

2333 095

41

Nur das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) TL.B
(i.d.F. des Jahres 1950) § 15 Ziff. 6

Leitsatz: Der Auftraggeber kann sich auch dann noch auf die
Unrichtigkeit der Stundenlohnzettel berufen, wenn
er sie länger als 6 Tage unbeanstandet gelassen hat.
Er hat aber in diesem Falle zu beweisen, daß sie un-
richtig sind und daß er dies bei Ablauf der Frist
nicht gewußt hat.

Stenzeichen VII ZR 84/57

LG Berlin

Ent. des BGH vom 23. Juni 1958

KG Berlin

46

VII ZR 84/57

Verkündet

am 23. Juni 1958

Woitscheck,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter der

Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

Berlin, vertreten durch den Senator für Finanzen, Berlin W 30,
Nürnberger Str. 53/55,

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Gartenarchitekten Franz T [REDACTED], B [REDACTED],
J [REDACTED] Z [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 23. Juni 1958 unter Mitwirkung der Bundesrichter
Scheffler, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann und
Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
7. Zivilsenats des Kammergerichts vom 18. März 1957
aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an
den 5. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwie-
sen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1950 erhielt der Beklagte, der damals ein Gartenbauunternehmen betrieb, von drei Bezirksämtern der Klägerin den Auftrag, im Rahmen eines Notstandsprogramms Grünflächen herzurichten. Dem Vertragsverhältnis lagen die "Auftragsbedingungen für die Vergabe von gärtnerischen Notstandsarbeiten aus dem GARIOA Notstandsprogramm" zu Grunde, in denen auch die Geltung der "Besonderen Vertragsbedingungen der Gebietskörperschaft Groß-Berlin" sowie der "Verdingungsordnung für Bauleistungen" (VOB) vorgesehen war.

Nach diesen Auftragsbedingungen waren die Arbeiten mit den von dem Gartenbauamt zugeteilten Notstandsarbeitern durchzuführen. Der Beklagte hatte Lohnlisten zu führen, die täglich von ihm, einem Beauftragten des Gartenbauamtes und einem Okmann der Arbeiter abzuzeichnen waren. An Hand dieser Lohnlisten waren von dem Beklagten Wochenrechnungen, die sog. Stundennachweise, aufzustellen und dem Bezirksamt einzureichen; der Beklagte erhielt darauf von den Bezirksämtern die ausgewiesenen Lohnbeträge und einen sog. Firmenzuschlag, der zwischen 32 und 40 % betrug. Aus diesem Zuschlag hatte der Beklagte alle sozialen und tariflichen Leistungen einschließlich des Urlaubsanspruchs der Führungskräfte sowie das Vorhalten der Arbeitsgeräte und Baubuden und die Kosten der Bauleitung zu decken.

Nach Beendigung der Arbeiten und Abwicklung der Beziehung ließ die Klägerin die Lohnunterlagen im Jahre 1952 nachprüfen. Sie kam hierbei zu dem Ergebnis, daß der Beklagte den Bezirksämtern insgesamt rund 36.000.-- DM mehr in Rechnung gestellt



und von der Klägerin erhalten habe, als von ihm an die Notstandsarbeiter ausgezahlt worden sei. Darauf erstattete sie Strafanzeige. Der Beklagte wurde im ersten Rechtszuge wegen Betruges zu 8 Monaten Gefängnis verurteilt, von der Strafkammer jedoch mangels Beweises rechtskräftig freigesprochen.

Die Klägerin hat von dem Beklagten die Erstattung des Fehlbetrages verlangt und beantragt, ihn zur Zahlung von 23.462,26 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat Klageabweisung erbeten. Er hat nicht bestritten, daß die Stundennachweise mit dem Lohnlisten nicht immer übereinstimmten. Die Unrichtigkeiten seien aber mit Wissen, zum Teil sogar auf Wunsch der Bezirksämter in die Listen aufgenommen worden. Tatsächlich habe er insgesamt sogar höhere Löhne an die Notstandsarbeiter abgeführt, als ihm von der Klägerin erstattet worden seien. Die Klägerin habe zudem die Stundennachweise widerspruchlos entgegengenommen; danach hätten sie nach § 15 Ziff. 6 VOB Teil B als genehmigt zu gelten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin blieb erfolglos.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung des Beklagten nach dem Klageantrag. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe.

A. Das Kammergericht prüft in erster Linie, ob die Klägerin ihre Ansprüche auf eine Vertragsverletzung des Beklag-

ten stützen kann.

Es stellt fest, daß "nicht alle von dem Beklagten eingereichten Nachweise richtig waren". Trotzdem verneint es ein Recht der Klägerin, sich hierauf zu berufen, weil die Stundenlohnzettel infolge fruchtlosen Ablaufs der in § 15 Ziff. 6 VOB (i.d. im Jahre 1950 gültigen Fassung) vorgesehenen Frist von 6 Werktagen als anerkannt zu gelten hätten; damit seien der Klägerin alle Einwendungen abgeschnitten.

