



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 115/18

Verkündet am:
20. Februar 2019
Ermel,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 651 Satz 1 aF, § 433 Abs. 2, § 316, § 315 Abs. 3 Satz 1, § 151, § 157 D,
§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1

- a) Stellt ein Krankenhaus in seiner hauseigenen Apotheke patientenindividuell Zytostatika für eine ambulante Behandlung des Patienten in seiner Klinik her, kommt regelmäßig (stillschweigend) eine Bruttopreisabrede zustande, bei der der darin enthaltene Umsatzsteueranteil lediglich einen unselbständigen Preisbestandteil bildet (im Anschluss an BGH, Urteile vom 20. Februar 2019 - VIII ZR 7/18 und VIII ZR 66/18; jeweils zur Veröffentlichung bestimmt). Dabei kommt dem Krankenhaus ein einseitiges Preisbestimmungsrecht nach §§ 316, 315 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht zu. Vielmehr ist regelmäßig davon auszugehen, dass die Vertragsparteien sich in der hier gegebenen Fallgestaltung durch Rechnungstellung und vorbehaltlose Zahlung der verlangten (angemessenen) Beträge konkludent über die geschuldete Vergütung geeinigt haben (im Anschluss an BGH, Urteile vom 20. Februar 2019 - VIII ZR 7/18 und VIII ZR 66/18; jeweils zur Veröffentlichung bestimmt).
- b) Die getroffene Bruttopreisabrede ist einer ergänzenden Vertragsauslegung bezüglich des entrichteten Umsatzsteueranteils zugänglich, wenn - wie hier - die Finanzbehörden bei Vertragsschluss von einer (materiell-rechtlich nicht bestehenden) Umsatzsteuerpflicht der Herstellung und Lieferung der Zytostatika ausgegangen sind, die Vertragsparteien dementsprechend ihren Preisvereinbarungen eine Umsatzsteuerpflicht zugrunde gelegt haben und die Finanzverwaltung die später vom Bundesfinanzhof bejahte Umsatzsteuerfreiheit (rückwirkend) akzeptiert (im

Anschluss an BGH, Urteile vom 20. Februar 2019 - VIII ZR 7/18 und VIII ZR 66/18; jeweils zur Veröffentlichung bestimmt).

- c) Hat das Krankenhaus - wie hier - seine Rechnungen (unter Ansatz einer materiell-rechtlich nicht angefallenen Umsatzsteuer) in einer den Anforderungen der § 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 7 und 8, § 14c Abs. 1 UStG entsprechenden Weise erstellt, sind für die Beurteilung, ob aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung der Rechtsgrund für den entrichteten Umsatzsteueranteil teilweise entfällt, regelmäßig nicht nur die von dem Krankenhaus insoweit etwaig vorgenommenen Vorsteuerabzüge zu berücksichtigen, die im Falle der Rechnungs Korrektur und Steuerberichtigung (§ 14c Abs. 1 Satz 2, § 17 Abs. 1 UStG) vom Finanzamt von Amts wegen nachgefordert werden. Vielmehr ist weiter maßgebend, ob und in welcher Höhe das Finanzamt gemäß §§ 233a, 238 AO Zinsen auf die rückwirkend geschuldete Nachzahlung der Vorsteuerabzüge erheben wird. Denn § 17 Abs. 1 Satz 7 UStG erlaubt eine Berichtigung der angesetzten Umsatzsteuer nur für den aktuellen Besteuerungszeitraum, während die Berichtigung des Vorsteuerabzugs rückwirkend erfolgt (Abgrenzung zu Senatsurteilen vom 20. Februar 2019 - VIII ZR 7/18 und VIII ZR 66/18; jeweils zur Veröffentlichung vorgesehen).
- d) Erreichen oder übersteigen solche Zinsforderungen einen sich etwa aus der Differenz des Umsatzsteueranteils und erfolgter Vorsteuerabzüge ergebenden Rückzahlungsbetrag des Patienten beziehungsweise bleiben sie nur unerheblich dahinter zurück, ist eine planwidrige Regelungslücke als Voraussetzung einer ergänzenden Vertragsauslegung mangels eines dann ausscheidenden hypothetischen Willens zu einer abweichenden Preisvereinbarung nicht gegeben (Abgrenzung zu Senatsurteilen vom 20. Februar 2019 - VIII ZR 7/18 und VIII ZR 66/18; jeweils zur Veröffentlichung bestimmt).

