

**6 Sa 957/11**  
21 Ca 14973/10  
(ArbG München)

Verkündet am: 08.05.2012

Kreßler  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

### URTEIL

In dem Rechtsstreit

Firma G.

G-Straße, G-Stadt

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte H.  
H-Straße, B-Stadt

gegen

1. A.  
A-Straße, A-Stadt

2. C.  
C-Straße, C-Stadt

3. E.  
E-Straße, C-Stadt

- Beklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

zu 1:  
Rechtsanwälte Dr. B.  
B-Straße, B-Stadt

zu 2-3:  
Rechtsanwälte D.  
D-Straße, B-Stadt

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 17. April 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Künzl und die ehrenamtlichen Richter Bacherle und Heeb

für Recht erkannt:

**I. Auf die Berufung der Beklagten zu 2. und 3. wird das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 26.07.2011 – 21 Ca 14973/10 teilweise abgeändert:**

**Die Klage gegen die Beklagten zu 2., 3. wird abgewiesen.**

**II. Die Berufung des Beklagten zu 1. gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 26.07.2011 – 21 Ca 14973/10 wird zurückgewiesen.**

**III. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 2/3, der Beklagte zu 1. 1/3.**

**IV. Die Revision wird nicht zugelassen.**

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten um Herausgabe von Schmiergeldern bzw. Schadenersatz wegen Schmiergeldzahlung bzw. Schmiergeldannahme.

Die Klägerin betreibt den Handel, die Vermietung und die Wartung von B.. Sie hat ihren Hauptsitz in G-Stadt und zahlreiche Niederlassungen in Deutschland, Österreich und Tschechien.

Der Beklagte zu 1. war zunächst bei der Fa. ... GmbH beschäftigt. Rechtsnachfolger dieses nicht mehr existenten Unternehmens ist die klagende ... GmbH. Die Arbeitnehmer der Fa. ... GmbH waren, abgesehen von 12 Personen, jedoch einschließlich des Arbeitsverhältnisses der Beklagten zu 1., ab 1. Jan. 1995 auf die Fa. ... GmbH B. GmbH übergeleitet worden (Anlage K 12, Bl. 371 d. A.). Der Beklagte zu 1. war zuletzt als Leiter des Bauwesens und des Immobilienmanagements tätig. Er besaß Vollmacht für die Klägerin. Zu seinen Aufgaben gehörte die Vergabe von Bauaufträgen im Hinblick auf die Erstellung, Sanierung und Wartung von Gebäuden für die ...-Gruppe im In- und Ausland.

Der Beklagte zu 2. ist Geschäftsführer und Mitgesellschafter zu 50% der Fa. ... Generalbau C-Stadt Bauentwicklung und Objektüberwachung GmbH (nachfolgend: ...). Ab Oktober 2006 war er auch Geschäftsführer und Alleingesellschafter der Fa. I-Plan GmbH (nachfolgend: I-Plan) und seit 2006 Geschäftsführer der Fa. IG Industrie- und Gewerbebau GmbH (nachfolgend: IG GmbH).

Der Beklagte zu 3. betrieb das Architekturbüro E. in Unterföhring. Seine Ehefrau Miriam E. war 50%-ige Gesellschafterin der I-Plan, wobei sie diese Anteile für ihren Ehemann hielt.

In Absprache mit der Klägerin beauftragte der Beklagte zu 1. die ... und die ... GmbH als Generalunternehmer, die ... als Planer und das Architekturbüro E. als Architekten für die ...-Gruppe. Der von der Rechtsabteilung begutachtete Generalunternehmervertrag sah einen Generalunternehmeraufschlag von 10 – 15% vor. Die Beklagten zu 2. und 3. hatten über den Beklagten zu 1. seitens der Klägerin Aufträge in einem Gesamtvolumen von € 34.474.374,48 erhalten.

Auf Grund mündlicher Vereinbarung unter den Beklagten sollte der Beklagte zu 1. als Gegenleistung für die Auftragsvergabe an die ... und die ... GmbH Zahlungen in Höhe eines Drittels der Generalunternehmeraufschläge bekommen. Insgesamt waren dem Beklagten zu 1. Zahlungen in Höhe von mindestens € 998.918,54 (Scheinrechnung „hs Büroorganisation, € 282.541,53; Scheinrechnung über € 100.000.- ohne MwSt.; verschleierte Ge-

schäftsführergehälter, € 123.000.-; Zahlungen an Handwerker für ein Privathaus des Beklagten zu 1. in Österreich, € 493.377,01) zugeflossen. Daneben stellte die ... GmbH dem Beklagten zu 1. einen von ihr geleasteten BMW Z 3 von Mai 2011 bis Mitte Mai 2003 sowie einen BMW Z 8 von Juli 2003 bis Juli 2006 zur Verfügung und übernahm die Kosten für Benzin, Kfz-Versicherung und Werkstattdienstleistungen. Dafür hatte sie mindestens Kosten in Höhe von € 120.202,93 auszubringen.

Die ... B. GmbH schloss mit dem Beklagten zu 1. am 30. Juni 2006 einen Aufhebungsvertrag hinsichtlich des bestehenden Arbeitsverhältnisses (Anlage K 10, Bl. 261 ff. d. A.). Darin ist u.a. geregelt:

„...“

#### *§ 1 Beendigung des Arbeitsverhältnisses*

Der zwischen den Parteien bestehende Arbeitsvertrag in seiner ab 1. Jan. 2005 geltenden Fassung wird auf ausdrücklichen Wunsch des Arbeitnehmers zum 20.06.2006 einvernehmlich beendet. Sofern existent, sind gleichzeitig sämtliche weiteren zwischen den Parteien und/oder dem Arbeitnehmer sowie anderen Unternehmen des ...-Konzerns bestehenden arbeitsrechtlichen Vereinbarungen beendet.

...

#### *§ 6 Entlastung/Haftungsverzicht*

Der Arbeitgeber erteilt dem Arbeitnehmer für seine Tätigkeit für den Arbeitgeber, per 30.06.2006, Entlastung. Der Arbeitgeber verzichtet ferner auf ihm gegenüber dem Arbeitnehmer etwaig zustehende Schadenersatzansprüche zugunsten des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer nimmt diesen Haftungsverzicht hiermit an.

Der Haftungsverzicht wird vom Arbeitgeber auf seinen Kenntnisstand zum 30.06.2006 erklärt.

...

#### *§ 10 Ausgleichsklausel*

Die Parteien sind sich darüber einig, dass mit vorstehender Vereinbarung auf Wunsch des Arbeitnehmers sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und seiner Beendigung erledigt und abgegolten sind, soweit nicht vorstehend etwas anderes bestimmt worden ist.

