
Datum: 07.07.2017
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 4. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 Sa 936/16
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2017:0707.4SA936.16.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Köln, 14 Ca 738/14
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 2 AZN 616/17
Schlagworte: Wirksamkeit einer Verdachtskündigung - Vortäuschung von Arbeitsunfähigkeit -
Normen: § 626 Abs. 1 BGB
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:

Das Vortäuschen von Arbeitsunfähigkeit kann einen „wichtigen Grund an sich“ im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB Kündigung darstellen, wenn der Arbeitnehmer unter Vorlage eines Attests der Arbeit fernbleibt und sich Entgeltfortzahlung gewähren lässt, obwohl es sich in Wahrheit nur um eine vorgetäuschte Krankheit handelt (Anschluss an BAG, Urteil vom 26. August 1993 – 2 AZR 154/93 –, Rn. 32, juris).

Die ordnungsgemäß ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist das gesetzlich ausdrücklich vorgesehene und insoweit wichtigste Beweismittel für das Vorliegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Ihr kommt ein hoher Beweiswert zu. Der Tatrichter kann normalerweise den Beweis einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit als erbracht ansehen, wenn der Arbeitnehmer im Rechtsstreit eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegt (Anschluss an BAG, Urteil vom 26. Oktober 2016 – 5 AZR 167/16 –, Rn. 17, juris).

Im Hinblick auf das Vortäuschen einer Arbeitsunfähigkeit müssen angesichts des hohen Beweiswertes einer ärztlichen

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zumindest begründete Zweifel an der Richtigkeit dieser ärztlichen Bescheinigung aufgezeigt werden, um den Beweiswert der Bescheinigung zu erschüttern (Anschluss an BAG, Urteil vom 19. Februar 2015 – 8 AZR 1007/13 –, Rn. 25, juris).

Einzelfall zur Erschütterung des Beweiswerts einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (hier bejaht).

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 06.09.2016 – 14 Ca738/14 – teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Auf die Widerklage wird die Klägerin – unter Abweisung der Widerklage im Übrigen – verurteilt, an die Beklagte 4.329,45 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 2.839,00 EUR seit dem 17.07.2014 zu zahlen.

Die Anschlussberufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer fristlosen, hilfsweise ordentlichen Tat- und Verdachtskündigung und um Zahlungsansprüche der Beklagten. 1 2

Die am 1962 geborene Klägerin ist verheiratet und hat zwei Kinder. Sie war seit dem 01.12.2003 als Empfangsmitarbeiterin bei der Beklagten, die eine mittelständische Anwaltssozietät betreibt und die regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt, bei einem monatlichen Bruttoarbeitsentgelt in Höhe von 2.800 EUR beschäftigt. 3

Die Klägerin beantragte am 14.11.2013 bei der hierfür zuständigen Büroleiterin der Beklagten, Frau N , für den Zeitraum vom 07.01. bis zum 10.01.2014 sowie für den 28.03.2014 die Gewährung von Erholungsurlaub, da sie beabsichtigte, am 09.01.2014 an einer Vernissage ihres damaligen Lebensgefährten und nunmehrigen Ehemanns (im Folgenden einheitlich als Ehemann bezeichnet) in D teilzunehmen. Zwischen den drei am Empfang beschäftigten Arbeitnehmerinnen kam es zu keiner Einigung über die Vertretung der Klägerin, da auch die Empfangsmitarbeiterin F für die Zeit vom 06.01. bis zum 10.01.2014 Urlaub nehmen wollte. 4

Nachdem die Klägerin bis zum 26.11.2013 keine Rückmeldung zu ihrem Urlaubsantrag erhalten hatte, wandte sie sich mit Schreiben vom 26.11.2013 an Frau N und 5

forderte diese auf, den Urlaubsantrag (sowie einen weiteren bis dato unbearbeiteten Urlaubsantrag vom 04.10.2013) umgehend bis zum 06.12.2013 zu bearbeiten. Mit Schreiben vom 28.11.2013 teilte Frau N der Klägerin mit, Urlaubsanträge, die ohne bestehende Vertretungsregelung der Verwaltung vorgelegt würden, könnten nicht bearbeitet werden. Mit Schreiben vom 03.12.2013 wandte die Klägerin sich wegen der aus ihrer Sicht unbefriedigenden Regelungen zur Urlaubsgewährung an die Geschäftsführung der Beklagten. Eine Reaktion hierauf erfolgte nicht.

Am 10.12.2013 schrieb die Mitarbeiterin F der Beklagten Frau N eine E-Mail. Darin führte sie aus, dass sie der Klägerin gesagt habe, „in der Woche“ (gemeint ist die Woche vom 02.01. bis zum 07.01.2014) nicht arbeiten kommen zu können. Ferner führt Frau F in der E-Mail aus: „Daraufhin sagte Sie (gemeint ist die Klägerin) mir nur, dass sie dann auf keinen Fall da ist“. Mit weiterer E-Mail vom 18.12.2013 wandte die Klägerin sich erneut an die Geschäftsführung der Beklagten. Am selben Tag erhielt die Klägerin ihre Urlaubsanträge vom 04.10. und vom 14.11.2013 zurück mit dem Vermerk: „Wird mangels Vertretungsregelung nicht genehmigt“. Mit Schreiben vom 27.12.2013 wandte sich die Klägerin erneut an die Geschäftsführung der Beklagten, namentlich an den Geschäftsführer Dr. L , von dem sie wusste, dass dieser sich nach Weihnachten nicht im Büro aufhalten würde, und schilderte die aus ihrer Sicht für sie völlig unpraktikabele Situation im Zusammenhang mit der Gewährung von Urlaubstagen. 6

Am 02.01.2014 teilte die Klägerin der Beklagten um 12:15 Uhr per E-Mail mit, sie sei bis einschließlich 16.01.2014 arbeitsunfähig erkrankt und habe die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits „bei der Post eingeworfen“. Der E-Mail angefügt war eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ihrer Hausärztin, Frau Dr. K , für den Zeitraum vom 02.01. bis 16.01.2014. 7

Zwischen den Parteien kam es in den Folgetagen nach dem 02.01.2014 zu Korrespondenz, im Wesentlichen über den Ehemann der Klägerin, über die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung. Die Einzelheiten hierzu sind zwischen den Parteien streitig und werden von der Beklagten als nicht kündigungsrelevant bezeichnet. 8

Die Beklagte beauftragte einen Detektiv mit der Überwachung der Klägerin, der ausweislich seines Berichts am 07.01. und 08.01.2014 zu diversen Tages- und Nachtzeiten Kontrollanrufe auf dem Festnetzanschluss der Klägerin durchführte, die nicht beantwortet wurden. Wegen der Einzelheiten des Detektivberichts wird auf die Anlage CBH 5, Bl. 47 ff. GA, Bezug genommen. Der Detektiv stellte der Beklagten für seine Tätigkeit einen Betrag in Höhe von 2.839 EUR netto in Rechnung. 9

Die Klägerin nahm an der Vernissage ihres Ehemanns teil, was von dem durch die Beklagten beauftragten Detektiv beobachtet und durch Lichtbilder dokumentiert wurde, und reiste zu diesem Zweck am 09.01.2014 nach D und kehrte am 10.01.2014 nach K zurück. 10

Am 22.01.2014 erfolgte eine Anhörung der Klägerin in den Räumlichkeiten der Beklagten durch den geschäftsführenden Gesellschafter der Beklagten Herrn Dr. L , Frau Rechtsanwältin S und Frau N . In diesem Gespräch gab die Klägerin zunächst an, während ihrer Arbeitsunfähigkeit stets zu Hause gewesen zu sein und das Haus nur dann verlassen zu haben, wenn sie Arzttermine wahrnehmen müssen. Konkret auf den 09.01.2014 angesprochen gab die Klägerin an, nicht an der Vernissage teilgenommen zu haben; nur ihre Schwester sei dabei gewesen und habe die Laudatio gehalten. Konfrontiert mit der Tatsache, dass der Beklagten gegenteiliges bekannt sei, äußerte sich die Klägerin nicht mehr. 11

Die Beklagte kündigte das mit der Klägerin bestehende Arbeitsverhältnis daraufhin mit einem auf den 21.01.2014 datierten Schreiben, das der Klägerin am 22.01.2014 übergeben wurde, fristlos und hilfsweise unter Einhaltung der Kündigungsfrist zum 31.05.2014.

