

21. 1. Zurückbehaltung einer Geldschuld gegen eine Geldschuld des Gläubigers?
2. Inwieweit ist die Zurückbehaltung zulässig, wenn das Aufrechnungsverbot einschlägt?
3. Wirksamkeit der Einrede der Arglist gegenüber dem Aufrechnungsverbot?
BGB. §§ 273, 394.

III. Zivilsenat. Ur. v. 26. Mai 1914 i. S. E. (Kl.) w. Hamburgischen Staat (Bekl.). Rep. III. 62/14.

- I. Landgericht Hamburg.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Die den Sachverhalt ergebenden
Gründe

lauten:

„1. Der Kläger hat als im Hamburgischen Staatsdienst angestellter Zollaufseher im Dezember 1911 fünf Fuhren Branntwein gegen eine Belohnung von 150 *M* für die Fuhre unverzollt in das Zollgebiet einfahren lassen, ist deshalb zu Zuchthausstrafe verurteilt und wegen dieser seiner Beteiligung an der Zollhinterziehung dem Beklagten mindestens den Betrag von 4660 *M* zu ersetzen schuldig. Zur Deckung dieser Ersatsschuld hat der Beklagte seit 1. Februar 1913 das gesamte Gehalt des Klägers von monatlich 215 *M* zurückbehalten und dies dem Kläger durch Schreiben vom 30. Januar 1913 unter Berufung auf § 273 BGB. eröffnet. Die Klage fordert die am 1. Februar und 1. März 1913 fällig gewesenen, unpfändbaren Gehaltsbeträge mit $2 \times 185 = 370$ *M* nebst Zinsen, während der Beklagte die Zurückbehaltung auch des unpfändbaren Gehaltsteils für zulässig erachtet.

Das Landgericht hat den Beklagten klaggemäß verurteilt, da die Zurückbehaltung in Wahrheit eine Aufrechnung und darum nach § 394 BGB. unzulässig sei. Der Berufungsrichter hat den Beklagten verurteilt, „dem Kläger Zug um Zug gegen eine vom Kläger an den Beklagten zu leistende Zahlung von 4600 *M* 370 *M* zu zahlen“, mit der Begründung: Zurückbehaltung und Aufrechnung seien ihrer Natur nach verschieden, aus der Unzulässigkeit der Aufrechnung folge nicht die der Zurückbehaltung, und der Beklagte habe ausdrücklich nur ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht, also den zulässigen Weg der Zurückbehaltung gewählt, gerade weil ihm die Unzulässigkeit einer Aufrechnung bekannt gewesen sei.

2. In diesen Entscheidungen der Instanzen, welche sich beim Mangel landesgesetzlicher Vorschriften gemäß Art. 81 GG. z. BGB. auch in diesem Streitfalle lediglich auf die anzuwendenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs gründen, wiederholen sich die gegensätzlichen Rechtsauffassungen über das Verhältnis zwischen Zurückbehaltung und Aufrechnung, die seit langem in Theorie und Praxis zu lebhaftem Streit und zu widersprechenden Erkenntnissen geführt haben; vgl. z. B. Seuff. Arch. Bd. 59 Nr. 52 (Kammergericht: 14. März 1903) und Bd. 65 Nr. 22 (OLG. Marienwerder: 29. Oktober 1909). So wie jetzt der Berufungsrichter hat der erkennende III. Zivilsenat des Reichsgerichts durch Urteil vom 17. Februar 1903 (unvollständig abgedruckt in RGZ. Bd. 55 S. 1) in einem dem vorliegenden gleichen Falle entschieden: Gehaltsklage eines Eisenbahnbeamten, Einwand der Aufrechnung oder der Zurückbehaltung von seiten des beklagten preussischen Fiskus wegen eines Erstattungsanspruchs aus Amtsunterschlagung. Die Entscheidung besagt, daß der Einwand der Aufrechnung nach § 394 BGB. unzulässig sei, daß jedoch der damalige Berufungsrichter (Oberlandesgericht Kiel, 27. Oktober 1902, Rechtspr. OLG. Bd. 6 S. 225), der zur Zahlung des Gehalts „gegen Erstattung des dem Beklagten unterschlagenen Betrags“ verurteilt hatte, „in richtiger Anwendung des § 273 den Beklagten für befugt erklärt habe, die geschuldete Leistung (Gehaltsbetrag von 648,33 *M*) zu verweigern, bis der Kläger den unterschlagenen Betrag von 1166,63 *M* erstatte.“

