

Aktenzeichen: 3 AZR 84/79

LAG Hamburg Urteil des BAG vom 24. Januar 1980

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

---

Gesetz: BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers,  
§§ 823, 249

Leitsätze:

K e i n e



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 AZR 84/79

4 Sa 42/78 Hamburg

Verkündet am  
24. Januar 1980

gez. Sürig,  
Amtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

# Im Namen des Volkes!

## Urteil

In Sachen

pp.

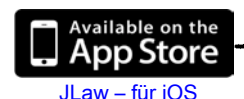
hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Januar 1980 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Stumpf, die Richter Dr. Thomas und Schaub sowie die ehrenamtlichen Richter Trautmann und Beer für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 9. Oktober 1978 - 4 Sa 42/78 - 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 !



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



- 2 -

### Tatbestand:

Der Kläger war vom 1. März 1973 bis zum 20. September 1976 bei der Beklagten mit einem monatlichen Bruttoverdienst von zuletzt 2.500,-- DM als Eisverkaufsfahrer beschäftigt.

Die Beklagte betreibt den Verkauf von Speiseeis mit mindestens 10 Verkaufswagen. Die Fahrer bereiteten auf ihren Wagen das Speiseeis aus in Beuteln abgepacktem Eispulver und einigen Zutaten selbständig zu und verkauften das Eis auf der Straße, wobei aus einem Kilogramm Eispulver durchschnittlich etwa 25,-- DM Erlöst wurden. Am Abend gaben die Fahrer der Beklagten den Beuterverbrauch des Tages an und übergaben die eingenommenen Gelder. Für die verbrauchten Eispulverbeutel erhielten sie entsprechenden Ersatz. Der Kläger entnahm seiner Tageskasse, zumindest in den Jahren 1975 und 1976, täglich 2,-- DM.

Am 27. Juli 1976 offenbarte die Frau des Verkaufsfahrers R der Beklagten und ihrem Ehemann umfangreiche Unterschlagungen ihres Mannes. In den nachfolgenden Gesprächen gestand der Fahrer R, daß er und andere Verkaufsfahrer aus dem Lager der Beklagten Eispulver entwendet und auf ihren Fahrten Eis auf eigene Rechnung verkauft hatten. Zum Beweis händigte R der Beklagten drei Sparbücher aus, aus denen hervorging, daß er in der Zeit vom 12. Mai 1971 bis zu seinem Geständnis insgesamt 161.542,23 DM eingezahlt hatte. Als ersten Beitrag für eine Wiedergutmachung zahlte er 30.000,-- DM an die Beklagte. Als der Ehemann der Beklagten den Kläger im Zusammenhang mit den Aussagen des Zeugen R daraufhin zur Rede stellte, händigte ihm der Kläger einen Karton mit 20 kg Eispulver aus.

Im August 1976 bekam der Kläger von der Beklagten nur noch 800,-- DM netto auf sein Gehalt ausbezahlt. Am 20. September 1976 kündigte die Beklagte ihm fristlos.

Der Kläger begehrt mit seiner Klage das restliche Augustgehalt,

- 3 -



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



- 3 -

|                                                                                                                                           |        |              |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|--------------|
|                                                                                                                                           | brutto | 2.500,-- DM  |
| abzüglich der gezahlten                                                                                                                   | netto  | 800,-- DM    |
| abzüglich vermögenswirksamer<br>Leistung                                                                                                  | netto  | 52,-- DM,    |
| anteiliges September-Gehalt,                                                                                                              | brutto | 1.666,70 DM  |
| abzüglich vermögenswirksamer<br>Leistung                                                                                                  | netto  | 52,-- DM,    |
| Urlaubsgeld in Höhe von<br>1 1/2 Monatsgehältern,                                                                                         | brutto | 3.750,-- DM, |
| Abführung der vermögenswirk-<br>samen Leistung für die Zeit<br>vom 1. November 1975 bis ein-<br>schließlich September 1976 in<br>Höhe von |        |              |
| 52,-- DM monatlich                                                                                                                        | netto  | 572,-- DM    |
| und                                                                                                                                       |        |              |
| Mahnkosten in Höhe von                                                                                                                    | netto  | 6,-- DM ,    |

Er hat dazu vorgetragen, daß ihm neben der restlichen Vergütung und der noch nicht abgeführten vermögenswirksamen Leistung auch eine Urlaubsvergütung in Höhe von 1 1/2 Monatsgehältern zustehe. Dies sei zwischen den Parteien so vereinbart gewesen, weil er auch an den Wochenenden bis zu 14 Arbeitsstunden täglich gearbeitet habe.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 7.916,67 DM brutto abzüglich 904,-- DM netto zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an die Volksfürsorge Lebensversicherungs-AG, An der Alster 57-63, 2 Hamburg 1, zu Vers.-Nr.: 29539 134 58 572,-- DM netto zu zahlen und
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 6,-- DM netto zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Widerklagend hat sie beantragt,

den Kläger als Gesamtschuldner neben dem Betriebsleiter M und den Verkaufsfahrern R , B , W u.a. zu verurteilen, an die Beklagte einen Teilbetrag von 150.000,-- DM zu zahlen.