Mit ihrer am 31.01.2014 bei dem Arbeitsgericht Köln eingegangenen Klage, die der Beklagten am 17.02.2014 zugestellt worden ist, wendet sich die Klägerin gegen diese Kündigung. Mit Schriftsatz vom 14.07.2014, der der Klägerin am 17.07.2014 zugestellt worden ist, hat die Beklagte Widerklage auf Zahlung von 4.329,45 EUR nebst Verzugszinsen (Rückzahlung der für den Zeitraum vom 02.01. bis zum 16.01.2014 geleisteten Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall in Höhe von 1.490,45 EUR sowie Erstattung der Detektivkosten in Höhe von 2.839 EUR) erhoben. 13

Die Klägerin hat behauptet, sie sei im streitgegenständlichen Zeitraum arbeitsunfähig gewesen. Insbesondere aufgrund der schwierigen Situation im Zusammenhang mit der Urlaubsgewährung habe sie sich seit längerer Zeit in einer psychischen Belastungssituation befunden. Urlaubsanträge seien nur mit erheblicher Verzögerung bearbeitet worden. Eine für sie praktikable Vertretungsregelung habe nicht bestanden. Insgesamt sei sie seinerzeit depressiv und mutlos gewesen. Sie habe aufgrund ihrer Erkrankung Ruhe gebraucht und keine weitere Belastungssituation mit der Beklagten. Sie habe daher – im Hinblick auf die von ihr verlangte Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung – Anrufe nicht beantwortet und ihre E-Mails nicht kontrolliert. Der zuvor für die Zeit vom 07.01. bis zum 12.01.2014 geplante Kurzurlaub in B anlässlich der Vernissage habe aufgrund der Ablehnung des Urlaubsantrages nicht stattgefunden. Am 08.01.2014 habe sie beschlossen, ihren Ehemann auf der Fahrt nach B zu begleiten, weil sie durch die am 07.01. und 08.01.2014 zu Tages- und Nachtzeiten eingehenden Anrufe nicht allein zu Hause bleiben wollen, daher habe Frau Dr. K sie auch nach Dachau fahren lassen. 14

Die Klägerin hat beantragt, 15

1. festzustellen, dass das zwischen ihr und der Beklagten bestehende Beschäftigungsverhältnis nicht aufgrund der außerordentlichen, fristlosen Kündigung vom 21. Januar 2014 sein Ende gefunden hat, sondern zu unveränderten Bedingungen über den 21. Januar 2014 fortbesteht, 16

2. festzustellen, dass das zwischen ihr und der Beklagten bestehende Beschäftigungsverhältnis nicht aufgrund der hilfsweise ordentlich und fristgerecht ausgesprochenen Kündigung vom 21. Januar 2014 zum 31. Mai 2014 sein Ende gefunden hat, sondern zu unveränderten Bedingungen über den 31. Mai 2014 fortbesteht, 17

3. festzustellen, dass das Beschäftigungsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern zu unveränderten Bedingungen hinaus fortbesteht. 18

Die Beklagte hat beantragt, 19

die Klage abzuweisen. 20

Widerklagend hat sie zudem beantragt, 21

die Klägerin zu verurteilen, an sie, die Beklagte, 4.329,45 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2014 zu zahlen. 22

Die Klägerin hat beantragt, 23

die Widerklage abzuweisen.

24

Die Beklagte hat behauptet, die Klägerin habe ihre Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht, um trotz des nicht genehmigten Urlaubs an der Vernissage ihres Ehemannes in D teilnehmen zu können. Sie habe gegenüber der Mitarbeiterin F im Zusammenhang mit der Urlaubsplanung mitgeteilt, sie werde im streitgegenständlichen Zeitraum auf keinen Fall da sein. Die Beklagte hat bestritten, dass die Klägerin am 02.01.2014 überhaupt ihre Ärztin aufgesucht hat und von dieser untersucht worden ist. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die fristlose Kündigung sei als Tatkündigung jedenfalls aber als Verdachtskündigung gerechtfertigt, da die Klägerin ihre Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht habe bzw. diesbezüglich jedenfalls ein dringender Verdacht bestehe.

25

Das Arbeitsgericht hat Beweis erhoben gemäß der Beweisbeschlüsse vom 07.05.2015 (Bl. 210 GA und Bl. 215 GA) durch die Vernehmung der Zeugin Dr. K sowie durch die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 07.05.2015, Bl. 209 ff. GA, und auf das Sachverständigengutachten vom 24.05.2016 (Bl. 263 ff. GA) Bezug genommen.

26

Das Arbeitsgericht Köln hat durch Urteil vom 06.09.2016 der Kündigungsschutzklage unter Abweisung des allgemeinen Feststellungsantrags stattgegeben und die Klägerin auf die Widerklage – unter Abweisung der Widerklage im Übrigen – zur Zahlung von 1.490,45 EUR (ohne Zinsen) an die Beklagte verurteilt. Zur Begründung hat das Arbeitsgericht im Wesentlichen Folgendes ausgeführt: Es stehe nicht zur Überzeugung der erkennenden Kammer fest, dass die Klägerin ihre Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht habe. Unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme könne nicht mit der erforderlichen Gewissheit festgestellt werden, dass die Klägerin positiv erkannt habe, nicht arbeitsunfähig zu sein. Die streitgegenständliche Kündigung erweise sich auch nicht als rechtswirksame Verdachtskündigung. Es bestünden bereits Zweifel, ob im Fall des Vorliegens einer formell ordnungsgemäßen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung überhaupt der dringende Verdacht einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit bestehen könne. Jedenfalls aber sei im Streitfall nicht vom Bestehen eines dringenden Verdachts auszugehen. Sofern die Klägerin tatsächlich geäußert haben sollte, sie benötige auf jeden Fall Urlaub, könne dies nicht zwingend als Ankündigung verstanden werden, sich für den Fall der Urlaubsablehnung krankschreiben zu lassen. Vielmehr könne eine solche Äußerung auch bedeuten, dass die Klägerin damit habe zum Ausdruck bringen wollen, dass sie nicht bereit sei, Frau F für deren beantragten Urlaub zu vertreten. Die Teilnahme der Klägerin an der Vernissage stelle kein geeignetes Verdachtsmoment dar, da sich daraus nicht der Schluss ziehen lasse, die Klägerin habe stattdessen auch arbeiten können. Soweit die Klägerin im Rahmen der Anhörung die Unwahrheit gesagt habe, sei dieses Verhalten menschlich nachvollziehbar. Unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme, die ergeben habe, dass die Klägerin im maßgeblichen Zeitpunkt eine akute psychische Reaktion gezeigt habe, bestehe kein dringender Verdacht, dass sie eine fehlerhafte Diagnose der die Arbeitsunfähigkeit attestierenden Hausärztin provoziert und so die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschlichen habe. Der allgemeine Feststellungsantrag sei unzulässig, da die Klägerin ein Feststellungsinteresse nicht dargelegt habe. Die Klägerin sei zur Rückzahlung der geleisteten Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verpflichtet, da nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme feststehe, dass die Klägerin nicht arbeitsunfähig erkrankt gewesen sei. Demgegenüber stehe der Beklagten kein Anspruch auf Erstattung der Detektivkosten zu, weil die Klägerin keiner vertraglichen Pflichtverletzung überführt worden sei und insoweit auch kein dringender Verdacht bestehe.

27

28

Das Urteil vom 06.09.2016 ist der Beklagten am 20.10.2016 zugestellt worden. Hiergegen richten sich ihre am 25.10.2016 eingelegte und – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 20.01.2017 – am 12.01.2017 begründete Berufung sowie die am 09.02.2017 eingelegte Anschlussberufung der Klägerin. Die Berufungsbegründungsschrift ist der Klägerin am 18.01.2017 zugestellt worden. Nach Verlängerung der Frist zur Beantwortung der Berufungsbegründung bis zum 18.03.2017 hat sie mit einem am 13.03.2017 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz ihre Anschlussberufung begründet.

