

LANDEsarbeitsgericht NÜRNBERG

4 Sa 295/14

6 Ca 3075/13

(Arbeitsgericht Nürnberg)

Datum: 13.11.2014

Rechtsvorschriften: §§ 626 BGB, 1 KSchG

Leitsatz:

Keine gerechtfertigte Kündigung eines Mitarbeiters wegen Öffnens einer passwortgeschützten Datei, die seinen Namen trägt.

Urteil:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 28.03.2014, Az.: 6 Ca 3075/13, wird auf Kosten der Berufungsführerin zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberkündigung vom 29.04.2013.

Der am 12.08.1962 geborene Kläger ist bei der Beklagten seit dem 01.09.2003 beschäftigt und bezog zuletzt in seiner Funktion als Werkstattvorarbeiter im Bauhof ein Bruttomo-

natsentgelt in Höhe von EUR 3.351,57.

Der Bauhofleiter B... fertigte unter dem Datum 27.02.2013 und dem Betreff „Situation Herr M...“ eine Aktennotiz (Kopie Bl. 24-26 d.A.), in der er das Arbeits- und Führungsverhalten des Klägers kritisierte und den Ausspruch einer Abmahnung, dessen Absetzung als Vorarbeiter und die interne Versetzung in den Bereich der Stadtreinigung forderte. Diese Aktennotiz wurde in dem Ordner „Aktennotizen“ in der EDV der Beklagten abgelegt. Die Beklagte nahm diese Mitteilung des Vorgesetzten zum Anlass, dem Kläger unter dem Datum 22.03.2013 eine Ermahnung wegen Störung des Betriebsfriedens auszusprechen (Kopie Bl. 27-29 d.A.) und ihm gegenüber anzukündigen, bei erneuten Verfehlungen eine Abmahnung auszusprechen.

In einer weiteren Aktennotiz vom 19.04.2013 teilte der Bauhofleiter B... mit, dass seitens des Klägers andere Bauhofmitarbeiter mit dem Inhalt des kennwortgeschützten Aktenvermerks vom 27.02.2013 konfrontiert worden seien und der Kläger Stimmung gegen ihn mache.

In dem daraufhin mit dem Kläger am 25.04.2013 geführten Personalgespräch gab dieser an, aus Neugier die ihn betreffende passwortgeschützte Datei geöffnet zu haben und das erforderliche Passwort aufgrund eines Aushangs an der Pinnwand von seinem Vorgänger mitgeteilt erhalten zu haben.

Mit Schreiben vom 25.04.2013 leitete die Beklagte den bei ihr bestehenden Personalrat dem Entwurf des Kündigungsschreibens vom selben Tag zur Anhörung gemäß Art. 77 Abs. 3 BayPersVG und Mitwirkung gemäß Art. 77 Abs. 1 BayPersVG zu.

Der Personalrat nahm mit Schreiben vom 29.04.2013 (Kopie Bl. 23 d.A.) zu der Kündigungsabsicht der Beklagten Stellung.

Die Beklagte kündigte dem Kläger mit dem noch am selben Tag zugeleiteten Schreiben vom 29.04.2013 (Kopie Bl. 4 d.A.) außerordentlich mit sofortiger Wirkung und hilfsweise mit Ablauf des 30.09.2013.

Hiergegen hat der Kläger mit seiner am Folgetag beim Arbeitsgericht Nürnberg eingereichten Klage vom 14.05.2013 Feststellungsklage erhoben.

Wegen der Anträge der Parteien und ihres näheren Vorbringens im erstinstanzlichen Verfahren wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht Nürnberg hat mit Endurteil vom 28.03.2014 dem Kündigungsschutzantrag stattgegeben und die Klage hinsichtlich des daneben gestellten allgemeinen Feststellungsantrags abgewiesen.

Es hat dies im Wesentlichen damit begründet, die Beklagte hätte auf das streitgegenständliche Fehlverhalten des Klägers zunächst mit dem mildereren Mittel der Abmahnung reagieren müssen. Die ordnungsgemäße Beteiligung des Personalrats habe die Beklagte nicht in dem erforderlichen Umfang dargelegt. Für den neben dem Kündigungsschutzantrag gestellten allgemeinen Feststellungsantrag fehle es an einem Rechtsschutzbedürfnis des Klägers.

