

## Grundsätze zur Kündigung wegen

### **Web und Mail privat nutzen ?**

Die Rahmenbedingungen für die Privatnutzung des Internet am Arbeitsplatz sind gesetzlich nicht geregelt, werden aber durch Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts immer klarer gesteckt. Im Jahr 2006 hat das BAG in zwei Entscheidungen seine mit dem Urteil vom 7.7.2005 (2 AZR 581/04, dazu Göbbels, AuA 2005, S. 472) begonnene Rechtsprechung konsequent fortgesetzt. Die nachfolgende Darstellung bietet einen Überblick über die Leitlinien des BAG zur Kündigung wegen privater Nutzung des Internet, die auch die Instanzgerichte in Zukunft werden beachten müssen.

#### **1. Verbotene Privatnutzung**

In der Entscheidung vom 12.1.2006 (2 AZR 179/05) hatte ein Arbeitnehmer die verbotene Privatnutzung durch die Installation einer Anonymisierungssoftware verschleiert. Bei der Entscheidung vom 27.4.2006 (2 AZR 386/05) ging es um zeitlich exzessive Privatnutzung während der Arbeitszeit, bei der Internetseiten mit pornografischen Inhalten angeschaut und heruntergeladen wurden. In beiden Fällen korrigierte das BAG die Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte, die an eine außerordentliche Kündigung wegen verbotener Privatnutzung zu hohe Anforderungen gestellt hatten.

Die private Nutzung von Arbeitsmitteln kann im Arbeitsvertrag oder in Kollektivvereinbarungen geregelt sein. Auch wenn der Vertrag eine Erlaubnis enthält oder eine entsprechende betriebliche Übung besteht, ist nicht jede Privatnutzung erlaubt. Das exzessive „Surfen“, welches die Leistung des Mitarbeiters erheblich beeinträchtigt, verletzt die Pflicht zur Arbeitsleitung, auch wenn die Privatnutzung im Grundsatz erlaubt ist. Gleiches gilt für Formen, die das Unternehmen schädigen, z.B. strafbare Handlungen im Internet oder das schuldhaft Herunterladen virenverseuchter Inhalte. In diesen Fällen rechtfertigt die Pflichtverletzung auch

ein einzelvertragliches Verbot für zukünftiges privates Nutzen, da die Voraussetzungen für eine verhaltensbedingte Änderungskündigung vorliegen.

### **Praxistipp**

Besteht ein Betriebsrat, sollte, wenn die Privatnutzung nicht generell verboten wird, eine Betriebsvereinbarung über die Reichweite und Grenzen abgeschlossen werden. Da Art und Umfang der Internet- und E-Mail-Nutzung technisch nachvollzogen (kontrolliert) werden können, besteht in der Regel ein zwingendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.

Bei Fehlen einer vertraglichen Regelung bestand Streit, ob das private Nutzen des Internetzugangs als sozialtypische Erscheinung grundsätzlich erlaubt oder als Benutzung fremden Eigentums grundsätzlich verboten ist. Das BAG hat diese Frage entschieden. Das betriebliche Computersystem ist ein Arbeitsmittel, das der Arbeitgeber zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Für private Zwecke dürfen Betriebsmittel nur verwendet werden, wenn das Unternehmen dies gestattet. Fehlt eine Regelung, ist die private Nutzung, die mit dem Erbringen der Arbeitsleistung nicht im Zusammenhang steht, nicht erlaubt.

### **Wichtig**

Auch wenn im Betrieb kein ausdrückliches Verbot besteht, ist die private Nutzung von Internet und E-Mail nicht erlaubt!

Der Mitarbeiter muss wissen, dass er Arbeitsmittel nicht für die Erledigung privater Dinge verwenden darf. Es handelt sich um eine Pflichtverletzung, auch wenn der Arbeitnehmer ein ausdrückliches, im Betrieb bestehendes Verbot nicht kennt. Die fehlende Kenntnis spielt aber für die Frage der Schwere des Pflichtverstoßes und für den Umfang zulässiger Kontrollmaßnahmen eine Rolle.