BGH, Urteil vom 20. Februar 2019 - VIII ZR 115/18 - LG Essen

AG Gelsenkirchen

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Februar 2019 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, den Richter Dr. Schneider, die Richterin Dr. Fetzter sowie die Richter Dr. Büniger und Dr. Schmidt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Essen vom 27. Februar 2018 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgesicht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist eine private Krankenversicherung. Sie nimmt die Beklagte als Trägerin eines Krankenhauses auf Rückerstattung von Umsatzsteuer in Anspruch. Das von der Beklagten betriebene Krankenhaus stellt in seiner hauseigenen Apotheke patientenindividuell sogenannte Zytostatika (Krebsmedikamente zur Anwendung in der Chemotherapie) her.
- 2 Für die dreimalige Abgabe solcher Medikamente an den ambulant behandelten Versicherungsnehmer der Klägerin berechnete die Beklagte diesem im Jahr 2013 einen Gesamtbetrag von 15.398,43 €. Die einzelnen Rechnungen

nehmen auf die für die verordneten Medikamente ausgestellten Rezeptformulare Bezug, in denen unter der dort vorgedruckten Überschrift "Gesamt-Brutto" die jeweils angesetzten Preise aufgedruckt wurden, und weisen eine Umsatzsteuer in Höhe von 19 % auf den Abgabepreis aus. In den von den Beklagten gezahlten Rechnungen sind bezogen auf die jeweiligen Rezepte der Gesamtnettobetrag, die darauf entfallende Umsatzsteuer nebst Steuersatz sowie der Bruttobetrag (Rezeptbetrag) angegeben. Der Versicherungsnehmer der Klägerin beglich die ihm in Rechnung gestellten Beträge. Die Klägerin erstattete ihm hiervon nach Maßgabe des Versicherungsvertrags einen Anteil in Höhe von 30 %, insgesamt also 4.619,52 €. Die Beklagte führte - wie sich aus dem im Berufungsurteil aufgeführten, insoweit übereinstimmenden Vortrag der Parteien ergibt - die in Ansatz gebrachten Umsatzsteuerbeträge an das zuständige Finanzamt ab. Ob und in welcher Höhe sie dabei einen Vorsteuerabzug vorgenommen hat, ist bislang ungeklärt. Dass die Umsatzsteuer bestandskräftig festgesetzt worden sei, hat die Beklagte nicht geltend gemacht.

- 3 Am 24. September 2014 erging ein Urteil des Bundesfinanzhofs (Az. V R 19/11; veröffentlicht in BFHE 247, 369), wonach die im Rahmen einer ambulant in einem Krankenhaus durchgeführten Heilbehandlung erfolgte Verabreichung individuell für den einzelnen Patienten von einer Krankenhausapotheke hergestellter Zytostatika als ein mit der ärztlichen Heilbehandlung eng verbundener Umsatz gemäß § 4 Nr. 16 Buchst. b Umsatzsteuergesetz (UStG) (aF; seit 1. Januar 2009: § 4 Nr. 14 Buchst. b UStG) steuerfrei ist. Unter dem 28. September 2016 folgte ein Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen (Az. III C 3 - S 7170/11/10004; veröffentlicht in UR 2016, 891), das auf die Entscheidung des Bundesfinanzhofs sowie - unter anderem - auf die Möglichkeit einer Berichtigung der wegen unrichtigen Ausweises der Steuer geschuldeten Beträge nach dem Umsatzsteuergesetz und auf einen dann eintretenden (rückwirkenden) Ausschluss der hierauf bezogenen Vorsteuerabzüge hinwies.

4 Die Klägerin hat mit der vorliegenden Klage einen auf Bereicherungsrecht gestützten Anspruch aus übergegangenem Recht ihres Versicherungsnehmers auf Rückzahlung von insgesamt 737,58 € nebst Zinsen geltend gemacht. Der eingeklagte Betrag entspricht dem Umsatzsteueranteil, der in dem von ihr erstatteten Betrag von 4.619,52 € enthalten ist. Hilfsweise hat sie Korrektur der streitgegenständlichen Rechnungen dahin verlangt, dass die dort aufgeführten "Umsätze" umsatzsteuerfrei seien.

5 Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin ist vor dem Landgericht ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat Erfolg.

I.

