

2105 056

Verkündet
am 11. Juli 1963
Schorm, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Gottfried H [REDACTED] Aktiengesellschaft in
K[REDACTED]-K[REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand,
die Direktoren F.M.C. R[REDACTED] und Alexander H[REDACTED]-F[REDACTED]
in K[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

den Kaufmann Dr. Herbert Rudolf M [REDACTED]
in M[REDACTED], B[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 11. Juli 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn,
Dr. Nörr, Dr. Reinicke und Dr. Schulze
für Recht erkannt:

Auf die Anschlußrevision des Beklagten wird das
Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Köln vom 15. Dezember 1960 insoweit aufgehoben,
als es die Widerklage in Höhe von 1.621,89 DM
nebst Zinsen hiervon abgewiesen und dem Beklagten
1/10 der Kosten des Rechtsstreits auferlegt hat.
In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten

Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Revision der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revisionsinstanz werden zu 4/5 der Klägerin auferlegt.

Die Entscheidung über die noch nicht ausgeurteilten Kosten wird dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war Vorstandsmitglied der Klägerin. Die Parteien streiten darüber, wer noch etwas zu beanspruchen hat. Vor dem Landgericht verlangte die Klägerin Zahlung von zunächst 4.621,89 DM, dann 24.583,62 DM und der Beklagte mit der Widerklage Zahlung von 2.349,10 DM. Die Klage wurde abgewiesen, der Widerklage stattgegeben. Mit der Berufung forderte die Klägerin zunächst Zahlung von 18.388 DM und dann Zahlung von 16.601 DM. Insoweit wurde die Berufung zurückgewiesen. Außerdem strebte die Klägerin mit der Berufung die Abweisung der Widerklage an. Insoweit hatte sie in Höhe eines Teilbetrages von 1.621,89 DM Erfolg.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch in Höhe von 5.542,52 DM und den Antrag auf Abweisung der Widerklage, soweit ihm nicht bereits stattgegeben worden ist, weiter.

Mit der Anschlußrevision begehrt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils zur Widerklage.

Beide Parteien bitten um Zurückweisung der Revision des Gegners.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Revision ist unbegründet.

I. Die Klägerin macht den Beklagten dafür verantwortlich, daß aus Bareinnahmen für Altmaterial, Holzverkäufe, erstattete Telefongebühren und aus sonstigen kleinen Ein-



nahmen eine schwarze Kasse gebildet worden ist. Sie hat behauptet, der Beklagte habe einen großen Teil der Gelder dieser Kasse veruntreut. Nachdem das Berufungsgericht (am 21. Januar 1960, Bl. 526 d.A.) beschlossen hatte, 38 Zeugen über die Gegendarstellung des Beklagten zu vernommen, hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 2. Mai 1960 (Bl. 565 d.A.) erklärt, durch die Anhörung einer großen Anzahl von Betriebsangehörigen werde eine erhebliche Unruhe in den Betrieb getragen, es bestehe die Gefahr, daß sich die Beweisaufnahme auf Dinge erstrecke, die den Interessen des Unternehmens schädlich seien, zur Vermeidung der Beweisaufnahme sei sie damit einverstanden, daß unterstellt werde, die Zeugen hätten die Beweisfragen zugunsten des Beklagten beantwortet, sie behalte sich vor, in anderer Weise darzutun, daß gleichwohl ihre Darstellung richtig und die des Beklagten unzutreffend sei. Sie hat dann (mit Schriftsatz vom 25.11.1960, Bl. 590 d.A.) ein Privatgutachten des Wirtschaftsprüfers Dr. G. [REDACTED] überreicht und es zum Inhalt ihres Vortrages gemacht. Das Berufungsgericht hat über die nach dem Schriftsatz der Klägerin vom 2. Mai 1960 noch strittig gebliebenen Punkte der schwarzen Kasse den kaufmännischen Angestellten B. [REDACTED] vernommen, der bei der Klägerin die Bücher und die Kasse geführt hat. Auf Grund der Aussage dieses Zeugen hat das Berufungsgericht zu den von der Revision aufgegriffenen Punkten folgendes ausgeführt:

Über die Verwendung der Beträge von 150 DM (13.6.49), 137,95 DM (3.3.49) und 100 DM (30.9.49) habe Bremtor nichts Verlässliches bekunden können. Es bestehe aber nicht der geringste Anlaß zu der Annahme, daß sich der Beklagte diese Beträge angeeignet habe. Daher sei, wenn auch der Verbleib dieser Beträge nicht genau habe ermittelt werden können, festzustellen, daß der Beklagte diese Beträge ebenso im betrieblichen Interesse verwendet habe, wie das für

die Beträge anzunehmen sei, für die sich nach der Erklärung der Klägerin vom 2. Mai 1960 die Durchführung der angeordneten Beweisaufnahme erübrigt habe.

