
Datum: 11.07.2013
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 11. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 Sa 312/13
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2013:0711.11SA312.13.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Münster, 4 Ca 455/12
Schlagworte: Entschädigung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts
Normen: BDSG § 32

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Münster vom 11.01.2013 – 4 Ca 455/12 – teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin eine Geldentschädigung von 1.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.07.2012 zu zahlen.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin $\frac{3}{4}$, die Beklagte trägt $\frac{1}{4}$.

Die Kosten des Verfahrens der ersten Instanz trägt die Klägerin zu 72 % und die Beklagte zu 28 %.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand	1
Die Parteien streiten im Berufungsrechtszug noch über eine Geldentschädigung, welche die Klägerin beansprucht, weil ein arbeitgeberseits beauftragter Detektiv im Februar 2012 im	2

Rahmen einer Krankenkontrolle heimlich Videoaufnahmen von ihr gemacht hat. Die Entscheidung des Arbeitsgerichts, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigungen vom 28.02.2012 und vom 05.03.2012 nicht aufgelöst worden ist, ist hingegen in Rechtskraft erwachsen.

Die 1964 geborene Klägerin ist seit dem 01.05.2011 bei der Beklagten, einem Unternehmen mit 18 Beschäftigten, als Sekretärin der Geschäftsleitung zu einem durchschnittlichen Bruttomonatslohn in Höhe von 3.500,00 € tätig. Wegen der Einzelheiten des schriftlichen Arbeitsvertrages wird auf die Kopie Bl. 27 ff. GA verwiesen. Am 12.12.2011 kam es zu einer Meinungsverschiedenheit, weil die Klägerin eine Weisung zur Vorlage von Produktunterlagen nicht so erledigte, wie es der Geschäftsführer erwartet hatte. Einzelheiten des Vorfalls sind streitig. Ab dem 27.12.2011 war die Klägerin arbeitsunfähig krankgeschrieben. Mit Fax vom 03.01.2012 teilte sie dem Geschäftsführer der Beklagten, der für eine Woche in Urlaub gefahren war, mit, sie leide an einer schweren Bronchitis und einer daraus resultierenden Rippenfellentzündung. Sie werde aber, soweit es ihr Gesundheitszustand zulasse, nach Bedarf und Dringlichkeit einige Stunden ins Büro kommen (Bl. 34 GA). Der Geschäftsführer blieb weiterhin im Urlaub. Die Klägerin erschien nicht im Büro. Nach Rückkehr des Geschäftsführers aus dem Urlaub rief die Klägerin den Geschäftsführer an und teilte mit, sie sei wiederum krankgeschrieben, nun wegen eines Bandscheibenvorfalles. 3

Für den Zeitraum vom 27.12.2011 bis zum 28.02.2012 liegen die nachfolgenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vor: 4

- Erstbescheinigung vom 27.12.2011 für den Zeitraum vom 27.12.2011 bis zum 30.12.2011 von dem Facharzt für Allgemeinmedizin – Homöopathie – Dr. G1 (Bl. 33 GA), 5

- Folgebescheinigung vom 02.01.2012 für den Zeitraum bis einschließlich 06.01.2012 von dem Facharzt für Allgemeinmedizin – Homöopathie – Dr. G1 (Bl. 33 GA), 6

- Folgebescheinigung vom 06.01.2011 für den Zeitraum bis einschließlich 20.01.2012 von dem Facharzt für Allgemeinmedizin – Homöopathie – Dr. G1 (Bl. 35 GA), 7

- Folgebescheinigung vom 23.01.2011 für den Zeitraum bis einschließlich 03.02.2012 von dem Facharzt für Allgemeinmedizin – Homöopathie – Dr. G1 (Bl. 35 GA), 8

- Erstbescheinigung vom 31.01.2012 für den Zeitraum vom 31.01.2012 bis einschließlich 14.02.2012 von der Fachärztin für Physikalische und Rehabilitative Medizin / Fachärztin für Orthopädie G2 (Bl. 36 GA) 9

- Folgebescheinigung vom 14.02.2012 für den Zeitraum bis einschließlich 28.02.2012 von der Fachärztin für Physikalische und Rehabilitative Medizin / Fachärztin für Orthopädie G2 (Bl. 36 GA) 10

Die Beklagte entschloss sich, eine Detektei zu beauftragen. Am 16.02.2012, 17.02.2012, 23.02.2012 und 24.02.2012 wurde die Klägerin von der beauftragten Detektei observiert. Auf den zur Akte gereichten Observationsbericht wird Bezug genommen (Bl. 80 - 92 GA). 11

Während des Observationszeitraums fuhr die Klägerin am 24.02.2012 um 10.29 Uhr mit ihrem PKW zu einem Waschsalon an der W1 Straße 12 in M1. Nach den Beobachtungen des Detektivs betrat sie mit Wäsche auf dem Arm den Waschsalon und befüllte im Hocken eine Waschmaschine. Sie verlud dann noch weitere Wäsche und fuhr anschließend wieder weg. Gegen 12.32 Uhr kehrte sie zum Waschsalon zurück. Sie holte einen Wäschekorb aus dem 12

Kofferraum, leerte die Waschmaschine und kam mit einem gefüllten Korb zum Auto zurück. Sie ging anschließend erneut in den Waschsalon und leerte aus einer anderen Waschmaschine einen gefüllten Wäschesack. In einem Korb trug sie dann den Wäschesack auf der Höhe der Brust mit ausgestreckten Armen in den hinteren Teil des Waschsalons. Später kam sie mit dem mit Wäsche gefüllten Korb aus dem Salon. Sie trug diesen auf der Höhe der Hüfte, halb unter dem linken Arm, die rechte Hand zur Unterstützung. Nach kurzer Zeit drehte sie den Korb ganz vor die Hüfte und ging, leichtes Hohlkreuz nach hinten, mit dem Korb auf Hüfthöhe zu ihrem Fahrzeug. Hier angekommen hob sie das linke Bein und brachte das Knie unter den Korb, um diesen zu halten. Sie öffnete den Kofferraum mit angehobenem Knie und in Rücklage und verlud den Wäschekorb dann dort. Danach betrat sie noch einmal den Salon und kam mit dem Wäschesack aus der Wäscherei, den sie ebenfalls verlud.

In den Observationsbericht sind insgesamt 11 Bilder zum Geschehen eingefügt. Zum 17.02.2012 findet sich ein Foto einer männlichen Person mit einem Hund (Bl. 83 GA), aufgenommen in der Nähe der Einfahrt zum Wohnhaus der Klägerin. Diese männliche Person ist auf dem Foto abgedeckt, so dass man nur den Hund und einen Teil der Hand mit der Leine erkennen kann. Weitere 10 Bilder betreffen den 24.02.2012. 9 Bilder stammen aus verschiedenen Videosequenzen, die der Detektiv heimlich aufgezeichnet hatte, und zwar Bilder aus einem Video 1, einem Video 2, einem Video 5, einem Video 6, einem Video 7 und einem Video 9 (Bl. 86 – 91 GA). Drei dieser Bilder zeigen die Klägerin an ihrer Wohnanschrift mit einer Mülltonne, beim Warten an einem Fußweg und beim „Begrüßen“ und Liebkosen eines Hundes (Bl. 86, 87 GA), die weiteren 8 Bilder betreffen die anschließende Fahrt zum Waschsalon und das Verhalten der Klägerin dort (Bl. 88 – 91). Bei den Fotos zum 24.02.2012 wird im Text angegeben, dass es sich jeweils um die Zielperson („ZP“), also die Klägerin, handelt. Das Gesicht der Klägerin ist auf den Fotos jeweils abgedeckt. Am Ende des Observationsberichts heißt es (Bl. 92 GA):

