

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

Gesetz: BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers, § 823 Abs. 1;
ZPO §§ 286, 565 Abs. 1

Leitsätze:

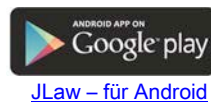
K e i n e

Aktenzeichen: 3 AZR 621/75

Urteil des BAG vom 17. Februar 1977 LAG München



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



3 AZR 621/75

3 Sa 742/73 München

Urteilstenor
zugestellt am

17. Februar 1977

gez. Sürig,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 10. Februar 1977 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Stumpf, die Richter Dr. Thomas und Dr. Dieterich sowie die ehrenamtlichen Richter Röglin und Handrack für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 31. Juli 1975 - 3 Sa 742/73 - 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 N die Bahnhofsgaststätte und einen dazugehörenden Kiosk sowie in unmittelbarer Bahnhofsnähe einen Lebensmittel selbstbedienungsladen. Die Beklagte war bei ihm vom 1. Dezember 1971 bis zum 8. Februar 1973 beschäftigt. Sie wurde als Geschäftsführerin der Bahnhofsgaststätte geführt und war dort und im Kiosk tätig. Als Vergütung sollte sie von den Einnahmen der Gaststätte 20 % und von den Einnahmen des Kiosks 10 % erhalten. Die Gaststätte war mit Ausnahme eines Ruhetags von 8.30 Uhr bis 21.00 Uhr, im Bedarfsfall auch länger geöffnet. In dieser Zeit wurden zugleich die Kunden des Kiosks bedient, wenn sie sich durch Läuten bemerkbar machten. Der Jahresumsatz des Restaurants zusammen mit dem Kiosk wird von dem Kläger mit 140.000,--, von der Beklagten mit 120.000,-- DM beziffert.

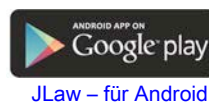
Die Lieferung und Abrechnung von Waren ging wie folgt vor sich: Tabakwaren bestellte die Beklagte unmittelbar. Alles andere wurde von dem Lebensmittelgeschäft des Klägers ein- bis zweimal wöchentlich angeliefert und von einem Lehrling einsortiert. Als Beleg wurden Bons ausgestellt, und zwar teilweise vom Kläger und teilweise von der Beklagten selbst. Die Bons bezeichneten die Ware und deren Verkaufspreis, wobei bei den für die Gaststätte bestimmten Waren bereits 10 % abgezogen wurden, um die spätere Lohnabrechnung zu vereinfachen; bei dieser sollte die Beklagte dann durchgängig 10 % des Umsatzes beider Geschäfte einbehalten. Die Durchschriften der Bons erhielt die Beklagte, während die Originale an die Buchhalterin des Lebensmittelgeschäfts gingen, die die Abrechnung vorbereitete.

Die Beklagte war nicht während der ganzen Öffnungszeiten der Gaststätte und des Kiosks anwesend. Sie begann ihre Arbeit morgens erst um 10.00 Uhr und wurde gelegentlich abends vom Kläger nach Hause geschickt, bevor der letzte Gast gegangen war. Wenn die Beklagte fehlte, führte der Kläger die Gaststätte und den Kiosk selbst. Auch sonst arbeitete er abends in der Gaststätte mit. Zeitweise bediente und verkaufte auch die Ehefrau des Klägers und die als Raumpflegerin beschäftigte Zeugin H .Ebenso

- 3 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 3 -

wurde verfahren, wenn die Beklagte krank war, und zwar vom 20. Juni bis 23. Juli 1972, vom 24. Oktober bis 12. November 1972 und vom 26. bis 31. Januar 1973. Nach ihrer letzten Krankheit hat die Beklagte die Arbeit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses nicht mehr aufgenommen. Außerdem erhielt sie im Sommer 1972 eine Woche Urlaub.

