

# ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

## Ökosoziale Steuerreform 2022:

- > Überblick und erste steuerpolitische Analyse
- > Mitarbeitergewinnbeteiligung
- > Besteuerung von Kryptowährungen

Überblick über das neue GRUG

Gesellschaftsrechtliches  
COVID-19-G verlängert

Unwillige Vereinsschlichter

Due Diligence und Datenschutz

UVP: Rückblick auf 2021

Kosten für interne  
Untersuchungen

NEU:  
Recht hören.  
Der ecolex-  
Podcast!



ECOLEX.MANZ.AT

ISSN 1022-9418 Österreichische Post AG MZ 02Z032706 M Verlag Manz, Gutheil Schoder Gasse 17, 1230 Wien

MANZ 

# Können Kosten für interne Untersuchungen vom Arbeitnehmer zurückgefordert werden?

**BEITRAG.** In einem kürzlich veröffentlichten Urteil entschied das dt Bundesarbeitsgericht, dass der AG das kann, und stellt klar, unter welchen Voraussetzungen dies möglich ist. **ecolex 2022/47**



Mag. iur. **Karin Pusch** ist Rechtsanwältin der Schönherr Rechtsanwälte GmbH im Fachbereich Arbeitsrecht.

Dr. iur. **Klara Kiehl** ist Counsel der Schönherr Rechtsanwälte GmbH im Fachbereich Compliance & Internal Investigation.

## A. Einleitung

AG haben das Fehlverhalten von AN grundsätzlich zu beweisen, sofern der AN die Kündigung bzw Entlassung vor Gericht anfecht oder der AG allfällige Schadenersatzansprüche gegenüber dem AN geltend machen möchte.<sup>1)</sup> In der Praxis ist das Erbringen solcher Beweise oftmals mit enormen Kosten für den AG verbunden. Man denke etwa an die Durchführung umfassender interner Untersuchungen oder die Beauftragung von externen Ermittlern (etwa Detektiven oder Rechtsanwälten).

Für AG stellt sich daher die Frage, inwiefern solche Ausgaben von vertragswidrig handelnden AN zurückgefordert werden können oder ob man auf diesen Kosten „sitzen bleibt“. Das dt BAG<sup>2)</sup> entschied, dass AN dem AG die durch das Tätigwerden einer spezialisierten Anwaltskanzlei entstandenen notwendigen Kosten zu ersetzen haben, wenn der AG diese anlässlich eines konkreten Verdachts einer erheblichen Verfehlung des AN mit Ermittlungen gegen den AN beauftragt hat und der AN einer schwerwiegenden vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt wird.

Österr Gerichte beschäftigten sich bislang umfassend mit dem Rückersatz von Detektivkosten,<sup>3)</sup> wobei die Voraussetzungen hierfür mit jenen der dt Rsp vergleichbar sind. Der gegenständliche Beitrag setzt sich mit der Rsp des BAG sowie der österr Rsp auseinander.

## B. Entscheidung des BAG

Der Kl, ein dt Unternehmen, hatte mehrere anonyme Beschwerden über mögliche Compliance-Verstöße seines Einkaufsleiters iZm dem Besuch von Champions-League-Spielen des FC Bayern München und wegen unangemessenen Verhaltens desselben gegenüber weiblichen Angestellten erhalten. Nach einer internen Prüfung durch den eigens für solche Fälle eingerichteten „unabhängigen Ausschuss für das Management von Beschwerden“ beschloss das Unternehmen, eine spezialisierte Anwaltskanzlei mit der Untersuchung der angeblichen Verstöße zu beauftragen. Im Zuge dieser Ermittlungen wurden vor allem firmeninterne Unterlagen ausgewertet und zahlreiche Mitarbeiter wie auch der gekündigte AN zu den Vorwürfen befragt. Die interne Untersuchung bestätigte die Richtigkeit der gemeldeten Vorwürfe und förderte zudem noch zahlreiche andere (zT strafrechtlich relevante) Verfehlungen zu Tage. Aus

diesem Grund wurde der Einkaufsleiter außerordentlich gekündigt. Das Unternehmen verlangte daraufhin vom gekündigten AN die Erstattung der Kosten der von der Anwaltskanzlei durchgeführten internen Untersuchungen iHv € 66.500,- auf der Grundlage der Rsp des BAG zur Erstattung von Detektivkosten.