7 Das Berufungsgericht (LG Essen, Urteil vom 27. Februar 2018 - 15 S 162/17, juris) hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

8 Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Rückzahlung des verlangten Betrags aus übergegangenem Recht (§ 86 Abs. 1, § 194 Abs. 2 VVG) ihres Versicherungsnehmers weder gemäß §§ 433, 241 Abs. 2, § 242 BGB noch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, Satz 2 Alt. 1 BGB zu. Auch der Hilfsantrag komme nicht zum Tragen. Dem Versicherungsnehmer der Klägerin habe kein Rückforderungsanspruch zugestanden, der auf die Klägerin hätte übergehen können.

- 9 Ungeachtet der rechtlichen Einordnung der zwischen dem Versicherungsnehmer der Klägerin und der Beklagten geschlossenen Verträge als Kauf (§ 433 BGB) oder als Werklieferungsverträge (§ 651 BGB aF) begründeten weder eine ergänzende Vertragsauslegung noch die sonstigen Umstände des Falles vertragliche Nebenpflichten oder beseitigten den Rechtsgrund für die bewusste und zweckgerichtete Begleichung der Umsatzsteuer.
- 10 Die Beklagte und der Versicherungsnehmer der Klägerin seien zumindest stillschweigend übereingekommen, dass der Beklagten - was für auf ärztliche Anordnung individuell herzustellende Arzneimittel auch anerkannt sei (vgl. etwa OLG Köln, Urteil vom 22. Juni 2010 - 20 U 27/12) - ein Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 315 Abs. 1 BGB habe zustehen sollen. Denn den Vertragsparteien sei zwar die Pflicht des Versicherungsnehmers der Klägerin zur Vergütung der Leistung der Beklagten unzweifelhaft bewusst gewesen, sie hätten sich aber nur hinsichtlich des Inhalts der Leistung, nicht aber der Gegenleistung verbindlich geeinigt.
- 11 Zu dieser Auffassung sei die Berufungskammer gelangt, weil die Parteien zum Inhalt etwaiger Preisvereinbarungen nicht konkret vorgetragen, sondern lediglich unter Bezugnahme auf die gestellten Rechnungen Rechtsansichten zum Nichtvorliegen (so die Klägerin) beziehungsweise zum Vorliegen (so die Beklagte) sogenannter Bruttopreisabreden geäußert hätten. Auch aus den vorgelegten Rezepten oder Rechnungen gehe nicht belastbar hervor, welche Gegenleistung der Versicherungsnehmer der Klägerin für den Erwerb der Medikamente konkret habe vereinbaren wollen und ob die Vertragsparteien übereinstimmend von einer Pflicht zur Leistung der Umsatzsteuer ausgegangen seien. Dem Umstand, dass in den Rechnungen eine Umsatzsteuer von 19 % gesondert ausgewiesen worden sei, komme keine Bedeutung zu. Er stelle nicht einmal ein verlässliches Indiz bezüglich des geschuldeten Entgelts dar, denn bei

Rechnungserstellung habe eine verbindliche Einigung über die Herstellung des Medikaments bereits vorgelegen.

12 Es habe auch weder ein (bewusster) Einigungsmangel der Vertragsparteien noch eine der ergänzenden Vertragsauslegung zugängliche Vertragslücke bezüglich des zu zahlenden, aber bei Vertragsschluss noch unbekanntem Preises vorgelegen. Selbst wenn man entgegen der Beurteilung des Berufungsgerichts eine Auslegungsfähigkeit und -bedürftigkeit der vertraglichen Vereinbarungen annähme, wäre eine Herabsetzung des Preises schon mangels übereinstimmenden Irrtums der Vertragsparteien in Bezug auf die Umsatzsteuerpflichtigkeit nicht in Betracht gekommen. Sofern der Versicherungsnehmer der Klägerin eine mögliche Steuerpflichtigkeit überhaupt in sein Bewusstsein aufgenommen haben sollte, seien beide Vertragsparteien zum damaligen Zeitpunkt zu Recht von einer bestehenden Umsatzsteuerpflicht ausgegangen.