Zu Beginn ihrer Tätigkeit übernahm die Beklagte einen Warenbestand im Wert von 7.496,25 DM. Im Laufe des Arbeitsverhältnisses haben die Parteien dreimal abgerechnet: am 24. Januar, am 16. August und am 21. November 1972. Bei den ersten beiden Abrechnungen ergaben sich Fehlbeträge in Höhe von 648,-- DM und 352,-- DM, denen der Kläger jedoch keine Bedeutung beimaß, weil die Warenbestände nicht erfaßt worden waren. Bei der dritten Abrechnung am 21. November 1972 ergab sich erstmals eine auffällige Differenz in Höhe von 2.522,40 DM. Bei der Schlußabrechnung am 8. Februar 1973 errechnete der Kläger schließlich ein neues Manko in Höhe von 16.232,15 DM, zu dem auch noch ein Warenfehlbestand von 2.697,71 DM kommen sollte. Die Summe aller Fehlbeträge in Höhe von 22.452,26 DM verlangt der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit.

Der Kläger macht geltend, die Beklagte habe bei Abschluß des mündlichen Arbeitsvertrages zugesagt, für Fehlbeträge aufzukommen. Sie hafte für diesen Schaden außerdem deshalb, weil sie ihre Vertragspflichten verletzt habe. So habe sie sich z.B. durch ihren Schwager und ihre Kinder gelegentlich vertreten lassen. Vor allem aber habe sie Dritten gegenüber des öfteren selbst eingeräumt, Geld des Klägers zum Ausbau und zur Ausstattung ihres Hauses in T. . . . verwandt zu haben. In der Tat seien nur so die umfangreichen Renovationen und Anschaffungen erklärlich, die die Beklagte aus ihren Einkünften und der geringfügigen Rente ihres Ehemannes nicht habe finanzieren können. Allerdings habe der Ehemann der Beklagten einen Kredit in Höhe von 13.000,--DM aufgenommen, sie habe aber Zeugen gegenüber geäußert, daß dies nur geschehen sei, damit ihr der Kläger nicht einen Fehlbetrag in Höhe von ca. 22.000,-- DM nachweisen könne.

- 4 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 4 -

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 22.452,26 DM
nebst 8 1/2 % Zinsen hieraus seit 8. Februar 1973
zu bezahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und erwidert, einen Waren- oder Kassenfehlbestand gebe es nicht. Die der Abrechnung zugrunde gelegten Bons seien zum großen Teil nicht von ihr ausgestellt und unzutreffend. Soweit sie selbst Bons geschrieben habe, sei sie gezwungen gewesen, die Angaben des Klägers ohne Kontrolle zu übernehmen. Sie habe auch nicht überwachen können, welche Waren in ihrer Abwesenheit entnommen und verkauft wurden. Die erzielten Verkaufserlöse habe ihr der Kläger ohne nähere Abrechnung in einer Tüte ausgehändigt. Der am 8. Februar 1973 ermittelte Warenbestand sei außerdem viel zu gering angesetzt worden. Die Renovierung ihres Hauses in T sei bereits abgeschlossen gewesen, als sie das Arbeitsverhältnis antrat. Richtig sei nur, daß sie sich in größerem Umfang Möbel angeschafft habe, und zwar mit Hilfe des unstreitigen Kredits in Höhe von 13.000,-- DM und einer Rentennachzahlung ihres Ehemannes in Höhe von 7.000,- - DM.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat drei Zeugen vernommen und die Berufung sodann zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seinen Schadenersatzanspruch weiter, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das angefochtene Urteil ist im wesentlichen überzeugend begründet. Dennoch ist eine Fortsetzung der Berufungsverhandlung erforderlich, weil das Landesarbeitsgericht einen Beweisantrag übergegangen hat.

1. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Parteien eine Mankoabrede geschlossen haben. Selbst wenn die Beklagte versprochen haben sollte, alle festgestellten Fehlbestände zu ersetzen, könnte sich der Kläger darauf nicht berufen. Eine solche Vereinbarung

- 5 -



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



- 5 -

wäre nämlich nur dann wirksam, wenn dem erhöhten Risiko der Beklagten ein angemessener wirtschaftlicher Ausgleich gegenübergestanden hätte (BAG AP Nr. 4 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers [zu 1 c der Gründe] und BAG AP Nr. 54 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers [zu I 1 b der Gründe]). Das ist im vorliegenden Fall nicht anzunehmen.

Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, daß in der Vergütungsregelung der Parteien ein Risikozuschlag nicht enthalten sei. Das ist einleuchtend und wird von der Revision auch nicht angegriffen. Die angebliche Mankoabrede muß deshalb außer Betracht bleiben.

2. Das Landesarbeitsgericht geht ferner zutreffend davon aus, daß eine schuldhafte Vertragsverletzung der Beklagten nicht nachgewiesen ist.

a) Soweit der Kläger geltend macht, die Beklagte habe sich gelegentlich von ihrem Schwager und ihren Kindern vertreten lassen, hat das Landesarbeitsgericht dem mit Recht keine Bedeutung beigemessen. Es ist nicht einmal ersichtlich, daß eine solche Vertretungstätigkeit verboten war. Der Kläger hat sie nicht nur geduldet, sondern seinerseits die Zeugin H, die eigentlich nur als Reinemachefrau eingestellt war, bei der Bedienung in der Gaststätte und beim Verkauf im Kiosk beschäftigt. Im übrigen spricht nichts für die Annahme, daß gerade die von der Beklagten veranlaßte Vertretungstätigkeit zu Fehlmengen geführt haben könnte.

b) Häufig läßt sich allerdings aus dem Vorliegen beachtlicher Waren- oder Kassenfehlbestände schließen, daß der zuständige Arbeitnehmer seine Aufgaben in irgendeiner Weise inkorrekt oder unaufmerksam erfüllt hat. Erste Voraussetzung eines solchen Schlusses ist aber der Nachweis, daß nicht nur die Buchhaltungsunterlagen Differenzen ausweisen, sondern Waren oder Gelder tatsächlich fehlen. Dieser Nachweis ist dem Kläger nicht gelungen.

- 6 -



- 6 -

Das Landesarbeitsgericht konnte aufgrund seiner Beweisaufnahme nicht als erwiesen ansehen, daß die auf den Bons festgehaltenen Waren ausnahmslos in die Warenbestände der Gaststätte und des Kiosks gelangt sind. Die Bons, die der Berechnung zugrunde gelegt wurden, sind zu einem guten Teil nicht von der Beklagten selbst ausgestellt und unterschrieben worden und daher als Empfangsbestätigung ungeeignet. Außerdem ist nach der Feststellung des Landesarbeitsgerichts nie ordnungsgemäß abgerechnet worden, wenn die Beklagte während ihrer Abwesenheit vom Kläger, dessen Ehefrau oder der Zeugin H vertreten wurde. Der bei der Schlußabrechnung ermittelte Waren-Sollbestand habe danach keine Aussagekraft und lasse nicht den Schluß zu, daß die Beklagte Fehlmengen verursacht habe.

Die Zweifel des Landesarbeitsgerichts werden von der Revision weder gewürdigt noch widerlegt. Sie lassen sich noch unterstreichen, wenn man die Entwicklung des angeblichen Fehlbetrages berücksichtigt und mit den Abwesenheitszeiten der Beklagten vergleicht. Bis zum Sommer 1972 wurde praktisch kein Manko festgestellt. Die Fehlbeträge der Abrechnung vom 24. Januar und 16. August 1972 nahm der Kläger selbst nicht ernst, weil die Warenbestände nicht genau genug aufgenommen worden waren. Als die Beklagte dann mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig und eine weitere Woche im Urlaub gewesen war, zeigte sich zum ersten Male eine erhebliche Fehlmenge in Höhe von 2.522,40 DM. Danach hat die Beklagte praktisch nur noch zwei Monate gearbeitet, weil sie bereits am 26. Januar 1973 krank wurde und ihre Tätigkeit bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr aufgenommen hat. In dieser Zeit soll sich das Manko um 18.929,86 DM erhöht haben, obwohl der ganze Monatsumsatz im Durchschnitt nur zwischen 10.000,-- DM und 12.000,-- DM lag. Diese auffällige Entwicklung läßt sich allein mit einer unaufmerksamen Geschäftsführung der Beklagten nicht plausibel erklären.

