



Dr. Barbara Bischoff

Aktuelles für Berater

1 Bundesfinanzhof, Beschluss vom 23.04.2025 – I B 51/22: Erkenntnisse aus einer Festplattenauswertung (E-Mails) durch einen Außenprüfer können im Besteuerungsverfahren einem qualifizierten Beweisverwertungsverbot unterliegen, wenn die Festplatte in einem Verfahren gegen Dritte wegen Nichtsteuerstraftaten sichergestellt und von der Staatsanwaltschaft ohne vorherige Durchsicht nach § 110 StPO dem Prüfer zur Auswertung überlassen wurde.

Sachverhalt:

Streitig ist, ob die Klägerin, eine zypriotische Kapitalgesellschaft, in den Jahren 2009 bis 2012 in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig war. Im Mittelpunkt steht dabei die Klärung, ob die Geschäftsleitung der Klägerin tatsächlich von Deutschland aus ausgeübt wurde, obwohl ihr satzungsgemäßer Sitz in Zypern liegt.

Die Klägerin wurde 2009 in Zypern gegründet. Ihre alleinige Gesellschafterin war eine deutsche GmbH, deren Anteile von AR und WR gehalten wurden. Die Gesellschafter verbuchten ihre Beteiligungen an der GmbH als Betriebsvermögen in einer OHG, deren Gesellschafter sie ebenfalls waren.

Im Jahr 2010 übernahm die Klägerin das Verlagsgeschäft der deutschen GmbH, mietete Büroräume in Zypern an, stellte Personal ein und führte dort die Buchhaltung. Der formelle Geschäftsfüh-

rer der Klägerin, ein in Zypern ansässiger deutscher Staatsbürger N, hatte laut den Ermittlungen des Finanzamts im Rahmen einer Außenprüfung bei der A-GmbH keine wesentlichen Leitungsfunktionen. Stattdessen wurde festgestellt, dass das Tagesgeschäft der Klägerin von AR und WR aus Deutschland geleitet wurde.

Diese Feststellungen des Außenprüfers stützten sich wesentlich auf diverse E-Mails, die im Rahmen einer richterlich angeordneten Durchsuchung der Geschäftsräume der OHG auf einer beschlagnahmten Festplatte gefunden wurden. Die strafrechtlichen Ermittlungen gegen AR und WR wurden wegen Vergehens nach dem Wertpapierhandelsgesetz geführt.

Auf Basis dieser Erkenntnisse aus den E-Mails nahm das Finanzamt an, dass die Geschäftsleitung der Klägerin in Deutschland angesiedelt war. Es setzte für die Jahre 2010 bis 2012 Körperschaft- und

Gewerbsteuer fest. Das Finanzgericht wies die Klage ab. Die Klägerin beantragte erfolgreich die Zulassung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Urteil war aufzuheben, da das Finanzgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung Daten der vom Außenprüfer ausgewerteten Festplatte berücksichtigte, die im Besteuerungsverfahren einem Beweisverwertungsverbot unterlagen.

Gemäß § 393 Abs. 3 S. 1 AO dürfen Erkenntnisse, die rechtmäßig im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen gewonnen werden, grundsätzlich im Besteuerungsverfahren verwendet werden. Diese weite Verwendungserlaubnis findet auch auf den auf einer Festplatte gespeicherten E-Mail-Verkehr Anwendung. Nach Abschluss des Übertragungsvorgangs im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers gespeicherte Kommunikationsdaten unterliegen nicht dem Brief-

Post- und Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG, sondern werden nur durch das etwas schwächere Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG und gegebenenfalls durch das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 Abs. 1 GG geschützt.