13 Die Beklagte habe das ihr eingeräumte Leistungsbestimmungsrecht auch jeweils mit Rechnungstellung gemäß § 315 Abs. 2 BGB unwiderruflich ausgeübt. Anhaltspunkte für eine zum maßgeblichen Zeitpunkt unbillige, weil vom Marktüblichen abweichende und damit gemäß § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB unverbindliche Leistungsbestimmung seien weder von der Klägerin behauptet worden noch sonst erkennbar. Dies gelte auch in Bezug auf die als Teil des Entgelts festgelegte Umsatzsteuer (Bruttopreisbestimmung), da nach dem Erkenntnisstand des Berufungsgerichts an dem Bestehen der Umsatzsteuerpflicht erst später Zweifel aufgekommen seien.

14 Nachdem die Preisbestimmung der Beklagten wirksam gewesen und die darin enthaltene Umsatzsteuer mangels anderslautender Vereinbarung zum unselbständigen Teil des insgesamt zu zahlenden Entgelts geworden sei,

komme eine Rückforderung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen nicht in Betracht.

15 Für die Annahme eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB bestehe ebenfalls kein Raum. Eine Vertragsanpassung nach diesen Grundsätzen scheidet schon deswegen aus, weil die Verträge seit längerer Zeit vollständig erfüllt seien. Zudem fehle es an einem gemeinsamen Irrtum der Vertragsparteien über die Umsatzsteuerpflicht, die - wie bereits ausgeführt - zu den jeweiligen Zeitpunkten der Vertragsabschlüsse tatsächlich bestanden habe.

16 Nach alledem sei auch der Hilfsantrag der Klägerin unbegründet. Ein Anspruch aus § 241 Abs. 2 BGB auf eine Korrektur der damals steuerrechtlich korrekten Rechnungen bestehe nicht.

II.

17 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Klägerin gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB aus übergegangenem Recht (§ 86 Abs. 1 Satz 1, § 194 Abs. 2 VVG) auf teilweise Rückzahlung der Beträge, die den von ihrem Versicherungsnehmer jeweils geleisteten und von ihr erstatteten Umsatzsteueranteilen von 19 % entsprechen, zuzüglich Zinsen, nicht verneint werden.

18 Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, eine Rückforderung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen komme nicht in Betracht. Dabei ist es im Ergebnis noch zutreffend davon ausgegangen, dass die jeweils angesetzte Umsatzsteuer als unselbständiger Entgeltbestandteil des verlangten Bruttopreises geschuldet war. Es ist jedoch zu Unrecht zu der Ansicht gelangt, die Vertragsparteien hätten der Beklagten stillschweigend ein Preisbestim-

mungsrecht nach § 316 BGB eingeräumt, das wegen der in § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB angeordneten Bindungswirkung eine Rückforderung nicht angefallener Umsatzsteuer gänzlich ausschließe. Hierbei hat es übersehen, dass die Einräumung eines einseitigen, allein der Billigkeit unterworfenen Preisbestimmungsrechts nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen und dem Interesse der Vertragsparteien entspricht. Weiter hat es nicht erkannt, dass die zwischen den Vertragsparteien getroffenen Vereinbarungen im Hinblick auf die später bekannt gewordene und von den Finanzbehörden anerkannte materiellrechtliche Umsatzsteuerfreiheit der Herstellung und Veräußerung von Zytostatika unter Umständen eine Regelungslücke aufweisen, die durch eine ergänzende Vertragsauslegung zu schließen wäre. Ausgehend von dem derzeitigen Erkenntnisstand kann aufgrund der im Streitfall bestehenden umsatzsteuerrechtlichen Situation, die sich von den den Senatsurteilen vom heutigen Tag (VIII ZR 7/18 und VIII ZR 66/18, jeweils zur Veröffentlichung bestimmt) zugrunde liegenden Sachverhalten in einem wesentlichen Punkt unterscheidet, nicht abschließend beantwortet werden, ob die Voraussetzungen einer ergänzenden Vertragsauslegung letztlich gegeben sind. Dies wird das Berufungsgericht in eigener tatrichterlicher Würdigung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu beurteilen haben.