„Die Detektei P2 verwahrt diverse Videoaufnahmen der Zielperson – Bildnisse, welche im Rahmen der Observation von den Ermittlern angefertigt wurden. Diese dürfen auf Grund der Regelungen aus dem Kunsturhebergesetz nicht weitergegeben werden. Sie werden stattdessen von der Detektei P2 aufgehoben und können im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen der ZP und dem Auftraggeber vom Gericht als Beweismittel angefordert werden.“

Mit Schreiben vom 28.02.2012 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Klägerin fristlos und hilfsweise fristgerecht (Bl. 4 GA). Mit dem Kündigungsschreiben wurde die Klägerin zugleich aufgefordert, die Schlüssel Nr. 8 und 9 zur zentralen Schließanlage binnen 24 Stunden zurückzugeben. Die Klägerin gab die Schlüssel zunächst nicht zurück. Mit Schreiben vom 05.03.2012 mahnte die Beklagte die Klägerin wegen der Nichtrückgabe der Schlüssel ab und kündigte das Arbeitsverhältnis erneut außerordentlich mit sofortiger Wirkung (Bl. 5 GA).

Zur Erkrankung der Klägerin bis zum 28.02.2012 liegen weitere Unterlagen vor:

- Mit Schreiben vom 09.01.2012 informierte der Arzt für Nervenheilkunde B1 den Hausarzt der Klägerin Dr. G1 über einen bei der Klägerin diagnostizierten Bandscheibenvorfall (Bl. 51 GA), nachrichtlich zugleich an den Facharzt für Orthopädie Dr. R1.

- Mit Schreiben vom 03.02.2012 wandte sich der Facharzt für Orthopädie Dr. M2 an den Hausarzt Dr. G1 (Bl. 52 GA). Er bedankte sich für die Überweisung und teilte die Diagnose „Bandscheibenvorfall C6/7“ mit.

- Mit Schreiben vom 31.01.2012 wandte sich der Arzt für Radiologie und Neuroradiologie Dr. P1 an die Praxis B1/H1, Fachärzte für Nervenheilkunde, und teilte festgestellte Befunde mit (Bl. 53 GA). 19

- Unter dem 05.04.2012 attestierte Dr. med. G1, der Hausarzt der Klägerin, dass die Klägerin Ende 2011 einen Bandscheibenvorfall im Bereich der Halswirbelsäule erlitten habe, dieser sei kernspintomografisch nachgewiesen, die Klägerin sei deshalb vom 27.12.2011 bis 28.02.2012 kontinuierlich arbeitsunfähig gewesen (Bl. 50 GA). 20

- Wegen des „Befund- und Behandlungsberichts vom 31.01.12 bis 28.02.12“ der Fachärztin für Physikalische und Rehabilitative / Fachärztin für Orthopädie Medizin G2 wird auf Bl. 54 GA Bezug genommen. 21

- Wegen Ausführungen der orthopädischen Praxis Dr. R1 im „Ärztlichen Bericht zur Vorlage“ vom 27.09.2012, dass „sich zu einem Hund herabzubeugen, einen Korb mit leichten Wäschestücken oder Hundedecken zu tragen“ mit einem Bandscheibenvorfall, insbesondere kurz vor Wiederaufnahme der Arbeitsfähigkeit [sic], möglich und im Rahmen einer zunehmenden „Belastungserprobung“ medizinisch sinnvoll sei, wird auf Bl. 119, 120 GA verwiesen. 22

- Wegen der von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht am 11.01.2013 zur Gerichtsakte gereichten „Psychotherapeutischen Stellungnahme“ zu einer seit Juni 2012 stattfindenden psychotherapeutischen Behandlung des behandelnden Diplom-Psychologen und Psychotherapeuten A2 vom 16.11.2012 wird auf Bl. 121 GA Bezug genommen. 23

- Mit der beim Arbeitsgericht Münster unter dem 14.03.2012 eingegangenen Klage hat sich die Klägerin zunächst gegen die beiden Kündigungen gewandt. Später hat sie die Klage um Zahlungsanträge auf Schmerzensgeld und Arbeitsentgelt erweitert. Widerklagend hat die Beklagte die Klägerin auf Ersatz der Detektivkosten in Anspruch genommen. 24

- Nach einem Telefonat mit dem Vorsitzenden des Arbeitsgerichts hat der Detektiv die Videoaufzeichnungen am 25.07.2012 zur Gerichtskate gereicht (Bl. 61, 62 GA). Kopien der Videoaufnahmen sind vom Arbeitsgericht an die Anwälte der Parteien versandt worden. Die Videoaufzeichnungen sind in der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht nicht angeschaut worden. 25

- Die Klägerin hat unter anderem die Ansicht vertreten, die Beklagte schulde ihr wegen der verdeckten Überwachung mit heimlicher Videoaufzeichnung eine Geldentschädigung. Die Kündigung vom 05.03.2012 sei schon deshalb unwirksam, weil gleichzeitig eine Abmahnung ausgesprochen worden sei. Die Klägerin hat behauptet, am 12.12.2011 habe der Geschäftsführer der Beklagten sie lediglich gebeten, Unterlagen herauszusuchen und vorzulegen. Zu diesem Zeitpunkt habe sie gerade mit dem Steuerberater telefoniert. Auf Grund des Telefonats habe sie nicht genau verstanden, welche Unterlagen sie habe heraussuchen sollen. Nach Beendigung des Telefonats habe sie eine Kollegin gefragt, ob diese wisse, welche der Unterlagen der Geschäftsführer benötige. Sie habe den Geschäftsführer nicht stören wollen, da er in einer wichtigen Geschäftsbesprechung gesessen habe. Nach ca. zehn Minuten sei der Geschäftsführer herausgekommen und habe erneut nach den Unterlagen gefragt. Ein Fehlverhalten liege nicht vor. Es sei auch keine Abmahnung ausgesprochen worden. Sie habe im Übrigen die ihr übermittelten Unterlagen dann ordnungsgemäß in das Fach des Geschäftsführers gelegt. Dies entspreche der Üblichkeit und Weisungslage im Betrieb. Ihr sei nicht mitgeteilt worden, dass es sich um 26

