

<b>Gericht</b>	LAG Berlin-Brandenburg
<b>Datum</b>	11.09.2020
<b>Aktenzeichen</b>	9 Sa 584/20
<b>Entscheidungsform</b>	Urteil

## Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg

Urt. v. 11.09.2020, Az.: 9 Sa 584/20

### Amtlicher Leitsatz

**Im Falle einer Beobachtung eines Arbeitnehmers durch Detektive an mehreren Tagen nebst Fertigung von Fotos ohne einen auf konkrete Tatsachen gegründeten Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung und ohne Ausschöpfung anderer verfügbarer Erkenntnisquellen vor Anordnung der Überwachung ergibt sich aus einer hierin liegenden Verletzung von Persönlichkeitsrechten ein Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot.**

**Im Falle einer solchen Beobachtung kann abhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmer unzumutbar im Sinne des § 9 Abs. 1 KSchG sein.**

In Sachen

pp.

hat das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, 9. Kammer,

auf die mündliche Verhandlung vom 11. September 2020

durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Dr. B. als Vorsitzende

sowie die ehrenamtliche Richterin Frau G. und den ehrenamtlichen Richter Herrn Heidebring für Recht erkannt:

### Tenor:

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 07. Februar 2020 - 7 Ca 6511/19,

7 Ca 11825/19 - unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten teilweise abgeändert:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die fristlose noch durch die hilfsweise ordentliche Kündigung vom 13.05.2019 aufgelöst wird.

Das Arbeitsverhältnis wird gemäß §§ 9, 10 KSchG gegen Zahlung einer Abfindung von 31.925,65 EUR (Einunddreißigtausendneuhundertfünfundzwanzig 65/100) zum 31. Dezember 2019 aufgelöst.

II. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits I. und II. Instanz zu tragen.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

## Tatbestand

Die Parteien streiten über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses und die Erstattung von Detektivkosten.

Der bei Klageerhebung 58-jährige Kläger ist seit 1. Mai 1990 bei der Beklagten tätig, zuletzt als Vertriebsleiter. Es bestehen keine Unterhaltspflichten. Gemäß der Lohnsteuerbescheinigung erhielt der Kläger für das Jahr 2018 ein Entgelt von 103.684,33 Euro brutto. Die Beklagte beschäftigt über zehn Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

In der Reisekostenabrechnung des Klägers für den 17. Oktober 2016 ist angegeben: Beginn 8:00 Uhr, Ende 20:00 Uhr, Anzahl Stunden abwesend 12:00, Zweck der Reise: Oranienburg Baustellenbesuch, steuerfreier Pauschbetrag 2,40 Euro, Verpflegung 5,00 Euro. Der Spesenabrechnung beigelegt war eine Quittung der Raststätte in 17129 Völschow, 15.08 Uhr über zwei Kaffee.

Am 25. März 2019 beobachtete die Detektei T. im Auftrag der Beklagten den Kläger mit vier "Sachbearbeitern" beginnend an dessen Wohnhaus in Dresden. Nach dem Beobachtungsbericht verließ der Kläger sein Wohnhaus um 10.01 Uhr mit seinem Firmenwagen, fuhr nach Gera, stellte das Fahrzeug ab, ging durch die Stadtmitte, suchte in einem Einkaufszentrum eine Toilette auf, machte ein Foto von einer Baustelle des Campus Goethe Gymnasium, fuhr nach Naumburg, hielt dort in der Thomas-Münzer-Straße an, ohne das Auto zu verlassen, nahm in Naumburg in einer Fleischerei eine Mahlzeit zu sich, fuhr weiter durch Bad Kösen und kam um 15.44 Uhr wieder an seiner Wohnung in Dresden an und verließ diese nicht mehr. Nach dem Bericht wurden keine geschäftlichen Aktivitäten durchgeführt. Auf den Beobachtungsbericht unter detaillierter Schilderung der Abläufe und Vorlage zahlreicher Fotos wird Bezug genommen (s. Bl. 190ff d.A.).

Am 3. April 2019 reichte der Kläger seine Reisekostenabrechnung für den März 2019 bei der Beklagten ein. Für den 25. April 2019 ist hier angegeben: Beginn 7:00 Uhr, Ende 18:30 Uhr, Anzahl Stunden abwesend 11:30, Zweck der Reise: Baustellenbesuche Gera, Naumburg, Leune, steuerfreier Pauschbetrag 2,40 Euro, Verpflegung 4,50 Euro.

Auch am 2. April 2019 beobachtete die Detektei T. im Auftrag der Beklagten den Kläger mit vier "Sachbearbeitern" beginnend an dessen Wohnhaus in Dresden. Nach dem Beobachtungsbericht verließ zunächst die Ehefrau des Klägers das Haus und wurde von Mitarbeitern der Detektei bei ihrer Fahrt mit dem Firmenwagen und dem Aufsuchen einer Fußpflegepraxis beobachtet, hierzu wurden Fotos erstellt. Der Kläger verließ nach dem Beobachtungsbericht das Haus mit dem Firmenwagen um 11.58 Uhr, tätigte in der Folgezeit diverse Einkäufe (u.a. auch Kartoffeln, Bier), fuhr Altglas zum Altglascontainer, betankte und reinigte seinen PKW und betrat um 13.14 Uhr eine örtliche Metzgerei

bestellte sich an der Theke etwas zu Essen und verzehrte dieses auch vor Ort. Auf den Beobachtungsbericht unter detaillierter Schilderung der Abläufe und Vorlage zahlreicher Fotos des Klägers u.a. beim Essen wird Bezug genommen (s. Bl. 62ff d.A.).

Am 7. Mai 2019 reichte der Kläger seine Reisekostenabrechnung für den April 2019 bei der Beklagten ein. Für den 2. April 2019 ist hier angegeben: Beginn 8:00 Uhr, Ende 17:30 Uhr, Anzahl Stunden abwesend 9:30, Zweck der Reise: Finsterwalde Projektbesprechung, steuerfreier Pauschbetrag 2,40, Verpflegung 5,30.

Der Geschäftsführer der Beklagten wandte sich mit folgender E-Mail an den Kläger:

"Hallo Ulrich

Leider lässt man mich mit dem Thema Solar Shading nicht mehr in Ruhe.

Ich muss nach England und man will mit mir das Thema besprechen. Dafür bräuchte ich eine Einschätzung der Projekte.

Da ich diese Woche voll mit Terminen bin, bleibt als einzige Möglichkeit Montag, der 13. Mai. Muss leider in Kleve sein, da ich noch alles zusammen fassen muss und dann den Flieger nach England gebucht habe.

Wenn du am Morgen hier sein kannst, können wir bis zum frühen Mittag alles was mit den Projekten zu tun hat, besprechen.

Bitte lasse mich wissen, ob Ulrike dir was buchen soll oder Du es selber machst.

Vielen Dank vorab für das Verständnis"

Als der Kläger am 13. Mai 2019 den Geschäftsführer der Beklagten aufsuchte, waren auch Frau F. und Herr B. anwesend. Der Geschäftsführer fragte den Kläger, wo er am 25. März 2019 und am 2. April 2019 gewesen sei. Der Kläger gab für den 2. April 2019 nach Nutzung seines I-Pads für den 25. März 2019 an, er sei in Gera, Naumburg und Leuna gewesen und für den 2. April 2019, er sei in Finsterwalde bei der "FIAB" und beim Amtsgericht gewesen.

Mit Schreiben vom 13. Mai 2019, dem Kläger übergeben am selben Tag, erklärte die Beklagte die außerordentliche, hilfsweise die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Seit 1. Januar 2020 ist der Kläger in einem anderweitigen Arbeitsverhältnis tätig.

Mit seiner am 28. Mai 2019 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit dieser Kündigung geltend gemacht und zur Begründung ausgeführt:

Die Überwachung durch insgesamt jeweils vier Personen, selbst seiner Ehefrau, nebst Erstellung zahlreicher Fotos stelle eine schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung dar. Die Voraussetzungen einer ausnahmsweise zulässigen Überwachung lägen nicht vor, diese sei vielmehr "ins Blaue hinein" erfolgt. Darüber hinaus sei die Überwachung unverhältnismäßig, da es zur Aufdeckung einer vermeintlichen Pflichtverletzung nicht erforderlich gewesen sei, ihn tagelang durch eine Detektei zu observieren.