Dieses Urteil, auf welches der Kommissar des Reichsjustizamtes in der Sitzung des Reichstags vom 4. Mai 1911 gegenüber fünf an

den Reichstag gerichteten Petitionen um Änderung und Ergänzung des § 394 (des Kaufmannsgerichts Berlin, des Ausschusses für das Gewerbegericht Breslau, des Vereins Deutscher Spediteure, der Handelskammer für das Herzogtum Oldenburg, des Niedersächsischen Schutzverbandes für Handel und Gewerbe) verwiesen hat, kann jedoch nicht aufrecht erhalten und den Gründen des jetzigen Berufungsrichters nicht beigegeben werden. Die Nachprüfung der ganzen Frage führt vielmehr zu anderen Ergebnissen.

3. a) Die Verschiedenheit von Zurückbehaltung und Aufrechnung nach Voraussetzungen und Wirkungen (insbesondere: Erfordernis der Konnexität nur bei der Zurückbehaltung, Wirkung des Erlöschens der Forderung nur bei der Aufrechnung) ist offensichtlich und bereits so häufig dargelegt worden, daß es einer Wiederholung nicht bedarf. Aus dieser Verschiedenheit folgt jedoch nicht, daß, wenn aufrechenbare und zugleich im Sinne des § 273 konnexer Forderungen sich gegenüberstehen, der Schuldner sich schlechthin des Zurückbehaltungsrechts bedienen dürfe, nämlich immer auch dann, wenn er mit seiner Gegenforderung nach § 394 nicht aufrechnen darf. Die Erwägung, es könne der Gegenforderung die nur aus ihrer Konnexität fließende Eigenschaft der Zurückhaltbarkeit (§ 273) nicht um deswillen entzogen werden, weil ihr die von Konnexität unabhängige Aufrechenbarkeit durch § 394 entzogen ist, geht fehl. Eine solche Trennung der Rechtsbehelfe für eine und dieselbe Gegenforderung gegen eine und dieselbe Forderung ist immer dann ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung denselben Zweck und denselben Erfolg hat, den § 394 für eben diese Gegenforderung und Forderung verbietet. Wird kraft der Zurückbehaltung für den einen und einheitlichen Tatbestand eine Wirkung erzielt, die nach dem eben diesen Tatbestand ergreifenden Aufrechnungsverbot des § 394 unzulässig ist, dann kann diese Wirkung nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß sie wenigstens nach § 273, für sich allein betrachtet, statthaft sei: der Tatbestand unterliegt ebensowohl den Vorschriften über das Zurückbehaltungsrecht, als zugleich den Vorschriften über Aufrechnung. Dieses sein eigentliches, individuelles Wesen wird verkannt und verletzt, wenn durch Zurückbehaltung eben der Rechtserfolg erstrebt und erreicht wird, den die Aufrechnungsvorschriften gerade ausschließen. Ob § 394 eine nicht auszudehnende *lex singularis* ist oder ein allgemeines Prinzip enthält,

kann nicht in Frage kommen; denn der gegebene Tatbestand wird tatsächlich und wirklich eben auch von den Aufrechnungsnormen neben den Zurückbehaltungsnormen beschränkt.

Nach seinem Grundgedanken verfolgt das Lohnbeschlagnahmegesetz vom 21. Juni 1869, wie der Beschluß des Oberlandesgerichts Hamburg vom 22. Januar 1887 (Seufferts Arch. Bd. 42 S. 240) zutreffend bemerkt, den Zweck, der im Erwerbe begriffenen Arbeitskraft gegen jeden Angriff Schutz zu gewähren und das Produkt der Arbeitstätigkeit (Lohn, Gehalt usw.) zunächst unangefochten in die Hände des Arbeitnehmers hinüberzuführen, damit dieser zur Erhaltung seiner Arbeitslust und Arbeitskraft die für sich und die Seinigen unentbehrlichen Lebensbedürfnisse bestreiten könne (vgl. Komm. Ver. in den Stenograph. Ver. des Reichstags, Sess. 1869 Bd. 3 S. 582 Sp. 2, 583 Sp. 1 und Mandry, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 4. Aufl., S. 246):

