

Für das Nachschlagewerk! ja
Für die Fachpresse! ja
Für die amtliche Sammlung! nein

Gesetz: BGB §§ 138, 817, 812 Abs. 1 Satz 2, §§ 393, 366, 530, 781; ZPO §§ 448, 445, 447, 288, 290, 307, 331; ArbGG § 54

Leitsätze:

1. Ein Arbeitgeber, der seinem Buchhalter gestattet hat, als Schweigegeld bestimmte Beträge der Kasse zu entnehmen, handelt rechtsmißbräuchlich, wenn er unter Berufung auf die Sittenwidrigkeit des Vertrages im Wege der Schadenersatzklage Rückzahlung des Schweigegeldes verlangt.
2. In der Güteverhandlung vor dem Arbeitsgericht formlos – und nicht zu Protokoll – abgegebene Erklärungen einer Partei sind nicht "bei einer mündlichen Verhandlung" abgegeben und deshalb kein Geständnis im Sinne von § 288 ZPO.
3. Ist noch nichts für die Wahrscheinlichkeit einer zu beweisenden Tatsache erbracht, steht vielmehr eine Behauptung gegen die andere, so darf das Gericht nicht von Amts wegen nach § 448 ZPO die beweisbelastete Partei vernehmen.

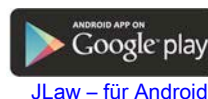
Aktenzeichen: 3 AZR 385/66

ers. Urteil des BAG vom 20. Oktober 1967

LAG Frankfurt/Main



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Im Namen des Volkes!

erklärt
20. Oktober 1967

z. Groll,

Verwaltungshauptsekretär Versäumnis-
s Urkundsbeamter
r Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 20. Oktober 1967 durch die Bundesrichterin Professorin Dr. Hilger, die Bundesrichter Dr. Gröninger und Wendel sowie die Bundesarbeitsrichter Harries und Handrack für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 12. Juli 1966 - 5 Sa 565/64 - wird zurückgewiesen, soweit die Klägerin Erstattung der zur Lebensversicherung des Beklagten geleisteten Prämien nebst Zinsen und Rückzahlung eines Restdarlehens nebst Zinsen verlangt hat.

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Im übrigen wird das Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an die Kammer 1 des Landesarbeitsgerichts zurückverwiesen.

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

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt eine Fabrik für Verpackungsmaterial. Sie beschäftigt 50 Arbeitnehmer. Geschäftsführer der Klägerin ist C G . Der Beklagte trat im Jahre 1947 als Hilfsarbeiter bei der Klägerin ein. Später wurde er Buchhalter; 1956 erhielt er Prokura. Sein letztes Monatsgehalt betrug 1.390,-- DM brutto.

Der Beklagte hat seit Jahren aus dem Betrieb der Klägerin Gelder entnommen. Er ließ sich monatlich Beträge in unregelmäßiger Höhe auszahlen, die er in einer von ihm geführten Gehaltsliste G als Zweitgehälter auswies. Weiter ließ er sich zusätzlich Gratifikationen auszahlen. Der Geschäftsführer der Klägerin stellte am Jahresende die an die Arbeitnehmer der Klägerin auszuzahlenden Weihnachtsgratifikationen in einer Liste zusammen. Der Beklagte fertigte eine zweite Liste an, erhöhte die ausgeworfenen Gratifikationen und behielt den Mehrbetrag. Er überwies ferner Teile der für den Geschäftsführer der Klägerin bestimmten Gehälter nicht auf dessen Konto, sondern ließ sie sich in bar auszahlen. Schließlich behielt er vier Monate lang die Gehälter des in den Ruhestand getretenen Druckmeisters S für sich. Insgesamt hat der Beklagte auf diese Weise 69.197,70DM entnommen.

Am 10. Oktober 1963 erlitt der Beklagte einen Herzinfarkt. Einige Tage später erklärte die Klägerin die außerordentliche Kündigung zum 31. Oktober 1963. Am 2. November



1963 bewilligten der Beklagte und seine Ehefrau zugunsten der Klägerin eine Grundschuld in Höhe von 52.000,-- DM. Nach Erhebung der Klage, im Dezember 1963, bewilligten sie eine weitere Grundschuld von 35.000,-- DM. Beide Grundschulden hat der Beklagte im September 1964 unter Vorbehalt abgelöst. Er hat also insgesamt 87.000,-- DM bezahlt.

