

DER ERSATZ VON DETEKTIVKOSTEN IN ÖSTERREICH*

1. EINLEITUNG

Bei unsicherer Beweislage - zB im Ehestreit, im Arbeits-, Wettbewerbs- und Strafrecht - kommt es in der Praxis häufig vor, dass eine Detektei mit der Aufklärung von entscheidenden Tatsachen beauftragt wird. Im Erfolgsfall besteht dennoch oft Ungewißheit über die Ersatzfähigkeit der aufgelaufenen Kosten. Die österreichischen Gerichte sprechen diese Aufwendungen als vorprozessuale Kosten oder als Schadenersatz zu. Nachfolgend sollen die - je nach Rechtsgebiet - zT ganz unterschiedlichen Voraussetzungen im einzelnen erörtert werden.

2. GRUNDSÄTZLICHE BEHANDLUNG DES ERSATZES VON DETEKTIVKOSTEN

2.1 Vorprozessuale Kosten

Nach einhelliger österreichischer Meinung gelten Detektivkosten als typische Aufwendungen für die Entdeckung eines schadenskausalen Verhaltens, mithin als Rechtsverfolgungskosten. Die als Barauslagen geltend zu machenden Detektivkosten teilen zunächst als vorprozessuale Kosten das Schicksal der übrigen Verfahrenskosten. Im zivilprozessualen Bereich wird darauf abgestellt, dass der Detektiveinsatz zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gem § 41 ZPO „notwendig“ gewesen sein muß.¹ So hat der Scheidungskläger nach st Rsp Anspruch auf den Ersatz seiner zur Erforschung und zum Nachweis der außerehelichen Beziehungen des Ehepartners aufgewendeten Detektivkosten.² Die Beauftragung einer Detektei muß gewissermaßen die ultima ratio gewesen sein,³ und es dürfen keine preiswerteren, erfolgversprechenden Methoden zur Wahl stehen. Ohne nähere Begründung hat daher der OGH⁴ die Erstattungsfähigkeit von Ermittlungskosten zur Überprüfung eines vermuteten gegnerischen Wettbewerbsverstosses verneint. Als vorprozessuale Kosten des erfolgreichen Wettbewerbsklägers sind lediglich die Auslagen für den Testkauf, nicht die Auslagen für den Einsatz eines Detektivs zur Durchführung des Testkaufes zugesprochen worden. Auch wenn die dt Rsp in vergleichbaren Fällen den Aufwand des Detektivs für ersatzfähig hält,⁵ verdient die Ansicht des OGH den Vorzug. Für die Durchführung eines Testkaufes bei einem Mitbewerber bedarf es keines Detektivs. Insofern ist dieser Aufwand nicht notwendig iSd §§ 41 ff ZPO. Ein x-beliebiger Mitarbeiter des Wettbewerbsklägers hätte ausgereicht. Das Kriterium der Notwendigkeit des Einsatzes von Erkundungspersonen konkretisiert sich va darin, dass die Kosten näherer Nachforschungen solange zu tragen sind, als kein sicherer Beweis erbracht ist, der Beklagte handle verbotswidrig. Der Ersatz von detektivischen Leistungen als vorprozessuale Kosten bildet einen Anspruch öffentlich-rechtlicher Natur. Das schließt aber nicht aus, dass sich die Parteien darüber vergleichsweise einigen. Damit wird der Anspruch zu einem privatrechtlichen und auf Vertragsgrundsätze gestützt. Er kann dann selbständig mit

* RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), Rechtsanwalt in Salzburg, Anwalt.Thiele@litigation.at.

¹ OGH 20.10.1993, 3 Ob 540/93.

² OGH 24.6.1993, 8 Ob 1601/93 uva.

³ IdS auch *Bernat*, Entscheidungsanmerkung, ZAS 1981, 222, 224.

⁴ 25.6.1985, 4 Ob 348/85.

⁵ Mit umfangreicher Begründung OLG Koblenz 14 W 268/91 = JurBüro 1991, 1513 = NJW 1992, 34; 14 W 671/90 = NJW-RR 1991, 894 = VersR 1992, 982.