„das Gesetz strebt als hauptsächlichstes Resultat das Freibleiben und Verbleiben des Arbeitsverdienstes, welcher das Mittel für die Forterhaltung der Arbeitskraft ist, und hiermit das Freibleiben der Arbeitskraft selbst an“;

und S. 249:

„zugrunde liegt die Anschauung: es solle die noch nicht verwertete und noch nicht zum Kapital gewordene Arbeitskraft so wenig als die menschliche Individualität selbst zugunsten des Gläubigers in Anspruch genommen werden dürfen“.

Eben diesem Zwecke, die Vergütung ganz oder zu einem gewissen Teile unverkürzt und unverkümmert in die Hand des kraft geleisteter Arbeiten oder Dienste Vergütungsberechtigten gelangen zu lassen, dient wie die Gewerbeordnung in ihren gegen das Trußsystem gerichteten Vorschriften (RGSt. Bd. 17 S. 286, Bd. 26 S. 210), soweit diese reichen, so der § 850 BPD. und so das diese prozessuale Vorschrift in das Zivilrecht einführende (vgl. RGZ. Bd. 41 S. 53/54 und Oberstes LG. für Bayern in Seuff. Arch. Bd. 43 S. 159/63) Aufrechnungsverbot des § 394; vgl. Motive Bd. 2 S. 113 (Sicherung des nötigen Lebensunterhalts, die zugleich im Staatsinteresse liege und durch die Rücksicht auf das allgemeine Wohl gefordert werde).

Dieser Zweck kann nur erreicht und soll erreicht werden durch die rechtzeitige wirkliche Erfüllung der Verbindlichkeit zur Entrichtung

der Vergütung (Lohn, Gehalt, Honorar, Sold, Pension), also durch Erlöschen des Schuldverhältnisses infolge Bewirkung der vom Vergütungspflichtigen geschuldeten Leistung. Das Gegenteil dieses Zweckes aber, nämlich, daß der Vergütungsberechtigte zur rechten Zeit nichts in die Hand bekommt, tritt ein, sowohl wenn die Forderung des Vergütungsberechtigten ohne wirkliche Erfüllung, auf andere Weise, zum Erlöschen gebracht wird (Aufrechnung), als wenn die Leistung der Vergütung verweigert wird, bis der Vergütungsberechtigte eine anderweite, ihm gegenüber dem Vergütungsschuldner obliegende Leistung bewirkt (Zurückbehaltung). Diese, die Zurückbehaltung, ist an sich durch § 273 positiv gestattet und insoweit das Recht des Vergütungsgläubigers auf wirkliche sofortige Erfüllung der Vergütungsschuld eingeschränkt. Diese Beschränkung ist abgeleitet aus der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben auf konnex aus demselben rechtlichen Verhältnis fließende Forderungen (Jur. Wochenschr. 1907 S. 101 Sp. 1; RGZ. Bd. 68 S. 34; Motive Bd. 2 S. 41; KommProt. Bd. 1 S. 311; Wächter, Pandekten, Bd. 2 S. 336/337). Immer dann aber, wenn nach den objektiven und dem Zurückbehaltenden bekannten Umständen der Vergütungsgläubiger die ihm gegen den Vergütungsschuldner obliegende Leistung nie oder doch nicht in absehbarer Zeit wird leisten können, widerstreitet die Zurückbehaltung dem gekennzeichneten Gesetzeszweck und kann nicht mehr als eine Treu und Glauben entsprechende Verknüpfung der beiderseitigen Ansprüche erachtet werden. Dann bezweckt und bewirkt die Zurückbehaltung in Wahrheit nicht etwas Vorläufiges, sondern eine endgültige Nichterfüllung der Vergütungsforderung; dann ist der formelle Fortbestand dieser Forderung nur ein Schleier, hinter dem sich deren gewollte materielle Auslöschung verbirgt. Dann ist die erklärte Zurückbehaltung nicht mehr ein „präsenzes Sicherungsmittel“, „ein Zwangsmittel“, wie es die Zurückbehaltung sein soll, Motive Bd. 2 S. 41/42, KommProt. Bd. 1 S. 311/312, sondern sie ist einfach ein „Mittel zur Deckung“; sie ist der Sache nach eine Aufrechnung, und auf die Sache und deren inneren Kern kommt es an, nicht auf die gebrauchten Worte. Der Richter ist an die Erklärung der Partei, daß das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werde, nicht gebunden, wenn ersichtlich ist, daß der wahre Rechtswille der Partei eben nicht auf