Zur Begründung ihrer Anträge hat die Beklagte vorgetragen, 6 Wochen Urlaub und damit eine Urlaubsabgeltung in Höhe von 1 1/2 Monatsgehältern stünden dem Kläger nicht zu,



sie habe einen sechswöchigen Urlaub nur für den Fall versprochen, daß der Kläger bis zum Ende der Saison, d. h. bis zum 31. Oktober durcharbeite. Im übrigen besitze sie eine Schadenersatzforderung in Höhe von etwa 800.000,-- DM gegen den Kläger. Mit einem Teilbetrag habe sie gegen etwaige Ansprüche des Klägers aufgerechnet, einen weiteren Teilbetrag mache sie widerklagend geltend.

Die Beklagte hat behauptet, der Kläger habe mit anderen Verkaufsfahrern gemeinschaftlich Eispulver entwendet, um es zu Speiseeis zu verarbeiten und auf eigene Rechnung zu verkaufen. Der Schlüssel zum Lager, den er dabei benutzt habe, habe er nicht von ihr erhalten, sondern sei ein Nachschlüssel gewesen. Um auffällige Differenzen bei den Einnahmen zu vermeiden, hätten die Fahrer täglich in Gaststätten oder telefonisch die Beträge abgesprochen, die von den einzelnen Fahrern jeweils an sie abgeführt wurden. Die überschießenden Beträge habe jeder für sich behalten.

Die Beklagte hat außerdem die Ansicht vertreten, daß ein Vergütungsanspruch des Klägers schon deshalb nicht bestehe, weil der Kläger während seiner Arbeitszeit Eis auf eigene Rechnung verkauft, d. h. seine Arbeitskraft der Beklagten nicht voll zur Verfügung gestellt habe.

Der Kläger hat die Abweisung der Widerklage beantragt. Er hat bestritten, gemeinschaftlich mit anderen Verkaufsfahrern Eisbeutel entwendet und verkauft zu haben. Er habe lediglich einen Karton Eispulver von dem Kollegen P geschenkt erhalten, um gelegentliche Differenzen zum Ausgleich zu bringen, die dadurch entstanden seien, daß angerührtes Eispulver nach Beendigung der Arbeitszeit weggekippt werden mußte. Er habe auch keinen Nachschlüssel zum Lager gehabt. Sein Schlüssel sei ihm bei der Einstellung ausgehändigt worden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag und hinsichtlich der Widerklage seinen Abweisungsantrag weiter.



### Entscheidungsgründe:

Die Entscheidung kann keinen Bestand haben.

1.1. Das Landesarbeitsgericht hat dem Kläger Vergütung für die Zeit vom 1. August bis 20. September 1976 in voller Höhe abzüglich der bereits erfolgten Zahlung zugebilligt. Wie es selbst festgestellt hat, verkaufte der Kläger während seiner Arbeitszeit in nicht unerheblichem Umfang Speiseeis auf eigene Rechnung, anstatt für die Beklagte tätig zu sein. Dem Kläger steht die vereinbarte Vergütung nur für die Zeit zu, in der er für die Beklagte redlich tätig war. Das Landesarbeitsgericht muß deshalb, gegebenenfalls im Wege der Schätzung entsprechend § 287 ZPO, ermitteln, in welchem zeitlichen Umfang der Kläger Eis auf eigene Rechnung verkauft und welche Vergütung ihm demgemäß zugestanden hat.

