

27. 1. Sind thüringische Gesetze revidierbare Rechtsnormen?

2. Ist das Feststellungsverfahren nach § 133 des thüringischen Staatsbeamtengesetzes nur zulässig für Schadensersatzansprüche gegen Beamte wegen Amtspflichtverletzung oder auch wegen anderer gegen Beamte gerichteter Ansprüche?

3. Kann ein gegen einen Beamten gerichteter Anspruch, wegen dessen ein Feststellungsbeschluß nach der zu 2 genannten Vorschrift erlassen worden ist, im ordentlichen Rechtsweg auch dann nach-

geprüft werden, wenn das Beschlußverfahren wegen des Anspruchs unzulässig war, oder muß in solchem Falle auf die Klage des Beamten der Beschluß aufgehoben werden?

4. Kann sich der Staat (die Gemeinde) gegenüber der Klage, welche der Beamte gegen einen auf Grund der zu 2 genannten Vorschrift erlassenen Feststellungsbeschluß erhoben hat, damit verteidigen, daß ihm (ihr) gegen den Beamten noch andere Ansprüche zuständen als der in dem Beschluß bezeichnete?

5. Muß ein Beamter Bestechungsgeld, das er angenommen hat, seinem öffentlichen Dienstherrn herausgeben?

6. Wie verhält sich der staatliche Anspruch auf Verfallerklärung nach § 12 Abs. 3 UnWG. zu dem bürgerlich-rechtlichen Anspruch des Dienstherrn gegen seinen Angestellten auf Herausgabe von sog. Schmiergeld?

RPD. § 549 Abs. 1. Thür. Staatsbeamtengesetz vom 14. März 1923/13. Dezember 1930 (Thür. GS. 1923 S. 129/1931 S. 1) — Th. StWB. — § 133. RWB. § 667. StWB. § 335. UnWG. § 12 Abs. 3.

III. Zivilsenat. Ur. v. 7. Dezember 1934 i. S. R. (RI.) w. Stadtgemeinde E. (Bekl.). III 209/34.

I. Landgericht Weimar.

II. Oberlandesgericht Jena.

Der Kläger war seit dem 6. September 1920 Stadtbaumeister der verlagten thüringischen Stadtgemeinde. Im Juni 1932 wurde er wegen dienstlicher Verfehlungen vorläufig vom Amt enthoben; auch wurde gegen ihn ein Dienststrafverfahren mit dem Ziele der Dienstentlassung eingeleitet. Durch Verfügung des Reichsstatthalters für Thüringen vom 28. August 1933 ist er auf Grund von § 4 des Reichsgesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. April 1933 (RGBl. I S. 175) mit sofortiger Wirkung aus dem Dienste der Beklagten entlassen worden.

Durch Vertrag vom 19. Oktober 1928 übertrug die Beklagte der E. Tr. GmbH. die Errichtung einer neuen Kläranlage. Der Bau wurde im Jahre 1929 ausgeführt. Daran schlossen sich Rechtsstreitigkeiten zwischen der Beklagten und verschiedenen Handwerkern, in deren Verlauf sich herausstellte, daß der Kläger Ende 1928 oder Anfang 1929 von St., dem Geschäftsführer der genannten Gesell-

schaft mbH., 10000 RM. erhalten hatte. Die Beklagte behauptet, diese 10000 RM. seien „Schmiergeld“, das sich der Kläger für pflichtwidriges Handeln beim Bau der Kläranlage habe zahlen lassen. Sie meint, der Kläger sei verpflichtet, ihr diesen Betrag herauszugeben. Durch Beschluß des Ersten Bürgermeisters der Beklagten vom 17. Mai 1933 ist auf Grund von § 133 Abs. 1 Th. StWG. in Verbindung mit § 74 der Gemeinde- und Kreisordnung für Thüringen vom 8. Juli 1926/22. Juli 1930 (Thür. GS. 1926 S. 235/1930 S. 148) die Erfahspflicht des Klägers der Beklagten gegenüber in Höhe von 13846 RM. festgestellt worden. Davon kommen 3846 RM. für den gegenwärtigen Rechtsstreit nicht in Betracht. Hinsichtlich der jetzt streitigen 10000 RM. heißt es unter Nr. 3 des Beschlusses:

Nach den Aussagen des Unternehmers St. hat dieser zu Beginn der Kläranlagebauarbeiten an den Stadtbaumeister K. (den Kläger) 10000 RM. bezahlt, die diesem nicht zustanden. Als Beamter der Stadt hätte er diesen Betrag an die Stadt abführen müssen. Durch die Unterlassung der Ablieferung ist die Stadt in Höhe von 10000 RM. durch ihn geschädigt.

Gegen diesen Beschluß hat der Kläger innerhalb der gesetzlichen Frist Klage erhoben mit dem Antrag, festzustellen, daß der Beschluß unter Nr. 3 zu Unrecht ergangen und daß er (Kläger) nicht verpflichtet sei, die 10000 RM., die er von dem Ingenieur St. erhalten habe, an die Beklagte abzuführen. Er bestreitet, zur Herausgabe der 10000 RM. an die Beklagte verpflichtet zu sein. Das Geld habe er von St. nicht für pflichtwidriges Verhalten bekommen. Es handle sich um ein Darlehen, um das er nach Abschluß des Vertrags mit der E. Tr. GmbH. St. gebeten habe mit Rücksicht auf die große Notlage, in der er sich damals infolge von Krankheit in seiner Familie befunden habe. St. habe ihm mit dem Darlehen bloß eine persönliche Gefälligkeit erwiesen, die mit dem Bau der Kläranlage durch die Gesellschaft nichts zu tun gehabt habe.

