

Aktenzeichen: 8 AZR 226/08  
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 28. Mai 2009  
- 8 AZR 226/08 -

I. Arbeitsgericht  
Frankfurt am Main

Urteil vom 20. Juni 2007  
- 7 Ca 1023/07 -

II. Hessisches  
Landesarbeitsgericht

Urteil vom 12. Februar 2008  
- 13 Sa 1120/07 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

---

Entscheidungsstichworte:

Schadensersatz - Erstattung von Detektivkosten - Kostenfestsetzungsverfahren

Gesetze:

ZPO §§ 91 ff., 103 ff., 269; ArbGG § 12a; BGB §§ 249, 280, 611

Leitsätze:

keine



# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 226/08  
13 Sa 1120/07  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
28. Mai 2009

## URTEIL

Metze, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. Mai 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Brückmann und Dr. Volz für Recht erkannt:



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 12. Februar 2008 - 13 Sa 1120/07 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Beklagten zur Erstattung von Detektivkosten. 1

Die Beklagte war bei der Klägerin seit dem 5. März 1992 als Sekretärin beschäftigt und verdiente zuletzt 920,00 Euro brutto monatlich. Sie war die Ehefrau des Geschäftsführers der Klägerin. Im April 2005 trennten sich die Eheleute. Ab Mai 2005 erhielt die Beklagte keine Vergütung in vereinbarter Höhe mehr. Ende 2005 stellte sie die Arbeitsleistung für die Klägerin ein. Von April bis Juni 2006 zahlte die Klägerin keine Vergütung mehr und kündigte mit Schreiben vom 14. Juni 2006 zum 31. Dezember 2006. Mitte Juli 2006 erhob die Beklagte eine Klage auf Zahlung der rückständigen Vergütung, die in einem zwischen den Parteien am 1. September 2006 vor dem Arbeitsgericht geschlossenen Vergleich endete. Die Klägerin verpflichtete sich, an die Beklagte für den Zeitraum bis einschließlich August 2006 5.775,00 Euro brutto zu zahlen; weiter verständigten sich die Parteien darauf, dass die Beklagte ab 1. September 2006 bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 31. Dezember 2006 920,00 Euro brutto monatlich verdienen sollte. 2

Mit Schreiben vom 1. September 2006 forderte die Klägerin die Beklagte zur Arbeitsaufnahme auf. Mit Schreiben vom 12. September 2006 mahnte sie sie wegen unterlassener Arbeitsleistung ab und verlangte von ihr mit Schreiben vom 18. September 2006, die Arbeit in der Zentrale der Klägerin aufzunehmen. Die Beklagte erhielt eine auf den 21. September 2006 datierte 3



ärztliche Bescheinigung, in der Arbeitsunfähigkeit bis voraussichtlich 1. Oktober 2006 festgestellt wurde. Diese erreichte die Klägerin nicht. Nach einer weiteren Abmahnung vom 26. September 2006 kündigte die Klägerin unter dem 29. September 2006 das Arbeitsverhältnis fristlos wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung.

Unter dem 2. Oktober 2006 wurde der Beklagten fortdauernde Arbeitsunfähigkeit bis zum 30. Oktober 2006 bescheinigt. Diese Folgebescheinigung ging der Klägerin am 6. Oktober 2006 zu. Daraufhin beauftragte die Klägerin die Firma S mit der Überwachung der Beklagten. Die Detektei ermittelte vom 7. bis zum 12. Oktober 2006, stellte in ihrem Ermittlungsbericht fest, dass die Beklagte sich in dieser Zeit an mehreren Tagen vormittags für mehrere Stunden in einem Gebäude aufgehalten hatte, in dem sich die „Paracelsusschule“ für Heilpraktiker befindet. Sie rechnete unter dem 16. Oktober 2006 gegenüber der Klägerin für ihre Tätigkeit insgesamt 3.546,12 Euro ab, was von der Klägerin bezahlt wurde. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2006 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten ein zweites Mal fristlos mit der Begründung:

„Hierseits bestanden berechnigte Zweifel an Ihrer Arbeitsunfähigkeit. In diesem Zusammenhang war die Erlangung gesicherter Erkenntnisse notwendig, die auch vorliegen.“

Mit Schreiben vom selben Tag forderte sie die Beklagte auf, bis zum 31. Oktober 2006 die entstandenen Detektivkosten zu erstatten.