Zurückbehaltung, auf zeitweilige Unterlassung der geschuldeten Vergütungsleistung, sondern auf ihre endgültige Verweigerung geht. Der Fall liegt anders als der *RGB.* Bd. 62 S. 130 entschiedene, in welchem die Parteien, gerade weil ihnen die Unwirksamkeit einer ohne körperliche Übergabe vereinbarten Verpfändung (§ 1205 *BGB.*) bekannt war, die Sicherstellung der Forderung durch Sicherungsübereignung erstrebten. Denn dieser andere Weg der Sicherstellung der Forderung ist nach der Praxis des Reichsgerichts nicht verboten (*RGB.* Bd. 26 S. 184/185, Bd. 59 S. 148), sondern gesetzlich gestattet. Hier jedoch steht gerade in Frage, ob das Gesetzesgebot, daß der Vergütungsberechtigte die Vergütung in die Hand bekommen soll, und das zur Durchführung dieses Gebots aufgestellte Aufrechnungsverbot die rechtliche Möglichkeit offen lassen, den verbotenen wirtschaftlichen Erfolg, die insoweit endgültige Entblößung des Vergütungsberechtigten von den im erarbeiteten Verdienste gesuchten und in diesem bestehenden Existenzmitteln, auf dem anderen Wege der Zurückbehaltung herbeizuführen. Das muß verneint werden. Darum ist die Erklärung der Zurückbehaltung, während in Wirklichkeit der sachliche Enderfolg einer Aufrechnung in Aussicht genommen und gewollt wird, belanglos. Der wahre Wille entscheidet, nicht der, um dem Gesetzesverbot zu entgehen, gewählte Wortlaut. So hat z. B. die Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 27 S. 280 die behufs Vermeidung der Rechtsfolge des § 2 Abs. 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes gewählte Bezeichnung „Vollmacht“ für gänzlich bedeutungslos erklärt, weil die „Vollmacht“ in Wirklichkeit eine Anweisung war; vgl. Reichstagsitzung vom 5. Mai 1891, Stenograph. Ber. S. 2772 Sp. 1.

Ein solcher Sachverhalt ist z. B. gegeben, wenn ein Arbeiter, der eine kostspielige Maschine seines Arbeitgebers absichtlich zersägt hat, eine Lohnklage erhoben hat (*DZurZ.* 1901 S. 305) und der Arbeitgeber zur Zahlung des Lohnes von 100 *M* Zug um Zug gegen Erstattung des Wertes der Maschine von (angenommen) 20000 *M* verurteilt wird. Ein gleicher Sachverhalt besteht aber auch hier, wo der Beklagte den Gehaltsteil von 370 *M* an den Kläger zahlen soll gegen eine von dem zurzeit eine Zuchthausstrafe verbüßenden Kläger an ihn zu leistende Zahlung von 4680 *M*.

Diese Auffassung ergibt sich ohne Zuhilfenahme des Zwischenfalles in § 273 „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt“, der nur den individuellen Inhalt des einzelnen und einzeln für sich betrachteten Schuldverhältnisses, insbesondere die etwaige Vorleistungspflicht des Schuldners im Auge hat (Ent. eines Bürgerl. Gesetzbuchs § 234, 364; Motive Bd. 2 S. 43, KommProt. Bd. 1 S. 312). Und von dieser Auffassung ist der erkennende Senat bereits im Urteile vom 30. September 1913, RGZ. Bd. 83 S. 140, ausgegangen: die Erklärung der Zurückbehaltung ist eine Erklärung der Aufrechnung, „wenn der Erklärende weiß, daß seine Forderung von dem Gegner nicht beigetrieben und daher voraussichtlich auf andere Weise als durch Aufrechnung nicht getilgt werden kann“.

b) Dazu kommt ein zweiter Gesichtspunkt.