„wichtige“ Papiere handele. Sie habe ihre Arbeitsunfähigkeit nicht vorgetäuscht. Sie habe tatsächlich einen Bandscheibenvorfall erlitten und sei deshalb arbeitsunfähig gewesen. Zunächst habe sie eine Bronchitis gehabt. Auf Grund der Schmerzen im Rippenbereich habe sie den Verdacht gehabt, dass die Bronchitis zu einer Rippenfellentzündung geführt habe. Demgemäß habe sie ihren Hausarzt aufgesucht. Da die Schmerzen nicht besser geworden seien, habe sie sich zu einem Orthopäden begeben. Dort sei ein MRT durchgeführt worden und es sei der Bandscheibenvorfall festgestellt worden. Sie sei vom Orthopäden Dr. R1 in M1 behandelt worden. Sie habe sich durchaus bücken können, da der Bandscheibenvorfall im Halswirbelsäulenbereich stattgefunden habe und nicht im unteren Wirbelbereich. Sie habe am 24.02.2011 nicht einen Berg Wäsche getragen sondern lediglich ein großes Hundekissen und eine Hundedecke mit einem Gewicht von nicht einmal einem Kilogramm. Durch die vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen und Arztberichte sei nachgewiesen, dass sie arbeitsunfähig gewesen sei. Sämtliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen seien ordnungsgemäß ausgestellt worden und seien keinesfalls zweifelhaft. Dr. G1, ihr Hausarzt, habe sie die gesamte Zeit über behandelt. Nachdem die dauerhaften starken Schmerzen sich jedoch nicht verringert hätten, sei der Verdacht einer Nervenentzündung gestellt worden. Demgemäß sei sie zu Herrn Dr. B1 überwiesen worden, der die Nervenbahnen überprüft habe. Nachdem das Ergebnis vorgelegen habe und eine Nervenentzündung hätte ausgeschlossen werden können, sei angeregt worden, ein MRT durchzuführen. Dies sei dann im C2 in M1 geschehen. Ergebnis sei gewesen, dass bei ihr ein Bandscheibenvorfall vorgelegen habe. Sämtliche Untersuchungsergebnisse der Fachärzte seien dem Hausarzt übermittelt worden und mit diesem besprochen worden. Demgemäß habe der Hausarzt auch weitere Folgearbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ausstellen können. Die Orthopädin Frau G2 habe selbstverständlich keine Folgearbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausstellen können, da ihr das vorherige Krankheitsbild nicht bekannt gewesen sei. Aus diesem Grund sei von ihr eine Erstbescheinigung ausgestellt worden. Eine Beschäftigung sei auf Grund des Bandscheibenvorfalles nicht möglich gewesen. Eine Beschäftigung sei ihr ausdrücklich von den Ärzten untersagt worden. Es sei ihr nicht möglich gewesen, längere Zeit an einem Schreibtisch zu sitzen und PC-Arbeit durchzuführen. Aufgrund der Observierung durch die Detektei stehe ihr ein Schmerzensgeld zu. Die Beauftragung der Detektei durch die Beklagte sei weder angemessen noch gerechtfertigt gewesen. Die Beklagte habe sie dadurch erheblich in ihrem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt. Sie habe in der Folgezeit regelmäßig die Befürchtung gehabt, beobachtet zu werden. Ihre Gedanken hätten immer wieder darum gekreist, was der Detektiv noch alles in Erfahrung gebracht haben könnte und inwieweit ihre Familie von dem Detektiv beobachtet worden sei. Dies habe bei ihr zu erheblichen psychischen Beeinträchtigungen geführt, so dass sie sich in ärztliche Behandlung begeben habe. Sie befinde sich auch derzeit noch in psychotherapeutischer Behandlung wegen der Beauftragung des Detektivs. Ein Schmerzensgeld in Höhe des dreifachen Monatsbruttogehalts sei angemessen. Schadensersatzansprüche wegen der Beauftragung der Detektei stünden der Beklagten nicht zu. Die Beauftragung der Detektei sei gerade nicht gerechtfertigt gewesen. Ein konkreter Verdacht habe gegen sie nicht bestanden. Im Übrigen hätten weniger eingreifende, kostengünstigere Mittel der Aufklärung zur Verfügung gestanden. Die Beklagte hätte zum einen ein Gespräch mit ihr führen können, zum anderen hätte die Beklagte den medizinischen Dienst mit der Überprüfung der Krankheit beauftragen können.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

27

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 28.02.2012 nicht aufgelöst worden ist,

28

29

2.	festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin auch nicht durch die hilfsweise ausgesprochene fristgerechte Kündigung der Beklagten vom 28.02.2012 aufgelöst worden ist,	
3.	festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin durch die weitere fristlose Kündigung der Beklagten vom 05.03.2012 nicht aufgelöst worden ist,	30
4.	die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin ein Schmerzensgeld, dessen Höhe in das Ermessen des erkennenden Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.07.2012 zu zahlen,	31
5.	die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 17.500,00€ brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 3.500,00 € seit dem 01.04.2012, 01.05.2012, 01.06.2012, 01.07.2012 und 01.08.2012 zu zahlen,	32
6.	die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 7.000,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 3.500,00 € seit dem 01.09.2012 und 01.10.2012 zu zahlen,	33
7.	die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 3.500,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2012 zu zahlen.	34
	Die Beklagte hat beantragt,	35
	die Klage abzuweisen.	36
	Widerklagend hat die Beklagte beantragt,	37
	die Klägerin zu verurteilen, an sie 1.540,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.05.2012 zu zahlen.	38
	Die Klägerin hat beantragt,	39
	die Widerklage abzuweisen.	40
	Die Beklagte hat die Entschädigungsforderung für unbegründet erachtet. Am 12.12.2011 sei es zu einer Fehlleistung der Klägerin gekommen. Ihr Geschäftsführer habe Geschäftsbesuch aus Holland gehabt. Im Verlauf dieses Geschäftsgesprächs habe ihr Geschäftsführer die Klägerin gebeten, Unterlagen zu einem Produktvergleich betreffend Wälzlager verschiedener Hersteller herauszusuchen und vorzulegen. Als die Unterlagen nach 10 - 15 Minuten Wartezeit noch nicht vorgelegen hätten, sei der Geschäftsführer ins Vorzimmer gegangen und habe nachgefragt. Die Klägerin habe telefoniert und auf Nachfrage erklärt, die Unterlagen, die sie habe vorlegen sollen, kenne sie nicht. Der Geschäftsführer habe die Klägerin deshalb mündlich abgemahnt und darauf hingewiesen, dass sie diejenigen Arbeiten, die von ihm persönlich angewiesen würden, immer mit höchster Priorität zu bearbeiten habe. Ende Januar 2012 habe sie, die Beklagte, von einem weiteren Vorfall erfahren. Der Zeuge H2 habe ihren Geschäftsführer angerufen. Es sei um einen Darlehnsvertrag zwischen ihr und der C1 gegangen, den sie über den 31.01.2012 habe verlängern wollen. Der Zeuge H2 habe dem Geschäftsführer erklärt, die C1 könne über den Verlängerungsantrag nicht entscheiden, weil die Bilanz 2010 nicht vorliege. Der Geschäftsführer sei perplex gewesen, denn er habe die Unterlagen der C1 am 09.12.2011 per Boten zukommen lassen. Das habe der Zeuge H2 bestätigt. Er habe aber mitgeteilt, dass er die Unterlagen am 14.12.2011 persönlich zurückgebracht habe und der Klägerin übergeben habe mit dem Hinweis, eine Unterschrift	41

