

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Gewerkschaft S - J , Steinkohlenbergwerk in
H bei Erkelenz, vertreten durch den Vorstand,
Bergwerksdirektor Bergassessor a.D. Helmut K
und Arbeitsdirektor Dominicus P ,

Beklagter, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma Peter C & Co. oHG, vertreten durch den
persönlich haftenden Gesellschafter Peter C senior,
in H bei E ,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 29. März 1962 unter Mitwirkung der Bun-
desrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Vogt
und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 10. Februar 1960 wird zurückgewiesen, soweit der
eingeklagte Anspruch dem Grunde nach für die Zeit vom
1. Juni 1949 bis zum 31. März 1951 für gerechtfertigt
erklärt worden ist; jedoch sind für die Zeit vom 20.
bis zum 31. März 1951 3 % statt 2 % des Nettobeförde-
rungsentgelts abzuziehen.

Im übrigen wird das Urteil aufgehoben und die
Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch
über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt ein Omnibusunternehmen, die Beklagte ein Bergwerk. Seit 1936 wurden bei der Beklagten beschäftigte Bergleute von der Klägerin zu und von ihren Arbeitsplätzen befördert. Bis zum Herbst 1944 zahlten die Bergleute den Fahrpreis an die Klägerin, die von der Beklagten noch einen Zuschuß erhielt.

Nach dem Kriege übernahm die Beklagte der Klägerin gegenüber die Zahlung der Beförderungskosten und vereinbarte mit ihr ein Entgelt von 0,50 RM für jeden gefahrenen Kilometer. In einer Besprechung am 9. Dezember 1946 änderten die Parteien die Beförderungsbedingungen ab. Die Beklagte bestätigte die Vereinbarung mit Schreiben vom 30. Dezember 1946, in dem es u.a. heißt:

"Der über 2 % Umsatzsteuer hinausgehende Betrag der Beförderungssteuer von RM 0,003 je Personenkilometer wird ab 1. September vom Werk getragen."

Nach dieser Vereinbarung errechnete die Beklagte die Zahl der von der Klägerin gefahrenen Personenkilometer und führte den gesamten Steuerbetrag von 0,003 RM je Personenkilometer an das Finanzamt ab. Sie kürzte dafür die Rechnungsbeträge der Klägerin jeweils um 2 %. Der Steuersatz von 0,003 RM je Personenkilometer ging auf § 31 der zum Gesetz zur Änderung des Beförderungsteuergesetzes vom 2. Juli 1936 ergangenen Zweiten Vorläufigen Durchführungsbestimmungen vom 18. Dezember 1936 (RGBl I S. 1131) zurück. Eine volle Klarheit darüber, daß dieser Steuersatz noch galt, bestand damals nicht.

Durch Erlaß vom 16. Juni 1949 bestimmte der Finanzminister des Landes Nordrhein-Westfalen, daß die Beförderungsteuer im Mietwagenverkehr mit Kraftomnibussen für Fahrten im Arbeiterberufsverkehr nach dem für den Ortslinienverkehr geltenden Steuersatz, der damals 2 % des Beförderungspreises betrug, zu berechnen sei, und zwar auch dann, wenn an Stelle des Arbeiters der Arbeitgeber den Beförderungspreis trage. Voraussetzung war u.a., daß der Beförderungspreis (ohne Steuer) nicht mehr als 4 Pfennige für den Personenkilometer betrug.

Am 5. August 1949 teilte die Beklagte der Klägerin mit, die bisher durchgeführte Berechnung der Beförderungsteuer nach Personenkilometern erübrige sich auf Grund des Ministererlasses, da ab 1. Juni 1949 die Steuer 2 % des Beförderungspreises betrage. In dem Schreiben vom 5. August 1949 heißt es weiter:

"Wir bitten Sie, nunmehr selbst die Abrechnung der Beförderungsteuer mit dem Finanzamt vorzunehmen.

Damit entfällt die bisherige Kürzung der Rechnungssumme um 2 % als Ihren Beförderungsteueranteil."