Diese generelle Verwendungserlaubnis erfasst auch Erkenntnisse, die in Verfahren wegen Nichtsteuerstraftaten erlangt worden sind. Umfasst sind ebenfalls so genannte Zufallsfunde und bekannt gewordene Vorgänge gegen andere Steuerpflichtige. Vor Übersendung einer im Strafverfahren sichergestellten Festplatte an den Außenprüfer muss die Staatsanwaltschaft aber eine Durchsicht vornehmen und die für die strafrechtliche Ermittlung nicht relevanten Daten von der Übermittlung an den Prüfer ausnehmen.

Die der Staatsanwaltschaft in § 110 StPO zugewiesene Aufgabe der Durchsicht von Papieren und elektronischen Speichermedien des von der Durchsuchung Betroffenen bedeutet Kenntnisnahme des Inhalts der aufgefundenen Papiere und Daten zur Prüfung, ob sie als Beweismittel im Strafverfahren in Betracht kommen. Lediglich die verfahrensrelevanten und verwertbaren Informationen sollen für dauerhafte und vertiefte Analysen durch eine Beschlagnahme greifbar bleiben. Die Durchsicht bezweckt, übermäßige und auf Dauer angelegte Datenerhebungen zu vermeiden und vermindert dadurch die Intensität des Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Soweit eine Unterscheidung der Daten nach ihrer potentiellen Verfahrenserheblichkeit vorgenommen werden kann, ist die Möglichkeit einer Trennung der potentiell erheblichen von den restlichen Daten zu prüfen. In Betracht kommt hierfür insbesondere das Erstellen einer Teilkopie mit den verfahrensrelevanten Daten sowie das Löschen oder die Herausgabe der irrelevanten Daten an den letzten Gewahrsamsinhaber. Für die Dauer der Durchsicht gibt es keine festen Zeitgrenzen. Sie muss aber zügig durchgeführt und in angemessener Zeit beendet werden. Bis zum Abschluss der Durchsicht befindet sich das Verfahren strafprozessual noch im Stadium der Durchsuchung.

Wird eine noch nicht durchgesehene Festplatte an einen steuerlichen Außen-

prüfer gegeben, kann dies einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung darstellen, der nicht mehr von § 393 Abs. 3 S. 1 AO gedeckt ist. Bei der gebotenen Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die Delikte, wegen derer die Staatsanwaltschaft ermittelt, einen inhaltlichen Bezug zur steuerlichen Außenprüfung aufweisen. Zudem verfügen Außenprüfer nicht über die Kompetenzen der Steuerfahndung. Der nach Maßgabe von § 147 Abs. 6 AO zulässige Datenzugriff der Finanzbehörde im Rahmen der Außenprüfung ist auf Unterlagen beschränkt, die der Steuerpflichtige nach § 147 Abs. 1 AO aufzubewahren hat und erstreckt sich nicht auf den allgemeinen E-Mail-Verkehr. Die Übermittlung einer nicht durchgesehenen Festplatte mit E-Mails vermittelt dem Prüfer somit de facto nach AO nicht vorgesehene Zugriffsmöglichkeiten in die grundrechtlich geschützte Sphäre des Steuerpflichtigen.

Es besteht im Besteuerungsverfahren zwar kein allgemeines Verwertungsverbot für Erkenntnisse, die verfahrensfehlerhaft erlangt werden. Jedoch ist ein qualifiziertes materiell-rechtliches Verwertungsverbot anzunehmen, wenn die Ermittlung der Tatsachen einen verfassungsrechtlich geschützten Bereich des Steuerpflichtigen verletzt hat. Die auf diese Weise ermittelten Tatsachen aus den E-Mails sind schlechthin und ohne Ausnahme unverwertbar.