Mit B. sei anzunehmen, daß der schwarzen Kasse monatlich 20,35 bzw. 40 DM für den Werkschor (das sind insgesamt 2.140 DM) entnommen worden seien.

Der Angestellte K. habe mehrmals je 20 DM (insgesamt 160 DM) für seine Tätigkeit als Schöffe ausgezahlt erhalten. Diese Zahlungen seien allerdings eigenartig, aber durch B. bezeugt.

Bei Auflösung der schwarzen Kasse Ende 1955 sei entgegen der Annahme Dr. G.'s kein Überschuß - die Klägerin hat einen solchen von 310,68 DM behauptet - vorhanden gewesen. Denn B. habe glaubhaft bekundet, daß sich bei der Schlußabrechnung ein Fehlbetrag zwischen 10 und 20 DM ergeben habe. Mangels Überschusses könne der Beklagte auch nicht den Betrag von 310,68 DM veruntreut haben.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt, wenn es die Klägerin für die Verwendung der Beträge der schwarzen Kasse für beweispflichtig angesprochen habe. Auf die Beweislast hierfür kommt es jedoch nicht an, da das Berufungsgericht positive Feststellungen getroffen hat.

Soweit die Revision aber meint, die Aussagen B.'s trügen nicht die darauf gestützten Feststellungen des Berufungsgerichts, handelt es sich um unzulässige Angriffe gegen die Beweiswürdigung.

Das Berufungsgericht durfte nach der Erklärung der Klägerin vom 2. Mai 1960 davon ausgehen, daß der Beklagte

die von dieser Erklärung erfaßten Beträge der schwarzen Kasse für betriebliche Zwecke verausgabt hat. Erschien aber der Vorwurf der Veruntreuung in allen diesen Punkten als haltlos, so durfte sich das Berufungsgericht auch ohne Belege und sonstigen Beweis für den Verbleib der Beträge von 150 DM, 137,95 DM und 100 DM für überzeugt halten, daß sich der Beklagte nicht an Geld der Klägerin vergriffen habe.

Es durfte auch der Annahme B. s folgen, die monatlichen Entnahmen, von 20,35 bzw. 40 DM seien dem Werkschor zugeflossen. B. hat das nicht völlig aus der Luft gegriffen, sondern ausgesagt, der Werkschor habe Zahlungen in gleicher Höhe "aus der weißen Kasse" erhalten und auch in anderen Fällen, so beim Fahrgeld des Arbeitnehmers W. , seien Leistungen zur einen Hälfte der "weißen" und zur anderen Hälfte der schwarzen Kasse entnommen worden.

B. hat eindeutig bekundet, die Endabrechnung der schwarzen Kasse habe keinen Überschuß ausgewiesen. Das Berufungsgericht ist dieser Aussage gefolgt. Darum ist die Annahme des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, der Beklagte habe auch einen Betrag von 310,68 DM nicht veruntreut. Die Äußerung Dr. G. s war kein Beweis, denn es handelte sich dabei nicht um ein gerichtlich herbeigeführtes Sachverständigengutachten, sondern um ein Privatgutachten, und ein solches ist nicht höher als der Vortrag einer Partei zu werten. Die Revision macht allerdings geltend, Dr. G. habe die Belege über die schwarze Kasse lediglich ausgewertet, seine Zusammenstellung sei eine Ausrechnung, die das Berufungsgericht auch von sich aus an Hand der vorgelegten Belege habe vornehmen können. Es steht aber fest, daß diese Belege unvollständig sind. Nach der gegebenen Prozeßlage ist die

8

Annahme des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, bei Auflösung der schwarzen Kasse sei gar kein Überschuß vorhanden gewesen, der hätte veruntreut werden können.