Die Klägerin führte in der Folgezeit 2 % des von der Beklagten gezahlten Entgeltes als Beförderungsteuer an das Finanzamt ab.

Am 1. Juni 1950 übertrug die Beklagte der Klägerin die Beförderung von Bergarbeitern auf einer weiteren Strecke (Tüschbroich-Altmühl Schacht IV) zum Preise von 34,-- DM täglich.

Ab 20. März 1951 wurde die Beförderungsteuer für Beförderungen im Ortslinienverkehr von 2 % auf 3 % und ab 30. Juni 1951 von 3 % auf 4 % des reinen Beförderungsent-



geltes erhöht. Die Klägerin führte die Steuern nach den erhöhten Steuersätzen von 3 und später 4 % des Beförderungsentgeltes an das Finanzamt ab.

Am 11. Juni 1951 verhandelten die Parteien über eine Erhöhung des Beförderungsentgeltes. Die getroffene Vereinbarung bestätigte die Beklagte mit dem Schreiben vom 31. Juli 1951, in dem es u.a. heißt:

".....

Mit dieser Vergütung sind sämtliche festen und beweglichen Kosten einschließlich der Beförderungsteuer abgegolten."

Die Klägerin erklärte sich damit im Schreiben vom 8. August 1951 bis auf weiteres einverstanden und fügte hinzu, es müsse weiter verhandelt werden, falls wider Erwarten weitere Preissteigerungen eintreten sollten.

In den Jahren 1951 und 1952 prüften die Finanzämter bei den Omnibusunternehmern, ob die Voraussetzungen des Milderungserlasses vom 16. Juni 1949 im einzelnen vorlägen. Das Finanzamt Aachen-Süd stellte dabei fest, daß der Erlaß auf die von der Klägerin vorgenommenen Beförderungen nicht anwendbar sei. Es machte Steuernachforderungen von insgesamt 27.586,55 DM für die Zeit vom 1. Juni 1949 bis 31. August 1952 geltend. Dabei legte es einen Steuersatz von 12 % des Nettopreises = 10,714 % des Bruttopreises zugrunde.

Beide Parteien bemühten sich teils unmittelbar, teils durch ihre Interessenverbände beim Bund und beim Land um einen Erlaß oder eine Herabsetzung der Nachforderung. Der nachgeforderte Betrag wurde schließlich um 50 % ermäßigt. Die Klägerin zahlte den ermäßigten Betrag in Raten an das Finanzamt.

In der Zeit, in der sich die Parteien um Erlaß oder Herabsetzung der nachgeforderten Steuer bemühten, hatte die Beklagte sich bereiterklärt, ab 1. September 1952 von den 12 %, die die Klägerin nunmehr als Beförderungsteuer zu zahlen mußte, 5 % zu übernehmen.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Erstattung des nachgeforderten Steuerbetrages, soweit er auf den für die Beklagte durchgeführten Arbeiterberufsverkehr entfällt.

Sie hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 6.883,95 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Landgericht hat den eingeklagten Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, soweit die Klägerin Erstattung der Steuer für die Zeit vom 1. Juni 1949 bis zum 31. März 1951 fordert. Im übrigen, d.h. für die Zeit vom 1. April 1951 bis zum 31. August 1952, hat es die Klage abgewiesen.

Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlußberufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht wie folgt erkannt:

Der Klageanspruch der Klägerin ist dem Grunde nach insoweit gerechtfertigt, als die Klägerin die Erstattung nachgezahlter Beförderungsteuern aus der Zeit vom 1. Juni 1949 bis zum 31. August 1952 für jeden von ihr im Arbeiterberufsverkehr für die Beklagte gefahrenen Personenkilometer mit Ausnahme der Fahrstrecke Tüschbroich-Schacht IV - sog. Blaustrecke - in Höhe eines Betrages von 0,003 DM (je Personenkilometer) abzüglich 2 % des Nettobeförderungsentgeltes (Bruttobeförderungsentgelt abzüglich der Beförderungsteuer) nebst Zinsen seit dem 1.11.1957 verlangt.

