

## V. Zusammenfassung

Durch die Entscheidung wurde ein entscheidender Schritt für das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant getan. Nunmehr ist ein umfassender, von der formellen Einleitung eines Ermittlungsverfahrens unabhängiger Beschlagnahmeschutz zu erwarten, jedenfalls für solche Unterlagen, die objektiv nachvollziehbar einen Bezug zu einem für die Zukunft zu erwartenden Strafverfahren aufweisen und auch subjektiv auf die Verteidigung in diesem Verfahren abzielen.<sup>8</sup> Hierzu zählen auch Unterlagen, die im Rahmen einer Tätigkeit als Zeugenbeistand im Rahmen von internen Ermittlungen in Erwartung eines weiteren Strafverfahrens erstellt werden.

Weiter unklar bleibt noch, inwieweit der Schutz von Verteidigungsunterlagen auch eine entsprechende „Widmung“ durch den Rechtsanwalt bzw. Betroffenen im Hinblick auf ein erwartetes Strafverfahren erfordert und auch wie subjektiv formuliert ein entsprechender Verteidigungsbezug sein muss. Es empfiehlt es sich somit, einen Verteidigungsbezug von Anfang an durch hinreichende Maßnahmen, wie die Erteilung einer Strafprozessvollmacht, zu dokumentieren.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Anders lediglich: LG Bonn, NZWiSt 2013, 21.

<sup>9</sup> Oesterle/Tute, NZWiSt 2021, 164, 167; Jahn/Kirsch, NZWiSt 2013, 28, 30.

---

### Arbeitsstrafrecht

---

Rechtsanwältin Dr. Michelle Wiesner-Lameth, LL.M., CFE, Frankfurt a.M.

## **BAG, Urteil vom 29.04.2021 - 8 AZR 276/20, 16. Mai 2021**

Vorinstanz: Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg Kammern Mannheim, Urteil vom 21. April 2020 - 19 Sa 46/19

### **BAG bejaht Anspruch des Arbeitgebers auf Ersatz von Anwaltskosten für interne Ermittlungen gegen Arbeitnehmer**

1. Ein Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer die durch das Tätigwerden einer auf Unternehmensstrafrecht spezialisierten Anwaltskanzlei entstandenen notwendigen Kosten ersetzt verlangen, wenn er die Anwaltskanzlei anlässlich eines konkreten Verdachts einer erheblichen Verfehlung des Arbeitnehmers mit Ermittlungen gegen diesen beauftragt und der Arbeitnehmer einer schwerwiegenden vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt wird.
2. Sofern ein konkreter Verdacht einer erheblichen Verfehlung des Arbeitnehmers vorliegt, gehören auch die zur Abwendung drohender Nachteile notwendigen Aufwendungen des Geschädigten zu dem nach § 249 BGB zu ersetzenden Schaden.
3. 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 (vgl. die Pressemitteilung des BAG).
4. Dem steht § 12a I 1 ArbGG nicht entgegen.

## I. Sachverhalt

Das BAG hatte zu entscheiden, ob der Arbeitnehmer (Kläger) der Arbeitgeberin (Beklagte) die Kosten für interne Ermittlungen gegen ihn wegen Compliance-Verstößen zu ersetzen habe.

Der Kläger war bei der Beklagten als Leiter des Zentralbereichs Einkauf und Mitglied einer Führungsebene tätig. Er verdiente zuletzt etwa EUR 466.000 p.a.

Bei der Beklagten gingen mehrere anonyme Verdachtsmeldungen wegen möglicher Compliance-Verstöße des Klägers im Zusammenhang mit dem Besuch von UEFA Champions League-Spielen eines Fußball-Erstligisten ein. Das intern zuständige Komitee der Beklagten nahm dies zur Veranlassung, eine spezialisierte Anwaltskanzlei mit Compliance-Ermittlungen zu beauftragen.

Die Anwaltskanzlei legte einen umfassenden Untersuchungsbericht vor. Ausgehend von einem Stundenhonorar iHv. EUR 350,00 stellte sie der Beklagten hierfür insgesamt rund EUR 210.000 in Rechnung.

