

Für das Nachschlagewerk!	Ja
Für die Fachpresse!	Ja
Für die amtliche Sammlung!	Nein

Gesetz: BGB § 626, §§ 138, 139, 140, 305, 611 Haftung des Arbeitnehmers, 615; KSchG 1969 §§ 1, 23; ZPO §§ 286, 561

Leitsätze:

1. Die Parteien eines Arbeitsvertrages können das Recht zur außerordentlichen Kündigung eines Angestellten vertraglich nicht über das gesetzliche Maß (§ 626 Abs. 1 BGB) hinaus erweitern. Durch eine solche Vereinbarung würden die Vorschriften über die für die ordentliche Kündigung eines solchen Arbeitsverhältnisses geltenden zwingenden gesetzlichen Mindestkündigungsfristen umgangen (Bestätigung von BAG 2, 333 = AP Nr. 8 zu § 626 BGB).
2. Eine Vereinbarung, wonach der Arbeitgeber berechtigt sein soll, einer Verkäuferin, die zusammen mit mehreren anderen Verkäuferinnen in einer Verkaufsstelle beschäftigt ist, dann fristlos zu kündigen, wenn Fehlbestände festgestellt werden, ist bei der Prüfung des wichtigen Grundes allenfalls dann zu berücksichtigen, wenn wenigstens feststeht, daß die Fehlbestände von der Verkäuferin (mit-) verursacht worden sind.
3. Eine Mankovereinbarung, nach der eine Verkäuferin unabhängig vom Verschulden anteilig für einen Fehlbestand haften soll, der in einer Verkaufsstelle festgestellt wird, in der neben ihr noch weitere Verkäuferinnen in Wechselschicht tätig sind, ist trotz Zahlung eines Mankogeldes sittenwidrig, wenn die Verkäuferin die nicht in ihrer Schicht eingesetzten Verkäuferinnen nicht in zumutbarer Weise überwachen kann und dem Arbeitgeber dieser Umstand bekannt ist.

Aktenzeichen: 2 AZR 580/72

Urteil des BAG vom 22. November 1973

LAG Baden-Württemberg



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 580/72

4 Sa 50/72 Baden-Württemberg

Verkündet am
22. November 1973

gez. Kistner,
Angestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. November 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Dr. Rengier und Hillebrecht sowie die ehrenamtlichen Richter Wirtz und Fink für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 11. Oktober 1972 - 4 Sa 50/72 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

V o n R e c h t s w e g e n !

- 2 -



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



- 2 -

Tatbestand:

Die 57 Jahre alte Klägerin war bei der Beklagten seit dem 1. März 1965 aufgrund eines schriftlichen Vertrages vom 2. März 1965 als Verkäuferin beschäftigt. Ihr Gehalt betrug zuletzt 1.100,-- DM netto. Daneben bezog sie eine monatliche Fehlgeldentschädigung, die von zunächst 15,-- DM später auf 40,-- DM angehoben wurde. Die Haftung für Fehlbeträge haben die Parteien in § 3 des Arbeitsvertrages wie folgt geregelt:

"Die Mitarbeiter einer Verkaufsstelle haften gemeinsam im Verhältnis des Lohnes für alle Fehlbeträge in der Geschäftskasse oder am Warenbestand, solange der Schuldige nicht zweifelsfrei ermittelt ist."

Über das Kündigungsrecht haben die Parteien in § 6 des Arbeitsvertrages folgendes vereinbart:

"Der Arbeitsvertrag kann unter Einhaltung der Kündigungsfrist von einem Monat auf Monatsende von jeder der beiden Parteien gekündigt werden. Ist eine fristlose Kündigung unwirksam, so gilt diese als fristgemäße Kündigung zum nächst zulässigen Zeitpunkt. Neben den gesetzlichen Gründen ist die Firma zur fristlosen Kündigung berechtigt: Wenn Fehlbeträge am Geld- oder Warenbestand oder am Inventar festgestellt werden, wenn unwahre Angaben über den Eingang von Waren und falsche Eintragungen in die Listen gemacht werden, wenn die vorgeschriebenen Verkaufspreise eigenmächtig überschritten oder Ware auf eigene Rechnung verkauft wird."

Die Beklagte vertreibt in zahlreichen Verkaufsstellen hauptsächlich Süßwaren, Getränke und Tabakwaren. Die Klägerin war in der Verkaufsstelle H -Hauptbahnhof tätig, in der jeweils zwei Angestellte in zwei Schichten am Tag eingesetzt wurden. Sie wurde bei der Beklagten neben einer weiteren Angestellten als 1. Verkäuferin geführt.