c) Demgegenüber kann sich der Kläger auch nicht auf die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Beweislastregeln bei Kassensführern und Filialleitern berufen. Richtig ist allerdings, daß in solchen Sonderfällen im allgemeinen der Arbeitgeber für die

- 7 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 7 -

Einnahmen und der Arbeitnehmer für die Ausgaben beweispflichtig ist (BAG AP Nr. 4 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers / zu 1 a der Gründe_7). Dieser Grundsatz kann dem Kläger aberschon deshalb nicht helfen, weil nicht einmal feststeht, ob die Beklagte in dem behaupteten Umfang Waren erhalten hat. Solange das nicht erwiesen ist, muß die Beklagte auch nicht darlegen und beweisen, wo die entsprechende Ware geblieben ist. Es wäre im vorliegenden Fall auch verfehlt, scharf zwischen dem Warenbestand und dem Kassenbestand zu unterscheiden. Die Beklagte hat nämlich unstreitig keine getrennte Kasse geführt und abgerechnet. Das Manko ist nur in der Weise ermittelt worden, daß von der Summe des übernommenen Warenbestandes und aller späteren Warenlieferungen die Summe der abgeführten Beträge und der Bestand bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgezogen wurden. Deshalb war die Beklagte auch nicht verpflichtet, ein Kassenbuch zu führen, in dem Einnahmen und Ausgaben zu vermerken gewesen wären. Die auf die Besonderheit des Kassensführers zugeschnittene Rechtsprechung (BAG 19, 1 / 5, 6_7 = AP Nr. 2 zu § 1 ErstattG / zu III der Gründe_7; BAG AP Nr. 49 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers) paßt nicht.

Die strenge Beweislastregel, auf die sich der Kläger beruft, ist außerdem nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nur dann anwendbar, wenn der betroffene Arbeitnehmer den alleinigen Zugang zur Kasse und zu den Waren hatte (BAG AP Nr. 54 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers / zu I 1 b der Gründe_7). Nur dann erlaubt nämlich das Fehlen von Geld oder Waren den Schluß, daß der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt hat. Im vorliegenden Fall haben sich aber die verschiedensten Personen und sogar der Kläger selbst in der Gsststätte und im Kiosk betätigt. Das war keine Ausnahme, sondern die tägliche Regel. Während der Fehlzeiten der Beklagten von insgesamt etwa 2 1/2 Monaten waren sogar ausschließlich Vertretungskräfte tätig, auf die die Beklagte keinerlei Einfluß hatte. Bei dieser Sachlage wäre die Beklagte gar nicht in der Lage, über die einzelnen Geschäftsvorgänge Auskunft zu geben und zu beweisen, wo die im Laufe des Arbeitsverhältnisses angelieferte Ware geblieben ist.

- 8 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

3. Die vorstehenden Überlegungen wären allerdings dann gegenstandslos, wenn die Beklagte bewußt Geldbeträge veruntreut hätte, die ihr bei dem Betrieb der Bahnhofsgaststätte oder des Kiosks anvertraut worden waren. Das ist noch nicht abschließend geklärt.

a) Der Kläger erhebt diesen Vorwurf und stützt ihn auf eine Kette von Indizien: Die Beklagte habe umfangreiche Ausgaben im Zusammenhang mit ihrem Haus und dessen Einrichtung gehabt, die mit ihrem Einkommen und der Rente ihres Mannes nicht zu finanzieren gewesen seien. Sie habe dazu gegenüber Zeugen geäußert, daß sie die entsprechenden Aufwendungen mit Geldern des Klägers finanziert habe. Um die wahre Herkunft der verwandten Geldmittel zu tarnen, habe ihr Ehemann ein Darlehen aufgenommen. Zeugen gegenüber habe sie eingeräumt, daß der einzige Zweck der Kreditaufnahme darin bestanden habe, den Nachweis eines Fehlbetrages von ca. 22.000,-- DM zu erschweren.