II. Die Klägerin hat dem Beklagten außer Gehalt und Tantieme auch Sachbezüge (Heizung, Strom, Gas, Wasser usw.) gewährt. Diese sogen. Hausnebenkosten hat das Finanzamt bewertet, dem Einkommen des Beklagten zugerechnet und danach für die Jahre 1951 und 1952 einen Steuerbetrag von 922 DM berechnet. Die Klägerin hat diesen Betrag an das Finanzamt abgeführt und verlangt ihn vom Beklagten erstattet.

Für die Sachbezüge der Jahre 1953 - 1956 hat das Finanzamt vom Beklagten an Lohnsteuer, Kirchensteuer und Notopfer Berlin unstreitig 2.349,10 DM erhoben. Der Beklagte hat geltend gemacht, die Klägerin habe diesen Betrag zu tragen. Er fordert ihn mit der Widerklage.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, die Klägerin habe mit dem Beklagten vereinbart, ihm Hausnebenkosten bis zur Höhe von 105 DM monatlich steuerfrei zu gewähren. Im weiteren führt es aus, die Klägerin habe ihre Behauptung, die Sachbezüge des Beklagten hätten mehr als 105 DM monatlich betragen, nicht substantiiert und dafür auch keinen Beweis angetreten. Es hat darum der Klägerin jene 922 DM ab- und dem Beklagten den Betrag der Widerklage zugesprochen. Das Berufungsgericht stützt seine Feststellung auf den Schriftwechsel zwischen dem Aufsichtsratsvorsitzenden Gottfried F. H. [REDACTED] und dem Beklagten. Es legt diesen Schriftwechsel dahin aus, im September 1953 habe die Klägerin dem Beklagten die Steuern und Abgaben bis zur Höhe von monatlich 105 DM der Hausnebenkosten abgenommen.

1. Unstreitig sind die Aufwendungen der Klägerin für die Hausnebenkosten nicht über Gehalts- sondern über Unkostenkonto verbucht worden. Die Revision will dieser Tatsache und dem erwähnten Schriftwechsel entnommen wissen, die Klägerin habe die Sachbezüge nicht steuerfrei gewähren, sondern insoweit nur eine Steuerpflicht des Beklagten vermeiden wollen. Sonst hätten die Sachbezüge auf der Lohnsteuerkarte des Beklagten eingetragen und von der Lohnsteuer für die Sachbezüge wiederum Lohnsteuer entrichtet werden müssen. Wenn in dem Briefwechsel von Anfang September 1959 das Wort steuerfrei vorkomme, so habe H. dabei bloß im Auge gehabt, daß die Aufwendungen für die Sachbezüge über Firmenunkosten abgebucht wurden.

Mit diesen Ausführungen sucht die Revision die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin habe dem Beklagten Steuerfreiheit für die Sachbezüge zugesagt, als unmöglich hinzustellen. Dieser Vorwurf ist jedoch unberechtigt. Die Erwägungen der Revision zur Lohnsteuerkarte und zur Besteuerung steuerfreier Zuwendungen sind nicht zwingend. Der Wert der Sachbezüge konnte auf der Lohnsteuerkarte sowohl dann nicht gut eingetragen werden, wenn die Klägerin dem Beklagten Steuern sparen helfen wollte, als auch dann nicht, wenn sie dem Beklagten die Steuern und Abgaben für diese Bezüge abnehmen, aber nicht entrichten und die übernommene Steuerpflicht durch Verbuchung der Beträge über Unkosten verschleiern wollte. Wenn auch die Zusage steuerfreien Gehalts dazu führt, daß der Unternehmer von der auf solche Lohnanteile entfallenden Lohnsteuer wiederum Lohnsteuer entrichten muß, so kommen doch solche Zusagen keineswegs selten vor. Die vom Berufungsgericht getroffene Feststellung ist darum nicht unmöglich.

Es mag sein, daß die Klägerin auch ihrerseits eine Steuerzahlung für die dem Beklagten zugewendeten Haus-

nebenkosten zu vermeiden suchte. Das schloß aber nicht die Annahme des Berufungsgerichts aus, sie habe dem Beklagten die Sachbezüge, soweit diese nicht 105 DM monatlich überstiegen, steuerfrei gewährt.