Im übrigen werden die Berufung und die Anschlußberufung zurückgewiesen und die Klage abgewiesen."

Mit der Revision beantragt die Beklagte, die Klage in vollem Umfange abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1) Das Berufungsgericht bejaht den Anspruch der Klägerin auf anteilige Erstattung der nachgezahlten Steuer für die Zeit bis zum 31. März 1951 auf Grund der am 9. Dezember 1946 getroffenen und im Schreiben vom 30. Dezember 1946 bestätigten Vereinbarung. Diese Vereinbarung war nach seiner Ansicht bis zum 31. März 1951 in Kraft und ist erst durch die im Schreiben vom 31. Juli 1951 bestätigte Abmachung mit Wirkung vom 1. April 1951 aufgehoben worden. In der im Schreiben vom 5. August 1949 niedergelegten Regelung erblickt das Berufungsgericht dagegen keine Änderung der Vereinbarung vom 30. Dezember 1946. Sie enthält nach seiner Ansicht nur eine Vereinfachung der Abrechnung der Steuer. Da die Parteien, so führt das Berufungsgericht aus, nach dem Erlass des Finanzministers vom 16. Juni 1949 davon ausgegangen seien, daß die Beförderungsteuer ohnehin nur noch 2 % des Beförderungsentgelts betrage, sei es abrechnungsmäßig umständlich gewesen und überflüssig geworden, daß die Beklagte die Steuer - in Höhe von 2 % - an das Finanzamt zahlte, sie andererseits aber von den Rechnungen der Klägerin abzog. Mehr besage das Schreiben vom 5. August 1949 nicht, die volle Übernahme der Steuerverpflichtung durch die Klägerin sei nicht vereinbart worden.

Dem stehe auch nicht entgegen, daß die Klägerin die ab 20. März 1951 auf 3 % und ab 1. Juli 1951 auf 4 % erhöhte Steuer getragen habe. Das habe der Ausgangsvereinbarung vom Dezember 1946 entsprochen. Nach dieser habe die Klägerin die Beförderungsteuer in Höhe des Satzes der allgemeinen Umsatzsteuer übernommen, eine Erhöhung der Umsatzsteuer habe daher allein die Klägerin betroffen.

Anderseits müsse sich die Beklagte an der Steuernachforderung im Umfange der Vereinbarung vom Dezember 1946 beteiligen, d.h. soweit der Beförderungsteuersatz über dem Steuersatz für allgemeine Umsätze liege.

2) Im Gegensatz zum Berufungsgericht meint die Revision, die im Schreiben vom 5. August 1949 wiedergegebene Regelung ändere die bisher geltenden Vertragsbestimmungen dahin ab, daß die Beklagte im Verhältnis der Parteien zueinander von der Beförderungsteuer für die Zukunft befreit sein und daß allein die Klägerin die Beförderungsteuer tragen sollte.

Für das Revisionsgericht ist indessen die vom Berufungsgericht getroffene Feststellung, daß der Vertrag nicht geändert worden ist, bindend, da sie auf einer rechtlich möglichen Tatsachenwürdigung beruht. Die Rügen, welche die Revision gegen die Würdigung richtet, greifen nicht durch.

a) Der Umstand, daß die Klägerin die im Jahre 1951 erhöhten Steuersätze gezahlt hat, ist vom Berufungsgericht berücksichtigt worden. Seine Auffassung, daß die Verpflichtung der Klägerin dazu schon aus der Vereinbarung vom Dezember 1946 zu folgern ist, läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

