

**Versenden von E-Mails mit erotischem Inhalt führt nur bei kündigungsrelevanten Folgen für den Arbeitgeber zu wichtigem Kündigungsgrund, LAG Hamm Beschl. v. 09.07.2010 - 13 TaBV 28/10**

Der Arbeitgeber kann die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates zur außerordentlichen Kündigung eines Mitglieds diese Gremiums verlangen, wenn die Maßnahme unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist und ein wichtiger Grund vorliegt. Kündigungsrelevante Verletzungen arbeitsvertraglicher Pflichten können namentlich darin liegen, dass bei unbefugten Downloads die Gefahr von Vireninfiltrationen oder anderen Störungen besteht oder es bei deren Rückverfolgung zu möglichen Rufschädigungen des Arbeitgebers, beispielsweise bei pornografischen Darstellungen, kommen kann. Die Versendung von E-Mails mit Dateien mit zumindest erotischen Inhalten stellt jedoch dann keinen wichtigen Grund zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds dar, wenn damit keine kündigungsrelevanten Folgen für den Arbeitgeber verbunden sind.

---

LAG Hamm, Beschl. v. 09.07.2010 - 13 TaBV 28/10  
§ 626 Abs. 1 BGB

ArbG Iserlohn, 18.02.2010 – 4 BV 21/09

Die Beschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 18.02.2010 – 4 BV 21/09 – wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

**G r ü n d e**

A.

Die Arbeitgeberin begehrt die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates zur außerordentlichen Kündigung des Betriebsratsvorsitzenden B4 (Beteiligter zu 3). Der am 28.02.1953 geborene Beteiligte B4, der einen Grad der Behinderung von 50 % aufweist, ist seit dem 03.05.1984 für die Arbeitgeberin, in deren Betrieb ca. 110 Arbeitnehmer beschäftigt sind, als Monteur zu einer Bruttomonatsvergütung von zuletzt 2.281,47 € tätig.

Zumindest in der Zeit vom 27.05. bis zum 25.08.2009 verschickte er vor Beginn seiner Arbeitszeit um 6.00 Uhr von dem PC, der dem Betriebsrat zur Verfügung gestellt worden ist, an 10 bis 13 Arbeitnehmer insgesamt mindestens 59 E-Mails. Diesen waren Bild- bzw. Videodateien mit – in jedem Fall – erotischem Inhalt beigelegt. Die Dateien hatte der Beteiligte B4 mittels eines USB-Sticks von zu Hause mitgebracht.

Zur Nutzung der EDV gibt es im Betrieb eine Erklärung des IT-Beauftragten, dass sämtliche Fremdsoftware nur durch die IT-Abteilung aufgespielt werden soll. Schaltet ein Mitarbeiter den PC ein, erscheint der Hinweis, dass eine Privatnutzung untersagt ist.

Am 25. und 28.08.2009 wurde der Beteiligte B4 in zwei Personalgesprächen mit dem Sachverhalt konfrontiert, den er sofort einräumte.

Mit Schreiben vom 02.09.2009 beantragte die Arbeitgeberin beim Betriebsrat die Zustimmung zur außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung, die mit Schreiben vom 03.09.2009 versagt wurde. Hinsichtlich des näheren Inhalts beider Schreiben wird auf die mit Antragschriftsatz vom 07.09.2009 eingereichten Kopien (Bl. 4 f., 9) verwiesen. Am 16.09.2009 erteilte das zuständige LWL-Integrationsamt Westfalen die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung (Bl. 33 d. A.).

Die Arbeitgeberin hat behauptet, zumindest in 13 Fällen hätten die versandten Dateien einen – strafbaren – pornografischen Inhalt gehabt. Im Übrigen müsse davon ausgegangen werden, dass die Empfänger der E-Mails, die teilweise mit "Euer Betriebsrat" unterzeichnet gewesen seien, diese während der Arbeitszeit angesehen hätten, was zu einem Arbeitsausfall von 21 Stunden geführt hätte. Schließlich stelle das Herunterladen

entsprechender Dateien von externen Servern eine erhebliche Gefahrenquelle dar; die Rückverfolgung der IP-Nr. könne zu einer Rufschädigung führen.