An den Tagen im Februar, auf die sich die Beklagte mit Imbissbelegen beziehe, habe er die angegebenen Besuche bzw. Termine wahrgenommen. Er sei vom Heimbüro in Dresden aus gestartet und dorthin zurückgekehrt und habe seine Mittagspause in der Fleischerei verbracht und die entsprechenden Belege eingereicht. Dies habe ebenso wie die Dokumentation der Besuche mit der Angabe "Architekt", "Baustelle" und "Projekt" der jahrzehntelangen Praxis entsprochen und sei von der Beklagten nie beanstandet worden.

Seine Arbeit bei der Beklagten erfolge EDV-gestützt, zuletzt mit dem System CRM (customer relationship management). Dies ermögliche eine Sammlung aller projektbezogenen Daten wie u.a. Aktivitäten wie E-Mails, Telefonate, Besuche und Angebote. Seine Aufgabe sei die strategische Planung und Begleitung der hierarchisch unterstellten Verkäufer, auch sei er mit einem Arbeitszeitanteil von maximal 20% weiterhin im Verkauf tätig gewesen. Diese Tätigkeit habe er beibehalten, um sein Gespür für den Markt zu erhalten und sein langjährig aufgebautes großes Netzwerk betreffend Architekten, Lieferanten und sonstige Planer zu pflegen. Bei der Gestaltung seiner Arbeitszeit sei er frei gewesen, die seitens der Beklagten vorgelegte Arbeitszeitregelung von 1993 sei ihm nicht bekannt. Die Angaben in den jeweiligen Reisekostenabrechnungen seien lediglich deklaratorischer Natur und hätten nicht den tatsächlichen Begebenheiten entsprochen, wie auch der Beklagten bekannt gewesen sei. Die Beklagte habe es ihm überlassen, wo er seine Arbeitsleistung erbringe. Hierzu gehöre auch die Einrichtung eines Heimbüros, dies nicht nur bezogen auf seinen Hauptwohnsitz in Dresden, sondern auch auf seine Zweitwohnung auf Rügen. Er sei lediglich angewiesen gewesen, in einer vorausschauenden Wochenplanung, dem sogenannten "Whereabout" anzugeben, wo in etwa er sich aufhalten werde.

Er sei einer der erfolgreichsten Verkäufer der Beklagten gewesen und habe als einziger Verkäufer in den Jahren 2010 bis 2017 Deckungsbeiträge erzielt. Erst im Laufe des Kalenderjahres 2018 habe sich das zuvor gute Verhältnis zum Geschäftsführer der Beklagten im zeitlichen Zusammenhang mit einer unterschiedlichen Einschätzung eines geplanten Unternehmenskaufs geändert. Der behauptete Umsatzrückgang als Grund für die Überwachung sei vorgeschoben, die Beklagte habe zwischenzeitlich aufgrund seiner Tätigkeit eine Vielzahl langfristig vorbereiteter Aufträge erhalten. Sein Bruttoentgelt für das Jahr 2018 habe einschließlich variabler Gehaltsbestandteile 120.000,00 Euro betragen.

Das Wochenende am 15. und 16. Oktober 2016 habe er in Binz verbracht. Am 17. Oktober habe er noch Arbeiten für die Beklagte in seinem Heimbüro auf Rügen erledigt und den Baustellenbesuch in Oranienburg von dort aus unternommen. Er habe zwischendurch in Völschow eine Pause gemacht. Ob er hier getankt habe, wisse er nicht mehr, dies sei aber jedenfalls keine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten.

Für den 25. März 2019 habe er im "Whereabout" hinterlegt, dass er in Gera sein würde und den Besuch vom Heimbüro in Dresden aus gestartet. Hiervon sei auch die Beklagte ausweislich ihres Observierungsbeginns in Dresden ausgegangen. Er sei, nachdem er einige Arbeiten im Heimbüro erledigt habe, um 10.00 Uhr gestartet und habe sich bei den von ihm aufgesuchten Orten ein Bild von Baufortschritten gemacht bzw. geprüft, ob sich hier eine weitere Pflege bzw. Anbahnung von Vertragsbeziehungen lohnen könnte und im Übrigen während der Fahrt wie üblich dienstliche Telefongespräche geführt und im Anschluss in seinem Heimbüro weiter gearbeitet.

Für den 2. April 2019 habe er im "Whereabout" hinterlegt, dass er an diesem Tag im Heimbüro in Dresden sein werde. Er könne leider nicht mehr sagen, welche Tätigkeiten im Einzelnen er für die Beklagte erbracht habe, da er sämtliche Arbeitsmittel habe zurückgeben müssen. Dass er diese Tätigkeiten kurz für Privates unterbrochen habe, rechtfertige angesichts der eingeräumten freien Gestaltung der Arbeitszeit keinen Vorwurf des Arbeitszeitbetruges. Jedenfalls sei er an einem anderen Tag in Finsterwalde gewesen.

Am 13. Mai 2019 hätten für ihn überraschend in Kleve neben dem Geschäftsführer Frau F. und Herr B. auf ihn

gewartet. Der Geschäftsführer habe seinen Schrank geöffnet, auf darin befindliche Ordner gezeigt und sinngemäß erklärt, er habe all dies über ihn gesammelt, in den letzten Monaten habe er nichts anderes getan. Nach den lautstarken Fragen zu seinen Aufenthaltsorten am 2. April 2019 und 25. März 2019 und seinen Erklärungen habe der Geschäftsführer kurz den Raum verlassen und ihm dann das Kündigungsschreiben überreicht.

Mit seiner am 10. Dezember 2019 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klageerweiterung hat der Kläger die Auflösung seines Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung beantragt und zur Begründung ausgeführt, die Fortführung des Arbeitsverhältnisses sei nach Beauftragung von vier Detektiven ganztätig an drei Tagen zwecks heimlicher Überwachung einschließlich der Fertigung vieler Fotos auch betreffend seinen Privatbereich nicht zumutbar.

Der Kläger hat - soweit für das Berufungsverfahren von Bedeutung - beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die fristlose noch durch die hilfswise ordentliche Kündigung vom 13.05.2019 aufgelöst wird.
2. das Arbeitsverhältnis der Parteien gemäß §§ 9, 10 KSchG gegen Zahlung einer Abfindung durch die Beklagte in Höhe von 18 Bruttomonatsgehältern zum 31.12.2019 aufzulösen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen, den Auflösungsantrag zurückzuweisen

und widerklagend,

den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 26.268,39 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Zur Begründung hat die Beklagte ausgeführt: Die Kündigung sei wegen mehrfachen Arbeitszeit- und Spesenabrechnungsbetruges als Tat- und Verdachtskündigung erfolgt.

Das Gehalt des Klägers habe einschließlich des Steueranteils für Privatfahrten mit dem Dienstwagen zuletzt 7.068,00 Euro brutto zuzüglich ergebnisabhängiger Provisionen betragen, die aufgrund der fehlenden Aufträge im Jahr 2019 nicht zu erwarten gewesen seien. Die Arbeitszeit des Klägers sei Montag bis Donnerstag 8.00 Uhr bis 17.00 Uhr und Freitag 8.00 Uhr bis 15.30 Uhr gewesen, wie in der "Arbeitszeitregelung ab 1. April 1993" festgehalten (s. Bl. 43 d.A.). Von dieser unternehmensweiten Arbeitszeitregelung sei man nie abgerückt. Der Kläger habe auch nach seiner Erklärung falsche Angaben zu Beginn, Ende und Abwesenheitszeiten gemacht. Dass er ein Heimbüro auf Rügen betreibe, sei ihr nicht bekannt gewesen und werde bestritten. Dies sei zu keiner Zeit erlaubt worden.

Die Beklagte macht sich die Angaben in den Beobachtungsberichten zu eigen. Die Angaben des Klägers in der Anhörung am 13. Mai 2019 unter Nutzung seines I-Pads seien unzutreffend, wie der Kläger selbst einräume. In der Anhörung habe der Kläger weiter mitgeteilt, er schreibe in den Reisekostenabrechnungen seine Arbeitszeit auf und nicht die reine Reisezeit.