Praxishinweis:

Die Entscheidung des BFH mit der klaren Begründung eines Beweisverwertungsverbotes als Folge aus dem strafrechtlichen Verfahrensverstoß der fehlenden Durchsicht ist erfreulich, sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass Beweisverwertungsverbote auch im Steuerverfahren eine Ausnahme darstellen, da sie an enge Voraussetzungen geknüpft sind. Nach der ständigen Rechtsprechung des BFH existiert kein allgemeines Verwertungsverbot für Erkenntnisse, die unter Verfahrensfehlern gewonnen wurden. Entscheidend ist vielmehr, wie schwerwiegend der jeweilige Verfahrensverstoß ist. Dabei wird zwischen rein formellen Verstößen und qualifizierten materiell-rechtlichen Mängeln unterschieden. Ein materiell-rechtliches Verwertungsverbot greift insbesondere, wenn die Tatsachenermittlung in den

verfassungsrechtlich geschützten Bereich des Steuerpflichtigen eingreift, wie der vorliegend entschiedene Fall mit dem Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung belegt. In solchen Fällen kann steuerlich sogar ein umfassendes Verwendungsverbot gelten, das auch die Fernwirkung auf mittelbar gewonnene Beweise einschließen kann. Im Strafprozessrecht ist eine derartige Fernwirkung hingegen ausgeschlossen.

Demgegenüber müssen formelle Verfahrensfehler in der Regel gesondert angefochten werden und führen nicht dazu, dass auf anderem Wege erlangte Beweismittel von der Verwertung ausgeschlossen sind. Zu beachten ist bei derartigen formellen Verstößen die so genannte Tatbestandswirkung (vgl. BFH, Urteil vom 15.04.2015 – VIII R 1/13). Wird beispielsweise gegen einen Durchsuchungsbeschluss im Strafverfahren keine Beschwerde eingelegt, darf im Besteuerungsverfahren von einer rechtmäßigen Inbesitznahme auf Grundlage des richterlichen Beschlusses ausgegangen werden. Die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung wird vom Finanzgericht nicht mehr in eigener Zuständigkeit geprüft.

Da eine Beschwerde gegen einen Durchsuchungsbeschluss nicht fristgebunden einzulegen ist und diese allenfalls durch Zeitablauf verwirkt sein kann, kann ggf. im weiteren Verlauf eines Steuerstrafverfahrens geprüft werden, ob die nachträgliche Einlegung einer Beschwerde zur Verhinderung einer solchen Tatbestandswirkung zweckmäßig ist, um ein Verwertungsverbot bei Verfahrensverstößen durchzusetzen.

Die strategische Ausrichtung auf steuerliche oder strafrechtliche Beweisverwertungsverbote ist allerdings aufgrund der hohen Hürden, der nur begrenzt eingreifenden Fernwirkung und der oftmals zugunsten staatlicher Interessen ausgehenden Abwägung oftmals wenig zielführend. Stattdessen sollte möglichst frühzeitig eine umfassende Verteidigungsstrategie entwickelt werden, die andere rechtliche und faktische Argumente für eine optimale Lösung berücksichtigt. Potentielle strafrechtliche oder steuerliche Verwertungsverbote können im Verlauf der Verhandlungen flankierend dazu eingesetzt werden, die Bereitschaft für eine entsprechende Einigung zu fördern.

2 Bundesgerichtshof, Beschluss vom 12.12.2024 – 1 StR 112/24: Die Wahl der Gewinnermittlungsart kann steuerstrafrechtlich nicht dahinstehen, da sich die Betriebsergebnisse nach § 4 Abs. 1 S. 1, § 5 Abs. 1 S. 1 EStG einerseits und nach § 4 Abs. 3 EStG andererseits nicht decken müssen.

Sachverhalt:

Der Angeklagte betrieb ab 2014 ein chinesisches Buffetrestaurant als Einzelunternehmen. Ab 2015 übernahm seine Ehefrau das Restaurant. Sie führte es nach Außen bis Ende 2018 als Alleininhaberin. Der Angeklagte war weiterhin in die Betriebsabläufe integriert und traf grundlegende betriebliche Entscheidungen.