Das BAG stellte in seiner E klar, dass ein AG die volle Erstattung der Kosten der beauftragten Anwaltskanzlei vom AN verlangen kann, wenn

- ▶ die Untersuchung aufgrund eines konkreten Verdachts einer erheblichen Verfehlung – strafbare Handlung oder schwerwiegende Vertragsverletzung – des AN eingeleitet wurde;
- ▶ die Untersuchung diesen Verdacht bestätigt hat;
- ▶ in Anbetracht der Umstände des Falls die Beauftragung einer spezialisierten Anwaltskanzlei nicht nur angemessen, sondern auch notwendig war, zB aufgrund der Komplexität des Untersuchungsgegenstands. Es muss sich dabei um Ermittlungsmaßnahmen handeln, die ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender AG nach den Umständen des Einzelfalls zur Beseitigung der Störung nicht nur als zweckmäßig, sondern auch als erforderlich ergriffen haben würde;
- ▶ die Untersuchung einen drohenden schweren Schaden für das Unternehmen verhindert hat. In der Praxis werden daher nur die vor der Kündigung des verdächtigen Mitarbeiters angefallenen Kosten als erstattungsfähig angesehen; und
- ▶ der AG substantiiert darlegen kann, welche konkreten Ermittlungsmaßnahmen wann und in welchem zeitlichen Umfang aufgrund welchen konkreten Verdachts gegen den AN durchgeführt wurden.

Im konkreten Fall wies das BAG die Klage ab, da das Unternehmen die letztgenannte Voraussetzung nicht erfüllt hat. Das Unternehmen konnte nämlich nicht darlegen, dass die von ihm geltend gemachten Kosten auch tatsächlich notwendig waren; insb fehlte es nach Ansicht des Gerichts an einer substantiierten Darlegung, welche konkreten Tätigkeiten wann und in welchem zeitlichen Umfang wegen welchem konkreten Verdacht

<sup>1)</sup> *Hainz*, Der Detektiv als Retter in der (Beweis-)Not, ZAS 2012/24, 127.

<sup>2)</sup> BAG 29. 4. 2021, 8 AZR 276/20.

<sup>3)</sup> Vgl OGH 25. 3. 2021, 8 ObA 8/21s.

gegen den AN von der beauftragten Anwaltskanzlei ausgeführt wurden.

### C. Vergleichbare Rechtslage in Österreich

In Österreich hat sich der OGH bereits mehrfach zu den Voraussetzungen eines auf Schadenersatzrecht gegründeten Anspruchs des AG gegen den AN auf Ersatz von Detektivkosten geäußert.<sup>4)</sup>

Nach stRsp besteht ein solcher Anspruch dann, wenn der AN ausreichende Anhaltspunkte (dh einen konkreten Verdacht) für ein vertragswidriges, den Interessen des AG zuwiderlaufendes Verhalten gegeben hat, die den AG veranlassen, sich durch geeignete Nachforschungen weitere Klarheit zu verschaffen.<sup>5)</sup> Ferner hat ein adäquater Zusammenhang zwischen dem vertragswidrigen Verhalten des AN und dem Entstehen der Nachforschungskosten zu bestehen.<sup>6)</sup> Das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten des AN muss daher kausal für die Beauftragung des Detektivs gewesen sein.<sup>7)</sup> Die Kosten regelmäßig durchgeführter oder präventiver Überwachungsmaßnahmen, die sodann zufällig ein Fehlverhalten der AN aufdecken, können daher nicht vom AN zurückgefordert werden.<sup>8)</sup>

Der AG kann die notwendigen und zweckmäßigen Nachforschungskosten geltend machen, die bis zum Vorliegen eines sichereren Beweises für das Fehlverhalten des AN entstehen und zur tatsächlichen Aufdeckung des vertragswidrigen Verhaltens geführt haben.<sup>9)</sup> Die Kosten sind nur dann zu ersetzen, wenn der Detektiveinsatz objektiv notwendig war. Nicht ersatzfähig sind daher Kosten, die offenkundig überflüssig, von vornherein aussichtslos oder erkennbar unzumutbar sind.<sup>10)</sup> Überflüssig sind Überwachungskosten etwa dann, wenn das Fehlverhalten durch eine andere (kostengünstigere) Maßnahme aufgedeckt worden wäre oder sich der konkrete Verdacht gegen den AN nicht bestätigt hat.<sup>11)</sup> Als Abgrenzungskriterium zwischen notwendigen und überflüssigen Detektivkosten sind die Schadensminderungspflicht sowie das Verbot der rechtsmissbräuchlichen Rechtsausübung heranzuziehen.<sup>12)</sup>