Es habe Anlass für die Aufnahme von Ermittlungen gegeben. Die Prognose für die Region Nord, für die der Kläger als Vertriebsleiter zuständig sei, habe für die zweite Jahreshälfte einen Verlust von 1,5 Mio Euro

ausgewiesen. Ihr Geschäftsführer habe sich im September 2018 nach den Ursachen erkundigt. Der Kläger habe nach seinen Angaben über keine Informationen zu dieser schlechten Lage verfügt und die Prognose nicht geteilt. Bei einem internen Vertriebsmeeting habe der Kläger für seinen Bereich zuvor noch Aufträge in einem Volumen von 6,5 Mio Euro in Aussicht gestellt. Am 31. Januar 2019 seien die Ursachen für das schlechte Geschäftsergebnis weiterhin unklar gewesen. Der Geschäftsführer habe dem Kläger mitgeteilt, er müsse die Vertriebsleitung künftig nicht mehr ausüben, worauf der Kläger erwidert habe, "Dann nimm mir alle Verantwortung ab. Dann bin ich nur noch im Außendienst. Aber mein Gehalt bleibt so!". Auf Nachfrage nach Neuigkeiten habe der Kläger am 21. Februar 2019 geantwortet "nein, keine negativen Nachrichten. Sobald ich Entscheidungen habe, gebe ich ein Zeichen." Weitere Mitteilungen seien nicht erfolgt. Der Geschäftsführer habe sich daher die Frage gestellt, was der Kläger während seiner Arbeitszeit mache und sich die letzten Reisekostenabrechnungen des Klägers vorlegen lassen. Auffällig bei den Abrechnungen seien die wiederkehrenden Quittungen der am Wohnort des Klägers in Dresden befindlichen Metzgerei Ernst Schulze, wo der Kläger bei angeblich auswärtigen Terminen um die Mittagszeit Einkäufe getätigt habe. So habe der Kläger am 5. Februar 2019 "Cottbus Architektenberatung" angegeben, aber im Dresdener Imbiss zu Mittag gegessen, ebenso am 6. Februar 2019 ("Chemnitz Baustellenbesuch), 13. Februar 2019 ("Freital Architektenberatung"), 21. Februar 2019 ("Bautzen Projektbesprechung"), 25. Februar 2019 ("Chemnitz Projektbesprechung"). Der Kläger habe hier Belege mit der Angabe "es bedient Sie :Imbiß 7%" eingereicht, die keinen Aussteller erkennen ließen (s. Bl. 294 ff d.A.). Die Mitarbeiter der Detektei T. hätten ermittelt, dass es sich bei dem Imbiss-Beleg ohne Aussteller um die Metzgerei Ernst Schulze Fleischerei und Feinkost GmbH in Dresden handle, indem sie einen Vergleichs Kauf vorgenommen hätten (s. der Imbiss-Beleg Vergleichs Kauf vom 28. März 2019, Bl. 310 d.A.). Für die an diesen Tagen angeblich angefallenen Aktivitäten gebe der Kläger keine konkreten Namen, Personen oder Baustellen an. Ein Besuch beim Imbiss am Wohnort rechtfertige keine Abrechnung der ausgegebenen Beträge als Spesen.

Zum Ablauf des Gesprächs am 13. Mai 2019 bezieht sich die Beklagte ergänzend auf eine "interne Gesprächsnotiz" zum Ablauf (s. Bl. 333 der Akte).

In der Woche vor der Anhörung des Klägers habe ihr Geschäftsführer den Namen des Klägers im Internet gesucht und sei auf einen Bericht über ein Wanderfestival auf Rügen am 15./16. Oktober 2016 gestoßen, an dem der Kläger, der eine Ferienwohnung auf Rügen besitze, nach dem Bericht teilgenommen habe. Der Geschäftsführer habe sich die Reisekostenabrechnung für den Oktober 2016 vorlegen lassen. Hieraus ergebe sich, dass der Kläger am 17. Oktober 2016 keine Arbeit geleistet, jedenfalls keine Baustellenbesuche in Oranienburg vorgenommen habe, sondern sich vielmehr auf der Rückfahrt von privaten Freizeitaktivitäten befunden und darüber hinaus zu Unrecht mit der Firmentankkarte getankt habe, da er nach dem Dienstwagenüberlassungsvertrag die Tankkosten für längere Privatfahrten z.B. an Wochenenden und Feiertagen und bei Urlaubsfahrten selbst zu tragen habe.

Die Frist gemäß § 626 Abs. 2 BGB sei eingehalten. Bei Erhalt der Reisekostenabrechnung für März 2019 und den Ermittlungsergebnissen vom 25. März 2019 und 2. April 2019 habe die Frist noch nicht zu laufen begonnen, da hiernach ein arbeitsrechtlicher Verstoß nicht zwingend gegeben gewesen sei. Der Kläger hätte Gründe für die nicht erbrachte Arbeitstätigkeit haben und Privatangelegenheiten angeben bzw. Privatfahrten nicht abrechnen können, weshalb eine weitere Aufklärung angezeigt gewesen sei.

Die Voraussetzungen einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses seien nicht gegeben.

Sie habe Anspruch auf die widerklageweise geforderte Summe von 26.268,39 Euro netto. Der Kläger habe die durch das Tätigwerden der Detektei T. entstanden Kosten zu tragen, da sie diese aufgrund des bestehenden

Tatverdachts habe beauftragen dürfen und die aufgewandten Kosten notwendig, insbesondere der Höhe nach angemessen und ortsüblich seien. Aufgrund der auswärtigen Tätigkeit hätten sich mehrere Personen und Fahrzeuge abwechseln müssen, um bei der Beobachtung unentdeckt bleiben zu können. Ein erfolgversprechendes milderer Mittel zum Nachweis des Arbeitszeit- und Abrechnungsbetruges habe es nicht gegeben.

Der Kläger hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Zur Begründung hat der Kläger ausgeführt, die Beklagte habe keinen Anspruch auf Erstattung von Detektivkosten, weil angesichts der Beauftragung der Detektei "ins Blaue hinein" von vornherein kein Erstattungsanspruch bestehe, die Beauftragung einer Detektei zudem nicht erforderlich und erst Recht keine Überwachung durch vier Personen und wechselnde Fahrzeugen angezeigt gewesen sei.

Das Arbeitsgericht Berlin hat die Kündigungsschutzklage durch Urteil vom 7. Februar 2020 abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Die außerordentliche Kündigung vom 13. Mai 2019 sei wirksam. Der erforderliche Kündigungsgrund liege in den Dokumentationen in der Reisekostenabrechnung für den 2. April 2019. Die diesbezüglichen Beobachtungen der Detektei T. seien verwertbar, da die Observierung des Klägers nicht "ins Blaue hinein" erfolgt sei. Die Beklagte habe für mindestens fünf Tage im Februar 2019 Quittungen für in Dresden um die Mittagszeit eingekaufte Verpflegung eingereicht. Für dieselben Tage angegebene ganztägige Tätigkeiten in Cottbus, Chemnitz, Freital seien nicht plausibel. Am 2. April 2019 habe sich der Kläger anstatt der angegebenen Arbeit von 9 ½ Stunden bei einem auswärtigen Termin in Finsterwalde durchgehend in Dresden aufgehalten und sei hier zu den Zeiten, die in der Abrechnung als Arbeitszeit angegeben seien, rein privaten Erledigungen nachgegangen. Zwar habe sich der Kläger ab ca. 14.00 Uhr in seiner Wohnung aufgehalten, in der er unstreitig ein Heimbüro unterhalten habe und hätte dort auch gemäß seinem Vortrag mit Arbeitsleistungen befasst sein können. Dies würde aber nichts an der Täuschung darüber ändern, wo und welche Arbeitsleistung er in welchem Umfang tatsächlich erbracht habe. Selbst wenn die Eintragungen nicht auf die Erfassung der Arbeitszeiten, sondern auf die Erfassung von Reisekosten gerichtet seien, seien diese wahrheitsgemäß vorzunehmen. Auch eine Falschangabe zwecks Erstattung nicht zustehender Verpflegungskosten sei gleichermaßen eine Pflichtverletzung. Der behauptete Irrtum sei eine Schutzbehauptung. In der Abwägung der Interessen überwiege das Interesse an einer sofortigen Beendigung, da das erforderliche Vertrauen aufgrund des Verhaltens des Klägers nicht mehr gegeben sei, dies auch im Hinblick auf die fehlende Überprüfbarkeit der geleisteten Arbeitszeit und -tätigkeit. Hinsichtlich weiterer Ansprüche, die nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens sind, hat das Arbeitsgericht der Klage stattgegeben.

