

16. Okt. 2017

113

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Nein

Gesetz: BGB §§ 273, 274, 393, 823; ZPO §§ 148, 149, 314;
StGB § 246

- Leitsätze:
1. Gegenüber einer Forderung aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung, gegen die eine Aufrechnung nicht zulässig ist, kann auch nicht das Zurückbehaltungsrecht wegen einer Gegenforderung geltend gemacht werden.
 2. Ob eine Aussetzung nach den §§ 148, 149 ZPO zu erfolgen hat, steht grundsätzlich im freien Ermessen des Gerichts.

Aktenzeichen: 5 AZR 464/66

Urteil des BAG vom 16. Oktober 1967

LAG Niedersachsen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 464/66

2 Sa 426/66 Niedersachsen

Urteilstenor zugestellt
am 16. Oktober 1967

gez. Weinrich,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß
§ 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 12. Oktober 1967
durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Dr. Boldt,
die Bundesrichter Wichmann und Dr. Auffarth sowie die
Bundesarbeitsrichter Heidenreich und Krebs für Recht
erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 28.
Oktober 1966 - 2 Sa 426/66 - aufgehoben.
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 -

T a t b e s t a n d :

Der Beklagte war bei der Klägerin als Leiter der Buchhaltung tätig. Die Bedingungen, unter denen das Arbeitsverhältnis stand, ergeben sich aus dem Bestätigungsschreiben vom 25. Oktober 1963, das folgenden Wortlaut hat:

"Hiermit wird bestätigt, daß Herr W H vom 1. Nov. 1963 an als Leiter der Buchhaltung bei einem monatlichen Gehalt von DM 2.000,-- eingestellt ist.

Herr H wird in den Monaten November und Dezember noch seine eventuell anfallenden Restarbeiten von seiner früheren Tätigkeit abwickeln und erhält dafür etwa im Monat einige Tage Zeit, um diese Dinge abzuwickeln.

Nach Abwicklung seiner Dinge verpflichtet sich Herr H , seine Arbeitskraft ausschließlich seiner Tätigkeit zu widmen.

Für irgendwelche Sonder- und andere Arbeiten muß Herr H vorher die Genehmigung von Herrn C haben.

Die ersten drei Monate gelten als Probezeit mit monatlicher Kündigung vom 1. und 15. zum jeweils 30. und wiederum 15. Nach Ablauf der ersten drei Monate wird eine zweite Probezeit unter denselben Bedingungen vereinbart.

Nach gewisser Bewährung erhält Herr H zunächst u. a. Bankvollmacht, nach restloser Bewährung noch im alten Jahr ist mit Herrn H vereinbart worden, ihm "Prokura" zu erteilen."

Am 31. Mai 1965 kündigte die Klägerin dem Beklagten fristlos. Sodann verklagte sie ihn in einem Vorprozeß auf Zahlung von 4.414,83 DM. Diese Klage war auf die Behauptung gestützt, der Beklagte habe im April und Mai 1965 insgesamt 6.199,96 DM von dem Postscheckkonto der Klägerin abgehoben und das Geld widerrechtlich für sich verwandt. Von diesem Betrage setzte die Klägerin das Nettogehalt des ^{abgehobenen} Klägers für Mai 1965 in Höhe von 1.784,83 DM ab. Der Beklagte erklärte die Aufrechnung

- 3 -



113

- 3 -

mit angeblichen Gegenforderungen, nämlich mit Gehaltsforderungen für Mai und Juni 1965 im Betrage von 3.569,66 DM netto, mit einer Teilforderung aus einer nach seiner Behauptung vereinbarten Sondervergütung von jährlich 10.000,-- DM und mit einem angeblich weiter vereinbarten Urlaubsgeld für die Jahre 1963 bis 1965 in Höhe von 700,-- DM. Diese Aufrechnung wurde gemäß § 393 BGB vom Gericht nicht zugelassen; der Beklagte wurde antragsgemäß verurteilt.