...“

Gleichzeitig traf die Klägerin mit der ..., der ... P. und der ... GmbH unter dem 30. Juni 2006 eine Vergleichsvereinbarung betreffend die Rückzahlung wegen „nicht oder jedenfalls nicht mehr marktgerechten Vergütungen“ (Anlage B 3, Bl. 196 ff. d. A.). In dieser ist u.a. geregelt:

„...“

#### **5. Offene Bauvorhaben**

Die nachfolgenden Bauvorhaben der ..P. sind noch nicht abgeschlossen:

- ...

- ...

- ...

- ...

- ...

Diese werden von der ... ordnungsgemäß beendet werden. Insofern wird die Abrechnung gemäß Beauftragung nach Einzelmaßnahmen, abzüglich eines angemessenen Abschlags iHv. 3% erfolgen.

...

#### **7. Sonstiges**

a. Mit dieser Vereinbarung sind alle Ansprüche der Vertragsparteien mit Ausnahme der zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Vergleichs noch nicht in Rechnung gestellten Vergütungsansprüche im Hinblick auf die unter Ziff. 5. bezeichneten offenen Bauvorhaben – gleich aus welchem Rechtsgrund, gleich, ob bekannt oder unbekannt – abgegolten.

b. ...“

Mit dem Architekturbüro E. schloss die Klägerin am 11. Aug. 2006 eine Vergleichsvereinbarung (Anlage K 6, Bl. 35 ff. d. A.), u.a. des Inhalts:

„...“

#### **8. Sonstiges**

Mit dieser Vereinbarung sind sämtliche Ansprüche der Vertragsparteien gleich aus welchem Rechtsgrund – gleich ob bekannt oder unbekannt – abgegolten.

...“

Der Beklagte zu 1. war durch Urteil des Landgerichts B-Stadt I (Az. 5 KLS 567 Js 34844/08; Anlage K 7, Bl. 37 ff. d. A.) wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr in 72 Fällen schuldig gesprochen und zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren und 9 Monaten verurteilt worden. Die Beklagten zu 2. und 3. waren durch Urteil des Landgerichts B-Stadt I (Az. 4 KLS 567 Js 37877/07, Anlage B 1, Bl. 171 ff. d. A.) wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr in 69 Fällen und wegen Betruges in 7 Fällen schuldig gesprochen worden; der Beklagte zu 2. war deswegen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 4 Jahren und 6 Monaten, der Beklagte zu 3. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 4 Jahren und 3 Monaten verurteilt worden.

Mit ihrer am 8. Okt. 2009 beim Landgericht B-Stadt I eingegangenen und den Beklagten am 4. Nov. 2009 (Beklagter zu 2. und 3., Bl. 76 d. A.) bzw. am 6. Nov. 2009 (Beklagter zu 1., Bl. 78 d. A.) zugestellten Klage vom 7. Okt. 2009 macht die Klägerin Schadenersatz in Höhe der bezahlten Schmiergelder gesamtschuldnerisch von den Beklagten geltend.

Das Landgericht B-Stadt I hat mit Beschluss vom 27. Juli 2010 den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für nicht gegeben erachtet und den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht München verwiesen (Bl. 420 ff. d. A.).

Sie hat erstinstanzlich die Ansicht vertreten, der Beklagte zu 1. sei zur Herausgabe der erhaltenen Schmiergeldzahlungen verpflichtet. Darüber hinaus hält sie die Beklagten gesamtschuldnerisch zum Schadenersatz in Höhe der Schmiergeldzahlungen für verpflichtet. Diese Ansprüche seien, wie sie meint, nicht durch die Aufhebungs- bzw. Vergleichsvereinbarungen ausgeschlossen. Der Aufhebungsvertrag mit dem Beklagten zu 1. sei nicht von ihr, sondern von der ... B. GmbH abgeschlossen worden. Zudem betreffe die dort enthaltene Ausgleichsklausel keine deliktischen Ansprüche und solche aus Geschäftsführung ohne Auftrag. Zudem hätten weder sie noch die ... B. GmbH zum Zeitpunkt des Abschlusses des Aufhebungsvertrages Kenntnis von der Bestechlichkeit des Klägers gehabt. Auch die Vergleichsvereinbarungen mit den Beklagten zu 2. und 3. umfassten keine deliktischen Ansprüche. Die Vereinbarung mit dem Architekturbüro E. betreffe zudem lediglich etwaige Ansprüche zwischen den Parteien aus Architekten- und Generalplanerverträgen.

Sie hat **b e a n t r a g t**:

Die Beklagten werden samtverbindlich verurteilt, an die Klägerin 1.119.121,47 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten haben **b e a n t r a g t**,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte zu 1. hat bestritten, dass der Klägerin ein Schaden in geltend gemachter Höhe entstanden war. Ferner hat er die Ersatzforderung hinsichtlich des zur Verfügung gestellten Fahrzeuges nach Grund und Höhe bestritten. Schließlich hat er die Ansicht vertreten, dass Ersatzansprüche infolge der Ausgleichsklausel im Aufhebungsvertrag nicht mehr geltend gemacht werden könnten; damit seien sämtliche Ansprüche zwischen ihm und den Unternehmen des ...-Konzerns abgegolten.

Die Beklagten zu 2. und 3. haben die klägerischen Forderungen nach Grund und Höhe bestritten. Dieser seien durch die Schmiergeldzahlungen keine Schäden entstanden. Zudem hätten sie auf Grund der Vergleichsvereinbarungen umfangreiche Schadenswiedergutmachung betrieben. Auch bestehe keine gesamtschuldnerische Haftung.

Das Arbeitsgericht München hat der Klage gegen alle drei Beklagten mit Endurteil vom 16. Juni 2011 vollumfänglich stattgegeben. Wegen des unstreitigen und des streitigen Sachvortrags der Parteien im Übrigen sowie der rechtlichen Erwägungen des Arbeitsgerichts im Einzelnen wird auf diese Entscheidung Bezug genommen.

Im Wesentlichen führt das Arbeitsgericht aus, die Klägerin sei, unerheblich ob der Beklagte zu 1. ihr Arbeitnehmer gewesen sei, aktivlegitimiert. Dieser habe in Höhe der unstreitig erhaltenen Schmiergeldbeträge Schadenersatz zu leisten. Es sei bei Schmiergeldzahlung davon auszugehen, dass die Klägerin in Höhe der gezahlten Beträge geschädigt sei. Dies gelte auch hinsichtlich des Schadens wegen der zur Verfügung gestellten Fahrzeuge. Die Ausschlussklausel im Aufhebungsvertrag stehe nicht entgegen; auf diese könne sich der Beklagte zu 1. nach Treu und Glauben bei Schmiergeldzahlungen nicht berufen. Gleichfalls verstoße das Berufen der Beklagten zu 2. und 3. auf die Ausschlussklauseln in den jeweiligen Vergleichsvereinbarungen gegen Treu und Glauben.