## **2. Kündigungsgründe**

Nach Auffassung vieler Landesarbeitsgerichte berechtigen nur wiederholte Verstöße gegen ein ausdrückliches und fortlaufend erneuertes Verbot des Arbeitgebers zur verhaltensbedingten Kündigung. Dem tritt das BAG entgegen. Die Erfurter Richter unterscheiden vier kündigungsrelevante Verletzungen arbeitsvertraglicher Pflichten, die bei einer privaten Nutzung des Internets in Betracht kommen:

- > Die private Nutzung des vom Unternehmen zur Verfügung gestellten Internetanschlusses als solche, weil durch sie möglicherweise zusätzliche Kosten entstehen können und jedenfalls Betriebsmittel unberechtigterweise in Anspruch genommen werden. Dieser Kündigungsgrund greift nicht ein, wenn die Privatnutzung im Betrieb erlaubt ist.
- > Das private "Surfen" im Internet während der Arbeitszeit, weil der Mitarbeiter während dessen seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringt und dadurch seine Arbeitspflicht verletzt.
- > Das Herunterladen einer erheblichen Datenmenge aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme, insbesondere wenn damit die Gefahr einer Vireninfiltration oder andere Störungen des – betrieblichen – Betriebssystems verbunden sein können.
- > Das Aufrufen von Internetseiten oder Herunterladen von Daten, deren Rückverfolgung zu einer möglichen Rufschädigung des Arbeitgebers führen kann.

### **3. Interessenabwägung**

Das BAG prüft die Wirksamkeit von Kündigungen in einer Stufenfolge. Auf der ersten Stufe geht es um die Frage, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls als wichtiger Grund an sich geeignet ist. Hierzu hat das BAG die unter Punkt 2 dargestellten Kündigungsgründe wegen der privaten Internetnutzung entwickelt. Auf der zweiten Stufe findet eine Abwägung statt, ob unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und der Interessen beider Vertragsteile eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht. Generelle Aussagen zu dieser Interessenabwägung sind kaum möglich, so dass jede Kündigung wegen Verstoßes gegen eine verbotene Privatnutzung Risiken birgt. Die arbeitnehmerfreundliche Haltung vieler Landesarbeitsgerichte, nach der nur wiederholte Verstöße gegen ausdrücklich ausgesprochene Verbote des Arbeitgebers zur Kündigung berechtigen, könnte sich dabei verlagern.

#### **Praxistipp**

Bei der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, ob der Beschäftigte gegen ein ihm bekanntes Verbot verstoßen hat. Deshalb sind klare Regelungen zum Verbot oder zum Umfang der erlaubten Nutzung zu empfehlen. Diese müssen den Mitar-

beitern so kommuniziert werden, dass die Kenntnis der Regelung im Prozess nachweisbar ist.

#### **4. Ordentliche oder außerordentliche Kündigung**

Die Unterscheidung spielt in den Fällen eine Rolle, in denen eine ordentliche Kündigung, z.B. aufgrund tarifvertraglicher Regelungen, ausgeschlossen ist. Dann müssen die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung, also einen Kündigungsgrund nach § 626 Abs. 1 BGB, gegeben sein. Die Maßstäbe für eine außerordentliche und für eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung (§ 1 KSchG) ist aber nahezu identisch. Eine außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB ist nur gerechtfertigt, wenn dem Arbeitgeber ein Festhalten am Arbeitsplatz nicht einmal für die Dauer der Kündigungsfrist zuzumuten ist.

Das BAG beurteilt die ordentliche Kündigung (Urt. v. 12.1.2006 – 2 AZR 179/05, AuA 1/07, S. 54) anhand der zu einer außerordentlichen Kündigung entwickelten Kriterien (Urt. v. 7.7.2005 – 2 AZR 581/04). Wenn Art und Umfang der verbotenen Privatnutzung eine Kündigung rechtfertigen, kann deshalb in der Regel eine außerordentliche fristlose Kündigung ausgesprochen werden.

#### **Wichtig**

In den Fällen, in denen das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) keine Anwendung findet (Kleinbetriebe mit bis zu 10 Arbeitnehmern) können bereits leichtere Pflichtverletzungen die ordentliche Kündigung rechtfertigen, da außerhalb des KSchG ein Grund nicht erforderlich ist und die Arbeitgeberkündigung nur einer Missbrauchskontrolle unterliegt.