des Geschäftsführers der Beklagten fehle. Er habe um Nachholung gebeten und anschließende erneute Zusendung an die C1. Wie sich herausgestellt habe, habe die Klägerin die Unterlagen schlicht entgegen genommen und in einen Schrank gelegt. Ihr Geschäftsführer sei weder von dem Besuch des Zeugen H2 noch von dessen Monitum hinsichtlich der fehlenden Unterschrift informiert worden. Der Geschäftsführer habe daraufhin die Klägerin angerufen und ihr erklärt, dass ein solches Verhalten unzumutbar sei, da eine solche Nachlässigkeit zu massiven Problemen bei der Liquidität der Beklagten habe führen können. Er habe ihr erklärt, dass bei Wiederholungen eine Zusammenarbeit nicht mehr möglich sei. Nach Rückkehr des Geschäftsführers aus dem Urlaub zu Anfang Januar 2012 habe die Klägerin den Geschäftsführer angerufen und mitgeteilt, sie sei weiter krankgeschrieben, nun wegen eines Bandscheibenvorfalles. Die Klägerin habe von einem Vorfall mit stärksten Schmerzen berichtet, eine Operation sei wahrscheinlich. Der Geschäftsführer habe wegen aufkommender Zweifel seinen Bruder kontaktiert, der Arzt sei. Dieser habe bestätigt, dass eine Behandlung des geschilderten Leidens durch einen Hausarzt mehr als ungewöhnlich sei; nach seiner Erfahrung seien Bandscheibenbeschwerden beliebt, um sich krankschreiben zu lassen, weil eine objektive medizinische Verifizierung nicht möglich sei und der Arzt nur den Angaben des Patienten glauben könne. Während der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit habe der Detektiv R2 am Vormittag des 24.02.2012 beobachten können, dass die Klägerin aus ihrer Wohnung gekommen sei und zwei geleerte Mülltonnen vom Fußweg in Richtung Wohnhaus geschoben habe. Sie habe um 10.26 Uhr einen Mann getroffen, vermutlich den Ehemann, mit Hund. Die Klägerin habe sich mit einer schnellen Bewegung im Kreuz nach unten gebückt, um den Hund zu begrüßen bzw. zu lieblosen. Dies sei noch zwei Mal wiederholt worden. Als die Klägerin in dem Waschsalon gewesen sei, habe sie an dem gefüllten Wäschesack regelrecht reißen müssen, um diesen aus der Trommel zu bekommen. Bei all den beobachteten Tätigkeiten und Bewegungen sei eine wie auch immer geartete körperliche Beeinträchtigung nicht erkennbar gewesen. Alle Bewegungen seien flüssig gewesen und seien schnell ausgeführt worden. Die vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen hätten keinen Beweiswert. Der Beweiswert sei durch die Beobachtungen des Zeugen R2 erschüttert worden. Wer mehrfach Wäschekörbe transportieren könne, Lasten im Hohlkreuz stemme und sich geschmeidig bücken und hocken könne, könne keinen Bandscheibenvorfall haben. Jedenfalls würden die Beobachtungen des Zeugen R2 den Verdacht begründen, dass die Klägerin krankgefeiert habe. Mit der Widerklage mache sie den Ersatz der ihr in Rechnung gestellten Detektivkosten geltend. Der geltend gemachte Schmerzensgeldanspruch wegen einer angeblichen Verletzung des Persönlichkeitsrechts bestehe nicht. Die heimliche Überwachung durch den Detektiv in Verbindung mit der Videoüberwachung sei vorliegend zulässig gewesen. Ob ein Bandscheibenvorfall tatsächlich bestimmte Beeinträchtigungen mit sich bringe, lasse sich aus einer statischen Aufnahme nicht ermitteln. Dazu bedürfe es vielmehr der Auswertung von Bewegungsabläufen. Im Rahmen der Güterabwägung sei ferner zur berücksichtigen, dass die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in einem Bereich stattgefunden habe, der in der Öffentlichkeitsphäre gewesen sei, also in einem Bereich, wo das Handeln für jeden beliebigen Dritten offenkundig sei. Objektiv sei die Klägerin im Übrigen unzweifelhaft in der Lage gewesen, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, denn sie habe sich weder in stationärer Behandlung befunden noch sei sie bettkrank gewesen. Augenscheinlich sei sie in ihrer Mobilität nicht eingeschränkt gewesen. An ihrem Arbeitsplatz hätte die Klägerin weder Lasten bewegen müssen, noch sei sie Zwangshaltungen ausgesetzt gewesen. Die Kündigung sei hilfsweise auch als Verdachtskündigung aufrechtzuerhalten. Zwar habe sie die Klägerin vor Ausspruch der Kündigung nicht angehört; dies habe aber vorliegend unterbleiben können. Wie der Schriftsatz der Klägerin vom 10.07.2012 belege, habe von vornherein die Bereitschaft gefehlt, an der Aufklärung mitzuwirken. Hinsichtlich der Entgeltansprüche für die Zeit nach dem

28.02.2012 sei die Klägerin aufgrund des Bezuges von Arbeitslosengeld nicht aktiv legitimiert. Etwaige Ansprüche seien in Höhe des gezahlten Arbeitslosengeldes nach § 115 SGB X auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangen.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 11.01.2013 entschieden: 42

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 28.02.2012 nicht aufgelöst worden ist. 43

2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin auch nicht durch die hilfsweise ausgesprochene fristgerechte Kündigung der Beklagten vom 28.02.2012 aufgelöst worden ist. 44

3. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin durch die weitere fristlose Kündigung der Beklagten vom 05.03.2012 nicht aufgelöst worden ist. 45

4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 46

5. Die Widerklage wird abgewiesen. 47

6. Von den Kosten des Rechtsstreits haben.... 48

Zur Begründung hat das Arbeitsgericht, soweit für das Berufungsverfahren von Interesse, ausgeführt: Die fristlose Kündigung sei unwirksam. Aus dem wechselseitigen Vorbringen der Parteien ergebe sich nicht, dass die Klägerin eine Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht habe. Vielmehr ergebe sich aus dem Vorbringen zur Überzeugung des Gerichts, dass die Klägerin zu den in den Bescheinigungen angegebenen Zeiten tatsächlich arbeitsunfähig erkrankt gewesen sei. Einer ordnungsgemäß ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung komme ein hoher Beweiswert zu. Der Beweiswert der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen sei durch das Vorbringen der Beklagten nicht erschüttert. Dass die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zum Teil vom Hausarzt gestellt seien, spreche nicht gegen ihren Beweiswert. Nach dem nachvollziehbaren Vortrag der Klägerin sei nämlich der Hausarzt durch die Fachärzte über den jeweiligen Krankheitsverlauf informiert worden. Auch die Behauptungen der Beklagten zu den Beobachtungen des Detektivs führten nicht zu einer Erschütterung des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Die Klägerin habe nicht an einem Bandscheibenvorfall im Lendenwirbelbereich gelitten, welcher ein Heben von Lasten ausgeschlossen hätte. Schließlich werde der Beweiswert der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung durch die weiter vorgelegten Atteste und ärztlichen Erklärungen untermauert. Auch die ordentliche Kündigung sei wegen fehlender sozialer Rechtfertigung unwirksam. Aus den genannten Gründen sei ein Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit nicht gegeben. Die Kündigung vom 05.03.2012 sei unwirksam, weil die Beklagte denselben Sachverhalt zum Anlass genommen habe, die Klägerin abzumahnern. 49

Der Antrag auf Zahlung eines Schmerzensgeldes sei unbegründet. Ein Anspruch auf Schmerzensgeld wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts setze einen schwerwiegenden Eingriff voraus. Weiter dürfe die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden können. Das hänge insbesondere von der Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, ferner vom Anlass und Beweggrund des Handelns sowie vom Grad des Verschuldens ab. Aus dem Vorbringen der Parteien ergebe sich zur Überzeugung des Gerichts nicht, dass die Klägerin derart schwer in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt worden sei, dass nur eine Schmerzensgeldzahlung eine ausreichende 50

Wiedergutmachung darstelle. Die Beobachtungen durch die Detektei seien ausschließlich im öffentlichen Raum erfolgt. Weder die konkrete Privatsphäre noch die Intimsphäre der Klägerin seien verletzt. Vor diesem Hintergrund hätte ein Unterlassungsanspruch die Beeinträchtigung ausreichend ausgeglichen.