Die Beklagte leugnet, daß der Kläger das Geld darlehnsweise erhalten habe. Er habe es vielmehr bekommen, um seinen dienstlichen Einfluß als Stadtbaumeister sowohl bei den Vertragsverhandlungen als auch bei der späteren Ausführung der Kläranlage zu Gunsten der E. Tr. GmbH. und zum Nachteil seiner Stadt einzusetzen. Nach der Rechtsprechung seien Privatangestellte gemäß § 667 BGB. verpflichtet, Gelder, die sie mit solcher Zweckbestimmung empfangen,

ihrer Dienstherrn zu erstatten. Für Beamte müsse dieser Grundsatz erst recht gelten. Die Beklagte behauptet aber auch, um den Betrag, der dem Kläger zugeflossen sei, ihrerseits geschädigt worden zu sein. Denn erfahrungsgemäß würden solche „Schmiergelder“ auf den geforderten Preis aufgeschlagen, so daß ohne weiteres angenommen werden könne, die Kläranlage sei der Beklagten mindestens um 10000 RM. zu teuer gekommen. Schon bei der Vergabe des Baues an die genannte Gesellschaft habe sich die Stadtverwaltung auf den Rat des Klägers als des einzigen ihr zur Seite stehenden Fachmanns verlassen. Aber auch bei Überwachung des Baues der Anlage habe sich der Kläger Pflichtverletzungen zuschulden kommen lassen. Die Kosten der — übrigens unbrauchbaren — Kläranlage hätten infolgedessen auch den ursprünglich vereinbarten Betrag von 180000 RM. erheblich überschritten.

Der Kläger hat das Bestehen eines Schadenersatzanspruchs bestritten. Er nimmt in Abrede, bei der Vergabe des Auftrags an die Lieferfirma entscheidend mitgewirkt zu haben; er habe im Bauausschuß überhaupt keine Stimme gehabt. Erst nachdem ohne sein Zutun der Vertrag abgeschlossen worden, sei er wegen der Darlehensgewährung an St. herantreten. Bei der Bauausführung habe er stets die Belange der Stadt der Lieferfirma gegenüber gewahrt. Die Anlage sei durchaus brauchbar und entspreche dem dafür gezahlten Betrag.

Das Landgericht hat die vom Kläger begehrte Feststellung getroffen. Dagegen hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers führte zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Gründe:

I. Die Revision macht in erster Reihe geltend, daß § 133 Th.StWG. ein Verwaltungsverfahren nur wegen der gegen Beamte gerichteten Schadenersatzansprüche vorsehe. Der von der Beklagten gegen den Kläger erhobene Anspruch beruhe aber auf dem Rechtsgedanken des § 667 BGB., sei also kein Schadenersatzanspruch, so daß seinetwegen ein Feststellungsverfahren unzulässig gewesen sei. Hierauf hat sich der Kläger, soweit die Tatbestände der in den Vorinstanzen ergangenen Urteile ersehen lassen, bisher nicht berufen. Er hat den gegen ihn ergangenen Feststellungsbeschuß, von sachlich-rechtlichen Einwendungen abgesehen, verfahrensrechtlich nur deshalb bemängelt, weil

ihm entgegen § 133 Abs. 2 a. a. O. vorher kein Gehör gewährt worden sei, weil der Beschluß nicht begründet worden sei, und endlich, weil dieser ihm nicht ordnungsmäßig zugestellt worden sei. Diese Klagen sind schon im ersten Rechtszug mit zutreffender Begründung ablehnend beschieden worden. Gleichwohl muß die vom Kläger erst jetzt erhobene Beanstandung des Feststellungsverfahrens geprüft werden, da es sich insoweit um ein Verfahren handelt, das nicht der Verfügung der Parteien unterliegt. So ist denn auch schon das Berufungsgericht auf die Frage der Zulässigkeit des gegen den Kläger erlassenen Beschlusses eingegangen und hat sie mit folgender Begründung bejaht: es handle sich zwar bei dem Anspruch der Beklagten nicht um einen Schadenersatzanspruch im juristisch-technischen Sinne; indessen beständen keine Bedenken, den § 133 Abs. 1 Th. StGB. in Verbindung mit § 74 der Gemeinde- und Kreisordnung für Thüringen vom 8. Juli 1926/22. Juli 1930 auch auf Herausgabeansprüche anzuwenden, die, wie hier, auf Herausgabe von Geld gingen; eine solche Auslegung werde allein dem Sinn und Zweck des § 133 gerecht.

Die Deutung, die das Berufungsgericht den vorstehend bezeichneten Vorschriften des thüringischen Rechts hat zuteil werden lassen, unterliegt gemäß § 549 Abs. 1 ZPO. n. F. der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Denn da einige thüringische Amtsgerichtsbezirke zum Landgerichtsbezirk Erfurt und damit zum Oberlandesgerichtsbezirk Naumburg a. S. gehören, erstreckt sich der Geltungsbereich sowohl des thüringischen Staatsbeamtengesetzes wie der Gemeinde- und Kreisordnung für Thüringen über den Bezirk des Berufungsgerichts, des Oberlandesgerichts Jena, hinaus. Damit sind die Voraussetzungen des § 549 a. a. O. gegeben.