Zu Unrecht wirft die Revision dem Berufungsgericht in diesem Zusammenhang vor, es habe Gewicht darauf gelegt, daß

die Klägerin nach der Vereinbarung vom Dezember 1946 die Umsatzsteuer habe tragen müssen, und es sei von einer Erhöhung der Umsatzsteuer im Jahre 1951 ausgegangen, während damals nicht die Umsatzsteuer, sondern die Beförderungsteuer erhöht worden sei. Die Beförderungsteuer ist praktisch die Umsatzsteuer für Einnahmen aus bestimmten Beförderungen. Dementsprechend sind Umsätze, die unter das Beförderungsteuergesetz fallen, von der Steuer nach dem Umsatzsteuergesetz befreit (§ 4 Nr. 9 UStG). Die Erhöhung der Beförderungsteuer (für den Ortslinienverkehr) auf 3 % durch § 3 des Gesetzes vom 2. März 1951 (BGBl 1951 I 159) entsprach dem nach KRG Nr. 15 (Art. 1 Nr. 1 a) damals geltenden Satz der Umsatzsteuer für allgemeine Umsätze, und auf 4 % wurden Beförderung- und Umsatzsteuer gleichzeitig durch ein und dasselbe Gesetz vom 28. Juni 1951 (BGBl I 402) erhöht. Die Klägerin hat also nach den Änderungen des Steuersatzes im Jahre 1951 jeweils die Beförderungsteuer in der Höhe entrichtet, die mit dem Steuersatz für allgemeine Umsätze übereinstimmte. Ihre Steuerzahlungen entsprachen damit der Höhe nach genau der Verpflichtung, welche ihr gegenüber der Beklagten nach der Vereinbarung vom Dezember 1946, wie sie das Berufungsgericht auslegt, oblag.

b) Mit der Erklärung des Inhabers der Klägerin im Termin vom 19. Dezember 1958, es sei für ihn im Laufe der Jahre klar gewesen, daß er die Erhöhung des Beförderungsteuersatzes von 2 % auf 3 % und 4 % entsprechend der Höhe der Umsatzsteuer habe tragen müssen, brauchte sich das Berufungsgericht nicht zu befassen. Die Erklärung ist vereinbar mit der Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Klägerin diese Erhöhungen schon nach der Vereinbarung vom Dezember 1946 zur Last fielen.

c) Die Nichterhebung des auf Seite 7 der Berufungsbe-
gründung angebotenen Beweises ist kein Verfahrensverstoß.
Die dort unter Beweis gestellte Behauptung lautete, die
Parteien hätten sich nach Bekanntwerden des Erlasses vom
16. Juni 1949 zunächst mündlich geeinigt, daß ab 1. Juli
1949 die Beförderungsteuer ausschließlich von der Klägerin
getragen werde, die Beklagte also keinen Zuschuß zur Beför-
derungsteuer zahlen solle. Diese Behauptung kann als rich-
tig unterstellt werden. Da die Parteien davon ausgingen,
daß die Beförderungsteuer nur 2 % betrage, und hierfür die
Klägerin von Anfang an aufzukommen hatte, war in der Tat
die damalige Steuer von der Klägerin allein zu tragen und
von der Beklagten nichts zuzuschießen. Das bedeutet noch
nicht, daß die Vereinbarung aus Dezember 1946 grundsätz-
lich aufgehoben oder abgeändert worden wäre. Somit besagt
die unter Beweis gestellte Behauptung nicht mehr als das
vom Berufungsgericht gewürdigte Schreiben vom 5. August 1949.

Die weiteren Behauptungen, deren Übergehen die Revision
unter Nr. I 1 der schriftlichen Begründung rügt, sind in
Schriftsätzen des ersten Rechtszuges enthalten. Die Revision
behauptet nicht, daß die Beweisangebote im Berufungsver-
fahren wiederholt worden wären. Das Berufungsgericht brauchte
sie nicht zu berücksichtigen (BGHZ 35, 103).

d) Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe
sich nicht mit dem Vortrag der Klägerin befaßt, sie habe
sich nach der Erhöhung des Steuersatzes (auch) wegen des
starken Konkurrenzdrucks nicht an die Beklagte wegen einer
Beteiligung an der erhöhten Steuer wenden können.