Die Arbeitgeberin hat beantragt,  
die Zustimmung des Antragsgegners zur außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung des Betriebsratsvorsitzenden G1 B4 zu ersetzen.  
Der Betriebsrat und der Beteiligte B4 haben beantragt,  
den Antrag abzuweisen.

Sie haben behauptet, die Dateien hätten keinen pornografischen Inhalt gehabt; es habe sich vielmehr auf dem Niveau dessen bewegt, was das Privatfernsehen zeige.  
Im Übrigen müsse berücksichtigt werden, dass – unstreitig – alle Dateien sofort gelöscht worden seien und er, der Beteiligte B4, sich sowohl in einer Betriebsversammlung als auch anlässlich einer Betriebsratssitzung in Anwesenheit von Arbeitgebervertretern für sein Fehlverhalten entschuldigt habe.

Das Arbeitsgericht hat mit Beschluss vom 18.02.2010 den Antrag abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass der Beteiligte B4 zwar gegen das Verbot der privaten Nutzung des firmeninternen E-Mail-Systems verstoßen habe. Die darin liegende Pflichtverletzung sei jedoch – gerade auch angesichts des nachträglichen einsichtigen Verhaltens des Arbeitnehmers – nicht so schwerwiegend, um eine Abmahnung entbehrlich zu machen. Ein nach § 184 StGB strafbares Verhalten liege nicht vor. Es bestehe auch nicht die Gefahr einer Rufschädigung durch Rückverfolgung von IP-Adressen. Das Entstehen zusätzlicher Kosten sei ebenso wenig dargelegt worden wie ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistungen.  
Gegen diese Entscheidung wendet sich die Arbeitgeberin mit ihrer Beschwerde.  
Sie ist der Auffassung, mehrere E-Mail-Anhänge wiesen eindeutig einen pornografischen Inhalt auf. Insoweit wird Bezug genommen auf die Ausführungen im arbeitgeberseitigen Beschwerdebeurteilungsschriftsatz vom 05.05.2010, S. 3 (Bl. 146 d. A.).

Wegen der Gesamtdatenmenge von 183 MB sei ein nachhaltiges Risiko in Bezug auf die Infizierung des EDV-Systems u.a. mit Viren und Trojanern eröffnet worden.  
Nach allgemeiner Lebenserfahrung hätten die Empfänger die E-Mails auch während der Arbeitszeit gelesen, wodurch ein erheblicher, durch den Beteiligten B4 verursachter Schaden entstanden sei.

Die Arbeitgeberin beantragt,  
den Beschluss des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 18.02.2010 – 4 BV 21/09 – abzuändern und die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitnehmers G1 B4 zu ersetzen.

Der Betriebsrat und der Beteiligte B4 beantragen,  
die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie weisen darauf hin, dass im Betrieb mangels Absprache mit dem Betriebsrat kein wirksames Verbot der Privatnutzung von EDV existiere.  
Im Übrigen stelle die Verbreitung der Dateien keine Straftat nach § 184 StGB dar, wobei dem Betriebsrat im Zuge der Anhörung der Inhalt der Dateien auch gar nicht mitgeteilt worden sei. Es gebe auch keine greifbaren Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Systemsicherheit und für den Eintritt konkreter Schäden.

Schließlich müsse im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden, dass er, der Beteiligte B4, sich sein Fehlverhalten zu Herzen genommen habe.  
Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen ergänzend Bezug genommen.

B.

Die zulässige Beschwerde der Arbeitgeberin ist unbegründet. Der Zustimmungsersetzungsantrag war abzuweisen, weil kein Grund für die außerordentliche Kündigung des Beteiligten B4 gegeben ist.

Nach § 103 Abs. 2 S. 1 BetrVG i. V. m. § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG kann der Arbeitgeber die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates zur außerordentlichen Kündigung eines Mitglieds dieses Gremiums verlangen, wenn die Maßnahme unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist. Dies bedingt wiederum, dass die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB gegeben sind. Danach kann ein Arbeitsverhältnis von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der (fiktiven) Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