Die Revision wendet sich mit Recht gegen diese Auffassung.

I. Nicht zu beanstanden ist allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Anwendung des § 15 Ziff. 6 VOB nicht durch die von den Parteien vereinbarten "Besonderen Vertragsbedingungen" ausgeschlossen worden ist.

1.) Insoweit handelt es sich nicht, wie die Revision meint, um eine dem Revisionsgericht obliegende Auslegung sog. typischer Vertragsbedingungen.

Die Bestimmungen der VOB selbst sind allerdings nach der ständigen Rechtsprechung des Senats im Revisionsverfahren frei auslegbar. Deren Deutung ist aber in diesem Zusammenhang nicht streitig. Vielmehr ist zu entscheiden, ob sie im vorliegenden Fall durch eine Sondervereinbarung abbedungen worden sind. Darüber hat nur der Tatrichter zu befinden.

An dieser Beurteilung würde sich auch dann nichts ändern, wenn die Klägerin bei Durchführung des Notstandsprogramms regelmäßig gleichlautende Verträge abgeschlossen haben sollte. Denn der Geltungsbereich solcher Abkommen würde sich, ebenso wie der der "Besonderen Bedingungen", auf den

Bezirk des Kammergerichts beschränken und damit der uneingeschränkten Auslegung durch den Senat entzogen sein (RGZ 153, 62).

2.) Nun meint die Revision vorsorglich, daß die Auslegung des Kammergerichts auch mit der Vorschrift des § 157 BGB unvereinbar sei; auch habe das Berufungsgericht insoweit gegen § 286 ZPO verstoßen. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden.

Richtig, von dem Berufungsgericht aber auch nicht verkannt ist, daß die "Besonderen Vertragsbedingungen" der VOB vorgehen würden, soweit sie eine Sonderregelung enthalten sollten. Die Klägerin meint nun, Ziff. 12 Abs. 2 jener Bedingungen, nach denen der Beklagte verpflichtet war, auf Verlangen die Lohnlisten vorzulegen, wäre sinnlos, wenn die 6-tägige Frist des § 15 Ziff. 6 VOB hätte gelten sollen; denn innerhalb dieser kurzen Zeitspanne wäre der Klägerin ein Vergleich mit den Stundenlohnzetteln nicht möglich gewesen.

Das Kammergericht stellt demgegenüber fest, daß die Klägerin eine solche Nachprüfung innerhalb der ihr zur Verfügung stehenden 6 Tage hätte vornehmen können. Wenn ihr diese Frist als zu kurz erschienen wäre, hätte sie den Vertrag anders formulieren müssen.

Diese Würdigung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision liegen auf tatsächlichem Gebiet und können daher von dem Senat nicht beachtet werden. Zur Ausübung des Fragerechts und der Einholung einer Auskunft des "zuständigen Amtes" hatte das Kammergericht keine Veranlassung.

II. Die Revision macht aber mit Recht geltend, daß das Kammergericht die Bedeutung des § 15 Ziff. 6 VOB verkannt hat.

Insoweit ist der Senat, wie bereits erwähnt, zur eigenen Auslegung befugt.

1.) Diese Bestimmung lautet, soweit sie hier interessiert:

"Über die geleisteten Arbeitsstunden ... sind werktäglich Listen (Stundenlohnzettel) einzureichen. Die Stundenlohnzettel sind mit der Bescheinigung des Auftraggebers unverzüglich zurückzugeben. Sie gelten nach Ablauf von 6 Werktagen nach der Einreichung als anerkannt, wenn sie nicht bis dahin als nicht anerkannt zurückgegeben oder schriftlich Einwendungen erhoben worden sind".

Dem Kammergericht ist darin zuzustimmen, daß mit dieser Vorschrift bezweckt wird, klare eindeutige Rechtsverhältnisse zu schaffen und eine für längere Zeit anhaltende Unsicherheit zu verhindern. Daraus folgt aber nicht, daß dem Bauherrn, der die Frist fruchtlos hat verstreichen lassen, endgültig alle Einwendungen abgeschnitten sind. So weit reichende Folgen würden in Betracht kommen, wenn in § 15 Ziff. 6 VOB eine Ausschlußfrist für die Geltendmachung von Einwendungen vorgesehen wäre. Das kann dem Wortsinn aber nicht entnommen werden. In dieser Vorschrift wird vielmehr die Nichtbeanstandung der Stundenlohnzettel innerhalb von 6 Werktagen ebenso behandelt wie die Rücksendung der mit dem Genehmigungsvermerk des Auftraggebers versehenen Nachweise; sie gelten in dem einen wie dem anderen Falle als "anerkannt". Entsprechend dieser Ausdrucksweise ist das Verhalten des Bauherrn demgemäß ebenso zu werten wie ein Anerkenntnis von Ansprüchen in seiner sonst üblichen Bedeutung.

