle einer Pflichtverletzung grundsätzlich vor Ausspruch einer Kündigung darauf hinzuweisen, welche konkreten Fehler er begangen hat und was demgegenüber als vertragliche Pflichterfüllung von ihm erwartet wird und gleichzeitig zu warnen, dass er im Wiederholungsfalle mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen zu rechnen hat. Dieser Fürsorgepflicht bedarf es indessen nicht, wenn der Arbeitnehmer im Einzelfall aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung nicht damit rechnen kann, dass der Arbeitgeber dieses Verhalten (noch) toleriert. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer die Vertragswidrigkeit seines Verhaltens kennt, seine Pflichtverletzung aber gleichwohl hartnäckig und uneinsichtig fortsetzt (LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 09.05.2005 – 7 Sa 68/05 –, NZA-RR 2005, 634 f.). Gleiches gilt dann, wenn der Vertragsverstoß nicht nur den reinen Leistungsbereich, sondern auch den Vertrauensbereich tangierte und so gravierend war, dass allein der Ausspruch einer Abmahnung das verlorengegangene Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers nicht wieder herzustellen vermag.

b) Hieran gemessen hätte die Beklagte den Kläger vor Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigung zuvor abmahnen müssen. Eine Abmahnung war aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Einzelfalles auch nicht entbehrlich. Hierbei ist insbesondere die Stellung des Klägers als beherrschender Gesellschafter der Beklagten zu berücksichtigen. Zwar hat die Gesellschaftereigenschaft keinen unmittelbaren Einfluss auf das Arbeitsverhältnis, indessen standen dem Kläger unstreitig weitergehende Rechte zu als den übrigen Arbeitnehmern. So hatte er unstreitig – ebenso wie der Geschäftsführer der Beklagten – keinen eigenen privaten Festnetzanschluss, sondern telefonierte privat auch über die betriebliche Telefonanlage. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass der Kläger über eine eigene private Telefonnummer verfügte. Auch hatte der Kläger vor seinem Umzug einen dienstlichen Internetanschluss für Zuhause, den er uneingeschränkt auch zu privaten Zwecken benutzen konnte – ebenso wie der Geschäftsführer der Beklagten. Unbestritten haben der Kläger und der Geschäftsführer der Beklagten die beklagte Firma gegründet. Der Kläger hat als Meister das technische Know-how mitgebracht. Im Berufungstermin hat der Kläger zudem unbestritten vorgetragen, dass es eher ein Zufall war, wer von den beiden die Stellung des Geschäftsführers und wer die des angestellten Arbeitnehmers übernahm. Die Gleichwertigkeit ihrer Gesellschaftsanteile (jeweils 50 %) hatte mithin nicht

nur Einfluss auf die gesellschaftsrechtliche Ebene, sondern vorliegend auch auf die arbeitsvertragliche Ebene. Im Hinblick auf diese Besonderheiten der Vertragsgestaltung hätte die Beklagte den Kläger vor Ausspruch der Kündigung zuvor abmahnen müssen. Der Kläger konnte aufgrund seiner Gesellschafterstellung und seiner daraus resultierenden, über das übliche Maß hinausgehenden Rechte davon ausgehen, dass er sich (noch) vertragsgerecht verhält.