Klage geltend gemacht werden⁶ und stellt einen Schadenersatzrechtlichen Entschädigungsanspruch dar, der nach § 1489 ABGB in drei Jahren verjährt.⁷ Dass im ehelichen Aufteilungsverfahren die aufzuerlegende Ausgleichszahlung nicht mit im Ehescheidungsverfahren aufgelaufenen Detektivkosten kompensiert werden kann,⁸ liegt nicht an deren öffentlich-rechtlichen Charakter, sondern gilt das Aufrechnungsverbot gleichermaßen für angeblich aus dem Titel des Schadenersatzes zustehende Detektivkosten. Der Erwägung, dass die Einwendung der Detektivkosten als Gegenforderung eine meritorische Schuldtilgung wie sonst im Zivilverfahren zur Folge hat,⁹ steht entgegen, dass die Verpflichtung zur Leistung einer Ausgleichszahlung und deren Höhe letztlich erst mit der (rechtskräftigen), auf alle Umstände des Einzelfalles iSd §§ 81 ff EheG, insbes auf die Grundsätze der Billigkeit Bedacht nehmenden Entscheidung begründet wird. Nach den Bestimmungen des Außerstreitgesetzes¹⁰ können lediglich rechtskräftig festgestellte Forderungen aufrechnungsweise im Aufteilungsverfahren berücksichtigt werden, da eine dem § 391 Abs 3 ZPO entsprechende Regelung fehlt.¹¹

2.2 Schadenersatz

Im Schadenersatzrecht wird die Frage der Erstattungsfähigkeit unter dem Titel der „Überwachungskosten“ zT sehr unterschiedlich behandelt. Es ist grundsätzlich möglich, dass Detektivkosten als Teil der Rechtsverfolgungsmaßnahmen einen aus der Verletzungshandlung entspringenden Schaden darstellen. Ob es sich

- a) um einen ersatzfähigen Schaden handelt,
 - b) ein Ursachenzusammenhang zwischen der primären, den Anspruch auslösenden Schädigungshandlung und den Aufwendungen für die Rechtsverfolgung besteht, und
 - c) solche Unkosten noch im Schutzbereich der jeweiligen Norm liegen,
- muß im konkreten Einzelfall sehr genau geprüft werden, um eine Ausuferung zu verhindern.

Für einen Anspruch auf Erstattung von Detektivkosten kommen als materiellrechtliche Grundlagen idR die positive Forderungsverletzung in Betracht,¹² bei Diebstählen, Unterschlagungen und ähnlichen strafbaren Handlungen zusätzlich §§ 1295, 1311 ABGB iVm §§ 127 ff, 134 StGB ua. Der Schadenersatzanspruch erweist sich nur dann als begründet, wenn er aus einem außerprozessualen Rechtsverhältnis der Parteien folgt,¹³ und wenn *alle* seine Voraussetzungen vorliegen. In der Praxis treten hauptsächlich bei der Verursachungs- und Zurechnungsprüfung Probleme auf.

In den Fällen, in denen der spätere Geschädigte vor dem rechtswidrigen Verhalten des Schädigers Aufwendungen tätigt, die den Zweck haben, allfällige Schädigungen abzuwehren, ist ein Ersatz zu verneinen. Derjenige, der einen Einbruchversuch oder einen Ladendiebstahl unternimmt und durch die Vorkehrungen von seinem Vorhaben abgehalten oder danach ertappt worden ist, hat diese Aufwendungen nicht verursacht. Sie wurden schon vor seinem Schädigungsversuch und daher

⁶ OGH 28.4.1954, 3 Ob 264/54, SZ 27/115.

⁷ OGH 16.2.1966, 6 Ob 44/66, SZ 39/29.

⁸ St Rsp EFSlg 39.538; OGH 22.1.1986, 3 Ob 616/85 ua.

⁹ Vgl OGH 8.4.1986, 2 Ob 680/85.

¹⁰ Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen, RGBI 1854/208 iddGF (vielfach novelliert).

¹¹ OGH 15.9.1988, 8 Ob 539/88.

¹² ZB im Arbeitsrecht OGH 25.9.1979, 4 Ob 20/79.

¹³ Vertrags-, Rechts- oder Rechtsgutverletzung.

unabhängig von diesem veranlaßt. Die vorsorgliche Maßnahme zB die Einstellung eines Nachtwächters oder Detektivs, der Einbau von Warnanlagen und Fernsehkameras etc. können vom Schädiger nicht verlangt werden.¹⁴

2.3 Konkurrenz materiell- und prozeßrechtlicher Kostenerstattung

Die Geltendmachung von Rechtsverfolgungskosten, zu denen auch die Detektivkosten zählen, hat das österr Höchstgericht zunächst ausschließlich als vorprozessuale Kosten im Rahmen eines Verfahrens zur Durchsetzung eines anderen Interesses - zB einer Privatanklage wegen Ehestörung bzw. einer Ehescheidungsklage - zugelassen.¹⁵ Den Umschwung hat schließlich die E vom 21.2.1962¹⁶ herbeigeführt unter wohl begründeter Zustimmung der herrschenden Lehre.¹⁷