#### **5. Kündigung ohne Abmahnung**

Wichtiger als die Frage, ob eine außerordentliche fristlose oder eine ordentliche Kündigung unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist ausgesprochen werden kann, ist die, ob der Kündigung eine Abmahnung vorausgehen muss. Eine solche ist Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und deshalb nur dann entbehrlich, wenn es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Mitarbeiter ohne weiteres erkennbar ist und bei der er nicht erwarten kann, der Arbeitgeber werde die Pflichtverletzung hinnehmen. Bei einer exzessiven Nutzung des Internets während der Arbeitszeit muss jedem Beschäftigten klar sein, dass er seine arbeitsvertraglichen Haupt- und Nebenpflichten ver-

letzt. Das gilt auch, wenn durch die Art der Internetnutzung zusätzliche Gefahren für das Unternehmen geschaffen werden.

### **Beispiele**

Beispiele aus der Rechtsprechung:

- > wiederholtes ausschweifendes Surfen im Internet (an mehr als zwei Tagen in einem Umfang von jeweils ca. zwei Stunden);
- > Verschleiern der privaten Nutzung (Aufspielen einer Anonymisierungssoftware, die die Kontrolle der aufgerufenen Seiten verhindert);
- > Gefährden des Betriebssystems (Herunterladen von virengefährdeten Programmen oder Umgehung der Firewall);
- > rufschädigende Privatnutzung (zurückverfolgbares Herunterladen von strafbaren oder pornografischen Inhalten).

Die in den Beispielfällen geschilderten Verhaltensweisen berechtigen nicht per se zur außerordentlichen Kündigung ohne Abmahnung. Es ist in jedem Fall noch die Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen (siehe Punkt 3). Die Beispiele sollen aber verdeutlichen, in welchen Fällen das BAG eine Kündigung ohne Abmahnung grundsätzlich für zulässig hält.

### **Praxistipp**

Bei leichten Verstößen sollte der Arbeitgeber zunächst nur eine Abmahnung aussprechen. Dabei ist das konkrete beanstandete Verhalten zu benennen. Damit bei zukünftigem Fehlverhalten eine Kündigung ausgesprochen werden kann, empfiehlt es sich, dies in der Abmahnung anzudrohen.

## **6. Kontrolle der privaten Nutzung**

Zur Kontrolle der privaten Nutzung gibt es keine klar definierten Regularien. Es ist eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse des Unternehmens an der Überwachung der Arbeitnehmer einerseits und dem Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten andererseits vorzunehmen. Die Überprüfung, welche Internetseiten der Arbeitnehmer aufgerufen hat, gibt Aufschluss über besondere Vorlieben des Mitarbeiters, seine Interessen und sein Freizeitverhalten. Wenn im Unternehmen die Privatnutzung des Internet erlaubt ist, wird in aller Regel das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers einer Kontrolle der einzelnen von ihm aufgerufenen Seiten entgegenstehen, da er seinem Arbeitgeber diese privaten Lebensgewohnheiten nicht

offenbaren muss. Ist die Privatnutzung verboten, überwiegt im Regelfall das Interesse des Unternehmens an der Kontrolle.

### **Wichtig**

Eine Kontrolle der vom Arbeitnehmer aufgerufenen Internetseite und des E-Mail-Postfachs ist nur in sehr engen Grenzen möglich, wenn die private Nutzung erlaubt ist.

### **7. Fazit**

Daher empfiehlt sich ein Verbot der Privatnutzung oder eine räumliche Trennung von dienstlicher und privater Nutzung. Besteht ein Betriebsrat, ist wegen der Möglichkeit der Kontrolle eine Betriebsvereinbarung zu treffen. Darin sollten neben dem zulässigen Umfang der privaten Nutzung auch die Voraussetzungen und Grenzen der Kontrolle geregelt werden.

Auch wenn nach der neuen Rechtsprechung des BAG privates „Surfen“ am Arbeitsplatz grundsätzlich verboten ist, empfiehlt es sich, dieses Verbot ausdrücklich zu regeln. Am sichersten ist eine schriftliche Mitteilung, die von den Arbeitnehmern gegenzuzeichnen ist. Erlangt der Arbeitgeber Kenntnis von Verstößen gegen das Verbot, sollte er diese nicht dulden, sondern zumindest mit einer Abmahnung reagieren. Will das Unternehmen seinen Mitarbeitern die Möglichkeit der privaten Internetnutzung in Arbeitspausen einräumen, empfiehlt sich eine strikte Trennung zwischen dienstlicher und privater Nutzung, etwa durch Einrichtung von Internetterminals, die ausschließlich zur privaten Nutzung der Arbeitnehmer während der Pausenzeiten zur Verfügung stehen.

Dr. Reinhard Möller, Rechtsanwalt  
Rechtsanwälte Bartsch und Partner, Karlsruhe