Die Schadenersatzforderung, die die Beklagte mit der Widerklage im Hinblick auf den Detektiveinsatz verfolge, sei unbegründet. Die Klägerin schulde keinen Ersatz der Detektivkosten, weil sie einer vorsätzlichen Pflichtverletzung nicht überführt worden sei. Ein Vortäuschen einer Arbeitsunfähigkeit sei nicht gegeben. Im Übrigen scheitere ein Schadenersatzanspruch daran, dass die Detektivkosten nicht notwendig erschienen. Detektivkosten seien nur dann als notwendig anzusehen, wenn im Zeitpunkt der Auftragserteilung bereits ein konkreter Verdacht einer Pflichtverletzung seitens des Arbeitnehmers bestanden habe und eine vernünftige, wirtschaftlich denkende Person nach den Umständen des Falls solche Aufwendungen gemacht hätte. Der Gesetzgeber stelle mit dem Begutachtungsverfahren nach § 275 SGB V einen einfacheren, kostengünstigeren und jedenfalls kompetenteren Weg zur Beendigung von Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit zur Verfügung als die kostenintensive und im Ergebnis in solchen Fragen stets interpretationsbedürftige Beauftragung eines Detektivs. Auch vorliegend wäre die Begutachtung durch den medizinischen Dienst nicht nur kostengünstiger sondern auch kompetenter gewesen.

51

Das Urteil ist der Klägerin am 06.02.2013 zugestellt worden. Die Klägerin hat am 06.03.2013 Berufung eingelegt und diese am 08.04.2013 (Montag) begründet.

52

Die Klägerin wendet ein, die Beauftragung der Detektei durch die Beklagte sei in erheblichem Umfang rechtswidrig gewesen. Eine heimliche Videoüberwachung wäre nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig gewesen. Es hätte ein konkreter Verdacht einer strafbaren Handlung vorliegen müssen. Darüber hinaus hätte die heimliche Überwachung die „ultima ratio“ sein müssen; weniger einschneidende andere Mittel zur Aufklärung des Verdachts hätten beim Arbeitgeber nicht vorliegen dürfen. Abschließend hätte die Maßnahme auch verhältnismäßig sein müssen. Sämtliche Voraussetzungen seien hier nicht erfüllt. Weder habe ein konkreter Verdacht gegen sie bestanden noch sei die Überwachung das letzte verbleibende mögliche Aufklärungsmittel für die Beklagte gewesen. Die Beklagte hätte zum einen ein Gespräch mit ihr, der Klägerin, führen können. Zum anderen hätte die Beklagte den medizinischen Dienst der Krankenkasse mit der Überprüfung der Krankheit beauftragen können. Sämtliche „milderer“ Maßnahmen seien jedoch nicht von der Beklagten durchgeführt worden. Darüber hinaus sei die Entscheidung für die Überwachung mittels eines Detektivs, der zudem auch noch Videoaufnahmen fertige, völlig unverhältnismäßig. Die Überwachung sei über einen längeren Zeitraum erfolgt und sehr wohl auch im privaten Raum durchgeführt worden. Sie sei auf ihren Wegen, z. B. in einem Waschsalon, überwacht und gefilmt worden. Es sei gefilmt worden, welche Gegenstände von ihr gewaschen worden seien. Es sei auch in ihre Wohnung hinein gefilmt worden, die Personen in der Wohnung seien beobachtet worden. Das Zusammentreffen mit anderen Personen sei beobachtet und bildlich festgehalten worden. Dieses Verhalten der Beklagten stelle einen schwerwiegenden Eingriff in ihre Persönlichkeitsrechte dar. Zu berücksichtigen sei, dass kein konkreter Verdacht vorgelegen habe und die Beklagte auch nicht ansatzweise versucht habe, ihren – nicht nachvollziehbaren – Verdacht gegen sie, die Klägerin, auszuräumen. Dieses sei schmerzensgelderhöhend zu berücksichtigen. Wie bereits erstinstanzlich vorgetragen habe sie durch die rechtswidrige Beobachtung durch die Detektei auch erhebliche psychische Beeinträchtigungen erlitten. In der Folgezeit habe sie regelmäßig die Befürchtung gehabt, beobachtet worden zu sein. Auch seien ihre Gedanken immer darum gekreist, was der Detektiv noch alles in Erfahrung

53

gebracht haben könnte und inwieweit sie und ihre Familie von dem Detektiv beobachtet worden seien. Dieses habe zu erheblichen psychischen Beeinträchtigungen geführt, so dass sie sich in ärztliche Behandlung begeben habe. Die ärztliche Behandlung habe am 11.04.2012 begonnen und habe bis zum Ende des Jahres 2012 gedauert. Aufgrund dessen sei die Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe eines dreifachen Monatsbruttogehaltes angemessen und gerechtfertigt, dieses in Anlehnung an die Vorschriften des AGG. Es werde jedoch ausdrücklich klargestellt, dass die Höhe des Schmerzensgeldes in das Ermessen des Gerichtes gestellt sei.

Die Klägerin beantragt,

54

das Urteil des Arbeitsgerichts Münster vom 11.01.2013, zugestellt am 06.02.2013, wird dahingehend abgeändert, dass die Beklagte verurteilt wird, an die Klägerin ein Schmerzensgeld, dessen Höhe in das Ermessen des erkennenden Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.07.2012 zu zahlen.

55

Die Beklagte beantragt,

56

die Berufung zurückzuweisen.

57

Die Beklagte verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts. Bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bestehe ein Anspruch auf Ersatz ideellen Schadens nur bei einer schwerwiegenden Beeinträchtigung. Dies beruhe auf dem Gedanken, dass ohne einen solchen Anspruch Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen häufig ohne Sanktionen blieben mit der Folge, dass der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern würde. Ob eine derartige Verletzung vorliege, die die Zahlung einer Geldentschädigung fordere, hänge insbesondere von der Bedeutung und Tragweite des Eingriffs ab, ferner von Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie vom Grad des Verschuldens. Diese Rechtsgrundsätze habe das Arbeitsgericht korrekt zugrunde gelegt und angewandt. Zu berücksichtigen sei zunächst, dass die Klägerin nicht im privaten Bereich überwacht worden sei und nicht einmal in der Sozialsphäre sondern lediglich in der Öffentlichkeitssphäre. Die Öffentlichkeitssphäre gehe so weit, wie das Verhalten für beliebige Dritte offenkundig sei. Die Behauptung, es sei in die Wohnung der Klägerin gefilmt worden und es seien Personen in der Wohnung beobachtet worden, sei falsch. Die Klägerin sei auch nicht über einen längeren Zeitraum beobachtet worden. Ausweislich des Observationsberichtes sei die Klägerin am 16. und 17.02. und dann noch einmal am 23. und 24.02. zu bestimmten Stunden des Tages überwacht worden. Beobachtet worden sei in erster Linie das Haus der Klägerin und nicht die Klägerin selbst als Person. Aufnahmen seien überhaupt nur zweimal angefertigt worden, im Wesentlichen beschränkten sich diese auf die Aufnahmen im Waschsalon. Um die Sphäre der Klägerin so gering wie möglich zu beeinträchtigen, sei die Videoobservation niemandem, nicht einmal der Beklagten, zugänglich gemacht worden. Lediglich das Arbeitsgericht habe die CD zwecks Inaugenscheinnahme erhalten. Die Beauftragung der Detektei sei aus ihrer Sicht vor dem Hintergrund der konkreten Vermutung erfolgt, dass die Klägerin tatsächlich zwar krankgeschrieben sei, nicht aber wirklich arbeitsunfähig gewesen sei. Es entspreche dem legitimen Interesse eines Arbeitgebers, im Verdachtsfall zu prüfen, ob eine Arbeitsunfähigkeit tatsächlich vorliege. Versage man dem Arbeitgeber diese Möglichkeit, sinne man ihm an, in Zweifelsfällen aufs Geratewohl die Entgeltfortzahlung einzustellen und es auf einen Prozess ankommen zu lassen. Das könne auch nicht im wohlverstandenen Interesse des Arbeitnehmers liegen. Die Einschaltung des medizinischen Dienstes sei in derartigen Fällen wenig hilfreich, denn einer der Regelfälle von Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit nach § 257 SGB V habe nicht vorgelegen. In der mündlichen Verhandlung vor der Berufungskammer hat