Gegen dieses ihnen am 23. Sept. 2011 zugestellte Endurteil haben die Beklagten zu 2. und 3. mit Schriftsatz vom 21. Okt. 2011, der am selben Tag beim Landesarbeitsgericht eingegangen war, Berufung eingelegt. Auf seinen Antrag vom 23. Nov. 2011 hin, der am selben Tag per Telefax beim Landesarbeitsgericht eingegangen war, war die Berufungsbegründungsfrist bis 23. Dez. 2011 verlängert worden (Beschluss vom 24. Nov. 2011, Bl. 587 d. A.). Die Berufung haben sie mit Schriftsatz vom 22. Dez. 2011, der am selben Tag eingegangen war, begründet. Der Beklagte zu 1. hat gegen das ihm am 27. Sept. 2011 zugestellte Urteil mit Schriftsatz vom 25. Okt. 2011, der am selben Tag per Telefax eingegangen war, Berufung eingelegt und mit Schriftsatz von Montag, dem 28. Nov. 2011, der am selben Tag eingegangen war, begründet.

Der Beklagte zu 1. rügt unter Bezugnahme auf seinen erstinstanzlichen Sachvortrag zunächst eine unzutreffende Tatsachenwürdigung des Arbeitsgerichts. So bestehe bereits Streit über seinen Arbeitgeber. Hintergrund dieses Streits sei auch der am 30. Juni 2006 im Aufhebungsvertrag getroffene Haftungsverzicht. Er habe niemals für die ... B. GmbH gearbeitet, sondern ausschließlich für die Klägerin; allerdings habe er wohl zuletzt seine Vergütung von der ... B. GmbH erhalten. Aber nicht nur die Arbeitgeberstellung, sondern auch den Inhalt der Aufhebungsvereinbarung habe das Arbeitsgericht unzutreffend gewürdigt. Es seien, wie er meint, nicht nur alle etwaig bestandenen Arbeitsverhältnisse mit der Aufhebungsvereinbarung beendet worden; auch der Haftungsverzicht wirke für und gegen alle konzernangehörigen ...-Unternehmen. Dies folge auch aus der Geheimhaltungsklausel, die gegenüber allen konzernangehörigen Unternehmen bestehe.

Die Klägerin sei nicht nur in den Regelungskreis der Aufhebungsvereinbarung einzubeziehen, sondern habe auch in etwa vom zugrundeliegenden Sachverhalt damals Kenntnis gehabt. Insbesondere habe sie von Zahlungen des Beklagten zu 3. an ihn in Höhe von ca. € 700.000.- gewusst.

Er bestreitet zudem das Entstehen eines Schadens in Höhe der Schmiergeldzahlungen bei der Klägerin. Ein Anscheinsbeweis komme hier, wie er meint, nicht zum Tragen, da kein typischer Geschehensverlauf in Rede stehe; bloße Wahrscheinlichkeiten reichten nicht hin.

Der im Generalunternehmervertrag mit dem vorgesehenen Generalunternehmeraufschlag von 10 – 15% sei durch eine renommierte Rechtsanwaltskanzlei und die Rechtsabteilung

der Klägerin überprüft worden und habe diesen Überprüfungen standgehalten. Durch die Zahlung dieser Aufschläge sei der Klägerin mithin kein Schaden entstanden, da die Zahlung von Schmiergeldern an ihn sich nicht von dem Fall unterschieden hätte, wenn die Beklagten zu 2. und 3. den Aufschlag insgesamt für sich verbraucht hätten. Die Ausführungen des Erstgerichts, die Zahlungen an die Beklagten zu 2. und 3. wären ohne Schmiergeldzahlung „vermutlich“ geringer ausgefallen, bewege sich im Bereich der Spekulation.

Die Beklagten zu 2. und 3. führen unter Bezugnahme auf ihre erstinstanzlichen Schriftsätze zunächst aus, der Klägerin sei mit ihren Zahlungen von € 685.000.- und € 297.000.- bereits eine erhebliche und zu berücksichtigende Schadenswiedergutmachung zugeflossen. Das arbeitsgerichtliche Urteil rügen sie hinsichtlich der gezogenen Schlussfolgerungen. Die Klägerin habe zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vergleichsvereinbarungen detaillierte Kenntnis von allen Vorgängen besessen. Insbesondere sei ihr bekannt gewesen, dass ein Betrag von ca. € 800.000.- an den Beklagten zu 1. geflossen sei. In Kenntnis dieser Umstände seien Ausschlussklauseln vereinbart worden, weswegen die vom Arbeitsgericht angeführte Entscheidung des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 25. 1. 2008, wonach ein Berufen auf Ausschlussfristen bei Schmiergeldzahlungen treuwidrig sei, nicht in Betracht komme; im dortigen Fall habe der Arbeitgeber gerade keine Kenntnis von einer Bestechung gehabt.

Sie bestreiten ebenso einen bei der Klägerin entstandenen Schaden, da der Anscheinsbeweis vorliegend nicht greife. Der Anteil der Schmiergelder mache nur einen geringen Prozentsatz des Gesamtauftragsvolumens von weniger als 5% aus; nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes könne in diesen Fällen nicht zwingend von einem Einpreisen der Schmiergelder ausgegangen werden, sondern es könne dieser Betrag auch vom Gewinn abgezweigt worden sein. Ferner seien die Regeln des Anscheinsbeweises auch nicht einschlägig, da sie keine neuen Verträge mit einer Provisionszahlung erhalten hätten, sondern ein Rahmenvertrag mit Gewinnmargen von 10% bis 15%, unabhängig, wo die Aufträge ausgeführt worden seien, bestanden habe. Diesen Rahmenvertrag habe die Klägerin ausgearbeitet und sei von deren Rechtsabteilung sowie der Kanzlei ... überprüft worden. Nur aus der vorgesehenen Gewinnmarge hätten sie dem Beklagten zu 1. jeweils 1/3 bezahlt. Ohne Schmiergeldzahlungen an diesen hätten sie die Gewinne in voller Höhe für sich behalten.

Der Beklagte zu 1. **b e a n t r a g t**:

- I. **Das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 16.08.2011, Az. 21 Ca 14973/10 wird aufgehoben.**
- II. **Die Klage wird abgewiesen.**

Die Beklagten zu 2. und 3. **b e a n t r a g e n**

- I. **Das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 16.08.2011, Az. 21 Ca 14973/10 wird aufgehoben.**
- II. **Die Klage gegen die Beklagten zu 2. und 3. wird abgewiesen.**

Die Klägerin **b e a n t r a g t**,

**die Berufungen zurückzuweisen.**

Sie verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung. Sie ist der Ansicht, ein Berufen der Beklagten auf die Ausgleichsklauseln sei treuwidrig, unabhängig davon, ob sie in die Ausgleichsklausel des Beklagten zu 1. überhaupt einbezogen sei. Der Beklagte zu 1. sein nur Arbeitnehmer der ... B. GmbH gewesen, auch wenn er umfangreiche Tätigkeiten für sie ausgeführt habe. Dies führe aber nicht zu ihrer Einbeziehung in den Aufhebungsvertrag. Eine Ausgleichsklausel gegenüber allen konzernangehörigen Unternehmen, wie sie der Beklagte zu 1. erstrebt habe, habe sie gegenüber dem damals bereits anwaltlich vertretenen Beklagten zu 1. ausdrücklich abgelehnt. Aus der Geheimhaltungsverpflichtung ergebe sich nichts anderes; gerade aus der hier erfolgten Erwähnung des ...-Konzerns sei zu schließen, dass durchaus zwischen dem Arbeitgeber und den konzernangehörigen Unternehmen, je nach Regelungsgegenstand unterschieden worden sei.