Die Beklagte ist der Ansicht, das Arbeitsgericht habe hinsichtlich der Kündigung die Darlegungs- und Beweislast grundlegend verkannt. Die Klägerin habe plausibel begründen müssen, weshalb sie, nachdem der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert gewesen sei, dennoch von einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit ausgegangen sei, was sie nicht getan habe. Überdies habe das Arbeitsgericht übersehen, dass die Klägerin nach der Stellung des Urlaubsantrags bekundet habe, „auf keinen Fall da“ zu sein, obwohl sie habe wissen müssen, dass ihr Urlaubsantrag mangels Vertretungsregelung nicht bewilligt werden würde. 29

Die Beklagte beantragt, 30

das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 06.09.2016 – 14 Ca 738/14 – teilweise abzuändern und 31

- 1. die Klage insgesamt abzuweisen, 323
- 2. die Klägerin auf die Widerklage zu verurteilen, auch Schadensersatz in Höhe von 2.839 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2014 zu zahlen, 335
- 3. hilfsweise, für den Fall des Unterliegens mit dem Klageabweisungsantrag hinsichtlich der hilfsweisen ordentlichen Kündigung, das Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 31.05.2014 gegen Zahlung einer Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, aufzulösen. 367

Die Klägerin beantragt, 38

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen sowie im Wege der Anschlussberufung das Urteil des Arbeitsgerichts Köln insoweit abzuändern und die Widerklage abzuweisen, als sie, die Klägerin, verurteilt worden ist. 39

Hinsichtlich des Auflösungsantrags stellt die Klägerin keinen Antrag. 40

Die Klägerin behauptet, die gesamte Situation im Zusammenhang mit der Gewährung der Urlaubstage und der zwischen ihr und Frau N geführten Korrespondenz sowie der abschließenden kommentarlosen Ablehnung ihrer Urlaubsanträge hätten bei ihr zu einem akuten pathologischen psychischen Ausnahmezustand geführt. Ihre Stimmungslage sei nach dem 18.12.2013 ausgeprägt depressiv und mutlos gewesen. Die Klägerin ist der Ansicht, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe ihre Arbeitsunfähigkeit, jedenfalls aber die Tatsache fest, dass sie am 02.01.2014 unter einer akuten Belastungsreaktion gelitten habe. 41

Zudem habe sie zumindest auf die Richtigkeit der von ihrer Hausärztin ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vertrauen dürfen. Sie behauptet, sie sei zwar fest entschlossen gewesen, ihren Ehemann zu der Vernissage zu begleiten, allerdings nur unter der zwingenden Voraussetzung, dass ihr tatsächlich Urlaub gewährt werden würde; nur insoweit habe sie sich gegenüber Frau F und Frau N geäußert. Im Übrigen sei sie nicht davon ausgegangen, dass die Beklagte betriebsbedingte Gründe vortragen könne, die einer Urlaubsgewährung entgegenstehen könnten und dass die Beklagte den beantragten Urlaub tatsächlich ablehnen würde. Nach der Ablehnung des Urlaubs durch die Beklagte hätte sie gemeinsam mit ihrem Ehemann beschlossen, dass dieser alleine nach D fahren solle. Erst durch die Ereignisse nach dem 03.01.2014, nämlich die Anrufe und E-Mails von Frau Rechtsanwältin S und deren Verlangen nach Abgabe einer falschen eidesstattlichen Versicherung, die Befragung von Nachbarn durch eine fremde Person und die täglichen und nächtlichen Anrufe ab dem 07.01.2014 habe sie sich in Zusammenhang mit einem Anruf bei Frau Dr. K , die dies befürwortet habe, entschlossen, ihren Ehemann nach D zu begleiten. Im Rahmen der Anhörung habe sie die Teilnahme an der Vernissage geleugnet, da ihr drei feindlich gesinnte Vertreter der Beklagten gegenübergesessen hätten. Diese seien zudem zur Kündigung fest entschlossen gewesen, was das bereits bereitliegende Kündigungsschreiben belege und hätten zudem bekundet, ihr, der Klägerin, Verhalten im Zusammenhang mit der eidesstattlichen Versicherung rechtfertige den Ausspruch einer fristlosen Kündigung. Die Gesprächsteilnehmer hätten sich ihr gegenüber überlegen gefühlt und sie in die Enge getrieben, um die Drucksituation für sich auszunutzen. Sie selbst sei emotional völlig überfordert und gedanklich nicht in der Lage gewesen, nach dem Gesprächsverlauf entlastende Tatsachen beizubringen. Soweit der Sachverständige sie im Jahr 2016 untersucht habe und dabei feststellen wolle, ob sie in der Zeit vom 02.01.2014 bis zum 16.01.2014 arbeitsunfähig erkrankt gewesen sei, sei ein solches Vorgehen völlig unseriös. Schließlich ist die Klägerin der Ansicht, ihrer Anschlussberufung sei stattzugeben, da die Beklagte die streitgegenständliche Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zu Recht geleistet habe.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des gegenseitigen Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, die zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung geworden sind, sowie das Sitzungsprotokoll verwiesen. 42

Entscheidungsgründe 43

Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet. Die Anschlussberufung der Klägerin hat demgegenüber in der Sache keinen Erfolg. Der von der Beklagten für den Fall des Unterliegens mit ihrem Klageabweisungsantrag hinsichtlich der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung angekündigte Auflösungsantrag ist nicht zur Entscheidung angefallen. 44

A. Die Berufung der Beklagten wie auch die Anschlussberufung der Klägerin sind zulässig. 45

I. Die gemäß § 64 Abs. 1 und Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung der Beklagten ist frist- sowie formgerecht eingelegt (§ 66 Abs. 1 Satz 1, 2, § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i.V.m. § 519 ZPO) und begründet (§ 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i.V.m. § 520 Abs. 1, Abs. 3 ZPO) worden. 46

II. Die Anschlussberufung der Klägerin ist gemäß § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i.V.m. 524 Abs. 1 Satz 1 ZPO statthaft und wurde innerhalb der Berufungserwiderungsfrist gemäß § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, § 524 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3, §§ 519 und 520 ZPO frist- und 47

formgerecht eingelegt und begründet.

B. Die Berufung der Beklagten ist begründet und führt zur teilweisen Abänderung des erstinstanzlichen Urteils. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 21.01.2014 mit sofortiger Wirkung aufgelöst worden und die mit ihrer Widerklage geltend gemachten Zahlungsansprüche stehen der Beklagten zu. Gleichwohl war im neugefassten Tenor des arbeitsgerichtlichen Urteils die Widerklage teilweise abzuweisen. Denn soweit das Arbeitsgericht die Widerklage hinsichtlich der auf die teilweise (in Höhe von 1.490,45 EUR) zugesprochene Hauptforderung begehrten Zinsen abgewiesen hat, ist das arbeitsgerichtliche Urteil in Rechtskraft erwachsen, da sich die Beklagte mit ihrer Berufung nicht gegen die Abweisung der auf den Betrag von 1.490,45 EUR entfallenden Zinsen gewandt hat. 48

I. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist aufgrund der Kündigung der Beklagten vom 21.01.2014 mit sofortiger Wirkung aufgelöst worden. Diese Kündigung stellt sich als rechtswirksam dar. 49

1. Es liegt ein wichtiger Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB vor, der die Beklagte zum Ausspruch der fristlosen Kündigung vom 21.01.2014 berechtigte. 50

Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, d.h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht. 51

Als wichtiger Grund „an sich“ geeignet sind nicht nur erhebliche Pflichtverletzungen im Sinne von nachgewiesenen Taten. Auch der dringende, auf objektive Tatsachen gestützte Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung kann einen wichtigen Grund bilden. Ein solcher Verdacht stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar. Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung oder eines dahingehenden dringenden Verdachts 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. Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumutbar ist oder nicht, nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen der in Rede stehenden Pflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche mildereren Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (vgl. BAG, Urteil vom 21. November 2013 – 2 AZR 797/11 –, Rn. 17, juris). 52

