

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 386/05
7 Sa 68/05
Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. April 2006

URTEIL

Anderl, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 27. April 2006 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Bröhl und Schmitz-Scholemann sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Sieg und die ehrenamtliche Richterin Pitsch für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 9. Mai 2005 - 7 Sa 68/05 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Kündigung der Beklagten vom 29. Juni 2004. 1

Der am 8. August 1951 geborene Kläger (verheiratet, ein Kind) ist seit dem 10. Juli 1972 bei der Beklagten bei dem Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung (BWB) beschäftigt. Seine Bruttomonatsvergütung betrug zuletzt 3.047,00 Euro. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der BAT Anwendung. 2

Dem Kläger steht an seinem Arbeitsplatz ein PC mit Internetzugang zur Verfügung. Der Internetzugang darf nach der einschlägigen Dienstvorschrift nicht zu privaten Zwecken genutzt werden. Auf diese Regelung weist die Beklagte alle Internetnutzer in regelmäßigen Abständen von zwei Jahren hin. Der Kläger hat die Kenntnisnahme zuletzt im Dezember 2003 mit seiner Unterschrift bestätigt. Die Sicherheitsbelehrung enthält auch einen ausdrücklichen Hinweis auf arbeitsrechtliche Konsequenzen im Falle des Verstoßes. 3

Am 13. Mai 2004 wurde der PC des Klägers beschlagnahmt. Am 14. Mai 2004 wurde der Präsident des BWB darüber informiert, von dem PC des Klägers aus sei am 11. Mai 2004 eine Internetseite aufgerufen worden, auf der Sex mit Tieren dargestellt wird. Die Beklagte schaltete nach Prüfung des PC des Klägers die Kriminalpolizei ein. Gegen den Kläger wurde ein Ermittlungsverfahren wegen Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornografischer Schriften eingeleitet. Dieses ist zwischenzeitlich eingestellt worden. 4

Am 4. und am 7. Juni 2004 wurde der Kläger zu dem Vorwurf angehört, er habe vom 8. März bis 13. Mai 2004 während der Dienstzeit rund 50 Stunden verbotswidrig den dienstgelegenen Internetzugang privat genutzt und dabei vorrangig pornografische Seiten besucht. Mit Schreiben vom 7. Juni 2004 wurde der Personalrat zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Klägers angehört. Mit Schreiben vom 9. Juni 2004 teilte der Personalrat mit, er stimme der außerordentlichen Kündigung des Klägers nicht zu. Am 9. Juni 2004 übermittelte der Kläger der Beklagten seinen Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderter. Mit Bescheid vom 20. September 2004 wurde ein Grad der Behinderung von 30 anerkannt. Am 9. Juni 2004 wurde die Vertrauensfrau der Schwerbehinderten beteiligt. Ihre Stellungnahme erfolgte mit Schreiben vom 11. Juni 2004. Am 11. Juni 2004 bat die Beklagte das Integrationsamt um Zustimmung zur Kündigung. Diese wurde mit Datum vom 24. Juni 2004 erteilt. Mit Schreiben vom 29. Juni 2004, dem Kläger am gleichen Tage zugegangen, hat die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger daraufhin außerordentlich gekündigt.

5

Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner Klage. Er hat bestritten, im Umfang von 50 Stunden zu privaten Zwecken im Internet gesurft zu haben. Er habe zu keinem Zeitpunkt Dateien heruntergeladen, er habe sich vielmehr nur Dateien im Internet angeschaut. Zu keinem Zeitpunkt habe er Seiten mit kinderpornografischem Inhalt aufgerufen. Da den Logdateien konkrete Dateinamen nicht zu entnehmen seien, könne er nicht detailliert Stellung nehmen. Es sei auch zu berücksichtigen, dass 394 Minuten auf die 15-minütige Frühstückspause und die 45-minütige Mittagspause entfielen. Außerdem habe er sein Passwort auf dem PC abgespeichert und den Raum nicht abgeschlossen, wenn er seinen Arbeitsplatz nur kurz verlassen habe. Das Personalteam sei zudem zur Auswertung der Dateien nach der einschlägigen Dienstvorschrift nicht berechtigt gewesen.