Schon im Urteile vom 24. April 1908, Rep. II. 524/07, (Warneher 1908 S. 440/441) hat der zweite Zivilsenat des Reichsgerichts im Anschluß an einen Tatbestand, für den § 394 nicht in Betracht kam, ausgesprochen: „wo es sich um Geldforderungen auf beiden Seiten handelt, können Geldleistungen Zug um Zug unter gewöhnlichen Umständen nur den Sinn einer Aufrechnung haben.“ Daran ist festzuhalten, und zwar gerade auch dann, wenn das Aufrechnungsverbot des § 394 hineinspielt. Allerdings ist das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein anderes Recht als das kaufmännische Retentionsrecht und das Retentionsrecht des Preussischen Allgemeinen Landrechts (Entsch. des RGZ. Bd. 21 S. 34, Jur. Wochenschr. 1881 S. 142 Sp. 1, RGZ. Bd. 12 S. 90, Bd. 21 S. 292); es ist zulässig nicht nur an fremdem Gelde und nicht nur an einer Geldspezies, sondern es kann auch eine eigene Geldschuld zurückbehalten werden. Daraus aber und weil ferner auch bei gleichartigen Leistungen die Zurückbehaltung stattfindet, folgt nicht, daß die Zurückbehaltung einer Geldschuld gegen eine Geldschuld immer auch wirklich eine Zurückbehaltung ist. Gewöhnlich wird sie es nicht sein, und ein besonderer Umstand kommt hier nicht in Betracht. Unter gewöhnlichen Umständen stellt, zunächst abgesehen von dem Aufrechnungsverbote, die Zurückbehaltung einer geschuldeten Geldleistung gegen eine dem Zurückbehaltenden gebührende Geldleistung nicht eine Suspension der Leistung von seiten des Zurück-

behaltenden dar, sondern eine Suspension der vom Zurückbehaltenden für den Fall, daß der Gegner leisten könnte und leisten wollte, beabsichtigten Aufrechnung, also gerade eine Suspension der Nichtleistung der vielmehr anderweit zum Erlöschen zu bringenden Schuld. Denn der Parteiliebe kann ernstlich nicht die sinnlose Gebarung ins Auge fassen, daß der Zurückbehaltungsgegner die von ihm geschuldete Geldsumme dem Zurückbehaltenden auszahlt und gleichzeitig der Zurückbehaltende seine Geldschuld an den Gegner bar berichtigt.

Der gegen diese Auffassung erhobene Einwand betrifft hauptsächlich den Fall, daß für eben diese vom Zurückbehaltenden geschuldete Geldleistung das Aufrechnungsverbot einschlägt. Dann, wird ausgeführt, habe die Zurückbehaltung der Geldschuld einen vollen, nämlich einen den Arbeitnehmer benachteiligenden Sinn; dann könne sich die Zurückbehaltung nie und nimmermehr zur Aufrechnung gestalten, weil diese eben verboten sei. Dieser Einwand wird der Rechtslage nicht gerecht. Es kommt nicht an auf den Sinn, den der Zurückbehaltende einer derartigen Zurückbehaltung nach außen hin und dem Buchstaben nach beizulegen versucht, sondern immer kommt es an auf den wirklichen Willen und den hieraus sich ergebenden wahren Sinn. Eben weil die Zurückbehaltung einer Geldschuld gegen eine Geldschuld eine für später gewollte und angekündigte Aufrechnung ist, wird sie, soweit das Aufrechnungsverbot einschlägt, noch aus einem zweiten selbständigen Grunde unzulässig, nämlich wegen Verletzung des Aufrechnungsverbots. Dieser zweite Grund schließt sich an den ersten Grund an. Der erste Grund geht dahin, daß materiell und wirklich, also rechtlich, bei der Zurückbehaltung einer Geldschuld gegen eine Geldschuld immer nicht eine dem Wortlaut nach erklärte Zurückbehaltung, sondern eine bedingte, nämlich durch die zukünftige Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft des Zurückbehaltungsgegners bedingte Aufrechnung erstrebt und erreicht wird, demnach eine Aufrechnung, deren Erklärung nach § 388 Satz 2 BGB. unwirksam ist; Motive Bd. 2 S. 108, KommProt. Bd. 1 S. 365/366. Falls aber eine solche nur verdeckte und bedingte Aufrechnung doch an sich für zulässig erachtet werden könnte, dann wird sie, fährt der zweite Grund fort, jedenfalls in den vom Aufrechnungsverbote betroffenen Fällen durch dieses unzulässig.