In der Zeit von Oktober 1970 bis zum Oktober 1971 wurden bei der Verkaufsstelle H -Hauptbahnhof, in der täglich Waren im Werte von 2.000,-- bis 3.000,-- DM umgesetzt wurden, folgende Fehlbeträge festgestellt:

- 3 -



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



- 3 -

Inventur vom 24. Oktober 1970	581,28 DM,
Inventur vom 2. Februar 1971	1.165,92 DM,
Inventur vom 27. April 1971	4.095,23 DM,
Inventur vom 11. Oktober 1971	6.008,26 DM.

In H -Karlstor betrieb die Beklagte eine weitere kleine Verkaufsstelle, die von der Verkaufsstelle H - Hauptbahnhof mit Tabakwaren und ausnahmsweise auch mit Lebens- und Genußmitteln beliefert wurde. In dieser Verkaufsstelle war vom 28. April bis zum 15. August 1971 aushilfsweise der Sohn der Klägerin beschäftigt. Bis zum 30. Juli 1971 bezog der Sohn der Klägerin bei einem Lieferanten der Beklagten auf eigene Rechnung bei acht Einkäufen Waren im Gesamtwert von 3.695,94 DM. Er gab sich dabei als Vertreter der Beklagten aus. Die Verwendung dieser Waren ist zwischen den Parteien streitig.

Nachdem die Beklagte durch ein Schreiben ihres Lieferanten vom 15. Oktober 1971 von den Privateinkäufen des Sohnes der Klägerin erfahren hatte, verdächtigte sie die Klägerin, diese Waren im Zusammenwirken mit ihrem Sohn in einer ihrer Verkaufsstellen auf eigene Rechnung vertrieben zu haben. Aus diesem Grunde und wegen des bei der letzten Inventur festgestellten Fehlbetrages hat die Beklagte der Klägerin am 20. Oktober 1971 fristlos gekündigt.

Die Klägerin hat Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit dieser Kündigung und auf Zahlung des Unterschiedsbetrags zwischen dem Gehalt und dem von ihr bezogenen Arbeitslosengeld erhoben, und zwar zunächst für die Monate Oktober 1971 bis April 1972 in Höhe von 4.060,-- DM netto. Sie hat vorgetragen, weder die fristlose Kündigung noch eine darin enthaltene ordentliche Kündigung seien gerechtfertigt. Den festgestellten Fehlbetrag habe sie nicht zu vertreten, wie ihr die Beklagte selbst mehrfach versichert habe. Sie habe auch nicht davon gewußt, daß ihr Sohn bei einem Lieferanten der Beklagten privat Waren bezogen habe und habe an deren Absatz nicht mitgewirkt.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt und Widerklage auf Zahlung von 4.060,-- DM netto erhoben. Sie hat vorgebracht, die fristlose Kündigung sei schon nach den vertraglichen Vereinbarungen gerechtfertigt gewesen, weil Fehlbeträge festgestellt worden seien. Darüberhinaus bestehe der Verdacht, daß



- 4 -

die Klägerin verbotene Eigengeschäfte ihres Sohnes durch fingierte Lieferungen an die Verkaufsstelle H - Karlstor gedeckt habe. Die Widerklage sei nach § 3 des Arbeitsvertrages begründet, weil die Klägerin für die entstandenen Fehlmengen ohne Rücksicht auf ihr Verschulden hafte.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Dagegen hat die Beklagte Berufung eingelegt und im zweiten Rechtszuge ihre Widerklage auf 1.320,-- DM ermäßigt. Sie hat dazu vorgetragen, die Klägerin hafte in dieser Höhe jedenfalls anteilig für den entstandenen Fehlbetrag von rund 6.000,-- DM.

Die Klägerin hat sich der Berufung angeschlossen und die Zahlung weiterer 4.298,16 DM netto als Gehalt abzüglich des Arbeitslosengeldes für die Zeit von Mai bis August 1972 begehrt.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Beklagte auf die Anschlußberufung der Klägerin zur Zahlung weiterer 4.298,16 DM netto verurteilt.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage und ihre Widerklage in Höhe von 205,35 DM nebst Zinsen weiter.

Entscheidungsgründe:

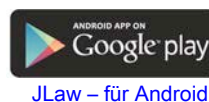
Die Revision ist in vollem Umfange unbegründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler ausgeführt, daß die Gründe, die die Beklagte zur Kündigung veranlaßt haben, nicht ausreichen, um eine fristlose Entlassung oder auch nur eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen.