Nach Rechtskraft jenes Urteil hat die Klägerin die nunmehr zur Entscheidung stehende Klage erhoben. Sie hat behauptet, der Beklagte habe ursprünglich 39.699,96 DM unterschlagen. Davon habe er 12.500,-- DM für die Klägerin wieder eingezahlt. Außerdem seien die im Vorprozeß erwähnten 6.199,96 DM abzuziehen. Aufgrund dieses Vortrags hat die Klägerin beantragt,

den Beklagten zur Zahlung von 21.000,-- DM
nebst 8 % Zinsen seit dem 1. April 1965
zu verurteilen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat nicht bestritten, dem Vermögen der Klägerin 39.699,96 DM entnommen zu haben. Er hat jedoch seine Berechtigung zu dieser Entnahme behauptet, da seine eigenen Forderungen gegen die Klägerin deren Forderungen überstiegen hätten, und die Aufrechnung erklärt. Die Klägerin habe ihm eine Sondervergütung von jährlich 10.000,-- DM sowie eine Altersversorgung zugesagt, an deren Stelle er Versicherungsprämien in Höhe von 2.800,-- DM fordern könne. Weiter habe ihm die Klägerin ein Urlaubsgeld von je 20,-- DM für insgesamt 21 Tage Urlaub im Jahr zugestanden, wovon 720,-- DM für 36 Urlaubstage rückständig seien. Schließlich könne er 800,-- DM Mehrarbeitsvergütung fordern.

- 4 -



- 4 -

Der Beklagte ist in den Vorinstanzen antragsgemäß verurteilt worden. Mit der Revision erstrebt er weiterhin die Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

I. Das Landesarbeitsgericht führt zu der Klageforderung aus, der Beklagte habe die tatsächlichen Feststellungen zu der Forderung der Klägerin, wie sie in der ersten Instanz getroffen worden seien, nicht bestritten. Daß das Arbeitsgericht aus jenen Feststellungen auf eine Unterschlagung geschlossen habe, sei rechtlich unbedenklich. Deshalb müsse auch in der zweiten Instanz von einer Unterschlagung des Beklagten zu Lasten der Klägerin ausgegangen werden. Somit stehe der Klägerin eine Forderung aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung zu. Gegen eine solche Forderung sei eine Aufrechnung nach § 393 BGB ausgeschlossen.

1. Hiergegen wendet die Revision in erster Linie ein, das Landesarbeitsgericht sei verpflichtet gewesen, das Verfahren auszusetzen, bis das gegen den Beklagten laufende Strafverfahren erledigt sei; dieser Verpflichtung sei es jedoch nicht nachgekommen. Diese Rüge ist unbegründet. Bei den §§ 148 f. ZPO handelt es sich um Kann-Bestimmungen. Das Gericht darf deshalb in Fällen dieser Art seine Entscheidung nach freiem Ermessen treffen (Stein-Jonas, ZPO, 19. Aufl., § 148 Anm. II 2, § 149 Anm. I 4; Baumbach-Lauterbach, ZPO, 29. Aufl., § 148 Anm. 2 A, § 149 Anm. 1; Wieczorek, ZPO, § 148 Anm. A I c, § 149 Anm. B II c). Eine Ermessensüberschreitung durch das Landesarbeitsgericht ist im vorliegenden Fall nicht festzustellen.

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

113

- 5 -

Der Beklagte hatte die Aussetzung nach den §§ 148 f. ZPO wegen eines schwebenden Strafverfahrens beantragt. Dieser Antrag war nicht schlüssig. Denn die Beurteilung im Strafverfahren ist für das Arbeitsgericht nicht bindend. Zudem kommt es im Arbeitsgerichtsprozeß nicht auf die Strafbarkeit der Handlungen des Beklagten an. Zur Anwendung des § 393 BGB genügt vielmehr eine vorsätzliche unerlaubte Handlung, und zwar auch dann, wenn sie nicht strafbar ist.

2. Die Revision meint weiter, das Landesarbeitsgericht habe zu Unrecht nicht geprüft, ob dem Beklagten nicht ein Zurückbehaltungsrecht zustehe; sein Vortrag sei so zu verstehen, daß er seine Leistung, nämlich die Zahlung von 21.000,— DM, notfalls habe zurückbehalten wollen. Auch dem kann nicht gefolgt werden.