6

Im Hinblick auf seine langjährige Betriebszugehörigkeit, während derer das Arbeitsverhältnis beanstandungsfrei verlaufen sei, sei eine außerordentliche Kündigung nicht gerechtfertigt. Noch im Jahr 2003 sei ihm auf Grund seiner positiven Leistungen eine Leistungsprämie in Höhe von 2.000 Euro gewährt worden. Es handele sich weder um eine schwerwiegende, noch um eine hartnäckige Pflichtverletzung, so dass der Ausspruch einer Abmahnung nicht entbehrlich gewesen sei. Es liege auch kein das Ansehen der Beklagten schädigendes Verhalten vor. Es sei ihm nicht anzulasten, wenn die Beklagte ohne jeden vernünftigen Anlass die Kriminalpolizei einschalte. Die betriebsinternen Ermittlungen hätten der Schweigepflicht unterliegen. Es sei nicht davon auszugehen, dass eine Abmahnung fruchtlos gewesen wäre. Denn er habe sich

7

an die Fachdienste für Arbeit und Integration Stiftung B gewandt. Er habe auch die Klärung seiner privaten Probleme in Angriff genommen. Die Beklagte beschäftige im Übrigen einen Beamten weiter, der in ähnlicher Weise Verfehlungen begangen habe.

Die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei nicht eingehalten worden. Mangels anerkannter oder offensichtlicher Schwerbehinderung sei die Einholung der Zustimmung des Integrationsamtes gar nicht erforderlich gewesen. Es sei ihm auch nicht verwehrt, sich auf die Nichteinhaltung der Zwei-Wochen-Frist zu berufen. Es wäre der Beklagten unbenommen gewesen, eine Kündigung vor Zustimmung des Integrationsamtes auszusprechen. Es werde auch bestritten, dass die Auswertung des Sachverhalts erst am 3. Juni 2004 erfolgt sei.

8

Der Kläger hat beantragt

9

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die außerordentliche Kündigung vom 29. Juni 2004, ihm zugegangen am 29. Juni 2004, nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und vorgetragen, es sei ihr nicht zuzumuten, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger weiter fortzusetzen. Der Kläger habe in dem Zeitraum 8. März 2004 bis 13. Mai 2004 fast täglich, insgesamt in einem Umfang von ca. 50 Stunden, das Internet während seiner Arbeitszeit privat, insbesondere zum Besuch pornografischer Seiten genutzt. Es seien nur die Internetseiten berücksichtigt worden, die sich ohne Zweifel einer alleinigen privaten Nutzung zuordnen ließen. Es seien auch 11 temporäre Dateien mit kinderpornografischen Darstellungen auf dem PC des Klägers vorhanden gewesen. Da man jedoch nicht habe klären können, ob diese Dateien bewusst durch den Kläger angelegt worden seien, sei eine eventuelle Straftat bei der Kündigung nicht berücksichtigt worden. Der Kläger habe die ihm vorgeworfenen Pflichtverletzungen zunächst in einem persönlichen Gespräch mit der personalbearbeitenden Teamleiterin am 4. Juni 2004 bestritten, am 7. Juni 2004 dann jedoch eingeräumt. Die Dienstvereinbarung über die Arbeitszeit sehe keine Frühstückspause vor. Die Arbeitszeit könne erst ab 11.30 Uhr für die Mittagspause unterbrochen werden. Selbst wenn man die Mittagspause von den ermittelten 51 Stunden und 25 Minuten abziehen würde, verblieben 49 Stunden und 34 Minuten. Bei der Ermittlung des Umfangs der privaten Internetnutzung sei sie gemäß der einschlägigen Dienstvorschrift vorgegangen. Zunächst seien die Ermittlungen durch den IT-Sicherheitsbeauftragten zusammen mit dem zuständigen Referenten vorgenommen worden. Die Erkenntnisse seien dann dem dafür zuständigen Personalführungsteam zur Aus-

10

wertung bezüglich der arbeitsrechtlichen Konsequenzen zur Verfügung gestellt worden.