Die Rüge ist nicht begründet. Es kann durchaus zutreffen, daß die Klägerin damals gewünscht hätte, die Beklagte möge wegen der Erhöhung des Steuersatzes etwas zuschießen, sich aber keinen Erfolg davon versprach, mit diesem Wunsch an die Klägerin heranzutreten. Das wäre aber nicht unvereinbar mit der Annahme, daß die Klägerin nach der Vereinbarung von Dezember 1946 die Erhöhung tragen mußte, wie sie auch selbst einräumt. Der Wunsch der Klägerin wäre dann eben nicht berechtigt gewesen.

e) Daß sie ein solches, nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unberechtigtes Verlangen nicht gestellt hat, kann ihr naturgemäß nicht als Verstoß gegen Treu und Glauben entgegengehalten werden. Der von der Beklagten in diesem Zusammenhang erhobene Verwirkungseinwand ist offensichtlich unbegründet.

f) Die Revision meint, die Beklagte brauche jedenfalls für die Zeit vom 1. Juni 1949 bis zum 31. März 1951 nicht mehr zu tragen als die Differenz zwischen 0,003 DM je Personenkilometer und 3 % bzw. 4 % des Beförderungsentgeltes.

Der Einwand ist nur zu einem geringen Teil begründet. Auf 4 % ist der Steuersatz erst mit Wirkung vom 1. Juli 1951 erhöht worden (§ 5 des Gesetzes vom 28. Juni 1951). Die Erhöhung auf 3 % ist am 20. März 1951 in Kraft getreten (§ 5 des Gesetzes vom 2. März 1951). Für die Zeit vom 20. März bis zum 31. März 1951 hätte das Berufungsgericht, nach dessen Auffassung die Erhöhung auf 3 % nach der Vereinbarung vom Dezember 1946 die Klägerin trifft, in der Tat nicht nur 2 %, sondern 3 % absetzen müssen.

II.

1) Die Vereinbarung vom 20. Dezember 1946 galt nach der Feststellung des Berufungsgerichts nur bis zum 31. März 1951, weil gemäß den Schreiben der Beklagten vom 31. Juli 1951 und der Klägerin vom 8. August 1951 mit Wirkung vom 1. April 1951 neue Vergütungssätze vereinbart worden sind, durch die die Beförderungsteuer abgegolten war. Gleichwohl billigt das Berufungsgericht der Klägerin einen Erstattungsanspruch auch für die Zeit vom 1. April 1951 bis zum 31. August 1952 zu, und zwar aus dem rechtlichen Gesichtspunkt einer Änderung der Geschäftsgrundlage. Es stellt hierzu fest, daß beide Parteien irrig angenommen hätten, die Beförderungsteuer betrage nur 2 % (später 3 % und 4 %). Da sich hinterher gezeigt habe, daß die Steuer in Wirklichkeit 12 % betragen habe, müsse die von den Parteien mit Wirkung vom 1. April 1951 getroffene Vereinbarung nach § 242 BGB an den wirklich gegebenen Sachverhalt angepaßt werden. Es entspreche der Billigkeit, daß die Beklagte für die Zeit vom 1. April 1951 bis zum 31. August 1952 die Steuer in Höhe von 3 % des Beförderungsentgelts übernehme.

Da der Steuersatz von 0,003 DM je Personenkilometer, wie das Berufungsgericht feststellt, etwa einem Steuersatz von 5 % des Beförderungsentgelts entspricht, hält das Berufungsgericht auch für die Zeit vom 1. April 1951 bis zum 31. August 1952 den eingeklagten Anspruch in Höhe von 0,003 DM je Personenkilometer abzüglich 2 % des Beförderungsentgelts für gerechtfertigt, also in derselben Höhe wie für die Zeit vor dem 1. April 1951.

2) Grundsätzlich ist gegenüber den Ausführungen der Klägerin in der Revisionsverhandlung zu bemerken, daß sich eine Beteiligung der Beklagten an der Beförderungsteuer für die Zeit vom 1. April 1951 bis zum 31. August 1952 - wenn überhaupt - nur aus einer Änderung der Geschäftsgrundlage rechtfertigen läßt. Eine ergänzende Vertragsauslegung (§ 157 BGB) kommt nicht in Betracht. Denn die Vereinbarung vom Sommer 1951 ist, soweit es sich darum handelt, daß die Klägerin ab 1. April 1951 allein die Beförderungsteuer zu tragen hat, klar und eindeutig und enthält in diesem Punkt keine Lücke, die durch Auslegung ausgefüllt werden müßte und könnte.