Vor Beauftragung der Detektei hatte der Geschäftsführer der Klägerin Kenntnis davon, dass die Beklagte im Jahr 2006 - jedenfalls zeitweise - eine Heilpraktikerschule besucht hatte. Eine gegen die ausgesprochene fristlose Kündigung erhobene Kündigungsschutzklage nahm die Beklagte mit Schriftsatz vom 22. November 2006 zurück.

Die Klägerin hat behauptet, ihr Geschäftsführer habe nicht gewusst, ob die Beklagte weiter eine Heilpraktikerschule besuche, und wenn ja, welche. Die Beklagte habe sich ihrer Arbeitsverpflichtung unter Hinweis auf eine angebliche Erkrankung entzogen. Nach Erhalt der Folgebescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit habe sie davon ausgehen müssen, dass die Beklagte die fristlose



Kündigung vom 29. September 2006 angreifen und Entgeltfortzahlungsansprüche geltend machen werde. Aufgrund der Folgebescheinigung habe sie zudem damit rechnen müssen, dass die Beklagte bereits bei Erhalt der fristlosen Kündigung vom 29. September 2006 arbeitsunfähig gewesen sei. Als vernünftiger Arbeitgeber habe sie daher Vorsorge treffen und eine Detektei beauftragen können, um den Beweiswert der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu erschüttern. Wer eine Heilpraktikerschule besuche, könne auch Büroarbeiten ausführen. Der Klage mangle es nicht am Rechtsschutzinteresse, da das prozessuale Kostenfestsetzungsverfahren ein vergleichsweise unsicherer Weg sei. Zudem hätten sich Tatsachen feststellen lassen, die sich erst nach Ausspruch der ersten fristlosen Kündigung ereignet hätten.

Nach einer teilweisen Rücknahme der Klage hat sie zuletzt beantragt,  
die Beklagte zu verurteilen, an sie 3.174,92 Euro nebst  
Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz  
seit dem 1. November 2006 zu zahlen.

8

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt und bestritten, eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung begangen zu haben. Zur Begründung der Kündigung vom 29. September 2006 sei die Beauftragung einer Detektei unnötig gewesen, im Übrigen hätte die Klägerin sie schlicht fragen können, welche Heilpraktikerschule sie besuche. Unwahre Angaben gegenüber dem sie behandelnden Arzt habe sie nicht gemacht.

9

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin blieb vor dem Landesarbeitsgericht ohne Erfolg. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klageziel weiter.

10

## Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Die Klage ist zwar zulässig, aber unbegründet. Die Beauftragung einer Detektei war sachlich nicht geboten.

11



- A. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses bereits für unzulässig gehalten. Zur Durchsetzung ihres Kostenerstattungsanspruchs für Detektivkosten stehe der Klägerin das Kostenfestsetzungsverfahren nach den §§ 103 ff. ZPO zur Verfügung. Auf diesen einfacheren und kostengünstigeren Weg müsse sich die Klägerin verweisen lassen. Nachdem die Beklagte im Kündigungsschutzverfahren die Klage zurückgenommen habe, sei im Kostenfestsetzungsverfahren auch über die Prozessbezogenheit der angefallenen Detektivkosten zu befinden. Dazu gebe es zwar divergierende Ansichten, jedenfalls seien aber Prozessvorbereitungskosten zu erstatten, die zu einem konkret bevorstehenden Rechtsstreit in Beziehung stünden und seiner Vorbereitung dienten. 12
- B. Dem folgt der Senat nur im Ergebnis. 13
- I. Die Klage ist zulässig. Ihr fehlt es nicht am Rechtsschutzbedürfnis. Die Klägerin kann nicht darauf verwiesen werden, vorrangig im abgeschlossenen Kündigungsrechtsstreit eine Kostengrundsatzentscheidung (§ 269 Abs. 3 und 4 ZPO) herbeizuführen und dann in einem Kostenfestsetzungsverfahren nach den §§ 103 ff. ZPO die Erstattung der Detektivkosten geltend zu machen. 14
1. Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Leistungsklage ergibt sich in der Regel schon aus der Nichterfüllung des behaupteten materiellen Anspruchs (BAG 16. Oktober 2007 - 9 AZR 110/07 - Rn. 22, BAGE 124, 203 = AP BGB § 241 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 241 Nr. 1; 9. Mai 2006 - 9 AZR 182/05 - Rn. 10 mwN, ZTR 2007, 100). Das Verlangen, in die materiell-rechtliche Prüfung des Anspruchs einzutreten, ist dann nicht schutzwürdig, wenn die klagende Partei ihr Rechtsschutzziel ebenso sicher auf einfacherem, schnellerem und billigerem Weg in einem anderen Verfahren erreichen kann (BGH 11. Juli 1996 - IX ZR 226/94 - zu II 2 a bb der Gründe, NJW 1996, 3147; 24. Februar 1994 - IX ZR 120/93 - zu I 2 b der Gründe, NJW 1994, 1351), jedoch darf der Rechtssuchende nicht auf einen unsichereren Verfahrensweg verwiesen werden (BGH 24. April 1990 - VI ZR 110/89 - zu II 1 der Gründe, BGHZ 111, 168). Das alternativ zur Verfügung stehende Verfahren muss wenigstens vergleichbar sicher 15