Diese Bedeutung liegt nicht in der Begründung einer selbstständigen Verbindlichkeit dergestalt, daß sich der Bauherr damit verpflichtet, die ausgewiesenen Lohnstunden unabhängig von dem Schuldgrund zu bezahlen (§ 781 BGB); das Anerkenntnis bezieht sich ja überhaupt nur auf ein Element der Verbindlichkeit. Ebensowenig kann das ausgesprochene oder unterstellte Anerkenntnis nur als reines Beweisenzeichen für das Bestehen der Schuld oder die Richtigkeit der Nachweise angesehen werden; denn in diesem Falle wäre die Vorschrift fast bedeutungslos, zumal sich auch die Verteilung der Beweislast alsdann nicht ändern würde (Urteil des Senats VII ZR 274/56 vom 28. März 1957).

Danach bleibt die Bewertung im Sinne eines sog. bestätigenden Anerkenntnisses. Dieses legt das Schuldverhältnis fest und hat die Wirkung, daß der Schuldner grundsätzlich keine Einwendungen gegen seine Verpflichtung mehr erheben kann, es sei denn, daß sie ihm erst nach der Abgabe bekannt geworden sind. (RG JW 1916, 960; Warn 1932, 147, sowie das angeführte Urteil des Senats). In einem derartigen Falle genügt der Gläubiger seiner Behauptungs- und Beweislast, wenn er eine dahingehende rechtsgeschäftliche Erklärung des Schuldners dartut. Leugnet demgegenüber der Schuldner seine Haftung mit der Behauptung, das Anerkenntnis sei aus Gründen unrichtig, die er bei der Abgabe nicht gekannt habe, so hat er seinerseits diesen Ausnahmestatbestand zu beweisen. Diese Grundsätze gelten entsprechend für die "Anerkennung" der Stundennachweise. Der Besteller muß sie nunmehr als richtig hinnehmen; ihm steht aber der Nachweis offen, daß sie unrichtig sind, wenn er weiter beweist, daß er dies nicht gewußt hat.

Die Auslegung in diesem Sinne entspricht dem Zweck und Sinn des § 15 Ziff. 6 VOB, wird den praktischen Bedürfnissen gerecht und ist mit dem Wortsinn vereinbar.

2.) Im Schrifttum wird die Ansicht vertreten, das Anerkenntnis i.S. des § 15 Ziff. 6 VOB bewirke lediglich eine Umkehrung der Beweislast; nunmehr habe der Schuldner darzutun, daß die Stundennachweise unrichtig seien (Hereth-Ludwig-Naschold, Kommentar zur VOB 1954 § 15 Anm. 45).

Eine solche vertragliche Regelung der Beweislast wäre an sich möglich gewesen (Urteil des Senats VII ZR 79/57 vom 30. Januar 1958). Es besteht aber kein Anlaß, das Wort "anerkannt" abweichend von seiner üblichen Bedeutung nur in diesem Sinne zu verstehen; diese Beschränkung hätte eindeutig ausgesprochen werden können und müssen, wenn man an sie gedacht hätte.

Es ist also daran festzuhalten, daß der Auftraggeber nicht nur die Unrichtigkeit der unwidersprochen gelassenen Stundenlohnzettel, sondern darüber hinaus auch seine frühere Unkenntnis von dieser Unrichtigkeit zu beweisen hat.

3.) Der Unterschied zwischen den beiden Auffassungen wird im allgemeinen im Ergebnis unwesentlich sein, soweit es sich um ein positives Anerkenntnis der Stundennachweise handelt; denn man wird in der Regel davon ausgehen können, daß sich niemand bewußt zu einer nicht bestehenden Schuld bekennt. An den Beweis der Unkenntnis werden also in diesem Falle im allgemeinen keine strengen Anforderungen zu stellen sein.

Die Lage ändert sich aber bei dem durch Verschweigen unterstellten Anerkenntnis. Es wird eher vorkommen, daß der Bauherr gegen die Richtigkeit der Stundenlohnzettel zwar Bedenken hat, von der rechtzeitigen Beanstandung aber aus Nachlässigkeit absieht. Hier kann der von ihm zu verlangende Nachweis, er habe bis zum Ablauf der Sechstagesfrist von der Unrichtigkeit keine Kenntnis gehabt, eine Rolle spielen.

III. Aus dem Gesagten folgt, daß es der Klägerin im Rahmen der Vertragsbeziehungen unbenommen ist, sich auf eine Unrichtigkeit der Stundenlohnzettel zu berufen, wenn sie dartut, daß ihr diese Unrichtigkeit nicht bekannt gewesen ist. Der Beklagte hat dann auch Fahrlässigkeit zu vertreten und muß gemäß § 278 BGB für seine Angestellten einstehen. Er haftet der Klägerin, wenn sie diesen Beweis führt, für den Schaden, der ihr durch eine solche schuldhaftige Vertragsverletzung des Beklagten entstanden ist.