Häufig deckt sich der materiellrechtliche mit dem prozessualen Kostenerstattungsanspruch. Er kann ihn aber auch überlagern oder über ihn hinausgehen. Dem Schadenersatzanspruch kommt vor allem dann praktische Bedeutung zu, wenn eine entsprechende prozessuale Kostenersatzpflicht nicht entstanden ist, zB weil es gar nicht zu einem Rechtsstreit gekommen ist,¹⁸ oder weil das Gericht - aus welchem Grund immer - keine Kostenentscheidung getroffen hat.¹⁹ Der materiellrechtliche Anspruch auf den Ersatz von Rechtsverfolgungskosten ist mE grundsätzlich unabhängig von der prozessualen Kostentragungspflicht. So bejaht auch die Rsp²⁰ die volle Anspruchskonkurrenz: zB kann der gehörnte Ehemann die verauslagten Detektivkosten entweder im Rahmen des Scheidungsverfahrens als vorprozessuale Kosten geltend machen, oder sie nach Abschluß des Scheidungsverfahrens - innerhalb der Verjährungsfrist²¹ - in einem Folgeprozeß als Hauptsache erfolgreich einklagen.²²

2.4 Umfang der erstattungsfähigen Aufwendungen

Das Problem der **Angemessenheit der Detektivkosten** stellt sich sowohl im Rahmen der Schadenshöhe iSd § 1293 iVm §§ 1331, 1332 ABGB als auch bei der zweckentsprechenden Notwendigkeit nach § 41 Abs 1 ZPO, und wird daher nachfolgend in einem erörtert. Was die Höhe der zu ersetzenden detektivischen Leistungen betrifft, kann wiederum die Judikatur zum Ersatz von Detektivkosten bei Ehestörung oder Ehebruch herangezogen werden. Ersatzfähig ist nicht das „Bestandinteresse“, sondern ausschließlich das „Abwicklungsinteresse“, d.h. Abwehr-, Beseitigungs- und Folgekosten, die nicht im Vertrauen auf den Bestand

¹⁴ Stellvertretend für viele *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 3/19 mwN in FN 61; *Welser*, Zur Ersetzbarkeit von Detektivkosten beim Warenhausdiebstahl, ÖJZ 1977, 645, 646 ff.

¹⁵ OGH in SZ 14/76; SZ 22/171; SZ 27/289 und grundsätzlich noch in SZ 39/29; so auch die ältere Lehre vgl *Sperl*, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege (1930), 721ff; *Pollak*, System des österreichischen Zivilprozeßrechts (1930), 52 ff.

¹⁶ 1 Ob 42/62, SZ 35/26.

¹⁷ Grundlegend *Welser*, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, JBI 1975, 6 ff mwN.

¹⁸ Eine analoge Anwendung der §§ 41 ff ZPO außerhalb eines Prozeßrechtsverhältnisses scheidet kraft ihrer öffentlich-rechtlichen Natur aus.

¹⁹ ZB Ruhen des Verfahrens, Vergleich oÄ.

²⁰ OGH 15.9.1988, 8 Ob 539/88; 28.6.1990, 6 Ob 593/90; OLG Wien 17.12.1997, 9 Ra 244/97m, ARD 4915/17/98.

²¹ § 1489 ABGB; in Arbeitsrechtsstreitigkeiten ist auf die Präklusivfrist des § 34 Abs 1 AngG zu achten.

²² Deutlich OGH 29.8.1996, 8 Ob 2070/96m mwN.

des Vertragsverhältnisses erwachsen.²³ Nach einhelliger Meinung²⁴ bestimmen sich die Detektivkosten für Erhebungen **anhand von § 273 ZPO**, wobei die von Berufsdetektiven verrechneten Honorare als Richtlinie für den Kostenersatz herangezogen werden können.²⁵