Gegen das den Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 03.04.2014 zugestellte Urteil haben diese mit Telefax vom 17.04.2014 Berufung eingelegt und sie gleichzeitig begründet.

Die Beklagte behauptet, der Kläger habe keine Berechtigung gehabt, die passwortgeschützte Datei „Aktennotiz Situation M...“ mit Datum vom 27.02.2013 zu öffnen. Dies unabhängig davon, ob die Behauptungen des Klägers zuträfen, sein Vorgänger S... habe ihm das Passwort persönlich mitgeteilt oder sei von ihm an der Pinnwand ausgehängt worden bzw. das Passwort sei im Bauhof allgemein bekannt gewesen. Gegenüber der Mitarbeiterin K... habe sich der Kläger am 18.04.2013 dahingehend eingelassen, „das Passwort für den Lese- und Schreibschutz sei für ihn kein Problem gewesen“.

Das Recht des Klägers auf Einsichtnahme in seine Personalakte verleihe ihm nicht das Recht, eine passwortgeschützte Datei seines Vorgesetzten zu öffnen, den Inhalt auszudrucken und Dritten zuzuleiten. Das streitgegenständliche Passwort sei von dem Bauhofleiter B... selbst vergeben worden und nur ihm bekannt gewesen.

Der Kläger habe durch sein Verhalten die Pflicht zur Rücksichtnahme auf Interessen des Arbeitgebers nach § 241 Abs. 2 BGB erheblich verletzt, was die fristlose Kündigung rechtfertige. Einer Abmahnung habe es in Ansehen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wegen der Schwere der Pflichtverletzung nicht bedurft. Der Kläger hätte seinen Vorgesetzten

darüber informieren müssen, dass das von ihm verwendete Passwort nicht mehr geheim und sicher sei. Dies habe er unterlassen und zudem den Vorgesetzten dadurch diskreditiert, dass er die Aktennotiz ausgedruckt und seinen Arbeitskollegen gezeigt habe.

Eine Abmahnung sei darüber hinaus nicht erfolversprechend gewesen, denn die gesamten Einlassungen des Klägers würden deutlich machen, dass er den Unrechtsgehalt seiner Handlung überhaupt nicht verstanden habe. Er habe sich mit den unterschiedlichsten Versionen verteidigt ohne zu erkennen zu geben, dass ein Passwort nicht einfach geknackt werden dürfe. Es sei daher davon auszugehen, dass er auch in Zukunft die Rücksichtnahmepflichten gegenüber seinem Vorgesetzten verletzen werde. Die Zeugen S... und L... könnten bekunden, dass das persönliche Passwort des Vorgesetzten B... im Bauhof nicht allgemein bekannt gewesen sei.

Der Kläger habe gegen § 5 BDSG und Art.5 BayDSG verstoßen, denn die Aktennotiz vom 27.02.2013 habe die persönlichen Verhältnisse des Vorgesetzten B... zum Kläger zum Inhalt gehabt und damit personenbezogene Daten i.S.d. § 1 Abs. 1 BDSG bzw. Art. 4 Abs. 1 BayDSG. Diese Dateien habe er in unzulässiger Weise gespeichert, ausgedruckt und an Dritte weitergegeben. Die betreffende Datei habe sich in einem Ordner des Vorgesetzten B... befunden mit den Themen „Arbeitszeiten, Pausenzeiten, Winterdienst“. Mit seinem Verhalten habe der Kläger eine Ordnungswidrigkeit i.S.d. Art. 37 Abs. 1 BayDSG begangen.

Der bei ihr bestehende Personalrat sei ordnungsgemäß angehört worden, und zwar durch Zuleitung des Anhörungsschreibens vom 25.04.2013 und Zuziehung der Personalratsvorsitzenden zu dem Gespräch mit dem Kläger am 25.04.2013. Dem Personalrat seien auch die persönlichen Daten des Klägers bekannt gewesen, wie er mit Schreiben vom 27.01.2014 (Kopie Bl. 187 d.A.) bestätigt habe.