2. Die Revision meint, die Vereinbarung vom September 1953 erstrecke sich nicht auf die Jahre 1951 und 1952. Auch damit kann sie nicht durchdringen. Das Berufungsgericht nimmt allerdings an, die Klägerin habe selbst vorgebracht, zunächst seien dem Beklagten die Steuern für seine Sachbezüge tatsächlich abgenommen worden, das sei dem Aufsichtsratsvorsitzenden aber zuviel geworden und deshalb habe er auf einer Begrenzung bestanden, wobei man sich auf monatlich 105 DM als Höchstbetrag geeinigt habe. Der Tatbestand des Berufungsurteils und die Akten ergeben einen solchen Vortrag nicht. Hätte die Klägerin dies vorgebracht, so wäre die Abrede über die Steuerfreiheit unbestritten und hätte keiner Feststellung bedurft. Aber aus einem anderen Grunde kann der Revisionsangriff keinen Erfolg haben.

Gottfried F. H. [REDACTED] wußte, daß die Klägerin die Aufwendungen für die Sachbezüge des Beklagten nicht über Gehalts-, sondern über Unkostenkonto verbuchte. Ebenso wurde mit einem Teil der Miete für die Wohnung des Beklagten verfahren. Die Klägerin zahlte an den Vermieter dieser Wohnung monatlich 440 DM, rechnete davon dem Beklagten einen Teilbetrag von 175 DM als Gehalt an und buchte die Differenz über Unkostenkonto aus. Während aber die 175 DM buchmäßig als Gehalt des Beklagten behandelt wurden, wurde von den Hausnebenkosten nichts als Gehalt verbucht. Bei dieser Handhabung verblieb es nach der vom Berufungsgericht festgestellten Einigung vom September 1953.

Gottfried F. H. [REDACTED] schrieb dem Beklagten unter dem 3. September 1953 (Bl. 383 d.A.): "Schr gern helfe ich Ihnen Steuern sparen" und "Was Ihre Wohnungssache anbetrifft, so dürfte diese wohl nicht zur Debatte stehen, alles ist doch steuerfrei, Brand, Telefon, Licht, Gas, Elektrisch". Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß die Abrede steuerfreier Zuwendung der Sachbezüge für 1951 und 1952 uneingeschränkt und ab 1953 mit der Beschränkung auf einen monatlichen Betrag von 105 DM gelten sollte.

3. Die Revision meint, jedenfalls sei die Übernahme der Steuern für die Sachbezüge nicht wirksam vereinbart worden, weil der Aufsichtsratsvorsitzende allein nicht berechtigt gewesen sei, eine solche Abrede zu treffen.

Nach § 97 Abs. 1 AktG wird die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit dem Vorstand durch den Aufsichtsrat vertreten. Die Vertretungsmacht steht grundsätzlich nur dem Gesamtaufsichtsrat zu. Der Aufsichtsrat kann aber auch eines seiner Mitglieder zur alleinigen Vertretung ermächtigen. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß dies geschehen sei. Es stützt diese Annahme darauf, daß die Klägerin eine Familien-Aktiengesellschaft ist und daß der verstorbene Gottfried F. H. [REDACTED] beherrschenden Einfluß hatte. Diese Tatsachen tragen die getroffene Feststellung.

Soweit die Revision diese Feststellung damit angreift, der Beklagte habe selbst nicht Alleinvertretungsmacht von Gottfried F. H. [REDACTED] behauptet, übersieht sie, daß sich der Beklagte auf die Wirksamkeit der Steuerzusage berufen und damit schlüssig behauptet hat, der Aufsichtsratsvorsitzende sei zur alleinigen Vertretung der Klägerin berechtigt gewesen.

Des weiteren meint die Revision, Alleinvertretungsmacht des Aufsichtsratsvorsitzenden sei nicht zu vermuten. Das ist zwar richtig, aber das Berufungsgericht hat die Alleinvertretungsmacht H. nicht vermutet, sondern aus Tatsachen gefolgert.