Die verbreitetste Methode ist die Abrechnung nach Stunden plus Auslagen. Wenn der Detektiv ehrlich abrechnet, ist das Stundenhonorar die exakteste und für den Kunden preiswerteste Variante. Diesfalls sind alle Begleittätigkeiten wie Besprechungen, Aktenstudium, Berichterstattung, Fotoentwicklung umfaßt. Bei der Vereinbarung von Tagespauschalen erspart man sich die Diskussion um ein paar Stunden mehr oder weniger auf der Rechnung. Die Erforderlichkeit ganzer Tage kann, im Gegensatz zum Stundenaufwand, auch der fachunkundige Klient einigermaßen sicher beurteilen. Tagespauschalen werden nur selten inklusive aller Kosten angeboten; häufiger plus Barauslagenersatz (zB Porti, Fotokopien). Nach Auskunft des Österreichischen Detektivverbandes (ÖDV)²⁶ bewegen sich die Stundensätze zwischen S 500,- und S 1.200,- netto. Fast immer werden für Nacht-, Sonntags- und Feiertageinsätze Zuschläge erhoben. Daneben wird auch die Verrechnung nach Einzelleistungen des Detektivunternehmens von der Rsp anerkannt.²⁷

Eine jedenfalls gebotene Rechtsgüterabwägung kann aber zu einer **umfänglichen Beschränkung des Ersatzanspruches** führen.²⁸ So hat zB der Ehescheidungskläger den Beobachtungsauftrag darauf zu beschränken, zu ermitteln, ob und mit welcher Person der Ehepartner ehewidrige Beziehungen unterhält. Daß die anfängliche Beobachtung überhaupt erfolglos war, schadet nicht. Der Auftraggeber muß vertraglich bedingen, daß die Beobachtungen abzubrechen sind, wenn sich ergibt, daß der Ehepartner in der Wohnung des Ehestörers nächtigt. Läßt die Fortsetzung der Beobachtung keine weitergehenden Erkenntnisse erwarten und hat sie auch nicht mehr erbracht, als die Erhebungen ohnehin schon hinlänglich zutage gefördert haben, sind die dafür aufgewendeten Kosten der Detektei nicht mehr notwendig und daher nicht ersatzfähig.²⁹ Die Angemessenheit eines anzuerkennenden Ersatzanspruches beurteilt sich stets **nach dem Informationsinteresse des Geschädigten**. Das Interesse des verletzten Ehegatten, über ehestörendes Verhalten seines Ehepartners Kenntnis zu erlangen, ist nicht in allen denkbaren Fällen gleich schützenswert.³⁰ Die Haftung ist überhaupt zu verneinen, soweit infolge eines entsprechenden Einvernehmens über die Gestaltung (oder praktische Aufhebung) der ehelichen Lebensgemeinschaft die Ehegatten einander - sei es auch nur schlüssig - zu verstehen gegeben haben, jedes Interesse daran verloren zu haben, wie der andere sein privates Leben gestaltet, und daher im Verlangen auf entsprechende Offenlegung ein Rechtsmißbrauch

²³ OGH 28.8.1997, 3 Ob 505/96, SZ 70/163; deutlich 19.5.1998, 1 Ob 146/98x, JBI 1998, 723; so auch *Welser*, ÖJZ 1977, 645, 651 ff; *Bernat*, Entscheidungsanmerkung ZAS 1981, 222, 223 mwN.

²⁴ OGH 18.1.1990, 6 Ob 1523/89; 16.12.1992, 3 Ob 575/92; *Welser*, ÖJZ 1977, 645, 654 mwN.

²⁵ Eine prozentuelle Pauschalierung erscheint in manchen Fällen durchaus sachgerecht, vgl. OGH 24.6.1993, 8 Ob 1601/93 (10 %); 10.11.1967, 2 Ob 292/67, SZ 40/144 (12 %).

²⁶ 1160 Wien, Ottakringerstraße 128/20; im Internet unter <http://www.oedv.at>; Anfrage des Verfassers vom 27.8.1999.

²⁷ OGH 16.12.1992, 3 Ob 575/92.

²⁸ OGH 30.10.1985, 6 Ob 580/83, SZ 58/164 = JBI 1986, 524.

²⁹ OGH 16.12.1992, 3 Ob 575/92.

