

|                            |      |
|----------------------------|------|
| Für das Nachschlagewerk!   | Ja   |
| Für die Fachpresse!        | Ja   |
| Für die Amtliche Sammlung! | Nein |

---

Gesetz: ZPO § 355, §§ 286, 375

Leitsatz: Die Vernehmung eines Zeugen, der nur im Wege der Rechtshilfe durch den ersuchten Richter vernommen werden kann, darf nicht mit der Begründung abgelehnt werden, ohne unmittelbare Vernehmung vor dem Prozeßgericht sei der Wahrheitsgehalt der Aussage nicht zu beurteilen.

Aktenzeichen: 5 AZR 350/76

Urteil des BAG vom 27. Juli 1977

LAG Berlin



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 350/76

6 Sa 99/75 Berlin

Verkündet

am 27. Juli 1977

gez. Schartel,

Angestellter

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 27. Juli 1977 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Siara und Dr. Heither sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Gundelach und die ehrenamtliche Richterin Bahr für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 28. April 1976 - 6 Sa 99/75 - aufgehoben, soweit es die Klage in Höhe von 8.600,-- DM abgewiesen und über die Kosten entschieden hat.
2. Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit 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 ist Konkursverwalter über das Vermögen des Kaufmanns Hans-Jürgen R , der früher in Berlin ein Einzelhandelsgeschäft unter der Firma Blumen-W betrieben hat. R ist 1974 in der DDR wegen Fluchthilfe festgenommen und verurteilt worden; er sitzt zur Zeit in der Strafanstalt in Bautzen ein.

Der Beklagte war Arbeitnehmer des Gemeinschuldners. Zu seinen Aufgaben gehörte die Führung der Buchungsunterlagen. Im Rahmen dieser Tätigkeit vermerkte er auf einem Buchungsbogen für den Monat August 1973 unter dem 8. August 1973 in der als "Vorgang" bezeichneten Spalte: "Darlehen M "; in der für die Ausgaben vorhandenen Spalte war unter der Bezeichnung "unbar" jeweils ein Betrag von 6.000,-- DM bzw. 3.000,-- DM eingesetzt. Eine entsprechende Eintragung erfolgte auf einem Buchungsbogen für den Monat August 1973 unter dem 13. August 1973, die in der Spalte "Ausgaben, Bar" einen Darlehensbetrag von 1.000,-- DM angibt. Beide Buchungsbögen enthalten am unteren Rand eine Erklärung folgenden Wortlauts: "Ich erkläre nach bestem Wissen, daß der ausgewiesene Kassenbestand mit dem tatsächlichen Kassenbestand übereinstimmt." Diese Erklärung ist jeweils vom Beklagten unterschrieben.

Mit der Klage verlangt der Kläger die dem Beklagten nach seiner Behauptung zugeflossenen Darlehensbeträge in Höhe von 10.000,-- DM. Zum weiteren Beweis der Darlehenshingabe hat er sich auf die Vernehmung des Gemeinschuldners sowie dessen an den Kläger aus der Strafanstalt in Bautzen gerichtetes Schreiben vom 7. April 1975 berufen, das folgenden Wortlaut hat:

"Danke für Ihr Schreiben vom 24/III 75, welches mich  
Erstmalig von einem Konkursverfahren H.-J. R  
unterrichtet hat.

Ich darf Ihnen dazu folgendes Mitteilen!

Das Darlehen in Höhe von 10.000,-- DM wurde  
Herrn M von mir gewährt und ausgezahlt.  
Ein Rückzahlungs-Zeitpunkt war noch nicht  
festgelegt.

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

Anders bei Herrn T .

Das Darlehen in Höhe von 5.000,-- DM wurde Herrn T von mir gewährt und ausgezahlt. Rückzahlungszeitpunkt war Anfang 1974.

Meiner Verlobten ist jedoch ein Irrtum in sofern unterlaufen, daß Herr T dieses Darlehen nicht zum Ankauf eines gebrauchten VW erhalten hat, sondern für seine damalige neue Wohnung in Mariendorf.

Ich bestätige ausdrücklich, daß beide Darlehen von mir, sowohl an Herrn M , als auch an Herrn T , ausgezahlt und in deren Besitz verblieben sind.

Von einer Verschleierung meiner Entnahmen kann also keine Rede sein und ich bitte Sie, mich gegen derartige Anschuldigungen zu schützen."

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die Darlehenshingabe bestritten. Die in den Büchern eingetragenen Beträge seien dem Gemeinschuldner zugeflossen. Dieser habe zur damaligen Zeit auf Rat seines Steuerbevollmächtigten seine Entnahmen aus dem Betrieb auf ein Minimum beschränken müssen. Deshalb sei man übereingekommen, Arbeitnehmerdarlehen einzutragen, die Beträge aber unmittelbar dem Gemeinschuldner zugutekommen zu lassen. Hilfsweise hat der Beklagte mit einer ihm für Februar 1974 noch zustehenden Lohnforderung in Höhe von 1.400,-- DM aufgerechnet.