Im Übrigen habe sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Kenntnis von den hier zugrunde liegenden Umständen gehabt. Diese habe sie erst durch Akteneinsicht in die staatsanwaltschaftliche Ermittlungsakte im August 2008 erlangt.

Im Übrigen habe ihr der Beklagte zu 1. die streitgegenständlichen Schäden kollusiv zugefügt und sich auch von den Beklagten zu 2. und 3. ein privates Ferienhaus auf Teneriffa bauen lassen.

Es sei verfehlt, wenn vorgetragen werde, ihr sei kein Schaden entstanden, da die Schmiergelder aus dem Gewinn bezahlt worden seien. Die vom Beklagten zu 1. mit den

weiteren Beklagten abgeschlossenen Verträge seien wegen der enthaltenen Schmiergeldzahlungen unwirksam, weswegen den beteiligten Firmen aus Rechtsgründen keinen Anspruch auf den Generalunternehmerzuschlag zugestanden habe; die Schmiergeldabrede habe zu einer für den Geschäftsherrn nachteiligen Vertragsgestaltung geführt und sei daher nichtig. Wegen des kollusiven Zusammenwirkens der Beklagten seien die Abreden auch wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Deswegen könne das geschädigte Unternehmen ihrerseits die der Schmiergeld zahlenden Partei erbrachte Erfüllungsleistung zurückverlangen, während der Schmiergeldzahler gehindert sei, eine Gegenleistung für seine Erfüllungshandlung zu verlangen. Unabhängig davon sei die Spanne eines Generalunternehmerzuschlages von 10 – 15% so hoch, dass ein erheblicher Verhandlungsspielraum bleibe. Angesichts des Bauvolumens von nahezu € 35.000.000.- stellten 5% einen Betrag von € 1.750.000.- dar. Es wäre dem Beklagten zu 1. daher möglich gewesen, niedrigere, markgerechte Zuschläge zu vereinbaren. Zudem belegten die Schmiergeldzahlungen, dass „Luft nach unten“ gegeben gewesen sei.

Auch die Beklagten zu 2. und 3. könnten sich, wie die Klägerin meint, nicht auf die Ausgleichsklausel im Aufhebungsvertrag des Beklagten zu 1. berufen. Zudem habe sie am 30. Juni 2006 gerade keine Kenntnis von den Vorgängen besessen. Auch ein Berufen auf die Abgeltungsklauseln in den mit den Beklagten zu 2. und 3. getroffenen Vereinbarungen stellte sich, wie sie meint, als treuwidrig dar.

Die seitens der Beklagten zu 2. und 3. geleisteten Zahlungen stünden in keinem Zusammenhang mit den hier streitgegenständlichen Ansprüchen. Der Betrag von € 279.000.- habe die Rückzahlung eines gewährten Vorschusses für nicht erbrachte Bauleistungen dargestellt. Im Übrigen sei es dreist, Schmiergeldzahlungen in Höhe von ca. € 1.100.000.- als verschwindend gering zu bezeichnen.

Im Termin vom 17. Apr. 2012 hat die Klägerin klargestellt, dass sie auch die Herausgabe der bezahlten Schmiergelder begehre.

Wegen des Sachvortrags der Parteien im Einzelnen wird auf die Schriftsätze der Klägerin vom 7. Okt. 2009 (Bl. 1 ff. d. A.), vom 4. Feb. 2010 (Bl. 241 ff. d. A.), vom 20. Juli 2010 (Bl. 362 ff. d. A.), vom 14. Juli 2011 (Bl. 496 ff. d. A.), vom 19. Dez. 2011 (Bl. 620 ff. d. A.), vom 23. Jan. 2012 (Bl. 711 ff. d. A.) und vom 14. März 2012 (Bl. 799 ff. d. A.), des Beklag-

ten zu 1. vom 10. Dez. 2009 (Bl. 91 ff. d. A.), vom 26. Feb. 2010 (Bl. 270 ff. d. A.), vom 13. Sept. 2010 (Bl. 399 ff. d. A.), vom 28. Nov. 2011 (Bl. 590 ff. d. A.), vom 26. Jan. 2011 (Bl. 718 ff. d. A.), vom 8. März 2012 (Bl. 781 ff. d. A.), vom 29. März 2012 (Bl. 818 ff. d. A.) und vom 25. Apr. 2012 (Bl. 833 ff. d. A.), der Beklagten zu 2. und 3. vom 19. Juli 2010 (Bl. 323 ff. d. A.), vom 8. Mai 2011 (Bl. 456 ff. d. A.), vom 22. Dez. 2011 (Bl. 645 ff. d. A.), vom 31. Jan. 2011 (Bl. 747 ff. d. A.) und vom 15. März 2012 (Bl. 810 ff. d. A.) sowie auf die Sitzungsprotokolle vom 17. Jan. 2011 (Bl. 435 f. d. A.), vom 26. Juli 2011 (Bl. 525 f. d. A.), vom 7. Feb. 2012 (Bl. 756 ff. d. A.) und vom 17. Apr. 2012 (Bl. 829 ff. d. A.) Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die statthafte Berufung des Beklagten zu 1. hat keinen, diejenigen der Beklagten zu 2. und 3. haben Erfolg.

**I.** Die Berufungen sind zulässig.

Die Berufung sind nach § 64 Abs. 1, 2b ArbGG statthaft sowie in rechter Form und Frist eingelegt worden (§ 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, § 519 Abs. 2, § 520 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 66 Abs. 1 Sätze 1, 2, 5 ArbGG, § 222 ZPO).

**II.** In der Sache hat die Berufung des Beklagten zu 1. keinen, die Berufungen der Beklagten zu 2. und 3. haben Erfolg.

