

Für das Nachschlagewerk!	Nein
Für die Fachpresse!	Nein
Für die Amtliche Sammlung!	Nein

Gesetz: BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers, §§ 276, 823, 830; ZPO §§ 139, 286, 415

Leitsätze:

K e i n e

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

Aktenzeichen: 3 AZR 229/76
Urteil des BAG vom 23. Juni 1977

LAG Hamm



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Verkündet am
23. Juni 1977

gez. Sürig,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Juni 1977 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Stumpf, die Richter Dr. Dieterich und Dr. Gehring sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Paetsch und Matthiessen für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 18. November 1975 - 6 Sa 260/74 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger betreibt in D (Niedersachsen) eine Großschlächtereier, in der er sieben Gesellen und zwei bis vier Aushilfskräfte beschäftigt. Daneben unterhält er Fleischerei-Verkaufsstellen in D und E (Nordrhein-Westfalen), die er aus seiner Großschlächtereier mit Fleisch- und Wurstwaren beliefert. In der Filiale E werden außer Fleisch- und Wurstwaren auch sonstige Lebensmittel geführt.

Die beklagten Eheleute waren beim Kläger in der Zeit vom 10. Januar 1970 bis zum 15. April 1972 in der Filiale E - als Arbeitnehmer beschäftigt, der beklagte Ehemann als Leiter, die beklagte Ehefrau als Verkäuferin. Außer ihnen waren dort noch eine ständige Verkaufskraft und zwei Aushilfskräfte tätig. Einen schriftlichen Arbeitsvertrag haben die Parteien nicht abgeschlossen. Die Beklagten erhielten zuletzt ein monatliches Nettogehalt von zusammen 1.600,-- DM. Daneben stellte der Kläger ihnen eine 2 1/2-Zimmer-Wohnung mit Küche zur Verfügung.

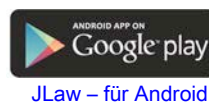
Über jede Lieferung von Fleisch- und Wurstwaren aus der Großschlächtereier des Klägers erhielten die Beklagten einen Lieferschein mit Gewichtsangaben. Die Lieferscheine wurden den Beklagten teils bei der Anlieferung der Ware, teils aber auch erst später übergeben. Quittungen über den Empfang der Fleisch- und Wurstwaren haben die Beklagten nicht ausgestellt. Die Tageseinnahmen der Filiale wurden dem Kläger zusammen mit dem Kassensummenenddruck jeweils am folgenden Tage in einer verschlossenen Papierhülle überbracht.

Mit Schreiben vom 15. April 1972 kündigte der Kläger den Beklagten fristlos mit der Begründung, sie hätten sich Unkorrektheiten in der Geschäfts- und Kassensführung zuschulden kommen lassen und im Jahre 1971 einen Fehlbetrag von 21.709,63 DM sowie in der Zeit vom 1. Januar bis zum 12. April 1972 einen solchen von 2.449,30 DM verursacht. Gleichzeitig forderte der Kläger die Beklagten auf, diese fehlenden Geldbeträge bis zum 18. April 1972 an ihn zurückzuzahlen.

- 3 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 3 -

Die von den Beklagten erhobene Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit ihrer fristlosen Entlassung hat das Arbeitsgericht Minden nach Beweisaufnahme durch rechtskräftig gewordenes Urteil vom 29. August 1972 - Ca 183/72 - mit der Begründung abgewiesen, die Beklagten hätten ihre Verpflichtung zu korrekter und ordentlicher Geschäfts- und Kassenführung nicht mit hinreichender Sorgfalt erfüllt und dem Kläger dadurch ihre Weiterbeschäftigung unzumutbar gemacht.