Die Widerklage hat das Arbeitsgericht abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, ein Anspruch bestehe bereits deshalb nicht, weil eine Observierung mit vier Personen unter Nutzung von vier Fahrzeugen und zudem der Ehefrau des Klägers nicht erforderlich gewesen und der geforderte Betrag damit deutlich zu hoch sei.

Gegen dieses ihm am 13. März 2020 zugestellte Urteil hat der Kläger am 8. April 2020 Berufung eingelegt und diese am 12. Mai 2020 begründet. Zur Begründung hat der Kläger unter Bezugnahme seines erstinstanzlichen Vortrags im Wesentlichen ausgeführt, es sei bereits nicht erkennbar, ob das Arbeitsgericht hier von einem vermeintlichen Arbeitszeitbetrug, einem Spesenbetrug oder allein einer fehlerhaften Dokumentation ausgehe. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts bestehe ein Sachverhalts- und Beweisverwertungsverbot. Fälschlich nehme das Arbeitsgericht an, es liege keine schwere Verletzung von Persönlichkeitsrechten durch die

Observierung vor. Fraglich sei vielmehr, ob diese gerechtfertigt gewesen sei, was ausgehend von den Anforderungen des Bundesarbeitsgerichts nicht der Fall sei. Bloße Verdachtsmomente reichten hierfür nicht aus, erforderlich sei ein auf Tatsachen gestützter konkreter Verdacht. Ein solcher sei nach dem Vortrag der Beklagten nicht gegeben gewesen. Für den Kalendermonat Februar 2019 habe er am 4. März 2019 wie üblich eine Reisekostenabrechnung eingereicht, hierzu als Verpflegungsnachweis an mehreren Tagen eine Quittung der Dresdner "Ernst Schulze Fleischerei & Feinkost GmbH. Diese habe die Beklagte am 15. März 2019 als "sachlich geprüft / zur Auszahlung genehmigt". Die Reisekostenabrechnung für den März 2019 habe die Beklagte am 25. April 2019 als "sachlich geprüft / zur Auszahlung genehmigt" gegengezeichnet. Unabhängig hiervon sei der Eingriff unverhältnismäßig. Dies führe zu einem Verwertungsverbot. Darüber hinaus liege in den Eintragungen für den 2. April 2019 keine erhebliche Pflichtverletzung. Das Arbeitsgericht habe die Besonderheiten des streitgegenständlichen Arbeitsverhältnisses mit erheblichen Entscheidungsfreiheiten, wann, wo und wie die Arbeitsleistung erbracht werde, nicht berücksichtigt. Hinsichtlich der fehlerhaften Eintragung Finsterwalde für den 2. April 2020 habe er einen Irrtum plausibel gemacht. Jedenfalls habe er keineswegs in der Absicht gehandelt, sich einen Verpflegungsmehraufwand zu erschleichen, wie das Arbeitsgericht im Wege der Vermutung ausführe. Die Beklagte habe auf die Reisekostenabrechnung für den April 2019 insgesamt nichts gezahlt. Die Interessenabwägung berücksichtige nicht die Dauer des langjährig störungsfrei verlaufenen Arbeitsverhältnisses sowie seine vorherigen, von der Beklagten hervorgehobenen Verdienste.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 7. Februar 2020, 7 Ca 6511/19, teilweise abzuändern und

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die fristlose noch durch die hilfsweise ordentliche Kündigung vom 13. Mai 2019 aufgelöst wird;
2. das Arbeitsverhältnis der Parteien gemäß §§ 9, 10 KSchG gegen Zahlung einer Abfindung durch die Beklagte in Höhe von 18 Bruttomonatsgehältern zum 31. Dezember 2019 aufzulösen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt die Klageabweisung und führt zur Begründung im Wesentlichen aus, es liege ein Spesenabrechnungsbetrag und Arbeitszeitbetrag vor. Der Kläger habe mit seinen Angaben für den 2. April 2020 sowohl über die Voraussetzungen einer Erstattung des Verpflegungsmehraufwandes getäuscht als auch darüber, dass er an diesem Tag überhaupt Arbeitsleistungen erbracht habe. Die Angaben zu Arbeitszeiten und aufgewendeten Spesen seien nicht lediglich deklaratorischer Natur, sondern Grundlage seiner Gehaltszahlung und der Erstattung des Verpflegungsmehraufwandes. Die Angaben des Klägers unterlägen keinem Beweisverwertungsverbot. Aufgrund der Differenzen zwischen eingereichten Quittungen und Ortsangaben sei der Kläger bereits zuvor des Arbeitszeit-/Spesenabrechnungsbetruges dringend verdächtig gewesen. Beobachtet worden sei der Kläger in der Öffentlichkeit.

Die Kündigung sei als Tat- und Verdachtskündigung ausgesprochen. Der Kläger habe weder in seiner Anhörung noch in seinen Schriftsätzen Termine unter Angabe konkreter Namen oder Baustellen angegeben. In seiner Anhörung habe der Kläger angegeben, seine Termine nicht in Outlook, sondern im CMR-System zu pflegen. Auch dort hätten die Termine nicht nachvollzogen werden können, insofern bleibe der Verdacht gleichartiger Pflichtverletzungen an den anderen Tagen. Dies gelte auch für die Reisekostenabrechnung für den 17. Oktober



2016. Die Verpflegungskosten habe der Kläger offenbar angesetzt, um nicht aufzufallen. Der Kläger sei in der Arbeitszeitgestaltung nicht frei gewesen. Von der unternehmensweit bestehenden Arbeitszeitregelung sei man nie abgerückt. Die Arbeitszeit- und Reisekostenordnung seien dem Kläger bekannt gewesen, im Intranet hinterlegt und abrufbar. Eine vorherige Bekanntgabe des Themas einer Anhörung sei für eine Verdachtskündigung nicht erforderlich.

Weiter hat die Beklagte hat gegen das ihr am 9. März 2020 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts am 7. April 2020 Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist im Wesentlichen wie folgt begründet: Die für die Beobachtung des Klägers am 25. März 2019, 28. März 2019 und 2. April 2019 aufgewandten Kosten seien zu ersetzen, da zum Zeitpunkt der Auftragserteilung ein dringender Verdacht eines Arbeitszeit- und / oder Spesenabrechnungsbetruges vorgelegen habe. Es habe kein milderes Mittel zur Verfügung gestanden, zumal der Geschädigte nicht auf ein weniger sicheres Mittel verwiesen werden könne. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts sei eine Überwachung mit vier Sachbearbeitern erforderlich gewesen. Die fortlaufende unentdeckte Überwachung einer Person müsse auch erfolgen können, wenn Detektive wegen eines Toilettengangs, Fahrzeugdefekts, Verkehrsunfalls oder roten Ampeln kurzfristig oder dauerhaft ausfielen. Maßgeblich sei die Sicht ex ante. Der Kläger sei aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse überführt worden, da ihm eine falsche Reisekostenabrechnung für den 2. April 2019 hätte nachgewiesen werden können.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 07.02.2020, Az. 7 Ca 6511/19 und 7 Ca 11825/19, teilweise abzuändern und

den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 26.268,39 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Zur Begründung führt der Kläger aus, es bestehe bereits mangels Vorliegen der Voraussetzungen kein Anspruch auf Erstattung. Im Übrigen seien die Ausführungen des Arbeitsgerichts zu einer erheblich überzogenen Höhe zutreffend, aus den weiteren Ausführungen der Beklagten mit der Berufung ergebe sich nichts Anderes.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Rechtsvortrages wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

A. Die Berufung des Klägers ist zulässig.

Sie ist gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1 und 2 b), c) ArbGG statthaft und wurde form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§§ 519, 520 Abs. 1 und 3 ZPO, § 66 Abs. 1 S. 1 und 2 ArbGG).

