

64. War vor Inkrafttreten des Gesetzes vom 26. Juli 1910, insbesondere unter der Herrschaft des Preussischen Landrechts, eine Vereinbarung zulässig und wirksam, wonach den außerhalb ihres Wohnorts vorübergehend beschäftigten preussischen Beamten geringere als die gesetzlich bestimmten Tagegelber gewährt wurden?

Preuß. Gesetz vom 24. März 1873, betr. Tagegelber und Reisekosten der Beamten, (G. S. 122) §§ 1, 3.

III. Zivilsenat. Ur. v. 26. Februar 1915 i. S. preuß. Fiskus (Bekl.) w. B. (Kl.). Rep. III. 347/14.

I. Landgericht Königsberg i. Pr.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger war bis 30. September 1897 als Gerichtsschreiber bei dem Oberlandesgericht in K. angestellt. Vom 1. Mai 1896 bis Ende September 1897 wurde er auf Grund dienstlichen Auftrags ausbittungsweise im Revisionsdienste bei der Oberrechnungskammer in Potsdam beschäftigt und am 1. Oktober 1897 dort etatsmäßig angestellt. Er erhielt neben seinem Gerichtsschreibergehalt im Mai 1896 täglich 9 *M.* Tagegelber, in den folgenden Monaten bis Ende September 1897 täglich 4,50 *M.* Diese Bemessung der Tagegelber war ihm bereits in dem dienstlichen Auftrags Schreiben in Aussicht gestellt. Er verlangte für die Zeit vom 1. Juni 1896 bis 30. September 1897 an Tagegelbern für jeden Tag weitere 4,50 *M.* und erhob am 9. August 1913 auf Zahlung von insgesamt 2191,50 *M.* Klage. Der Beklagte wendete Verjährung ein und machte geltend, die Bemessung der Tagegelber beruhe auf Vereinbarung, der Kläger habe auf den Mehrbetrag stillschweigend verzichtet, die Nachforderung verstoße auch gegen Treu und Glauben. Der Kläger bezeichnete Vereinbarung und Verzicht als gesetzlich unzulässig und rechtswirksam.

Das Landgericht verurteilte antraggemäß, das Oberlandesgericht wies die Berufung zurück. Auf die Revision des Beklagten wurde die Klage abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Zulässigkeit des Rechtswegs unterliegt keinem Bedenken. Die Streittheile sind darüber einig, daß der Kläger als Oberlandesgerichtsssekretär zur Klasse V der im § 1 des Gesetzes, betr. Tagegelber und Reisekosten der Staatsbeamten, vom 24. März 1873 aufgeführten Beamten gehörte und demnach an sich bei vorübergehender Beschäftigung außerhalb des Wohnorts, wie sie die Tätigkeit bei der Oberrechnungskammer in der Zeit vom 1. Mai 1896 bis 30. September 1897 darstellt, nach dem Gesetze (§ 3) sowie nach § 54 A. 6 der Instruktion für die Oberrechnungskammer vom 18. Dezember 1824 zu einem Tagegelbersatz von 9 *M* berechtigt gewesen sein würde. Den Einwand des Beklagten, daß der Kläger vereinbarungsgemäß nicht die gesetzlichen Tagegelber, sondern nur die geringeren ihm ausbezahlten Beträge zu beanspruchen gehabt habe, verwirft das Berufungsgericht mit der Begründung, daß mit Rücksicht auf die Eigenschaft der gesetzlichen Vorschrift als einer öffentlichrechtlichen Bestimmung eine solche Vereinbarung als unzulässig zu erachten, daß sie aber auch nicht getroffen und, wenn getroffen, wegen Formmangels nichtig sei. In keiner dieser Richtungen kann den Ausführungen des Berufungsgerichts beigetreten werden.