Die Beklagte und Berufungsklägerin beantragt:

1. In Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 28.03.2014 – Aktenzeichen 6 Ca 3076/13 – wird die Klage abgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Der Kläger und Berufungsbeklagte beantragt:

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Zur Begründung trägt er vor, er sei am 15.04.2013 nach Hochfahren des Computers und Eingabe seines Passwortes über Anklicken der Symbole „Arbeitsplatz“ und „Aktennotizen“ auf die Datei „Aktennotiz Situation M...“ gestoßen, als er nach einer Aktennotiz zur Materialbeschaffung gesucht habe. Da diese Datei ihn persönlich betroffen habe, habe er sie angeklickt und in das diesbezügliche Eingabefeld die Benutzerkennung „Bauhof 1“ eingegeben. Diese Benutzerkennung sei an seinem Arbeitsplatz auf der Computerleiste handschriftlich vermerkt gewesen und ihm auch von seinem Vorgänger S... persönlich mitgeteilt worden. Bei Eingabe dieser Benutzerkennung sei für ihn nicht ersichtlich gewesen, dass es sich um eine Datei des Vorgesetzten B... gehandelt habe. Es sei zwar richtig, dass er die Datei nicht in Ausführung eines Arbeitsauftrages geöffnet habe und der Anspruch auf Einsicht in seine Personalakte ihm noch nicht das Recht verleihe, die Dateien eines Vorgesetzten zu öffnen, den Inhalt auszudrucken und Dritten zuzuleiten. Zu bewerten sei indes, dass die „Aktennotiz Situation M...“ seine persönlichen und dienstlichen Verhältnisse betreffe und Bestandteil seiner Personalakte im materiellen Sinne sei. Diesbezüglich bestehe ein tarifvertraglicher Anspruch, jederzeit in die vollständige Personalakte einschließlich aller Neben- und Sonderakten Einsicht zu nehmen. Auch nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 BDSG könne er Auskunft über die zu seiner Person gespeicherten Daten verlangen. Auch wenn dies möglicherweise nicht rechtfertige, dass er seine Rechte selbst wahrgenommen habe, relativiere dies doch die von der Beklagten behaupteten Datenschutzverstöße durch ihn. Gleiches gelte für die Vorhalte der Beklagten, die Datei ausgedruckt und Dritten gezeigt zu haben, denn bei einer erfolgten Einsicht in seine Personalakte sei er nicht gehindert gewesen, erhaltene Kopien Dritten zu zeigen. Er habe weder gegenüber der Mitarbeiterin K... geprahlt, das Passwort seines Vorgesetzten „geknackt“ zu haben, noch sei es sein Ziel gewesen, den Vorgesetzten B... bloßzustellen. Für ihn nicht nachvollziehbar sei, warum nicht der Ausspruch einer Abmahnung erfolgversprechend gewesen wäre. Ein besonders schwerer Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot liege nicht vor. Ihm sei bei Öffnen der Datei nicht bewusst gewesen, dass es sich

um eine personenbezogene Datei des Vorgesetzten handele, vielmehr sei für ihn lediglich ersichtlich gewesen, dass es sich um eine ihn betreffende Datei handele. Diese sei nicht in einem Ordner mit personenbezogenen Daten seines Vorgesetzten abgelegt worden, sondern in einem Ordner „Aktennotizen“. Da es sich um eine seine Person betreffende Datei gehandelt habe, die Teil seiner Personalakte sei, könne ihm nicht der Vorwurf einer schwerwiegenden Verletzung des Datenschutzgesetzes gemacht werden. Sein Verhalten wäre allenfalls mit einer Abmahnung zu ahnden gewesen.

Die Beklagte habe nach wie vor die ordnungsgemäße Beteiligung des Personalrats nicht konkret dargelegt. Entscheidend sei, was dem Personalrat im Rahmen der Anhörung tatsächlich schriftlich oder mündlich mitgeteilt worden sei und nicht, was der Personalrat der Beklagten später schriftlich bestätigt habe. Diesbezüglich würden nach wie vor exakte Angaben, insbesondere zur Kenntnis des Personalrats von seinen Sozialdaten fehlen.

Bezüglich weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt der im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Von einer weitergehenden Darstellung des Tatbestandes wird gem. § 69 Abs. 2 ArbGG abgesehen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig.

Sie ist statthaft, § 64 Abs. 1, Abs. 2 c ArbGG, und auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO.

- 7 -

II.

Die Berufung ist sachlich nicht begründet.