In der Beurteilung des § 133 Th. StGB. kann dem Berufungsgericht indessen nicht beigespflichtet werden. Die Vorschrift bestimmt in Abs. 1:

„Ist der Staat berechtigt, von einem Staatsbeamten Schadenersatz zu verlangen, so kann die Ersatzpflicht des Beamten und der zu ersetzende Betrag durch einen Beschluß des Staatsministeriums festgestellt werden.“

Nach § 74 der Gemeinde- und Kreisordnung für Thüringen gilt das Verwaltungsverfahren zur Verfolgung von Ersatzansprüchen auch für die unkündbaren Gemeindebeamten, zu denen der Kläger als Stadtbaumeister der Beklagten gehörte. Zur Feststellung seiner Ersatz-

pflcht war nach Abs. 2 das. der Bürgermeister zuständig, der auch den Beschluß vom 17. Mai 1933 gefaßt hat.

§ 133 Abs. 1 Th.StVG. bezieht sich nach seinem zweifelsfreien Wortlaut, wie auch das Berufungsgericht anscheinend nicht verkannt hat, nur auf Schadenserzähnsprüche des Staates und (nach § 74 der Gemeinde- und Kreisordnung) auch der Gemeinden gegen ihre Beamten. Klargestellt wird das besonders, wenn man neben dem § 133 Abs. 1 auch den § 12 Abs. 1 das. beachtet. Dieser besagt:

Verleßt ein Beamter vorsätzlich seine Amtspflicht, so hat er dem Staate den diesem daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Beruhet die Verletzung der Amtspflicht auf Fahrlässigkeit, so ist der Staat berechtigt, von dem Beamten Schadenserzäh zu verlangen. . .

Der Wortlaut des § 133 Abs. 1 (ist der Staat berechtigt, von einem Staatsbeamten Schadenserzäh zu verlangen . . .) schließt sich ganz offensichtlich an § 12 Abs. 1 an. Er läßt das auf Feststellung, vorbehaltlich des Rechtswegs, gerichtete Verwaltungsverfahren nur zu für Ansprüche, die der Staat — hier die Gemeinde — nach § 12 Abs. 1 gegen einen Beamten erhebt, d. h. für Schadenserzähnsprüche wegen Amtspflichtverletzung. Ein solcher Anspruch bildet aber nicht den Gegenstand des gegen den Kläger erlassenen Feststellungsbeschlusses. Denn danach soll der Kläger die 10000 RM. an die Beklagte zahlen, die er von St. erhalten hat. Und zwar soll er sie deshalb zahlen, weil er den Betrag an die Stadt abführen müsse, ganz unabhängig davon, ob dieser durch Hingabe und Annahme des Geldes irgendein Schaden erwachsen sei. Der Schlusssatz von Nr. 3 des Beschlusses, durch die Unterlassung der Ablieferung sei die Stadt in Höhe von 10000 RM. durch den Kläger geschädigt worden, zeigt das nochmals ganz deutlich. Auch er macht keinen Versuch, eine Schädigung der Beklagten durch eine vom Kläger begangene Amtspflichtverletzung darzulegen, sei es auch nur in Gestalt von entgangenem Gewinn. Vielmehr wird bloß die Nichtablieferung des Geldes als Schädigung der Stadt bezeichnet, ein, wie keiner näheren Begründung bedarf, unter dem Gesichtspunkt des Schadenserzähes rechtlich unhalibarer Satz. Kennzeichnend ist übrigens, daß sich der Beschluß zur rechtlichen Begründung des darin festgestellten Anspruchs selbst auf § 12 Abs. 1 Th.StVG. (in Verbindung mit § 74 der Gemeinde- und Kreisordnung) beruft, ohne indessen Tatsachen anzugeben, die dessen Anwendung zu rechtfertigen vermöchten.