Der Beklagte wurde durch Urteil der Großen Strafkammer des Landgerichts Darmstadt wegen fortgesetzter Untreue zu einem Jahr Gefängnis und zu einer Geldstrafe von 500,-- DM verurteilt. Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision wurde als unbegründet verworfen.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Erstattung der entnommenen Beträge sowie dafür angeblich aufgewendeter Kreditzinsen. Außerdem begehrt sie Rückzahlung der von ihr geleisteten Prämien für eine zugunsten des Beklagten abgeschlossene Lebensversicherung einschließlich Zinsen. Endlich fordert sie Erstattung des Restbetrages eines dem Beklagten gewährten 7c-Darlehens, den sie ihm früher erlassen hatte, einschließlich einer Zinsvergütung. Dies sind folgende Posten:

Entnommene Gelder	69.197,70 DM
Zinsaufwendungen	30.571,09 DM
Prämienerstattung einschließlich Zinsen	12.579,50 DM
Erstattung des Restbetrages eines 7c-Darlehens einschließlich Zinsen	<u>3.262,63 DM</u>
	115.610,92 DM
abzüglich des Oktobergehalts des Beklagten	<u>1.197,25 DM</u>
insgesamt	<u>114.413,67 DM</u> =====

Von dieser Summe hat die Klägerin den Betrag der ersten Grundschuld in Höhe von 52.000,-- DM abgezogen, so daß sich die Klageforderung von 62.413,67 DM ergibt.



Sie hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an sie
62.413,67 DM abzüglich am 24. September 1964
gezahlter 35.000,-- DM nebst 9 % Zinsen aus
62.413,67 DM vom 1. November 1963 bis zum
24. September 1964 und aus 27.413,67 DM ab
25. September 1964 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Er hat durch seinen ersten Prozeßbevollmächtigten, Rechts-
anwalt Dr. N , in mehreren Schriftsätzen (Bl. 11,
20, 32, 56 VA) erklären lassen, daß er die Klageforderung
hinsichtlich der entnommen Gelder in Höhe von 69.197,70 DM
anerkenne. Später hat er behauptet, der Geschäftsführer der
Klägerin habe ihm erlaubt, sich unter irgendwelchen Vorwänden
monatlich 300,-- DM bis 400,-- DM zu entnehmen. Dieser habe
damit sein Stillschweigen über eigene steuerliche Verfehlungen
und unredliche Machenschaften gegenüber Vertretern erkaufen
wollen. Die anderen Klageforderungen hat der Beklagte von An-
fang an bestritten. Er hat außerdem Gegenansprüche geltend ge-
macht. Für seit 1948 nicht voll erhaltenen Urlaub fordert er
eine Abgeltung von 11.640,-- DM, für in den letzten zehn Jahren
angeblich geleistete Mehrarbeitsstunden einen Betrag von
9.994,-- DM. Er macht weiter geltend, in Anbetracht seiner
leitenden Stellung bei der Klägerin sei er unterbezahlt worden;
dadurch sei ihm ein Verlust von 15.000,-- DM entstanden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben.
Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt.

Das Landesarbeitsgericht hat nach Vernehmung der
Parteien und einer daran anschließenden Beweisaufnahme
auf die Berufung des Beklagten die Klage abgewiesen und die
Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision
verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Der ordnungsmäßig geladene Beklagte und Revisionsbeklagte war in der Verhandlung vor dem Senat nicht vertreten, Infolgedessen mußte, soweit die Entscheidung gegen den säumigen Revisionsbeklagten ergangen ist, Versäumnisurteil, im übrigen ein normales Endurteil, sog. "unechtes Versäumnisurteil" ergehen (§ 72 Abs. 3 ArbGG, §§ 557, 331 Abs. 1 ZPO; vgl. BGHZ 37, 79 81 bis 83 und BGH DB 1967, 1808).

II. Die vom Beklagten gezahlten 87.000,-- DM sind auf die ersten beiden Klageposten, entnommene Gelder und entgangene Zinsen, zu verrechnen und nicht, wie die Revision meint, anteilig auf alle vier Klageforderungen. Nach § 366 Abs. 1 BGB wird durch eine Leistung des Schuldners diejenige Schuld getilgt, die der Schuldner bei der Leistung bestimmt, wenn dieser dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet ist und seine Leistung nicht ausreicht, um sämtliche Schulden zu tilgen. Der Schuldner braucht die Bestimmung nicht ausdrücklich zu treffen; sie kann sich auch aus den Umständen ergeben.