Das Erstgericht hat im Ergebnis zutreffend festgestellt, dass die Kündigung der Beklagten vom 29.04.2013 das Arbeitsverhältnis des Klägers weder mit sofortiger Wirkung zum 29.04.2013 beendet hat noch zum 30.09.2013. Sowohl in Bezug auf die ausgesprochene fristlose Kündigung als auch die hilfsweise ordentliche Kündigung zum 30.09.2013 fehlt es im Rahmen des zu beachtenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und der vorzunehmenden Interessenabwägung an einer vorherigen erfolglosen Abmahnung des Klägers.

1. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund und 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 Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

Ein wichtiger Grund zur Kündigung kann sowohl in einer erheblichen Verletzung von vertraglichen Hauptleistungspflichten als auch in der von Nebenpflichten liegen. Als Vertragspflichtverletzung, die eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen vermag, ist ein nachhaltiger Verstoß des Arbeitnehmers gegen berechnete Weisungen des Arbeitgebers anzusehen. Ebenso kann die erhebliche Verletzung der Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers gemäß § 241 Abs. 2 BGB einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB bilden. Der konkrete Inhalt dieser Pflicht ergibt sich aus dem jeweiligen Arbeitsverhältnis und seinen spezifischen Anforderungen. Einer besonderen Vereinbarung bedarf es insoweit nicht (so BAG vom 24.03.2011 – 2 AZR 282/10 – NZA 2011, 1029).

Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des

Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen.

Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche mildere Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Als mildere Reaktion sind insbesondere Abmahnung und ordentliche Kündigung anzusehen. Sie sind dann alternative Gestaltungsmittel, wenn schon sie geeignet sind, den mit der außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck – die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen – zu erreichen.

Beruhet 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. Ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Sie dient zugleich der Objektivierung der negativen Prognose.

Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist eine Kündigung nicht gerechtfertigt, wenn es mildere Mittel gibt, eine Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen. Dieser Aspekt hat durch die Regelung des § 314 Abs. 2 BGB i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB eine gesetzgeberische Bestätigung erfahren. Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes deshalb nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist (so BAG, a.a.O.).

2. Bei Anwendung dieser Grundsätze ist die Entscheidung des Erstgerichts, die Beklagte hätte angesichts der Pflichtverletzungen des Klägers vor Ausspruch einer fristlosen oder ordentlichen Beendigungskündigung eine Abmahnung aussprechen müssen, rechtlich nicht zu beanstanden.
 - a) Der Kläger hat Nebenpflichten seines Arbeitsverhältnisses, auf die Interessen der Arbeitgeberin gemäß § 241 Abs. 2 BGB Rücksicht zu nehmen, die Zusammenarbeit mit Vorgesetzten und Kollegen nicht zu beeinträchtigen und den Betriebsfrie-

den in seiner Abteilung nicht zu stören dadurch verletzt, dass er unberechtigt eine nicht für ihn bestimmte und passwortgeschützte Datei geöffnet, gelesen, ausgedruckt und zumindest einem anderen Mitarbeiter zur Kenntnis gebracht hat. Er hat dabei auch vorsätzlich gehandelt, denn er wusste, dass diese Datei – unabhängig von der Person des Verfassers – nicht zu seiner Kenntnisnahme bestimmt war, sondern aufgrund des Passwortschutzes ein Verwaltungsinternum darstellt. Insoweit geht auch die Argumentation des Klägers hinsichtlich des Einsichtsrechtes in seine Personalakte fehl. Es ist nämlich nicht jeder den Arbeitnehmer betreffende verwaltungsinterne Vorgang, der in der Rechtsbeziehung zum Arbeitnehmer vom Arbeitgeber nicht umgesetzt worden ist, zur Personalakte zu nehmen. Insoweit werden verwaltungsinterne Aktennotizen, die von der Arbeitgeberin nicht zum Anlass einer das Arbeitsverhältnis betreffenden Maßnahme genommen werden – hier die vom Bauhofleiter B... in der Aktennotiz vom 27.02.2013 geforderte Abmahnung und Absetzung des Klägers als Vorarbeiter, seine Rückgruppierung und Versetzung in den Bereich der Stadtreinigung – nicht zwingender Bestandteil der Personalakte und müssen dem Arbeitnehmer deshalb nicht eröffnet oder gemäß § 3 Abs. 5 TVöD seinem Einsichtsrecht zugänglich gemacht werden. Es genügt, die auf der Aktennotiz beruhende schriftliche Ermahnung vom 22.03.2013 zur Personalakte des Klägers zu nehmen, da sich erst diese Maßnahme unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis des Klägers auswirkt und nicht jede verwaltungsinterne Vorbereitungsmaßnahme dokumentiert und dem Arbeitnehmer eröffnet werden muss (vgl. Dassau/Wiesend-Rothbrust, TVöD, 5. Aufl., § 3 TVöD Rz. 40 ff.).