58

der Geschäftsführer der Beklagten ergänzend ausgeführt, er habe seinerzeit überlegt, den medizinischen Dienst einzuschalen. Von dort habe er jedoch die Antwort erhalten, man bekomme frühestens in fünf Wochen einen Termin für die Überprüfung. Ein oder zwei Tage später habe er dann den Detektiv beauftragt. Der Detektiv habe sofort mit seiner Tätigkeit begonnen. Es fehle hier an einer schweren Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerin. Es fehle zudem bereits an der Rechtswidrigkeit der Beobachtung der Klägerin durch einen Detektiv und der Fertigung einiger (weniger) Videosequenzen. Denn der betroffene Schutzbereich der Öffentlichkeitssphäre sei peripher tangiert gewesen. Die Eingriffsintensität sei so geringfügig gewesen, dass die Klägerin sie nicht einmal bemerkt habe. Ihr – der Beklagten - Interesse an der Ermittlung richtiger Tatsachen sei hochwertig. Zu bestreiten sei, dass die Klägerin durch die Erkenntnis, in der Öffentlichkeitssphäre beobachtet worden zu sein, in der Folgezeit regelmäßig die Befürchtung gehabt habe, beobachtet zu werden. Die Beklagte bestreitet, dass dies zu erheblichen oder überhaupt zu psychischen Beeinträchtigungen der Klägerin geführt habe mit der Notwendigkeit ärztlicher Behandlung zwischen dem 11.04.2012 bis zum Ende des Jahres 2012. Die Beklagte bestreitet die Kausalität. Zu Beginn der behaupteten ärztlichen Behandlung am 11.04.2012 habe die Klägerin von der Einschaltung eines Detektivs überhaupt nichts gewusst. Dass sie beobachtet worden sei, sei ihr dagegen bereits seit dem 29.02.2012 bekannt gewesen. Stelle man dagegen Kausalität fest, so wäre schon die Tatsache, überhaupt beobachtet worden zu sein, die Ursache, dann fehle es aber am haftungsrechtlichen Zurechnungszusammenhang.

Die Klägerin repliziert, entgegen der Darstellung der Beklagten sei sie durchaus auch im privaten Bereich überwacht worden. Wie sich dem Observationsbericht entnehmen lasse, sei ihr Ehemann umfassend mit überwacht worden. Darüber hinaus sei auch ihre Wohnung beobachtet worden. Sie sei sogar in ihrem Wohnzimmer überwacht worden. Dies ergebe sich zum Beispiel aus dem Observationsbericht für Donnerstag, den 16.02.2012, 17:02 Uhr: „*Überprüfung des Hauses. Unten rechts im Wohnzimmer ist ein sehr großer, eingeschalteter Fernseher zu sehen und das flackernde Kaminfeuer. Eine Person kann ich nicht erkennen.*“ (Bl. 82 GA). Für Freitag, den 17.02.2012, 13:20 Uhr heiße es: „*Ich gehe zu Fuß am Haus Nr. 18 vorbei und erkenne die ZP im Haus, mit dem Rücken zum Wohnzimmerfenster sitzen, die ihre Haar im Nacken zu einem `Pferdeschwanz` gebunden hat und einen weißen Rollkragenpullover trägt.*“ (Bl. 84 GA). Darüber hinaus seien Telefonanrufe bei ihr erfolgt. Es seien auch die Personenbewegungen im Haus beobachtet worden. Es sei mithin nicht lediglich die „Öffentlichkeitssphäre“ beobachtet worden. Sie sei ganz konkret in ihrem häuslichen Lebensbereich überwacht worden. Selbst die Wäsche, die sie im Waschsalon gewaschen habe, sei genau beobachtet und bezeichnet worden. Aus der Rechnung der Detektei ergebe sich, dass insgesamt 25 Einsatzstunden in Rechnung gestellt worden seien. Sie sei somit über einen erheblichen Zeitraum überwacht und beobachtet worden. Die Argumentation der Beklagten, dass in erster Linie das Haus und „nicht sie [die Klägerin] selbst als Person“ beobachtet worden sei, entspreche nicht den Tatsachen. Sinn der Beobachtung sei die Überprüfung gewesen, ob sie, die Klägerin, arbeitsunfähig erkrankt gewesen sei. Es sei also um die Überwachung ihres Verhaltens gegangen. Es sei zu bestreiten, dass die Videoobservation niemandem zur Kenntnis gebracht worden sei. Unabhängig davon sei eine Videoüberwachung unzulässig und stelle einen schweren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte dar. Die psychotherapeutische Behandlung bei Herrn J1 A1 habe am 12.06.2012 begonnen und somit nach Kenntnis der Überwachung durch die Beklagte. Die Behandlung dauere bis zum heutigen Tage an.

59

Entscheidungsgründe

60

61

I. Die Berufung der Klägerin ist an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig (§ 64 Abs. 2 Buchst. b) ArbGG) sowie in gesetzlicher Form und Frist eingelegt (§ 519 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG) und innerhalb der gesetzlichen Frist (§ 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG) ordnungsgemäß (§ 520 Abs. 3 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG) begründet worden.

II. Die Berufung ist hinsichtlich eines Betrags von 1.000,00 € begründet. Entgegen der Entscheidung des Arbeitsgerichts kann die Klägerin eine Entschädigung in Höhe von 1.000,00 € beanspruchen, weil sie durch die heimlichen Videoaufnahmen rechtswidrig und schwerwiegend in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt worden ist. Soweit die Klägerin einen über 1.000,00 € hinausgehenden Betrag einfordert, bleibt die Berufung indes ohne Erfolg.

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht hat seine Grundlage in der Gewährung der persönlichen Integrität des Menschen durch Art. 2 Abs. 1 GG. Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgt insbesondere auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Grundsätzlich entscheidet der Einzelne selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten (*ErfK-Schmidt*, 13. Aufl. 2013, Art. 2 GG Rn. 36, 45). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist im Privatrechtsverkehr und damit auch im Arbeitsverhältnis zu beachten (*BAG 27.03.2003 AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 36 = NJW 2003*, 3436). Bei rechtswidriger Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann der Betroffene eine Geldentschädigung für immaterielle Schäden beanspruchen, wenn es sich um eine schwerwiegende Verletzung handelt und die Beeinträchtigung nach Art der Verletzung nicht in anderer Weise – etwa Genugtuung durch Unterlassen, Gegendarstellung oder Widerruf – befriedigend ausgeglichen werden kann. Bei der Bemessung der Geldentschädigung sind die Gesichtspunkte der Genugtuung des Opfers, der Präventionsgedanke und die Intensität der Persönlichkeitsrechtsverletzung Bemessungsfaktoren (*BGH 05.10.2004 NJW 2005*, 215; *BAG 27.03.2003 AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 36 = NJW 2003*, 3436; *Palandt-Sprau*, BGB, 72. Aufl. 2013, § 823 BGB Rn. 124; *ErfK-Preis*, 13. Aufl. 2013, § 619 a BGB Rn. 71). Der Anspruch ergibt sich aufgrund des Schutzauftrags von Art. 1, Art. 2 GG unmittelbar aus § 823 BGB (*BGH 05.10.2004 NJW 2005*, 215; *Palandt-Sprau*, aaO).