Ein Zurückbehaltungsrecht ist lediglich auf Einrede hin zu prüfen, die in den Vorinstanzen nicht erhoben ist. Auch müßte nach § 274 BGB im Falle der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts ein anderer Antrag gestellt werden, als ihn der Beklagte bisher gestellt hat, nämlich ein solcher auf Verurteilung Zug um Zug. Vor allem ist die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts dann ausgeschlossen, wenn sie im Ergebnis auf nichts anderes hinausliefe als auf eine nach dem Gesetz nicht erlaubte Aufrechnung (Palandt, BGB, 26. Aufl., § 273 Anm. 5 d; Soergel-Siebert, BGB, 9. Aufl., § 273 Anm. 22; Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB, 11. Aufl., § 273 Anm. 12). Es kann nicht angenommen werden, daß das Gesetz mit Hilfe des Zurückbehaltungsrechts den § 393 BGB praktisch hätte ausschalten wollen. Es kann insbesondere nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber in dieser Weise einer

- 6 -



- 6 -

Umgehung des § 393 BGB Tür und Tor hätte öffnen wollen. Daraus folgt, daß ein Zurückbehaltungsrecht dann nicht eingreifen kann, wenn ein Fall des § 393 BGB vorliegt.

3. Die Revision beanstandet schließlich, daß das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen sei, der Beklagte habe eine Unterschlagung begangen. Es ist der Revision zuzugeben, daß insoweit Bedenken gegen das angefochtene Urteil bestehen.

a) Der Beklagte hatte zwar in erster Instanz zu Protokoll (Bl. 35 Rückseite Vorakten) erklärt, er bestreite nicht, daß ihm 21.000,-- DM zugeflossen seien. Nach dem Schlußprotokoll zweiter Instanz (Bl. 79 Vorakten) macht der Beklagte aber geltend, er habe keine unerlaubte Handlung und keine Unterschlagung begangen, sondern das Geld mit Zustimmung eines leitenden Angestellten der Klägerin auf seine – des Beklagten – Forderungen entnommen. Nach dem angefochtenen Urteil (S. 3 der Ausfertigung) hat der Beklagte vorgetragen, er sei berechtigt gewesen, sich aus den in seine Hände gelangten Schecks der Klägerin zu befriedigen. Nach S. 4 der Urteilsausfertigung wendet sich der Beklagte gegen die Ansicht des Arbeitsgerichts, daß er Unterschlagungen begangen habe.

Unter diesen Umständen durfte das Landesarbeitsgericht die Annahme des Arbeitsgerichts, es liege eine Unterschlagung vor, nicht ohne eigene Prüfung übernehmen. Insoweit besteht ein Widerspruch zwischen dem Tatbestand und den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils sowie zwischen diesem Urteil und dem Protokoll der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung, das nach § 314 ZPO dem Tatbestand vorgeht. Angesichts dessen, daß der Beklagte in Abrede gestellt hatte, Unterschlagungen begangen zu haben, hätte das Landesarbeitsgericht hierzu eigene Feststellungen treffen müssen;

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

113

- 7 -

es durfte sich nicht damit begnügen, auf die vom Arbeitsgericht getroffenen Feststellungen zu verweisen.

b) Es kommt hinzu, daß die Feststellungen des Arbeitsgerichts, auf die sich das Landesarbeitsgericht beruft, nicht ausreichen, um das Vorliegen von Unterschlagungen schlüssig darzutun. Das Arbeitsgericht sagt hierzu lediglich, der Beklagte habe den Betrag aus dem Vermögen der Klägerin erlangt, ohne hierauf einen Anspruch zu haben, und er habe daher Unterschlagungen begangen. Aus den vorstehend wiedergegebenen Behauptungen des Beklagten folgt aber, daß er dartun will, er sei zu den Entnahmen befugt gewesen. Wenn das zuträfe, so fehlte es bereits an der zum Tatbestand einer strafbaren Unterschlagung notwendigen Rechtswidrigkeit. Mindestens aber ergibt sich aus den Behauptungen des Beklagten, daß er dartun will, er habe sich zu den Entnahmen für berechtigt gehalten. Träfe das zu, so würde es an der subjektiven Seite, nämlich einem Vorsatz des Beklagten, fehlen. Ohne Vorliegen eines Vorsatzes kann aber eine Unterschlagung nicht angenommen werden.

Nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts liegt die einzige unerlaubte Handlung des Beklagten in einem Verstoß gegen § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit der Strafvorschrift des § 246 StGB (Unterschlagung). Da eine solche nur vorsätzlich begangen werden kann, sind die Ausführungen des angefochtenen Urteils zu diesem Punkt unzureichend. Denn um die Annahme einer strafbaren Unterschlagung zu rechtfertigen, ist es erforderlich, daß auch die Rechtswidrigkeit und die subjektiven Merkmale der Unterschlagung festgestellt werden. Eine solche Feststellung ist weder in der ersten noch in der zweiten Instanz des vorliegenden Prozesses getroffen worden.