2. Ausgehend von diesen Grundsätzen stellt sich die streitgegenständliche fristlose Kündigung als rechtswirksam dar.
- a. Es besteht der dringende Verdacht, dass die Klägerin im Zeitraum vom 02.01. bis zum 16.01.2014 ihre Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht hat. 54
- b. Das Vortäuschen von Arbeitsunfähigkeit kann einen „wichtigen Grund an sich“ im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB Kündigung darstellen, wenn der Arbeitnehmer unter Vorlage eines Attests der Arbeit fernbleibt und sich Entgeltfortzahlung gewähren lässt, obwohl es sich in Wahrheit nur um eine vorgetäuschte Krankheit handelt (vgl. BAG, Urteil vom 26. August 1993 – 2 AZR 154/93 –, Rn. 32, juris; Landesarbeitsgericht Nürnberg, Urteil vom 27. November 2013 – 8 Sa 89/13 –, Rn. 51, juris; ErfK/Niemann, 17. Aufl., § 626 BGB Rn. 156; KR/Fischermeier, 11. Aufl., § 626 BGB Rn. 445; APS/Vossen, 5. Aufl., § 626 BGB Rn. 189a). 55
- Ein Arbeitnehmer, der seine Krankheit nur vortäuscht, begeht dadurch eine schwere Vertragsverletzung, die je nach den Umständen des Einzelfalls eine fristlose Kündigung rechtfertigen kann. Ein solcher Arbeitnehmer wird nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Urteil vom 26. August 1993 – 2 AZR 154/93 –, Rn. 32, juris) regelmäßig sogar einen vollendeten Betrug begangen haben, denn durch Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hat er den Arbeitgeber unter Vortäuschung falscher Tatsachen dazu veranlasst, ihm unberechtigterweise Lohnfortzahlung zu gewähren. 56
- c. Im Streitfall besteht der dringende Verdacht, dass die Klägerin ihre Arbeitsunfähigkeit im Zeitraum vom 02.01. bis zum 16.01.2014 vorgetäuscht hat. 57
- aa. Wie ausgeführt kann auch der Verdacht einer schwerwiegenden arbeitsvertraglichen Verfehlung einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB zur außerordentlichen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses bilden. Eine auf einen solchen Verdacht gestützte Kündigung kann gerechtfertigt sein, wenn sich der Verdacht auf objektive Tatsachen gründet, die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören, und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat (BAG, Urteil vom 17. März 2016 – 2 AZR 110/15 –, Rn. 39, juris). Der Verdacht muss dringend sein. Es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass er in der Sache zutrifft (BAG, Urteil vom 12. Februar 2015 – 6 AZR 845/13 –, Rn. 29, juris; BAG, Urteil vom 20. Juni 2013 – 2 AZR 546/12 –, Rn. 14, juris). Die Umstände, die ihn begründen, dürfen nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ebenso gut durch ein Geschehen zu erklären sein, das eine außerordentliche Kündigung nicht zu rechtfertigen vermag. Bloße auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen zur Rechtfertigung eines dringenden Tatverdachts nicht aus (BAG, Urteil vom 17. März 2016 – 2 AZR 110/15 –, Rn. 39, juris). Auch als ordentliche Kündigung ist eine Verdachtskündigung sozial nur gerechtfertigt, wenn Tatsachen vorliegen, die zugleich eine außerordentliche, fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten. Dies gilt auch für die Anforderungen an die Dringlichkeit des Verdachts als solchen. In dieser Hinsicht bestehen keine Unterschiede zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung. Für beide Kündigungsarten muss der Verdacht gleichermaßen erdrückend sein (BAG, Urteil vom 18. Juni 2015 – 2 AZR 256/14 –, Rn. 22, juris). Die vorherige Anhörung des Arbeitnehmers ist Wirksamkeitsvoraussetzung der Verdachtskündigung. Der Arbeitnehmer muss die Möglichkeit haben, bestimmte, zeitlich und räumlich eingegrenzte Tatsachen ggfs. zu bestreiten oder den Verdacht entkräftende Tatsachen aufzuzeigen und so zur Aufhellung der für den Arbeitgeber im Dunkeln liegenden Geschehnisse beizutragen (BAG, Urteil vom 12. Februar 2015 – 6 AZR 845/13 –, Rn. 56, juris). Bei der gerichtlichen Überprüfung der 58

Verdachtskündigung ist dem Vorbringen des Arbeitnehmers, mit dem er sich von dem ihm gegenüber vorgebrachten Verdacht reinigen will, durch eine vollständige Aufklärung des Sachverhalts nachzugehen (Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 23. September 2015– 11 Sa 1220/14 –, Rn. 20, juris – unter Hinweis auf BAG, Urteil vom 18. November 1999 – 2 AZR 743/98 –, Leitsatz 2, juris).

bb. Einer vorherigen Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 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. Dies gilt grundsätzlich auch bei Störungen im Vertrauensbereich (BAG, Urteil vom 19. April 2012 – 2 AZR 258/11 –, Rn. 15, juris). 59

cc. Der dringende Verdacht, dass die Klägerin ihre Arbeitsunfähigkeit im Zeitraum vom 02.01. bis zum 16.01.2014 vorgetäuscht hat, ergibt sich im Streitfall anhand einer Gesamtbetrachtung unterschiedlicher Indizien. So hat die Klägerin für den – vom späteren Zeitraum der ärztlich attestierten krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit vollständig umfassten – Zeitraum vom 07.01. bis zum 10.01.2014 nicht lediglich am 14.11.2013 Urlaub beantragt und bereits am 26.11.2013 an die Bearbeitung ihres Urlaubsantrags erinnert, sondern im Zusammenhang mit der Beantragung des Urlaubs auch mehrfach, nämlich mit Schreiben vom 03.12.2013 und mit E-Mail vom 18.12.2013 auf ihre Urlaubswünsche bzw. die aus ihrer Sicht unbefriedigende Situation im Zusammenhang mit der Gewährung von Erholungsurlaub hingewiesen. Zudem hat sie sich auch nach der erfolgten Ablehnung ihres Urlaubsantrags noch an die Geschäftsführung der Beklagten gewandt und das Prozedere der Urlaubsgewährung bzw. -ablehnung konkret in Bezug auf den für den Zeitraum vom 07.01. bis zum 10.01.2014 begehrten Urlaub kritisiert. 60

Hintergrund des von der Klägerin begehrten Urlaubs war ihr Wunsch, ihren Ehemann zu einer Vernissage nach D zu begleiten, die am 09.01.2014 stattfinden sollte. Nachdem es sodann bei der Ablehnung des begehrten Urlaubs geblieben ist, hat sich die Klägerin am 02.01.2014 krank gemeldet und eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt. Während der ärztlich attestierten (vermeintlichen) Arbeitsunfähigkeit hat sie sodann ihren Ehemann zu der Vernissage nach D begleitet und so den Kern oder jedenfalls einen wesentlichen Teil dessen erreicht, weshalb sie die Gewährung von Erholungsurlaub beantragt hatte. Dabei geht die Kammer zugunsten der Klägerin davon aus, dass sie ursprünglich einen längeren Aufenthalt in B geplant und von diesem erst nach der Ablehnung ihres Urlaubsantrags abgesehen hat. 61

(1) Angesichts der Besonderheiten des vorliegend zu beurteilenden Geschehensablaufs in Gestalt eines mehrfach bekräftigten Urlaubsbegehrens, der während des beabsichtigten Urlaubs geplanten Teilnahme an einer Vernissage in D, der anschließenden Vorlage einer den Zeitraum des ursprünglich begehrten Urlaubs vollständig umfassenden (und sogar darüber hinausgehenden) Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und der während des Zeitraums der attestierten Arbeitsunfähigkeit tatsächlich erfolgten Teilnahme an der Vernissage geht die Kammer davon aus, dass der Beweiswert der von der Klägerin beigebrachten, von Frau Dr. K ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert ist. 62

(2) Dabei verkennt die Kammer nicht, dass der Beweis krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit in der Regel durch die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung i.S.d. § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG geführt ist. Die ordnungsgemäß ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist das gesetzlich ausdrücklich vorgesehene und insoweit wichtigste Beweismittel für das Vorliegen 63

krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Ihr kommt ein hoher Beweiswert zu. Der Tatrichter kann normalerweise den Beweis einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit als erbracht ansehen, wenn der Arbeitnehmer im Rechtsstreit eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegt (BAG, Urteil vom 26. Oktober 2016 – 5 AZR 167/16 –, Rn. 17, juris). Im Hinblick auf das Vortäuschen einer Arbeitsunfähigkeit müssen angesichts des hohen Beweiswertes einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zumindest begründete Zweifel an der Richtigkeit dieser ärztlichen Bescheinigung aufgezeigt werden, um den Beweiswert der Bescheinigung zu erschüttern (BAG, Urteil vom 19. Februar 2015 – 8 AZR 1007/13 –, Rn. 25, juris). Diese liegen im Streitfall angesichts des zuvor geschilderten Geschehensablaufs vor.