1. Die fristlose Kündigung ist nicht schon deshalb gerechtfertigt, weil die Beklagte am 11. Oktober 1971 ein weiteres Anwachsen des Fehlbestandes in der Verkaufsstelle H -Hauptbahnhof festgestellt hat und die Parteien



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



diesen Umstand im Arbeitsvertrag als wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung bestimmt haben.

a) Es stand nicht im Belieben der Parteien, das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grunde im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB in Form der Normierung bestimmter Tatbestände über das gesetzliche Maß hinaus zu erweitern; damit würden die für die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses in § 622 Abs. 1 BGB zwingend festgelegten Mindestkündigungsfristen umgangen (vgl. BAG 2, 333 [341] = AP Nr. 8 zu § 626 BGB; AP Nr. 7 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung [zu I 3 der Gründe]; ferner Palandt-Putzo, BGB, 32. Aufl., § 626 Anm. 1 c; Staudinger-Nipperdey-Neumann, BGB, 11. Aufl., § 626 Anm. 58; Wenzel, MDR 1969, 968 [971]). Eine gewisse rechtliche Bedeutung haben Vereinbarungen über die Gründe zur außerordentlichen Kündigung vielmehr nur dann, wenn die Parteien solche Tatbestände, die ohnehin bei der gebotenen umfassenden Interessenabwägung als wichtige Gründe im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB anzuerkennen sind, näher bestimmen und damit deutlich machen, welche Umstände ihnen unter Berücksichtigung der Eigenart des jeweiligen Arbeitsverhältnisses als Gründe für die vorzeitige Beendigung besonders wichtig erscheinen.

b) Aus diesem Grundsatz, von dem nunmehr auch die Revision ausgeht, folgt aber entgegen der Auffassung der Beklagten, daß sie ihre fristlose Kündigung nicht auf die Vereinbarung stützen kann, sie solle neben dem gesetzlichen Gründen auch dann zur fristlosen Kündigung berechtigt sein, wenn Fehlbeträge in einer Verkaufsstelle festgestellt werden. Bei gesetzeskonformer Auslegung kann diese Vereinbarung allenfalls dann einen Anhaltspunkt für einen wichtigen Grund geben, wenn die Beklagte der Klägerin den begründeten Vorwurf machen könnte, die Fehlbeträge wenigstens mitverursacht zu haben. Von dieser Voraussetzung, die im Streitfall nicht erfüllt ist, geht auch die Entscheidung vom 17. April 1956 (BAG 2, 333 = AP Nr. 8 zu § 626 BGB) aus; danach ist nur der Nachweis eines Verschuldens unter Umständen dann entbehrlich, wenn der Arbeitnehmer für das von ihm übernommene Risiko einen vernünftigen wirtschaftlichen Ausgleich erhalten hat.



- 6 -

Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin ist der Beklagten jedoch nicht schon deshalb unzumutbar geworden, weil in der Verkaufsstelle H

-Hauptbahnhof, in der die Klägerin nicht allein, sondern neben drei bis vier anderen Verkäuferinnen in Wechselschichten tätig gewesen ist, ein unaufgeklärter Fehlbestand entstanden ist. Diese Tatsache könnte für sich allein betrachtet nur dann eine Entlassung rechtfertigen, wenn daraus zu schließen wäre, daß die Klägerin für ihre Tätigkeit völlig ungeeignet gewesen sei (vgl. BAG aaO). Eine solche Annahme ist schon deshalb nicht möglich, weil nicht feststeht, ob die Fehlbestände von der Klägerin oder von den anderen in der Verkaufsstelle beschäftigten Verkäuferinnen verursacht worden sind, die jeweils in einer Schicht nicht unter Aufsicht der Klägerin gearbeitet haben. Die Beklagte muß sich insoweit ihren eigenen Vortrag entgegenhalten lassen, wonach es für sie naheliegend gewesen sei, daß die Fehlbestände durch andere weniger erfahrene Mitarbeiterinnen verursacht worden seien.

Auch die von der Beklagten behaupteten Schwierigkeiten, eine wirksame Kontrolle der Verkaufsstellen durchzuführen, können es nicht rechtfertigen, im Streitfall an die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung geringere Anforderungen zu stellen, als nach § 626 Abs. 1 BGB erforderlich sind. Das besondere Betriebsrisiko der Beklagten darf nicht zu einer Verringerung des Kündigungsschutzes der bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer führen.

2. Einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung hat die Beklagte auch nicht deswegen gehabt, weil die Klägerin verdächtig sei, sich an dem Verkauf der von ihrem Sohn bezogenen Waren beteiligt und durch die Entnahme der Einnahmen aus verbotenen Eigengeschäften nicht nur einen Umsatzrückgang, sondern zugleich auch noch die Fehlbestände in der Verkaufsstelle H -Hauptbahnhof verursacht zu haben.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeits-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gerichts (vgl. vor allem BAG 16, 72 [82] = AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung mit weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Schrifttum) ist auch der dringende Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen Verfehlung als Grund für eine außerordentliche Kündigung anerkannt. Dazu ist jedoch - neben anderem - erforderlich, daß der Verdacht objektiv durch bestimmte Tatsachen begründet ist. Die bloß subjektive Besorgnis des Arbeitsgebers reicht nicht aus. Nach der zutreffenden Auffassung des Landesarbeitsgerichts sind diese an eine Verdachtskündigung zu stellenden strengen Anforderungen im Streitfall nicht gegeben.