3) Die Rügen, mit denen die Revision die Beurteilung des Sachverhalts unter dem Gesichtspunkt der Änderung der Geschäftsgrundlage angreift, sind zum Teil begründet.

a) Die Revision geht davon aus, daß der Klägerin bewußt gewesen sei, die Beförderungsteuer betrage grundsätzlich 12 % und ermäßige sich nur unter den im Ministerialerlaß vom 16. Juni 1949 bestimmten Voraussetzungen, namentlich dann, wenn der Beförderungspreis 4 Pfennige je Personenkilometer nicht überschreite. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf die von der Beklagten im Schriftsatz vom 27. Januar 1958 (S. 9) aufgestellte Behauptung, die Klägerin habe schon Jahre vor der Vereinbarung von 1951 festgestellt, daß sie einen über 4 Pfennig je Personenkilometer hinausgehenden Beförderungspreis erhoben habe, und habe deshalb nicht mit der Steuervergünstigung nach dem Erlaß vom 16. Juni 1949 rechnen können. Für die Kenntnis der Klägerin spreche der Beweis des ersten Anscheins, so daß die Beklagte keinen Beweis für die Kenntnis habe anzutreten brauchen. Aus der Kenntnis der Klägerin folge, daß sie bewußt das Risiko eines höheren Steuersatzes auf sich genommen habe und sich deshalb auf eine Änderung der Geschäftsgrundlage nicht berufen könne.

Die Rüge ist nicht begründet. Sie setzt sich in Widerspruch zu der tatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichts, daß beide Parteien irrig einen Steuersatz von 2 % zugrunde gelegt haben. Die Regeln über den Anscheinsbeweis sind nicht anwendbar. Die Behauptungen der Beklagten über die Kenntnis der Klägerin sind widerspruchsvoll. In demselben Schriftsatz vom 27. Januar 1958, in dem sie die Kenntnis behauptet hat, hat sie angeführt, daß bis zum Jahre 1952/53 wohl sämtliche Omnibusunternehmer nur 2 % (später 3 und 4 %) des Beförderungsentgelts abgeführt und nicht nachgerechnet hätten, ob der Beförderungspreis nicht mehr als 4 Pfennig je Personenkilometer betrage. Auch hat die Klägerin im Schriftsatz vom 27. Juni 1959 (S. 6 f) dargelegt, daß nicht ohne weiteres aus dem gesamten Beförderungsentgelt und der Gesamtzahl der beförderten Personen zu ersehen war, ob der Preis von 4 Pfennig je Personenkilometer eingehalten war.

Unter diesen Umständen kann nicht der Feststellung des Berufungsgerichts zuwider davon ausgegangen werden, daß die Klägerin die Voraussetzungen des Erlasses vom 16. Juni 1949 für nicht gegeben gehalten hätte. Damit ist auch kein Raum für die Annahme, daß sie bewußt das Risiko eines höheren Steuersatzes auf sich genommen hätte.

b) Die Beklagte rügt, das Berufungsgericht habe ihre unter Beweis gestellte Behauptung übergangen, daß sie sich nicht zu einer Beteiligung an der Beförderungsteuer bereitgefunden haben würde, wenn sie gewußt hätte, daß die Klägerin nicht nur 3 % bzw. 4 %, sondern dazu die Hälfte der nachgeforderten, nach 12 % des Beförderungsentgelts berechneten Steuer hätte zahlen müssen.