Insgesamt sei ein wichtiger Grund gegeben. Es drohe für sie die konkrete Gefahr einer Rufschädigung. Zum einen hinterlasse jede Nutzung des Internets eine Spur, die es sachkundigen Dritten möglich mache festzustellen, von welchem Internetzugang aus auf eine bestimmte Homepage zugegriffen worden sei. Durch das Aufrufen bestimmter Webpages könne das Ansehen desjenigen, der den Internetzugang zur Verfügung stelle, erheblich leiden. Zum anderen hätten die staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen tatsächlich stattgefunden. Die Gefahr der Rufschädigung sei spätestens zum Zeitpunkt der Aufnahme der Ermittlungen durch die Kriminalpolizei konkret geworden. Der Kläger habe durch das Aufrufen bestimmter Internetseiten zumindest den automatischen Download ausgelöst, und der Verdacht einer Straftat gemäß § 184 StGB habe bestanden. Im Falle des Verdachts einer während der Dienstzeit begangenen Straftat sei sie als Bundesbehörde verpflichtet, den Sachverhalt den zuständigen Stellen entsprechend anzuzeigen. Zahlreiche Personen seien in die Aufklärung des Sachverhalts eingebunden gewesen. Es bedürfe daher nicht erst des Forums einer Hauptverhandlung, um die unstreitigen Vorfälle zu verbreiten und eine konkrete Gefahr der Rufschädigung für sie zu schaffen. Hinzu komme die in jedem Fall bereits jetzt gegebene Schädigung des Ansehens der Verwaltung innerhalb der Behörde selbst. Das Verhalten des Klägers sei geeignet, das Ansehen der Beklagten in der Öffentlichkeit erheblich zu beschädigen. Sie sei eine Bundesbehörde und Teil der zivilen Bundeswehrverwaltung. Sie habe insoweit eine Vorbildfunktion zu erfüllen. Auch das Verhalten des Klägers nach Ausspruch der Kündigung sei zu berücksichtigen. Er habe sich nicht einsichtig gezeigt und damit jegliche Basis für ein zukünftiges Vertrauensverhältnis entzogen.

11

Auch der Hinweis auf den vermeintlich vergleichbaren Fall eines Beamten rechtfertige kein anderes Ergebnis. Das Bundesdisziplinalgesetz sehe andere, abgestufte Maßnahmen vor. Zudem habe es sich dort nicht um einen Sachverhalt gehandelt, der die Einschaltung der Kriminalpolizei notwendig gemacht habe.

12

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

13

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. 14

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung liege nicht vor. Die fortgesetzten Pflichtverletzungen des Klägers durch seine private Internetnutzung rechtfertigten zwar an sich eine außerordentliche Kündigung. Der Kläger habe gegen das ausdrückliche und ihm auch bekannte Verbot der Privatnutzung verstoßen. Die Beklagte habe jedoch nicht dargelegt, dass der Kläger daneben seine Arbeitspflicht zusätzlich dadurch verletzt habe, dass er die ihm übertragenen Aufgaben nicht, nicht ordnungsgemäß oder nicht in der regulären Arbeitszeit erledigt habe. Eine Abmahnung sei angesichts des fast täglichen Verstoßes des Klägers gegen das ausdrückliche Verbot, das Internet zu privaten Zwecken zu nutzen, entbehrlich gewesen. Es handele sich um einen hartnäckigen und uneinsichtigen Verstoß gegen seine Vertragspflichten. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass sich der Kläger überwiegend pornografische Darstellungen angesehen habe. Dieser Umstand allein begründe allerdings nicht bereits einen zusätzlichen, gegen den Kläger zu berücksichtigenden Umstand im Rahmen der Interessenabwägung. Es seien der Beklagten keine zusätzlichen Kosten durch die private Internetnutzung entstanden. Unter Zugrundelegung des besonders strengen Maßstabes der tariflich zugesicherten Dauerstellung und insbesondere der langen unbeanstandeten Tätigkeit des Klägers sei davon auszugehen, dass der Beklagten die Weiterbeschäftigung des Klägers bis zum Ablauf der ordentlichen Beendigung zumutbar wäre. Die mit dem Auffinden der temporären Dateien mit kinderpornografischen Darstellungen unter Umständen verbundene Gefahr der Rufschädigung der Beklagten sei als gering einzustufen. Die Beklagte habe auch selbst die Gefahr einer Rufschädigung durch Einschaltung der Kriminalpolizei ausgelöst. Eine abstrakte Gefährdung des Ansehens der Beklagten reiche insoweit jedenfalls nicht aus. 15

B. Dem folgt der Senat nicht. Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO). Die Revision rügt zu Recht eine fehlerhafte Anwendung des § 626 Abs. 1 BGB (§ 54 Abs. 1 BAT). Die vom Landesarbeitsgericht gegebene Begründung trägt nicht das Ergebnis, die Kündigung der Beklagten habe das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst. 16