Die Untersuchung ergab, dass der Kläger die Tickets für die Champions-League-Spiele UEFA Champions League-Spiele von Geschäftspartnern der Beklagten eingefordert und erhalten habe. Im April 2015 habe er ein UEFA Champions League-Spiel auf Kosten einer Geschäftspartnerin besucht, mit der in zeitlicher Nähe eine Kooperationsvereinbarung geschlossen wurde. In dem Untersuchungsbericht wurden weitere Pflichtverletzungen festgestellt.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis gegenüber dem Kläger fristlos, hilfsweise ordentlich wegen auch strafrechtlich relevantem Verhalten. Der Kläger habe mit der wahrgenommenen Einladung zu den UEFA Champions League-Spielen gegen das sog. Schmiergeldverbot verstoßen. Weiterhin habe er private Auslagen auf Kosten der Beklagten abgerechnet, darunter eine vermeintliche Dienstreise nach New York und den Besuch einer Theaterveranstaltung und eines Basketballspiels. Durch die Initiierung der Abrechnung von privat veranlassten Essenseinladungen auf Kosten der Beklagten, habe der Kläger mehrfach Spesenbetrug begangen.

Gegen die Kündigung hat der Kläger Kündigungsschutzklage erhoben, die rechtskräftig abgewiesen wurde. Im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens beanspruchte die Beklagte widerklagend Ersatz der ihr von der Anwaltskanzlei in Rechnung gestellten Ermittlungskosten. Dies begründete sie damit, dass der Kläger diese Kosten nach den vom Bundesarbeitsgericht für die Erstattung von Detektivkosten aufgestellten Grundsätzen zu ersetzen habe. Der Kläger hingegen vertrat die Auffassung, dem geltend gemachten Schadensersatzanspruch stehe die Regelung in § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG entgegen. Zudem habe die Beklagte die Erforderlichkeit der Kosten nicht dargetan.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten das arbeitsgerichtliche Urteil teilweise abgeändert und der Beklagten EUR 66.500,00 zugesprochen. Es hat angenommen, die Beklagte könne die Kosten ersetzt verlangen, die ihr durch die Tätigkeit der Anwaltskanzlei bis zum Ausspruch der Kündigung entstanden seien.

Die Parteien stritten im Revisionsverfahren noch darüber, ob der Kläger der Beklagten zum Ersatz von Anwaltskosten iHv. EUR 66.500,00 für Ermittlungen im Zusammenhang mit Vorwürfen des Spesenbetrugs, des Abrechnungsbetrugs und von Compliance-Verstößen verpflichtet ist.

## II. Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers war erfolgreich. Der 8. Senat des BAG lehnte die Erstattung der Kosten für die Beauftragung der Anwaltskanzlei ab, da die Beklagte nicht dargelegt habe, dass die von ihr geltend gemachten Kosten erforderlich waren.<sup>1</sup> Es fehle an einer substantiierten Darlegung, welche konkreten Tätigkeiten bzw. Ermittlungen wann und in welchem zeitlichen Umfang wegen welchem konkreten Verdacht gegen den Kläger von der beauftragten Anwaltskanzlei ausgeführt worden seien.

Der Senat hielt dabei fest, dass ein Arbeitgeber vom Arbeitnehmer grundsätzlich die durch das Tätigwerden einer spezialisierten Anwaltskanzlei entstandenen notwendigen Kosten ersetzt verlangen könne, wenn (i) der Beauftragung der Anwaltskanzlei mit der

<sup>1</sup> Die Anmerkung beruht auf der Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr 11/21, zuletzt abgerufen unter [https://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&pm\\_nummer=0011/21#druck](https://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&pm_nummer=0011/21#druck) am 15. Mai 2021; FD-ArbR 2021, 438529.

internen Untersuchung ein konkreter Verdacht einer erheblichen Verfehlung des Arbeitnehmers zugrunde liege und (ii) der Arbeitnehmer einer schwerwiegenden vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt werde.

Sofern ein konkreter Verdacht einer erheblichen Verfehlung des Arbeitnehmers vorliegt, sollen auch die zur Abwendung drohender Nachteile notwendigen Aufwendungen des Geschädigten zu dem nach § 249 BGB zu ersetzenden Schaden gehören.

Die Grenze der Ersatzpflicht richte 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.