Danach findet der Beschluß vom 17. Mai 1933 in § 133 Abs. 1 Th. StVO. nur dann eine rechtliche Stütze, wenn man, wie es das Berufungsgericht ohne nähere Begründung nur unter Berufung auf Sinn und Zweck der Vorschrift tut, diese ausdehnend auslegen könnte. Eine solche Ausweitung der Vorschrift ist indessen nicht angängig, und zwar schon deshalb nicht, weil im Beamtenrecht als Teil des öffentlichen Rechts strengere Regeln für die Auslegung von Gesetzen gelten als im bürgerlichen Recht. Der erkennende Senat hat bereits mehrfach ausgesprochen, daß die Einwirkungen von Straftaten und disziplinarischen Vergehen der Beamten auf ihre Gehaltsansprüche durch die Gesetze erschöpfend geregelt sind und nicht durch Heranziehung allgemeinerrechtlicher Gesichtspunkte erweitert werden können (RGZ. Bd. 125 S. 318 und Bd. 140 S. 125). Entsprechendes muß für die vermögensrechtlichen Verpflichtungen der Beamten gegen ihren öffentlich-rechtlichen Dienstherrn gelten. Auch diese Verpflichtungen lassen sich, wenigstens regelmäßig, nicht über das hinaus erstrecken, was das Gesetz selbst bestimmt, und zwar sowohl nach ihrer sachlich-rechtlichen Grundlage wie nach ihrer verfahrensrechtlichen Geltendmachung. Hiervon kann gerade für das in § 133 Th. StVO. geregelte Feststellungsverfahren keine Ausnahme gemacht werden. Denn grundsätzlich müssen Schadenersatzansprüche von Reich, Ländern und Gemeinden gegen ihre Beamten im ordentlichen Rechtsweg geltend gemacht werden (RGZ. Bd. 97 S. 263 [269]). Allerdings hat das Reich (§§ 134 flg. RWG.) nach dem Vorbilde Preußens (preuß. Verordnung über die Festsetzung und den Erlass der bei Kassen und anderen Verwaltungen vorkommenden Defekte vom 24. Januar 1844, GS. S. 52) für seine Beamten den Rechtsweg insofern eingeschränkt, als es die Feststellung von Kassendefekten, d. h. von Fehlbeträgen im tatsächlichen Kassenbestande, in einem besonderen Verfahren, dem sog. Defektenverfahren, zugelassen hat, unter Vorbehalt jedoch der Annufung der ordentlichen Gerichte durch den für haftbar erklärten Beamten. Über diese Regelung geht die in Thüringen getroffene weit hinaus. Sie sieht ein Verwaltungsverfahren für alle Schadenersatzansprüche vor, die der Staat oder die Gemeinden gegen ihre Beamten wegen schuldhafter Amtspflichtverletzung erheben zu können glauben, ein Verfahren also, auf das der Ausdruck „Defektenverfahren“ nicht mehr paßt. Diese Regelung gibt der Verwaltung bereits eine so gesicherte Stellung zur Durchsetzung der wichtigsten

Ansprüche gegen ihre Beamten, daß eine Ausdehnung auf weitere Ansprüche gegen diese nicht oder wenigstens nicht mit genügender Sicherheit als im Sinn und Zweck des Gesetzes liegend angesehen werden kann. Man müßte dann schon beim Fehlen eines geeigneten Abgrenzungsmerkmals dazu kommen, das Feststellungsverfahren auf alle Ansprüche zu erstrecken, die ein öffentliches Gemeinwesen gegen einen Beamten geltend macht, z. B. auch auf Ansprüche auf Rückzahlung von überhohem Gehalt. Soweit kann aber dem klaren Wortlaut des Gesetzes gegenüber keinesfalls gegangen werden. Schließlich ist noch zu erwägen, daß der Anspruch der Beklagten auf Herausgabe dessen, was der Kläger von St. erhalten hat, sachlich-rechtlich der unmittelbaren gesetzlichen Grundlage entbehrt und auch vom Berufungsgericht nur mittelbar durch Heranziehung von Regeln des bürgerlichen Rechts begründet zu werden vermochte. Das spricht gleichfalls dagegen, daß das Gesetz ihn einem Verwaltungsverfahren hat unterwerfen wollen. Nach alledem kann seine Feststellung in dem Verfahren, das § 133 Th. StVG. für die Durchführung von Schadensersatzansprüchen gewährt, nicht gebilligt werden.

Aus der Unzulässigkeit des Feststellungsverfahrens für den in dem Beschluß vom 17. Mai 1933 bezeichneten Anspruch des Beklagten folgt indessen nicht schon ohne weiteres, daß dieser Anspruch in dem gegenwärtigen Rechtsstreit nicht sachlich geprüft werden könnte. In zahlreichen Entscheidungen, die zu den bereits angeführten Vorschriften des Reichs und Preußens über das Defektenverfahren ergangen sind, hat das Reichsgericht ausgesprochen, daß Gegenstand des sich dem Verwaltungsverfahren anschließenden gerichtlichen Verfahrens die Entscheidung über das Bestehen des von der Verwaltungsbehörde festgestellten Ersatzanspruchs sei, während den Gerichten nicht zustehe, über die Zulässigkeit des Defektenverfahrens und des Defektenbeschlusses zu befinden (RGZ. Bd. 12 S. 143, Bd. 58 S. 245/246, Bd. 75 S. 328, Bd. 92 S. 236, Bd. 97 S. 263 [269], Bd. 99 S. 79; Urteile des erkennenden Senats vom 24. April 1908 III 452/07, abgedr. JW. 1908 S. 411 Nr. 14, vom 23. Februar 1909 III 188/08, abgedr. JW. 1909 S. 231 Nr. 29, und vom 15. Februar 1927 III 132/26, abgedr. JW. 1927 S. 1591 Nr. 25, LZ. 1927 Sp. 1269, Recht 1927 Nr. 1155, JMdSch. 1927 Rjpr. Nr. 846). Diese Scheidung ergibt sich aus dem Verhältnis zwischen Rechtspflege und Verwaltung, welche beiden die ihnen zugewiesenen Gebiete staat-

licher Tätigkeit selbständig und unabhängig voneinander zu bearbeiten haben. Sie gilt auch für Thüringen. Grundsätzlich entzieht sich also die Zulässigkeit des im thüringischen Staatsbeamtengesetz geregelten Feststellungsverfahrens bei Ansprüchen gegen Beamte der richterlichen Nachprüfung.