1.) Das Kammergericht hat sich, wenn auch in anderem Zusammenhange (§§ 823 Abs. 2, 826 BGB), mit der Frage befaßt, ob die Klägerin durch den unrichtigen Ansatz der Arbeitsstunden überhaupt einen Schaden erlitten hat. Es verneint dies (S. 18 - 20 d. Urt.) aus folgenden Erwägungen:

Die Klägerin habe zwar ein "umfangreiches Rechenwerk aufgemacht", aus dem sich der von ihr beanspruchte Fehlbetrag ergeben solle. Sie habe aber nur einzelne Posten herausgegriffen, ohne zu berücksichtigen, daß der Beklagte nach seinen "substantiiert nicht bestrittenen" Angaben an anderen Stellen zu geringe Beträge angesetzt und dadurch insgesamt höhere Löhne gezahlt habe, als ihm von der Klägerin erstattet worden seien. Der Prüfungsbericht, von dem die Klägerin ausgehe, sei bedeutungslos, da er sich nur auf die Mehransätze beziehe, den Ausgleich durch Minderansätze aber außer acht lasse. Auch das von dem Landgericht eingeholte Gutachten sei unbrauchbar; der Sachverständige habe vielfach ihn nichts angehende Rechtsausführungen gemacht, in denen er sich dem Standpunkt der Klägerin angeschlossen habe; dann sei die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen daß er sich auch in der Sache geirrt habe.

Die Revision greift diese Ausführungen mit Erfolg an.

a) Bereits ihre Rüge, das Urteil beruhe auf einer unrichtigen Verteilung der Beweislast, dringt durch.

Wie sich aus den Entscheidungsgründen ergibt, hält das Berufungsgericht die Klägerin in vollem Umfange dafür beweispflichtig, daß der Beklagte insgesamt weniger Arbeitsstunden aufgewendet, als er sie in den Nachweisen verzeichnet und als sie die Klägerin dementsprechend bezahlt hat. Es verlangt also von ihr auch den Beweis, daß der Beklagte nicht - gemäß seiner Behauptung - die Mehransätze durch Kinderberechnung an anderer Stelle ausgeglichen hat.

Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden.

aa) Die Vorschrift des § 15 Ziff. 6 VOB kommt dem Beklagten insoweit nicht zu gute. Die Klägerin hat danach zwar im Hinblick auf die widerspruchslose Hinnahme der Stundenlohnzettel deren Unrichtigkeit und ihre Unkenntnis davon zu beweisen. Eines solchen Beweises der Unrichtigkeit bedarf es aber nicht, soweit sie garnicht streitig ist. Diese Voraussetzungen sind zum Teil gegeben. Das Berufungsgericht stellt nämlich als unstreitig fest, "dass nicht alle von dem Beklagten eingereichten Nachweise richtig, d.h. mit den Lohnbüchern und den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmend waren".

In diesem Umfange, der allerdings von dem Kammergericht nicht näher abgegrenzt wird, bedurfte es also keines Eingehens auf die Beweisantritte der Klägerin. Im übrigen hat die Klägerin, wie die Revision zutreffend dartut, für alle von ihr behaupteten Unrichtigkeiten hinreichende Beweise angetreten; sie hätten erhoben werden müssen, soweit es unter Berücksichtigung der nachfolgenden Ausführungen darauf ankommt.

bb) Entgegen der Auffassung des Kammergerichts hat die Klägerin nicht zu beweisen, daß der Beklagte die unberechtigten Mehrforderungen durch entsprechende Minderansätze nicht ausgeglichen hat.

Allerdings führt das Berufungsgericht an zwei Stellen (18 unten und 19 Mitte d. Urt.) aus, die Klägerin habe dies weder "substantiiert" noch "ernstlich" bestritten. Die Revision rügt aber mit Recht, diese Wertung stehe mit dem Vorbringen der Klägerin, soweit es nach dem Tatbestand Gegenstand der Verhandlung gewesen ist, in unlösbarem Widerspruch.

Die Klägerin hat zwar in erster Linie den Standpunkt vertreten, es komme garnicht darauf an, ob der Beklagte die zu viel berechneten Arbeitsstunden durch geringeren Ansatz an anderer Stelle ausgeglichen habe (z. B. Schriftsatz vom 4. März 1957 S. 1 - 8). Ihr sonstiger Vortrag lässt aber unter Ausschluß jeden Zweifels erkennen, daß sie einen solchen Ausgleich auch in tatsächlicher Beziehung entschieden bestritten hat (S. 5 des Schriftsatzes vom 14. Juni 1955, S. 2 der Berufungsbegründung vom 10. Oktober 1956 - und S. 9 des Schriftsatzes vom 4. März 1957-). Damit hat sie eindeutig zu erkennen gegeben, daß sie den Behauptungen des Beklagten entgegenzutreten wollte. Eine nähere Substantiierung ist von ihr nicht zu verlangen, weil es zunächst einmal Pflicht des Beklagten gewesen wäre, die Minderansätze im Einzelnen aufzuführen; erst dann wäre die Klägerin überhaupt in der Lage gewesen, sich dazu "substantiiert" zu äussern.

cc) Die Klägerin genügt ihrer sich auf die Unrichtigkeit der Stundenlohnzettel beziehenden Beweispflicht, wenn sie in den jeweiligen Nachweisen die Mehransätze dargetan hat. Damit steht fest, daß sie mit diesem Beträgen zu Unrecht belastet worden ist.