Das Arbeitsgericht hat den Beklagten zu 1. im Ergebnis zu Recht zur Zahlung von € 1.119.121,47 verurteilt. Er ist bereits nach §§ 667, 681, 687 Abs. 2 BGB verpflichtet, diesen Betrag herauszugeben. Ob daneben auch ein Anspruch auf Schadenersatz in Betracht käme, kann dahinstehen. Die Ausschlussklausel im Aufhebungsvertrag steht dem Herausgabeanspruch nicht entgegen. Demgegenüber schulden die Beklagten zu 2. und 3. keinen Schadenersatz. Den die bezahlten Schmiergelder liegen unter 5% des gesamten Auftragsvolumens, weswegen ein Anscheinsbeweis, die Klägerin sei in Höhe der bezahlten Schmiergeldbeträge geschädigt, nicht greift. Insoweit war das erstinstanzliche Urteil abzuändern und die Klage gegen die Beklagten zu 2. und 3. abzuweisen, ohne dass es auf die Frage des Eingreifens der Ausschlussklauseln in den mit den Beklagten zu 2.

und 3. geschlossenen Vergleichsvereinbarungen und der Anrechnung der bezahlten Wiedergutmachungsbeträge ankäme.

**1.** Die Beklagte hat gegen den Beklagten zu 1. einen Anspruch auf Herausgabe erhaltener Schmiergeldzahlungen (§ 687 Abs. 2, § 681 Satz 2, § 667 BGB). Diesem Anspruch steht die im Aufhebungsvertrag vom 30. Juni 2006 vereinbarte Ausschlussklausel nicht entgegen, da diese nicht gegenüber der Klägerin wirkt.

**a.** Nach überwiegender Ansicht wird eine Herausgabeverpflichtung erhaltener Schmiergelder an den Arbeitgeber angenommen (nachfolgend aa.). Die dagegen erhobenen Bedenken (nachfolgend bb.) greifen nicht durch (nachfolgend cc.)

**aa.** Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat ein Arbeitnehmer angenommene „Schmiergelder“ an den Arbeitgeber nach § 687 Abs. 2, § 681 Satz 2, § 667 BGB herauszugeben (BAG v. 26. 2. 1971 – 3 AZR 97/70, AP BGB § 687 Nr. 5; BAG v. 15. 4. 1970 – 3 AZR 259/69, AP BGB § 687 Nr. 4; ferner BAG v. 14. 7. 1961 – 1 AZR 288/60, AP BGB § 687 Nr. 1; Hessisches LAG v. 25. 1. 2008 – 10 Sa 1195/06, ZInsO 2008, 1094; LAG Niedersachsen v. 14. 9. 2005 – 15 Sa 1610/03, LAGE BGB 2002 § 667 Nr. 2; ErfK/Preis, 12. Aufl., § 611 BGB Rz. 23; HWK/Thüsing, 4. Aufl., § 611 BGB Rz. 366). Die Annahme eines Herausgabeanspruches wird auch seitens des Bundesgerichtshofes geteilt, der diesen allerdings einen Geschäftsbesorgungsvertrag i.S. v. § 675 BGB stützt, demzufolge der zur Geschäftsbesorgung Verpflichtete die erhaltenen Schmiergelder nach § 667 BGB herauszugeben habe, da sie „aus der Geschäftsbesorgung erlangt“ seien“ (§ 667 BGB).

**bb.** Demgegenüber wird teilweise eine Herausgabeverpflichtung empfangener Schmiergelder generell verneint und der Arbeitgeber auf die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches verwiesen wird (etwa MünchKomm-BGB/Seiler, 5. Aufl., § 667 Rz. 9, 17; Berg, Wirtschaftskorruption [2004], S. 151, 164; Passarge, CCZ 2009, 180, 183 ff.).

**aaa.** Nach Seiler (in: MünchKomm-BGB, a.a.O., Rz. 17) sind Bestechungs- oder Schmiergelder kein „Erlangtes“ i.S.v. § 667 2. Alt. BGB, weswegen der beauftragte (bestochene) Arbeitnehmer nicht auf deren Herausgabe nach dieser Norm hafte, sondern allenfalls auf Schadensersatz wegen Verletzung des Arbeitsvertrages nach § 280 BGB.

Denn „aus der Geschäftsbesorgung“ erlangt seien allein alle Sachen und Rechte, welche der Beauftragte auf Grund eines inneren Zusammenhangs mit dem geführten Geschäft erhalten habe (MünchKomm-BGB/*Seiler*, a.a.O., Rz. 9). Bloße Kausalität zwischen der Geschäftsbesorgung und dem Erlangtem allein reiche nicht hin, da ansonsten der Beauftragte auch das nur gelegentlich seiner Tätigkeit Erhaltene herauszugeben hätte. Maßgeblich kommt es nach *Seiler* (in MünchKomm-BGB, a.a.O., Rz. 9; vgl. auch *Passarge*, CCZ 2009, 180, 184) darauf an, dass der Auftraggeber das erhalte, was ihm gebühre, da es sich um die Besorgung seiner Angelegenheit handle. Nur dasjenige sei aus der Geschäftsbesorgung erlangt, was der beauftragte Arbeitnehmer in Erfüllung seines Auftrags erhalten habe und auch dann, wenn es sich um eine Mehrleistung (Überzahlung) gehandelt habe. § 667 2. Alt. BGB beziehe sich demgegenüber nicht auf Gegenstände, welche dem Beauftragten abweichend vom Vertrag (§ 662 BGB) oder von den Weisungen seines Auftraggebers (§ 665) zugeflossen seien.

**bbb.** Ähnlich verneint *Berg* (a.a.O., S. 164; vgl. auch *Passarge*, CCZ 12009, 180, 184) in der Annahme von Schmiergeldern die Führung eines fremden Geschäfts für den Arbeitgeber (Auftraggeber). Dies führte dazu, dass der Arbeitgeber die Hingabe der Schmiergelder gekannt und gebilligt, sie also gleichsam angenommen haben müsste. Die Herausgabe von Schmiergeldern sei nicht vom Regelungszweck des § 667 BGB getragen. Danach solle der Auftraggeber nur das ihm Gebührende erhalten, wenn es sich um die Führung seiner Angelegenheiten handle. Schmiergelder würden jedoch nicht in Erfüllung eines Auftrages angenommen.

**ccc.** *Passarge* (a.a.O.) lehnt den Herausgabeanspruch auch aus Wertungsgesichtspunkten ab. Das Schmiergeld sei durch eine strafbare Handlung des Arbeitnehmers erlangt; es handle sich um einen „bemakelten Gewinn aus einer nach § 299 Abs. 1 StGB strafbaren Handlung“. Das Recht, Gewinne aus strafbaren Handlungen abzuschöpfen bestimme sich allein nach § 73 ff. StGB. Ein „Strafschadenersatzanspruch“ (punitive damages) sei dem deutschen Recht fremd.