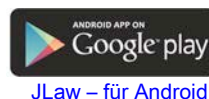
Der Beklagte hat erst verhältnismäßig spät die Behauptung aufgestellt, er habe die Gelder - wenigstens teilweise - mit Wissen und Willen des Geschäftsführers der Klägerin entnommen, nämlich erstmalig durch einen von ihm persönlich mit Datum vom 5. September 1964 angefertigten Schriftsatz, der am 14. Oktober 1964 beim Arbeitsgericht eingegangen ist (vgl. Bl. 58 und 163 VA). Zuvor hatte er durch die Schriftsätze seines damaligen Prozeßbevollmächtigten (vom 7. Januar 1964, Bl. 11, vom 14. April 1964, Bl. 20, und vom 15. Juli 1964, Bl. 32 VA) erklären lassen, er erkenne seine Verpflichtung an, die entnommenen Gelder in Höhe von 69.197,70 DM zurückzuzahlen. Als der Beklagte



und seine Ehefrau im November und Dezember 1963 die Grundschulden bestellten, hatte der Beklagte sich also gegen seine Verpflichtung, den entwendeten Betrag zu erstatten, nicht gewehrt. Die Anerkennung hat der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten noch in seinem Schriftsatz vom 9. Oktober 1964 (Bl. 56 VA) bestätigt, nachdem der Beklagte am 24. September 1964 die Grundschulden abgelöst hatte. Der persönliche Schriftsatz des Beklagten trägt zwar ein früheres Datum; er ist jedoch ebenfalls erst nach der Zahlung bei Gericht eingegangen. Durch diesen Schriftsatz erklärt sich, daß der Beklagte nur unter Vorbehalt gezahlt hat. Zum Posten Zinsen hatte der Beklagte lediglich angezweifelt, daß die Klägerin Zinsen in dieser Höhe aufwenden mußte. Hingegen hatte der Beklagte von Anfang an die Ansprüche der Klägerin auf Erstattung der Lebensversicherungsprämien und auf Rückzahlung des Restdarlehens bestritten. Unter diesen Umständen ist anzunehmen, daß der Beklagte durch seine Leistungen in erster Linie den Posten "Rückzahlung entnommener Gelder" einschließlich hierfür verlangter Verzugs- und Prozeßzinsen (§§ 288, 291 BGB) und in zweiter Linie den Posten Schadenersatz für "aufgewendete Zinsen", ebenfalls einschließlich Verzugs- und Prozeßzinsen, begleichen wollte.

Die gezahlte Summe reicht aus, um den Posten "entnommene Gelder" einschließlich Verzugs- und Prozeßzinsen zu decken. Da der bei der Ablösung der Grundschuld erklärte Vorbehalt für diesen Rechtsstreit keine Rolle spielt, - weder verlangt der Beklagte Rückzahlung der geleisteten 87,000,-- DM, noch wendet sich die Klägerin gegen den Vorbehalt -, sind also noch im Streit: der durch die Zahlung nicht gedeckte Teil der als Schadenersatz geltend gemachten Zinsforderung, die Forderung auf Erstattung der Lebensversicherungsprämien und die Forderung auf Erstattung des Darlehensrostbetrages, beide Forderungen einschließlich angeblich aufgewendeter Zinsen.

III. Das Revisionsverfahren führte hinsichtlich des Postens Zinsforderung zur Zurückweisung, im übrigen zur Bestätigung des angefochtenen Urteils.