Die Behauptung des Beklagten, dieser Schaden der Klägerin sei dadurch ausgeglichen, daß an anderer Stelle weniger berechnet worden sei, ist als selbstständiges Verteidigungsmittel zu werten, dessen tatsächliche Grundlagen er zu behaupten und zu beweisen hat. Daß die Klägerin durch unberechtigte Belastungen einen Schaden erlitten hat oder haben würde bestreitet er ja gar nicht; er behauptet nur, daß ihm gleichhöhe anderweite Ansprüche zugestanden hätten, die er mit denen der Klägerin verrechnet habe. Für die Berechtigung dieser von ihm in Ansatz gebrachten eigenen Forderungen hat er nach allgemeinen Grundsätzen den Beweis zu erbringen.

dd) Der Beklagte kann sich auch, soweit es sich um die vertragliche Haftung handelt, nicht auf die Vorschrift des § 363 BGB berufen.

Das Schuldverhältnis ist zwar abgewickelt und die Klägerin hat die Leistung des Beklagten als Erfüllung angenommen, wie sich aus den Feststellungen S. 9 des Urteils ergibt. Die Klägerin macht aber nicht geltend, daß die Leistung des Beklagten, die sie zu vergüten hat, also die Ausführung der Gartenarbeiten, unvollständig gewesen sei. Insoweit erhebt sie keine Einwendungen.

Sie rügt allerdings, daß der Beklagte seine Nebenverpflichtung, keine Stundenlohnrechnungen mit zu hohen Ansätzen einzureichen, nicht ordnungsmässig erfüllt habe. Aus diesen Stundenlohnzetteln (also aus denen mit den Mehrbelastungen) leitet der Beklagte seine Ausgleichsansprüche aber garnicht her. Er behauptet vielmehr, daß andere Stundenlohnzettel wegen der darin enthaltenen Minderansätze zu seinen Ungunsten unrichtig seien. Deren "Unvollständigkeit" rügt die Klägerin nicht; das tut vielmehr allein der Beklagte. Die Klägerin

beruft sich demgegenüber gerade auf die "Vollständigkeit" dieser Nachweise.

b) Aus dem Gesagten folgt, daß es Sache des Beklagten ist, die Minderansätze zu beweisen. Er hat sich insoweit darauf berufen, daß er nach dem Inhalt seiner Lohnlisten an die Notstandsarbeiter insgesamt höhere Beträge gezahlt, als sie ihm die Klägerin erstattet habe. Die Zahlen, die er in diesem Zusammenhänge genannt hat, wechseln; aber auch aus dem von der Klägerin anerkannten Gutachten des Sachverständigen ergibt sich, daß in den Lohnlisten grössere Summen vermerkt sind, als sich aus den Stundennachweisen ergeben (S. 22 des Gutachtens).

Die Klägerin hat demgegenüber darauf hingewiesen, daß die in den Lohnlisten vermerkten Zahlungen des Beklagten auch solche enthalten, die er nach den vertraglichen Abmachungen aus eigenen Mitteln begleichen mußte. Vorsorglich hat sie sich darauf berufen, daß nach allgemeinen Erfahrungssätzen 5,6 % der Lohnbeträge auf derartige, dem Beklagten obliegende Verpflichtungen entfielen; rechnet man - so führt sie aus - diesen Satz ab, so ergebe sich, daß der Beklagte von der Klägerin insgesamt 35.300.-- DM zu viel angefordert und erhalten habe. Für die Richtigkeit ihrer Behauptungen hat sie sich auf das sachverständige Zeugnis ihres Hauptsachbearbeiters Frank sowie auf eine Auskunft des Landesverbandes Gartenbau und Landwirtschaft e.V. bezogen (Schriftsatz vom 14. Juni 1955). Im zweiten Rechtszuge ist sie auf dieses Vorbringen, wenn auch kurz, in der Weise zurückgekommen, daß sie in den Schriftsätzen vom 10. Oktober 1956 und 4. März 1957 auf die Ausführungen des Sachverständigen verwiesen hat. durch die nach ihrer Ansicht ihre Behauptungen bestätigt worden sind.

aa) Das Kammergericht hat zu diesem Vorbringen bei der

Prüfung, ob der Klägerin ein Vermögensschaden i. S. des § 263 StGB erwachsen ist, Stellung genommen (S. 18 - 20 d. Urteils).