Dem stehe § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG, der als spezielle arbeitsrechtliche Regelung nicht nur einen prozessualen, sondern auch einen materiellen Kostenerstattungsanspruch ausschließt, nicht entgegen. Diese Bestimmung finde in einem solchen Fall keine Anwendung.

### III. Anmerkung

Mit der Entscheidung bejaht das BAG erstmals einen Anspruch des Arbeitgebers auf Ersatz von Anwaltskosten für eine aufgrund konkreter Verdachtsmomente gegen den Arbeitnehmer durchgeführte, interne Untersuchung.<sup>2</sup> Dem geschädigten Unternehmen wird damit die Möglichkeit eröffnet, die Kosten für die Beauftragung externer Dienstleister zur Sachverhaltsaufklärung bereits im Kündigungsschutzverfahren mittels Widerklage zu verfolgen.

Der Volltext der Entscheidung ist noch nicht veröffentlicht. Aus der auf der Internetseite des BAG veröffentlichten Pressemitteilung ergeben sich folgende Voraussetzungen für das Bestehen des Erstattungsanspruchs:

1. Anlass der internen Untersuchung waren konkrete Verdachtsmomente für schwerwiegende, vorsätzliche Pflichtverletzungen eines Arbeitnehmers;
2. Der Verdacht gegen den Arbeitnehmer hat sich bestätigt;
3. Die Beauftragung externer Dienstleister war aus Sicht eines vernünftig denkenden Dritten erforderlich, was bei komplexen Sachverhalten zu bejahen sein wird;<sup>3</sup>
4. Die interne Untersuchung diene dem Zweck der Abwehr drohender Nachteile, d.h. es sind nur die Kosten erstattungsfähig, die bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung angefallen sind;
5. Es muss substantiiert dargelegt werden, welche konkreten Tätigkeiten bzw. Ermittlungen wann und in welchem zeitlichen Umfang wegen welches konkreten Verdachts entfaltet wurden.

Mit diesen Voraussetzungen knüpft der Senat an seine Rechtsprechung zu der Erstattungsfähigkeit von Detektivkosten an. Für diese Konstellation hat der 8. Senat des BAG bereits entschieden, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die wegen der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten (§ 280 Abs. 1 BGB) entstandenen, notwendigen Detektivkosten zu ersetzen hat, wenn der Arbeitgeber den Detektiv aufgrund eines konkreten Tatverdachts gegen den Arbeitnehmer mit der Überwachung des Arbeitnehmers beauftragt und dem Arbeitnehmer eine vorsätzliche Vertragspflichtverletzung nachgewiesen wird.<sup>4</sup> Darüber hinaus soll eine Erstattungspflicht hinsichtlich der Detektivkosten auch dann in Betracht kommen, wenn die ermittelten Tatsachen zu einem so schwerwiegenden Verdacht einer vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung führen, dass eine deswegen ausgesprochene Verdachtskündigung als begründet angesehen wer-

<sup>2</sup> Vgl. Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 11/21.

<sup>3</sup> *Jenne/Schubert*, CB 2020, 487, 489.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 – 2 AZR 597/16 –, BAGE 159, 278-293, Rn. 45; BAG, Urteil vom 26. September 2013 – 8 AZR 1026/12 –, Rn. 22, juris; BAG, Urteil vom 28. Oktober 2010 – 8 AZR 547/09 –, Rn. 24, juris.

den muss.<sup>5</sup> Dies ist dann der Fall, wenn das dem Verdacht zugrunde liegende Fehlverhalten eine erhebliche Verfehlung des Arbeitnehmers – strafbare Handlung oder schwerwiegende Vertragsverletzung – darstellt.<sup>6</sup> Der Umfang der Schadensersatzpflicht soll sich nach § 249 BGB richten und alle Aufwendungen des Geschädigten umfassen, soweit diese nach den Umständen des Falles als notwendig anzusehen sind, wozu auch die Abwehr drohender Nachteile gehöre, wenn sich insofern konkrete Verdachtsmomente ergeben. Aus der Schadensminderungsobliegenheit des § 254 BGB folgt, dass der Arbeitgeber nur für solche Maßnahmen Erstattungsansprüche geltend machen kann, 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 ergreifen würde.