Andererseits wiegen die datenschutzrechtlichen Überlegungen der Beklagten hier kündigungsgesetzlich nicht erschwerend, denn der Kläger durfte aufgrund der Bezeichnung der Datei mit „Situation Herr M...“ davon ausgehen, dass diese Datei eigene personenbezogene Daten i.S.d. § 3 Abs. 1 BDSG enthält; d.h. Einzelangaben über persönliche Verhältnisse, das Arbeitsverhältnis betreffend. Insoweit kommen Rechte des Betroffenen gemäß § 6 BDSG in Betracht, auch wenn es sich gleichzeitig um personenbezogene Daten eines anderen Mitarbeiters, hier des Vorgesetzten B..., handeln sollte.

Soweit der Kläger nach dem Öffnen der Datei und ihrem Lesen erkannt hat, dass

diese einen internen Vorgang der Personaladministration betrifft, der durch die Ermahnung vom 22.03.2013 nicht umgesetzt worden ist, hätte es sich geboten, den Inhalt der Datei vertraulich zu behandeln und nicht anderen Mitarbeitern zur Kenntnis zu geben. Dies war nämlich geeignet, die Position des Vorgesetzten B... zu beeinträchtigen und seine Autorität zu schwächen. Letzteres stellt eine schwerwiegende Nebenpflichtverletzung des Klägers dar.

Im Rahmen der Interessenabwägung zur Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist indes auch zu berücksichtigen, dass die Datei, die einen die Person des Klägers betreffende verwaltungsinterne Angelegenheit betrifft, unter namentlicher Bezeichnung des Klägers in einem Bereich der EDV der Arbeitgeberin abgelegt ist, die dem Zugriff eines jedweden Mitarbeiters zugänglich ist. Auch wenn die Datei passwortgeschützt war, wurde dennoch für jeden Mitarbeiter, der in der Lage war, das Fenster „Aktennotizen“ zu öffnen, erkennbar, dass es einen verwaltungsinternen Vorgang „Situation Herr M...“ gibt. Dies alleine ist schon geeignet, Spekulationen zu eröffnen und Neugierde zu wecken, um welche Art der Situation es sich hierbei wohl handeln mag. Insoweit ist nicht verwunderlich, dass insbesondere der persönlich betroffene Mitarbeiter selbst bestrebt ist, in Erfahrung zu bringen, um welchen seine Person betreffenden Vorgang es sich hierbei wohl handeln mag. Unter Berücksichtigung des Datenschutzes und der Datensicherheit ist es übliche Verwaltungspraxis, solche Dateien in einem Bereich der EDV der Arbeitgeberin abzulegen, die ausschließlich den Personalverantwortlichen und ihren unmittelbaren Mitarbeitern zugänglich ist.

Hinzu kommt, dass ein ausreichender Passwortschutz nicht gegeben war, denn der Kläger hat nach seinem eigenen Bekunden das von dem Verfasser B... verwendete Passwort gekannt und es war auf der Computerleiste seines PC-Anschlusses handschriftlich vermerkt. Letzteres hat der Kläger durch ein von ihm gefertigtes Lichtbild (Anlage K 2, Bl. 43 d.A.) in den Prozess eingeführt. Diesbezüglich wird von der Beklagten zwar behauptet, das verwendete Passwort stamme von dem Vorgesetzten B... und sei nicht allgemein bei den Mitarbeitern des Bauhofes bekannt. Dies besagt indes noch nichts, wie lange dieses Passwort bereits von dem Bauhofleiter verwendet wird und wie dieses auf den Anschluss des Arbeitsplatzrechners des Klägers gelangt ist. Nach Angaben des Klägers stammte

dies noch aus der Zeit seines Vorgängers, darum beruhte seine Kenntnis von dem Passwort nicht auf eigener Tätigkeit als „Computerhacker“. Aus dem Sachvortrag der Beklagten kann nicht darauf geschlossen werden, dass auf der Computerleiste vermerkte Passwort sei vom Kläger auf unredliche Weise in Kenntnis gebracht worden ist.