**cc.** Die ablehnende Ansicht (vgl. oben bb.) spricht zunächst allein gegen die Annahme einer Herausgabeverpflichtung nach Geschäftsbesorgungsrecht. Dieser Ansicht ist zuzugeben, dass die Herausgabeverpflichtung nach § 667, § 675 BGB einen Widerspruch zu den gesetzlichen Normen darstellte. Schmiergelder sind nicht aus der Geschäftsbe-

sorgung, also in Erfüllung des konkreten Auftrages, sondern nur gelegentlich dieser erlangt. Es handelt sich bei diesen auch nicht um eine Gegenleistung aus der Geschäftsbesorgung, welche der beauftragte Empfänger an den Geschäftsherrn herauszugeben hätte (§ 667 BGB). Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass die Beauftragung zur Geschäftsbesorgung den Empfang der Schmiergelder überhaupt erst ermöglicht hatte. Der zunächst in der Führung eines fremden Geschäftes tätige Arbeitnehmer schwingt sich bei Annahme der Schmiergelder (partiell) als Eigengeschäftsführer auf, weswegen diese Argumentation einer Herausgabeverpflichtung nach § 687 Abs. 2, § 681 Satz 2, § 667 BGB nicht entgegensteht.

Der dem deutschen Recht fremde „Strafschadenersatzanspruch“ hindert die Annahme einer Herausgabeverpflichtung nach vorstehenden Normen ebenso wenig. Denn es handelt sich gerade um einen Herausgabeanspruch, nicht um Schadenersatz (vgl. LAG Niedersachsen v. 14. 9. 2005, a.a.O., unter Rz. 35 [juris]). Eine Beurteilung, ob die Herausgabe der Schmiergelder an den Arbeitgeber oder ein Anwachsen dieser an den Staat „befriedigender“ wäre, ist hier nicht zu beurteilen. Jedenfalls kann angenommen werden, dass der Vertragsschluss (pauschaliert) um den Schmiergeldbetrag günstiger denkbar gewesen wäre, unabhängig davon, ob die Schmiergelder auf den Preis aufgeschlagen (eingepreist) worden waren oder die Vertragspartner die Schmiergelder von ihrem Gewinn abgezweigt haben. Der Sache nach handelt es sich damit um eine (pauschalierte) anteilige Rückzahlung einer Gegenleistung, soweit diese überteuert vereinbart war.

**b.** Der Beklagte zu 1. hat ein fremdes Geschäft als eigenes behandelt (§ 687 Abs. 2 BGB). Er hat für die Klägerin und in deren Namen Bauaufträge an die Beklagten zu 2. und 3. in einem Gesamtvolumen von mehr als € 34.000.000.- vergeben. Mithin hat er Geschäfte der Klägerin und damit für ihn fremde Geschäfte im Sinne von § 687 Abs. 2 BGB ausgeführt. In der über die vom ihm für die Klägerin geschlossenen Verträge mit den Beklagten zu 2. und 3. hinaus vereinbarten Schmiergeldzahlungen liegt jedoch ein Eingriff in den Interessenbereich der Klägerin. Insoweit hat er das fremde Geschäft (teilweise) als sein eigenes behandelt (BAG v. 14. 7. 1961, 15. 4. 1970, 26. 2. 1971, jeweils a.a.O.).

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, der Arbeitnehmer führe mit der Annahme eines Schmiergeldes kein fremdes Geschäft als eigenes, da die Annahme des Schmiergeldes kein denkbar eigenes Geschäft des Dienstherrn sei (so etwa BGH v. 20. 2.

1981 – 2 StR 644/80, NJW 1981 1457). Darauf kommt es gerade nicht an, weil die Annahme des Schmiergeldes für den Arbeitnehmer nach seinem Willen gerade nicht für den Arbeitgeber erfolgen sollte (vgl. LAG Niedersachsen v. 15. 9. 2005, a.a.O., unter Rz. 51 [juris])

**c.** Eine Berechtigung zur Entgegennahme der Schmiergelder (vgl. § 687 Abs. 2 BGB) bestand nicht. Eine solche behauptet auch der Beklagte zu 1. nicht.

**d.** Der Beklagte zu 1. hat demnach € 1.119.121,47 herauszugeben. Der Herausgabebetrag umfasst nicht nur die seitens des Beklagten nicht in Abrede gestellten Geldzuwendungen in Höhe von € 998.918,54, sondern auch die Leasingraten für die ihm zur Verfügung gestellten Fahrzeuge (BMW Z 3 und BMW Z 8). Insoweit kann sich der Beklagte zu 1. nicht darauf berufen, er müsse allenfalls den steuerlichen Vorteil (1% des Neupreises der Fahrzeuge) erstatten.

**aa.** Bei den ihm zur Verfügung gestellten Fahrzeugen, auf die er gegenüber den Beklagten zu 2. und 3. keinen Anspruch gehabt hatte, hatte es sich nicht um auch privat nutzbare Firmenfahrzeuge gehandelt. Vielmehr hatten diese ihm die Fahrzeuge zum alleinigen Privatgebrauch kostenfrei zur Verfügung gestellt. Es ist daher nicht gerechtfertigt, allein den steuerlichen Vorteil für die gestattete auch private Nutzung als Vorteil des Klägers anzusetzen (vgl. § 8 Abs. 2 EStG), sondern den vollen Betrag der Leasingaufwendungen, den er seinerseits mindestens zu erbringen gehabt hätte, hätte er sich diese Fahrzeuge selbst verschaffen wollen.

**bb.** Dem Beklagten zu 1. sind die Leasingraten nicht unmittelbar zugeflossen, sondern nur der Ersatz in Form des privat umfassend nutzbaren Fahrzeuges. Er hat demnach den Wertersatz in Höhe der geleisteten Aufwendungen für die Gestellung der jeweiligen Fahrzeuge über den konkreten Zeitraum herauszugeben

**e.** Der Beklagte zu 1. kann dem Herausgabeanspruch nicht die Ausgleichsklausel in seinem Aufhebungsvertrag vom 30. Juni 2006 entgegenhalten. Zwar ist dort vorgesehen:

*“§ 6 Entlastung/Haftungsverzicht*

Der Arbeitgeber erteilt dem Arbeitnehmer für seine Tätigkeit für den Arbeitgeber, per 30.06.2006, Entlastung. Der Arbeitgeber verzichtet ferner auf

ihm gegenüber dem Arbeitnehmer etwaig zustehende Schadenersatzansprüche zugunsten des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer nimmt diesen Haftungsverzicht hiermit an.

Der Haftungsverzicht wird vom Arbeitgeber auf seinen Kenntnisstand zum 30.06.2006 erklärt.

...

#### *§ 10 Ausgleichsklausel*

„Die Parteien sind sich darüber einig, dass mit vorstehender Vereinbarung auf Wunsch des Arbeitnehmers sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und seiner Beendigung erledigt und abgegolten sind, soweit nicht vorstehend etwas anderes bestimmt worden ist.“

Weder der Haftungsverzicht noch die Ausgleichsklausel, die nach Ansicht der Kammer auch Ansprüchen, wie den vorstehenden erfassen könnte und nicht zwingend durch einen etwa unzureichenden Kenntnisstand der Klägerin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses als nicht einschlägig anzusehen wären, wirken gegenüber der Klägerin. Diese war nicht in deren Geltungsbereich einbezogen, wie sich durch Auslegung des Aufhebungsvertrages (§§ 133, 157 BGB) ergibt.