4. Nach dem bisher Dargelegten (3a und b) ist vorliegend die vom Beklagten, offenbar im Anschluß an die frühere Entscheidung dieses Senats vom 17. Februar 1903, erklärte Zurückbehaltung in Wahrheit eine Aufrechnungserklärung. Und danach wäre diese Aufrechnung unzulässig und ergäbe sich das Urteil des Landgerichts als zutreffend.

5. In Frage steht aber weiter, ob nicht dem Beklagten gegenüber der Gehaltsforderung des Klägers trotz des Wortlauts des § 394 eine präsenste und unbedingte, also wirksame Aufrechnung darum zusteht, weil die ihm gegen den Kläger erwachsene Schadensersatzforderung sich gründet auf eine vorsätzliche unerlaubte und sogar strafbare, im Rahmen eben des Dienstverhältnisses, aus welchem der Gehaltsanspruch des Klägers entsteht, begangene Handlung. Auf diese Frage beziehen sich zahlreiche an den Reichstag und den Bundesrat gerichtete Petitionen; die Petenten waren: der Ausschuß des deutschen Handelstages (2. Juni 1908); der Ausschuß für das Gewerbegericht Breslau (20. März 1910); der deutsche Handelstag — zustimmend die Handelskammer Lübeck — (21. April 1910); der deutsche Handwerks- und Gewerbeammertag (10. September 1910); der Verein deutscher Spediteure (9. Oktober 1913), dem sich die Handelskammern Görlitz, Harburg, Leipzig, Osnabrück, Viefelfeld, Bonn, Geestemünde, Gera, Posen, Mühlheim angeschlossen haben. Vgl. die im Auftrage des deutschen Handelstages herausgegebene Zeitschrift „Handel und Gewerbe“, Jahrgang 15 S. 643; 17 S. 81; 18 S. 560, S. 213; 21 S. 519. Die Frage ist, ob nach dem geltenden Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs in solchen Fällen der Berufung auf das Aufrechnungsverbot des § 394 die Replik der Arglist im weiteren Sinne entgegensteht (Wächter, Erörterungen Heft 2 S. 50 Anm. 10, RGZ. Bd. 58 S. 356, Bd. 78 S. 354). Dies muß bejaht werden, so daß die Aufrechnung allerdings statt hat und es insoweit eines Eingreifens des Gesetzgebers nicht bedarf. Dabei geht der erkennende Senat nach eingehender Prüfung — deren Ergebnisse im einzelnen auszuführen der vorliegende Rechtsstreit nicht erfordert — davon aus, daß diese Frage nur nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche zu beantworten ist, da das Lohnbeschlagnahmengesetz und die Gewerbeordnung über die Aufrechnung keinerlei Bestimmungen enthalten.

6. Der § 394 Satz 1 BGB. ist ein Glied im Organismus des einheitlichen geschlossenen Rechtssystems; er darf nicht für sich allein, sondern nur als Stück des in allen seinen Teilen untrennbar zusammenhängenden Ganzen betrachtet werden. Das System des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird durchdrungen von dem Grundsatz von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und von dem Grundsatz der Zurückweisung jeder Arglist im weitesten Sinne. Die §§ 157, 226, 242, 826 erscheinen nur als besondere Ausprägungen eines allgemeinen Prinzips. Die §§ 242 und 394 stehen sich nicht als zwei gleich zwingende und gleich kräftige Rechtsätze gegenüber, in deren Zusammentreffen § 394 als die *lex specialis* die Oberhand behalten müßte; sondern das allgemeine Prinzip beherrscht alle Einzelbestimmungen und muß gerade in ihnen lebendige Wirkung üben, zur Klärung, Erweiterung, Ergänzung oder Beschränkung des vereinzeltten Wortlautes. Dem in § 394 zum öffentlichen Wohl und im Staatsinteresse verfolgten Zwecke der Sicherung des Lebensunterhalts und eines darüber hinaus genügenden Einkommensteils darf keine Durchführung und Erfüllung zugestanden werden, die auf dem Irrwege eines unfreien formalistischen Haftens am Wortlaute der Arglist zum Siege verhelfen würde. Darüber will und kann der § 394 selbst nichts besagen; das ergibt sich aus dem Grundgedanken des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Von diesem Standpunkt aus ist der vorliegende Fall und die zu beantwortende Frage zu prüfen.