oder wirkungsvoll alle Rechtsschutzziele herbeiführen können (BGH 24. Februar 1994 - IX ZR 120/93 - aaO).

2. Die Möglichkeit, ein weniger aufwendiges Kostenfestsetzungsverfahren nach den §§ 103 ff. ZPO durchzuführen, schließt vorliegend ein Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin nicht aus. 16

a) Ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch ist nicht Streitgegenstand des Kostenfestsetzungsverfahrens nach §§ 103 ff. ZPO. In ihm wird ausschließlich geprüft, ob ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch nach den §§ 91 ff. ZPO, § 12a ArbGG besteht. Nach einer gerichtlichen Kostengrundentscheidung wird über die Erstattungsfähigkeit von Verfahrenskosten nach prozessualen Maßstäben und nach Maßgabe des Kostenrechts entschieden. Eine Erstattungspflicht auf sachlich-rechtlicher Grundlage, etwa als Folge einer unerlaubten Handlung, bildet demgegenüber einen andersartigen, die Verteilung der Kostenlasten in der außerprozessualen Beziehung der Parteien betreffenden und von anderen Voraussetzungen abhängigen sowie gegebenenfalls eigenständige Rechtsfolgen mit sich bringenden Streitgegenstand (BGH 24. April 1990 - VI ZR 110/89 - zu II 1 der Gründe mwN, BGHZ 111, 168, 170 f. = NJW 1990, 2060). 17

b) Der prozessuale Kostenerstattungsanspruch nach § 91 ZPO kann sich zwar auch auf sog. Vorbereitungskosten, also auf Aufwendungen, die vor Beginn eines Prozesses gemacht werden, erstrecken (BGH 11. Dezember 1986 - III ZR 268/85 - zu III 3 a der Gründe mwN, WM 1987, 247; Stein/Jonas/Bork 22. Aufl. § 91 ZPO Rn. 39; Musielak/Wolst 6. Aufl. vor § 91 ZPO Rn. 16 und § 91 ZPO Rn. 73; Lepke DB 1985, 1231, 1232 mwN; Frölich NZA 1996, 464, 465). Sie müssen aber in unmittelbarer Beziehung zu einem konkret bevorstehenden Rechtsstreit stehen und seiner Vorbereitung dienen. Nur derart prozessbezogene Kosten sind notwendige Kosten des Rechtsstreits iSd. § 91 ZPO. 18

c) Die Frage, ob vorliegend die Detektivkosten der Klägerin prozessbezogen entstanden und somit notwendige Kosten des Rechtsstreits iSd. § 91 19



ZPO sind (vgl. dazu BGH 13. April 1989 - IX ZR 148/88 - zu I der Gründe, WM 1989, 927; 6. November 1979 - VI ZR 254/77 - zu II 1 b bb der Gründe, BGHZ 75, 230), kann schon deswegen dahinstehen, weil die Klägerin nach der Klagebegründung keine Erstattung von Prozesskosten geltend macht. Zwar kann es sich bei Detektivkosten um sog. Vorbereitungskosten handeln, nach dem Vorbringen der Klägerin diene die Beauftragung der Detektei jedoch nicht der Vorbereitung des Kündigungsschutzprozesses. Die Beauftragung der Detektei erfolgte am 7. Oktober 2006, die Kündigungsschutzklage ging am 10. Oktober 2006 bei dem Arbeitsgericht ein und wurde der Klägerin am 25. Oktober 2006 zugestellt. Nach der Klagebegründung hat die Klägerin die Detektei weder beauftragt, um Tatsachen zu ermitteln, die die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung vom 29. September 2006 hätten begründen können, noch hat sie vorgetragen, auf diesem Wege eine zweite fristlose Kündigung vorbereitet zu haben. Nach ihrem Vortrag ist es der Klägerin um die Abwehr von Entgeltfortzahlungsansprüchen gegangen, mit denen sie aufgrund der Übersendung der ärztlichen Folgebescheinigung habe rechnen müssen. Solche Ansprüche waren aber nicht Gegenstand der später von der Beklagten zurückgenommenen Kündigungsschutzklage. Sind prozessualer und materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch aber nicht deckungsgleich, kann einer Leistungsklage nicht das Rechtsschutzinteresse mit Verweis auf ein Kostenfestsetzungsverfahren abgesprochen werden.