**aa.** Verträge sind nach den allgemeinen für die Vertragsauslegung geltenden Grundsätzen (vgl. BGH v. 25. 1. 2001 – I ZR 323/98, NJW 2001, 2622; BGH v. 17. 7. 1997 – I ZR 40/95, NJW 1997, 3087; BGH v. 18. 9. 1997 – I ZR 71/95, NJW 1998, 1144; BGH v. 10. 12. 1992 – I ZR 186/90; NJW 1993, 721) nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte auszulegen (§ 157 BGB). Dabei sind neben dem Inhalt der Vertragserklärungen insbesondere die beiderseits bekannten Umstände, der Zweck der Vereinbarung sowie die Art und Weise ihres Zustandekommens und die Interessenlage der Vertragspartner maßgeblich. Ist in concreto kein eindeutiger Vertragswille beider Parteien festzustellen, so kommt es für das Verständnis des auslegungsbedürftigen Wortlauts primär auf den objektiv erkennbaren Erklärungsinhalt der Abrede an. Die Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben bedingt, bei Erforschung des wirklichen Parteiwillens auch zu berücksichtigen, dass die beiden Vertragspartner eine beiderseits interessengerechte Regelung ihrer Rechtsbeziehung erstrebten. Rechtsgeschäfte dienen nicht dazu, die Interessen nur einer Seite durchzusetzen (BGH v. 9. 7. 1999 – V ZR 72/98, NJW-RR 2000, 131; BGH v. 31. 10. 1995 – XI ZR 6/95, NJW 1996, 248), wobei (nicht aufzuklärende) Unklarheiten zulasten derjenigen Partei gehen, welche die Ver-

tragsklausel eingeführt hat (BGH v. 13. 3. 2008 – VII ZR 194/06, NJW 2008, 2106; vgl. auch Prütting/Wegen/Weinreich/Brinkmann, BGB, 4. Aufl., § 157 Rz. 4 ff.).

**bb.** Danach folgt vorliegend, dass die Klägerin nicht in den Haftungsverzicht und die Ausschlussklausel des Aufhebungsvertrages einbezogen war. Denn der Aufhebungsvertrag war zunächst nur zwischen dem Beklagten zu 1. und seiner nominellen Arbeitgeberin, der Fa. ... GmbH B. GmbH abgeschlossen. Zwar sind im Aufhebungsvertrag auch Klauseln enthalten, die für und gegen anderen konzernangehörige Unternehmen des ...-Konzerns wirken. So werden mit § 1 auch etwaige andere mit konzernangehörigen Unternehmen bestandene Vertragsverhältnisse gelöst. Nach § 8 des Aufhebungsvertrages verpflichtete sich der Beklagte zu 1. auch zur Verschwiegenheit über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Unternehmen des ...-Konzerns nicht nur gegenüber Konkurrenten seines (nominellen) Arbeitgebers, sondern auch denen anderer konzernangehöriger Unternehmen. Allerdings ist zu sehen, dass jeweils konkret unterscheiden wird, für und gegen wen eine bestimmte Regelung gelten soll.

**aaa.** Nach dem Wortlaut von §§ 6, 10 des Aufhebungsvertrages erklärt allein die Arbeitgeberin, also die Fa. ... GmbH B. GmbH, einen Haftungsverzicht; nur sie zeichnet auch für die Ausgleichsklausel, mit der Folge, dass nur im Verhältnis des Klägers zur Fa. ... GmbH B. GmbH bestandene Ansprüche abgegolten sein konnten. Denn nur die ... B. GmbH war Partei des Vertrages und somit „Partei“ i.S. § 10 des Aufhebungsvertrages. Die Einbeziehung anderer Unternehmen des Konzerns war jeweils nur bei einzelnen Regelungen – unbeschadet der Frage, ob die ... B. GmbH entsprechende Vollmacht gehabt hatte – erfolgt.

**bbb.** Dieses Verständnis bestätigt sich auch in der Historie des Aufhebungsvertrages. Der Beklagte zu 1. hatte zunächst einen Haftungsverzicht auch gegenüber der Klägerin beabsichtigt. Sein Entwurf eines Aufhebungsvertrages (Anlage B 1.6, Bl. 144 ff. d. A.) enthielt nachfolgende Regelung:

*„§ 6 Entlastung/Haftungsverzicht*

Der Arbeitgeber erteilt dem Arbeitnehmer für seine Tätigkeit **für die Firma ...** (Hervorhebung im Urteil), per 30.06.2006, Entlastung. Der Arbeitgeber verzichtet ferner auf ihm gegenüber dem Arbeitnehmer etwaig zustehende Schadenersatzansprüche zugunsten des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer nimmt diesen Haftungsverzicht hiermit an.

...“

Diese vom Beklagten zu 1. goutierte Formulierung war explizit nicht in den letztlich abgeschlossenen Vertrag übernommen worden. Dies war auch gegenüber dem damals bereits anwaltlich vertretenen Beklagten zu 1. entsprechend kommuniziert worden (vgl. Anlage B 1.7, Bl. 148 d. A.; Anlage B 1.8, Bl. 149 ff. d. A.). Insbesondere hatte die Klägerin mitgeteilt, gerade keinen umfassenden Haftungsverzicht abschließen zu wollen (Anlage B 1.8, a.a.O.). Daraus hatte auch dem Beklagte zu 1. deutlich geworden sein müssen, dass sein Vorschlag abgelehnt und mit dem letztlich unterzeichneten modifizierten Entwurf des Aufhebungsvertrages keine umfassende Bereinigung sämtlicher Ansprüche erfolgen konnte.

**ccc.** Dass die Regelung in §§ 6, 10 des Aufhebungsvertrages mangels einer irgendwie gearteten Tätigkeit des Beklagten zu 1. für die Fa. ... B. GmbH, wie dieser behauptet, ins Leere liefen, steht vorstehender Annahme nicht entgegen. Es handelte sich mit diesen Regelungen um eine – auch nur zeitlich auf den Kenntnisstand zum 30. Juni 2006 beschränkte – Klärung der nominellen Arbeitsverhältnisses. Es hatte am Beklagten zu 1. gelegen, diese – ggf. weitgehend sinnentleerte – Vereinbarung mit dem Aufhebungsvertrag zu unterzeichnen.