B. Die Berufung des Klägers ist begründet.

I. Die außerordentliche Kündigung vom 13. Mai 2019 ist unwirksam.

1. Mit dem Arbeitsgericht ist davon auszugehen, dass in den Angaben des Klägers für den 2. April 2020 in der Reisekostenabrechnung eine erhebliche Pflichtverletzung liegt, wie sich aus einem Abgleich dieser Angaben und den Feststellungen der Detektei T. aufgrund der Überwachung des Klägers ergibt.

Der Kläger ist verpflichtet, in der Reisekostenabrechnung zutreffende Angaben zu machen. Die Angabe "Anzahl Stunden abwesend" 9: 30 ist ebenso falsch wie die Angabe "Finsterwalde". Selbst wenn die Reisekostenabrechnung nicht der Erfassung von Arbeitszeiten dient, erfolgt die Angabe zur Abrechnung von Spesen und Erhalt eines steuerfreien Pauschbetrages. Bei einem Aufenthalt am Wohnort sind diese Angaben falsch und führen zu einer nicht zustehenden Zahlung von Spesen und des Pauschbetrages, darüber hinaus wird eine Arbeitsleistung in Finsterwalde behauptet, die so nicht stattgefunden hat. Soweit sich der Kläger hier auf einen Irrtum beruft, ist kaum nachvollziehbar, dass der Kläger sich wenige Wochen später weder erinnern kann, wann er ggf. einen ganzen Tag eine Fahrt nach Finsterwalde unternommen hat noch etwas dazu sagen kann, welche Arbeiten er am 2. April 2020 stattdessen ausgeführt hat.

Diese Pflichtverletzung ist als Grund für die streitgegenständliche Kündigung jedoch bereits deshalb nicht geeignet, weil die Feststellung privater Beschäftigungen und insbesondere der Aufenthalt in Dresden anstelle der angegebenen Tätigkeit in Finsterwalde auf der Überwachung durch die Detektei T. beruht, wie auch das Arbeitsgericht zutreffend feststellt. Die Voraussetzungen einer solchen Überwachung lagen jedoch nicht vor. Die Feststellungen der Detektei T. und der Sachvortrag der Beklagten, der diese Feststellungen wiedergibt, sind nicht verwertbar.

a) Mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist davon auszugehen, dass sich ein Sachvortrags- oder Beweisverwertungsverbot wegen einer Verletzung des gem. Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts einer Partei im arbeitsgerichtlichen Verfahren aus der Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung des Prozessrechts - etwa der § 138 Abs. 3, § 286, § 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO - ergeben kann. Wegen der nach Art. 1 Abs. 3 GG gegebenen Bindung an die insoweit maßgeblichen Grundrechte und der Verpflichtung zu einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung hat das Gericht zu prüfen, ob die Verwertung von heimlich beschafften persönlichen Daten und Erkenntnissen, die sich aus diesen Daten ergeben, mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen vereinbar ist. Das Grundrecht schützt neben der Privat- und Intimsphäre und seiner speziellen Ausprägung als Recht am eigenen Bild auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das die Befugnis garantiert, selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu befinden (BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 - 2 AZR 597/16 -, BAGE 159, 278-293, Rn. 21 mwN.). Die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) konkretisieren die Anforderungen an eine zulässige Datenverarbeitung und des Schutzes des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und am eigenen Bild. Deshalb liegt bei einer nach den Vorschriften des BDSG zulässigen Datenerhebung insoweit keine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und am eigenen Bild vor (BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 - 2 AZR 597/16 -, BAGE 159, 278-293, Rn. 22).

Maßgeblich ist insoweit die Regelung in § 26 Abs. 1 BDSG, eine spezifische Vorschrift im Sinne des Art. 88 DS-GVO. Der Wortlaut des § 26 Abs. 1 BDSG entspricht dem Wortlaut des § 32 Abs. 1 der vorherigen Fassung des BDSG. Entsprechend wird angenommen, dieser Erlaubnistatbestand für die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext sei ebenso zu verstehen wie bislang § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG (Kort, RdA 2018, 24ff (25); Wybitul, NZA 2017, 413ff (415), s. auch BAG, Urteil vom 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 -, BAGE 165, 255-277, Rn. 52). Auch soweit auf die nunmehr in Kraft getretene DS-GVO und dieser zugrunde liegende

Bewertungen hingewiesen wird (Kühling/Buchner/Maschmann, 2. Aufl. 2018, BDSG § 26 Rn. 2) ergeben sich hieraus jedenfalls keine geringeren Anforderungen.

Das Observieren eines Arbeitnehmers durch einen - bzw. mehrere - Detektive ist eine Form der Datenerhebung (BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 - 2 AZR 597/16 -, BAGE 159, 278-293, Rn. 23). In einer solchen Datenerhebung liegt zugleich ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 - 2 AZR 597/16 -, BAGE 159, 278-293, Rn. 24).

Dieser Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers muss auch im Rahmen von § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG einer Abwägung der beiderseitigen Interessen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit standhalten. Dieser verlangt, dass der Eingriff geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen ist, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Es dürfen keine anderen, zur Zielerreichung gleich wirksamen und das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers weniger einschränkenden Mittel zur Verfügung stehen. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist gewahrt, wenn die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe steht. Die Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung darf keine übermäßige Belastung für den Arbeitnehmer darstellen und muss der Bedeutung des Informationsinteresses des Arbeitgebers entsprechen. Danach muss im Falle einer der (verdeckten) Videoüberwachung vergleichbar eingriffsintensiven Maßnahme zur Aufklärung einer schwerwiegenden, jedoch nicht strafbaren Pflichtverletzung ebenso wie zur Aufdeckung von Straftaten im Rahmen von § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG ein auf konkrete Tatsachen gegründeter Verdacht für das Vorliegen einer solchen Pflichtverletzung bestehen. Eine verdeckte Ermittlung "ins Blaue hinein", ob ein Arbeitnehmer sich pflichtwidrig verhält, ist auch nach § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG unzulässig (s. BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 - 2 AZR 597/16 -, BAGE 159, 278-293, Rn. 32 zur wortlautgleichen Regelung in § 32 Abs. 1 BDSG aF).

b) Der erforderliche auf konkrete Tatsachen gegründete Verdacht zumindest einer schwerwiegenden Pflichtverletzung vor Anordnung der Überwachung kann nicht festgestellt werden.

aa) Soweit sich die Beklagte hier auf einen Umsatzrückgang bzw. einen prognostizierten Umsatzrückgang ohne überzeugende Erklärung des Klägers hierfür beruft, reicht dies zur Begründung eines Verdachtes einer schwerwiegenden Pflichtverletzung nicht aus. Ein Informationsinteresse bezüglich des Verhaltens eines Arbeitnehmers oder Zweifel, ob jemand weiterhin so gut wie möglich arbeitet reichen nicht aus, um eine Überwachung durch eine Detektei zu rechtfertigen.

bb) Auch sehr pauschale Angaben in der Reisekostenabrechnung zu geltend gemachten Tätigkeiten wie Architektenberatung oder Projektbesprechung begründen an sich keinen Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung. Falls hier konkretere Angaben gewünscht werden, was nachvollziehbar wäre, ist dies zunächst mitzuteilen. Eine solche Aufforderung zu konkreteren Angaben behauptet auch die Beklagte nicht, vielmehr wurden solche Angaben ersichtlich hingenommen und abgezeichnet. Bereits die Reisekostenabrechnung für den Oktober 2016 (s. Bl. 315 d.A.) enthält Angaben wie "Chemnitz Baustellenbesuch" und "Berlin Projektbesprechungen" ohne dass dies beanstandet worden wäre.

cc) Auch der dringende Verdacht eines Arbeitszeitbetruges im Sinne einer geforderten Vergütung für Zeiten, in denen tatsächlich keine Arbeitsleistung erbracht wurde, kann nicht festgestellt werden. Ein Arbeitszeitbetrug kann vorliegen, wenn eine Arbeitsleistung zu bestimmten Zeiten vorgespiegelt wird. Insofern setzt ein dringender Verdacht eines solchen Fehlverhaltens Angaben oder Vorgaben zur Arbeitszeit voraus. Solche können nicht festgestellt werden.