Mit seiner Klage nimmt der Kläger die Beklagten auf Schadenersatz in Anspruch. Er hat vorgetragen, bereits am Ende des ersten Beschäftigungsjahres der Beklagten habe die Abrechnung über die Warenlieferungen an die Filiale E und die Verkaufserlöse aus dieser Filiale eine Differenz von mehr als 2.000,-- DM ergeben, die er damals hingenommen habe, weil die Inventur per 1. Januar 1970 noch ohne die Beklagten vorgenommen worden sei. Die Inventuren zum 31. Dezember 1970 und zum 31. Dezember 1971 hätten die Beklagten dagegen selbst in eigener Verantwortung durchgeführt. Eine Kontrollrechnung auf der Grundlage der Inventuren, Lieferscheine, Rechnungen und Retourbelege einerseits sowie der Geldablieferungen und Außenstände andererseits ergebe einen Fehlbetrag von insgesamt 28.438,97 DM. Diesen Betrag müßten die Beklagten ihm ersetzen. Sie hätten in der Filiale die Kasse unter Verschuß und den Warenbestand fest in der Hand gehabt. Gewicht und Qualität der von ihm gelieferten Fleisch- und Wurstwaren hätten sie niemals beanstandet. Die Waren seien auch jeweils in seiner Großschlächtereierei genau abgewogen und die Gewichte korrekt auf den Lieferscheinen vermerkt worden. Wenn daher Geld oder Waren verschwunden seien, so könne dies nur darauf beruhen, daß die Beklagten eingenommenes Geld veruntreut oder zugelieferte Waren für sich behalten oder ohne Beleg an Dritte veräußert hätten.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner 28.438,97 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 15. April 1972 an ihn zu zahlen. Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. Sie haben geltend gemacht, sie könnten das

- 4 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

vom Kläger zugrundegelegte Zahlenwerk nicht anerkennen. Sie hätten keine Möglichkeit gehabt, die Gewichte aller angelieferten Waren zu kontrollieren, weil es hierzu an geeigneten Waagen gefehlt habe. In der Filiale seien nämlich nur Waagen für Gewichte bis zu 10 kg vorhanden gewesen. Außerdem hätten sie Qualität und Gewicht der angelieferten Waren immer wieder beanstandet. Die Bestandsaufnahme anlässlich der Inventuren hätten sie nicht allein durchgeführt, dabei seien vielmehr immer vier bis sieben Personen tätig gewesen. Schließlich habe der Kläger unberücksichtigt gelassen, daß bei Fleisch- und Wurstwaren ein Hau- und Schwundverlust eintrete, der normalerweise 4 v.H. des Umsatzes ausmache. Bei den Fleisch- und Wurstwaren des Klägers sei sogar ein besonders großer Schwund zu verzeichnen gewesen, weil sie häufig von minderer Qualität gewesen seien.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter, während die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

1. Anspruchsgrundlage für die Klageforderung sind - mangels besonderer vertraglicher Vereinbarung der Parteien - die rechtlichen Gesichtspunkte der positiven Vertragsverletzung und der unerlaubten Handlung (§ 823 BGB). Der Kläger hat behauptet, in der Zeit von Anfang 1971 bis zum 15. April 1972 Lieferungen im Gesamtwert von 503.758,35 DM an die Filiale E vorgenommen zu haben. Da die Beklagten den Empfang der zugeführten Waren nicht quittiert haben und die in den einzelnen Lieferscheinen enthaltenen Mengenangaben bestreiten, muß der Kläger die von ihm behaupteten Leistungen beweisen. Er hat sich zum Beweise für die Richtigkeit der in den Lieferscheinen aufgeführten Gewichte auf die Vernehmung mehrerer Zeugen, darunter

- 5 -



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



- 5 -

auch des Schlachters H Q berufen. Dazu hat er vorgetragen, er habe in der streitbefangenen Zeit jeweils mit einem der von ihm benannten Zeugen die für die Filiale E -

bestimmten Waren abgewogen, so daß die Zeugen die Richtigkeit der Gewichtsangaben bestätigen könnten. Das Landesarbeitsgericht hat daraufhin am 2. Juli 1974 die Vernehmung der Zeugen beschlossen; als im Termin vom 4. November 1975 der Schlachter Q nicht erschien, hat das Landesarbeitsgericht die übrigen Zeugen nicht gehört; zur Begründung hat es ausgeführt, der Zeuge Q sei nach Mitteilung des Klägers an Leukämie erkrankt und befinde sich seit etwa vier Monaten in Krankenhausbehandlung; es sei ungewiß, ob und gegebenenfalls wann dieser Zeuge überhaupt wieder vernehmungsfähig sein werde. Der Vernehmung des Zeugen stehe daher nach dem eigenen Vorbringen des Klägers ein Hindernis entgegen, von dem nicht abzusehen sei, ob es überhaupt jemals behoben werden könne. Der Zeuge Q sei daher kein geeignetes Beweismittel. Ohne diesen Zeugen könne aber ein lückenloser Beweis für die Richtigkeit der in den Liefererscheinungen enthaltenen Angaben über Art, Menge und Gewicht der an die Filiale E gelieferten Fleisch- und Wurstwaren nicht geführt werden. Lasse sich aber der Verkaufswert der Warenlieferungen nicht eindeutig ermitteln, dann fehle damit zugleich die Grundlage für die Feststellung eines Fehlbetrages und mithin eines Schadens des Klägers.