**ddd.** Ein Eingehen auf die erstinstanzlich angenommene Treuwidrigkeit eines Berufens auf den Haftungsverzicht oder die Ausgleichsklausel ist daneben nicht mehr geboten. Allerdings hatte die Kammer durchaus Bedenken, die Rechtsprechung des Hessischen Landesarbeitsgerichts (Urt. v. 25. 1. 2008, a.a.O.), wie durch das Arbeitsgericht angenommen, unbesehen auf den vorliegenden Sachverhalt zu übertragen. Während im Fall des Hessischen Landesarbeitsgerichts die Parteien bei Vereinbarung der Ausgleichsregelung keinerlei Anhaltspunkte gehabt hatten, dass Schmiergeldzahlungen erfolgt waren, bestanden hier – in welchem Umfang auch immer – durchaus greifbare Anhaltspunkte bereits bei Abschluss des Aufhebungsvertrages am 30. Juni 2006.

**f.** Inwieweit daneben ein Schadenersatzanspruch in gleicher Höhe besteht, bedarf keiner weiteren Betrachtung.

**2.** Gegenüber den Beklagten zu 2. und 3. kann die Klägerin keine Schadenersatzansprüche geltend machen. Denn – unabhängig von der Anrechnung der seitens dieser bereits geleisteten Wiedergutmachungsbeträge und unabhängig von einem möglichen Beru-

fen auf die Ausgleichsklauseln in den mit den Beklagten zu 2. und 3. geschlossenen Vergleichsvereinbarungen – es ist jedenfalls nicht ersichtlich, dass der Beklagten ein Schaden in geltend gemachter Höhe entstanden war. Die Grundsätze des Anscheinsbeweises greifen angesichts der Höhe der geltend gemachten Bestechungsbeträge nicht; vielmehr ist angesichts deren relativ geringer Höhe nicht auszuschließen, dass die Beklagten zu 2. und 3. diese Beträge vom Gewinn „abgezweigt“ haben.

**a.** Vorliegend kann ein Schadenersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagten zu 2. und 3. dem Grunde nach als gegeben unterstellt werden. Es kommt allerdings nicht darauf an, ob die zugrunde liegenden Verträge zwischen der Klägerin und den Beklagten zu 2. und 3. wegen der Schmiergeldvereinbarung beider mit dem Beklagten zu 1. sittenwidrig und nichtig sind (§ 138 Abs. 1 BGB).

**b.** Allerdings ist vorliegend keineswegs nachvollziehbar dargetan, dass die Klägerin einen Schaden in geltend gemachter Höhe erlitten hat. Insbesondere streiten dafür nicht die Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins.

**aa.** Der Bundesgerichtshof (Urt. v. 26. 3. 1962 – II ZR 151/60, NJW 1962, 1099) nimmt, fußend auf der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Urt. v. 20. 9. 1939 – II 17/39, RGZ 161. 229, 232), an, heimliche Zuwendungen an Angestellte würden nach der Lebenserfahrung regelmäßig deswegen versprochen oder gewährt, um eine Bevorzugung des Hingebenden bei der Vergabe von Aufträgen zu erzielen und die Verträge zu Ungunsten des Geschäftsherrn des Angestellten zu beeinflussen. Es stelle den typischen Verlauf dar, dass dem Geschäftsherrn, hätte er das Geschäft selbst geführt oder einen redlicher Vertreter eingeschaltet, wertmäßig mindestens der dem unredlichen Vertreter gewährte Vorteil als Gegenleistung zugeflossen wäre.

Danach hätten die Beklagten zu 2. und 3. den dem Beklagten zu 1. zugewandten Gesamtbetrag an die Klägerin auszukehren, da sie diese insoweit geschädigt haben. Ein Ausgleich des Schadens durch den zugesprochenen Anspruch gegen den Beklagten zu 1. ist jedenfalls derzeit noch nicht erfolgt.

**bb.** Allerdings kann dieser Beweis des ersten Anscheins nicht in jedem Falle greifen. Insbesondere ist es auch denkbar, dass Zuwendungsgeber die Schmiergelder aus ihrem Gewinn abzweigen, um „ins Geschäft zu kommen oder im Geschäft zu bleiben“. Entspre-

chend beanstandete der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshof (Urt. vom 15. 3. 2001 – StR 454/00, NJW 2001, 2102) die Unterstellung zugunsten der Angeklagten, der Bestechungslohn sei aus dem Gewinn genommen worden, nicht, da der Bestechungslohn einen verschwindend geringen Prozentsatz des gesamten Umsatzes ausgemacht hatte. Von einem Vermögensschaden sei auszugehen, wenn erhebliche Zahlungen in einer Größenordnung von mehr als 5% im Verhältnis zum Gesamtumsatz geflossen seien. Nur dann sei es naheliegend, dass diese Beträge in die Preisbildung eingegangen seien und der Geschäftsherr den Bestechungslohn seiner Angestellten habe mitfinanzieren müssen.

**c.** Vorliegend kann unter Anwendung der vorstehenden Grundsätze von keinem Schaden der Klägerin ausgegangen werden. Ein solcher ist durch die Klägerin nicht substantiiert dargelegt. Die Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins greifen nicht. Angesichts der relativ geringen Schmiergelder, welche an den Beklagten zu 1. geflossen waren, im Verhältnis zur Gesamtauftragssumme vom € 34.474.374,48 kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin mit den an die Beklagten zu 2. und 3. bezahlten Gegenleistungen für die erbrachten Bauleistungen auch die Schmiergeldzahlungen an den Beklagten zu 1. mit finanziert hätte. Vielmehr ist angesichts dessen und vor allem auch in Anbetracht der erfolgten Überprüfung der zwischen dem Beklagten zu 1. namens der Klägerin und den Beklagten zu 2. und 3. abgeschlossenen Rahmenverträgen durch eine unabhängige Rechtsanwaltskanzlei und durch die eigene Rechtsabteilung, die vereinbarten Konditionen durchaus marktgerecht und üblich waren, dass insoweit keine Übervorteilung der Klägerin, zur Finanzierung der dem Beklagten zu 1. daneben zugesagten Schmiergelder erfolgt war. Es kann daher von keinem typischen Geschehensverlauf ausgegangen werden, kraft dessen von einer Schädigung der Klägerin in Höhe der an den Beklagten zu 1. bezahlten Gelder ausgegangen werden müsste.

**c.** Die Frage des Ausschlusses eines Ersatzanspruches durch die mit den Beklagten zu 2. und 3. vereinbarten Ausgleichsklauseln bedarf daneben keiner weiteren Betrachtung; ebenso ist der Frage, ob der Ersatzanspruch durch die bereits geleisteten Wiedergutmachungszahlungen zu mindern wäre, nicht nachzugehen.

**III.** Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO, wobei den Beklagten zu 2. und 3. wegen vollständigen Obsiegens keine Kosten, der Klägerin und dem Beklagten zu

1. die Kosten anteilig im Verhältnis des Obsiegen und Unterliegens, also der Klägerin zu 2/3, dem Beklagten zu 1. zu 1/3, aufzuerlegen waren.

**IV.** Für die Zulassung der Revision (§ 72 Abs. 2 ArbGG) bestand kein gesetzlich begründeter Anlass.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben; auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Dr. Künzl

Bacherle

Heeb