³⁰ Das ist grundsätzlich auch bei der Beurteilung des Ersatzanspruches gegen den Dritten zu beachten.

gelegen wäre.³¹

Bei der Verletzung eines rein ideellen Interesses, eherechtlich erhebliche Umstände zu erfahren, ist zur Bestimmung des ersatzfähigen Betrages ebenfalls eine Relation der Kosten eines Nachforschungsaufwandes zu dem zu diesem Zweck³² zu bewertenden Interesse an der Information zu finden. Dabei wird das Interesse insbes nach der Dauer und Entwicklung der ehelichen Lebensgemeinschaft sowie der Bedeutung des offenzulegenden ehewidrigen Verhaltens, nach dessen Häufigkeit, Dauer und Schwere der Einwirkung auf das weitere partnerschaftliche Verhalten einschließlich vermögensrechtlicher Dispositionen von Fall zu Fall unterschiedlichen Bewertungen zugänglich sein, sodaß sich an Hand dieser Bezugsgröße auch von Fall zu Fall eine unterschiedliche Höhe der Angemessenheit des ersatzfähigen Nachforschungsaufwandes ergeben könnte. Die Interessenbewertung unterliegt der richterlichen Einschätzung gem § 273 ZPO.³³ Generell gilt, dass die Angemessenheit der Detektivtätigkeit nicht nur im Hinblick auf die zweckmäßigste Art und Weise, in der nach kriminalistischen Grundsätzen das vom Auftraggeber gewünschte Erhebungsmaterial beschafft werden konnte, sondern auch im Verhältnis zum konkreten Informationsinteresse zu beurteilen ist, das zu diesem Zweck einer Bewertung unterzogen werden muß.³⁴ Die Kosten dürfen das im konkreten Fall objektiv notwendig erscheinende, durch die vorhandenen Verdachtsmomente gerechtfertigte Ausmaß nicht überschreiten. Sie dürfen ferner nicht überflüssig gewesen sein.³⁵ Haben die besonderen detektivischen Beobachtungen als Ganzes gesehen letzten Endes ein positives Ergebnis gebracht und zur Aufdeckung mehrfacher Verstöße zB des Ehebrechers, des untreuen Arbeitnehmers ua geführt, neigt die Rechtsprechung sogar dazu, die Höhe der Kosten nicht mehr eingehender zu prüfen, sofern sie nicht offensichtlich branchenunüblich sind.³⁶ Generell gilt aber, dass über den Umweg der Folgekostenpauschalierung keine Vorhaltekosten³⁷ auf den Ersatzpflichtigen überwältzt werden dürfen.

3. BESONDERE FALLGESTALTUNGEN

Die österr Rsp läßt eine Erstattung von Detektivkosten aus dem Titel des Schadenersatzes nur in besonderen Fällen zu:

3.1 Kosten der Überwachung des untreuen Ehepartners

Im besonderen Schutzbereich der Ehe befürwortet die Judikatur schon seit langem den Ersatz der Detektivkosten für das Ausforschen des untreuen Ehegatten.³⁸ Dies wird damit begründet, daß die Ehe absoluten Schutz genießt. Die österr Gerichte haben mehrmals ausgeführt, daß ein Ehegatte, dessen Ehe durch ehewidrige

³¹ OGH 30.10.1985, 6 Ob 580/83, SZ 58/164; zu den Voraussetzungen für rechtsmißbräuchliches begehren von Detektivkosten im einzelnen ausführlich OGH 28.6.1990, 6 Ob 593/90.

³² Vergleichbar der Schmerzensgeldbemessung.

³³ OGH 28.6.1990, 6 Ob 593/90; 18.1.1990, 6 Ob 593/90.

³⁴ OGH 30.10.1985, 6 Ob 580/83, SZ 58/164.

³⁵ OGH EvBI 1970/309; EvBI 1978/26 = JBI 1978, 594.

³⁶ OGH 17.2.1981, 4 Ob 67, 68/80.

³⁷ Dh jene Kosten, die allein das Bestandsinteresse betreffen, zB Videoüberwachung in Kaufhäusern und Banken.

³⁸ St Rsp EvBI 1955/120, RZ 1961, 121; EvBI 1961/501; SZ 35/26 = EvBI 1962/247; EvBI 1970/309; JBI 1972, 210; EvBI 1978/26 = JBI 1978, 594; 2 Ob 207/78; 5 Ob 652/80; RZ 1982/15; EFSlg 69.081; 63.224; 38.550; 29.388 uva.

Beziehungen seines Ehepartners zu einer dritten Person gestört wird, grundsätzlich und *unabhängig* davon, ob er diese Beziehungen zum Anlaß gerichtlicher Schritte machen will, ein besonderes Interesse daran hat, sich Klarheit über den Sachverhalt zu verschaffen.³⁹

Der schuldige Ehegatte und auch der Dritte haben den in seinen Rechten verletzten Eheparteil das bereits dargelegte Abwicklungsinteresse⁴⁰ zu ersetzen, zB Kosten für die Überwachung des untreuen Ehegatten, für die Bestreitung der Ehelichkeit des Ehebruchskindes, für die Entbindung und den Unterhalt des Kindes, sowie die Scheidungskosten,⁴¹ sowie das Ausforschen einer Lebensgemeinschaft nach Ehescheidung.⁴² Der gekränkte Ehegatte kann die Detektivkosten sowohl vom Ehepartner als auch vom Ehestörer verlangen.