- 19 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass sich die Entgeltspflicht für die Veräußerung von Zytostatika nach § 433 Abs. 2 BGB richtet. Auf die zwischen dem Versicherungsnehmer der Klägerin und der Beklagten begründeten Vertragsverhältnisse ist, soweit die Herstellung und die Veräußerung von Zytostatika betroffen sind, Werklieferungsrecht (§ 651 BGB aF; heute § 650 BGB) anzuwenden. Ebenfalls im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die geschuldete Vergütung jeweils die darin eingeschlossene Umsatzsteuer von 19 % als unselbständigen Entgeltbestand-

teil enthält und die Vertragsparteien damit - anders als die Revision meint - Bruttopreisabreden getroffen haben. Dies führt aber nicht - wie das Berufungsgericht aus dem von ihm rechtsfehlerhaft bejahten Preisbestimmungsrecht der Beklagten nach §§ 316, 315 Abs. 3 Satz 1 BGB abgeleitet hat - zu einem vollständigen Ausschluss eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs auf Rückzahlung der Beträge, die auf die zu Unrecht angesetzten Umsatzsteueranteile entfallen. Andererseits ist eine Rückforderung - entgegen der Auffassung der Revision, die von dem Zustandekommen von Nettopreisabreden ausgeht - nicht allein deswegen zu bejahen, weil in die Preise zu Unrecht Umsatzsteuer in Höhe von jeweils 19 % eingeflossen ist.

20 a) Werden von einer Krankenhausapotheke an einen privat versicherten Patienten zur ambulanten Behandlung in der Klinik individuell hergestellte Krebsmedikamente entgeltlich abgegeben, ist auf das zwischen dem Krankenhaus und dem Patienten bestehende Vertragsverhältnis Werklieferungsrecht (§ 650 BGB; bis 31. Dezember 2017: § 651 BGB aF) anzuwenden, so dass bezüglich der Entgeltspflicht § 433 Abs. 2 BGB gilt (vgl. etwa OLG Köln, NJW-RR 2012, 1520, 1521). Teilweise wird ein solches Vertragsverhältnis in der Instanzrechtsprechung als Behandlungsvertrag nach § 611 BGB (heute: §§ 630a, 630b BGB) eingeordnet mit der Folge, dass dann zumindest die übliche Vergütung (§ 612 Abs. 2 BGB) geschuldet wäre (vgl. etwa LG Köln, Urteil vom 18. Juli 2018 - 25 S 15/17; Revision anhängig unter dem Az. VIII ZR 264/18).

21 Hierbei wird außer Acht gelassen, dass die ambulante Heilbehandlung durch den zuständigen Krankenhausarzt und die Abgabe der Krebsmedikamente durch die Krankenhausapotheke zwei selbständige Leistungen (ärztliche Behandlung durch den Arzt; Herstellung der Medikamente durch die Apotheke) darstellen, die entweder im Rahmen zweier getrennter Vertragsverhältnisse

oder als selbständige Teile eines einheitlichen typengemischten Vertrags mit dem Krankenhausträger als Betreiber der Ambulanz erbracht werden. Auch im letztgenannten Fall wäre die Bereitstellung der Arzneimittel - ungeachtet des Schwerpunkts des Vertrags - nach den Grundsätzen des Werklieferungsrechts zu beurteilen, da diese Leistungen separat berechnet werden und eine Apotheke keine ärztlichen Leistungen vornimmt (vgl. BT-Drucks. 17/10448, S. 18). Nur auf diese Weise wird bei Annahme eines einheitlichen Vertragsverhältnisses der durch wesensverschiedene eigenständige Leistungspflichten begründeten Eigenart des Vertragsverhältnisses Rechnung getragen (vgl. BGH, Urteil vom 29. Oktober 1980 - VIII ZR 326/79, NJW 1981, 341 unter 3 b cc; Beschluss vom 21. April 2005 - III ZR 293/04, NJW 2005, 2008 unter II 3).

22 b) Bezüglich des somit nach § 433 Abs. 2 BGB zu erbringenden Kaufpreises für patientenindividuell im Rahmen einer ambulanten Behandlung im Krankenhaus hergestellte Zytostatika herrscht in der einschlägigen Instanzrechtsprechung weitgehend Uneinigkeit darüber, ob ein privat versicherter Patient eine darin enthaltene Umsatzsteuer auch dann schuldet, wenn diese - wie hier - aus materiell-rechtlicher Sicht gar nicht angefallen ist (vgl. die Nachweise bei Makoski/Clausen, ZMGR 2018, 231, 233 ff.). Dieses Bild zeigt sich auch, wenn man allein die bislang beim Bundesgerichtshof anhängigen Verfahren zugrunde legt.