Seine, den Behauptungen des Beklagten entsprechende Würdigung kann aber schon durch die unrichtige Annahme beeinflusst sein, die Klägerin habe zu beweisen, daß der Beklagte den Schaden nicht durch Minderansätze ausgeglichen habe.

bb.) Das Urteil könnte aber auch dann nicht bestehen bleiben, wenn die Ausführungen des Kammergerichts dahin zu verstehen sein sollten, daß der Beweis für die Minderansätze erbracht worden sei. Die Revision rügt nämlich mit Recht, das Berufungsgericht habe insoweit die Beweisanträge der Klägerin unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht beachtet.

Das Kammergericht führt hierzu (S. 20 d. Urte.) aus, der Beklagte habe zwar schon deshalb höhere Lohnbeträge, als ihm von der Klägerin erstattet worden seien, aufwenden müssen, "weil das Urlaubsgeld und die Feiertagsvergütung für die Führungskräfte" nicht erstattungsfähig, sondern aus dem Unternehmerzuschlag zu entrichten gewesen seien. Anhaltspunkte über die Höhe dieser nicht erstattungsfähigen Lohnbeträge seien aber nicht ersichtlich. Bei der "prozentual recht geringen Anzahl der infrage kommenden Führungskräfte könnten sie nicht sehr hoch gewesen sein" und in keinem Falle "auch nur annähernd den Differenzbetrag zwischen den dem Beklagten erstatteten und den tatsächlich von ihm aufgewendeten Lohnsummen erreichen".

Bei dieser Würdigung geht das Berufungsgericht davon aus,

daß der Beklagte nur das "Urlaubsgeld" und die "Feiertagsvergütung" für die Führungskräfte aus dem Unternehmergewinn zu decken hatte. Diese Annahme steht mit den Angaben im Tatbestand (S.3 d.Urt.) und dem damit übereinstimmenden Inhalt der Auftragsbedingungen (Nr. 7) im Widerspruch; danach hatte der Beklagte auch für "alle sozialen und tariflichen Leistungen einschließlich des Urlaubsanspruchs der Führungskräfte" einzustehen, also für wesentlich mehr, als das Kammergericht S.20 d.Urt. annimmt.

Es bedarf jedoch keines Eingehens darauf, ob nicht den Erwägungen des Berufungsgerichts schon durch diese Unstimmigkeit die Grundlage entzogen wird; denn sie stellen in jedem Falle, wie der Revision zuzugeben ist, ein unzulässige Vorwegnahme des Beweisergebnisses dar und verstossen gegen § 286 ZPO.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Beweisantritt der Klägerin durch Bezugnahme auf eine Auskunft des Landesverbandes Gartenbau usw. den gesetzlichen Erfordernissen genügt; denn in jedem Falle war die Benennung des Frank als sachverständigen Zeugen nach § 414 ZPO ordnungsmäßig und zulässig. Er sollte im Wesentlichen das Gegenteil von dem bekunden, was das Kammergericht ohne Unterlagen oder sonstige Beweismittel als dargetan angesehen hat, daß nämlich nach allgemeiner Erfahrung doch eine größere Anzahl von Führungskräften notwendig gewesen sei.

Die Klägerin hat zwar im Einzelnen nicht ausgeführt, warum Frank als sachverständiger Zeuge in Betracht kommen soll. Seine Bezeichnung als "Hauptsachbearbeiter" weist aber darauf hin, daß er sich bei der Befassung auch mit anderen solchen Fällen eine genügende Sachkunde angeeignet haben soll. Die Annahme des Kammergerichts (S. 20/21 d. Urteils), es hätten

überhaupt keine ausreichenden Erfahrungen vorgelegen, stellt ebenfalls eine unzulässige Vorwegnahme des Beweisergebnisses dar. Auch wenn es sich um den Beginn der Notstandsarbeiten gehandelt hat, waren und sind Vergleiche mit ähnlichen Fällen nicht ausgeschlossen und könnten u. U. zu brauchbaren Ergebnissen führen.

Schließlich greift in diesem Zusammenhange auch die Mängel der Revision durch, das Kammergericht hätte einen weiteren Sachverständigen hinzuziehen müssen. Wie bereits erwähnt worden ist, hat der Sachverständige Rohde die Behauptungen der Klägerin über die auf den Beklagten entfallenden Anteile an der Lohnsumme bestätigt. Wenn das Kammergericht dieses Gutachten wegen der sich daraus ergebenden Mängel für unbrauchbar ansah, so hätte es einen anderen Sachverständigen beauftragen müssen (BGH MDR 1953, 605); daß es ausreichende eigene Sachkunde besessen hat, ist bei den ein ausgesprochenes Sondergebiet betreffenden Fragen nicht anzunehmen, ergibt sich auch nicht aus dem Urteil.

cc) Die Behauptungen der Klägerin sind - entgegen der Annahme des Kammergerichts - nach den Umständen des Falles auch hinreichend substantiiert.