- I. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund 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. Da der in § 626 Abs. 1 BGB verwendete Begriff des wichtigen Grundes ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, kann seine Anwendung durch die Tatsachengerichte im Revisionsverfahren nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, widerspruchsfrei beachtet hat (*st. Rspr. des Senats, vgl. zuletzt: BAG 25. März 2004 - 2 AZR 341/03 - AP BGB § 626 Nr. 189 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 6*). Ebenfalls ist die Prüfung, ob auf Grund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vor Ausspruch einer Kündigung eine Abmahnung erforderlich ist, weitgehend Aufgabe der Tatsacheninstanz und unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfung (*vgl. beispw. BAG 15. November 2001 - 2 AZR 605/00 - BAGE 99, 331*). 17
- II. Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das Berufungsurteil nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat bei der Beurteilung des wichtigen Grundes nicht alle fallrelevanten Umstände berücksichtigt. 18
1. Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Landesarbeitsgericht von einer zweistufigen Prüfung des wichtigen Grundes aus (*vgl. beispw. Senat 17. Mai 1984 - 2 AZR 3/83 - AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 14 = EzA BGB § 626 nF Nr. 90; 2. März 1989 - 2 AZR 280/88 - AP BGB § 626 Nr. 101 = EzA BGB § 626 nF Nr. 118; 14. September 1994 - 2 AZR 164/94 - BAGE 78, 18*). Im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB ist zunächst zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls als wichtiger Kündigungsgrund an sich geeignet ist. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, bedarf es der weiteren Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zumutbar ist oder nicht. 19
2. Schon bei der Prüfung des wichtigen Grundes „an sich“ hat das Landesarbeitsgericht nicht alle fallrelevanten Aspekte berücksichtigt. 20

a) Das Landesarbeitsgericht geht zwar zutreffend davon aus, dass ein Arbeitnehmer ganz erheblich gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstößt, wenn er ein ausdrückliches und fortlaufend wiederholtes Verbot des Arbeitgebers missachtet, das Internet privat zu nutzen und innerhalb von mehr als zwei Monaten fast täglich, insgesamt in erheblichem Umfang privat im Internet surft. Ein solch hartnäckiger und uneinsichtiger Verstoß gegen die Weisung des Arbeitgebers, nicht während der Arbeitszeit mit den Arbeitsmitteln private Dinge zu treiben, rechtfertigt, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend annimmt, regelmäßig auch eine fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung. Es greift jedoch zu kurz, wenn das Landesarbeitsgericht unter den gegebenen Umständen bei der Prüfung des wichtigen Grundes „an sich“ entscheidend nur auf diesen Pflichtverstoß des Klägers abstellt. 21

b) Nach der Senatsrechtsprechung (7. Juli 2005 - 2 AZR 581/04 - EzA BGB 2002 § 626 Nr. 10, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; 12. Januar 2006 - 2 AZR 179/05 -) kommt als kündigungsrelevante Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten bei einer privaten Nutzung des Internets ua. in Betracht: 22

- das Herunterladen einer erheblichen Menge von Daten aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme („unbefugter download“), insbesondere wenn damit einerseits die Gefahr möglicher Vireninfiltrationen 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 heruntergeladen werden (*Hanau/Hoeren Private Internetnutzung durch Arbeitnehmer, S. 31; Mengel NZA 2005, 752, 753*);

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;

- 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 (*Kramer NZA 2004, 457, 459; Mengel NZA 2005, 752, 753*).

Das Landesarbeitsgericht hat sich hier schwerpunktmäßig nur mit der beharrlichen Missachtung des Verbots einer privaten Internetnutzung auseinander gesetzt und andere Pflichtverletzungen des Klägers nicht hinreichend gewichtet. 23

c) Das Landesarbeitsgericht hat insbesondere dem Umstand, dass der Kläger das Internet *während der Arbeitszeit* privat genutzt und damit seine arbeitsvertragliche Leistungspflicht verletzt hat, keine hinreichende Beachtung geschenkt. 24