War aber H. allein zur Vertretung der Klägerin berechtigt, so kommt es weder auf die Hilferwägung des Berufungsurteils, nach Lage der Dinge müsse der Aufsichtsrat die Zusage seines Vorsitzenden gebilligt haben, noch auf die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe an.

4. Durch Vereinbarung vom 31. Mai 1956 haben die Parteien Fragen der Beendigung ihrer Vertragsbeziehungen geregelt. Die Revision meint, Ziffer 7 Abs. 2 dieser Vereinbarung ergebe, daß die Parteien davon ausgegangen seien, der Beklagte hafte im Innenverhältnis für etwaige Nachzahlungen an Lohnsteuer auf die von ihm empfangenen Sonderzuwendungen. Dort heißt es:

"Sofern bei den zu erwartenden Betriebs- und Lohnsteuer-Prüfungen seitens der Finanzverwaltung (ab 1.1.1950) die Entnahmen des Herrn Dr. M. (Beklagter) beanstandet und Teilbeträge zur Lohnsteuer herangezogen werden sollten, würde gegebenenfalls die AG nach den geltenden Bestimmungen zur Mithaft herangezogen werden (§ 38 Abs. 3 EStG, § 46 LStDV, § 116 AO). Herr Dr. M. verpflichtet sich, von sich aus die erforderlichen Rechtsmittel gegen die Lohnsteuerheranziehungsbescheide bzw. Haftungsbescheide einzulegen und im Einvernehmen mit der AG zu bearbeiten."

Diese Bestimmung ergibt nicht, daß der Beklagte im Verhältnis der Parteien die Steuern zu tragen habe. Sie handelt vielmehr von der Haftung der Parteien gegenüber den

Finanzbehörden und sieht im Verhältnis zueinander die Zusammenarbeit für den Fall einer Inanspruchnahme vor.

5. Soweit das Berufungsurteil auf fehlende Substantiierung gestützt ist, rügt die Revision Verletzung der §§ 139, 286 ZPO. Auch dieser Angriff ist unberechtigt.

a) Das Berufungsgericht hat seine Aufklärungspflicht nicht verletzt. Es war klar, daß es auf die Behauptung, die Sachzuwendungen hätten monatlich 105 DM überstiegen, ankommen würde, wenn das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Zusage über die Steuerfreiheit bejaht würde. Die Klägerin hat selbst vorgetragen (S. 30 der Berufungsbegründung, Bl. 342 d.A.), daß die von Gottfried F. H. gewählten Formulierungen der Schreiben vom 1. und 4. September 1953 nicht glücklich seien, und erwogen, daß man diese Schreiben dahin auslegen könne, daß der Beklagte Aufwendungen bis zur Höhe von 105 DM monatlich steuerfrei erhalten solle. Bei dieser Sachlage brauchte das Berufungsgericht die anwaltlich vertretene Klägerin nicht darauf hinzuweisen, daß es auf die Behauptung der Klägerin ankommen könne, die Sachbezüge des Beklagten hätten 105 DM im Monat überstiegen.

b) Das bloße Erbieten der Vorlage eines Kontoauszuges ist kein Beweisantritt. Daher kann auch von einer Verletzung des § 286 ZPO keine Rede sein.

6. Der Revision ist zuzugeben, daß sich die Rechtslage zum Betrag der Widerklage (2.349,10 DM) nicht mit der Rechtslage zu den 922 DM deckt. Sie hat dagegen nicht recht, daß das Berufungsurteil darum zu dem Posten von 2.349,10 D fehlerhaft sei.

a) In der Vereinbarung vom 31. Mai 1956 hat der Beklagte unter der Ziffer 11 erklärt, über den durch die Vereinbarungen dieses Tages gezogenen Rahmen hinaus habe

er aus seinem Anstellungsverhältnis keine Ansprüche mehr gegen die Klägerin. Die Revision leitet aus dieser Regelung ab, der Beklagte sei gehindert, Erstattung jener 2.349,10 DM zu verlangen. Das ist ausgeschlossen. Die Klägerin war im Verhältnis zum Beklagten verpflichtet, die Steuern für Sachbezüge von monatlich 105 DM zu zahlen. An dieser Verpflichtung änderte die Vereinbarung vom 31. Mai 1956 nichts. Die Klägerin kann keinen Vorteil daraus ziehen, daß sie dieser Verpflichtung auch nach dem 31. Mai 1956 nicht nachkam und es zuließ, daß das Finanzamt den Beklagten als den Steuerschuldner in Anspruch nahm.