d) Zudem wäre ein Kostenfestsetzungsverfahren nach §§ 103 ff. ZPO vorliegend kein gleich sicheres Verfahren wie eine Zahlungsklage. Es besteht keine Gewähr, dass über den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch im Kostenfestsetzungsverfahren überhaupt eine endgültige Entscheidung getroffen würde. Ob vor Rechtshängigkeit eines Prozesses - hier: der Kündigungsschutzklage - ausgelöste Detektivkosten Prozesskosten iSd. § 91 ZPO sind und demzufolge nach §§ 103 ff. ZPO im Kostenfestsetzungsverfahren verfolgt werden können, wird unterschiedlich beurteilt, je nachdem, ob die erforderliche Prozessbezogenheit zu bejahen oder zu verneinen ist. Der erforderliche unmittelbare Zusammenhang zwischen Aufwendung und späterem Prozess ist je nach den Gegebenheiten des Einzelfalls unterschiedlich zu beurteilen (vgl. zB

20



LAG Berlin 20. September 2001 - 17 Ta 6117/01 - NZA-RR 2002, 98; LAG Hamm 28. August 1991 - 15 Sa 437/91 - DB 1992, 431; Hessisches LAG 23. Oktober 1998 - 6 Ta 51/98 - NZA-RR 1999, 322; LAG Hamburg 7. November 1995 - 3 Ta 13/95 - LAGE ZPO § 91 Nr. 26; LAG Nürnberg 12. September 1994 - 7 Ta 104/94 - LAGE ZPO § 91 Nr. 24; LAG Düsseldorf 13. Juli 1989 - 7 Ta 151/89 - JurBüro 1989, 1702). Wird jedoch im Verfahren nach §§ 103 ff. ZPO die Erstattungsfähigkeit der Detektivkosten mangels hinreichender Prozessbezogenheit abgelehnt, so wird dadurch die auf eine sachlich-rechtliche Erstattungspflicht gestützte Geltendmachung derselben Aufwendungen im Prozessweg unter dem Gesichtspunkt der Rechtskraft nicht ausgeschlossen, da dieser Streitgegenstand im Kostenfestsetzungsverfahren nicht geprüft wird (BGH 24. April 1990 - VI ZR 110/89 - zu II 1 der Gründe, BGHZ 111, 168, 170 f.; Zöller/Herget 27. Aufl. Vor § 91 ZPO Rn. 13; GK-ArbGG/Schleusener § 12a Rn. 30).

II. Die Revision der Klägerin ist gleichwohl zurückzuweisen, weil sich die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 561 ZPO). Nach den tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Klägerin die für einen Schadensersatzanspruch erforderlichen Voraussetzungen nicht vorgetragen.

1. Ein Arbeitgeber kann dann die durch das Tätigwerden eines Detektivs entstandenen notwendigen Kosten ersetzt verlangen, wenn er den Detektiv anlässlich eines konkreten Tatverdachts mit der Überwachung des Arbeitnehmers beauftragt hat und der Arbeitnehmer dann einer vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt wird. In einem solchen Fall handelt es sich nicht um Vorsorgekosten, die unabhängig von konkreten schadensstiftenden Ereignissen als ständige Betriebsausgabe vom Arbeitgeber zu tragen sind. Sofern konkrete Verdachtsmomente vorliegen, gehören auch die zur Abwehr drohender Nachteile notwendigen Aufwendungen des Geschädigten zu dem nach § 249 BGB zu ersetzenden Schaden. Die Grenze der Ersatzpflicht richtet sich nach dem, was ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Mensch nach den Umständen des Falles zur Beseitigung der Störung oder zur Schadensverhütung nicht nur