Der Sohn der Klägerin hat sich zwar nicht an die vertragliche Vereinbarung gehalten, wonach Privateinkäufe bei Lieferanten der Beklagten nur mit deren Genehmigung gestattet sind. Das ist aber auch die einzige und nur dem Sohn der Klägerin vorzuwerfende Vertragsverletzung, die im Streitfall feststeht. Alle weiteren Folgerungen, die die Beklagte aus diesem Umstand zu Lasten der Klägerin und ihres Sohnes gezogen hat, sind bloße Vermutungen und theoretische Überlegungen, für die die Beklagte keine schlüssigen Beweisanzeichen angeführt hat. Das hat das Landesarbeitsgericht richtig gesehen und gewürdigt. Die dagegen erhobenen Rügen der Revision sind unbegründet. Im einzelnen gilt folgendes:

a) Das angefochtene Urteil hat keine Erfahrungsregel verletzt, wenn es angenommen hat, es sei durchaus möglich, daß der Sohn der Klägerin die von ihm privat eingekauften Waren nicht in einer Verkaufsstelle der Beklagten vertrieben habe, sondern sie für künftige Verkäufe auf Eishockeyplätzen oder für einen von ihm verheimlichten anderen Verwendungszweck angeschafft habe. Das gilt auch dann, wenn der Sohn der Klägerin überwiegend Waren gekauft haben sollte, die auch in den Verkaufsstellen der Beklagten geführt werden. Süß- und Tabakwaren wie alkoholische Getränke in kleineren Flaschen lassen sich nämlich ebenso gut an Besucher von Eishockeyplätzen oder anderswo absetzen. Auch wenn der Sohn der Klägerin die Waren zu diesem Zwecke bezogen haben sollte, wird sein Verhalten verständlich, weil es ihm den Vorteil gebracht hat, über einen Großhändler preisgünstig einkaufen



zu können.

b) Es kann dahingestellt bleiben, ob das Landesarbeitsgericht die Schilderung der Beklagten mißverstanden hat, wie nach ihrer Meinung der Verkauf der von dem Sohn der Klägerin privat bezogenen Waren über ihre Verkaufsstellen erfolgt sein soll. Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, die Beklagte habe vorgetragen, die Waren seien in der Verkaufsstelle H -Hauptbahnhof verkauft worden und zur Verdeckung dieser verbotenen Geschäfte seien fingierte Warenlieferungen von der Verkaufsstelle H -Hauptbahnhof an die Verkaufsstelle H -Karlstor verbucht worden.

Ein derartiges Zusammenwirken zwischen der Klägerin und ihrem Sohn wäre in der Tat unverständlich. Ein solches Verfahren wäre nämlich ungeeignet gewesen, Privatverkäufe in der Verkaufsstelle H -Hauptbahnhof zu verheimlichen, weil es zu rein buchmäßigen Fehlmengen in der Verkaufsstelle H -Karlstor geführt haben würde, die nicht verborgen bleiben konnten.

Eine Verschleierung verbotener Geschäfte wäre aussichtsreicher gewesen, wenn die Waren, die aus Privatkäufen des Sohnes der Klägerin stammten, von ihm in der Verkaufsstelle Karlstor verkauft worden wären und entsprechende fingierte Lieferungen durch die Verkaufsstelle Hauptbahnhof es der Klägerin hätten ermöglichen sollen, die dort in Wahrheit noch vorhandenen Waren auf eigene Rechnung zu verkaufen.

Diese Vermutung äußert die Beklagte zwar in der Revisionsbegründung und so will sie auch ihren bisherigen Vortrag in den Vorinstanzen verstanden wissen. Aber auch diese Darstellung enthält nicht mehr als eine rein theoretisch mögliche subjektive Wertung durch die Beklagte. Aus den von ihr vorgelegten Gutschriften über Warenlieferungen von der Verkaufsstelle H -Hauptbahnhof an die Verkaufsstelle Karlstor ergeben sich keine brauchbaren Anzeichen dafür, daß in der Zeit von Mai bis August 1971 überhaupt Lieferungen verbucht worden sind, die tat-



sächlich nicht erfolgt sind.

c) Wie das Landesarbeitsgericht im Ergebnis weiter zutreffend angenommen hat, wird der Verdacht der Beklagten auch nicht durch den von ihr behaupteten Umsatzrückgang während der fraglichen Zeit in der Filiale H -Hauptbahnhof bestätigt.