Einem Ehegatten, der durch schwerste und fortgesetzte Verfehlungen den Mangel jeder ehelichen Gesinnung bekundet, steht kein Anspruch darauf zu, über das Verhalten des anderen Ehepartners aufgeklärt zu werden und die für eine solche Aufklärung aufgewendeten Kosten ersetzt zu erhalten.⁴³ In einem solchen Fall trifft aber die diesbezügliche Behauptungs- und Beweislast stets die (im Schadenersatzprozeß) beklagten Parteien.⁴⁴

3.2 Rechtsverfolgungskosten im Arbeitsrecht

Die Rsp⁴⁵ hat den Ersatz von Überwachungskosten auch im Arbeitsrecht zugelassen, wenn Anhaltspunkte für Verstöße gegen die arbeitsrechtliche Treuepflicht vorliegen. Der Arbeitnehmer ist aus dem Titel des Schadenersatzes zur Erstattung jener Detektivkosten verpflichtet, die dem Arbeitgeber aus Gründen des Nachweises der Treuepflichtverletzung des Arbeitnehmers entstanden sind. Das soll jedenfalls dann gelten, wenn die Beobachtungen letzten Endes ein positives Ergebnis gebracht haben.⁴⁶ Der letztzitierten Entscheidung lag zusammengefaßt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der spätere Beklagte war Arbeitnehmer beim späteren Kläger. Er war als Geschäftsführer im Sägewerk- und Zimmereibetrieb des später klagenden Arbeitgebers tätig. Noch während aufrechtem Dienstverhältnis gründete der später Beklagte mit seinem Bruder eine Zimmerei. Davon setzte er seinen Arbeitgeber jedoch nicht in Kenntnis. Dieser schöpfte nach einiger Zeit Verdacht, daß der Beklagte auch bei der Konkurrenz arbeite. Er beauftragte daraufhin ein Detektivbüro mit weiteren Nachforschungen. Die Recherchen ergaben, daß der spätere Beklagte tatsächlich kräftigst im Betrieb seines Bruders mitarbeitete. Daraufhin wurde der Arbeitnehmer entlassen und verlangte der spätere Kläger die Bezahlung der Detektivkosten,⁴⁷ die er auch von allen drei Instanzen zugesprochen bekam.

Das Höchstgericht führte zunächst aus, daß die Überwälzung von Überwachungskosten nur in besonderen Fällen zulässig ist. Es übertrug die Prinzipien des Ersatzes von Detektivkosten bei Ehestörung oder Ehebruch auch ins Arbeitsrecht. Zunächst sprach der OGH aus, daß einem Arbeitgeber bei Vorliegen ausreichender Anhaltspunkte für ein vertragswidriges, seinen Interessen zuwider

³⁹ ZB OGH 28.6.1990, 6 Ob 593/90 (Hervorhebung vom Verfasser).

⁴⁰ Zum Begriff siehe oben Pkt. 2.4; zum Abwicklungsinteresse bei Verletzung der Obsorge vgl OGH 28.8.1997, 3 Ob 505/96, JBI 1998, 243 = SZ 70/163 = ZfRV 1998, 79 = JUS Z/2407.

⁴¹ Koziol, Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 8/48.

⁴² OGH 19.5.1998, 1 Ob 146/98x, JBI 1998, 723 mwN.

⁴³ OGH 28.4.1992, 5 Ob 1538/92 mwN; zur Begründung siehe oben Pkt. 2.4.

⁴⁴ OGH 30.10.1985, 6 Ob 580/83, SZ 58/164 = JBI 1986, 524; EFSlg 63.230.

⁴⁵ ZB EvBI 1981/121; 25.9.1979, 4 Ob 20/79, SZ 52/138 = RdA 1981, 35 m Anm Mayer-Maly.

⁴⁶ OGH 17.02.1981, 4 Ob 67, 68/80, ZAS 1981/29 m Anm Bernat.