Der im Ministerialblatt für die innere Verwaltung von 1873 S. 253 abgedruckte Erlaß des Finanzministers und des Ministers des Innern erklärt es für nicht ausgeschlossen, daß unter Umständen und unter Berücksichtigung des wirklichen Bedürfnisses, namentlich bei Kommissorien von längerer Dauer mit dem Einverständnis des Beamten ein niedrigerer Tagegelbersatz gewährt werden könne. Der Erlaß ist selbstverständlich weder bestimmt noch geeignet, eine an sich nicht schon bestehende Zulässigkeit vereinbarungsmäßiger Abänderung des gesetzlichen Tagegelbersatzes zu begründen. Diese Zulässigkeit besteht aber ohne weiteres. Der Anspruch des Beamten auf die Tagegelber bei einer Beschäftigung außerhalb des Wohnorts ist ein vermögensrechtlicher Anspruch auf öffentlichrechtlicher Grundlage. Vermögensrechte sind regelmäßig verzichtbar und darum vertragsmäßiger oder vertragsähnlicher Regelung fähig, auch wenn sie öffentlichrecht-

lichen Ursprungs sind. In bestimmten Fällen schließt bei bürgerlich-rechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Vermögensrechten das Gesetz die Verzichtbarkeit aus, und zwar im öffentlichen Interesse. So kann für die Zukunft auf den Unterhalt nicht verzichtet werden (§ 1614 BGB.). Für unverzichtbar sind die Ansprüche von Mitgliedern der Volksvertretung auf Tagegelber oder Anwesenheitsgelber erklärt, s. z. B. § 9 des Reichsgesetzes vom 21. Mai 1906. Regelmäßig enthalten die gesetzlichen Bestimmungen aber kein Verzichtsverbot. Daß die Unzulässigkeit und Unwirksamkeit des Verzichts und vertragsmäßiger Regelung schlechthin aus der öffentlich-rechtlichen Natur des Verhältnisses, dem die Vermögensrechte entspringen, oder der Vorschriften folge, auf denen sie beruhen, kann nicht zugegeben werden. Ob Verzicht und Vereinbarung zulässig sein würden über den Betrag von Besoldung und Ruhegehalt, braucht hier nicht erörtert zu werden. Denn mit der Annahme der Unverzichtbarkeit von Gehalts- und Ruhegehaltsansprüchen würde noch nichts entschieden sein für die Unzulässigkeit von Vereinbarungen über Tagegelber. Gehalt und Ruhegehalt sind bestimmt zur Bestreitung des Unterhalts, es besteht ein öffentliches Interesse daran, daß der Beamte sie unverkürzt bezieht. Die Tagegelber des Gesetzes vom 24. März 1873 sind ein Pauschbetrag zur Deckung von Auslagen, ein Betrag, der nicht selten über die Summe des wirklichen Aufwandes hinausgeht. Nur in untergeordnetem Maße ist die Öffentlichkeit daran beteiligt, ob der Beamte den vollen Pauschsatz erhält.

So wenig wie im allgemeinen das Wesen der Tagegelber stehen der Zulässigkeit einer vereinbarungsmäßigen Abänderung aber auch, trotz ihrer öffentlich-rechtlichen Eigenschaft, die Vorschriften des Gesetzes von 1873 entgegen. In den vorgetragenen Verhandlungen verschiedener preussischer Minister über die Zulässigkeit der Vereinbarung niedrigerer Tagegelbersätze aus dem Jahre 1873 betont der Finanzminister den „subsidiären Charakter“ dieser Vorschriften, der sich insbesondere ergebe aus der in den §§ 2 und 4 vorgesehenen Möglichkeit, unter Umständen die Sätze des § 1 zu erhöhen. Mag dieser Schluß auch nicht zwingend sein, so ist doch so viel gewiß: nach seiner ganzen Absicht, seinem gesetzgeberischen und wirtschaftlichen Zwecke steht das Gesetz der Zulassung von Vereinbarungen nicht entgegen. Das Gesetz will in Form von Pauschsätzen den Beamten

eine Deckung der durch Verrichtung der Staatsdienstgeschäfte außerhalb des Wohnorts erwachsenden Mehraufwendungen, aber keine Einnahmequelle gewähren. Dieser Absicht entspricht es, wenn durch Vereinbarungen eine Annäherung des vom Staate zu gewährenden Auslagenersatzes an den wirklichen Auslagenbetrag überall da ermöglicht wird, wo sich von vornherein übersehen läßt, daß der gesetzliche Pauschsatz die tatsächlichen Aufwendungen weit übersteigen würde.