Durch eine Manipulation des Kassensystems wurden die im Restaurant erzielten Umsätze nicht vollständig erfasst. Für 2014 und 2015 wurden zu niedrige Einkünfte aus dem Restaurantbetrieb erklärt. Die unrichtige Einkommensteuererklärung 2014 wurde erst nach Erlass eines Schätzbescheides abgegeben. Für die Jahre 2016 bis 2018 wurden keine Steuererklärungen mehr abgegeben. Hierdurch verkürzte der Angeklagte insgesamt 173 T € GewSt, 474 T € USt und 300 T € Est.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Steuerhinterziehung in 18 Fällen, zwei davon im Versuchsstadium, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt sowie eine Einziehung in Höhe von rund 900 T € angeordnet. Die Revision des Angeklagten war teilweise erfolgreich.

Entscheidungsgründe:

Zum einen wurde die Verurteilung wegen Est-Hinterziehung für 2014 aufgehoben. Der BGH hat diese Tat aufgrund eines irreparablen Verfahrensmangels direkt eingestellt. Dem Angeklagten wurde für 2014 laut Anklage eine Nichtabgabe der Est-Erklärung gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO zur Last gelegt. Mit Zugang des Schätzbescheides war die Tat aber nicht nur vollendet, sondern auch beendet. Die unrichtige Abgabe nach diesem Zeitpunkt begründet deshalb gegenüber dem abgeschlossenen Sachverhalt der Nichtabgabe mit Schätzbescheid einen neuen prozessualen Sachverhalt, der von der Anklage nicht umfasst wird. Um verfahrensgegenständlich zu werden, hätte die Anklage diese Falscherklärung zusätzlich als weitere Tat aufnehmen müssen.

Zum anderen erwies sich die Berechnung des Umfangs der verkürzten Steuer als falsch. Bezüglich der GewSt und der Est war nicht zu erkennen, auf welche Art der Gewinn ermittelt wurde. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass dem Angeklagten aufgrund des Umfangs der Umsätze bei der Gewinnermittlung überhaupt kein Wahlrecht zustand, sondern er bilanzieren musste.

Für Gewinneinkünfte sieht § 4 Abs. 1 S. 1 EStG grundsätzlich die Ermittlung des Gewinns aufgrund des bilanziellen Bestandsvergleichs vor. Ein Gewinnermittlungssubjekt, das nicht aufgrund gesetzlicher Vorschriften verpflichtet ist, Bücher zu führen und regelmäßig Abschlüsse zu machen, kann seinen Gewinn gem. § 4 Abs. 3 S. 1 EStG wahlweise auch durch Einnahmeüberschussrechnung ermitteln. Trifft ein nicht buchführungs- und abschlusspflichtiger Steuerpflichtiger keine Wahl, verbleibt es bei der Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich. Maßgeblich für die Ausübung des Wahlrechts ist die tatsächliche Handhabung der Gewinnermittlung.

Diese fehlende Feststellung zur Ausübung des Wahlrechts bezüglich der Art der Gewinnermittlung führte nicht zur Aufhebung des Schuldspruchs, da auszuschließen war, dass kein Verkürzungsbetrag verbleiben würde. Der die Strafhöhe bestimmende Schuldumfang war aber nicht nachvollziehbar, weshalb der Strausausspruch zumindest aufzuheben war.

Praxishinweis:

Die Entscheidung ist steuerstrafrechtlich unter zwei Gesichtspunkten bedeutsam: Sie konkretisiert einerseits den Begriff der prozessualen Tat im Steuerstrafverfahren und stellt andererseits klar, dass die Wahl der Gewinnermittlungsart auch im Steuerstrafverfahren nicht offenbleiben kann.