⁴⁷ Offenbar ist ein Arbeitsgerichtsverfahren zur Frage der Entlassung unterblieben, sonst hätten dort bereits die Detektivkosten als vorprozessualer Aufwand gem § 41 ZPO begehrt werden können, vgl. OLG Wien, 17.12.1997, 9 Ra 244/97m, ARD 4915/17/98.

laufendes Verhalten eines Arbeitnehmers das Recht zugebilligt werden muß, sich durch geeignete Nachforschungen Klarheit über die Stichhaltigkeit dieser Verdachtsmomente zu verschaffen. Dabei kann er sich gegebenenfalls auch eines Detektivbüros bedienen. Ebenso zu bejahen ist der adäquat typische Kausalzusammenhang und damit der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der durch solche Erhebungen aufgedeckten dienstlichen Untreue eines Arbeitnehmers und dem durch die Belastung mit den Nachforschungskosten entstandenen Schaden des Arbeitgebers. Die grundsätzliche Verpflichtung des Arbeitnehmers zum Ersatz der aufgewendeten Detektivkosten steht damit fest. Ähnliche Entscheidungen in Deutschland gelangen zu demselben Schluß.⁴⁸ Der Ersatz von Detektivkosten durch den Arbeitnehmer ist also zB denkbar bei Vorlage einer erschlichenen Krankschreibung,⁴⁹ wenn der Angestellte unberechtigterweise vom Arbeitgeber in betrügerischer Absicht die Erfüllung des Entgeltfortzahlungsanspruches im Krankheitsfall verlangt,⁵⁰ die Kassierin im Supermarkt durch Umpreisung und überhöhte Mitarbeiterrabatte für sich oder Dritte, Waren günstiger bezogen hat, usw. Voraussetzung ist jeweils, dass die Einschaltung einer Detektei erst aufgrund eines konkreten Verdachtes *nach* dem rechtswidrigen Verhalten des Arbeitnehmers erfolgt ist. Die Kosten der Detektivüberwachung aus dem Titel des Schadenersatzes kann der Arbeitgeber auch kompensationsweise dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Kündigungsentschädigung, Abfertigung, Urlaubsentschädigung oder restlichem Entgelt entgegenhalten. Ist die Entlassung gerechtfertigt, stehen die zur Klärung des treuwidrigen Verhaltens notwendigen Detektivkosten jedenfalls in einem adäquaten Kausalzusammenhang und sind somit ersatzfähig.⁵¹ Der Einrede der Gegenforderung steht das Aufrechnungsverbot des § 293 Abs 3 EO nicht entgegen, wenn der Schädiger vorsätzlich gehandelt hat.⁵²

3.3 Verletzung von öffentlich-rechtlichen Schutzvorschriften

Im Bereich der öffentlich-rechtlichen Vorschriften über die Aussagepflicht eines Zeugen⁵³ hat die Rsp ebenfalls die schadenersatzrechtliche Geltendmachung von Detektiv- oder Ausforschungskosten zugelassen. Bei den vorgenannten Bestimmungen handelt es sich nämlich um Schutzgesetze, die eine verfahrensmäßige Feststellung und Durchsetzung der Rechte einzelner garantieren sollen. Gibt daher ein Zeuge den Namen des Täters unberichtigterweise nicht preis, so kann das Opfer den Zeugen auf Ersatz der zur Ausforschung des Täters aufgewendeten Detektivkosten belangen.⁵⁴

Im Einzelfall ist daher sehr sorgfältig zu prüfen, ob öffentlich-rechtliche Vorschriften ihrem Schutzzweck nach iVm § 1311 ABGB Privaten einen Schadenersatzanspruch bei Verletzung derselben einräumen.⁵⁵

3.4 Mietrecht

⁴⁸ Vgl LAG Düsseldorf 11.06.1997, BB 1979, 1294 = DB 1979, 1850; ausführlich *Lepke*, Detektivkosten als Schadenersatz im Arbeitsrecht, DB 1985, 1231 ff.

⁴⁹ Dazu eingehend *Franke*, JuS 1982, 679, 681.

⁵⁰ LAG Düsseldorf 16.12.1980, DB 1981, 900; 27.4.1981, BB 1981, 1275.

⁵¹ OGH 25.9.1979, 4 Ob 20/79, SZ 52/138 = RdA 1981, 35 m Anm *Mayer-Maly*.

⁵² Vgl. auch OGH JBI 1972, 210.

⁵³ Vgl § 24, 38 VStG; §§ 19, 48 ff AVG; §§ 150 ff StPO.