Auf diese Behauptung kommt es nicht an. Da beide Parteien irrig von dem niedrigen Steuersatz ausgegangen sind, muß, wenn im übrigen die Voraussetzungen für die Anwendung der Regeln über die Geschäftsgrundlage vorliegen, eine für die Klägerin unzumutbare Belastung ausgeglichen werden können. Auch ist nicht maßgebend, wie sich die Beklagte verhalten hätte, wenn sie die wirkliche Sachlage gekannt hätte, sondern wie sie sich nach Treu und Glauben hätte verhalten müssen (vgl. Larenz NJW 1952, 361).

c) Gleichwohl bestehen gegen die Anwendung der Regeln über die Geschäftsgrundlage Bedenken. Sie wäre nach den strengen Anforderungen, die die Rechtsprechung stellt, nur gerechtfertigt, wenn das Festhalten am Verträge für die Klägerin untragbare, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin nicht zu vereinbarende Folgen hätte und für sie deshalb unzumutbar wäre (Urteil des erkennenden Senats VII ZR 54/59 vom 3.3.1960 mit Nachweisen).

Legt man diesen Maßstab an, so ist das Vorbringen der Beklagten, wie der Revision zugegeben werden muß, vom Berufungsgericht nicht ausreichend gewürdigt worden. Die Beklagte hatte ausgeführt, daß die Selbstkosten der Klägerin, auch wenn der nachgeforderte Steuerbetrag von ihr allein getragen wurde, höchstens 0,622 DM für jeden gefahrenen Kilometer betragen haben würden (S. 11 der Berufungsbegründung). Die Beklagte hat ihr aber ab 1. April 1951 0,80 bzw. 0,85 DM je Kilometer vergütet (Vereinbarung vom 31. Juli 1951). Die Beklagte hatte weiter vorgetragen, daß im Bergarbeiterberufsverkehr schon eine Gewinnspanne von 10 % als außerordentlich günstig angesehen werde, weil die Omnibusunternehmer aus der Beförderung von Bergarbeitern ohne jedes Risiko und ohne besonderen Verwaltungsaufwand ständig gleichmäßig hohe Einkünfte hätten (S. 10 des Schriftsatzes vom 4. Februar 1959).

Schließlich hatte die Beklagte behauptet, die Klägerin habe mit denselben Omnibussen, die sie für die Beklagte eingesetzt habe, an Sonntagen Mietwagenverkehr durchgeführt. Für diese Fahrten habe sie 12 % Beförderungsteuer bezahlt, obschon der Beförderungspreis nicht höher gewesen sei als der von der Beklagten gezahlte. Für alle diese Behauptungen hatte die Beklagte Beweis angetreten.

Mit diesem Vorbringen hätte sich das Berufungsgericht befassen müssen. Wenn es zutrifft, könnte es nicht als untragbar und unzumutbar angesehen werden, daß die Klägerin die nachgeforderte Steuer allein trägt. Es könnte der Beklagten dann auch nicht entgegengehalten werden, daß sie sich mit Schreiben vom 24. April 1953 bereit erklärt hat, sich mit Wirkung vom 1. September 1952 an wieder an der Beförderungsteuer zu beteiligen, und daß sie damit selbst anerkannt habe, ein Beförderungsteuersatz von 12 % sei für die Klägerin nicht tragbar. Denn infolge der Ermäßigung der Steuernachforderung muß die Klägerin für die Zeit vor dem 1. September 1952, auch wenn sie allein die Beförderungsteuer trägt, nicht 12 %, sondern für die Zeit vom 1. April bis zum 30. Juni 1951 7,5 % und für die Zeit vom 1. Juli 1951 bis zum 31. August 1952 8 % tragen. Es kann durchaus sein, daß ein Satz von 12 % für sie untragbar, ein Satz von 7,5 oder 8 % aber zumutbar wäre.

Das Berufungsgericht hätte demnach entsprechend den Behauptungen und Beweisanträgen der Beklagten berücksichtigen müssen, wie sich die erhöhte Steuer auf die Ertragslage des Unternehmens der Klägerin ausgewirkt hat. Die Tatsache der Steuernachforderung allein rechtfertigte es noch nicht, das Festhalten an der Vereinbarung vom Jahre 1951 als unzumutbar anzusehen. Dabei ist auch zu beachten, daß

die Klägerin ab 1. September 1952 7 % des Beförderungsentgelts als Steueranteil trägt, also einen Satz, der nur wenig unter den 7,5 % bzw. 8 % liegt, die sie tragen müßte, wenn sie an der Vereinbarung vom Jahre 1951 festgehalten wird.