Der Vergütungs- oder Dienststeinkommensberechtigte verletzt bei bestehendem Arbeits- oder Dienstverhältnis die ihm danach obliegenden Treupflichten vorsätzlich, indem er im Rahmen des Arbeits- oder Dienstverhältnisses unter Benutzung der ihm dadurch gegebenen Befugnisse oder Zugriffsmöglichkeiten den Dienstherrn durch vorsätzliche unerlaubte und strafbare Handlungen (Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Untreue, Sachbeschädigung) schädigt. Trotzdem fordert er die ihm aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnis zustehende Vergütung und beruft sich, wenn der derart von ihm beschädigte Dienstherr mit dem entsprechenden Teile seiner vielleicht außerordentlich hohen Schadenserlagforderung aufrechnet, auf § 394.

Eine solche Berufung auf § 394 kann nicht zugelassen werden. Das verstieße gräßlich, wie gegen das allgemeine Rechtsgefühl, so gegen den obersten Leitsatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Der formell

Bergütungsberechtigte selbst hat durch vorsätzliche Straftat den Vertragsboden, aus dem er seinen Lebensunterhalt durch vertragstreue Arbeit und vertragstreuen Verdienst ziehen wollte und sollte, zerstört und zur Schädigung des andern Teiles mißbraucht, und zwar in dem Bewußtsein, den so von ihm zugefügten Schaden niemals oder kaum jemals ersetzen zu können; er hat z. B. wertvolle Maschinen zerlegt und so den Betrieb des Dienstherrn schwer gestört oder gar lahmgelegt oder er hat Mittel, die seine Lohnforderung weit übersteigen, durch Diebstahl, Unterschlagung, Untreue, dem Dienstherrn entwendet und sich selbst zugeeignet. Dürfte er dessen ungeachtet dem aufrechnenden Dienstherrn entgegenhalten, daß sein Lohn als der Betrag der ihm nötigen Lebensunterhaltsmittel ihm gesichert zu bleiben habe, so wäre das ein Erfolg der Arglist; es wäre eine Anerkennung, daß, wer selbst innerhalb eines Vertragsbandes treulos und strafbar handelt, trotzdem den andern Teil an der haren Gegenvertragsleistung in eben dem Verhältnis festhalten dürfe. Das widerspricht dem allgemeinen Wohl und dem Staatsinteresse.

Bei einer solchen Sachlage ist die Einforderung der Vergütung und deren Einklagung für sich allein schon eine gegen die gute Sitte verstoßende Handlung, welche in sich selbst die Arglist offen zur Schau und vor den Richter bringt, und welche die durch zuvor begangene arglistige Straftat zugefügte Schädigung nur fortsetzen und zu einer völlig endgültigen machen will. Wer das Dienstverhältnis zu vorsätzlicher strafbarer Schädigung des Dienstherrn mißbraucht hat, muß es sich — auch wenn der Wert der Arbeit an sich durch die Straftat unberührt blieb, also nicht, sei es als durch sie nutzlos geworden, sei es als Posten der Schadensliquidation des Dienstherrn ohne weiteres, d. h. ohne Aufrechnung, unterging — nach den Geboten der Billigkeit und des richtigen Rechtes als Folge seiner Arglist gefallen lassen, daß die formell erwachsene und bestehende Lohnforderung durch die Schadenserfüllungsgegenforderung ausgestrichen wird; er darf nicht beanspruchen, den nötigen Lebensunterhalt als Entgelt aus der Hand dessen zu erhalten, den er derart beschädigt hat.