2. Erneut zu prüfen ist auch die Frage, ob dem Kläger die begehrte und vom Landesarbeitsgericht zugesprochene vermögenswirksame Leistung zusteht. Die Beklagte hatte sich nur bereit erklärt, von der Vergütung des Klägers 52,-- DM monatlich auf einen vermögenswirksamen Lebensversicherungsvertrag des Klägers abzuführen, so daß der Kläger auch mit diesem Begehren lediglich einen Teil seiner Vergütung geltend macht. Da dem Kläger nicht der volle Vergütungsanspruch zustand, hat er möglicherweise bereits zuviel Vergütung erhalten und kann schon deshalb den eingeklagten Betrag nicht mehr beanspruchen. Dies muß sich aus dem vom Gericht noch zu ermittelnden Vergütungsanspruch des Klägers ergeben. Außerdem hat das Berufungsgericht nicht nachgeprüft, ob die Beklagte die vom Kläger begehrten Beträge einbehalten oder mit der übrigen Vergütung an den Kläger ausbezahlt hat. Sollte das Geld ausbezahlt worden sein, hat der Kläger ohnehin mehr erhalten, als er zu beanspruchen hatte; dann hat er auch deshalb keinen Anspruch mehr auf den geltend gemachten Betrag.

3. Das Landesarbeitsgericht muß auch die Höhe der Urlaubsabgeltung neu bestimmen, da die Vorinstanzen bei der nach §§ 7 Abs. 4, 11 Abs. 1 BUG zu berechnenden Abgeltung den falschen Durchschnittsverdienst von 2.500,-- DM zugrunde gelegt haben.



4. Das Berufungsgericht muß schließlich erneut prüfen, ob dem Kläger ein Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten Mahnkosten zugestanden hat. Da wegen der Aufrechnung der Beklagten und der damit verbundenen Rückwirkung (§ 389 BGB) ein Verzug der Beklagten bei der unterlassenen monatlichen Abführung von 52,-- DM nicht vorliegt, ist noch zu prüfen, ob dem Kläger ein Ersatzanspruch aus schuldhafter Vertragsverletzung zusteht. Dabei ist zu beachten, daß eine der Beklagten vorwerfbare Pflichtverletzung dann nicht gegeben war, wenn der Kläger wegen seiner deliktischen Handlungen an Vergütung bereits das erhalten hatte, was ihm zustand, und die Beklagte deshalb nicht mehr verpflichtet war, die entsprechenden Beträge abzuführen.

II.1. Zum Schadenersatzanspruch der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht angenommen, daß der Kläger als Mittäter für einen von der Beklagten nachgewiesenen Schaden von zumindest 190.000,-- DM haften müsse. Vom Landesarbeitsgericht jedoch nicht ausreichend geklärt ist die Frage der Mittäterschaft des Klägers. Nach den bisherigen Feststellungen reichen die täglichen Absprachen über die jeweils abzuliefernde Tageskasse nicht aus, um daraus auf einen gemeinsamen Handlungs- und Schädigungswillen aller Beteiligten im Sinne einer Mittäterschaft schließen zu können. Die Absprachen erfolgten nur, damit jeder Fahrer ungestört seinen eigenen "Geschäften" nachgehen konnte. Die Fahrer arbeiteten nach den bisher bekannten Tatsachen ohne gemeinsamen Plan und ohne sich gegenseitig darüber zu unterrichten, wieviel Eispulver gestohlen und wieviel Geld ein jeder unterschlagen hat. Dieses selbständige Vorgehen führte sogar dazu, daß die Fahrer untereinander mit dem gestohlenen Eispulver handelten. Die Absicht eines gemeinsamen Vorgehens zum Nachteil der Beklagten läßt sich demnach dem Verhalten des Klägers und der anderen Fahrer nicht entnehmen.

2. Das Landesarbeitsgericht muß auch die Höhe des vom Kläger zu verantwortenden Schadens neu bestimmen.



- 7 -

a) Das Berufungsgericht ist von einem von den Fahrern R und M verursachten und vom Kläger als Mittäter mit zu tragenden Gesamtschaden von 190.000,-- DM ausgegangen. Sollten sich im weiteren keine Anhaltspunkte für eine Mittäterschaft ergeben, muß der vom Kläger allein verursachte Schaden, gegebenenfalls im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO, ermittelt werden.

b) Das Landesarbeitsgericht hat es schließlich unterlassen, den Anspruch der Beklagten wegen der vom Kläger täglich der Kasse entnommenen 2,-- DM zu bestimmen, obwohl der Kläger die von ihm behauptete Einwilligung der Beklagten zu der Entnahme nicht bewiesen hat. Um über diesen Anspruch der Beklagten entscheiden zu können, muß die Vorinstanz noch prüfen, in welchen Zeiträumen der Kläger das Geld der Kasse entnommen hat.

gez.: Dr. Stumpf Dr. Thomas Schaub

Trautmann

Beer

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](#)