1. Schadenersatzforderung wegen angeblich aufgewendeter Kreditzinsen

Die Zinsforderung kann nur begründet sein, wenn der Beklagte der Klägerin aus dem Arbeitsvertrag oder aus unerlaubter Handlung (§ 823 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 242, 246, 266 StGB) Erstattung der entnommenen Gelder schuldete. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt folglich insoweit davon ab, ob die Behauptung des Beklagten, er habe die Beträge - wenigstens teilweise - mit Genehmigung des Geschäftsführers der Klägerin entnommen, sich als wahr erweist.

a) Es spricht allerdings viel dafür, daß der vom Beklagten behauptete Schweigegeldvertrag als gemeinschaftsschädigendes Geschäft sittenwidrig wäre (vgl. z.B. Soergel-Heformehl, BGB, Bd. 1, 10. Aufl., § 138 Bem. 82 ff.; Palandt-Danckelmann, BGB, 27. Aufl., § 138 Bem. 5 b). Der Beklagte sollte - wenn seine Behauptung wahr ist - Steuerhinterziehungen des Geschäftsführers der Klägerin begünstigen und sich an einem Betrug gegenüber den Vertretern beteiligen; er sollte also zu einem sittlich verwerflichen Verhalten veranlaßt werden. Die Frage der Sittenwidrigkeit kann jedoch auf sich beruhen. Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob die Sittenwidrigkeit des Schweigegeldvertrages auch die angebliche Zustimmung der Klägerin zu den Manipulationen des Beklagten sittenwidrig und damit unwirksam machen würde oder ob dem die abstrakte Natur der Zustimmung entgegenstünde (vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Aufl., § 204 II 3 S. 1239; Ermann/Böhle-Stamschräder, BGB, Bd. 1, 4. Aufl., Vorbem. 3 vor § 182).

Wenn die Zustimmung unwirksam wäre, bliebe zwar die Handlungsweise des Beklagten rechtswidrig. Der Beklagte brauchte aber dennoch die mit Einwilligung des Geschäftsführers der Klägerin entnommenen Beträge nicht zurückzuerstatten. Die Klägerin handelte rechtsmißbräuchlich, wenn sie wirklich den Beklagten durch einen Schweigegeldvertrag gebunden hätte und trotzdem unter Berufung auf die Sitten-



widrigkeit dieses Vertrages von dem Beklagten den mit ihrer Einwilligung entnommenen Preis zurückverlangen wollte. Dem kann man nicht entgegenhalten, einem sittenwidrigen Vertrag dürfe nicht auf dem Umweg über die Grundsätze der unzulässigen Rechtsausübung im praktischen Ergebnis wieder Geltung verschafft werden (vgl. Soergel-Hefermehl, BGB, Bd. 1, 10. Aufl., § 138 Bem. 30). Dies wäre richtig, wenn es darum ginge, ob die Klägerin für die Zukunft an dem sittenwidrigen Vertrag festgehalten werden könnte. Gegenüber einer Erfüllungsverweigerung könnte der Einwand des Rechtsmißbrauchs nicht durchschlagen (Ermann-Westermann, BGB, Bd. 1, 4. Aufl., § 138 Bem. 9, vorletzter Absatz). Hier verlangt aber der Beklagte nicht Erfüllung des sittenwidrigen Vertrages, sondern es handelt sich darum, daß die Klägerin dann die entnommenen Gelder nicht im Wege der Schadenersatzklage zurückfordern könnte, wenn ihr Geschäftsführer den Beklagten durch den Schweigegeldvertrag dazu veranlaßt hätte, das Geld an sich zu nehmen. Dem liegt derselbe Rechtsgedanke zugrunde wie der gesetzlichen Regelung des § 817 Satz 2 erste Alternative BGB: Hätte die Klägerin dem Beklagten Schweigegelder ausgezahlt, dann könnte sie nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung Rückzahlung dieser Beträge verlangen, weil dann nicht nur der Beklagte durch die Annahme, sondern auch die Klägerin durch die Leistung gegen die guten Sitten verstoßen hätte. Hätte die Klägerin zwar keine Schweigegelder ausgezahlt, wohl aber veranlaßt und geduldet, daß der Beklagte Schweigegelder entnahm, könnte die Rechtslage nicht anders sein. In beiden Fällen verdiente das Rückzahlungsbegehren nicht den Schutz der Rechtsordnung.

b) Es kommt also für die Berechtigung der Zinsforderung darauf an, ob der vom Beklagten behauptete Schweigegeldvertrag tatsächlich abgeschlossen wurde.

Der Vortrag des Beklagten hierzu ist nicht schon dadurch widerlegt, daß dieser durch seinen ersten Prozeßbevollmächtigten seine Verpflichtung anerkannt hatte, den



Betrag von 69.197,70 DM zurückzuzahlen. Dieser Umstand kann nur mittelbar als Indiz für die Beweiswürdigung von Bedeutung sein.