23 aa) Teilweise wird bezüglich der in den gestellten Rechnungen - wie hier - im steuerrechtlichen Sinne (§ 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 7 und 8, § 14c Abs. 1 Satz 1 UStG) gesondert ausgewiesenen oder zumindest unstrittig darin enthaltenen Umsatzsteuer mit unterschiedlichen Begründungen (einseitiges Preisbestimmungsrecht der Krankenhausapotheke; stillschweigend getroffene Vergütungsvereinbarung) eine Bruttopreisabrede angenommen, also die Umsatz-

steuer nur als unselbständiger Entgeltbestandteil gewertet (so etwa das Berufungsgericht; OLG Schleswig, Urteil vom 20. Dezember 2017 - 4 U 69/17, juris [nachfolgend Senatsurteil vom heutigen Tag - VIII ZR 7/18, zur Veröffentlichung bestimmt]; LG Chemnitz, Urteil vom 2. November 2018 - 3 S 7/18 [Revision anhängig unter dem Az. VIII ZR 360/18]; LG Darmstadt, Urteil vom 4. Oktober 2018 - 6 S 56/18 [Revision anhängig unter dem Az. VIII ZR 351/18]; LG Köln, Urteil vom 18. Juni 2018 - 25 S 15/17 [Revision anhängig unter dem Az. VIII ZR 264/18]; wohl auch LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 5. Juli 2018 - 4 S 5126/17 [Revision anhängig unter dem Az. VIII ZR 247/18]).

24 Die unterschiedlichen Begründungsansätze führen zu abweichenden Rechtsfolgen. Ein vereinbartes Bruttoentgelt deckt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung grundsätzlich auch die Aufwendung für die vom Leistenden zu entrichtende Umsatzsteuer ab, die in diesem Fall nur einen unselbständigen Bestandteil des vereinbarten Entgelts darstellt (vgl. etwa BGH, Urteile vom 24. Februar 1988 - VIII ZR 64/87, BGHZ 103, 284, 287; vom 26. Juni 1991 - VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47, 50; vom 11. Mai 2001 - V ZR 492/99, NJW 2001, 2464 unter II 1; vom 28. Februar 2002 - I ZR 318/99, NJW 2002, 2312 unter II 1; Beschluss vom 29. Januar 2015 - IX ZR 138/14, juris Rn. 3; jeweils mwN; BSG, NJOZ 2009, 1914 Rn. 17). Dies hat zur Folge, dass - von bestimmten Ausnahmen abgesehen - weder der Leistende eine wider sein Erwarten anfallende Umsatzsteuer von seinem Vertragspartner nachfordern (vgl. etwa BGH, Urteile vom 24. Februar 1988 - VIII ZR 64/87, aaO; vom 28. Februar 2002 - I ZR 318/99, aaO unter II) noch der Leistungsempfänger im Falle der Umsatzsteuerfreiheit den auf die Umsatzsteuer entfallenden Anteil seiner Vergütung zurückverlangen kann (vgl. hierzu BSG, aaO Rn. 25).

- 25 Wird - wie manche Stimmen annehmen (vgl. etwa neben dem Berufungsgericht das LG Chemnitz, Urteil vom 2. November 2018 - 3 S 7/18 [Revision anhängig unter dem Az. VIII ZR 360/18] - der Bruttopreis einseitig von der Krankenhausapotheke im Rahmen eines Preisbestimmungsrechts nach § 316 BGB bestimmt, wäre die Rückforderung zu Unrecht bezahlter Umsatzsteuer wegen der Bindungswirkung nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB gänzlich ausgeschlossen, weil eine solche Zuvielforderung bei im Übrigen nicht zu beanstandenden Preisen nicht zur Unbilligkeit des Gesamtbetrags führen würde.
- 26 bb) Andere Stimmen werten die getroffenen Abreden als Nettopreisvereinbarungen und sehen daher die Umsatzsteuer als eigenständigen Preisanteil nur dann als geschuldet an, wenn materiell-rechtlich eine entsprechende Steuerpflicht besteht (vgl. etwa OLG Braunschweig, Urteil vom 22. Mai 2018 - 8 U 130/17, juris Rn. 20 ff. [Revision anhängig unter dem Az. VIII ZR 212/18]; LG Aachen, Urteil vom 9. Februar 2018 - 6 S 118/17, juris [nachfolgend Senatsurteil vom heutigen Tag - VIII ZR 66/18, zur Veröffentlichung bestimmt]). Die Selbständigkeit des Umsatzsteueranteils bei einer Nettopreisvereinbarung führt dazu, dass eine vom Leistenden angesetzte, dem Gesetz nach aber nicht angefallene Umsatzsteuer von diesem ohne Rechtsgrund vereinnahmt und daher ohne weiteres gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB an den Vertragspartner herauszugeben ist (vgl. auch Senatsurteil vom 2. November 2005 - VIII ZR 39/04, NJW 2006, 364 Rn. 14).
- 27 c) Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die zwischen den Vertragsparteien zustande gekommenen Vereinbarungen als Bruttopreisabreden zu bewerten sind, so dass grundsätzlich die Zahlung der angesetzten Umsatzsteuer unabhängig von der materiell-rechtlichen Umsatzsteuerpflichtigkeit des getätigten Geschäfts als (unselbständiger) Teil des Kauf-