Die Beklagte hat ihren Vortrag allerdings - was das angefochtene Urteil übersehen hat - mit einer Aufstellung über die Umsatzzahlen in der Zeit von Januar 1966 bis Juni 1972 zu belegen versucht. Aber gerade die genaue Prüfung der Umsatzentwicklung, die die Revision vermißt, rechtfertigt die Begründung des Landesarbeitsgerichts, für einen Umsatzrückgang ab Mai 1971 ließen sich viele Gründe denken, die völlig unverfänglich seien

Wie sich aus der Aufstellung der Beklagten ergibt, ist der Umsatz in der Verkaufsstelle H -Hauptbahnhof in den einzelnen Monaten weder im Verhältnis zum Vormonat noch im Verhältnis zu dem entsprechenden Monat des Vorjahres ausnahmslos kontinuierlich gestiegen. Es sind vielmehr häufige und unregelmäßige Umsatzschwankungen zu verzeichnen. Verglichen mit Juni 1970 hat sich der Umsatz im übrigen auch im Juni 1971 um rund 3.000,- DM erhöht. Demgegenüber ist nach dem Ausscheiden der Klägerin (Oktober 1971) der Umsatz im Dezember 1971 hinter dem im Dezember 1970 zurückgeblieben. Besonders auffällig ist schließlich auch der Umsatzrückgang im Mai 1971, der im Vergleich zu Mai 1970 rund 10.000,- DM betragen hat. Das kann nicht mit unerlaubten Eigengeschäften erklärt werden. Die von dem Sohn der Klägerin bis Ende Juli 1971 privat gekauften Waren hatten nämlich nach dem Vortrag der Beklagten insgesamt nur einen Verkaufswert von 7.000,- bis 8.000,- DM und die Beklagte hat nicht dargelegt, daß bereits im Mai 1971 Privateinkäufe vorgekommen sind.

d) Da gegen die Klägerin kein objektiv begründeter Verdacht besteht, sich an "Schwarzgeschäften" ihres Sohnes beteiligt zu haben, wird damit auch die weitere Vermutung der Beklagten unhaltbar, die Klägerin könne durch zu hohe Entnahmen für derartige Geschäfte das Manko in der Verkaufsstelle H -Hauptbahnhof verursacht haben. Für diesen Verdacht gibt es auch deshalb keinerlei Anhaltspunkte, weil das Manko in dieser Verkaufsstelle in der Zeit vom 28. April bis zum 11. Oktober 1971



mit 1.913,03 DM geringer war als in dem vorangegangenen kürzeren Abrechnungszeitraum vom 2. Januar bis zum 27. April 1971, für den ein Manko in Höhe von 2.929,31 DM festgestellt wurde.

3. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist auch nicht durch eine ordentliche Kündigung der Beklagten beendet worden.

a) Nach § 6 des Anstellungsvertrages gilt zwar eine unwirksame fristlose Kündigung als fristgemäße Kündigung. Die danach in der fristlosen Kündigung vom 22. Oktober 1971 liegende ordentliche Kündigung ist aber deshalb unwirksam, weil sie im Sinne des § 1 KSchG sozialwidrig ist. Da sich auch die Beklagte zur Begründung der ordentlichen Kündigung auf diese Vorschrift berufen hat, ist davon auszugehen, daß die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes erfüllt sind; ersichtlich bilden nicht die einzelnen Verkaufsstellen der Beklagten, sondern die Gesamtheit aller Verkaufsstellen zusammen mit der zentralen Verwaltung in Stuttgart einen Betrieb im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 23 KSchG 1969).

b) Dem Landesarbeitsgericht ist darin zuzustimmen, daß die ordentliche Kündigung weder durch Gründe im Verhalten oder in der Person der Klägerin noch durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist.

Auf die (unwirksame) Vertragsklausel, wonach ein festgestellter Fehlbetrag einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung bilden soll, kann die Beklagte zur Begründung der ordentlichen Kündigung schon deshalb nicht zurückgreifen, weil hierin nicht zugleich die Vereinbarung eines Grundes zur fristgemäßen Kündigung enthalten ist (vgl. BAG AP Nr. 7 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung [zu I 3 der Gründe]).

Es kann dahingestellt bleiben, ob ein Verdacht, der nicht dringend genug ist, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen, jedenfalls dann als Grund für eine ordentliche Kündigung ausreicht, wenn gewisse objektive Verdachtsmomente nicht auszuräumen sind. Nach den Ausführungen zur außeror-



dentlichen Verdachtskündigung (oben zu I 2 dieser Entscheidungsgründe) bestehen für den Verdacht der Beklagten nämlich überhaupt keine objektiven Tatsachen.

II. Die Revision wendet sich weiter ohne Erfolg dagegen, daß das Landesarbeitsgericht der Klägerin den Anspruch auf Fortzahlung des Gehaltes in voller Höhe zuerkannt hat.

1. Für die Zeit vom 1. bis zum 20. Oktober 1971 steht der Klägerin gemäß § 611 BGB unstreitig noch eine anteilige Gehaltsforderung in Höhe von 1.114,65 DM zu. Die von der Beklagten in der Revisionsinstanz erklärte Aufrechnung gegen diesen Anspruch mit einer von der Klägerin bestrittenen Gegenforderung kann gemäß § 561 ZPO nicht mehr berücksichtigt werden, weil es sich insoweit - wie sich insbesondere aus § 529 Abs. 2 ZPO ergibt - um einen unzulässigen neuen Vortrag handelt (vgl. Wiczorek, ZPO § 561 Anm. B I b 2).