Geht man hiervon aus, so muß auch für den vorliegenden Fall anerkannt werden, daß der Fehler, der nach dem Gesagten dem Feststellungsbeschuß vom 17. Mai 1933 anhaftet, nicht hindert, im gegenwärtigen Rechtsstreit auf den Anspruch sachlich einzugehen, der den Gegenstand des Beschlusses bildet. Allerdings ist hier der Widerstreit, in dem der Beschuß zum Gesetz steht, erheblicher als in den Fällen, die durch die vorgenannten Urteile entschieden worden sind. Der Beschuß greift ohne ausreichende gesetzliche Grundlage in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ein. Trotzdem ist er kein unbedingt unwirksamer Verwaltungsakt und kann deshalb wenigstens noch als Grundlage für eine Klage im ordentlichen Rechtsweg dienen, mit der geltend gemacht wird, der im Beschuß festgestellte Anspruch bestehe nicht. Eine sachliche Entscheidung über den von der Beklagten gegen ihn erhobenen Anspruch erstrebt auch der Kläger für den Fall, daß der Feststellungsbeschuß nicht schon aus verfahrenrechtlichen Gründen unbeachtlich ist. Sein Vorbringen in den Vorinstanzen läßt darüber keinen Zweifel. Dementsprechend haben Landgericht und Oberlandesgericht den Anspruch selbst erörtert. So muß das Berufungsurteil in seiner sachlich-rechtlichen Begründung nachgeprüft werden.

II. Der Streitgegenstand wird begrenzt durch die Begründung des Feststellungsbeschlusses vom 17. Mai 1933. Die gesetzlich (§ 133 Abs. 2 Th.StBG.) vorgeschriebene Begründung eines solchen Beschlusses ist für ihn wesentlich. Fehlt sie, so ist der Beschuß überhaupt unwirksam (so Ur. des erkennenden Senats vom 8. Juli 1930 III 375/29, abgedr. *HR.* 1930 Nr. 1853, für einen nach dem Reichsbeamtengesetz ergangenen Defektenbeschuß). Aus der Begründung des Beschlusses allein ist andererseits zu ersehen, welchen Anspruch die Behörde gegen den Beamten geltend macht, welchen Anspruch er also mit seiner gegen den Beschuß gerichteten Klage bestrittet. Die vom Kläger gegen den Feststellungsbeschuß erhobene Klage ist eine verneinende Feststellungsklage; mit ihr soll im Gegensatz zu dem Beschuß festgestellt werden, daß der darin für begründet erklärte

Anspruch der Beklagten gegen den Kläger nicht besteht. Dieser Klage gegenüber kann sich die Beklagte nur damit verteidigen, daß der Anspruch, auf dessen Verneinung die Klage abzielt, bestehe. Ob sie gegen den Kläger noch andere Ansprüche besitzt, ist unerheblich. Denn auch wenn das der Fall sein sollte, so würde sich daraus noch nicht ergeben, daß der den Klagegegenstand bildende Anspruch begründet sei. Da es sich bei der Geltendmachung anderer Ansprüche durch die Beklagte um von ihr erhobene Einwendungen gegen den Klageanspruch handelt, können insoweit die Grundsätze über Zulassung einer Klageänderung keine Anwendung finden.

Unbeachtlich sind deshalb die Darlegungen der Beklagten, die dahin gehen, der Kläger schulde ihr 10000 RM. als Schadensersatz oder aus dem Rechtsgrund der ungerechtfertigten Bereicherung. Daß der Beschluß vom 17. Mai 1933 keinen Schadensersatzanspruch der Beklagten gegen den Kläger feststellt, ist bereits in anderem Zusammenhang hervorgehoben worden. Die allein maßgebliche Begründung des Beschlusses enthält nichts von einer Schädigung der Beklagten durch schuldhaftes Amtspflichtverletzung des Klägers. Auch der Tatbestand der rechtlosen Bereicherung ist der Beschlußbegründung nicht zu entnehmen. Insbesondere ist dort nicht einmal angedeutet, daß der Kläger die 10000 RM. auf Kosten der Beklagten erlangt habe. So ist in dem gegenwärtigen Rechtsstreit nur darüber zu erkennen, ob der Kläger kraft des Beamtenverhältnisses, worin er zur Beklagten stand, verpflichtet ist, ihr die 10000 RM. herauszugeben, die er von St., dem Geschäftsführer der E. T. GmbH., erhalten hat. Diese Frage ist aber im Gegensatz zum Berufungsrichter zu verneinen.

Das Berufungsgericht ist der Überzeugung, daß die 10000 RM., die St. dem Kläger gegeben hat, kein Darlehen waren, sondern „Schmiergeld“, das der Kläger nur mit Rücksicht auf den Bau der Kläranlage durch die E. T. GmbH. von deren Geschäftsführer erhalten hat und das nicht zurückgezahlt werden sollte. Gegen diese tatsächlichen Feststellungen sind keine verfahrensrechtlichen Bedenken zu erheben. Aus ihnen ergibt sich auch nicht bloß, wie die Revision meint, daß sich der Geber, St., bei Hingabe der 10000 RM. als Darlehen insgeheim vorbehalten habe, es nicht zurückzufordern. Vielmehr ist mit hinreichender Deutlichkeit die von der Revision vermißte Feststellung getroffen worden, daß in Wirklichkeit beide Teile über-

einstimmend eine unentgeltliche Zuwendung gewollt haben. Daß der Beklagten die Beweislast oblag, ist nicht verkannt worden.