III.†

Die Einrede der Verjährung ist nicht begründet. Nach § 9 Abs. 2 BefStG (§ 10 Abs. 2 BefStG a.F.) beginnt die Verjährung von Ansprüchen, die dem Unternehmer wegen der Zahlung nachgeforderter Steuerbeträge gegen den Steuerschuldner zustehen, mit dem Ablauf des Tages, an dem die Nachzahlung erfolgt ist. Die Vorschrift legt nur den Beginn der Verjährung fest, die Verjährungsfristen bestimmen sich nach den allgemeinen Vorschriften. Die zu erstattende Steuer stellt einen Teil des Beförderungsentgelts dar; der Anspruch hierauf fällt unter § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Da die Beförderungen aber für den Gewerbebetrieb der Beklagten vorgenommen worden sind, beträgt die Verjährungsfrist nicht 2, sondern 4 Jahre (§ 196 Abs. 2 BGB). Da die Klägerin frühestens im Jahre 1955 die 1. Rate auf die nachgeforderte Steuer gezahlt hat, war der eingeklagte Anspruch noch nicht verjährt, als die Klage im Januar 1958 erhoben wurde.

IV.

Aus den Gründen unter II 3 c muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, soweit es den Anspruch für die Zeit vom 1. April 1951 bis zum 31. August 1952 für gerechtfertigt erklärt hat.

Sollte das Berufungsgericht auf Grund der neuen Verhandlung doch wieder zu dem Ergebnis gelangen, daß die Vereinbarung vom Jahre 1951 wegen Änderung der Geschäftsgrundlage an die wirkliche Sachlage - die erhöhte Besteuerung - angepaßt werden muß, so wird es nicht zweckmäßig sein, bei der Bemessung des Anspruchs von der Berechnung nach Personenkilometern auszugehen.

Diese Berechnung ist umständlich und zeitraubend, und es bedarf ihrer nicht. Das Berufungsgericht hält es für billig, daß die Beklagte 3 % des Beförderungsentgelts trägt (S. 23 f BU). Da feststeht, welchen Prozentsatz des Beförderungsentgelts die nachgezahlte Steuer darstellt (nämlich 4,5 % in der Zeit vom 1. April bis zum 30. Juni 1951 und 4 % in der Zeit vom 1. Juli 1951 bis zum 31. August 1952), konnte die Beteiligung der Beklagten ohne weiteres in einem Bruchteil oder Prozentsatz der nachgezahlten Steuer für die beiden Zeiträume ausgedrückt werden. Da sich unschwer wird feststellen lassen, wieviel von dem nachgezahlten Betrag auf die beiden Zeiträume entfällt, wird es sogar möglich und zweckmäßig sein, die Summe, die 3 % des Beförderungsentgelts entspricht, gleich zu ermitteln und abschließend zu entscheiden (vgl. §§ 538 Abs. 1 Nr. 3, 540 ZPO).

Für die Zeit bis zum 31. Mai 1951 muß es allerdings bei der Berechnung nach Personenkilometern bleiben, da diese Berechnung in der Vereinbarung vom Dezember 1946 vorgesehen ist und das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler angenommen hat, daß der Anspruch für die Zeit bis zum 31. März 1951 auf Grund der bis dahin noch geltenden Vereinbarung

besteht. Insoweit ist das angefochtene Urteil mit einer geringen Einschränkung (vgl. oben unter I 2 f) zu bestätigen.

Dr. Winkelmann

Bundesrichter Rietschel
ist infolge Urlaubs an
der Unterschrift ver-
hindert.

Meyer

Dr. Winkelmann

Dr. Vogt

Finke