2. Das Gehalt (abzüglich Arbeitslosengeld) für die Zeit vom 21. Oktober 1971 bis zum 31. August 1972 kann die Klägerin nach § 615 BGB beanspruchen, weil das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten beendet worden ist und die Klägerin vergeblich ihre Dienste angeboten hat.

a) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht den Einwand der Beklagten aus § 615 Satz 2 BGB, die Klägerin habe es böswillig unterlassen, anderweitige Einkünfte zu erzielen, als zu unsubstantiiert zurückgewiesen. Es hat dazu ausgeführt, der Antrag der Beklagten, eine Auskunft des Arbeitsamtes über die Behauptung einzuholen, die Klägerin habe kurzfristig eine neue Stellung finden können, sei kein geeignetes Beweismittel, weil der Standpunkt des Arbeitsamtes dem Gericht bereits bekannt sei und weil dieser Beweis Antrag auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis hinauslaufe.

Zumindest gegenüber der zweiten Begründung greifen die Rügen der Revision nicht durch. Die Klägerin hat nämlich eingehend vorgetragen, sie habe sich sofort nach der fristlosen Kündigung beim Arbeitsamt gemeldet und bis zum 31. August 1972 Arbeitslosengeld bezogen. Sie habe wegen ihres Alters und deswegen, weil ihr die Beklagte kein Zeugnis erteilt habe, nicht sofort vermittelt werden können. Eine ihr angebotene Stelle



habe sie wegen einer schlechten Auskunft durch die Beklagte nicht antreten können und ein weiteres Angebot habe sie wegen einer Kreislauferkrankung ausschlagen müssen.

Gegenüber diesem substantiierten Vortrag der Klägerin durfte sich die Beklagte nicht auf den allgemeinen Hinweis beschränken, es widerspreche der Lebenserfahrung, daß ein Arbeitnehmer mehr als zehn Monate brauche, um eine neue Anstellung zu finden. Wie zudem die Begründung ihres Beweisantrages zeigt, der Klägerin, müßten mehrere Stellen angeboten worden sein, hat sich die Beklagte auf bloße Vermutungen gestützt und versucht, durch die von ihr beantragte Auskunft des Arbeitsamtes überhaupt erst Anhaltspunkte für den unsubstantiierten Vorwurf der Böswilligkeit der Klägerin zu erlangen.

III. Unbegründet ist die Revision schließlich auch, soweit die Beklagte mit der Widerklage den nunmehr auf 205,35 DM ermäßigten Zahlungsanspruch gegen die Klägerin weiter verfolgt.

1. Die Beklagte verlangt mit der Widerklage von der Klägerin insoweit eine anteilige Erstattung des bis zum 11. Oktober 1971 festgestellten Mankos in Höhe von 1.320,-- DM, von dem sie in der Revisionsinstanz die restliche Gehaltsforderung der Klägerin für die Zeit vom 1. bis 20. Oktober 1971 abgesetzt hat. Nach der Revisionsbegründung leitet die Beklagte eine Schadenersatzpflicht der Klägerin nicht mehr aus einer positiven Vertragsverletzung her, für die sie nach den nicht angegriffenen und damit für den Senat bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts keinen Beweis erbracht hat. Sie beruft sich vielmehr ausschließlich auf die vertragliche Regelung in § 3 des Arbeitsvertrages, wonach sich die Klägerin verpflichtet hat, anteilig für alle Fehlbeträge zu haften, solange der Schuldige nicht zweifelsfrei ermittelt ist.

2. Diese Mankovereinbarung hält das Landesarbeitsgericht jedoch mit Recht für unwirksam, weil sie die Klägerin verpflichten soll, schlechthin für alle Fehlbeträge anteilig einzustehen, unabhängig davon, ob die Fehlbeträge von ihr



verursacht und verschuldet worden sind oder nicht. Durch diese vorgesehene reine Gefährdungshaftung der Klägerin und der übrigen Angestellten der Verkaufsstelle hat die Beklagte ihr Betriebsrisiko in einem zu weitgehenden Umfang auf die Arbeitnehmer abzuwälzen versucht. Darin liegt nicht nur - wie das angefochtene Urteil angenommen hat - ein im Rahmen der richterlichen Billigkeitskontrolle (vgl. hierzu BAG AP Nr. 1 und 2 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle) zu berücksichtigender Verstoß gegen Treu und Glauben, sondern darüberhinaus auch ein Mißbrauch der Machtstellung des Arbeitgebers und damit ein Verstoß gegen die guten Sitten gemäß § 138 BGB.