Unbegründet ist der Vorwurf der Revision, das Berufungsurteil gebrauche den Ausdruck „Schmiergeld“ als gegeben und lege nicht dar, was es darunter verstehe. Im Gegenteil, gerade hierüber hat sich das Berufungsgericht mit völliger Unzweideutigkeit in folgender Weise ausgesprochen:

Der Senat sei überzeugt, daß der Kläger die 10000 RM. als Entschädigung dafür erhalten habe, daß er sich bei der Beklagten pflichtwidrig für die Übertragung des Auftrags an die E. T. Umbö. eingesetzt habe. Zugleich habe das Geld aber auch eine Vergütung sein sollen für wohlwollende Behandlung der Auftragsfirma durch den Kläger bei der Bauausführung. Letzteres sei auf jeden Fall der Zweck der Geldhingabe gewesen, auch wenn man etwa den Nachweis, daß das Geld schon mit für die Zuweisung des Auftrags an die Firma gegeben worden sei, nicht als geführt ansehe. Aus dem, was St. selbst als Zeuge eingeräumt, ergebe sich, daß der Kläger mit Rücksicht auf die Geldzuwendung seine Pflichten als Stadtbaumeister zu Gunsten der Firma habe vernachlässigen sollen. In dieser Erwartung habe sich die Gesellschaft auch offenbar nicht getäuscht, wie die laufenden Nachbewilligungen und die starke Überschreitung des Kostenanschlags bewiesen.

Zusammenfassend heißt es dann am Schluß der diese Fragen behandelnden Ausführungen des Berufungsurteils: Nach alledem sei der Senat überzeugt, daß die 10000 RM. kein Darlehen gewesen seien, das der Kläger wieder habe zurückzahlen müssen, sondern eine Vergütung, die der Kläger für schon erfolgtes oder erwartetes pflichtwidriges Verhalten empfangen habe, also „Schmiergeld“, Bestechungsgeld.

Das Berufungsgericht verkennt bei der rechtlichen Beurteilung dieses von ihm als erwiesen angesehenen Verhaltens des Klägers nicht, daß eine gesetzliche Vorschrift fehlt, die dem öffentlichen Dienstherrn einen Anspruch gegen seine Beamten einräumt auf Herausgabe von „Schmiergeld“, das sie empfangen haben. Es glaubt gleichwohl, eine solche Herausgabepflicht der Beamten bejahen zu können, und zwar in Anknüpfung an § 667 BGB. Danach muß der Beauftragte jeden Vorteil, auch wenn er nur für ihn persönlich bestimmt ist, an den Auftraggeber herausgeben, sofern nur der Vorteil dem Beauf-

tragten aus irgendeinem mit der Geschäftsführung im inneren Zusammenhang stehenden Grunde zugewendet worden und die Beförderung zu rechtfertigen geeignet ist, der Geschäftsführer könnte durch ihn veranlaßt sein oder werden, die Belange des Geschäftsherrn nicht nach jeder Richtung hin auf das gewissenhafteste zu berücksichtigen; ein Vorteil ist aus der Geschäftsbesorgung eben schon dann erlangt, wenn er in ihr seinen wirtschaftlichen Grund, seine wirtschaftliche Rechtfertigung und Erklärung findet (RGZ. Bd. 99 S. 31 [33]). Das Berufungsgericht sieht in dieser Hinsicht durch § 667 BGB. einen allgemeinen Rechtsgedanken ausgedrückt, der nicht bloß im bürgerlichen, sondern auch im öffentlichen Recht gelte. Es begründet diese Auffassung folgendermaßen:

Treu und Glauben, Ehrlichkeit und Redlichkeit verlangen, daß jeder, der für einen anderen in dessen Auftrag handle, diesem alles herausgeben müsse, was er im Zusammenhang und mit Rücksicht auf diesen Auftrag (im weitesten Sinne des Wortes) vom Geschäftsgegner erlangt habe. Damit solle dem Beauftragten die Möglichkeit genommen werden, aus dem Auftrag für sich persönlich Nutzen zu ziehen; er solle aber auch dadurch mitbestimmt werden, ausschließlich zum Vorteil seines Auftraggebers tätig zu werden und sich in seinem Handeln nicht etwa durch die Annahme von Geschenken und „Schmiergeldern“ zu Gunsten des Geschäftsgegners beeinflussen zu lassen. Dieser allgemeine Rechtsgedanke sei namentlich auch auf das Beamtenverhältnis anzuwenden. Gerade der Beamte müsse sich durch sauberes, unantastbares, pflichtgetreues Verhalten auszeichnen und dürfe keinesfalls „Schmiergelde“ und Geschenke im Zusammenhang mit seiner dienstlichen Tätigkeit annehmen. Das sei eine Pflicht, die der Beamte nicht nur im heutigen Staat habe, sondern die ihm schon immer obgelegen habe. Wenn der Beamte dennoch gegen diesen Grundsatz der Sauberkeit, des Anstandes und der Treue verstoße, dann habe er nicht nur kriminelle Strafe und Disziplinarstrafe zu erwarten; es erscheine nur als recht und billig, daß er die von ihm angenommenen „Schmiergelde“ dem Staat, der Gemeinde oder der öffentlichen Körperschaft herausgebe, in deren Diensten er stehe.

Diesen Ausführungen ist zweifellos insoweit zuzustimmen, als darin die Forderung aufgestellt wird, daß einem Beamten, der sich für pflichtwidriges Verhalten vermögensrechtliche Vorteile habe gewähren lassen, diese Vorteile wieder entzogen werden müßten. Jedoch

ist die weitere Folgerung, diese Vorteile habe der Beamte seinem Dienstherrn herauszugeben, nicht begründet. Das Berufungsgericht hat, wie die Revision zutreffend geltend macht, dem § 335 StGB. keine genügende Beachtung geschenkt.