preises geschuldet war. Rechtsfehlerhaft hat es jedoch ein einseitiges Preisbestimmungsrecht der Beklagten nach §§ 316, 315 Abs. 3 Satz 1 BGB bejaht, das keinen Raum für eine "Vertragsanpassung" lasse.

28 aa) Die Auffassung des Berufungsgerichts, aus den vorgelegten Unterlagen (Rezepte; Rechnungen) gehe nicht belastbar hervor, welche Gegenleistung die Vertragsparteien konkret vereinbart hätten, ist von Rechtsfehlern beeinflusst. Das Berufungsgericht hat diese Dokumente zu Unrecht deswegen als unbeachtlich angesehen, weil der Preisaufruck auf den Rezepten und die Erstellung der hierauf basierenden Rechnungen erst nach der verbindlichen Einigung über die Fertigung der Zytostatika erfolgt seien.

29 (1) Hierbei hat das Berufungsgericht übersehen, dass eine vertragliche Vereinbarung über die für die gefertigten Krebsmedikamente konkret geschuldete Vergütung auch noch nach der Herstellung oder gar der Verabreichung der Medikamente erfolgen kann. Eine solche Einigung kann unter den hier gegebenen besonderen Umständen (Vertragsgegenstand, keine angemeldeten oder ersichtlichen Bedenken gegen die Angemessenheit der verlangten Vergütung; Erstattung durch den privaten Krankenversicherer der Patienten) insbesondere dadurch erzielt werden, dass der Versicherungsnehmer des privaten Krankenversicherers die von der Krankenhausapotheke jeweils in den gestellten Rechnungen geforderten Beträge durch vorbehaltlos erbrachte Zahlungen entsprechend § 151 BGB billigt und dadurch die bis dahin bezüglich der konkreten Vergütungshöhe bestehende Vertragslücke schließt (Senatsurteile vom heutigen Tag - VIII ZR 7/18, unter II 1 c aa (2) (b) (cc); VIII ZR 66/18, unter II 1 c aa (1); VIII ZR 189/18, unter II 1 c aa (1); jeweils zur Veröffentlichung bestimmt; vgl. auch BSG, NJOZ 2009, 1914 Rn. 16). Dieser Möglichkeit hat sich das Berufungsgericht verschlossen und ist stattdessen aufgrund des Umstands, dass

den Vertragsparteien eine Pflicht zur Vergütung der herzustellenden Medikamente bewusst war, in Einklang mit einer in der Instanzrechtsprechung häufiger vertretenen Auffassung (vgl. etwa OLG Köln, NJW-RR 2012, 1520, 1521) zu der Einschätzung gelangt, dass sich die Vertragsparteien stillschweigend darüber geeinigt hätten, der Beklagten ein einseitiges Preisbestimmungsrecht nach § 316 BGB mit der Bindungswirkung nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB einzuräumen.

30 (2) Diese Auslegung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Zwar darf bei Individualerklärungen deren Auslegung durch den Tatrichter vom Revisionsgericht nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind, wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen worden ist oder die Auslegung auf mit der Revision gerügten Verfahrensfehlern beruht (st. Rspr.; vgl. etwa Senatsurteile vom 12. Oktober 2016 - VIII ZR 55/15, BGHZ 212, 248 Rn. 35 mwN; vom 25. April 2018 - VIII ZR 176/17, NJW 2018, 2472 Rn. 30). Solche Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht jedoch - allerdings in anderer Hinsicht als dies die Revision annimmt - unterlaufen.