Im Hinblick auf die Erstattung von Kosten für externe Dienstleister im Rahmen von internen Untersuchungen können sich Abgrenzungsfragen ergeben, wenn diese auch anderen Zwecken dienen bzw. die Ergebnisse für andere Zwecke verwendet werden, z.B. der Verteidigung in einem Ermittlungsverfahren oder der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Denn in der Praxis beschränkt sich der Zweck von internen Untersuchungen häufig nicht auf die mögliche Beseitigung einer Vertragsstörung durch Kündigung des betreffenden Arbeitnehmers. Gleiches gilt für den in der Praxis häufigen Fall, dass im Lauf der internen Untersuchung weitere Verdachtsmomente gegen den Arbeitnehmer hinzukommen, wodurch der Umfang der internen Untersuchung erweitert wird.

Bei der Einordnung dieser Sachverhalte ist zu berücksichtigen, dass die Erstattung von Kosten für die Aufklärung von Sachverhalten, die nicht auf die Beseitigung einer konkreten Vertragsstörung oder Schadensabwehr gerichtet ist, aufgrund der gesetzgeberischen Wertung des § 12a ArbGG nicht in Betracht kommt.<sup>7</sup> Nach § 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG besteht in Urteilsverfahren des ersten Rechtszugs kein Anspruch der obsiegenden Partei auf Entschädigung wegen Zeitversäumnis und auf Erstattung der Kosten für die Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten oder Beistands. Der Ausschluss bezieht sich nach ständiger Rechtsprechung des BAG nicht nur auf den prozessualen Kostenerstattungsanspruch, sondern auch auf materiell-rechtliche Kostenerstattungsansprüche, einschließlich Ansprüchen auf Erstattung vor- bzw. außergerichtlicher Kosten.<sup>8</sup>

Für die Erstattung von Kosten einer internen Untersuchung dürfte dies Folgendes bedeuten, wobei die Veröffentlichung des Volltexts der Entscheidungsgründe hier möglicherweise weitere Klarheit bringen wird:

- Solange die im Rahmen der internen Untersuchung durchgeführten Ermittlungen auf konkreten Verdachtsmomenten gegen den Arbeitnehmer beruhen und eine Behebung der Vertragsstörung in diesem (Arbeits-)Verhältnis bezwecken, dürfte es unschädlich sein, wenn die Ergebnisse auch anderweitig verwendet werden. Insofern dürfte die Mitursächlichkeit ausreichen.<sup>9</sup>
- Werden nach Ausspruch der Kündigung weitere Ermittlungen vorgenommen, sind diese erstattungsfähig, sofern sie für die Beseitigung der Vertragsstörung kausal werden, etwa durch das Nachschieben von Gründen,<sup>10</sup> oder den Ausspruch einer weiteren (vorsorglichen) Kündigung.<sup>11</sup>

<sup>5</sup> BAG, Urteil vom 26. September 2013 – 8 AZR 1026/12 –, Rn. 21, juris.

<sup>6</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 26. September 2013 – 8 AZR 1026/12 –, Rn. 21 ff., juris; vgl. auch Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 2. Oktober 2012 – 18 Sa 492/11 –, Rn. 133, juris, das die Erstattungsfähigkeit von Detektivkosten bei Ausspruch einer Verdachtskündigung bejaht, „wenn das Verhalten, welches zu dem schwerwiegenden und erheblichen Verdacht führt, für sich betrachtet bereits pflichtwidrig ist und eine Tatündigung deshalb scheitert, weil bestimmte Umstände in der Sphäre des Arbeitnehmers kaum aufklärbar sind“.

<sup>7</sup> Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 21. April 2020 – 19 Sa 46/19 –, Rn. 202 ff., juris.

<sup>8</sup> BAG, Urteil vom 25. September 2018 – 8 AZR 26/18 –, BAGE 163, 309-325, Rn. 25 m.w.N.

<sup>9</sup> Fuhlrott/Oltmanns, NZA 2020, 1583, 1586 f.

<sup>10</sup> So auch Fuhlrott, NZA-RR 2020, 445; Jenne/Schubert, CB 2020, 487, 489; anders wohl Stück, CCZ 2021, 97, 99, der den Kostenerstattungsanspruch auf Tätigkeiten begrenzt, die im Zusammenhang mit dem Ursprungsverdacht stehen.