An sich ist es schon wenig wahrscheinlich, daß das geltende Recht — nicht bloß in Thüringen, sondern auch im Reich und in Preußen — einen Anspruch des öffentlichen Dienstherrn auf solche seinem Beamten zugeflossenen „Schmiergelder“ nicht ausdrücklich gewährt haben sollte, wenn dieser Anspruch wirklich bestände. Gerade bei der geschlossenen Regelung, welche die aus dem Beamtenverhältnis entspringenden beiderseitigen Rechte und Pflichten, zumal die vermögensrechtlichen, gefunden haben, wäre das Bestehen einer derartigen Gesetzeslücke, die erst durch eine mehr oder minder unsichere Herübernahme von Sätzen des bürgerlichen Rechts geschlossen werden müßte, besonders auffällig. Zudem ist bereits früher hervorgehoben worden, in wie hohem Maße auf dem Gebiet des Beamtenrechts Vorsicht bei ausdehnender Auslegung und Anwendung von Rechtsätzen geboten ist. Vielfach mag nun schon die Haftung des Beamten für seine Amtshandlungen die rechtliche Handhabe bieten, um ihm Vorteile der gedachten unlauteren Art wieder zu nehmen und damit das vom Rechtsgefühl geforderte Ergebnis herbeizuführen. Entscheidend dafür, dem öffentlichen Dienstherrn einen Anspruch, wie ihn das Berufungsgericht als bestehend angesehen hat, zu versagen, ist aber § 335 StGB. Er bestimmt, daß in den Fällen der §§ 331 bis 334 StGB. — von ihnen kommen hier die §§ 331 und 332 in Betracht — im Urteil, d. h. im Strafurteil, das Empfangene oder sein Wert für dem Staate verfallen zu erklären ist. Wenn also ein Beamter Vorteile annimmt für eine Handlung, die eine Verletzung seiner Amts- oder Dienstpflicht enthält (§ 332 StGB.), oder auch nur für eine Handlung, die in sein Amt einschlägt, aber an sich nicht pflichtwidrig ist (§ 331 StGB.), so verfällt das, was er erhalten, dem Staat. Damit ist unvereinbar eine nebenher noch bestehende Pflicht des Beamten, denselben Gegenstand oder seinen Wert seinem öffentlichen Dienstherrn, also bei Gemeindebeamten der Gemeinde, herauszugeben. Ob bei einer unlauteren Geschenkannahme, die nicht unter die angeführten Vorschriften des Strafgesetzbuchs fällt, eine andere Beurteilung geboten wäre, kann dahinstehen. Denn nach den bereits wiedergegebenen Feststellungen des Berufungsgerichts sieht dieses

eine passive Bestechung des Klägers im strafrechtlichen Sinne (§ 332 StGB.) als erwiesen an, wie es denn auch einmal, von seinem tatsächlichen Standpunkt aus rechtlich zutreffend, von „Bestechungsgeld“ spricht. Es ist überzeugt, daß der Kläger die 10000 RM. als Entschädigung dafür erhalten hat, daß er sich bei der Beklagten pflichtwidrig für die Übertragung des Auftrags an die E. T. GmbH. eingesetzt habe. Dabei ist es unerheblich, ob der Kläger, wie er behauptet, das Geld erst erbeten und erhalten hat, als der Vertrag zwischen der Stadt und der Lieferfirma bereits abgeschlossen war (vgl. RGSt. Bd. 63 S. 369). Weiter sollte aber nach den getroffenen Feststellungen das Geld auch eine Vergütung für eine wohlwollende Behandlung der Gesellschaft durch den Kläger bei der späteren Bauausführung sein. Daß damit ein Wohlwollen gemeint ist, das sich mit den Dienstpflichten des Klägers nicht vertrug, zeigt der spätere Satz des Urteils, der Kläger habe mit Rücksicht auf die Geldzuwendung seine Pflichten als Stadtbaumeister zu Gunsten der Firma vernachlässigen sollen, in welcher Erwartung sich diese auch nicht getäuscht habe. Ob die Kläranlage gleichwohl, wie der Kläger geltend macht, den von der Beklagten dafür gezahlten Preis wert ist, mag für die tatsächliche Würdigung seines Verhaltens von Belang sein können. Rechtlich ist das in diesem Zusammenhang unerheblich. Hat sich der Kläger somit nach der rechtlich nicht zu beanstandenden Auffassung des Berufungsgerichts der passiven Bestechung schuldig gemacht, so gehört das, was er empfangen, dem Staat. Die Gemeinde kann keinen Anspruch darauf erheben. Daran ändert auch nichts der Umstand, daß die Staatsanwaltschaft als Strafverfolgungsbehörde das gegen den Kläger eingeleitete Strafverfahren insoweit eingestellt hat, als es die Zahlung der 10000 RM. durch St. betraf. Eine solche verschiedenartige Beurteilung ein und desselben Sachverhalts durch mehrere damit befaßte Behörden kommt nicht selten vor. Die Rechtslage wird jedoch dadurch nicht berührt.