b) Das Finanzamt S [REDACTED] hat die Sachbezüge des Beklagten mit 1.490 DM jährlich bewertet und auf dieser Grundlage die Nachzahlung errechnet. Das sind monatlich nahezu 125 DM, also mehr als 105 DM. Aus diesem Grunde, so meint die Revision, hätten die 2.349,10 DM nicht voll dem Beklagten zugesprochen werden dürfen. Sie übersieht hierbei, daß der Kläger nicht Erfüllung der Zusage der Steuerfreiheit, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung dieser Abrede verlangt. Hat die Klägerin dem Beklagten zugesagt, ihm Sachbezüge bis zum Betrag von 105 DM monatlich steuerfrei zu gewähren, so hatte sie diese Zusage auch einzuhalten. Das hat sie schuldhaft nicht getan. Dabei kann nicht außer Betracht bleiben, daß es zu dem Nachzahlungsverfahren vor dem Finanzamt S [REDACTED] nicht gekommen wäre, wenn die Klägerin ihre Zusage, die Steuern für die Sachbezüge des Beklagten zu übernehmen, erfüllt hätte, wie das ihre Pflicht war. Sie ist daher dem Beklagten zum Schadensersatz verpflichtet. Sein Schaden besteht in Höhe der nacherhobenen Steuern. Es ist unstreitig, daß die Nachzahlung 2.349,10 DM beträgt.

c) Die Revision macht geltend, der Beklagte sei nach Ziffer 7 Abs. 2 der Vereinbarung vom 31. Mai 1956

verpflichtet gewesen, die Klägerin von dem Nachzahlungsbescheid zu unterrichten und ihr Gelegenheit zu geben, diesen Bescheid zu bekämpfen; wäre das geschehen, so würde sie eine wesentliche Herabsetzung der Nachzahlung erreicht haben; gegenüber dem Finanzamt K. habe sie jedenfalls erreicht, daß die Sachbezüge für 1951 und 1952 nur mit je 680 DM bewertet worden seien; das Finanzamt S. habe keine höhere Pauschalierung vornehmen dürfen.

Der Beklagte hat unwiderlegt vorgetragen, die Klägerin habe ihn bei den Finanzämtern S. und K. falsch angeschuldigt, diffamiert und verleumdet. Die Klägerin hat dem Beklagten Entlastung und endgültiges Zeugnis verweigert. Sie hat sich dadurch ins Unrecht gesetzt, daß sie ihre Zusage, dem Beklagten die Hausnebenkosten steuerfrei zu gewähren, unbegründeterweise bestritten und nicht erfüllt hat. Bei dieser Sachlage war dem Beklagten nicht zumutbar, die Klägerin aufzufordern, ihrerseits in dem Nachzahlungsverfahren tätig zu werden oder mit ihr zusammenzuwirken. Schon von Gesetzes wegen (§ 254 BGB) war er allerdings verpflichtet, alles zur Schadensabwendung Erforderliche zu tun. Die Klägerin wirft ihm jedoch nicht vor, diese Pflicht verletzt zu haben. Sie hat vielmehr geltend gemacht, daß sie der Beklagte von dem Nachzahlungsverfahren nicht unterrichtet und so ihr Eingreifen verhindert habe. Dieser Vorwurf ist jedoch wie ausgeführt, unberechtigt, weil sich die Klägerin in einer Weise verhalten hat, die es dem Beklagten unzumutbar machte, mit ihr zusammen zu gehen.

d) Die Revision meint noch, wenn überhaupt, dann habe die Klägerin die Steuern für die Sachbezüge nur proportional und nicht nach der Progression, die für die Einkommensspitze maßgebend ist, zu erstatten. Das ist unrichtig. Die Klägerin hat es übernommen, dem Beklagten die Hausnebenkosten bis zur Höhe von monatlich 105 DM steuerfrei zuzuwenden. Durch die Sachbezüge erhöhte sich das Einkommen des Beklagten.