Prozeßrechtlich ist das "Anerkenntnis" deshalb unerheblich, weil es nicht zu einem Anerkenntnisurteil (§ 307 ZPO) gekommen ist; es kann aber auch nicht materiellrechtlich, etwa als Schuldanerkenntnis im Sinne von § 781 BGB, verwertet werden, schon deshalb nicht, weil es sich nur auf die Hauptforderung bezieht und die allein noch streitige Zinsforderung nicht mitumfaßt.

In den die Verpflichtung des Beklagten anerkennenden Schriftsätzen seines Prozeßbevollmächtigten ist auch kein Geständnis einer Tatsache gemäß § 288 ZPO zu sehen, etwa in dem Sinne, daß der Beklagte durch die Erklärung seines Prozeßbevollmächtigten gestanden hätte, die Gelder unberechtigt ohne Einwilligung der Klägerin entnommen zu haben. Es fehlt nämlich an den Voraussetzungen des § 288 ZPO, weil die Erklärung weder bei einer mündlichen Verhandlung noch zum Protokoll eines beauftragten oder ersuchten Richters, vielmehr nur in den Schriftsätzen des Anwalts abgegeben wurde. Es kann dahingestellt bleiben, ob es der Voraussetzung des § 288 Abs. 1 ZPO, Erklärung "bei einer mündlichen Verhandlung", genügt, wenn das Geständnis im Schriftsatz enthalten ist, sofern die Partei unter Bezugnahme auf diesen Schriftsatz verhandelt hat (so Wieczorek, ZPO, § 288 Bem. B III b 1; offenbar auch BAG AP Nr. 39 zu Art. 3 GG zu I der Entscheidungsgründe). In diesem Rechtsstreit haben nämlich die Parteien bis zum 14. Oktober 1964, dem Tag, an dem der das "Anerkenntnis" widerrufende Schriftsatz des Beklagten vom 5. September 1964 beim Arbeitsgericht eingegangen ist, noch nicht streitig verhandelt. Vor dem Landgericht sind bis zur Verweisung des Rechtsstreits an das Arbeitsgericht nur Ver tagungsanträge gestellt worden. Vor dem Arbeitsgericht haben am 21. April und am 23. Juli 1964 zwei Güteverhandlungen stattgefunden. Am 15. Oktober 1964 wurde zum ersten Mal streitig verhandelt. In diesem Verfahren hat der Prozeß-



bevollmächtigte des Beklagten sich gerade nicht auf das "Anerkenntnis" bezogen, sondern er hat Vernehmung des Geschäftsführers der Klägerin als Partei darüber beantragt, daß dieser die Entnahmen gekannt und genehmigt habe (Bl. 66 VorA).

Wenn die Prozeßbevollmächtigten nach Eingang der das "Anerkenntnis" enthaltenden Schriftsätze vom 7. Januar, 14. April und 15. Juli 1964 Güteverhandlungen geführt haben, so kann dies nicht als Bezugnahme auf diese Schriftsätze und damit als Geständnis bei einer mündlichen Verhandlung verstanden werden. Im Güteverfahren nach § 54 ArbGG, das vor den Vorsitzenden allein stattfindet, kann ein Geständnis - ebenso wie nach § 288 ZPO im Verfahren vor dem beauftragten oder ersuchten Einzelrichter - wirksam nur zu Protokoll erklärt werden, was nicht geschehen ist. Insofern muß man § 54 Abs. 2 ArbGG entsprechend anwenden. In der Güteverhandlung formlos abgegebenen Erklärungen kommt nicht das gleiche Gewicht zu wie Erklärungen der Parteien in der streitigen Verhandlung. Im Güteverfahren müssen die Parteien frei reden können; jede Erleichterung dient dem Zweck der Güteverhandlung (vgl. auch Dietz-Nikisch, ArbGG, § 54 Bem. 11). Es ist durchaus denkbar und nicht zu beanstanden, daß sich die Partei in der Güteverhandlung nicht auf einen Sachvortrag beruft, der ihr für die streitige Verhandlung wichtig ist, insbesondere dann, wenn die streitige Verhandlung von Bedeutung für ein nachfolgendes Strafverfahren ist. Diese Erwägungen verbieten es, nicht zu Protokoll gegebene Erklärungen aus dem Güteverfahren als Geständnis im Sinne von § 288 ZPO zu behandeln mit der Folge, daß ein Widerruf nur noch unter dem strengen Voraussetzungen des § 290 ZPO möglich wäre.