2. Die Videoaufzeichnungen im Rahmen der Krankenkontrolle wurden rechtswidrig erstellt.

a) Die Rechtswidrigkeit ergibt sich allerdings nicht bereits allein aus der Heimlichkeit der Aufzeichnungen. Zwar schreibt § 6 b Abs. 2 BDSG vor, dass eine Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume gemäß § 6 b Abs. 1 BDSG durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen ist. Auch erfolgten die streitgegenständlichen Videoaufnahmen unstreitig im öffentlichen Raum und ohne eine solche Kenntlichmachung. Jedoch ist mit der Rechtsprechung des BAG davon auszugehen, dass eine verdeckte Videoüberwachung im öffentlichen Raum auch ohne Kenntlichmachung dann zulässig ist, wenn die verdeckte Überwachung das einzige zur Verfügung stehende Mittel zur Überführung von Arbeitnehmern ist, die der Begehung von Straftaten konkret verdächtig sind (*BAG 21.06.2012 Rn. 39 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 66 = NZA 2012*, 1025; *HWK-Lembke*, 5. Aufl. 2012, BDSG Vorb. Rn. 108).

b) Die Rechtswidrigkeit folgt jedoch aus § 32 Abs. 1 BDSG.

aa) Anders als im soeben zitierten Fall des BAG, bei dem ein Geschehen aus Anfang 2009 zu beurteilen war (*BAG aaO*), ist hier der Prüfungsmaßstab des seit dem 01.09.2009 geltenden § 32 BDSG als der maßgeblichen Norm des Arbeitnehmerdatenschutzes

heranzuziehen (*lex specialis für Datenerhebungen „für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“*, Simitis-Seifert, BDSG 7. Aufl. 2011, § 32 BDSG Rn. 17). § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG regelt die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Datenerhebung, -verarbeitung und –nutzung im Arbeitsverhältnis. Soweit der Arbeitgeber – wie hier – im Kontext des Arbeitsverhältnisses Daten des Beschäftigten aufzeichnet und nutzt, ist § 32 BDSG vorrangig gegenüber der allgemeineren Regelung des § 28 BDSG (*Pötters/Traut, Videoüberwachung im Arbeitsverhältnis, RDV 2013,132, 133; Simitis-Seifert, BDSG 7. Aufl. 2011, § 32 BDSG Rn. 17*). Nach § 32 Abs. 2 BDSG ist der Abs. 1 des § 32 BDSG auch dann anzuwenden, wenn personenbezogene Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, ohne dass sie automatisiert verarbeitet oder in oder aus einer nicht automatisierten Datei verarbeitet, genutzt oder für die Verarbeitung oder Nutzung in einer solchen Datei erhoben werden. § 32 Abs. 1 BDSG enthält zwei Erlaubnistatbestände für die Datenerhebung und ihre Verarbeitung und Nutzung im Arbeitsverhältnis. Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigtenverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen nach § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG personenbezogene Daten nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis Straftaten begangen hat. Ohne Vorliegen konkreter Verdachtsmomente darf der Arbeitgeber den Beschäftigten keinen entsprechenden Kontrollen unterziehen (*Simitis-Seifert, BDSG 7. Aufl. 2011, § 32 BDSG Rn. 101*). Erforderlich sind tatsächliche Anhaltspunkte im Sinne eines Anfangsverdachts oder einer hohen Wahrscheinlichkeit einer Tatbegehung (*Simitis-Seifert, BDSG, 7. Aufl. 2011 § 32 BDSG Rn.104*). Es findet sich auch die Auffassung, der Verdachtsgrad müsse an der Schwelle des Tatsachenbeweises liegen (*Däubler-Wedde, BDSG, 3. Aufl. 2010, § 32 BDSG Rn. 129 unter Hinweis auf BT-Drucksache 16/13657 S. 24*). § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG fordert als weitere Voraussetzung für ein solches Vorgehen, dass die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind. Dabei ist anerkannt, dass Bildaufnahmen und insbesondere Videoaufzeichnungen von Personen einen schwerwiegenden Eingriff beinhalten als eine einfache Observation, weil Bilder die äußere Erscheinung „konservieren“ (*Fricke, Der Detektiv als Informant des Versicherers – Zulässigkeit und Grenzen, VersR 2010,308,310 mwN*).

bb) Die heimliche Beobachtung der Klägerin durch einen Detektiv zur Krankenkontrolle mit heimlicher Fertigung von Videoaufnahmen ist nicht durch § 32 BDSG gedeckt. Die Observation war hier nicht zu präventiven Zwecken im Rahmen der Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich. Die Überwachung erfolgte zum repressiven Zweck, ein (vermutetes) Fehlverhalten der Klägerin im Zusammenhang mit der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit aufzudecken. Datenerhebungen zu repressiven Zwecken sind an § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG zu messen (*Pötters/Traut, Videoüberwachung im Arbeitsverhältnis, RDV 2013,132, 133, 136, 138*). Dessen Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Zwar ist es richtig, dass ein gesunder Arbeitnehmer, der eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vortäuscht und sich so unberechtigt die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sichert, den Straftatbestand des Betruges nach § 263 StGB verwirklicht. Die Klägerin war jedoch einer solchen Straftat nicht hinreichend verdächtig. Unstreitig war der Klägerin für die Tage des Beobachtungszeitraums vom Arzt Arbeitsunfähigkeit bescheinigt. Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist das