(3) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme verbleiben, wenn man nicht annehmen will, durch das Sachverständigengutachten sei der Beweis erbracht, dass die Klägerin arbeitsunfähig erkrankt war, jedenfalls erhebliche Zweifel am Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und daran, dass die Klägerin tatsächlich arbeitsunfähig erkrankt war. 64

(a) Die erkennende Kammer geht insoweit an dieser Stelle zugunsten der Klägerin davon aus, dass die Beklagte den Beweis des Nichtvorliegens von Arbeitsunfähigkeit im Zeitraum vom 02.01. bis zum 16.01.2014 durch das Sachverständigengutachten nicht erbracht hat. Gleichwohl verbleiben, da das Sachverständigengutachten aber auch nicht zu dem Ergebnis gelangt ist, dass die Klägerin im fraglichen Zeitraum tatsächlich arbeitsunfähig erkrankt war, diejenigen Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin, die dazu geführt haben, dass der Beweiswert der von Frau Dr. K ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als erschüttert anzusehen ist. 65

(b) Diese Zweifel, die den dringenden Verdacht begründen, die Klägerin habe die Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht, sind auch durch die Vernehmung der behandelnden Hausärztin Dr. K nicht beseitigt worden. Die Zeugin hat glaubhaft bekundet, dass die Klägerin berichtet habe, dass sie große Probleme bei der Arbeit habe und von dort auch immer wieder angerufen werde und Tränen in den Augen gehabt habe. Hieraus hat die Zeugin nach eigenem Bekunden darauf geschlossen, dass die Klägerin nicht arbeitsfähig gewesen sei. So hat die Zeugin ferner bekundet, die Klägerin habe in einem sehr ausführlichen Gespräch angegeben, total gestresst zu sei, 40 Überstunden gehabt zu haben und unter Rückenschmerzen zu leiden; außerdem habe die Klägerin Angst gehabt, dort (gemeint ist ihr Arbeitsplatz) hinzugehen. Letztlich hat die Zeugin bekundet, sie habe die Klägerin wegen einer psychischen Erkrankung für arbeitsunfähig gehalten und ausgeführt, sie verfüge über sehr viel Erfahrung in diesem Bereich und könne beurteilen, wann jemand aufgrund seiner psychischen Situation nicht in der Lage sei, am Arbeitsplatz zu erscheinen. 66

Daraus ergibt sich, dass die Zeugin Dr. K aufgrund der eigenen Angaben der Klägerin davon ausgegangen ist, dass diese sich in einem psychischen Ausnahmezustand befunden habe. So hat sie die Klägerin letztlich weitgehend aufgrund deren eigener Angaben für arbeitsunfähig gehalten, ohne eine objektive Diagnose stellen zu können oder jedenfalls zu stellen zu versuchen, die dies bestätigt. So hat die Zeugin hat auch auf die Nachfrage, auf welche Diagnose sie die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gestützt habe, keine konkreten Angaben zu ihrer diagnostischen Vorgehensweise gemacht, sondern sich allgemein auf ihre Erfahrungen berufen und – ohne nähere Begründung – ausgeführt sie könne beurteilen, wann jemand aufgrund seiner psychischen Situation nicht in der Lage sei, am Arbeitsplatz zu erscheinen. 67

Soweit die Kammer davon ausgeht, dass die Zeugin Dr. K die Klägerin letztlich aufgrund deren eigener Angaben für arbeitsunfähig gehalten hat, steht diesem Verständnis nicht 68

entgegen, dass die Zeugin bekundet hat, ein sehr ausführliches Gespräch mit der Klägerin geführt zu haben. Denn Anhaltspunkte dafür, dass die Zeugin die Angaben der Klägerin kritisch überprüft hat, bestehen nicht. Insbesondere soweit die Zeugin davon ausgegangen ist, die Klägerin habe Angst gehabt, ihren Arbeitsplatz aufzusuchen, ist es zwar nachvollziehbar, dass die Zeugin, in einer solchen Situation, in der sie davon ausgeht, ihre Patientin habe Angst, ihren Arbeitsplatz aufzusuchen, eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausstellt. Ein kritisches Hinterfragen und eine Aufklärung der Hintergründe der vermeintlichen Angst haben indes nicht stattgefunden.

(c) Die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens zur Behauptung der Klägerin, sie sei tatsächlich arbeitsunfähig erkrankt gewesen, kam im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Da die Klägerin selbst behauptet (Schriftsatz vom 06.07.2017, S. 4, Bl. 506 GA) – was ihr Prozessbevollmächtigter im Rahmen der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz nochmals, ohne dass dies protokolliert worden wäre, ausdrücklich bestätigt hat –, ein Sachverständiger könne nach mehr als zwei Jahren nicht mehr feststellen, ob eine zur Arbeitsunfähigkeit führende psychische Erkrankung tatsächlich vorgelegen hat, könnte ein weiteres Sachverständigengutachten, das dreieinhalb Jahre nach dem maßgeblichen Zeitpunkt eingeholt würde, schon nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin nichts zu ihrer Entlastung beitragen. Ohne dass an dieser Stelle darauf ankäme wird, allein aus Gründen der Verständlichkeit, darauf hingewiesen, dass unabhängig davon kein Bedürfnis zur Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens besteht, weil das durch das Arbeitsgericht eingeholte Gutachten des Sachverständigen Dr. R überzeugend ist und die Klägerin keine erheblichen Gründe vorgetragen hat, die Zweifel an diesem Gutachten und seiner Verwertbarkeit begründen könnten. Insoweit wird auf die Ausführungen unten (unter C. II.) Bezug genommen. 69

(4) Auch unter Berücksichtigung des sonstigen Vorbringens der Klägerin verbleibt der dringende Verdacht, dass diese die Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht hat. Die Klägerin behauptet, sie habe ihre Pläne für eine Urlaubsreise zunächst aufgegeben, nachdem ihr der beantragte Urlaub nicht bewilligt worden sei. Sodann habe sie sich bzw. habe sie gemeinsam mit ihrem Ehemann, nachdem sie aufgrund von Telefonanrufen Angst gehabt habe, alleine zu Hause zu bleiben, entschlossen ihren Ehemann auf dessen – nunmehr kürzeren als ursprünglich geplanten und nunmehr auf den Besuch der Vernissage beschränkten – Reise nach D zu begleiten. Dieses Vorbringen der Klägerin vermag die Dringlichkeit des bestehenden Verdachts, die Arbeitsunfähigkeit sei vorgetäuscht, nicht zu entkräften. 70

(a) Zum einen erläutert die Klägerin erläutert nicht, ob sie und ihr Ehemann andere Möglichkeiten (etwa einen Verzicht des Ehemanns auf die geplante Reise oder eine Betreuung der Klägerin in K durch andere Angehörige) zumindest in Betracht gezogen haben, um die für die Klägerin bestehende Angstsituation zu beseitigen. 71

(b) Zum anderen trägt die Klägerin auch nicht vor, was konkret sie mit der Zeugin Dr. K im Hinblick auf die geplante Reise nach D besprochen haben will. Insoweit führt die Klägerin zwar aus (Schriftsatz vom 20.07.2016, S. 10, Bl. 338 GA), die Zeugin habe sie nicht zu Erholungszwecken nach D fahren lassen, sondern weil die von der Beklagten beauftragte Detektei permanent bei ihr, der Klägerin, angerufen habe, so dass sie sich unter Druck gesetzt gefühlt habe. Auf Grund welcher Angaben sie von Frau Dr. K die Zustimmung zur Teilnahme an der Reise nach D erhalten hat, trägt die Klägerin nicht vor. Ihre Erklärung, Frau Dr. K habe sie nach Dachau fahren lassen, weil die von der Beklagten beauftragte Detektei in der Zeit vom 07.01. bis zum 08.01.2014 permanent bei ihr angerufen habe, so dass sie sich erneut unter Druck gesetzt gefühlt habe, weil sie hinter den Anrufen das Büro der Beklagten 72

vermutet gehabt habe, vermag den bestehenden dringenden Verdacht nicht zu erschüttern. Insoweit bleibt bereits nach wie vor unklar, auf Grundlage welcher Angaben der Klägerin Frau Dr. Kröger sich entschlossen hat, der Klägerin zu raten, ihren Ehemann zu begleiten. Frau Dr. Kröger hat im Rahmen ihrer zeugenschaftlichen Vernehmung durch das Arbeitsgericht am 07.05.2015 (Bl. 210 GA) angegeben, die Klägerin habe ihr gegenüber bekundet, sie habe Angst alleine zu Hause zu bleiben. Welche angstaustösenden Faktoren sie Frau Dr. Kröger geschildert hat, trägt die Klägerin nicht vor. Im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits hat sie einerseits bekundet, Frau Dr. Kröger habe sie wegen der permanenten Anrufe der Detektei am 07./08.01.2014 nach Dachau fahren lassen (Schriftsatz vom 20.07.2016, S. 10, Bl. 338 GA) und andererseits bestritten, dass sie dies jemals vorgetragen habe (Schriftsatz vom 10.03.2017, S. 18, Bl. 476 GA). Dieses widersprüchliche Vorbringen der Klägerin vermag den dringenden Verdacht nicht zu erschüttern, die Klägerin habe von vornherein vorgehabt, ihren Ehemann zumindest zu der Vernissage zu begleiten.