aa) Die Beklagte hat sich zwar bei dem Kläger mehrfach über die hohen Mobilfunkkosten beschwert, indessen hat sie dem Kläger das private Telefonieren auf dem Diensthandy gerade nicht gänzlich untersagt. Der Beklagten war mithin bekannt, dass der Kläger mit dem Diensthandy auch exzessiv privat telefonierte. Gleichwohl hat sie dem Kläger das private Telefonieren gerade nicht verboten. Dies kam einer stillschweigenden Duldung gleich. Lediglich die hohen Telefonrechnungen hatte die Beklagte zum Anlass mehrerer Beschwerden gemacht. Der Kläger konnte im Hinblick auf die Kenntnis des Geschäftsführers über den Umfang der Privattelefonate und das fehlende Verbot sowie seine Gesellschafterstellung mithin nicht davon ausgehen, dass die Beklagte diese objektive Vertragsverletzung zum Anlass einer Kündigung nehmen würde. Dies gilt erst recht in Anbetracht der Tatsache, dass der Kläger als Außendienstmitarbeiter vielfach auch während der Dienstfahrten private Telefonate geführt haben dürfte. Zu Recht weist das Arbeitsgericht deshalb darauf hin, dass es an der Beklagten gewesen wäre, dem Kläger vor Ausspruch der Kündigung deutlich zu machen, dass seine Gesellschafterstellung eine im Vergleich zu den übrigen Außendienstmitarbeitern weitergehende Privatnutzung des dienstlichen Mobiltelefons nicht rechtfertige und es sich hierbei nicht um eine Entnahme oder die Ausschüttung eines Vorabgewinns handeln könne.

bb) Dies gilt auch im Hinblick auf die teilweise exzessive private Nutzung des Internets während der Dienstzeiten. Der Kläger war gerade nicht ein ganz normaler Arbeitnehmer, sondern zugleich auch beherrschender Gründungsmitgeschafter der Beklagten. Die Beklagte gestand ihm deshalb unstreitig – wie oben ausgeführt – weitergehende Rechte zu als den übrigen Außendienstmitarbeitern. Der Geschäftsführer und der Kläger standen sich mithin nicht nur auf der Gesellschafterebene gleichberechtigt gegenüber, sondern aus der für die Beklagte erkennbaren Sicht des Klägers auch auf der arbeitsvertraglichen Ebene. Deshalb konnte der Kläger im vor-

liegenden Falle davon ausgehen, dass er eigenverantwortlich den dienstlichen Internetanschluss auch während der Dienstzeiten zu privaten Zwecken nutzen durfte, ohne hierdurch gleichsam seinen Arbeitsplatz aufs Spiel zu setzen. Die Beklagte hätte den Kläger mithin vor Ausspruch einer Kündigung auf die korrekte Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten hinweisen und ihn warnen und für den Fall der Wiederholung des vertragswidrigen Verhaltens arbeitsrechtliche Konsequenzen androhen müssen. Dies ist indessen nicht geschehen.

c) Die Beklagte hat den Kläger vor Ausspruch der Kündigung nicht einschlägig abgemahnt. Die Beklagte kann sich insoweit nicht mit Erfolg auf die Abmahnung vom 18.08.2004 berufen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob dem Kläger die Abmahnung zu Recht erteilt worden ist. Der Kläger bestreitet, die ihm dort zur Last gelegten arbeitsvertraglichen Pflichtverstöße. Die Abmahnung ist jedenfalls für die kündigungsrelevanten Pflichtverstöße nicht einschlägig.

aa) Sinn und Zweck einer Abmahnung ist nicht nur die Warnfunktion, sondern auch die Hinweisfunktion. Der Arbeitnehmer soll darauf hingewiesen werden, gegen welche konkreten arbeitsvertraglichen Pflichten er verstoßen hat und welche Leistungen demgegenüber von ihm erwartet werden. Der Arbeitnehmer soll mithin eindeutig und unmissverständlich ersehen können, was ihm zum Vorwurf gemacht wird, welches Verhalten der Arbeitgeber missbilligt und in welcher Hinsicht seine Leistungen nicht dessen Anforderungen entsprechen. Nur dann hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, die Vertragsverletzung als solche zu erkennen und sein Verhalten hin zu einer vertragsgerechten Pflichterfüllung zu ändern.