Für sie war daher ohne weiteres derjenige Steuersatz zu zahlen, dem die Einkommensspitze unterlag. Steuerfreiheit kann nicht bedeuten, daß der Beklagte die Differenz zwischen seinem Durchschnittssteuersatz und dem für seine Einkommensspitze maßgebenden Steuersatz selbst zu tragen hatte.

B.

Die Anschlußrevision ist dagegen begründet.

Insoweit geht es um einen Betrag von 1.621,89 DM. Das sind die Kosten für Reparaturen, Treibstoff und Instandhaltung des Dienstwagens in der Zeit vom 1. Juni bis 30. September 1956. Derartige Kosten, mochten sie durch Dienst- oder Privatfahrten des Beklagten veranlaßt sein, trug nach dem Dienstvertrag die Klägerin. Unstreitig ist der Dienstvertrag so auch gehandhabt worden (S. 9 des Schriftsatzes der Klägerin vom 7.3.57, Bl. 28 d.A.). Die Klägerin hat dem Beklagten den Dienstwagen noch bis zum 30. September 1956, dem Tag der rechtlichen Beendigung des Dienstverhältnisses, belassen, nachdem sie am 31. Mai 1956 auf seine weiteren Dienste verzichtet hatte. Die über die Vereinbarungen vom 31. Mai 1956 aufgenommene Urkunde enthält über die Wagenkosten nichts. Die Klägerin behauptet, es sei mündlich vereinbart worden, daß die Kosten der nun ausschließlich privaten Benutzung des Wagens zu Lasten des Beklagten gehe. Der Beklagte behauptet dagegen, insoweit sei keine Änderung des Dienstvertrages vereinbart worden. Er vertritt zudem den Standpunkt, angesichts der Schriftlichkeit aller getroffenen Vereinbarungen habe eine Abrede über die Wagenkosten der Schriftform bedurft. Das Landgericht hat dem Wirtschaftsprüfer Dr. W. nicht geglaubt, daß mündlich vereinbart worden sei, der Beklagte habe seit dem 1. Juni 1956 die Wagenkosten zu tragen. Es hat angenommen, der

Dienstvertrag habe auch hinsichtlich des Wagens bis zum 30. September 1956 unverändert gegolten, und den Standpunkt vertreten, eine Abrede über die Wagenkosten habe wegen der Schriftlichkeit aller aus Anlaß des vorzeitigen Ausscheidens des Beklagten getroffenen Abreden der Schriftform bedurft, und mindestens hieran fehle es. Das Berufungsgericht hat die Aussage von Dr. W. nicht beurteilt und auch zur Frage der Schriftform nicht Stellung genommen, sondern die Entscheidung allein unter dem Gesichtspunkt der Beweislast für die umstrittene mündliche Abrede getroffen und den Beklagten für beweispflichtig und beweisfällig gehalten.

Das kann nicht gebilligt werden. Unstreitig hat das Dienstverhältnis bis zum 30. September 1956 bestanden. Nach dem Dienstvertrag und seiner Handhabung brauchte der Beklagte die Kosten der privaten Benutzung des Wagens nicht zu tragen. Den Beweis für eine Änderung dieser Vertragslage hat die Klägerin zu führen. Das ist für die Autokosten nicht deshalb anders zu beurteilen, weil nach dem 31. Mai 1956 nur noch eine private Nutzung in Frage kam und damit die Auseinanderrechnung von dienstlich veranlaßten Kosten mit den Kosten privater Nutzung als Grund entfiel, der möglicherweise die im Dienstvertrag zu den Wagenkosten getroffene Regelung mitbestimmt hat.

Das Berufungsurteil kann daher insoweit nicht bestehenbleiben, als es von der Widerklage einen Betrag von 1.621,89 DM abgestrichen hat.

Andererseits ist es nicht möglich, dem Beklagten diesen Betrag von hier aus zuzusprechen, da das Berufungsgericht zu der Aussage des Dr. W. nicht Stellung genommen hat.

Daraus ergibt sich die in der Sache selbst getroffene Entscheidung.

Soweit die Klägerin unterlegen ist, fallen ihr gemäß § 97 ZPO die Kosten zur Last. Die Entscheidung über die übrigen Kosten hängt vom endgültigen Ausgang der Sache ab und war daher dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Dr. Nörr

Dr. Reinicke

Dr. Schulze