Bei einer privaten Internetnutzung während der Arbeitszeit verletzt der Arbeitnehmer grundsätzlich seine (Hauptleistungs-) Pflicht zur Arbeit (*BAG 7. Juli 2005 - 2 AZR 581/04 - EzA BGB 2002 § 626 Nr. 10; Balke/Müller DB 1997, 326; Beckschulze DB 2003, 2777, 2781; Kramer NZA 2004, 457, 461; Mengel NZA 2005, 752, 753*). Die private Nutzung des Internets darf die Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung nicht erheblich beeinträchtigen (*Däubler Internet und Arbeitsrecht 3. Aufl. Rn. 189; Hanau/Hoeren Private Internetnutzung durch Arbeitnehmer S. 29; Kramer NZA 2004, 457, 460*). Die Pflichtverletzung wiegt dabei um so schwerer, je mehr der Arbeitnehmer bei der privaten Nutzung des Internets seine Arbeitspflicht in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht vernachlässigt. 25

Unstreitig hat der Kläger mehr als zwei Monate lang fast täglich das Internet in einem Umfang zwischen ca. 15 Minuten und knapp 3 Stunden verbotswidrig privat genutzt. In ca. zehn Wochen betrug die Zeit der privaten Internetnutzung mehr als eine Woche. Damit hat er seine Arbeitspflicht ganz erheblich verletzt, selbst wenn man mögliche Pausenzeiten berücksichtigt. Zu Unrecht stellt das Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang darauf ab, es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger nicht ordnungsgemäß gearbeitet habe. Die Beklagte hat hinreichend dargelegt, dass sich der Kläger die Zeiten, die er sich verbotswidrig ohne Kenntnis seines Arbeitgebers am Arbeitsplatz mit privaten Dingen beschäftigt hat, als Arbeitszeit hat bezahlen lassen. Anhaltspunkte dafür, dass ihm die Beklagte nicht in ausreichendem Umfang Arbeiten zugewiesen hat, hat der Kläger nicht vorgetragen. Unter diesen Umständen gehörte es nicht zur Darlegungslast der Beklagten, im Einzelnen vorzutragen, ob und inwiefern auch die Arbeitsleistung des Klägers unter seinen Privatbeschäftigungen während der Dienstzeit gelitten hat. 26

d) Es spricht auch nicht, wie das Landesarbeitsgericht wohl meint, zu Gunsten des Klägers, dass er der Beklagten durch die private Internetnutzung offenbar keine zusätzlichen Kosten verursacht hat. Der Pflichtverstoß besteht insoweit schon darin, dass der Kläger in großem Umfang entgegen einem ausdrücklichen und ihm gegenüber noch kurz zuvor wiederholten Verbot seine Arbeitsmittel dazu benutzt hat, privaten Tätigkeiten nachzugehen. 27

e) Auch die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zu einer möglichen Rufschädigung der Beklagten halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Gefahr einer Rufschädigung der Beklagten entstand bei der Art der Privatnutzung des Internets durch den Kläger allein dadurch, dass der Kläger umfangreich fast täglich die verschiedensten Internetseiten aufrief, um sich mit Pornografie zu beschäftigen. Der Senat hat schon im Urteil vom 7. Juli 2005 (- 2 AZR 581/04 - EzA BGB 2002 § 626 Nr. 10) darauf hingewiesen, dass allein die Befassung mit pornografischen Darstellungen die Gefahr einer Rückverfolgung an den Nutzer mit sich bringen und damit den Eindruck erwecken kann, eine Behörde, hier des Bundesministers der Verteidigung, befasse sich anstatt mit ihren Dienstaufgaben beispielsweise mit Pornografie. 28

Zu Unrecht geht das Landesarbeitsgericht davon aus, wenn ein staatsanwaltliches Ermittlungsverfahren gegen den betreffenden Arbeitnehmer eingestellt worden sei, spiele es keine Rolle, welche Internetseiten angesehen bzw. heruntergeladen worden seien. Gerade die vom Kläger angesehenen und nach Behauptung der Beklagten heruntergeladenen Seiten pornografischen Inhalts stellten eine konkrete, als zusätzlichen Pflichtverstoß zu wertende Pflichtverletzung des Klägers dar. Auf die bloß strafrechtliche Bewertung des entsprechenden Pflichtverstoßes des Klägers durch die Staatsanwaltschaft kommt es entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts nach § 626 Abs. 1 BGB entscheidend nicht an. 29