Zwar wäre es angebracht gewesen, wenn sie sich bei dem Vergleich der Lohnlisten mit den Stundenzetteln nicht allein darauf beschränkt hätte, nur die Mehransätze des Beklagten herauszusuchen, sondern wenn sie auch die Minderansätze ermittelt und mitgeteilt hätte. Hier lagen aber Sonderumstände vor, die ihr Vorgehen rechtfertigen konnten. Die Anführung der einzelnen Minderansätze in den Lohnlisten hätte zwar ergeben, an welche Arbeiter der Beklagte mehr gezahlt als er

von der Klägerin angefordert hat. Damit wäre aber noch nicht bewiesen, ob und in welcher Höhe diese Mehrzahlungen des Beklagten nicht, wie die Klägerin behauptet, ohnehin zu Lasten des Beklagten gingen. Das hing davon ab, in welcher Stellung und mit welcher Tätigkeit der betreffende Arbeiter von dem Beklagten beschäftigt worden ist. Darüber hätten voraussichtlich weder die Stundenlohnzettel noch die Lohnlisten Auskunft gegeben.

Bei dieser Sachlage ist es grundsätzliche nicht zu beanstanden, wenn die Klägerin nur den Weg der allgemeinen Schätzung wählte. Das Kammergericht wird jedoch zu erwägen haben, ob es der Klägerin nicht die Einreichung der aus dem Prüfungsbericht herausgeschnittenen Teile sowie der etwa vorhandenen Aufzeichnungen über die Mehrzahlungen des Beklagten aufgibt.

c) Auf alle diese Erörterungen würde es nicht ankommen, wenn die Klägerin Kenntnis von den unberechtigten Mehrforderungen des Beklagten gehabt hätte. Denn in diesem Falle müßte sie die unrichtigen Stundenlohnzettel im Hinblick auf ihr gem. § 15 Ziff. 6 VOB zu unterstellendes Anerkenntnis mindestens dann hinnehmen, wenn den Beklagten nur der Vorwurf des fahrlässigen Handelns treffen würde. Den Beweis für ihr Nichtwissen hat sie nach dem Gesagten selbst zu erbringen.

Das Kammergericht befaßt sich bei Prüfung der Frage, ob sich der Beklagte des Betruges schuldig gemacht hat, mit dieser Kenntnis der Klägerin. Es gelangt zu dem Ergebnis, daß sie von dem Beklagten nicht getäuscht worden sei, weil sie "bewusst gewisse Unrichtigkeiten in Kauf genommen" habe (S. 16 - 18 d. Urteils).

Die Revision rügt mit Recht, daß diese Erörterungen an dem Punkt, auf den es ankommt, vorbeigehen. Es mag sein, daß die Handhabung bei der Abrechnung großzügig gewesen ist und daß die Klägerin dies gewußt hat. Ihr mag auch bekannt gewesen sein, daß manche Stundennachweise unrichtige Angaben enthielten, um sie auf diese Weise den rechnerischen und tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen. Schließlich mag es auch zutreffen, daß die Kontrollbeamten der Klägerin die Unstimmigkeiten bei sorgfältigerer Prüfung hätten herausfinden müssen.

Alle diese Umstände geben aber keine Anhaltspunkte dafür, daß es die Klägerin bewußt hingenommen hat, daß der Beklagte sich, wie sie behauptet, zu Unrecht auf ihre Kosten um mehr als 23.000.-- DM bereicherte. Nur diese Kenntnis ist wesentlich. Das Kammergericht, das lediglich an einen "buchmässigen Austausch" denkt (S. 17 d. Urteils), hat hierzu bisher keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Es wird zu beachten haben, daß, wenn es zu einem solchen Ergebnis gelangen sollte, möglicherweise eine nach § 266 StGB strafbare Untreue der Beauftragten der Klägerin und eine Teilnahme des Beklagten daran in Betracht kommen könnte.

2.) Die Klägerin hat geltend gemacht, daß der Beklagte zwei Posten von 3.173,56 und 3.655,08 DM als Löhne für Notstandsarbeiter angeführt und erhalten habe, obwohl es sich insoweit um die Tätigkeit von Bauschreibern und Platzarbeitern gehandelt habe, für die er allein hätte aufkommen müssen.

Das Kammergericht lehnt auch diese Forderungen mit der Begründung ab, daß sie sich auf den Inhalt der Stundennachweise stützen, der Klägerin sei es "aus den genannten Grün-

den" verwehrt, sich darauf zu berufen. Hinzu komme, daß der Vortrag der Klägerin auf reinen Vermutungen beruhe; Erfahrungssätze über die Anzahl der benötigten Bauschreiber und Platzarbeiter könne es noch nicht gegeben haben.

Auch diese Ausführungen halten den Revisionsangriffen nicht stand. Die gemäß § 15 Ziff. 6 VOB zu unterstellende Anerkennung der Stundennachweise hindert, wie dargelegt, nicht den Nachweis, daß sie unrichtig sind. Ein Ausgleich des der Klägerin durch falsche Ansätze entstandenen Schadens ist bisher nicht hinreichend dargetan. Schließlich ist auch nicht ersichtlich, warum nicht allgemeine Erfahrungen, die bei anderen Gartenarbeiten gewonnen worden sind, verwertet werden könnten. Es kann insoweit auf das oben Gesagte verwiesen werden.