Bei den Angaben in der Reisekostenabrechnung handelt es sich nicht um solche zur Erfassung von Arbeitszeit. Dies ergibt sich sowohl aus der Angabe im Formular "Anzahl Stunden abwesend" und darüber hinaus den Angaben an sich. Wenn hier Zeiten von 0.00 Uhr bis 24.00 Uhr oder von 0.00 Uhr bis 20.00 Uhr (s. z.B. die Reisekostenabrechnung für Januar 2019 Bl. 293 d.A. mit acht Tagen weit über zwölf Stunden) angegeben werden, wird damit erkennbar keine Arbeit rund um die Uhr behauptet. Wäre dies von der Beklagten so verstanden worden, wäre mit Maßnahmen zur Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes oder zumindest Nachfragen zu rechnen gewesen. Eine Erfassung dieser Zeiten als Arbeitszeit erfolgte auch nach den Angaben der Beklagten in der mündlichen Verhandlung nicht.

Sonstige Angaben des Klägers zu seiner Arbeitszeit werden nicht behauptet. Die Beklagte beruft sich auf eine maßgebliche Arbeitszeit von Montag bis Donnerstag 8.00 Uhr bis 17.00 Uhr und Freitag 8.00 Uhr bis 15.30 Uhr, festgehalten in einer "Arbeitszeitregelung ab 1. April 1993". In dieser "Arbeitszeitregelung" werden Zeiten in der Produktion und "Arbeitszeiten in den Vertriebsbüros sowie in allen Verwaltungsbereichen in Kleve" festgelegt. Aus den getroffenen Regelungen ergibt sich nicht, welche Arbeitszeiten für Vertriebsmitarbeiter mit Reisetätigkeiten und auswärtigen Kundenterminen vorgesehen sind. Solche Tätigkeiten bringen es mit sich, dass Fahrten und Kundentermine auch außerhalb dieser Zeiten anfallen. Wie hier eine Erfassung und ein Ausgleich erfolgen soll, bleibt offen. Ob ein Heimbüro, wie es für den Kläger in Dresden unstrittig vereinbart war, als "Vertriebsbüro" anzusehen ist, erscheint zweifelhaft. Unabhängig vom fraglichen Inhalt dieser Vorgaben für Außendienst- und/oder Heimbüro war dem Kläger diese Arbeitszeitregelung nach seinen Angaben nicht bekannt. Eine Mitteilung an den Kläger trägt die Beklagte nicht vor. Eine etwaige Verfügbarkeit im Intranet ersetzt eine solche nicht. Jedenfalls ergibt sich aus einer solchen Arbeitszeitregelung keine Behauptung oder Vorspiegelung des Klägers, er arbeite stets von 8.00 Uhr bis 17.00 bzw. am Freitag 15.30 Uhr. Dies auch nicht für eine Tätigkeit im Heimbüro oder vor bzw. nach auswärtigen Terminen.

dd) Auch ein vor Observierung bestehender, auf konkrete Tatsachen gegründeter Verdacht falscher Angaben zu Abwesenheitszeiten zwecks unberechtigtem Erhalts von Spesen kann nicht festgestellt werden.

Die eingereichten Quittungen für Mahlzeiten in Dresden bei gleichzeitiger Angabe einer ganztägigen Abwesenheit in der Reisekostenabrechnung vermögen bereits deshalb keinen bestehenden dringenden Verdacht einer Pflichtverletzung durch unzutreffende Angaben in der Reisekostenabrechnung zu rechtfertigen, weil nach Vortrag der Beklagten erst die Detektei festgestellt hat, dass es sich um Quittungen dieser Metzgerei handelt. Die Beklagte macht geltend, der Kläger habe an zahlreichen Tagen im Februar 2019 auswärtige Termine angegeben, aber im Dresdener Imbiss zu Mittag gegessen und hier Belege mit der Angabe "es bedient Sie :Imbiß 7%" eingereicht, die keinen Aussteller erkennen ließen. Es handle sich um die Metzgerei Ernst Schulze Fleischerei und Feinkost GmbH in Dresden, wie sich aus einem Vergleichs Kauf der Detektei T. am 28. März 2019 ergebe. Hiernach war es diese Feststellung der Detektei, die die Angaben des Klägers als fragwürdig erscheinen ließen. Nachträgliche Feststellungen im Zuge einer Überwachung reichen aber nicht aus, um den erforderlichen zuvor bestehenden auf konkrete Tatsachen gestützten Verdacht zu begründen. Wäre der Beklagten bereits vor diesem Vergleichs Kauf bekannt gewesen, dass es sich um Belege der Metzgerei in Dresden handelte, hätte es keiner Überwachung durch eine Detektei bedurft, um festzustellen, dass der Kläger nicht gleichzeitig ganztätig in Cottbus und mittags in Dresden sein kann.

Unabhängig hiervon kann nicht festgestellt werden, dass keine anderen, zur Zielerreichung gleich wirksamen und das Persönlichkeitsrecht des Klägers weniger einschränkenden Mittel zur Verfügung standen. Da eine umfassende Überwachung über ganze Tage und jeden Schritt einen ganz erheblichen Eingriff in Persönlichkeitsrechte darstellt, sind zunächst andere verfügbare Erkenntnisquellen zu nutzen. Sowohl nach

Vortrag des Klägers als auch nach den Feststellungen der Beklagten in der schriftlichen Zusammenfassung der Anhörung werden die geschäftlichen Aktivitäten u.a. des Klägers unter Nutzung des Systems CRM festgehalten. Soweit die Beklagte befürchtet, dass unzutreffend Kundenbesuche oder Besprechungen in der Reisekostenabrechnung als Grundlage für die Zahlung von Spesen und des Pauschbetrages angegeben werden, wäre dies durch Abgleich einerseits der Angaben im CRM-System und andererseits der Reisekostenabrechnungen zu ermitteln. Etliche Belege betreffend Spesen gemäß den Anlagen enthalten Ortsangaben, selbst hinsichtlich der Belege der Metzgerei Ernst Schulze Fleischerei & Feinkost GmbH in Dresden wäre eine Nachfrage beim Kläger, woher diese stammen, in Betracht gekommen. Eine vorherige Überprüfung anhand verfügbarer Angaben und ein sich etwa auf dieser Grundlage ergebender Verdacht unzutreffender Angaben vor Einschaltung der Detektei werden nicht geltend gemacht.

ee) Für eine Überwachung auch der Ehefrau bestand von vornherein kein Grund. Dies auch nicht aufgrund der Nutzung des Dienstwagens des Klägers, da dem Kläger nach Ziffer 4.2. des Dienstwagenüberlassungsvertrages gestattet war, das Fahrzeug Familienangehörigen bzw. Lebenspartnern zu überlassen. Für die Feststellungen, wann die Ehefrau des Klägers wie lange in welcher Fußpflegepraxis war, gab es keine Veranlassung.

ff) Aus etwa zu Unrecht geltend gemachten Spesen für den 17. Oktober 2016 kann sich schon deshalb kein auf konkrete Tatsachen begründeter Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung als möglicher Anlass einer zulässigen Überwachung ergeben, weil die Beklagte diesbezüglich vorgetragene Tatsachen nach ihren Angaben erst in der Woche vor der Anhörung des Klägers, d.h. nach der Überwachung durch die Detektei ermittelt hat.

c) Aus der unzulässigen Datenerhebung folgt ein Verbot der Verwertung dieser heimlich beschafften persönlichen Daten und Erkenntnisse, die sich aus diesen Daten ergeben. Eine Verwertung wäre mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Klägers nicht vereinbar, weil hierfür vom Gericht auf die Berichte der Detektei zurückgegriffen werden müsste. Auch die (weitere) Kenntnisnahme detaillierter Berichte aufgrund heimlicher Beobachtung widerspricht dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Insofern ist der Bedeutung des Persönlichkeitsrechts durch ein Verwertungsverbot Rechnung zu tragen. Allenfalls wenn weitere, über das schlichte Beweisinteresse hinausgehende Aspekte hinzutreten und diese besonderen Umstände gerade die in Frage stehende Informationsbeschaffung als gerechtfertigt ausweisen, kann trotz unzulässiger Datenerhebung eine Verwertung in Betracht kommen (BAG, Urteil vom 27. Juli 2017 - 2 AZR 681/16 -, BAGE 159, 380-394, Rn. 41). Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor.