Die Frage, ob neben § 335 StGB. auch ein auf denselben Gegenstand gerichteter Herausgabeanspruch des öffentlichen Dienstherrn bestehen kann, ist um so mehr zu verneinen, als für die entsprechende Vorschrift in § 12 Abs. 3 UnWG. im Verhältnis zu dem bürgerlich-rechtlichen Herausgabeanspruch nach § 667 BGB. das Gleiche gelten muß. Nach § 12 wird neben dem Geber (Abs. 1) auch der Angestellte oder Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes be-

strafe, der im geschäftlichen Verkehr Geschenke oder andere Vorteile annimmt, damit er durch unlauteres Verhalten einem anderen bei dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb eine Bevorzugung verschaffe (Abs. 2). Nach Abs. 3 ist im Urteil zu erklären, daß das Empfangene oder sein Wert dem Staat verfallen sei. Die herrschende Meinung nimmt an, daß sich das Verhältnis zwischen solcher Verfallerklärung und dem Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn nach § 667 BGB. folgendermaßen gestalte: sei die Verfallerklärung erfolgt, so falle der Herausgabeanspruch weg; umgekehrt gebe es keine Verfallerklärung mehr, wenn der Auftraggeber seinen Herausgabeanspruch bereits geltend gemacht habe (Staudinger BGB., 9. Aufl., § 667 Anm. 1b; Warneyer BGB., 2. Aufl., Bb. 1 S. 1197; Staub-Bondt BGB., 14. Aufl., § 59 Anm. 46; Düringer-Hachenburg BGB., 3. Aufl., § 59 Anm. 21). Dagegen läßt Rosenthal Wettbewerbsgesetz, 8. Aufl., § 12 Note 41 den Anspruch des Staates vorgehen, während Baumbach Das gesamte Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Kap. 94 D II S. 399 den Bestochenen doppelt leisten läßt. Er meint, daß kein Zivilanspruch (Zivilanspruch?) die öffentlich-rechtliche Verfallerklärung austräumen oder verhindern könne, daß aber auch kein Staatsakt einen Zivilanspruch beseitigen könne, weil er damit entgegen Art. 153 Abs. 2 RWerf. entschädigungslos enteigne. Die letzte Erwägung ist unrichtig. Die Frage, ob § 12 UnlWG. (und ebenso § 335 StGB.) den Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn ausschließt, ist die Frage nach der Gestaltung des objektiven Rechts. Läßt dieses im Bereich des § 12 UnlWG. (und des § 335 StGB.) überhaupt keinen Herausgabeanspruch des einzelnen entstehen, so fehlt es von vornherein an einem der Enteignung zugänglichen Gegenstand. Richtig ist dagegen die Erwägung in ihrem ersten Teil. Der Anspruch des Staates auf das zu Bestechungszwecken Gegebene kann nicht von dem Anspruch einer Einzelperson (sei dies auch ein Gemeinwesen als Dienstherr eines Beamten) und von der Verwirklichung dieses Anspruchs abhängen. So bleibt nur die Möglichkeit, dem staatlichen Anspruch den Vorrang zu lassen, wie das auch allein der überragenden Stellung des Staates entspricht. Zu dem Ergebnis, daß neben dem staatlichen Anspruch auf das, was der Bestochene erhalten, nicht auch noch ein weiterer Herausgabeanspruch bestehen kann, zwingt auch der Zweck, den § 335 StGB. und ebenso § 12 Abs. 3 UnlWG. verfolgt. Dem

Täter sollen die ihm zugewendeten Vorteile entzogen werden. Die Verfallerklärung würde über dieses Ziel hinauschießen, wenn der Täter nochmals an seinen Dienst- oder Geschäftsherrn zahlen müßte. Der Hinweis auf § 12 UnlWG, in der bereits genannten Entscheidung RGZ. Bd. 99 und die dort S. 34 oben gemachte Bemerkung, daß diese Vorschrift den damals vorliegenden Fall nicht treffe, läßt übrigens darauf schließen, daß der erkennende Senat, von dem jene Entscheidung herrührt, schon damals geneigt war, dem § 12 UnlWG den Vorrang vor § 667 BGB. einzuräumen.

Der von der Beklagten gegen den Kläger erhobene Herausgabeanspruch läßt sich also wegen der in § 335 StGB. ausdrücklich getroffenen gesetzlichen Regelung nicht aus dem in § 667 BGB. ausgedrückten Rechtsgedanken herleiten. . .

Sonach ist der in dem Beschluß vom 17. Mai 1933 gegen den Kläger festgestellte Anspruch nicht begründet. Deshalb muß entgegen der vom Oberlandesgericht getroffenen Entscheidung die Berufung der Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil zurückgewiesen werden. Denn dieses hat zutreffend festgestellt, daß der Kläger nicht verpflichtet ist, der Beklagten nach dem genannten Beschluß 10000 RM. zu zahlen. Freilich ist das Landgericht — nach dem bereits Ausgeführten zu Unrecht — auch darauf eingegangen, ob die Beklagte vom Kläger jene 10000 RM. als Schadensersatz fordern könne. Diese Frage liegt, ebenso wie die nach einer Bereicherungshaftung des Klägers, außerhalb des gegenwärtigen Rechtsstreits. In diesem wird nur über den von der Beklagten erhobenen Herausgabeanspruch entschieden, und zwar in verneinendem Sinne. Alle sonstigen Ansprüche der Beklagten gegen den Kläger bleiben unberührt und können von ihr anderweit verfolgt werden. . .