f) Neben dieser eher abstrakten Gefahr einer Rufschädigung halten auch die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zu konkreteren Gefährdungen einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Gefahr, dass allein durch die Ermittlungen im Hause und das eingeleitete Strafverfahren die Verfehlungen des Klägers einem größeren Personenkreis zur Kenntnis gebracht werden mussten und eine verbreitete Kenntnis dieser Ermittlungen kaum zu vermeiden war, lag auf der Hand. Der bloße Hinweis auf die Schweigepflicht der ermittelnden Mitarbeiter reicht insoweit nicht aus, diese Gefahr zu zerstreuen. Außerdem hat der Kläger nach seinem eigenen Vorbringen bei seinem Dienst-PC die angeordneten Sicherheitsmaßnahmen umgangen, das Passwort auf dem Computer gespeichert und bei kürzeren Abwesenheitszeiten das Zimmer offen gelassen. Er geht selbst davon aus, dass dadurch der Zugriff fremder Personen auf seine Dateien und damit auf die gespeicherten Pornodateien möglich war. Schließlich kann es der Beklagten auch nicht, wovon offenbar das Landesarbeitsgericht ausgeht, zum Vorwurf gemacht werden, dass sie angesichts des Verdachtes, dass auf dem PC des Klägers kinderpornografische Seiten abgespeichert waren, durch ihre Anzeige ein 30

staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren veranlasst und damit möglicherweise einer „Vertuschung“ der Angelegenheit entgegengewirkt hat. Von einer Bundesbehörde, die durch eine gravierende Pflichtverletzung eines ihrer Arbeitnehmer erheblich geschädigt worden ist, kann nicht verlangt werden, dass sie von ihrer Pflicht, derartige Vorfälle zur Anzeige zu bringen, nur absieht, um eine mögliche Schädigung ihres eigenen Rufs zu verhindern.

g) Nicht eingegangen ist das Landesarbeitsgericht zudem auf den Sicherheitsaspekt. Als Behörde, die Sicherheitsvorschriften unterliegt, musste die Beklagte ein besonderes Interesse daran haben, dass nicht sie oder einer ihrer Arbeitnehmer mit Dingen in Verbindung gebracht wurde, die den Verdacht nahe legten, sie seien strafrechtlich relevant. 31

h) Unberücksichtigt geblieben ist schließlich, dass dem Kläger nach dem zur Zeit der Kündigung geltenden § 8 Abs. 1 Satz 1 BAT gegenüber einem normalen Angestellten in der Privatwirtschaft gesteigerte Verhaltenspflichten oblagen. Der Angestellte hat sich nach dieser Vorschrift so zu verhalten, wie es von Angehörigen des öffentlichen Dienstes erwartet wird. Von einem Angestellten des Bundes ist nach § 8 Abs. 1 BAT zu erwarten, dass er sich nicht monatelang fast täglich zwischen ca. einer Viertelstunde und knapp drei Stunden mit Pornografie im Internet beschäftigt, anstatt seine Dienstpflichten zu erfüllen. Werden solche Verfehlungen bekannt und schreitet der öffentliche Dienstherr hiergegen nicht ein, so fällt dies auf die Behörde und damit auf den gesamten öffentlichen Dienst zurück. Wenn der Eindruck entstehen sollte, Mitarbeiter in zivilen Dienststellen der Bundeswehr beschäftigten sich anstatt mit Dienstaufgaben zu einem erheblichen Teil ihrer Arbeitszeit mit dem Betrachten von Pornoseiten im Internet, so ist ein solcher Eindruck dem Ansehen der Bundeswehr in der Öffentlichkeit insgesamt höchst abträglich (*vgl. BVerwG 8. November 2001 - 2 WD 29/01 - Buchholz 236, 1 § 17 SG Nr. 36*). 32

3. Was die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts anbelangt, so geht das Landesarbeitsgericht zu stark von dem Prüfungsmaßstab aus, den die Rechtsprechung zur außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist entwickelt hat. Geht es um die Frage, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers notfalls bis zu dessen Pensionierung zumutbar ist oder nicht, kann die ordentliche Unkündbarkeit des Arbeitnehmers bei der Interessenabwägung dort in der Tat sowohl zu Gunsten als auch zu Lasten des Arbeitnehmers ins Gewicht fallen. Vorliegend geht 33

es jedoch lediglich um eine fristlose Kündigung. Eine Umdeutung in eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist kommt schon mangels Durchführung des entsprechenden Beteiligungsverfahrens der Personalvertretung nicht in Betracht.