c) Das Landesarbeitsgericht hat als erwiesen angesehen, daß der Geschäftsführer der Klägerin dem Beklagten ein Schweigegeld von monatlich 300,-- bis 400,-- DM zugesagt hat. Seine Beweiswürdigung stützt sich auf die Vernehmung des Beklagten als Partei (Bl. 176 R VA) und auf die darauf fußenden weiteren Beweiserhebungen (Bl. 232 ff. VA).



116

Die Revision hat mit Recht gerügt, daß der Beklagte als Partei vernommen wurde.

Die Beweislast für den angeblichen Schweigegeldvertrag trägt der Beklagte. (vgl. zur Beweislastverteilung zwischen einem angestellten Kassenverwalter und seinem Arbeitgeber: BAG AP Nr. 2 zu § 1 ErstattG [Bl. 2 R] unter Hinweis auf BAG AP Nr. 4 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers). Dieser hatte den Beweis nach § 445 ZPO dadurch angetreten, daß er Vernehmung des Geschäftsführers der Klägerin als Partei beantragte (Bl. 66 VA). Der Geschäftsführer der Klägerin hat bei seiner Vernehmung (Bl. 178 VA) die Behauptung des Beklagten nachdrücklich bestritten. Einen Antrag auf Vernehmung des Beklagten hat die Klägerin nicht gestellt; sie hat sich auch nicht mit seiner Vernehmung einverstanden erklärt (§ 447 ZPO).

Demnach kam eine Vernehmung des Beklagten nur von Amts wegen nach Maßgabe des § 448 ZPO in Betracht. Sind die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben, so steht es im Ermessen des Gerichts, ob es eine Partei nach § 448 ZPO von Amts wegen vernehmen will und welche Partei. Voraussetzung einer Parteivernehmung von Amts wegen ist nach einhelliger Meinung, daß bereits eine gewisse - wenn auch keine für den Beweis ausreichende - Wahrscheinlichkeit für die zu beweisende Tatsache spricht (BGH LM Nr. 4 zu § 448 ZPO; Baumbach-Lauterbach, ZPO, 29. Aufl., § 448 Bem. 1; Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., § 121 zu II 3 S. 595 f.; Stein-Jonas, ZPO, 18. Aufl., § 448 Bem. II 1; Wieczorek, ZPO, § 448 Bem. B II a). Ist noch gar nichts erbracht, steht vielmehr eine Behauptung gegen die andere, ist eine Amtsvernehmung ungesetzlich; ein Gericht, das so verfährt, verstößt gegen den Beibringungsgrundsatz und bescitigt die notwendigen Folgen der Beweisfälligkeit (Baumbach-Lauterbach, aaO).

Dem angefochtenen Urteil läßt sich nicht entnehmen, daß das Landesarbeitsgericht die Voraussetzungen des § 448 ZPO



geprüft hat und inwiefern es zu der Überzeugung gekommen sein könnte, eine gewisse Wahrscheinlichkeit spreche für die Behauptung des Beklagten. Das Schweigen des Landesarbeitsgerichts könnte zwar dann unschädlich sein, wenn sich aus den Akten genügend Anhaltspunkte für die Wahrheit der Behauptungen des Beklagten ergäben. Dann könnte man annehmen, das Landesarbeitsgericht habe die Voraussetzungen des § 448 ZPO geprüft und habe es lediglich versäumt, das Ergebnis dieser Prüfung ausdrücklich in den Entscheidungsgründen zu erwähnen (vgl. BAG 14, 266 [273 f.] = AP Nr. 1 zu § 448 ZPO und BGH LM Nr. 2 zu § 448 ZPO). Hier spricht aber bis zur Vernehmung des Beklagten alles gegen seinen Vortrag, der Geschäftsführer der Klägerin habe ihm gestattet, monatlich 300,-- bis 400,-- DM zu entnehmen. Nicht nur hatte der Geschäftsführer der Klägerin das Gegenteil bekundet, sondern auch die Lebenserfahrung spricht dagegen: Wenn schon Schweigegelder gezahlt werden sollten, hätte es näher gelegen, daß der Geschäftsführer der Klägerin die Beträge dem Beklagten zugesteckt hätte. Hinzu kommt, daß der Beklagte seine Verpflichtung zunächst anerkennen ließ und seine Schutzbehauptung erst verspätet, offenbar im Zusammenhang mit dem Strafverfahren, vorbrachte, daß er unstreitig wesentlich höhere Beträge entnommen hatte, als ihm angeblich gestattet war, und daß er die Grundschulden über zusammen 87.000,-- DM zugunsten der Klägerin bestellte und ablöste.