Hinsichtlich der Höhe der Nachforschungskosten besteht nach der Rechtsansicht des OGH<sup>13)</sup> keine Obergrenze. Insb findet sich im Arbeitsrecht kein Grundsatz, wonach Detektivkosten automatisch als überhöht anzusehen sind, wenn diese das monatliche Einkommen des AN „um ein Vielfaches übersteigen“. Eine Mäßigung der Ersatzpflicht des AN nach den Bestimmungen des DHG<sup>14)</sup> wird regelmäßig aufgrund des vorsätzlichen Handelns des AN ausscheiden, sodass die volle Schadenersatzpflicht besteht. Gegen die Höhe der begehrten Nachforschungskosten kann der AN aber die Verletzung der den AG treffenden Schadensminderungspflicht<sup>15)</sup> einwenden. AG sind daher gut beraten, auf die Angemessenheit der Kosten für die jeweilige Ermittlungsmaßnahme zu achten.

In einer kürzlich ergangenen E des OGH<sup>16)</sup> wurden einem AG die entstandenen Detektivkosten iHv € 7.983,30 (netto) zugesprochen. Der AG hatte in diesem Fall konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der AN seinen Krankenstand vortäuscht, und beauftragte deshalb einen Detektiv. Das pflichtwidrige Verhalten des AN wurde zwar bereits am ersten Überwachungstag nachgewiesen. Dem AG wurden aber auch die Kosten für die Überwachung am zweiten und dritten Tag zugesprochen, zumal ein nicht ausreichend abgesichertes Überwachungsergebnis vor Gericht durch Ausflüchte und Ausreden des AN in Zweifel gezogen hätte werden können.

### Schlussstrich

In Anbetracht der Ähnlichkeit der Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch für Detektivkosten nach österr und dt Recht und im Hinblick auf die bevorstehende Umsetzung der EU-Whistleblowing-RL im Dezember 2021 ist zu empfehlen, vor Beauftragung einer internen Untersuchung (unabhängig davon, ob diese durch die unternehmenseigene Compliance-Abteilung oder einen externen Ermittler erfolgt) Anlass, Ziel und Umstände, die den Verdacht begründen, ebenso zu dokumentieren wie die einzelnen Ermittlungsschritte, insb wann und in welchem Umfang der Verdacht Anlass zu welcher Ermittlungstätigkeit gab. Eine solche Dokumentation erscheint auch aus strafrechtlichen Erwägungen sinnvoll, da, sofern ein Regressanspruch nur an einer unzureichenden Dokumentation scheitert, auch eine Strafbarkeit wegen Untreue gem § 153 Abs 1 und 3 StGB im Raum steht.

<sup>4)</sup> Vgl OGH 25. 3. 2021, 8 ObA 8/21s.

<sup>5)</sup> RIS-Justiz RS0029502.

<sup>6)</sup> Hainz, ZAS 2012/24, 127 (128).

<sup>7)</sup> OV, Ersatz der Detektivkosten bei zufällig ertappten Kassen-Manipulationen, PVP 2006, 317, sowie OGH 12. 7. 2006, 9 ObA 129/05v.

<sup>8)</sup> Vgl OGH 12. 7. 2006, 9 ObA 129/05v.

<sup>9)</sup> Vgl OLG Wien 10 Ra 90/04k ARD 5606/3/2005.

<sup>10)</sup> OV, PVP 2006, 317.

<sup>11)</sup> Zischka, Krankenstandsmissbrauch: Der Dienstgeber beauftragt Detektive, wer muss diese bezahlen? PVP 2021/53, 216.

<sup>12)</sup> Sabara, Krankenstandsmissbrauch: Ersatz von Detektivkosten, ARD 6539/6/2017, sowie Hainz, ZAS 2012/24, 127 (129).

<sup>13)</sup> Vgl OGH 25. 3. 2021, 8 ObA 8/21s.

<sup>14)</sup> Zischka, PVP 2021/53, 216.

<sup>15)</sup> Eine allfällige Verletzung der Schadensminderungspflicht ist nur dann zu prüfen, wenn dies vom Arbeitnehmer eingewandt wird (RIS-Justiz: RS0027156). Der AN hat zu beweisen und zu behaupten, dass der AG den Schaden mindern hätte können.

<sup>16)</sup> Vgl OGH 25. 3. 2021, 8 ObA 8/21s.