bb) Die Abmahnung vom 18.08.2004 enthält indessen überhaupt keinen Hinweis auf die verbotene private Nutzung des Mobiltelefons und des dienstlichen Internetanschlusses. Der Vorwurf in der Abmahnung zielt vielmehr auf das unentschuldigte Fehlen an drei Arbeitstagen (von Freitag, den 13.08.2004 bis einschließlich Dienstag, den 17.08.2004) sowie einer nicht zeitgerechten Auftragserledigung am 10.08.2004, wobei dieses Datum in der Abmahnung nicht genannt worden ist. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Kläger an den in der Abmahnung genannten Fehltagen Urlaub hatte und ob er am 10.08.2004 die Störungsmeldung betreffend die Vakuumsstation in N. ordnungsgemäß bearbeitet hat. Diese gerügten (vermeintlichen) Pflicht-

verstöße haben nicht den gleichen Unrechtscharakter wie der vorliegende Kündigungssachverhalt. Der Kläger hat am 23.09., 24.09. und 28.09.2004 gerade nicht unentschuldigt gefehlt, sondern während seiner Arbeitszeit privat telefoniert und im Internet gesurft. Mit der Kündigung wird ihm auch nicht der Vorwurf gemacht, an den strittigen Tagen einen bestimmten Auftrag nicht zeitgerecht oder ordnungsgemäß erfüllt zu haben. Es fehlt mithin an der Gleichartigkeit zwischen dem in der Abmahnung und mit der Kündigung erhobenen Vertragsverletzungen. Die Abmahnung ist damit für die streitgegenständliche Kündigung nicht einschlägig.

4. Der Berufungskammer drängt sich vielmehr der Eindruck auf, dass die Beklagte vorliegend einen Kündigungsgrund „gesucht“ hat. Das Kündigungsschreiben selbst enthält keinen Hinweis auf die hier streitigen Kündigungsgründe. Dort wirft die Beklagte dem Kläger unter Hinweis auf die Abmahnung vom 18.08.2004 nur pauschal vor, zum wiederholten Male seine Arbeitskraft der Firma während der betriebsüblichen Arbeitszeit nicht zur Verfügung gestellt zu haben. Hieraus lässt sich nicht entnehmen, dass die Kündigung aufgrund der privaten Nutzung des Mobiltelefons sowie den Internetanschlusses während der Dienstzeit erfolgte. Denn die im Kündigungsschreiben in Bezug genommene Abmahnung betrifft einen anderen Pflichtverstoß und ist im Verhältnis zum Kündigungsvorwurf (privates Telefonieren und Surfen während der Arbeitszeit) nicht einschlägig. In Anbetracht dessen hätte es nahe gelegen, den Kündigungsgrund im Kündigungsschreiben zu präzisieren. Ob sich die Beklagte bereits in den Güteverhandlungen vom 16.11.2004 und 10.05.2005 auf die hier relevanten Kündigungsgründe berufen hat, lässt sich den Protokollen nicht entnehmen. Auffällig ist nur, dass auch in dem gerichtlichen Auflagenbeschluss vom 10.05.2005 (Bl. 27 d.GA.) der Beklagten lediglich pauschal aufgegeben worden ist, die verhaltensbedingten Gründe, die zum Ausspruch der Kündigung führten, darzulegen. Eine derartige pauschale Auflage sollte – gemessen an den Voraussetzungen des § 56 Abs. 1 Ziff. 1 ArbGG – nur dann ergehen, wenn das Gericht noch keine nähere Kenntnis über den Kündigungssachverhalt hat. Soweit ersichtlich beruft sich die Beklagte erstmals mit der Klagerwiderung vom 20.06.2005 auf den hier strittigen Kündigungssachverhalt. Auch erscheint es widersprüchlich, wenn die Beklagte dem Kläger gegenüber wegen unentschuldigter Fehls an drei Arbeitstagen „lediglich“ eine Abmahnung ausspricht, ihm indessen wegen privaten Telefonierens und Surfens im Internet während der Arbeitszeit sogleich fristlos kündigt.

II. Die streitgegenständliche Kündigung ist auch nicht als verhaltensbedingte ordentliche Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt. Auch diesbezüglich gilt der ultima-ratio-Grundsatz, sodass der Kläger zuvor hätte abgemahnt werden müssen.

III. Nach alledem war die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 ArbGG.

Gesetzlich begründbare Gründe für die Zulassung der Revision lagen nicht vor, § 72 Abs. 2 ArbGG.

gez. ...

gez. ...

gez. ...