In dem Zusammenhang kann nach zutreffender allgemeiner Meinung in der unzulässigen privaten Nutzung betrieblich vorgehaltener EDV-Einrichtungen im Einzelfall ein so gravierendes Fehlverhalten liegen, dass die (sofortige) Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt ist ([BAG, 31.05.2007](#) □ [2 AZR 200/06](#) □ [AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 57](#); [27.04.2006](#) □ [2 AZR 386/05](#) □ [AP BGB § 626 Nr. 202](#); [12.01.2006](#) □ [2 AZR 179/05](#) □ [AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54](#); [07.07.2005](#) □ [2 AZR 581/04](#) □ [AP BGB § 626 Nr. 192](#); [LAG Hamm, 12.11.2009 - 15 Sa 848/09](#); [LAG Rheinland-Pfalz, 17.12.2008 - 7 Sa 317/08](#); [10.12.2008 - 8 Sa 318/08](#); [ErfK/Müller-Glöge, 10. Aufl., § 626 BGB Rn. 100](#); [KR/Griebeling, 9. Aufl., § 1 KSchG Rn. 496b](#)). Kündigungsrelevante Verletzungen arbeitsvertraglicher Pflichten können namentlich darin liegen, dass bei unbefugten Downloads die Gefahr von Vireneinführungen oder anderen Störungen besteht oder es bei deren Rückverfolgung zu möglichen Rufschädigungen des Arbeitgebers, beispielsweise bei pornografischen Darstellungen, kommen kann. Es kann auch von Bedeutung sein, ob dem Arbeitgeber zusätzliche Kosten entstanden sind und/oder der Arbeitnehmer durch eine Privatnutzung während der Arbeitszeit seine Pflicht zur Arbeitsleistung verletzt hat.

Die genannten Voraussetzungen lassen sich hier nicht feststellen.

Zwar hat der Beteiligte B4, wie er selbst wiederholt zugestanden hat, seine arbeitsvertraglichen Pflichten dadurch verletzt, dass er über mehrere Monate immer wieder vom PC des Betriebsrates unzulässigerweise E-Mails mit Dateien zumindest erotischen Inhalts an 10 bis 13 Arbeitnehmer versandt hat. Es lässt sich aber nicht feststellen, dass damit kündigungsrelevante Folgen für die Arbeitgeberin verbunden waren.

In dem Zusammenhang kann dahinstehen, ob die versandten Bild- und Videodateien tatsächlich teilweise einen strafrechtsrelevanten pornografischen Inhalt aufgewiesen haben. Selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, was allerdings nicht einfach festzustellen ist (*vgl. Fischer, StGB, 56. Aufl., § 184 Rn. 7 ff.*), soll im Falle Erwachsener - wie hier - durch § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB "nur" die ungewollte Konfrontation damit verhindert werden (*ArbG Hannover, 28.04.2005* □ *10 Ca 791/04*; *Hörmle, NJW 2002, 1008*). Arbeitgeberseits ist aber an keiner Stelle dargelegt worden, dass sich die erwachsenen Empfänger der E-Mails durch deren Inhalt in ihrer Intimsphäre verletzt gefühlt haben. Es gibt auch keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass es infolge der mittels USB-Stick in das betriebliche EDV-System gelangten Dateien zu irgendeiner Rufschädigung auf Seiten der Arbeitgeberin gekommen ist. Diese hat auch nicht konkret den Eintritt finanzieller Schäden darlegen können. So hat der Beteiligte B4 die Versendung der E-Mails nicht während seiner Arbeitszeit vorgenommen. Es ist auch nicht belegt worden, ob und, wenn ja, wann in welchem zeitlichen Umfang sich die 10 bis 13 Empfänger die Dateien angeschaut haben, namentlich ob dies während deren individueller Arbeitszeit geschehen ist. Erst dann wäre die weitere Frage zu klären gewesen, inwieweit der Beteiligte B4 dafür hätte verantwortlich gemacht werden können.

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass der Beteiligte B4 zwar – abmahnwürdig – durch die Versendung der E-Mails seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt hat. Da mit dem Fehlverhalten auf Arbeitgeberseite aber keine feststellbaren Folgen verbunden waren, kann es keine Kündigung des seit dem 03.05.1984 bestehenden Arbeitsverhältnisses eines 57 Jahre alten, schwerbehinderten Arbeitnehmers rechtfertigen, erst recht keine hier nur mögliche außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB.

Gründe für die Zulassung der Rechtsbeschwerde sind nicht gegeben.