- 8 -



- 8 -

II. Hiernach reichen die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht aus, um das von ihm gefundene Ergebnis zu tragen. Das angefochtene Urteil muß deshalb aufgehoben werden. Dem Revisionsgericht ist es versagt, selbst Feststellungen tatsächlicher Art zu treffen. Da diese notwendig sind, um den Prozeß entscheiden zu können, müssen solche Feststellungen in der Tatsacheninstanz nachgeholt werden. Zu diesem Zweck ist die Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung erforderlich.

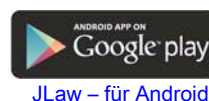
Bei der erneuten Verhandlung wird das Landesarbeitsgericht dem Vorbringen des Beklagten, das auf seine Rechtfertigung zielt, nachgehen müssen. Es wird dabei insbesondere aber auch erwägen müssen, ob diesem Vorbringen eine innere Wahrscheinlichkeit zukommt. Es wird prüfen müssen, welche Schlüsse daraus zu ziehen sind, daß der Beklagte mit seiner Einlassung gewechselt hat: Im Vorprozeß hatte er vorgetragen, kraft seiner Stellung zu Entnahmen berechtigt gewesen zu sein; dagegen hatte er im vorliegenden Verfahren sich auf die Zustimmung eines leitenden Angestellten der Klägerin berufen, ohne jedoch diesen namentlich zu nennen. Auch wird das Landesarbeitsgericht, soweit noch erforderlich, den Vorwürfen der Klägerin gegen den Beklagten, dieser habe eine Urkundenfälschung begangen, nachgehen müssen.

Ergeben die vom Landesarbeitsgericht zu treffenden Feststellungen, daß der Beklagte in der Tat eine vorsätzliche unerlaubte Handlung begangen hat, so muß der Klage entsprochen werden, ohne daß es auf die angeblichen Gegenforderungen des Klägers ankommt (vgl. § 393 BGB). Kann dagegen dem Beklagten eine vorsätzliche unerlaubte Handlung nicht nachgewiesen werden, so kommt

- 9 -



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



- 9 -

es auf dessen Gegenforderungen an. Denn der Beklagte bestreitet nicht, daß er die streitigen Beträge aus dem Vermögen der Klägerin an sich gebracht hat. Hierzu war er nach seinem eigenen Vortrag, wenn überhaupt, so doch jedenfalls nur für den Fall berechtigt, daß ihm die angeblichen Gegenforderungen zustanden.

- III. Ob das der Fall war, kann nach den bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts noch nicht entschieden werden. Entgegen der Auffassung der Revision kann der Senat deshalb die Klage nicht als unbegründet abweisen. Denn das Landesarbeitsgericht hat, von seinem Standpunkt aus zu Recht, zu den angeblichen Gegenforderungen des Beklagten bisher keine Feststellungen getroffen.

Bei der erneuten Verhandlung wird das Landesarbeitsgericht das notfalls nachzuholen haben. Es wird dabei zunächst auf die Sondervergütungen sowie auf die Versicherungsprämien, aber auch auf die Gegenforderungen, über die durch den Vorprozeß noch nicht entschieden ist, eingehen müssen. Hierzu wird das Landesarbeitsgericht berücksichtigen müssen, daß das Mai-Gehalt des Beklagten, das die Klägerin von den im Vorprozeß erhobenen Forderungen abgesetzt hat, seine Erledigung gefunden hat. Weiter kommt das Juni-Gehalt des Beklagten nicht mehr in Betracht, da dieser die fristlose Kündigung vom 31. Mai 1965 nicht angegriffen hat und diese somit wirksam geworden ist. Schließlich sind die 12.500,-- DM, die der Beklagte unstreitig für die Klägerin wieder eingezahlt hat (vgl. hierzu S. 5 der Urteilsausfertigung), im Vorprozeß erledigt. Nicht erledigt sind dagegen das Urlaubsgeld in Höhe von 720,-- DM sowie der Betrag von 800,-- DM für Mehrarbeitsvergütung. Das

- 10 -



- 10 -

nimmt das Landesarbeitsgericht auf S. 6 der Urteilsausfertigung zutreffend an. Auch insoweit hat der Beklagte aber die Aufrechnung erklärt. Notfalls wird sich das Landesarbeitsgerichts deshalb mit diesen angeblichen Gegenforderungen des Beklagten ebenfalls auseinandersetzen müssen.

gez. Dr. Boldt Wichmann Dr. Auffarth

Heidenreich Krebs