Die hiernach zulässige Vereinbarung ist aber auch zwischen den Parteien getroffen. Daß vor Erteilung des Auftrags das Einverständnis des Klägers mit der Herabsetzung der gesetzlichen Tagegelber eingeholt sei, ist nicht behauptet worden. Der Auftrag, auch wenn ihm eine Bewerbung des Klägers vorherging, war ein dienstlicher Befehl, dem er Folge leisten mußte. Das schloß aber für ihn nicht die Möglichkeit aus, alsbald gegen die in dem Auftragschreiben ihm angekündigte Absicht der Herabsetzung der Tagegelber vorstellig zu werden. Indem er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machte, dem dienstlichen Befehl ohne Einwendungen gegen das Angebot ermäßigter Tagegelber folgte, erklärte er schlüssig sein Einverständnis mit der Ermäßigung, seine Annahme jenes Angebots. In dem schon erwähnten Erlasse der beiden Minister von 1873 war angeordnet, die den Auftrag erteilende Behörde habe sich in geeigneter Weise Gewißheit über das Einverständnis des Beamten zu verschaffen. Zu diesem Zwecke sei in jedem Falle darauf zu halten, daß dem Beamten mit der Aufforderung zur Übernahme des Auftrags der Betrag der von ihm zu beziehenden Vergütung mitgeteilt werde. Auf Grund dieses, dem Kläger — wie unbedenklich anzunehmen — bekannt gewordenen Erlasses ist hier verfahren; das war der übliche und „geeignete“ Weg, das Einverständnis des Beamten zu gewinnen, und auf diesem Wege ist denn auch das Einverständnis des Klägers erzielt worden und damit die vertragsähnliche öffentlichrechtliche Vereinbarung zwischen den Streittheilen zustande gekommen. Die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht den Abschluß der Vereinbarung verneint, sind keine tatsächlichen Feststellungen sondern rechtliche Schlußfolgerungen, deren Unrichtigkeit sich aus dem hier Dargelegten von selbst ergibt.

Das Berufungsgericht spricht der, von ihm nicht als vorhanden

anerkannten, Vereinbarung auf alle Fälle wegen Formmangels die Wirksamkeit ab. Für die Frage nach der Formbedürftigkeit ist das Preussische Allgemeine Landrecht maßgebend, unter dessen Herrschaft die Vereinbarung getroffen ist, und das hinsichtlich der Formvorschriften zwischen bürgerlichrechtlichen und öffentlichrechtlichen Abmachungen nicht unterscheidet. Die Anwendung dieser Vorschriften auf öffentlichrechtliche Verhältnisse entspricht auch der Rechtsprechung des Obertribunals; vgl. Entsch. vom 7. September 1868 in Strieth, Arch. Bd. 72 S. 138. Das Oberlandesgericht behandelt die Vereinbarung als einen Vergleich und erklärt sie mit Rücksicht auf das zum Vergleiche gehörende Tatbestandsmerkmal des Verzichts für formungültig. Nach § 381 A.R. I, 16 erfordert der Verzicht eine ausdrückliche Willenserklärung. Allein ein Vergleich liegt in der Vereinbarung überhaupt nicht. Das Berufungsgericht hält die Unterordnung unter den Begriff des Vergleichs für geboten „angesichts der von jeher bestehenden Meinungsverschiedenheiten über die Zulässigkeit einer Herabsetzung der gesetzlichen Tagegelder durch vertragliche Abreden“. Vergleiche sind nach § 405 A.R. I, 16 Verträge, „durch welche die Parteien die bisher unter ihnen streitig oder zweifelhaft gewesenen Rechte vergefaltet bestimmen, daß wechselseitig etwas gegeben oder nachgelassen wird“. Nun hatte die Vereinbarung keinesfalls den Zweck, die vom Berufungsgerichte bezeichnete rechtliche Streitfrage unter den Parteien zum Austrage zu bringen. Sie hatte vielmehr ihre Grundlage gerade in der Annahme der Zulässigkeit solcher vertraglichen Abrede. Von der Behebung eines Streites oder einer Ungewißheit durch gegenseitiges Nachgeben ist nicht die Rede: darin, daß der Staat dem Kläger die ermäßigten Tagegelder gewährt hat, kann nicht gefunden werden, er habe im Sinne des § 405 A.R. I, 16 „etwas gegeben oder nachgelassen“. Aber es liegt auch in der Vereinbarung überhaupt kein Verzicht. Der Kläger hat gar kein Vermögensrecht aufgegeben, er hatte für die Zeit der ihm aufgetragenen Tätigkeit bei der Oberrechnungskammer niemals einen Anspruch auf höhere Tagegelder als die ihm in der Auftragsverfügung angebotenen. Der Umstand allein, daß er kraft seiner Zugehörigkeit zur Klasse V des § 1 im Falle der Beschäftigung außerhalb des Wohnorts zu höheren Tagegeldern berechtigt war, ergab ein Vermögensrecht natürlich nicht. Der Beschäftigungsauftrag