als zweckmäßig, sondern als erforderlich getan haben würde. Es stellt ein sozialadäquates Verhalten dar, wenn ein Arbeitgeber, der von Unkorrektheiten seines Arbeitnehmers erfahren hat, diesen von einer in der Ermittlungstätigkeit erfahrenen Person überwachen und überführen lässt (*Senat 17. September 1998 - 8 AZR 5/97 - zu C II 1 der Gründe, BAGE 90, 1 = AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 113 = EzA BGB § 249 Nr. 23; BAG 3. Dezember 1985 - 3 AZR 277/84 - zu A I 2 der Gründe, BB 1987, 689*).

2. Die Klägerin hat schon keinen Verdacht auf Pflichtverletzungen der Beklagten dargelegt, die kausal für den geltend gemachten Schaden sein könnten. 23

a) Etwaige Pflichtverletzungen der Beklagten vor dem Zugang der ersten fristlosen Kündigung vom 29. September 2006 sind nach dem Vortrag der Klägerin nicht Gegenstand des Ermittlungsauftrags gewesen. Auch um Arbeitspflichtverletzungen der Beklagten bis zum 6. Oktober 2006, als die Klägerin die Folgebescheinigung erhielt, und die Detektei beauftragte, ging es nach dem Vortrag der Klägerin nicht, zumal sie am 29. September 2006 eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen und danach die Beklagte nicht mehr zur Erbringung der Arbeitsleistung aufgefordert hatte. 24

b) Auch die Abwehr eines Betrugsversuchs zu ihren Lasten (§ 263 StGB) hat die Klägerin nicht dargelegt. Mit der Zusendung der ärztlichen Folgebescheinigung über eine fortdauernde Arbeitsunfähigkeit hat die Beklagte nicht bereits die Zahlung von Entgelt im Krankheitsfall geltend gemacht. Die bloße Übersendung eines ärztlichen Attests hat keinen derartigen Erklärungswert. Eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sagt aus, dass der ausstellende Arzt eine Untersuchung des Arbeitnehmers vorgenommen und festgestellt hat, dass aus seiner Sicht der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage ist, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Mit der Übersendung an den Arbeitgeber informiert der Arbeitnehmer zunächst nur über diesen Inhalt, fordert ihn aber nicht zugleich auf, für die bescheinigte Zeit Entgeltfortzahlung zu leisten. Dies gilt jedenfalls nach dem vorangegangenen Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung. Im Übrigen beinhaltet in einem 25



solchen Fall die Übersendung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht die Ankündigung, der Arbeitnehmer werde sich gegen die zuvor ausgesprochene Kündigung im Wege der Kündigungsschutzklage wehren.

c) Schließlich sind Detektivkosten nur dann als notwendig anzusehen, wenn im Zeitpunkt der Auftragserteilung bereits ein konkreter Verdacht einer Pflichtverletzung seitens des Arbeitnehmers bestand und eine vernünftige, wirtschaftlich denkende Person nach den Umständen des Falles solche Aufwendungen gemacht hätte. Beides hat die Klägerin nicht dargelegt. Da es sich bei der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 2. Oktober 2006 um eine Folgebescheinigung handelte, konnte auch die Klägerin keine Reaktion auf die fristlose Kündigung vom 29. September 2006 unterstellen. Der Schluss von dem Besuch einer Heilpraktikerschule auf eine in Wahrheit nicht bestehende Arbeitsfähigkeit ist unzulässig, solange nicht wenigstens der Grund für die attestierte Arbeitsunfähigkeit bekannt ist. Schließlich stellt der Gesetzgeber mit dem Begutachtungsverfahren nach § 275 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b iVm. § 275 Abs. 1a Satz 3 SGB V einen einfacheren, kostengünstigeren und jedenfalls kompetenteren Weg zur Beseitigung von Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit zur Verfügung als die kostenintensive und im Ergebnis in solchen Fragen stets interpretationsbedürftige Beauftragung einer Detektei. Von dieser Möglichkeit der Begutachtung hätte ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Arbeitgeber Gebrauch gemacht, wenn es um die Abwehr geltend gemachter Lohnfortzahlungsansprüche gegangen wäre.

26

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

27

Hauck

Böck

Breinlinger

Brückmann

Volz



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)