(c) Das Vorbringen der Klägerin vermag diesen Verdacht auch insoweit nicht zu erschüttern, als nach ihrem eigenen Vortrag unklar bleibt, wann sie den Entschluss gefasst haben will, doch nach D zu reisen. So trägt die Klägerin vor, diesen Entschluss erst am 08.01.2014 gefasst zu haben (vgl. Schriftsatz vom 09.09.2014, S. 21, Bl. 87 GA). Zugleich führt sie aus, Frau Dr. K dazu befragt zu haben, ob sie nach D reisen könne. Da die Klägerin ausweislich ihres Vortrags am 02.01.2014 Frau Dr. K in deren Praxis aufgesucht und am 06.01.2014 mit dieser telefoniert hat, was die Zeugin jeweils bestätigt hat, und weitere Kontaktaufnahmen zu Frau Dr. K nicht vorgetragen sind, bleibt unklar, weshalb sie Frau Dr. K am 02.01. oder am 06.01.2014 zu einer Reise nach D befragt hat, von der sie nach Ablehnung ihres Urlaubsantrags absehen wollte und die nunmehr doch anzutreten sie sich erst am 08.01.2014 entschlossen hat.

73

Der diesbezügliche Vortrag der Klägerin, Frau Dr. K habe sie wegen der am 07.01. und 08.01.2014 zu Tages- und Nachtzeiten erfolgenden Anrufe „nach D fahren lassen“, ist im Hinblick darauf, dass die Klägerin Frau Dr. K am 02.01.2014 aufgesucht und am 06.01.2014 telefonisch kontaktiert hat nicht plausibel und vermag den bestehenden dringenden Verdacht nicht zu erschüttern. Denn hätte die Klägerin Frau Dr. K überhaupt nicht dazu befragt, wie sich eine Begleitung ihres Ehemanns nach D auf ihren gesundheitlichen Zustand auswirkt, würde dies, ohne dass es darauf ankäme, den Verdacht sogar verstärken, die Klägerin sei selbst nicht davon ausgegangen, ernsthaft erkrankt zu sein. Hätte die Klägerin umgekehrt Frau Dr. K bereits am 02.01. oder am 06.01.2014, letzteres entspricht den Bekundungen der Zeugin Dr. Kröger im Rahmen ihrer Vernehmung durch das Arbeitsgericht, danach gefragt, ob sie aus medizinischer Sicht nach D reisen dürfe, wäre dadurch das Vorbringen der Klägerin widerlegt, sie sich habe erst am 08.01.2014 entschieden, ihren Ehemann nach D zu begleiten. Dies würde den bestehenden dringenden Verdacht nicht erschüttern sondern, ohne dass es darauf ankommt, noch verstärken, die Klägerin sei ohnehin – unabhängig von Telefonanrufen, die zur Tages- und Nachtzeit erfolgten – entschlossen gewesen, nach D zu reisen, um dort jedenfalls an der Vernissage teilzunehmen.

74

(5) Zudem wird der bestehende dringende Verdacht, die Klägerin habe ihre Arbeitsunfähigkeit lediglich vorgetäuscht noch dadurch verstärkt, dass die Klägerin im Rahmen der Anhörung am 22.01.2014 nicht nur bekundet hat, sie sei zu Hause gewesen und habe das Haus nur verlassen, wenn sie einen Arzt habe aufsuchen müssen, sondern sie auch auf die ausdrückliche Frage nach einer Teilnahme an der Vernissage in D diese Teilnahme verneint und behauptet hat, lediglich ihre Schwester habe daran teilgenommen. Diese unwahre Bekundung der Klägerin ist aus der Sicht eines verständigen Arbeitgebers geeignet, den ohnehin bestehenden dringenden Verdacht zu verstärken, die Klägerin habe

75

ihre Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht. Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin behauptet, die Anhörung sei durch drei – ihr feindlich gesinnte – Vertreter der Beklagten erfolgt, die ihr gegenüber überlegen aufgetreten seien. Selbst wenn man dies zugunsten der Klägerin als wahr unterstellt, verstärkt ihre unwahre Bekundung gleichwohl den gegen sie bestehenden Verdacht. Denn es deutet darauf hin, dass die Klägerin selbst davon ausging, sich nicht korrekt verhalten zu haben. Andernfalls, insbesondere falls die Reise nach D auf ärztliches Anraten oder jedenfalls mit Billigung der behandelnden Ärztin erfolgt sein sollte, hätte es nahegelegen, dies offenzulegen und so den geäußerten Verdacht auszuräumen.

(6) Nach Auffassung der Kammer kommt es angesichts der zuvor geschilderten Umstände für die Annahme, es bestehe der dringende Verdacht, die Klägerin habe ihre Arbeitsunfähigkeit in der Zeit vom 02.01. bis zum 16.01.2014 lediglich vorgetäuscht, nicht mehr darauf an, dass der Sachverständige Dr. R in seinem Gutachten zu dem Ergebnis gelangt ist, die Klägerin sei tatsächlich nicht arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Daher hat die Kammer das Ergebnis des überzeugenden Gutachtens (dazu unter C. II.), das sich noch verdachtsverstärkend auswirken würde, bei der Feststellung des dringenden Verdachts außer Betracht gelassen.

76

dd. Die Anhörung der Klägerin am 22.01.2014 ist ordnungsgemäß erfolgt. Eine solche Anhörung ist, weil bei der Verdachtskündigung in besonderem Maße die Gefahr besteht, dass der Arbeitnehmer zu Unrecht beschuldigt wird, ein Gebot der Verhältnismäßigkeit. Unterbliebe sie, wäre die Kündigung nicht „ultima ratio“. Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung Gelegenheit geben, zu den Verdachtsmomenten Stellung zu nehmen, um dessen Einlassungen bei seiner Entscheidungsfindung berücksichtigen zu können. Versäumt er dies, kann er sich im Prozess nicht auf den Verdacht eines pflichtwidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers berufen; die hierauf gestützte Kündigung ist unwirksam.

77

Der Umfang der Anhörung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Einerseits muss sie nicht in jeder Hinsicht den Anforderungen genügen, die an eine Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG gestellt werden. Andererseits reicht es nicht aus, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer lediglich mit einer allgemein gehaltenen Wertung konfrontiert. Die Anhörung muss sich auf einen greifbaren Sachverhalt beziehen. Der Arbeitnehmer muss die Möglichkeit haben, bestimmte, zeitlich und räumlich eingegrenzte Tatsachen ggf. zu bestreiten oder den Verdacht entkräftende Tatsachen aufzuzeigen und so zur Aufhellung der für den Arbeitgeber im Dunkeln liegenden Geschehnisse beizutragen. Um dieser Aufklärung willen wird dem Arbeitgeber die Anhörung abverlangt (BAG, Urteil vom 20. März 2014 – 2 AZR 1037/12 –, Rn. 24, juris). Diesen Anforderungen genügt die von der Beklagten am 22.01.2014 vorgenommene Anhörung. Der Klägerin ist ein greifbarer Sachverhalt genannt worden. Soweit die Klägerin ausführt, die anhörenden Vertreter der Beklagten hätten ihr feindlich gegenüberstanden und sich überlegen gefühlt und dies auch zum Ausdruck gebracht, lässt dies lediglich eine subjektive Einschätzung der Klägerin erkennen. Daraus ergeben sich allerdings keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass die Anhörung nicht ordnungsgemäß erfolgt wäre. Der Ordnungsmäßigkeit der Anhörung stünde es auch nicht entgegen, wenn bereits ein vorbereitetes Kündigungsschreiben der Beklagten vorgelegen hätte. Eine solche Kündigungserklärung hätte den Machtbereich der Beklagten noch nicht verlassen. Die Beklagte hätte mithin, wenn sie den Sachverhalt als im Sinne der Klägerin aufgeklärt angesehen hätte, ohne weiteres von der Abgabe der Kündigungserklärung absehen können.