Unter diesen Umständen kann nur angenommen werden, daß das Landesarbeitsgericht sich der Voraussetzungen einer Parteivernehmung nach § 448 ZPO nicht bewußt war. Da sein Urteil, soweit es die aufgewendeten Zinsen betrifft, auf dieser Parteivernehmung beruht, mußte es insoweit aufgehoben werden.

Der Senat hat davon abgesehen, insoweit auch das Berufungsverfahren aufzuheben und die Beweisfälligkeit des Beklagten festzustellen. Er hat vielmehr den Rechtsstreit, soweit er die Schadenersatzforderung wegen aufgewendeter Kreditzinsen zum Gegenstand hat, an die erste Kammer des Landesarbeitsgerichts zurückverwiesen und dem Landesarbeitsgericht



116

die vorwiegend auf tatsächlichem Gebiet liegende Entscheidung darüber überlassen, ob Parteivortrag und Beweisergebnis nach dem Stand vor der Vernehmung des Beklagten eine gewisse Wahrscheinlichkeit für dessen Behauptung ergaben und ob deshalb der Beklagte als Partei vernommen werden durfte. Falls das Landesarbeitsgericht diese Frage bejaht, wird es die Beweiswürdigung überprüfen und dabei alle Umstände berücksichtigen müssen. Die Revision hat mit Recht gerügt, daß bei der Beweiswürdigung im angefochtenen Urteil wesentliche gegen den Beklagten sprechende Umstände gar nicht oder unzulänglich gewürdigt worden sind, so z.B. außer den bereits erwähnten Umständen auch die Tatsache, daß der Beklagte im Strafverfahren rechtskräftig verurteilt, der Geschäftsführer der Klägerin hingegen nicht vorbestraft ist.

d) Wenn das Landesarbeitsgericht nach erneuter Überprüfung zu dem Ergebnis kommt, daß der Anspruch auf Ersatz der aufgewendeten Zinsen begründet ist, bleibt noch die Höhe dieses Postens zu klären. Die Klägerin ist von 9 % ausgegangen und hat daraus den eingeklagten Betrag von über 30.000,-- DM errechnet. Der Beklagte hält diesen Satz für erheblich zu hoch. Das Landesarbeitsgericht hat hierzu bisher keine Feststellungen getroffen, weil es schon aus anderen Gründen zur Abweisung der Klage gekommen ist. Auch aus diesem Grunde mußte der Rechtsstreit teilweise an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

c) Eine Aufrechnung mit angeblichen Gegenforderungen des Beklagten scheidet aus, wie im angefochtenen Urteil mit Recht gesagt wird, weil die Klageforderung ihren Grund in einer vorsätzlichen Vertragsverletzung hat, die zugleich vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung ist, und gegen solche Forderungen nicht aufgerechnet werden kann (§ 393 BGB).

2. Forderung auf Erstattung der zur Lebensversicherung des Beklagten gezahlten Prämien einschließlich Zinsvergütung

Den Anspruch der Klägerin auf Erstattung der Prämien die sie zur Lebensversicherung des Beklagten geleistet hat,



haben beide Vorinstanzen mit Recht zurückgewiesen.

Die Revision trägt hierzu vor, der Beklagte habe die Umschreibung des als Fremdversicherung abgeschlossenen Vertrages auf sich selber eigenmächtig und ohne Einschaltung der Klägerin vorgenommen. Dies ist jedoch neuer Tatsachenvortrag, der in der Revisionsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden kann (§ 72 Abs. 3 ArbGG, § 561 Abs. 1 ZPO). Vielmehr muß von dem durch das Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt ausgegangen werden, daß es sich um Prämien zu einer Lebensversicherung handelt, welche die Klägerin zugunsten des Beklagten abgeschlossen hat.