b) Das Landesarbeitsgericht hat die benannten Zeugen, die Eheleute O , nicht vernommen. Es glaubte, den in das Wissen der Zeugen gestellten Vortrag als wahr unterstellen zu können. Selbst wenn die Beklagte geäußert haben sollte, das Darlehen habe ihre Position im vorliegenden Mankoprozeß stärken sollen, spreche das nicht gegen die Beklagte. Es sei nämlich nur natürlich, daß diese den Nachweis eines Fehlbetrages erschweren wollte, und dies gelte auch dann, wenn sie die Forderung des Klägers für unberechtigt hielt. Soweit die Beklagte von der Finanzierung ihrer Anschaffungen und Investitionen mit Geld des Klägers gesprochen habe, sei die Abrechnungsweise der Parteien zu berücksichtigen. Danach habe die Beklagte nur von Zeit zu Zeit Abschlagszahlungen leisten müssen und infolgedessen jeweils einige Zeit vereinnahmtes Geld des Klägers in Händen gehalten. Dieses Geld habe sie dann vorübergehend zu privaten Zwecken nutzen können. Im übrigen sei es ganz unwahrscheinlich, daß sich die Beklagte Dritten gegenüber fortgesetzter strafbarer Handlungen bezichtigt haben könnte.

c) Diese Begründung wird von der Revision mit Recht angegriffen. Soweit das Landesarbeitsgericht die behaupteten Selbstbezeichnungen als unwahrscheinlich bezeichnet, handelt es sich um eine antizipierte Beweismwürdigung. Es kommt nicht darauf an, ob

- 9 -

dem Gericht ein bestimmter Vortrag unwahrscheinlich erscheint. Entscheidend ist nur, ob die benannten Zeugen entsprechende Angaben machen und glaubhaft wirken. Dieses Urteil ist erst nach Abschluß der Beweisaufnahme möglich.

Was das Landesarbeitsgericht ausführt, um die behaupteten Äußerungen der Beklagten verständlich und harmlos erscheinen zu lassen, wirkt nicht überzeugend. Wenn die Beklagte wirklich eingeräumt haben sollte, daß sie den Kredit nur aufgenommen habe, um dem Kläger den Nachweis eines Fehlbetrages zu erschweren, so läge in einer solchen Bemerkung das Eingeständnis, daß ihre privaten Ausgaben im Hinblick auf ihre Einkünfte verdächtig erscheinen. Ferner ließe die behauptete Äußerung den Schluß zu, daß die Beklagte das Darlehen in Höhe von 13.000,-- DM gar nicht für Anschaffungen benötigte, sondern nur zur Tarnung nutzen wollte. Hingegen bleibt bei der Deutung des Landesarbeitsgerichts unverständlich, warum die Beklagte die wahre Herkunft ihrer Geldmittel nicht aufdecken konnte und deshalb eine Niederlage im vorliegenden Mankoprozeß befürchten mußte.

Noch weniger läßt sich die angebliche Äußerung der Beklagten zur Herkunft der von ihr verwendeten Geldmittel als wahr unterstellen. Unstreitig hatte die Beklagte bei der Renovierung und Einrichtung ihres Hauses Unkosten in Höhe von ca. 20.000,-- DM. So hohe Unkosten lassen sich keinesfalls mit dem geringfügigen Vorteil finanzieren, den das Abrechnungsverfahren der Parteien für die Beklagte bot. Allenfalls wäre daran zu denken, daß die Beklagte mit dem Geld des Klägers ihre vertraglichen Bezüge meinte. Auch das kann jedoch ohne eine Vernehmung der Zeugen nicht beurteilt werden.

- 10 -



- 10 -

Das angefochtene Urteil mußte daher aufgehoben und die Sache gemäß § 565 Abs. 1 ZPO an die Vorinstanz zurückverwiesen werden. Das Landesarbeitsgericht wird die beantragte Vernehmung der Zeugen O nachholen müssen.

gez.: Dr. Stumpf

Röglin

Dr. Thomas

Handrack

Dr. Dieterich



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)