Zutreffend ist darauf hingewiesen worden, daß § 394 als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. erachtet werden muß. In

dem gegebenen Falle würde sich also der Dienstherr, der gegen die Vergütungsforderung des derart ungetreuen Bediensteten dem isolierten Wortlaut des § 394 zuwider aufrechnet, seinerseits einer unerlaubten Handlung schuldig machen und seinerseits entsprechend haften. Das ergäbe eine durchaus unerträgliche Verkehrung der Sachlage: eine Deliktshaftung würde den treffen, der sich gegen die Folgen eines in demselben Vertragsverhältnis vorsätzlich gegen ihn begangenen, vielleicht sehr schweren Delikts dem Täter gegenüber mehren will.

Der bisher gewürdigte Tatbestand beschränkt sich auf eine Schadensersatzforderung, die aus demselben Arbeits- oder Dienstverhältnis durch eine vorsätzlich begangene, unerlaubte, und zwar strafbare Handlung gegen den Dienstherrn diesem selbst erwachsen ist. Die Würdigung schließt alle Schadensersatzforderungen irgendwelcher Art aus, die nicht dem Dienstherrn selbst, sondern einem Dritten entstanden und auf ihn nur übertragen sind; und sie umfaßt keineswegs alle sonstigen Schadensersatzforderungen, die dem Dienstherrn selbst aus demselben Arbeits- oder Dienstverhältnis zustehen.

Wohl aber kann die *exceptio doli generalis* begründet sein schon durch unerlaubte Handlungen, die der Bedienstete gegen den Dienstherrn im Arbeits- oder Dienstverhältnis vorsätzlich begangen hat, die aber nicht strafbar sind. Gerade in diesem weiteren Rahmen ist der Gedanke der *exceptio doli generalis* im Bürgerlichen Gesetzbuche sogar zu ausdrücklicher Ausprägung gekommen. Zunächst in § 273 Abs. 2 Fall 2, der dem zur Herausgabe eines Gegenstandes Verpflichteten das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens versagt, wenn er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat. Die Motive Bd 2 S. 44 bemerken dazu ohne weitere Begründung: „Solchenfalls ist der Schuldner unter allen Umständen vorleistungspflichtig bzw. er hat seinen Gegenanspruch selbständig zu verfolgen“. Sodann besonders für die Aufrechnung in § 393, den die Motive Bd. 2 S. 112 als eine Ausdehnung des Satzes L 14 § 2 C 4, 31 „*Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur*“ und als eine mit § 273 Abs. 2 Fall 2 korrespondierende Vorschrift bezeichnen. Die Entziehung des

Aufrechnungsrechts sei nicht nur gegen Ansprüche aus widerrechtlicher Besitzaneignung gerechtfertigt, sondern gegen alle Ansprüche aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen. § 393 gibt die Vorschrift, daß der Forderungsberechtigte, dem eine Gegenforderung aus von ihm vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung gegenübersteht, für seine Forderung zunächst nicht soll Erfüllung verlangen dürfen, insbesondere nicht durch Selbstvollstreckung mittels von ihm erklärter Aufrechnung gegen jene Gegenforderung, daß er vielmehr zunächst der so gearteten Gegenforderung zu genügen hat. Es fehlt denn auch nicht an Stimmen, die in § 393 die positive Sägung finden, daß der einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung Schuldige „sich der Deckungshandlung des Gläubigers (nämlich der Aufrechnung desselben) nicht entziehen darf.“

Übrigens wäre es vergeblich und unrichtig, den Tatbestand der hier in Frage stehenden, das Aufrechnungsverbot des § 394 beseitigenden *exceptio doli generalis* im voraus abschließend kennzeichnen zu wollen. Denn die Würdigung dieser Einrede muß ihrer Natur nach dem völlig freien Ermessen des Richters überlassen bleiben. Ihre Zulassung oder Ablehnung kann immer nur aus den im voraus nicht übersehbaren, individuellen Umständen des Einzelfalles gefolgert werden; die Grenzen lassen sich rein theoretisch überhaupt nicht ziehen.

7. Nach dem Dargelegten wäre vorliegend auf Abweisung der Klage zu erkennen gewesen, da die Zurückbehaltung des Beklagten in Wahrheit die Erklärung einer Aufrechnung, und zwar einer zulässigen Aufrechnung darstellt.

Der Beklagte hat jedoch die Revision nicht eingelegt; es ist demnach lediglich die Revision des Klägers zurückzuweisen.“