Zur rechtlichen Würdigung meint die Revision, die Zuwendung der Prämienzahlung sei nur für den Fall gedacht gewesen, daß der Beklagte den Versorgungsfall im Dienste der Klägerin erlebte. Da der rechtliche Grund der Leistung weggefallen sei, sei der Beklagte auf Kosten der Klägerin ungerechtfertigt bereichert und müsse das Erlangte herausgeben (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin von dem Beklagten Erstattung der Prämien oder aber Abtretung der aufgrund dieser Prämienzahlung erworbenen Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag verlangen könnte, falls sie die Prämien ohne Rechtsgrund gezahlt hätte. Denn der Rechtsgrund ist mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht entfallen. Schließt ein Arbeitgeber für seinen Angestellten eine Lebensversicherung ab, so erschöpft sich seine Verpflichtung (und sein Risiko) in der Prämienzahlung (vgl. BAG 16, 164 1769 = AP Nr. 95 zu § 242 BGB Ruhegehalt mit zust. Anm. von Heubeck). Die vom Arbeitgeber geleisteten Prämien sind Teile des Arbeitslohnes; die Rechtslage ist nicht anders als wenn der Arbeitgeber einen der Prämie entsprechenden Betrag an den Arbeitnehmer zahlt und dieser davon einen Lebensversicherungsvertrag finanziert. Dem entspricht die steuerliche Regelung, die ebenfalls davon ausgeht, daß nicht erst die Leistungen des Versicherers, sondern bereits die Prämien dem Arbeitnehmer zufließen (Nr. 55 Abs. 4 LohnStRichtl. 1966; vgl. hierzu auch



116

A. Weiß, AR-Blattei, Altersversorgung, betriebliche, B III 1 c; Schaufler, Handbuch der betrieblichen Altersversorgung, Bd. I, 4. Aufl., S. 330). Dann kann aber der Arbeitgeber Prämien, die er für die Zeit vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses geleistet hat, auch im Fall einer vom Arbeitnehmer verschuldeten fristlosen Kündigung nicht zurückfordern. Das Landesarbeitsgericht sagt mit Recht, daß enttäushtes Vertrauen des Arbeitgebers nicht durch eine Rückforderung bereits verdienten Arbeitslohnes auszugleichen ist.

3. Anspruch auf Erstattung des Restbetrages eines 7c-Darlehens einschließlich Zinsen

Das Landesarbeitsgericht hat auch den Verzicht auf die Darlehensrückzahlung als Gehaltsbestandteil aufgefaßt und den Beklagten deshalb nicht zur Rückzahlung verurteilt. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Nach der Lebenserfahrung macht ein Arbeitgeber, der einem langjährig bei ihm tätigen leitenden Angestellten die Rückzahlung eines 7c-Darlehens erläßt, diesem keine Schenkung, sondern eine zusätzliche Zuwendung aufgrund des Arbeitsverhältnisses. Die Klägerin hat nichts vorgetragen, das darauf schließen ließe, es sei in ihrem Fall anders gewesen. Handelt es sich aber nicht um eine Schenkung, sondern um eine entgeltliche Zuwendung, so kommt ein Widerruf nach § 530 Abs. 1 BGB wegen groben Undanks des Empfängers nicht in Betracht.

Es ist allerdings denkbar, daß ein Arbeitgeber nur unter der dem Arbeitnehmer erkennbaren Voraussetzung auf die Rückzahlung eines 7c-Darlehens verzichtet, daß der Arbeitnehmer weiterhin in den Diensten des Arbeitgebers verbleibt. Dann kann die Fortdauer des Arbeitsverhältnisses Geschäftsgrundlage des Erlaßvertrages sein, und der Arbeitgeber kann zum Widerruf berechtigt sein, falls diese Geschäftsgrundlage entfällt. Aus dem Vortrag der Klägerin, der auch zu diesem Punkt wenig substantiiert ist, ergibt sich aber nichts, was hier für eine derartige Annahme spräche.



IV. Aus alledem folgt, daß das angefochtene Urteil in den letzten beiden Punkten zu bestätigen und nur wegen des Anspruchs auf Ersatz aufgewendeter Kreditzinsen an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen war.

gez. Hilger

Dr. Gröninger

Wendel

Helmut Harries

Handrack