Die prozessuale Tat ist ein tatsächlicher Vorgang, der sich von anderen ähnlichen oder gleichartigen Sachverhalten unterscheidet und der einer Anklage als Tatkonkretisierung zugrunde gelegt wird. Dabei ist nicht nur auf das in einer Anklage beschriebene Geschehen abzustellen, sondern auf das gesamte Verhalten, soweit es mit dem in einer Anklage bezeichneten geschichtlichen Vorgang ein einheitliches Ereignis bildet. Der Vorwurf der Nichtabgabe einer Steuererklärung und der Vorwurf der unrichtigen Abgabe unterscheiden sich wesentlich im Geschehensablauf, so dass es sich verfahrensgegenständlich um unterschiedliche Taten handelt, auch wenn sie sich auf den identischen Veranlagungszeit-



raum beziehen. Die Teilaufhebung des landgerichtlichen Urteils durch den BGH stellt damit eine logische Konsequenz der bisherigen Rechtsprechung zum prozessualen Tatbegriff dar.

In der Verteidigung nützt ein derartiger prozessualer Mangel – solange noch keine endgültige strafrechtliche Verjährung für diese Tat eingetreten ist – letztlich allenfalls für eine Revision, deren Notwendigkeit aber strategisch aufgrund der geringen Erfolgsquoten möglichst eher zu vermeiden ist. Denn wenn ein derartiger Mangel in der Hauptverhandlung gerügt wird, kann noch mit Zustimmung des Angeklagten eine Nachtragsanklage im laufenden Verfahren oder eine weitere Anklage in einem separaten Verfahren erhoben werden, wodurch im Ergebnis keine prozessuale Verbesserung für den Angeklagten eingetreten ist.

Mögliche prozessuale Fehler oder rechtliche Unsicherheiten werden deshalb verhandlungstechnisch im Optimal-

fall dazu genutzt, eine möglichst vernünftige Lösung in der aktuellen laufenden Instanz zu erreichen. Nur wenn dies trotz Bemühungen nicht gelingt oder von vornherein nicht gelingen kann, sollte eine Revision erwogen werden. Denn ob im vorliegend entschiedenen Fall im zweiten Durchlauf für den Angeklagten eine Bewährungsstrafe als erstrebenswerte Verbesserung zu erreichen ist, ist keinesfalls auch nach erfolgreicher Revision sicher zu prognostizieren.

Ähnliche strategische Erwägungen gelten für den zweiten Argumentationsstrang der Entscheidung. Im laufenden Verfahren kann die Ermittlung der Gewinnermittlungsart noch nachgeholt werden. Dies kann aber für das Gericht zu erheblichen Verzögerungen und zu einer arbeitsintensiven, eigenen Aufbereitung der steuerlichen Schadensberechnung führen. Wenn in einer derartigen Prozesslage seitens der Verteidigung Unterstützung bei der Aufklärung beispielsweise durch entsprechende verfahrensfördernde und abkürzende Ein-

lassungen des Angeklagten mit geständigem Inhalt angeboten wird, kann dies eine verfahrensbeendende Absprache mit einem für den Angeklagten tragfähigen Ergebnis fördern.

Im Optimalfall wird eine sich inhaltlich aufdrängende, geständige Einlassung für den Angeklagten nur in Ausführung einer bindenden Absprache über die strafrechtlichen Folgen im Sinne des § 257c StPO abgegeben. Das Gericht ist nach einer derartigen Verständigung unter Einbeziehung der Staatsanwaltschaft an eine zugesagte Strafobergrenze gebunden und kann hiervon nur abweichen, wenn die Einlassung nicht die vereinbarten Anforderungen erfüllt. In diesem Fall darf die Einlassung nicht der Verurteilung zugrunde gelegt werden und das Gericht muss darauf hinweisen, dass es von der Verständigung abweichen will. Für den Angeklagten bedeutet diese Transparenz größtmögliche Sicherheit, bevor er durch ein Geständnis zu einer Verfahrensabkürzung beiträgt.

3 Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 11.02.2025 – 7 Sa 635/23: Ein Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber wegen der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten 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.

Sachverhalt:

Der Kläger war seit 2009 bei dem Beklagten, einem öffentlichen Verkehrsunternehmen, als Fahrausweisprüfer angestellt. Auf Grundlage einer Betriebsvereinbarung werden die Arbeits- und Pausenzeiten der Mitarbeiter des Beklagten mittels eines Zeiterfassungssystems erfasst. Der Kläger nutzte das Zeiterfassungssystem über eine mobile App.