a) Es geht im Streitfall nicht um eine Mankoregelung, die eine sinnvolle, den Eigenarten des Betriebes und der Beschäftigung angepaßte Beweislastverteilung zu Ungunsten der Arbeitnehmer enthält (vgl. für einen solchen Fall BAG 8, 91 = AP Nr. zu § 305 BGB) oder um eine vom Verschulden des Arbeitnehmers unabhängige Haftung für Fehlbeträge, die ausschließlich in seinem Arbeits- und Kontrollbereich entstanden sind (vgl. hierzu BAG 2, 333 = AP Nr. 8 zu § 626 BGB und AP Nr. 4 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers). Solche typischen Mankoabreden sind grundsätzlich zulässig und nur dann unwirksam, wenn dem vom Arbeitnehmer übernommenen erhöhten Risiko kein angemessener wirtschaftlicher Ausgleich gegenübersteht (vgl. BAG, aaO, sowie ferner BAG AP Nr. 54 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; ferner Barton, Die Mankohaftung von Filialleitern, 1961, S. 112 ff.; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Band I S. 196 Fußn. 53; Moser, BB 1966, 372 ff. [375]; Nikisch, Arbeitsrecht, Band I, 3. Aufl., S. 191; Schlegelberger-Schröder, HGB, 5. Aufl., § 59 Anm. 45; Woltereck, Mankohaftung im Arbeitsverhältnis, 1966, S. 64 ff. und S. 73; derselbe in DB 1964, Beilage Nr. 2 S. 2 bis 3; derselbe, AR-Blattei "Haftung des Arbeitnehmers II" Abschn. C I 1 a).

b) Die Mankoregelung, die die Beklagte beim Abschluß des Arbeitsvertrages gegenüber der Klägerin durchgesetzt hat, ist demgegenüber durch folgende Besonderheiten gekennzeichnet, die bei Berücksichtigung aller Umstände den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründen:



Die Klägerin könnte eine Haftung nicht schon dann abwenden, wenn sie nachweist, daß die Fehlbestände von ihr weder verursacht noch verschuldet worden sind. Sie müßte dazu vielmehr noch zusätzlich den schuldigen Arbeitnehmer zweifelsfrei ermitteln. Darüberhinaus soll die Klägerin auch für Handlungen anderer Verkäuferinnen, die in ihrer Verkaufsstelle beschäftigt waren, eintreten. Diese Haftung hat die Beklagte nicht auf die Arbeitnehmerinnen beschränkt, die jeweils zusammen mit der Klägerin in einer Schicht eingesetzt waren, sondern auch auf die Verkäuferinnen erstreckt, die zu anderen Verkaufszeiten tätig waren. Von der anteiligen Haftung ist die Klägerin nach der getroffenen Vereinbarung nicht einmal für solche Fehlbeträge befreit, die während einer Zeit entstanden sind, in denen die Klägerin wegen Urlaubs oder Krankheit überhaupt nicht in der Verkaufsstelle beschäftigt war. Die Beklagte will die anteilige Haftung aller Mitarbeiter einer Verkaufsstelle nämlich nicht nach deren Beschäftigungszeiten, sondern nur nach dem Verhältnis des von ihnen erzielten Lohnes staffeln. Die Klägerin konnte zudem auf die Einstellung und die Auswahl der Verkäuferinnen keinen Einfluß nehmen, was eine weitere Erhöhung des ihr angelasteten Risikos bedeutet (vgl. Wolterreck, Mankohaftung im Arbeitsverhältnis, S. 77).

c) Eine so ungewöhnliche Verlagerung des Unternehmerrisikos auf den Arbeitnehmer wird nicht allein dadurch zulässig, daß der Arbeitnehmer in irgendeinem Umfang einen wirtschaftlichen Ausgleich erhält. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob das der Klägerin gewährte Mankogeld angemessen gewesen ist. Bei untypischen Mankoregelungen der vorliegenden Art muß nämlich weiter sichergestellt sein, daß der Arbeitnehmer zumutbare Kontrollbefugnisse hat, die er auch tatsächlich ausüben kann. Es muß ihm im Rahmen der Erfüllung seiner Arbeitspflicht möglich sein, die Arbeitskollegen, für die er haften soll, wirksam zu überwachen und dazu anzuhalten, die erforderliche Sorgfalt walten zu lassen (vgl. Wolterreck, Mankohaftung im Arbeitsverhältnis, S. 66 und 74 und RAG in ARS 10, 156 [159]).