<sup>11</sup> Jenne/Schubert, CB 2020, 487, 489.

- Nicht erstattungsfähig sind Kosten nach bereits erfolgreich durchgesetzter Kündigung für die Ermittlung weiterer Pflichtverletzungen oder Kosten für die Vorbereitung von Schadenersatzprozessen gegen den Arbeitnehmer.<sup>12</sup>
- Bezüglich des Umfangs der Kostenerstattungspflicht hatte das LAG Baden-Württemberg in der Vorinstanz ein Stundenhonorar von EUR 350 für eine auf Unternehmensstrafrecht spezialisierte Anwaltskanzlei als marktüblich akzeptiert.<sup>13</sup>
- Neben Kosten für Detektive oder spezialisierte Anwaltskanzleien dürften unter Berücksichtigung der vorstehenden Voraussetzungen auch marktübliche Kosten für weitere externe Dienstleister, wie Wirtschaftsprüfungsgesellschaften/Steuerberater oder IT-Forensiker, erstattungsfähig sein.

Der Pressemitteilung des BAG ist ferner zu entnehmen, dass an die Dokumentation der im Rahmen der internen Untersuchung entfalteten Tätigkeiten besondere Anforderungen gestellt werden müssen. So müsse nachvollziehbar dargelegt werden können, welche konkreten Tätigkeiten bzw. Ermittlungen wann und in welchem zeitlichen Umfang wegen welches konkreten Verdachts gegen den Arbeitnehmer ausgeführt wurden. In der Praxis wird dies in den vorgenannten Fällen von Bedeutung sein, in denen sich im Verlauf der Untersuchung über den Ursprungsverdacht hinaus weitere Verdachtsmomente ergeben, die zu einer Erweiterung der Untersuchung führen oder in denen gegen mehrere Arbeitnehmer ermittelt wird.

Auch insoweit wird abzuwarten sein, ob sich aus dem noch zu veröffentlichenden Volltext der Entscheidungsgründe konkretere Vorgaben ableiten lassen.

<sup>12</sup> Momsen/Grützner WirtschaftsStrafR-HdB, § 16 Interne Ermittlungen – Leitfaden für die Praxis Rn. 571, 572; Stück, CCZ 2021, 97, 99; Fuhlrott/Oltmanns, NZA 2020, 1583, 1586 ff.

<sup>13</sup> Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 21. April 2020 – 19 Sa 46/19 –, Rn. 191, juris.

## Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

# Aktuelle Rechtsprechung zum Insolvenzstrafrecht

## I. Strafprozessrecht

### 1. Schweigerechtsentbindung bei Berufsheimnisträgern - § 53 StPO

Grundsätzlich sind diejenigen Personen dazu befugt, einen Berufsheimnisträger von seiner Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, die zu jenem in einer geschützten Vertrauensbeziehung stehen. Hierunter fallen im Rahmen eines Mandatsverhältnisses mit einem Wirtschaftsprüfer regelmäßig nur der oder die Auftraggeber. Für eine juristische Person können diejenigen die Entbindungserklärung abgeben, die zu ihrer Vertretung zum Zeitpunkt der Zeugenaussage berufen sind. Ist über das Vermögen der juristischen Person das Insolvenzverfahren eröffnet und ein Insolvenzverwalter bestellt worden, ist dieser berechtigt, soweit das Vertrauensverhältnis Angelegenheiten der Insolvenzmasse betrifft.

#### **BGH, Beschluss vom 27.01.2021 – StB 44/20, ZInsO 2021, 494**

Zu der Entscheidung s. die zust. Anm. von Weyand, ZInsO 2021, 494, sowie von Brand, GmbHR 2021, 445. Siehe ferner Wessing, StV 2021, 392.

Mit dem Beschluss beendet der BGH eine langjährige Diskussion, bei der es zu zahlreichen konträren OLG-Entscheidungen gekommen ist; vgl. weiter Tully/Kirch-Heim, NSTZ 2012, 657, sowie – speziell zur „Sprengelrechtsprechung“ verschiedener OLG – Weyand, ZInsO 2018, 1889.