Das Arbeitsgericht hat der Darlehensklage in Höhe von 1.000,-- DM stattgegeben, und zwar hinsichtlich des vom Beklagten als Bar-Ausgabe verbuchten Betrages. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen.

Gegen das Urteil des Arbeitsgerichts haben beide Parteien Berufung eingelegt. Der Kläger hat die zur Aufrechnung gestellte Lohnforderung von 1.400,-- DM anerkannt und daher den Klagebetrag auf 8.600,-- DM ermäßigt. Der Beklagte hat mit seiner Berufung die Abweisung der Klage auch insoweit erstrebt, als das Arbeitsgericht ihr stattgegeben hat. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und auf die Berufung des Beklagten die Klage auch in Höhe des vom Arbeitsgericht zuerkannten Betrages abgewiesen; die Abweisung beruht auf der hilfsweisen Aufrechnung mit der unstreitigen Lohnforderung.

Gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts hat lediglich der Kläger Revision eingelegt, mit der er das Klageziel weiterverfolgt, soweit er damit keinen Erfolg hatte.



- 4 -

### Entscheidungsgründe:

Die Revision hat, soweit über die Klageforderung noch Streit besteht, Erfolg.

1. Das Landesarbeitsgericht hat es, soweit die Darlehenshingabe in den Buchungsunterlagen als "unbarer" Zahlungsvorgang vermerkt ist, abgelehnt, hierüber den vom Kläger benannten Gemeinschuldner im Wege der Rechtshilfe als Zeugen zu vernehmen. Es unterstellt, daß eine kommissarische Vernehmung des Zeugen in der DDR durchführbar gewesen wäre, hält den dahingehenden Beweisantrag aber als ein "nicht präsent" Beweismittel; es sei wegen der fehlenden Unmittelbarkeit der Vernehmung nicht möglich, die gegebene oder fehlende Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage zu beurteilen.

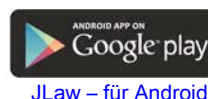
Damit hat das Landesarbeitsgericht, wie die Revision zu Recht und in gehöriger Form rügt, die tatrichterliche Pflicht zur umfassenden Erhebung aller angebotenen erheblichen Beweise entgegen § 286 ZPO verletzt. Mit der angegebenen Begründung kann ein Beweismittel weder als nicht erreichbar noch als völlig ungeeignet zurückgewiesen werden. Unerreichbar ist ein angetretener Zeugenbeweis nur, wenn der Zeuge - z.B. wegen dauernden Auslandsaufenthalts - am Erscheinen vor dem Prozeßgericht verhindert ist und in absehbarer Zeit auch nicht vor einem ersuchten Richter vernommen werden kann. Das ist hier nicht der Fall. Es kann davon ausgegangen werden, daß der Gemeinschuldner als Zeuge vor dem zuständigen Gericht der DDR vernommen werden wird; der Kläger hat in der Revisionsinstanz durch Vorlage eines Beweisprotokolls vom 11. Juni 1976 dargelegt, daß der Gemeinschuldner im Zivilprozeß des Klägers gegen einen anderen Angestellten durch das Kreisgericht Bautzen als Zeuge vernommen worden ist.

Das Beweismittel läßt sich auch nicht deshalb von vornherein als untauglich ansehen, weil sein Wert nur bei einer unmittelbaren Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht zu beurteilen wäre. Ein Urteil dahin, daß ein Beweismittel erfolglos sei, ist generell erst nach durchgeführter Beweisaufnahme zulässig; selbst wenn vorher eine mehr oder minder große Wahrscheinlich-