2. Soweit Verletzungen arbeitsvertraglicher Pflichten unabhängig von den Feststellungen der Detektei T. vorliegen, rechtfertigen diese die vorliegende Kündigung nicht.

a) Soweit Angaben in der Reisekostenabrechnung nicht nur tatsächliche Abwesenheitszeiten aus dem Büro einschließlich eines Heimbüros wiedergeben, wie der Kläger einräumt, stellt dies eine erhebliche Pflichtverletzung dar. In einer Reisekostenabrechnung geht es nicht um eine Arbeit im Heimbüro. Wenn es heißt "Anzahl Stunden abwesend" sind tatsächliche Abwesenheitsstunden anzugeben.

Eine solche Pflichtverletzung rechtfertigt jedoch ohne vorherige Abmahnung keine Kündigung eines knapp 30 Jahre bestehenden Arbeitsverhältnisses, wenn diesbezüglich pauschale, erkennbar nicht genau zutreffende Angaben langjährig ohne Beanstandung hingenommen wurden. Hier sind sämtliche vorliegende Reisekostenabrechnungen sowohl 2016 als auch 2019 diesbezüglich sehr allgemein gehalten. Ein Ende aller Reisen stets zur vollen oder halben Stunde wie angegeben erscheint unwahrscheinlich, ein ganztägiger Baustellenbesuch wenig plausibel. Nähme man an, die angegebenen Projektbesprechungen, Architektenberatungen und Baustellenbesuche erforderten stets die ganze angegebene Abwesenheitszeit bliebe

zudem so gut wie keine Zeit für die dem Kläger unstreitig obliegenden sonstigen Aufgaben. Eine Beanstandung erfolgte nicht, obwohl die Abrechnungen ausweislich der handschriftlichen Anmerkungen durchaus im Einzelnen zur Kenntnis genommen und geprüft wurden.

Nähere Vorgaben zum Heimbüro und der Frage der Behandlung von (Reise-)Zeiten in diesem Zusammenhang sind nicht vorgetragen. Entsprechend kann insoweit keine erhebliche Pflichtverletzung festgestellt werden, insbesondere keine solche, die eine Kündigung eines so langjährig ohne Beanstandung bestehenden Arbeitsverhältnisses ohne vorherige Abmahnung rechtfertigen könnte.

b) Weiter besteht der Verdacht, der Kläger habe sich auch unabhängig von den Tagen der Beobachtung durch die Detektei T. privaten Verzehr von der Beklagten erstatten lassen, ohne dass die Voraussetzungen hierfür vorlagen.

Ein Kündigungsgrund ergibt sich insoweit ausgehend von den Anforderungen des Bundesarbeitsgerichts an eine Verdachtskündigung nicht. Voraussetzung für eine Verdachtskündigung ist die vorherige Anhörung des Arbeitnehmers (BAG, Urteil vom 25. April 2018 - 2 AZR 611/17 -, Rn. 31, juris). Für die Ordnungsgemäßheit der Anhörung vor Ausspruch einer Verdachtskündigung ist entscheidend, ob der Arbeitnehmer in einlassungsfähiger Weise mit den ihm vorgeworfenen Verhaltensweisen konfrontiert wird und ausreichende Gelegenheit erhält, dazu Stellung zu nehmen (BAG, Urteil vom 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 -, BAGE 163, 239-256, Rn. 48).

Es kann dahingestellt bleiben, ob es hier bereits deshalb an einer ordnungsgemäßen Anhörung fehlt, weil der Kläger mit falschen Angaben zum Zweck des Gesprächs eingeladen wurde und dies, obwohl eine Vertuschung von Sachverhalten angesichts der unveränderbar vorliegenden Reisekostenabrechnungen und Berichte der Detektei nicht zu besorgen war. Der Kläger wurde auch nach Vortrag der Beklagten weder zu Angaben in der Reisekostenabrechnung für den Oktober 2017 noch solchen für Februar 2019 angehört, es wurde insoweit kein bestimmter abgerechneter Verzehr ohne plausible rechtfertigende Abwesenheitszeiten vorgehalten.

Entsprechend kann dahingestellt bleiben, ob die Abrechnungsmodalitäten einer von der Beklagten mitgetragenen langjährigen Praxis entsprachen und deshalb eine Kündigung aus diesem Grund ohne vorherige Abmahnung oder zumindest Hinweis zu einer geforderten Änderung nicht gerechtfertigt wäre.

c) Ein unberechtigtes Tanken auf Firmenkosten, das eine Kündigung rechtfertigt, kann ebenfalls nicht festgestellt werden. Hierzu heißt es in Ziffer 4.1. des Dienstwagenüberlassungsvertrages, eine Nutzung des Fahrzeuges für private Zwecke werde gestattet, und weiter "Erfolgen Betankungen des Fahrzeuges für längere Privatfahrten, z.B. an Wochenenden und Feiertagen und bei Urlaubsfahrten, so ist der Mitarbeiter verpflichtet, diese Kosten selbst zu tragen und die Betankung nicht mit der Card vorzunehmen." Ob es sich bei einer etwaigen Betankung des Wagens am Montag, den 17. Oktober 2016 um eine privat zu übernehmende Betankung aufgrund einer "längeren" Privatfahrt handelt, kann allein aufgrund eines einzelnen Betankungsvorgangs schwerlich festgestellt werden. Unabhängig hiervon ist angesichts dieser wenig konkreten Regelung in Zweifelsfällen wie einem Tankvorgang am Montag nach einer privaten Fahrt von mutmaßlich nicht unerheblicher Länge eine Abmahnung oder zumindest eine Klarstellung vor Ausspruch einer Kündigung erforderlich. Dies insbesondere bei einem so langjährigen Arbeitsverhältnis und erst Recht, falls eine Einhaltung dieser Vorschrift bisher nicht weiter eingefordert worden sein sollte.

d) Ebenso kann nicht festgestellt werden, dass der Kläger entgegen seinen Angaben am 17. Oktober 2016 keine Baustelle in Oranienburg besucht hätte. Die Angaben zur Abwesenheit alleine rechtfertigen unabhängig davon, ob es dem Kläger gestattet war, seine Tätigkeit von Rügen aus mit der Folge einer längeren Anfahrt

aufzunehmen die Kündigung nicht (s.o.). Zu einem möglichen Fehlverhalten im Zusammenhang mit der Abrechnung von Spesen wurde der Kläger nicht angehört. Da der Betrag von 5,00 Euro in der Reisekostenabrechnung soweit ersichtlich in der Bearbeitung und Prüfung gestrichen wurde, kann auch nicht nachvollzogen werden, welche Fragen betreffend etwa nicht bestehende Ansprüche hier bereits 2016 geklärt wurden.

II. Die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung vom 13. Mai 2019 ist ebenfalls unwirksam.

Für diese Kündigung bedarf es aufgrund der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes auf das Arbeitsverhältnis eines Kündigungsgrundes im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG. Ein solcher liegt nicht vor.

Auf die obigen Ausführungen wird Bezug genommen. Auch soweit Pflichtverletzungen des Klägers vorliegen, rechtfertigen diese keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne vorherige Abmahnung.

III. Das Arbeitsverhältnis ist auf Antrag des Klägers gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen.

Gemäß § 9 Abs. 1 KSchG ist das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Arbeitnehmers aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen, wenn das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, jedoch dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist. Diese Voraussetzungen liegen vor.

1. Das Arbeitsverhältnis der Parteien wurde durch die Kündigung vom 13. Mai 2019 nicht aufgelöst (s.o.).

2. Dem Kläger ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten.

Die erfolgte Überwachung des Klägers durch eine Detektei stellt eine erhebliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Klägers dar, die die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht. Zwar erfolgte die Überwachung im öffentlichen Raum und zu üblichen Arbeitszeiten. Gleichwohl stellt eine durchgehende Überwachung durch vier Mitarbeiter einer Detektei einschließlich der Überwachung seiner Ehefrau unter Erstellung zahlreicher Fotos u.a. beim Mittagessen eine erhebliche Verletzung von Persönlichkeitsrechten dar. Eine solche ist an sich ausreichend, eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu begründen. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass sich ein betroffener Arbeitnehmer nach einem solchen Vorgehen bei jedem Schritt, ggf. auch in der Pause heimlich beobachtet fühlt. Auch dies macht die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar.