2. Dieses Verfahren wird von der Revision zu Recht beanstandet.

Grundsätzlich sind die von einer Partei für ihre rechtserheblichen Behauptungen angetretenen zulässigen Beweise zu erheben. Ein Beweisantrag darf - abgesehen von Fällen, die im vorliegenden Zusammenhang keine Bedeutung haben - nur abgelehnt werden, wenn das Beweismittel unerreichbar oder völlig ungeeignet für den Beweis der behaupteten Tatsache ist (BGH, DRiZ 1974, 27; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 35. Aufl., § 286 Anm. 3) A. d)). Das Landesarbeitsgericht hat von der zunächst angeordneten Beweisaufnahme insgesamt Abstand genommen, weil einer

- 6 -



- 6 -

von mehreren Zeugen schwer erkrankt und nicht abzusehen war, ob er überhaupt noch einmal vernehmungsfähig sein werde. Wenn es jedoch der Ansicht war, daß der Kläger ohne den genannten Zeugen den ihm obliegenden Beweis nicht lückenlos führen könne, mußte es ihm, bevor es von der Vernehmung der erschienenen übrigen Zeugen absah und statt dessen durch Endurteil entschied, Gelegenheit geben, ein anderes Beweismittel zu benennen. Dazu lag im vorliegenden Fall deshalb besondere Veranlassung vor, weil der Zeuge Q bereits in dem vorhergegangenen Kündigungsstreit der Parteien als Zeuge vernommen war und dabei auch über die Vorgänge bei der Gewichtsermittlung der an die Filiale E zu liefernden Waren ausgesagt hatte (Arbeitsgericht Minden - Ca 183/72 - Bl. 66), so daß seine damaligen Bekundungen im Wege des Urkundenbeweises nach § 415 ZPO hätten verwertet werden können. Dem Landesarbeitsgericht war das bekannt, denn es hatte die Akten des Kündigungsschutzprozesses beigezogen und am 2. Juli 1974 vor Anordnung der später unterlassenen Beweisaufnahme zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht, wie das Sitzungsprotokoll ausdrücklich vermerkt (Bl. 110 VA) und auch das angefochtene Urteil selbst angibt.

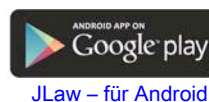
Unter diesen Umständen stellt das völlige Absehen von der zunächst beschlossenen Zeugenvernehmung eine unzulässige Beweisantizipation und einen Verstoß gegen die Bestimmung des § 139 ZPO dar. Das Landesarbeitsgericht muß daher die Beweisaufnahme - soweit dies noch möglich ist - nachholen und dem Kläger Gelegenheit geben, anstelle des inzwischen verstorbenen Zeugen Q ein anderes Beweismittel zu benennen.

3. Soweit das Landesarbeitsgericht zur Begründung seiner Entscheidung des weiteren auf Hilferwägungen abgestellt hat, ist nicht auszuschließen, daß diese nach einer durchgeführten Beweisaufnahme - wenigstens teilweise - zu einer anderen rechtlichen Beurteilung führen. Dabei könnte insbesondere die Überlegung eine Rolle spielen, daß für die Haftung des beklagten Ehemannes in seiner Eigenschaft als Filialleiter andere Maß-

- 7 -



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



- 7 -

stäbe gelten als für die Haftung der beklagten Ehefrau, die lediglich als Verkäuferin tätig war und der daher keine Aufsichts- und Kontrollpflichten über andere Mitarbeiter oblagen.

gez.: Dr. Stumpf

Richter Dr. Dieterich
ist wegen Urlaubs an
der Unterschrift ver-
hindert

Dr. Gehring

Dr. Stumpf

Dr. Paetsch

Matthiessen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)