- 5 -



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



- 5 -

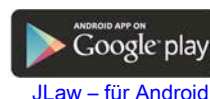
keit für die Erfolglosigkeit sprechen mag, ist eine vorweggenommene Beweiswürdigung unzulässig. Gemäß diesen Grundsätzen ist auch bei Beweiserhebungen zu verfahren, die - wie vor allem beim Zeugenbeweis (§ 375 ZPO) - nur durch den ersuchten Richter erfolgen können. Die fehlende Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (§ 355 ZPO) erlaubt für sich allein nicht den endgültigen Schluß, das Beweismittel sei als Grundlage einer tatrichterlichen Feststellung völlig ungeeignet. Es ist gerade beim Zeugenbeweis nicht auszuschließen, daß der von dem ersuchten Richter gehörte Zeuge sich zu den Beweisfragen detailliert äußert und sich hieraus erhebliche Anhaltspunkte für den Wahrheitsgehalt seiner Aussage ableiten lassen; unter Umständen kann der Tatrichter danach Anlaß zur Prüfung der Frage haben, ob der Zeuge gemäß § 391 ZPO zu beeidigen sei. Da ein vorheriges abschließendes Urteil über den Wahrheitsgehalt der Aussage nicht möglich ist, nimmt der Tatrichter, der auf der unmittelbaren Beweisaufnahme besteht, damit die Beweiswürdigung vorweg; dies ist aber, wie gesagt, ausnahmslos nicht zulässig. Wie weit hiervon abgewichen werden kann, wenn es entscheidend auf die persönliche Glaubwürdigkeit eines Zeugen ankommt, kann hier offen bleiben. Das Landesarbeitsgericht hat - und konnte dies bei der gegebenen Sachlage nicht anders - die Ablehnung des Beweisantrages nicht mit der fehlenden persönlichen Glaubwürdigkeit des Zeugen begründet, sondern allein mit der Unmöglichkeit, sich ohne unmittelbare Vernehmung ein ausreichendes Urteil über die Glaubhaftigkeit der Aussage - also den objektiven Wahrheitsgehalt - zu verschaffen.

Möglicherweise beruht die Ablehnung des Beweisantrages auf der Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger könne den streitigen Darlehnsanspruch erneut - nämlich nach der Rückkehr des Zeugen R - gerichtlich geltend machen und dann dessen zeugenschaftliche Vernehmung herbeiführen. Das Landesarbeitsgericht bezeichnet nämlich den Beweisantritt als nicht "präsenes" Beweismittel mit dem Ergebnis, daß die Klage als "zur Zeit" unbegründet abzuweisen sei. Eine solche Rechtsauffassung wäre unrichtig. Die Rechtskraft eines klageabweisenden Urteils könnte nur beseitigt werden, wenn die Voraussetzungen einer Restitutionsklage nach § 580 ZPO gegeben wären. Die spätere Erreichbarkeit eines zur

- 6 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

Zeit des Urteilserlasses nicht verfügbaren Beweismittels ist kein Restitutionsgrund.

Das Landesarbeitsgericht hat somit zu Unrecht den Antrag auf Vernehmung des Zeugen R zurückgewiesen.

2. Die sonstigen Angriffe der Revision gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts gehen fehl.

Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht die von der Hand des Beklagten rührenden Eintragungen in den Buchungsbögen nicht als Anerkenntnis des Darlehnsempfangs bewertet. Der Beklagte hat damit, was auch die Revision nicht verkennt, den Darlehnsempfang nicht persönlich bestätigt, sondern nur kraft der ihm arbeitsvertraglich obliegenden Pflicht - also im Namen des Gemeinschuldners - gehandelt. Entgegen der Ansicht der Revision führt ein solches Handeln auch nicht dazu, dem Kläger die Beweislast für die Darlehnshingabe abzunehmen oder zu erleichtern. Das kommt allenfalls insoweit in Betracht, als der Barempfang des Darlehnsbetrages in den Buchungsbögen eingetragen ist. Soweit die Darlehnshingabe als unbarer Vorgang vermerkt ist, verbleibt die Beweislast angesichts des substantiierten Bestreitens des Beklagten weiterhin beim Kläger. Nach dem eigenen Vorbringen des Klägers ist der Darlehnsbetrag entgegen der Eintragung in den Buchungsbögen in bar übergeben worden; das allein schließt es aus, den Eintragungen den von der Revision geforderten hohen Beweiswert zuzusprechen.

Die Beweislast wird auch nicht durch den vom Beklagten stammenden Schlußvermerk auf den Buchungsbögen verändert; dort wird bestätigt, daß der ausgewiesene Kassenbestand mit dem tatsächlichen Bestand übereinstimme. Eine solche Übereinstimmung hätte auch dann vorgelegen, wenn der Gemeinschuldner die nach der Behauptung des Klägers von ihm selbst bei der Bank abgehobenen Beträge für sich behalten hätte. Daß er dies nicht getan, sondern die Beträge an den Beklagten weitergeleitet habe, läßt sich mit den einen solchen Zahlungsvorgang widersprechenden Eintragungen weder nachweisen noch auch wahrscheinlich machen.

- 7 -



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



- 7 -

3. Auf Grund des unter Nr. 1 dargelegten Verfahrensverstößes war das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufzuheben. Zugleich war der Rechtsstreit, der ohne die Vernehmung des Zeugen R nicht abschließend entschieden werden kann, an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

gez.: Dr. Hilger

Siara

Dr. Heither hat  
Urlaub  
Dr. Hilger

Gundelach

Bahr