78

79

ee. Einer vorherigen Abmahnung bedurfte es im Streitfall nicht. Die Pflichtverletzung in Gestalt des Vortäuschens von Arbeitsunfähigkeit im Zeitraum vom 02.01. bis zum 16.01.2014, derer die Klägerin dringend verdächtig ist, wiegt so schwer, dass eine Hinnahme durch die Beklagte offensichtlich – und auch für die Klägerin erkennbar – ausgeschlossen ist. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin aufgrund der Nachfragen vor und nach der Ablehnung ihres Urlaubsantrags wusste, dass die Beklagte die Gewährung von Urlaub in Kenntnis der Tatsache abgelehnt hat, dass die Urlaubsgewährung im Zeitraum vom 07.01. bis zum 10.01.2014 für die Klägerin offenbar von besonderem Interesse war.

ff. Auch im Übrigen geht die abschließende Interessenabwägung zu Lasten der Klägerin aus. 80

(1) Das Beendigungsinteresse der Beklagten überwiegt das Interesse der Klägerin am Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses. Dabei hat die Kammer zugunsten der Klägerin den beanstandungsfreien Bestand des Arbeitsverhältnisses von (im Zeitpunkt der Kündigung) etwas mehr als zehn Jahren ebenso berücksichtigt wie das Alter der inzwischen 55jährigen Klägerin und die mit diesem typischerweise einhergehenden Schwierigkeiten am Arbeitsmarkt. Gleichwohl wiegt die Pflichtverletzung, derer die Klägerin dringend verdächtig ist so schwer, dass das Beendigungsinteresse der Beklagten selbst dann das Interesse der Klägerin am Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses überwiegt, wenn man zugunsten der Klägerin unterstellt, dass die Versagung des von ihr für den Zeitraum vom 07.01. bis zum 10.01.2014 begehrten Erholungsurlaubs durch die Beklagte nicht berechtigt war. Denn die Pflichtverletzung in Gestalt des Vortäuschens von Arbeitsunfähigkeit wegen der Nichtgewährung eines beantragten Urlaubs, derer die Klägerin dringend verdächtig ist, stellt sich als äußerst schwerwiegend dar. Sie berührt einen sensiblen Bereich und ist geeignet, das Vertrauen der Beklagten in die Redlichkeit der Klägerin nachhaltig zu erschüttern. 81

(2) Ohne dass es hierauf noch entscheidend ankommt, wäre auch das Verhalten der Klägerin im Rahmen der Anhörung geeignet, die Pflichtverletzung als noch schwerwiegender anzusehen (vgl. dazu allgemein BAG, Urteil vom 24. November 2005 – 2 AZR 39/05 –, Rn. 21, juris). Gleiches gilt im Hinblick auf die Auswirkungen der Hinnahme eines solchen Verhaltens durch die Beklagte im Hinblick auf die Auswirkungen gegenüber anderen Beschäftigten. Beides wäre im Rahmen der Interessenabwägung zusätzlich zu Lasten der Klägerin zu berücksichtigen. 82

3. Die Beklagte hat die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB eingehalten. Diese beginnt nach § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Dies ist der Fall, sobald er eine zuverlässige und hinreichend vollständige Kenntnis der einschlägigen Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung darüber ermöglicht, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen soll oder nicht (BAG, Urteil vom 20. Oktober 2016 – 6 AZR 471/15 –, Rn. 51, juris). Die Beklagte hat insofern, ohne dass die Klägerin dem entgegengetreten wäre, vorgetragen, den Detektivbericht am 20.01.2014 erhalten zu haben. Die Anhörung der Klägerin ist sodann am 22.01.2014 und damit unverzüglich erfolgt. Die Frist begann daher erst mit Abschluss der Anhörung (vgl. dazu allgemein BAG, Urteil vom 20. März 2014 – 2 AZR1037/12 –, Rn. 14, juris). 83

II. Auf die Widerklage war die Klägerin zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe der von der Beklagten aufgewendeten Detektivkosten (2.839 EUR) zu verurteilen. Die Beklagte hat gegen die Klägerin auch Anspruch auf Schadensersatz in Höhe der verauslagten Detektivkosten (2.839 EUR netto) aus dem (seinerzeit noch bestehenden) Arbeitsvertrag der Parteien i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB. 84

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat der Arbeitnehmer wegen der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten (§ 280 Abs. 1 BGB) dem Arbeitgeber die durch das Tätigwerden eines Detektivs entstandenen notwendigen Kosten zu ersetzen, wenn der Arbeitgeber aufgrund eines konkreten Tatverdachts einem Detektiv die Überwachung des Arbeitnehmers überträgt und der Arbeitnehmer einer vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt wird. Insofern handelt es sich um keine Vorsorgekosten, die unabhängig von konkreten schadensstiftenden Ereignissen als ständige Betriebsausgabe vom Arbeitgeber zu tragen sind. Nach § 249 BGB erstreckt sich die Schadensersatzpflicht auf alle Aufwendungen des Geschädigten, soweit diese nach den Umständen des Falles als notwendig anzusehen sind. Dazu gehört auch die Abwehr drohender Nachteile, wenn sich insofern konkrete Verdachtsmomente ergeben. § 254 BGB verlangt von einem Geschädigten allerdings die Rücksichtnahme auf das Interesse des Schädigers an der Geringhaltung des Schadens. Daraus folgt, dass der Arbeitgeber nur für die Maßnahmen Erstattungsansprüche hat, die ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Arbeitgeber nach den Umständen des Einzelfalles zur Beseitigung der Störung bzw. zur Schadensverhütung nicht nur als zweckmäßig, sondern auch als erforderlich ergriffen haben würde (BAG, Urteil vom 26. September 2013 – 8 AZR 1026/12 –, Rn. 22, juris). 85

2. Der Verdacht, der Vertragspartner bzw. Arbeitnehmer könnte eine strafbare Handlung oder eine schwerwiegende Pflichtverletzung begangen haben, kann nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung bilden (vgl. zuletzt BAG, Urteil vom 17. März 2016 – 2 AZR 110/15 –, Rn. 39, juris). Entscheidend sind dabei der Verdacht eines Verstoßes gegen vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten und der damit verbundene Vertrauensverlust. Es muss gerade der Verdacht sein, der das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers zerstört oder zu einer unerträglichen Belastung des Arbeitsverhältnisses geführt hat. Daher wird insoweit auch der Begriff der Vertrauenskündigung als angemessen angesehen (vgl. Gilberg DB 2006, 1555, 1559). Letztlich geht es darum, dass erhebliche Verdachtsmomente das für ein weiteres Zusammenwirken erforderliche Vertrauen zerstört haben. Die Kündigung wegen Verdachts stellt neben der Kündigung wegen der Tat einen eigenständigen Tatbestand dar. Das dem Verdacht zugrunde liegende Fehlverhalten des Arbeitnehmers muss eine erhebliche Verfehlung des Arbeitnehmers – strafbare Handlung oder schwerwiegende Vertragsverletzung – sein. Der Verdacht muss objektiv durch Tatsachen – sog. Belastungstatsachen – begründet sein, die so beschaffen sind, dass sie einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlassen können. Der Verdacht muss darüber hinaus dringend sein, d.h. es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass der gekündigte Arbeitnehmer die Straftat oder die Pflichtverletzung begangen hat. Hierfür ist eine wertende Beurteilung und kein bestimmter Grad der Wahrscheinlichkeit notwendig. Die Verdachtsmomente und die Verfehlungen, deren der Arbeitnehmer verdächtigt wird, müssen so schwerwiegend sein, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Als derartige schwere Verfehlungen gelten etwa Veruntreuungen eines Filialleiters, Verrat von Geschäftsgeheimnissen, Diebstahl, Betrug bei der Spesenabrechnung, Erschleichen der Lohnfortzahlung, eine illegale verfassungsfeindliche Tätigkeit oder die sexuelle Belästigung von Mitarbeitern (BAG, Urteil vom 26. September 2013 – 8 AZR 1026/12 –, Rn. 24, juris). 86

3. Wie oben (zur Kündigung) ausgeführt, besteht zum einen der dringende Verdacht, die Klägerin habe ihre Arbeitsunfähigkeit im Zeitraum vom 02.01. bis zum 16.01.2014 vorgetäuscht. Zum anderen hat die von der Beklagten veranlasste Observation wesentliche Indizien dafür ergeben, dass die Klägerin ihre Arbeitsunfähigkeit im Zeitraum vom 02.01. bis 87

zum 16.01.2014 erschlichen hat. Denn die Observation hat ergeben, dass die Klägerin während ihrer vermeintlichen Arbeitsunfähigkeit zu der Vernissage gereist ist, was sie, wie ihre Äußerungen im Rahmen der Anhörung am 22.01.2014 belegen, ohne die Ergebnisse der Observation bestritten hätte. Die Klägerin ist daher verpflichtet, die Detektivkosten im Wege des Schadensersatzes an die Beklagte zu erstatten (vgl. dazu BAG, Urteil vom 26. September 2013 – 8 AZR 1026/12 –, Rn. 23, juris).