3. Für die Auflösung ist gemäß § 9 Abs. 2 KSchG der Zeitpunkt festzusetzen, zu dem das Arbeitsverhältnis bei sozial gerechtfertigter Kündigung geendet hätte. Dies ist der 31. Dezember 2019.

4. Die Beklagte ist zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen. Als angemessen erachtet die Kammer unter Berücksichtigung der Umstände des vorliegenden Falls einen Betrag von 32.925,65 Euro.

a) Das Gericht hat von Amts wegen über die Höhe der Abfindung zu befinden. Es ist hierbei an Anträge nicht gebunden, denn § 9 Abs. 1 KSchG schließt eine Anwendung von § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO aus (MüKoBGB/Hergenröder, 8. Aufl. 2020, KSchG § 10 Rn. 13; BAG, Beschluss vom 26. Juni 1986 - 2 AZR 522/85 -, Rn. 7, juris). § 10 KSchG gibt Höchstgrenzen einer Abfindung vor. Dies sind im vorliegenden Fall gemäß § 10 Abs. 2 KSchG achtzehn Bruttomonatsentgelte.

b) Die Angemessenheit der Abfindung hat sich im Rahmen dieser vorgegebenen Höchstgrenzen an ihrem

Zweck zu orientieren, der in erster Linie darin besteht, dem Arbeitnehmer einen Ausgleich für die Vermögens- und Nichtvermögensschäden zu gewähren, die sich aus dem an sich nicht gerechtfertigten Verlust des Arbeitsplatzes ergeben (ErfK/Kiel, 20. Aufl. 2020, KSchG § 10 Rn. 4; MüKoBGB/Hergenröder, 8. Aufl. 2020, KSchG § 10 Rn. 14). Zu berücksichtigen ist insbesondere die Dauer der Betriebszugehörigkeit und das Lebensalter, wobei in unionsrechtskonformer Auslegung im Hinblick auf Art. 19 Abs. 1 AEUV in erster Linie nicht das Alter an sich, sondern die vom Alter abhängigen Chancen auf dem Arbeitsmarkt bei der Bemessung der Abfindungshöhe beachtlich sind.

Ausgehend hiervon wurde die außerordentlich lange Betriebszugehörigkeit des Klägers von fast 30 Jahren berücksichtigt. Weiter wurde berücksichtigt, dass sich der Kläger im unmittelbaren Anschluss an den Auflösungszeitpunkt seit 1. Januar 2020 in einem neuen Arbeitsverhältnis befindet. Insofern sind die Chancen des Klägers auf dem Arbeitsmarkt ungeachtet des Lebensalters ersichtlich denkbar günstig. Aber auch wenn insoweit kein Risiko der Arbeitslosigkeit besteht und ein berufliches Netzwerk aufgrund persönlicher Bekanntschaften zwangsläufig nicht beim Arbeitgeber verbleibt, geht mit einem Verlust eines Arbeitsplatzes ein Verlust bestehender Sozialbeziehungen und der Betriebszugehörigkeit einher, darüber hinaus ist bei einem Neuanfang das bisherige Entgelt nicht gewährleistet.

Weiter wurde berücksichtigt, dass die Beklagte mit einer unzulässigen Überwachung durch eine Detektei die Auflösung veranlasst hat. Dies zwar im öffentlichen Raum, aber für Tage umfassend und unter Fertigung zahlreicher Bilder.

Umgekehrt liegen auch ohne Berücksichtigung der von der Detektei ermittelten Daten erhebliche Pflichtverletzungen des Klägers vor. Die Angaben des Klägers zu seinen Abwesenheitszeiten sind auch nach seinem Vortrag falsch, weil sie nicht lediglich die Abwesenheit wiedergeben. Auch wenn dies unter Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit und weiterer Umstände ohne vorherige Abmahnung keine Kündigung rechtfertigt (s.o.), liegt hierin schon aufgrund der Bedeutung dieser Angaben für etwaige weitere Ansprüche und die steuerlichen Folgen solcher Angaben eine ganz erhebliche Verletzung vertraglicher Pflichten.

Es bestehen weder Unterhaltspflichten noch Schwerbehinderung, die bei der Bemessung der Abfindung beachtlich sein können (vgl. zur möglichen Berücksichtigung ErfK/Kiel, 20. Aufl. 2020, KSchG § 10 Rn. 5, 6).

In der Gesamtabwägung dieser Umstände hält die Kammer ausgehend von der Höchstgrenze von achtzehn Bruttomonatsentgelten einen Ansatz von achtzehn Viertelbruttomonatsentgelten für angemessen. Bei der Bemessung wurde ein Bruttomonatsentgelt in Höhe von 7.094,59 Euro als zuletzt maßgebliches Entgelt gemäß der Abrechnung für den März 2019 einschließlich des Betrages für den Dienstwagen angesetzt. Soweit im Jahr 2018 gemäß der Steuererklärung ein höheres Entgelt angefallen ist, wurden hier angefallene Provisionen nicht berücksichtigt. Insofern wurde weder das höchste noch das niedrigste im Laufe des Arbeitsverhältnisses erzielte Entgelt, sondern das zuletzt maßgebliche Entgelt angesetzt.

C. Die Berufung der Beklagten ist zulässig.

Sie ist gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1 und 2 b) ArbGG statthaft und wurde form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§§ 519, 520 Abs. 1 und 3 ZPO, § 66 Abs. 1 S. 1 und 2 ArbGG).

D. Die Berufung der Beklagten ist nicht begründet.

Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Erstattung der angefallenen Detektivkosten. 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 mwN.).

1. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Es fehlt bereits an dem erforderlichen konkreten Tatverdacht für die Überwachung (s.o.).

2. Unabhängig hiervon wären selbst bei Vorliegen dieser Voraussetzung die Kosten nicht als erforderlich anzusehen, wie das Arbeitsgericht zu Recht ausführt. Hier ging es im Hinblick auf etwaige Verletzungen arbeitsvertraglicher Pflichten darum, ob und ggf. wann der Kläger das Haus verlässt, wohin er fährt und wann er zurückkommt. Für eine minutiöse Überwachung jedes Schrittes bestand von vornherein kein Bedarf. Hierfür sind bei wirtschaftlichem Denken keine vier gleichzeitig tätige Mitarbeiter einer Detektei mit vier Autos erforderlich. Im Sinne einer Geringhaltung des Schadens ist das Risiko eines Toilettenbesuchs eines Mitarbeiters oder ein etwa auftretender Schaden an einem Fahrzeug in Kauf zu nehmen. Jedenfalls sind keine drei weiteren Mitarbeiter als erforderlich im o.g. Sinne anzusehen. Fotos desselben Vorgangs aus diversen Blickwinkeln bedarf es nicht. Eine rote Ampel kann auch mehrere Verfolger bremsen und rechtfertigt keine beliebige Zahl in verschiedene Richtungen vorausfahrender Verfolger. Letztlich erscheint auch im Hinblick auf den Zweck der Überwachung, bei der es nicht um erhebliche Gefahren für Leib und Leben, sondern die Feststellung einer Arbeitsleistung bzw. des Ortes der Arbeitsleistung ging, keine Absicherung durch eine Vielzahl von Überwachern zwecks sicherem Ausschluss erdenklicher Risiken erforderlich.

E. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

F. Die Voraussetzungen einer Zulassung der Revision gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor.

---

Hinweis zur Nutzung dieses 17seitigen Dokuments:

Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form unserem urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung, über die allgemeine Information hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung - ist nicht gestattet.

**Dieses Dokument stellt keine Rechtsberatung dar; sondern dient ausschließlich der allgemeinen Information des Lesers. Es ersetzt keinesfalls eine fundierte Rechtsberatung durch einen Fachanwalt für Arbeitsrecht o.ä.**