- a) Bei der Prüfung der Frage, ob ein wichtiger Grund zur *fristlosen* Kündigung des Arbeitnehmers vorliegt, geht es allein um die Abwägung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der bei einem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer „fiktiven“ Kündigungsfrist dem Arbeitgeber noch zugemutet werden kann. Bei dieser Prüfung besteht kein hinreichender Anlass, neben dem Alter und der Beschäftigungsdauer die ordentliche Unkündbarkeit des Arbeitnehmers erneut zu dessen Gunsten zu berücksichtigen und damit den ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer besser zu stellen als einen Arbeitnehmer ohne diesen Sonderkündigungsschutz bei entsprechenden Einzelfallumständen und beiderseitigen Interessen (*so im Ansatz schon BAG 21. Januar 1999 - 2 AZR 665/98 - BAGE 90, 367*). 34
- b) § 53 Abs. 3 BAT schließt ausdrücklich nur die ordentliche Kündigung aus. Die außerordentliche Kündigung wird in § 54 BAT unter denselben Voraussetzungen zugelassen wie die außerordentliche Kündigung aller anderen Arbeitnehmer. § 55 BAT enthält zwar für unkündbare Arbeitnehmer Ausnahmeregelungen. Diese gelten aber ausdrücklich nur für dringende betriebliche Erfordernisse und bestimmte personenbedingte Kündigungsgründe. Die Tarifregelung enthält damit keinen Anhaltspunkt für einen Willen der Tarifpartner, selbst beim Vorliegen eines verhaltensbedingten wichtigen Grundes zur außerordentlichen fristlosen Kündigung den unkündbaren Arbeitnehmer besser zu behandeln als jeden anderen Arbeitnehmer (*vgl. BAG 10. Oktober 2002 - 2 AZR 418/01 - EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 1*). 35
- c) Die Interessenabwägung hat sich damit im vorliegenden Fall entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts allein daran zu orientieren, ob bei einem vergleichbaren Arbeitnehmer ohne den Sonderkündigungsschutz nach § 53 Abs. 3, § 55 BAT unter denselben Umständen und bei entsprechender Interessenlage ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung ohne Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist anzunehmen wäre. 36
- III. Der Rechtsstreit ist noch nicht entscheidungsreif. 37
- Zu Teilen des entscheidungserheblichen Sachverhalts fehlen hinreichende tatsächliche Feststellungen des Berufungsgerichts. So ist insbesondere bislang unge- 38

klärt, in welchem Umfang sich der Kläger während seiner Arbeitszeit mit Pornografie befasst hat und welche konkreten Dateien etwa kinder- oder tierpornografischen Inhalts der Kläger willentlich oder unwillentlich auf seinen Dienstcomputer heruntergeladen hat. Dies wird nach der Zurückverweisung nachzuholen sein.

Auch eine an dem zutreffenden Maßstab orientierte Interessenabwägung kann der Senat ohne Eingriff in den Beurteilungsspielraum der Tatsacheninstanz nicht vornehmen. Sollte sich das Vorbringen der Beklagten allerdings bestätigen, dass der Kläger in so erheblichem Umfang wie behauptet seine Arbeit vernachlässigt und auf seinem Dienstcomputer Dateien pornografischen Inhalts heruntergeladen hat, liegt nach den bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts die Wertung nahe, dass die Interessen der Beklagten, sich vom Kläger zu trennen, das Bestandsschutzinteresse des Klägers überwiegen. Anders könnte dies allerdings zu beurteilen sein, wenn, wie der Kläger geltend macht, sein Fehlverhalten Krankheitswert hatte.

39

Liegt ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung iSv. § 54 Abs. 1 BAT iVm. § 626 Abs. 1 BGB vor, so wird das Landesarbeitsgericht weiter zu prüfen haben, ob die Kündigung nach § 54 Abs. 2 BAT rechtzeitig erfolgt ist. Dabei wird es, da sich der Kläger nach dem bisherigen Aktenstand nach Treu und Glauben kaum auf die Verzögerung durch die Mitteilung von seinem Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderter wird berufen können, vor allem auf die Feststellung ankommen, zu welchem Zeitpunkt die Ermittlungen der Beklagten abgeschlossen waren.

40

Rost

Brühl

Schmitz-Scholemann

Pitsch

Sieg