Diese Voraussetzungen waren bei der Beschäftigung der Klägerin nicht erfüllt. Sie war in der Verkaufsstelle H Hauptbahnhof nicht als alleinige verantwortliche Leiterin, sondern nur in Wechselschicht neben einer anderen Angestellten als "Erste Verkäuferin" tätig. Die Klägerin konnte demgemäß nur den Geschäftsablauf in der jeweils von ihr geleiteten Schicht, nicht aber außerhalb ihrer Arbeitszeit, kontrollieren. Letzteres wäre für die Klägerin im übrigen auch - insbesondere während Urlaubs- und Krankheitszeiten - unzumutbar gewesen. Die von der Beklagten erteilte Anordnung, bei Schichtwechsel den Kassenbestand gezählt zu übergeben, ermöglichte der Klägerin keine wirksame Kontrolle. Allein durch eine Prüfung des Kassenbestandes konnte die Klägerin nicht feststellen, ob Unregelmäßigkeiten in der vorangegangenen Schicht vorgekommen waren. Das scheiterte schon allein daran, daß eine Registrierkasse fehlte.

d) Unter diesen Umständen ist die Mankovereinbarung nicht nur objektiv sittenwidrig, sondern der Beklagten ist auch der subjektive Vorwurf eines Verstoßes gegen das allgemeine Anstandsgefühl nicht zu ersparen, weil sie die Tatsachen, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt, insbesondere die fehlende Möglichkeit einer ausreichenden Kontrolle, gekannt hat (vgl. RGZ 161, 229 [233]; BGHZ 10, 228 [232]; RGRK zum BGB, 11. Aufl., § 138 Anm. 6).

Die Beklagte kann ihr Verhalten, nämlich die von ihr stammende Mankoabrede, auch nicht mit dem Hinweis rechtfertigen, die Struktur ihres Geschäftsbetriebes mit zahlreichen von dem Sitz der Zentralverwaltung teilweise weit entfernten Verkaufsstellen sowie die Vielzahl der in den Verkaufsstellen vertriebenen Waren mache ihr - anders als bei sonstigen Einzelhandelsgeschäften oder Kaufhäusern - eine ständige Aufsicht und Kontrolle unmöglich und deshalb könne ein unerträgliches Anwachsen der Fehlbestände nur durch eine strenge Mankoregelung verhindert werden. Es kann der Beklagten nicht gestattet werden, das von ihr zu tragende besondere Betriebsrisiko dadurch auf die Arbeitnehmer zu verlagern, daß sie die bei ihr beschäftigten Verkäuferinnen allein den Verlust tragen läßt, ohne sie zugleich auch durch



Tantiemen oder Prämien am Gewinn zu beteiligen. Das gilt umsomehr, als die Beklagte ihre Kontrollmöglichkeiten nicht durch Inventuren in kürzeren Abständen oder die Einführung von Registrierkassen ausgeschöpft hat. Zudem belastet sie das nach ihrer Darstellung ungewöhnlich hohe Manko - in der Zeit vom 24. Oktober 1970 bis zum 11. Oktober 1971: 5.426,98 DM - offenbar nicht stärker als andere Einzelhandelsunternehmen; da in der Filiale H -Hauptbahnhof in diesem Zeitraum Waren im Verkaufswert von rund 900.000,-- DM abgesetzt worden sind, hat der Schwund nur etwa 0,6 % des Umsatzes betragen.

c) Es ist im Streitfall unerheblich, ob eine angemessene Risikoverteilung dann anzuerkennen wäre, wenn die Beklagte die Mankohaftung der Klägerin auf die Höhe des Mankogeldes beschränkt hätte, das die Klägerin während der Zeit erhalten hat, in der Fehlbeträge festgestellt worden sind. Die nichtige Mankoklausel enthält nicht zugleich die wirksame Vereinbarung einer derartigen beschränkten Haftung, so daß sie nicht nur teilweise nichtig ist und im übrigen § 139 BGB anzuwenden wäre.

Auch eine Umdeutung nach § 140 BGB, dessen Anwendung bei Fällen der vorliegenden Art grundsätzlich zweifelhaft ist (vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Aufl., S. 1178-1179 und RGZ 161, 52 ff. [55]), kommt jedenfalls im Streitfall nicht in Betracht. Es sind nämlich keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit der Mankovereinbarung eine beschränktere Haftung der Klägerin vereinbart haben würden. Auch nachdem diese Klausel bereits vom Arbeitsgericht für nichtig erklärt worden war, hat die Beklagte nicht (wenigstens hilfsweise) geltend gemacht, die Klägerin hafte jedenfalls in Höhe der seit Oktober 1970 bezogenen Mankogelder. Sie hat nur darauf verwiesen, das Mankogeld, das die Klägerin insgesamt während ihrer Beschäftigung erhalten habe, übersteige weit den jetzt auf sie entfallenden Anteil an dem Fehlbestand. Das ist jedoch für die Wirksamkeit der Mankovereinbarung un-



- 17 -

beachtlich, weil die Klägerin nicht gehalten war, die Mankogelder dauernd zur Schaffung von Rücklagen für eine etwaige spätere Haftung zu verwenden.

gez. Dr. Gröninger

Dr. Rengier

Hillebrecht

Wirtz

Fink