3.) Die Annahme des Kammergerichts, daß die Klägerin keine Ansprüche aus einer, gegebenenfalls auch nur fahrlässigen, Vertragsverletzung des Beklagten geltend machen könne, ist somit nicht rechtsirrtumsfrei begründet. Das Urteil ist daher schon aus diesen Gründen aufzuheben.

B. Die Klägerin hat ihre Ansprüche ferner auf eine von dem Beklagten angeblich begangene unerlaubte Handlung gestützt. Sie hat geltend gemacht, daß er die falsche Ansätze in den Stundenlohnlisten bewußt und gewollt veranlaßt und sich dadurch des Betruges schuldig gemacht habe; deswegen sei er gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB ersatzpflichtig.

Das Kammergericht hält solche Ansprüche nicht für erwiesen. Gegen die Begründung, die es hierfür gibt, bestehen ebenfalls rechtliche Bedenken.

I. In erster Linie bemängelt das Kammergericht, daß sich die Klägerin nicht mit dem freisprechenden Urteil der Strafkammer auseinandergesetzt habe; in einem Falle, in dem der Freispruch, wenn auch mangels Beweises, auf den Antrag des Anklagevertreters erfolgt sei, hätte es besonders sorgfältiger Darlegungen sowie eines Eingehens auf die Urteilsgründe bedurft. Es genüge nicht, wenn die Klägerin nur den gleichen Sachverhalt vortrage und sich im übrigen darauf beschränke, das Strafurteil für unrichtig zu erklären.

Die Revision hält diese Auffassung für unrichtig. Sie verweist auf den, übrigens auch von dem Kammergericht erwähnten, § 14 EGZPO und meint, daß eine Auseinandersetzung mit dem Urteil der Strafkammer nicht zur Darlegungspflicht der Klägerin gehört habe.

Eines näheren Eingehens auf diese, zum Teil nicht unbedenklichen Ausführungen des Kammergerichts bedarf es nicht; denn es ist nicht zu erkennen, in welchen Einzelheiten das Urteil darauf beruht. Das Berufungsgericht prüft nämlich die Tatbestandsmerkmale des Betruges selbständig an Hand des Parteivortrages. Zu einer Verwertung des Strafurteils, auf das sich, soweit erkennbar, beide Parteien bezogen haben, war es im Wege des Urkundenbeweises befugt. Allerdings durfte es ihm nicht solche Tatsachen entnehmen, für deren Unrichtigkeit die Klägerin Beweis angetreten hatte. Das mußte diese aber jeweils gemäß § 554 Abs. 3 Nr. 2 ZPO besonders rügen.

II. Zu den Ausführungen des Kammergerichts, in denen es sich mit dem Tatbestand des § 263 STGB befaßt, ist im Einzelnen folgendes zu bemerken:

1.) Das Berufungsgericht vermißt den Nachweis, daß der Beklagte in eigener Person die angebliche Täuschung veranlaßt habe. Auf § 831 BGB könne sich die Klägerin nicht berufen, denn sie habe garnicht behauptet, daß die Angestellten des Beklagten dafür verantwortlich seien.

Die Revision rügt insoweit mit Recht die Verletzung des § 139 ZPO. Die Kenntnis des Beklagten von den Unstimmigkeiten lag nahe. Ebenso lag es nahe, daß sich die Klägerin auf das Zeugnis der beiden Angestellten berufen wollte, die die Schreibaarbeit besorgt hatten. Das Berufungsgericht hätte fragen müssen, ob die Klägerin diese Angestellten - Hykel und Römer - nicht als Zeugen benennen wollte.

2.) Ferner sieht das Berufungsgericht nicht als erwiesen an, daß sich die Vertreter der Klägerin überhaupt geirrt haben; denn sie hätten gewußt, daß manche Angaben in den Stundennachweisen unrichtig gewesen seien.

Hierzu ist bereits Stellung genommen worden. Die Frage ist von dem Kammergericht unrichtig gestellt worden. Es kommt nicht darauf an, ob die Vertreter der Klägerin Unrichtigkeiten bewußt hingenommen haben, weil sie mit einem "buchmässigen Austausch" rechneten; maßgebend ist vielmehr, ob sie Kenntnis davon hatten, daß sich der Beklagte, wie die Klägerin behauptet, zu deren Lasten um mehr als 23.000.-- DM bereicherte. Das hat das Berufungsgericht bisher nicht festgestellt.

3.) Ebenso ist die Frage, ob die Klägerin einen Vermögensschaden erlitten hat, bereits behandelt und dargelegt worden, daß auch in dieser Richtung gegen das Urteil Bedenken bestehen.

Die Entscheidung des Kammergerichts kann aus den genannten Gründen nicht aufrecht erhalten werden.

Es erscheint angebracht, von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 S. 2 ZPO Gebrauch zu machen.

Scheffler

Rietschel

Heimann-Trosien

Dr. Winkelmann

Meyer