wurde unter Angebot ermäßigter Tagegelber erteilt, durch Unterlassen des Widerspruchs nahm der Kläger das Angebot an, er hatte also gar keinen Anspruch auf die gesetzlichen, sondern kraft der Vereinbarung von vornherein nur einen solchen auf die ermäßigten Tagegelber. Fehlt es somit an einem Verzicht, so steht der Mangel ausdrücklicher Erklärung der Gültigkeit der Vereinbarung nicht entgegen.

Nach § 131 A. N. I, 5 bedarf der Schriftform ein jeder Vertrag, dessen Gegenstand sich auf mehr als 50 Taler beläuft. Diese Vorschrift steht der Wirksamkeit der zwischen den Streittheilen geschlossenen Vereinbarung ebenfalls nicht entgegen. Nach § 165 A. N. I, 5 muß nämlich „die Vergütung nach der mündlichen Abrede erfolgen, wenn der mündliche Vertrag Handlungen zum Hauptgegenstande gehabt hat und diese sämtlich geleistet worden sind“. Erfüllung heißt also den Formmangel. Der § 165 findet, entgegen der Meinung des Oberlandesgerichts, hier Anwendung. Das Oberlandesgericht verneint die Anwendbarkeit, weil die Tagegelber keine „Vergütung“ seien, aber mit Unrecht. Vergütung im Sinne des § 165 ist nichts anderes als Gegenleistung. Die Tagegelber bilden nicht die Gegenleistung des Fiskus für die Tätigkeit des Beamten überhaupt, aber sie sind die Gegenleistung dafür, daß der Beamte diese Tätigkeit unter Umständen, die einen Mehraufwand erforderlich machen, nämlich außerhalb seines Wohnorts, leisten muß. Der Beamte hat den Mehraufwand auf sich zu nehmen, dagegen verpflichtet sich der Staat, ihm den Mehraufwand durch Gewährung einer Pauschvergütung zu ersetzen. Es liegt ein „Vertrag über Handlungen“ im Sinne des § 869 A. N. I, 11 vor. Die Handlungen sind vom Schuldner, dem Kläger, sämtlich geleistet, der Mangel der Schriftform ist geheilt.

Besteht eine gültige Vereinbarung über ermäßigte Tagegelber, so kommt es auf die übrigen Einwendungen des Beklagten gegen den Klagenanspruch (Verjährung, Verzicht, Arglist) nicht an. Es soll hier deshalb nur kurz hervorgehoben werden, daß der Anspruch auf Tagegelber nicht der kurzen Verjährung nach § 197 B. G. B., sondern der dreißigjährigen unterliegt, wie der Senat in R. G. B. Bd. 84 S. 400 entschieden hat. Auf die dort gegebene Begründung wird verwiesen. Die Verjährung hat im vorliegenden Falle begonnen

unter der Herrschaft des preussischen Gesetzes vom 31. März 1838, nach dessen § 2 Nr. 5 Ansprüche auf „Besoldung“ in vier Jahren verjähren. Selbst wenn im Sinne dieses Gesetzes die Tagegelber zur Besoldung gehörten, würde die Verjährung vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs (vgl. Art. 169 GG. z. BGB.) nicht vollendet gewesen sein.“