Dem Beklagten fielen Unregelmäßigkeiten in der Zeiterfassung des Klägers auf. U.a. sollte der Kläger während der Arbeitszeit ein Fitnessstudio, eine Bäckerei und eine Moschee besucht haben. Der Beklagte beauftragte einen Detektiv mit der Observation des Klägers während der Arbeitszeiten über einen fest eingegrenzten Zeitraum.

Im Rahmen der Observation wurde aus Sicht des Beklagten insbesondere festgestellt, dass der Kläger sich während seiner Arbeitszeit mehrfach – ohne entsprechenden Pauseneintrag im Zeiterfassungssystem – an der Adresse seiner

Freundin oder in Cafés aufgehalten hat. Mehrfach soll er längere Pausen gemacht haben, als von ihm eingetragen wurden. Nachweise oder Berichte über etwaige Fahrausweiskontrollen in diesen Zeiträumen lagen nicht vor.

Im Rahmen seiner Anhörung vor Kündigung brachte der Kläger für die genannten Zeiten lediglich pauschale Schutzbehauptungen vor und konnte die Sachverhalte insgesamt nicht erklären. Der Beklagte kündigte ihm fristlos. Der Detektiv stellte 21 T € für seine Observationsleistungen in Rechnung.

Der Kläger erhob erfolglos Kündigungsschutzklage und wurde zur Erstattung der Detektivkosten als Schadensersatz verurteilt. Seine Berufung blieb erfolglos.

Entscheidungsgründe:

Die fristlose Kündigung war wirksam. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist

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

Der vorsätzliche Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung, die abgeleitete, vom Arbeitgeber nur schwer zu kontrollierende Arbeitszeit korrekt zu dokumentieren, ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darzustellen. Dies gilt für den

vorsätzlichen Missbrauch einer Stempeluhr ebenso wie für das wissentliche und vorsätzlich falsche Ausstellen entsprechender Formulare. Dabei kommt es nicht entscheidend auf die strafrechtliche Würdigung an, sondern auf den mit der Pflichtverletzung verbundenen schweren Vertrauensbruch.

Der Arbeitgeber muss auf eine korrekte Dokumentation der Arbeitszeit seiner Arbeitnehmer vertrauen können. Überträgt er den Nachweis der geleisteten Arbeitszeit den Arbeitnehmern selbst und füllt ein Arbeitnehmer die dafür zur Verfügung gestellten Formulare wissentlich und vorsätzlich falsch aus, so stellt dies in aller Regel einen schweren Vertrauensmissbrauch dar. Der Arbeitnehmer verletzt damit in erheblicher Weise seine Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) gegenüber dem Arbeitgeber. Werden erhebliche Pausenzeiten vorsätzlich nicht im Zeiterfassungssystem dokumentiert, obwohl dazu eine Verpflichtung besteht, rechtfertigt dieses Vorgehen eine Kündigung aus wichtigem Grund.

Die Observation durch den Detektiv war gemäß § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG zulässig. Es bestand kein Beweisverwertungsverbot. Die Überwachung durch Detektive, die beobachten, fotografieren und dokumentieren, stellt zwar einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Dieser Eingriff ist aber von geringer Intensität, weil er nur während der Schichtzeiten im öffentlichen Verkehrsraum über einen Zeitraum von wenigen Tagen erfolgte und praktisch nur das dokumentiert wurde, was jeder beliebige Passant ebenfalls hätte wahrnehmen können. Eine Nichtberücksichtigung der hieraus erlangten Erkenntnisse wäre daher selbst bei einer Rechtswidrigkeit der Überwachung nicht zwingend geboten.