Die Pflichtverletzungen des Klägers betreffen allesamt eigene steuerbare Vorgänge, weshalb in Erwägung zu ziehen war, ob nicht bereits durch den Ausspruch einer Abmahnung der Kläger davon abgehalten werden kann, sich zukünftig in ähnlich vertragswidriger Weise zu verhalten. Insoweit kommt zugunsten des Klägers zum Tragen, dass die Beklagte ausweislich ihrer Ermahnung vom 22.03.2013 davon ausgegangen ist, dass ein damals geführtes Personalgespräch zu „positiven Bemühungen“ des Klägers und zu einer Verbesserung seines Verhaltens geführt hat. Deshalb ist auch davon abgesehen worden, die Beanstandungen des Vorgesetzten B... in seiner Aktennotiz vom 27.02.2013 zum Gegenstand einer förmlichen Abmahnung zu machen. Vielmehr wurde diese ausdrücklich erst bei erneuten Verfehlungen in Aussicht gestellt.

Die Pflichtverletzungen des Klägers hätten folglich – wie angekündigt – vor Ausspruch einer Beendigungskündigung zum Gegenstand einer förmlichen Abmahnung gemacht werden müssen. Es liegen keine konkreten Umstände dafür vor, der Kläger würde sich nach einer förmlichen Abmahnung nicht erneut darum bemühen, sein Verhalten zu verbessern, zumal nunmehr die Beendigung des Vertragsverhältnisses unmittelbar im Raum stand. Weit mehr als ein bloßes Personalgespräch vor Ausspruch einer Abmahnung wäre die Abmahnung selbst geeignet, dem Arbeitnehmer Anlass zu geben, sein Verhalten zu hinterfragen und von weiteren Vertragsverstößen Abstand zu nehmen, die nunmehr für ihn erkennbar die Beendigung seines Vertragsverhältnisses im Raum steht.

Gerade wegen der zunächst angekündigten Abmahnung im Wiederholungsfalle durfte der Kläger die von ihm begangene weitere Pflichtverletzung nicht bereits als kündigungsrelevant einordnen und erübrigte sich nicht deshalb der Ausspruch der angekündigten Abmahnung.

Auch aufgrund der besonderen Umstände, dass die Neugierde eines Arbeitnehmers dadurch geweckt wird, dass in einem für ihn selbst zugänglichen Bereich der

EDV eine Datei abgespeichert ist, die seinen Namen trägt, kommt der Pflichtverletzung des Arbeitnehmers in diesem Zusammenhang nicht ein solches Gewicht zu, dass die sofortige Kündigungskonsequenz gezogen werden durfte. Insoweit hat die Beklagte bzw. der Verfasser dieser Datei durch deren Benennung und die Art der Ablage Umstände gesetzt, die mitursächlich für die Pflichtverletzung des Klägers gewesen sind. Für ein aktives Ausspähen des Passwortes des Bauhofleiters durch den Kläger fehlen ausreichende konkrete Tatsachen. Ebenso wenig wird vorgetragen, dass das Passwort von dem Bauhofleiter erst seit kurzer Zeit verwendet wird und damit dem Kläger gar nicht von seinem Vorgänger zur Kenntnis gebracht werden konnte. Insoweit wäre zu überprüfen, ob nicht in bestimmten zeitlichen Abständen von den Mitarbeitern eine Änderung der von ihnen verwendeten Passwörter gefordert wird, um künftig einen effektiveren Datenschutz hinsichtlich personenbezogener Daten zu schaffen.

3. Die fehlende erfolglose Abmahnung führt dazu, dass sich auch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung als nicht sozial gerechtfertigt gemäß § 1 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 KSchG erweist.
Insoweit gelten die Ausführungen zu dem auch im Recht der ordentlichen Kündigung greifenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechend.

III.

1. Die Beklagte hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO.
2. Für die Zulassung der Revision besteht kein gesetzlich begründeter Anlass, § 72 Abs. 2 ArbGG.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben;
auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Roth
Vorsitzender Richter
am Landesarbeitsgericht

Riegler
ehrenamtlicher Richter

Zawidzki
ehrenamtlicher Richter