4. Der Zinsanspruch folgt aus Verzug, §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 Satz 2, 288 Abs. 1 BGB. Er besteht indes erst ab Rechtshängigkeit, da die Beklagte nicht dargelegt hat, die Klägerin gemahnt zu haben und eine Mahnung auch nicht gem. § 286 Abs. 2 BGB entbehrlich war. 88

C. Die Anschlussberufung der Klägerin ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat die Klägerin zu Recht zur Rückzahlung der für den Zeitraum vom 02.01. bis zum 16.01.2014 geleisteten Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall in Höhe von 1.490,45 EUR an die Beklagte verurteilt. Der entsprechende Anspruch der Beklagten ergibt sich aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB. 89

Die Beklagte hat an die vorgenannte Zahlung rechtsgrundlos an die Klägerin geleistet. Der Rechtsgrund des § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG, demzufolge der Arbeitnehmer im Krankheitsfall gegen den Arbeitgeber Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen hat, liegt nicht vor. 90

I. Da die Beklagte die bereits von ihr geleistete Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zurückfordert, ist sie für die Rechtsgrundlosigkeit der Zahlung darlegungs- und beweisbelastet (vgl. Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 01. April 2010 – 2 Sa 731/09 –, Rn. 74, juris). Die Beklagte hat aber im Streitfall den Beweis erbracht, dass die Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum nicht arbeitsunfähig erkrankt war. Die Kammer folgt insoweit dem überzeugenden Sachverständigengutachten des Sachverständigen Dr. R. Dieser schildert nachvollziehbar und unter Angabe des von ihm zugrunde gelegten zutreffenden Sachverhalts, wie er zu seinem Ergebnis gelangt ist. 91

II. Soweit die Klägerin mit ihrem Schriftsatz vom 20.07.2016 sowie in der Berufungserwiderungsschrift und in ihrem Schriftsatz vom 06.07.2017 ausführt und aus ihrer Sicht begründet, dass das Sachverständigengutachten unzutreffend und nicht verwertbar sei, sind die gegen das Gutachten vorgebrachten Angriffe unzutreffend und wissenschaftlich nicht fundiert. 92

1. Die Klägerin beruft sich darauf, dass die vom Sachverständigen gewählte Methodik ungeeignet sei, ohne dass sie ihre gegenteilige Auffassung indes näher begründen würde, etwa durch die Vorlage eines ihre Auffassung stützenden Privatgutachtens. Soweit die Klägerin für ihr Vorbringen, aus dem sich die fehlende Eignung des vom Sachverständigen Dr. R. ergeben soll, die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens beantragt, besteht hierzu kein Anlass. Denn die Klägerin benennt keine konkreten einer wissenschaftlichen Überprüfung zugänglichen Tatsachen, die gegen die Eignung des Gutachtens sprechen, sondern sie bezeichnet lediglich ihre Vorstellungen (oder die ihres Prozessbevollmächtigten), was ein neurologisches bzw. psychiatrisches Gutachten zu leisten vermag und wie es zu erstellen ist. Konkrete neurologische oder psychiatrische Gesichtspunkte hierzu finden sich im Vorbringen der Klägerin nicht. Zu einem unzulässigen Ausforschungsbeweis wird ein Beweisantrag dann, wenn eine Behauptung ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts ins Blaue hinein aufgestellt wird (BAG, Urteil vom 17. Dezember 2014 – 5 AZR 663/13 –, Rn. 24, juris). So verhält es sich 93

im Streitfall. Für die von der Klägerin vertretenen Vorstellungen über Eignung, Methoden und Beweiswert eines neurologischen oder psychiatrischen Sachverständigengutachtens und ihre Behauptung, der Sachverständige Dr. R habe methodisch oder fachlich unzutreffend gearbeitet, führt sie keinerlei greifbare Anhaltspunkte an, sondern sie beschränkt sich darauf etwas zu behaupten, was aus ihrer Sicht plausibel klingt. Die Kritik der Klägerin am Gutachten des durch das Arbeitsgericht beauftragten Sachverständigen erfolgt ohne neurologisch oder psychiatrisch begründete Erklärungen ins Blaue hinein.

2. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist der Sachverständige nicht von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen. Der Sachverständige mag bestimmte Aspekte anders würdigen als die Klägerin, etwa ihre Reise nach D. Die zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen des Sachverständigen sind indes nicht zu beanstanden. Soweit der Sachverständige hier von einem Erholungsurlaub spricht, kann dahinstehen, ob diese Terminologie zutreffend ist. Das Gutachten lässt jedenfalls erkennen, dass der Sachverständige die Art und Dauer der Reise zutreffend erkannt und die von der Klägerin behaupteten Motive, weshalb sie die Reise angetreten hat, berücksichtigt hat. Soweit die Klägerin schließlich darauf abstellt, das Schreiben vom 27.12.2013, das der Sachverständige berücksichtigt, sei nicht von ihr sondern von ihrem nunmehrigen Ehemann abgefasst worden, sind die Erwägungen des Sachverständigen im Hinblick auf die vermeintlich von der Klägerin vorgenommene gut strukturierte und akkurat formulierte Art der Darstellung in diesem Brief für das Ergebnis des Gutachtens erkennbar nicht tragend sondern werden lediglich als ein zusätzliches Indiz angeführt (S. 20 des Gutachtens, Bl. 282 GA: „spricht ebenfalls für eine abnehmende Beschwerdedynamik“) und betreffen zudem den 27.12.2013 und nicht den zu begutachtenden Zeitraum, der am 02.01.2014 begann.

94

3. Soweit die Klägerin das Gutachten für unverwertbar hält, weil ihrem Prozessbevollmächtigten die Teilnahme an der Untersuchung nicht gestattet worden ist, ist diese Rechtsauffassung unzutreffend.

95

Der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit gilt nicht für den durch den Sachverständigen durchgeführten Begutachtungstermin, da dieser nicht Teil der gerichtlichen Beweisaufnahme ist (vgl. OLG München, Beschluss vom 01. Juni 2015 – 24 W 881/15 –, Rn. 16, juris). Soweit der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit analog auf die Teilnahme an der Begutachtung durch den Sachverständigen angewandt wird, findet diese Analogie ihre Grenze im Bereich ärztlicher Untersuchungen, da diese in den Intimbereich eingreifen und daher die Parteiöffentlichkeit hinter dem Schutz der Menschenwürde zurückzubleiben hat (OLG München, Beschluss vom 01. Juni 2015 – 24 W 881/15 –, Rn. 18, juris). Da aus diesem Grund dem Gegner und seinem Prozessbevollmächtigten die Teilnahme an einer ärztlichen Begutachtung nicht zu gestatten ist, verbietet es im vorliegenden Fall der Grundsatz des fairen Verfahrens einerseits der Beklagten und ihrem Prozessbevollmächtigten die Teilnahme zu versagen und gleichzeitig die Klägerin in Gegenwart ihres Prozessbevollmächtigten zu untersuchen. Die Grundsätze des fairen Verfahrens und der Waffengleichheit überlagern bereits den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit selbst (OLG Hamm, Urteil vom 24. Juli 2014 – I-24 U 31/14 –, Rn. 5, juris). Erst Recht überlagern sie diesen dort, wo er nur analog zur Geltung gelangen kann. Unabhängig davon scheidet eine Teilnahme des Prozessbevollmächtigten der Klägerin an der Begutachtung voraus, da es sich bei dieser um eine psychiatrische Untersuchung gehandelt hat und diese daher wegen des erforderlichen Maßes an Vertrauensbildung, Offenheit und Authentizität nur im Vier-Augen-Gespräch durchgeführt werden kann. Insoweit wird auf die überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen in seinem, dem Gericht (und von dort der Beklagten) zur Kenntnis gebrachten Schreiben an den Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 08.03.2016 (dort S.

96

2, Bl. 244 GA) Bezug genommen. Schließlich war der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit im Streitfall jedenfalls für die Klägerin ohnehin gewahrt. Der Sachverständige hat eine Begleitung der Klägerin durch ihren Prozessbevollmächtigten ausdrücklich zugelassen und ihm für diesen Fall die Möglichkeit eingeräumt, im Warteraum Platz zu nehmen und ggfls. Informationen zu übermitteln. In diesem Rahmen hätte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin auch ein Fragerecht ausüben können.

III. Da die Beklagte den Beweis der Rechtsgrundlosigkeit der für den Zeitraum vom 02.01. bis zum 16.01.2014 geleisteten Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall erbracht hat, hat das Arbeitsgericht die Klägerin zu Recht zu deren Rückzahlung in Höhe unstreitiger 1.490,45 EUR verurteilt. 97

D. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Kammer hielt es für angemessen, der Klägerin die gesamten Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Die Beklagte ist lediglich mit einem Teil ihrer widerklageweise geltend gemachten Zinsforderung unterlegen. Diese geringfügige Zuvielforderung hat zudem keine Mehrkosten veranlasst, weil sie lediglich eine Nebenforderung betraf. 98

E. Die Entscheidung über die Nichtzulassung der Revision folgt aus § 72 Abs. 2 ArbGG. Eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage mit grundsätzlicher Bedeutung ist nach Auffassung der Kammer nicht ersichtlich. 99