⁵⁴ OGH 13.10.1981, 5 Ob 680/81, SZ 54/142 = JBI 1983, 208; vgl auch EFSlg 54.230.

⁵⁵ Den Schadenersatz verneinend bei den Vorschriften der Strafprozeßordnung über die Hausdurchsuchung und die Beschlagnahme von Gegenständen (§§ 139, 143 StPO) OGH 22.6.1993, 1 Ob 22/92, SZ 66/77 = *ecolex* 1993, 736 = JBI 1993, 788.

Soweit ersichtlich hat der OGH⁵⁶ bislang nur einmal darüber entschieden, ob der Entschädigungsanspruch gem § 8 Abs 3 MRG auch die vom Mieter aufgewendeten Detektivkosten zur Überwachung der Wohnung während der Durchführung von Erhaltungsarbeiten des Vermieters umfaßt.

Der Mieter hatte zur Überwachung der Arbeiten in seiner Wohnung während seiner Abwesenheit einen Berufsdetektiv engagiert. Dieser sollte auch als Zeuge für den Zustand der Wohnung am Ende der Sanierung zur Verfügung stehen. Das Höchstgericht qualifizierte den vom Mieter geltend gemachte Betrag für die detektivische Überwachung der Arbeiten während seiner Abwesenheit zur Beweissicherung *nicht* als einen nach § 8 Abs 3 MRG zu ersetzenden Aufwand. Die Beauftragung des Detektivs stelle eine bloß zu Beweis Zwecken gesetzte Vorsichtsmaßnahme dar. Da der Mieter verpflichtet ist, die Durchführung von Erhaltungsarbeiten an allgemeinen Teilen des Hauses zu dulden, bewirkt die Anwesenheit des Mieters oder einer anderen Person in seinem Auftrag bloß zur Gewährung des Zutrittes keine wesentliche Beeinträchtigung des Mietrechtes und damit auch keinen bestandrechtlichen Ersatzanspruch.

3.5 Strafprozeß

Restriktiv zeigt sich die Rsp bei der Erstattung eigener Ermittlungen in Strafprozessen. Für Aufwendungen, die durch die Inanspruchnahme eines Detektivinstitutes vor Einleitung eines Strafverfahrens entstehen, ist im Rahmen der Bestimmung des § 381 StPO kein Raum. Sie fallen, auch wenn das Ergebnis der Ermittlungen erst die Einleitung des Strafverfahrens ermöglichte, ebensowenig unter die Kosten des Strafverfahrens, wie zB die Kosten der Errichtung einer Alarmanlage, die jemand, in dessen Räumen wiederholt Einbrüche verübt wurden, zu dem Zweck errichten ließ, um den Täter zu ertappen.⁵⁷ Begründet wird diese Ansicht mit der erschöpfenden Aufzählung der Kosten in § 381 StPO. Die Detektivkosten sind der Kognitionsbefugnis des Strafrichters entzogen. Dem Privatankläger, der einen Anspruch auf Ersatz von Ermittlungskosten erhebt, kann aber dessen Geltendmachung im ordentlichen Rechtsweg nicht verwehrt werden. Nach Privatanklageverfahren sind die entstandenen Detektivkosten selbständig erstattungsfähig.⁵⁸

4. ZUSAMMENFASSUNG

Die österr Rsp und Literatur haben seit langem Detektivkosten grundsätzlich als erstattungsfähig anerkannt. In der Praxis hat dieser Ersatzanspruch va bei Ehescheidungen Bedeutung, wenn durch die Einschaltung einer Detektei Beweismittel beschafft werden. Aber auch in Arbeitsrechtsstreitigkeiten spielt das Problem zunehmend eine Rolle. Die aufgelaufenen Detektivkosten können entweder als vorprozessuale Kosten gem § 41 Abs 1 ZPO im nachfolgenden Zivilverfahren geltend gemacht oder als selbständiger Schadenersatzanspruch eingeklagt werden. Die Höhe des Ersatzes orientiert sich an den branchenüblichen Sätzen der Berufsdetektive und liegt im richterlichen Ermessen gem § 273 ZPO.

⁵⁶ 23.6.1998, 5 Ob 96/98y, immolex 1998/186 = JUS Z/2570.

⁵⁷ OGH 22.11.1950, 3 Ob 283/50, SZ 23/345.

⁵⁸ So bereits OGH 16.2.1966, 6 Ob 44/66, SZ 39/29; zum gleichen Ergebnis gelangte zuvor schon das LG Hildesheim, NJW 1965, 1446.