gesetzlich vorgesehene Nachweismittel, mit dem der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren Dauer nachweist. Der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kommt ein hoher Beweiswert zu (BAG 26.03.2003 AP EntgeltFG § 5 Nr. 8). Die aus der ärztlichen Bescheinigung folgende tatsächliche Vermutung für das Bestehen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit kann der Arbeitgeber durch das Vorbringen entgegenstehender Tatsachen erschüttern. Voraussetzung dafür sind allerdings Tatsachen, die ernsthafte Zweifel begründen. Ernsthafte Zweifel können sich etwa dann ergeben, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen einer Auseinandersetzung am Arbeitsplatz oder nach einem Streit um Urlaubsgewährung eine nachfolgende Arbeitsunfähigkeit angekündigt hat oder wenn der Arbeitnehmer während der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit Tätigkeiten nachgeht, die mit der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit nicht vereinbar erscheinen, z.B. die schichtweise Verrichtung einer Nebentätigkeit. Ernsthafte Zweifel können sich auch ergeben, wenn der Arbeitnehmer widersprüchliche Angaben zu seiner Arbeitsunfähigkeit macht oder wenn er einer Aufforderung zu einer Begutachtung durch den medizinischen Dienst der Krankenkasse nicht nachkommt. Solche ernsthafte Zweifel an der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit sind hier nicht begründet. Ereignisse der soeben geschilderten Art hat es hier nicht gegeben. Zwar gab es Konflikte im Arbeitsverhältnis. Die Klägerin hatte im Dezember eine Weisung des Geschäftsführers zur Vorlage von Dokumenten nicht zur Zufriedenheit des Geschäftsführers erledigt und den Geschäftsführer damit offenkundig verärgert. Auch sah sich der Geschäftsführer der Beklagten enttäuscht, dass die seinerzeit krankgeschriebene Klägerin während seines Urlaubs zu Jahresbeginn nicht im Büro vorbeigeschaut hatte, wie sie es zunächst trotz ihrer Erkrankung als gleichwohl möglich in Aussicht gestellt hatte. Diese Gesichtspunkte stehen jedoch nicht im Zusammenhang mit der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit und begründen deshalb keine ernsthafte Zweifel an der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit. Der weitere Umstand, dass die Klägerin zunächst mit Erst- und Folgebescheinigungen von ihrem Hausarzt Dr. G1 für den Zeitraum vom 27.12.2011 bis zum 03.02.2012 krankgeschrieben worden ist und dann ab dem 31.01.2012 bis zum 28.02.2012 von der Fachärztin G2, erschüttert den Beweiswert der insgesamt sechs Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht. Dies ist kein ungewöhnlicher Verlauf, der Zweifel an der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit begründen könnte, wie es vielleicht bei häufigen kurzfristigen Krankschreibungen durch verschiedene Ärzte der Fall sein kann („Ärztchopping“). Sonstige Anhaltspunkte, die gegen das Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit sprechen, sind nicht ersichtlich. Weder hat die Klägerin vor Beginn der Krankschreibung und zu einem Zeitpunkt bestehender Arbeitsfähigkeit eine zukünftige Arbeitsunfähigkeit angekündigt noch hat die Klägerin sich während der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit in einer Weise verhalten, die mit der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit nicht zu vereinbaren wäre, insbesondere ist sie nicht schichtweise einer Nebentätigkeit nachgegangen. Allein die Erkrankung „Bandscheibenvorfall“ begründet keinen (generellen) Zweifel an der Richtigkeit der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, ebenso wenig der Umstand, dass nicht bereits Ende Dezember 2011 die Diagnose „Bandscheibenvorfall“ gestellt worden war. Im Ergebnis bestehen keine tatsächlichen Anhaltspunkte für einen begründeten Verdacht, dass die Klägerin trotz ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in Wahrheit nicht arbeitsunfähig erkrankt gewesen wäre.

3. Durch die von der Beklagten in Auftrag gegebene Überwachung ist die Klägerin in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt worden. Die rechtswidrige heimliche Videoüberwachung eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber stellt einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar (BAG 27.03.2003 AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 36 = NJW 2003, 3436; Hess LAG 14.07.2010 – 6 Sa 1587/09 und 25.10.2010 – 7 Sa 1586/09 -; HWK-Lembke, Arbeitsrecht Kommentar, 5. Aufl. 2012, Vorb. BDSG Rn. 108). Eine

Videoüberwachung weist eine hohe Eingriffsintensität auf, die durch die Heimlichkeit noch weiter erhöht wird (Pötters/Traut, *Videoüberwachung im Arbeitsverhältnis*, RDV 2013, 132, 135). Die Rechtsverletzung hat mit den heimlichen Videoaufzeichnungen im privaten Lebensbereich der Klägerin die Grenze zur entschädigungspflichtigen Persönlichkeitsverletzung überschritten. Die Überwachung hat eine Intensität erreicht, die nicht in anderer Weise – etwa Genugtuung durch Unterlassen, Gegendarstellung oder Widerruf – befriedigend ausgeglichen werden kann. Dabei hat die Kammer berücksichtigt, dass nicht nur die Krankenkontrolle als solche nicht durch § 32 BDSG gedeckt war sondern dass erschwerend hinzutritt, dass das gewählte Mittel heimlicher Videoaufzeichnung auch unabhängig davon die Grenze der Erforderlichkeit überschreitet, also auch in einem Fall gerechtfertigter Krankenkontrolle unverhältnismäßig wäre. Es hätte auch bei einer gerechtfertigten Krankenkontrolle ausgereicht, einen Observationsbericht zu erstellen und den Detektiv ggf. als Zeugen zu benennen. Zutreffend weist das Arbeitsgericht darauf hin, dass die Detektivüberwachung im Konfliktfall die Einholung medizinischen Sachverständes regelmäßig nicht ersetzen kann. Ob sich die Beklagte nicht ohnehin vorrangig auf eine Einschaltung des medizinischen Dienstes nach § 257 SGB V hätte verweisen lassen müssen, ist im vorliegenden Kontext nicht ausschlaggebend. Es kam deshalb nicht entscheidungserheblich auf die Behauptung der Beklagten an, der medizinische Dienst habe im Februar 2012 einen Termin für eine Überprüfung in frühestens fünf Wochen in Aussicht gestellt.

4. Der Anspruch auf Entschädigung richtet sich gegen die Beklagte. Die Beklagte hat rechtsverletzende Handlungen vorgenommen. Die Beklagte hat die rechtswidrige Datenerhebung durch Beauftragung des Detektivs veranlasst. Sie hat die rechtswidrig erhobenen Daten verarbeitet und genutzt, indem sie den Observationsbericht zur Grundlage ihrer Kündigungsentscheidung gemacht hat, den Observationsbericht nachstehend dem Arbeitsgericht im Kündigungsschutzprozess zur Rechtfertigung der Kündigung vorgelegt hat und den Beweisantrag gestellt hat, die DVD-Aufnahme in Augenschein zu nehmen

70

5. Bei der Bemessung der Geldentschädigung hat die Kammer die nachstehenden Umstände berücksichtigt: Bereits die Krankenkontrolle durch eine mehrtägige Überwachung durch einen Detektiv war nicht durch einen tragfähigen Verdacht gerechtfertigt. Intensiviert worden ist die Beeinträchtigung dadurch, dass der Detektiv die Klägerin nicht nur beobachtet hat sondern von ihr darüber hinaus in Situationen, denen er besondere Bedeutung beimaß, heimliche Videoaufnahmen gemacht hat. Auf der anderen Seite betreffen die Bildaufzeichnungen nicht die Intim- oder Privatsphäre der Klägerin sondern beschränken sich auf Geschehnisse in der Öffentlichkeitssphäre, welche durch ihre Offenkundigkeit für beliebige Dritte gekennzeichnet ist (zu dieser Differenzierung: Fricke, *Der Detektiv als Informant des Versicherers – Zulässigkeit und Grenzen*, VersR 2010, 308, 309 mwN). Weiter war von Bedeutung, dass die Aufzeichnungen nicht an beliebige andere Personen weitergegeben worden sind. Unwiderlegt hat der Detektiv die Videoaufzeichnungen vertraulich aufbewahrt. Erst nach entsprechendem Antrag der Beklagten und gerichtlicher Aufforderung hat der Detektiv die Aufzeichnungen zur Gerichtsakte übermittelt. Allerdings hat der Detektiv Auszüge aus den Videokonsequenzen, die er für besonders aussagekräftig hielt, bereits zuvor in den für den Arbeitgeber erstellten Observationsbericht eingestellt. Auch hat die Beklagte dem Arbeitsgericht die Videosequenzen im Kündigungsschutzprozess als Beweismittel präsentiert. Bei dem Hinweis auf die psychotherapeutische Behandlung der Klägerin war zu berücksichtigen, dass der Psychotherapeut die Therapiebedürftigkeit auf eine starke berufliche Belastung und auf die krankheitsbedingte Kündigung infolge eines Bandscheibenvorfalles und einer vorausgegangenen Observation zurückführt. Angesichts der multikausalen Verursachung ist der Betrag von 1.000,00 € angemessen.

71

III. Die Kostenentscheidung fußt auf § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache hat die Kammer die Revision zugelassen, § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.

72