Es besteht auch ein Anspruch auf Erstattung der Detektivkosten aus §§ 280 Abs. 1, 249 BGB. Ein Arbeitnehmer hat wegen der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten 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 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.

Praxishinweis:

Das Landesarbeitsgericht hat mit der vorliegenden Entscheidung erfreulicherweise für Arbeitgeber die rechtliche Möglichkeit einer Erstattungsfähigkeit von notwendigen Detektivkosten bei Ermittlungen von Mitarbeiterverfehlungen hergeleitet. Durch die Ermittlungen des Detektivs konnte die Pflichtverletzung bei der Arbeitszeiterfassung eindeutig nachgewiesen werden, der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Mitarbeitenden war durch den zeitlich und räumlich begrenzten Observationsbereich gerechtfertigt.

Beim Einsatz von Detektiven ist generell zu beachten, dass eine Observation nicht grenzenlos zulässig ist. So hat das Bundesarbeitsgericht (Urteil vom 19.02.2015 – 8 AZR 1007/13) in einem anderen Fall im Zusammenhang mit einer möglicherweise vorgetäuschten Krankmeldung eines Arbeitnehmers entschieden, dass die Observation des Beschäftigten grundsätzlich einen schweren Eingriff in das Persönlichkeitsrecht darstellt, der nur ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann, wenn tatsächlich erhebliche Anhaltspunkte für eine Straftat bestehen. Insbesondere bei Vorliegen einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung muss deren Beweiswert vor der Ermittlungsmaßnahme bereits erschüttert sein, bevor der Arbeitgeber eine Observation in

Bezug auf den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers veranlassen darf. Eine Untersuchung durch den Medizinischen Dienst der Krankenkasse nach § 275 Abs. 1a S. 3 SGB V darf nicht möglich sein oder objektiv keine Klärung erwarten lassen. Anderenfalls drohen Entschädigungsklagen gegen den Arbeitgeber, die sowohl auf Art. 82 DSGVO wie auch auf § 823 BGB gestützt werden können.

Neben der Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten im Rahmen eines Arbeitsrechtsprozesses ist zur Minimierung der wirtschaftlichen Auswirkungen auch die Frage nach der steuerlichen Absetzbarkeit der Ermittlungskosten bedeutsam. Hierfür ist entscheidend, ob die Detektivkosten betrieblich oder privat veranlasst sind. Betrieblich veranlasste Kosten können regelmäßig abgezogen werden, während privat veranlasste Kosten allenfalls im Einzelfall als außergewöhnliche Belastungen nach § 33 EStG unter erschwerten Voraussetzungen absetzbar sind. Die Aufwendungen müssen insbesondere zwangsläufig sein. Aufwendungen sind aber nur dann zwangsläufig, wenn die wesentliche Ursache für die Entstehung der Kosten zwangsläufig ist. Liegt die Ursache hingegen im Bereich der vom Einzelnen gestaltbaren Lebensführung, scheidet ein Abzug aus (vgl. BFH, Urteil vom 30.06.2005 – III R 27/04). So sind beispielsweise die zur Vorbereitung eines Scheidungsprozesses aufgewendeten Detektivkosten generell nicht als außergewöhnliche Belastungen zu berücksichtigen (BFH, Urteil vom 21.02.1992 – III R 2/91). Sie sind regelmäßig nicht zwingend erforderlich, um ein Scheidungsverfahren durchzuführen. 

Autorin:

Dr. Barbara Bischoff ist Mitglied im Steuerrechtsausschuss und Partnerin/Fachanwältin für Strafrecht in der mit 26 RechtsanwältInnen wirtschafts-/steuerstrafrechtlich sowie steuerlich ausgerichteten Kanzlei Minoggio Grezesch Bachmann mit Standorten in Münster, Bremen, Köln, Hamburg und Hamm.

*Minoggio Grezesch Bachmann
Königsstr. 60
48143 Münster
02 51 133 226 0
barbara.bischoff@mgb-law.de
www.mgb-law.de*