31 (a) Ein Patient, der von einem Krankenhaus ambulant mit von der haus-eigenen Apotheke individuell hergestellten Zytostatika behandelt wird, kommt zwar regelmäßig nicht mit der Apotheke in Kontakt und erhält grundsätzlich vorher auch keine Informationen über die konkret geschuldete Höhe der Vergütung. Aus diesem Umstand kann jedoch nicht abgeleitet werden, Patient und Krankenhaus hätten keine konkreten Preisabreden getroffen, sondern letzterem ein Preisbestimmungsrecht nach den Grundsätzen der §§ 315, 316 BGB (so aber etwa OLG Köln, aaO) mit der Bindungswirkung des § 315 Abs. 3 Satz 1

BGB eingeräumt. Denn dies wird weder dem eingeschränkten Anwendungsbereich des § 316 BGB noch der beiderseitigen Interessenlage gerecht.

32 (aa) In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist schon seit langem anerkannt, dass bei fehlenden Preisabreden eine Heranziehung des § 316 BGB nur ausnahmsweise in Betracht kommt. Die genannte Vorschrift stellt lediglich eine nur im Zweifel eingreifende gesetzliche Auslegungsregel dar, der gegenüber die Vertragsauslegung den Vorrang hat (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 13. März 1985 - IVa ZR 211/82, BGHZ 94, 98, 101 f. mwN; vom 13. April 2010 - XI ZR 197/09, NJW 2010, 1742 Rn. 18). Daher kann eine Vertragslücke nicht durch Rückgriff auf § 316 BGB geschlossen werden, wenn und weil dies dem Interesse der Vertragsparteien und ihrer wirklichen oder mutmaßlichen Willensrichtung typischerweise nicht entspricht (vgl. etwa BGH, Urteile vom 13. März 1985 - IVa ZR 211/82, aaO S. 102 mwN; vom 13. April 2010 - XI ZR 197/09, aaO). Vielmehr ist es geboten, die bestehende Lücke durch Auslegung (BGH, Urteil vom 13. März 1985 - IVa ZR 211/82, aaO S. 103 f.) oder durch Anwendung der Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen, wobei im letztgenannten Fall die den Gegenstand der Leistung und die das Vertragsverhältnis prägenden Umstände maßgebend sind (vgl. etwa BGH, Urteile vom 4. April 2006 - X ZR 122/05, BGHZ 167, 139 Rn. 10; vom 26. September 2006 - X ZR 181/03, NJW-RR 2007, 103 Rn. 20; vom 13. April 2010 - XI ZR 197/09, aaO).

33 (bb) Gemessen an diesen Maßstäben hat ein einseitiges Preisbestimmungsrecht der Beklagten nach § 316 BGB von vornherein auszuschneiden. Es spricht einiges dafür, dass sich die Beteiligten - was im Wege der Parteiautonomie ohne weiteres möglich ist - stillschweigend bereits bei der Zurverfügungstellung der Zytostatika gegen spätere Rechnungstellung konkludent dahin ge-

einigt haben, dass diese Medikamente nur gegen Zahlung eines angemessenen und grundsätzlich erstattungsfähigen Entgelts geliefert werden sollen und dass über deren konkrete Höhe später noch eine Übereinkunft erzielt werden muss (vgl. hierzu etwa BGH, Urteile vom 28. Juni 1982 - II ZR 226/81, NJW 1982, 2816 unter 1; vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08, BGHZ 181, 47 Rn. 44). Der betroffene Patient, wie hier der Versicherungsnehmer der Klägerin, erhält die benötigten Medikamente in dem Bewusstsein, dass er hierfür eine angemessene Vergütung zu erbringen hat. Durch die gewählte Vorgehensweise - Zurverfügungstellung der Zytostatika gegen spätere Rechnungstellung - gibt das Krankenhaus (hier die Beklagte) zu erkennen, dass sie damit einverstanden ist, die konkret geschuldete Vergütung erst im Nachhinein zu vereinbaren.

34 Letztlich kann jedoch dahinstehen, ob den Erklärungen der Vertragsparteien im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu entnehmen ist, dass sie sich bereits bei Verabreichung der Medikamente stillschweigend über die Grundsätze der Preisbemessung geeinigt haben. Denn falls dies nicht der Fall gewesen sein sollte, ergäbe sich jedenfalls im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung, dass der Beklagten ein Rückgriff auf die Bemessungsgrundsätze der §§ 316, 315 BGB versagt ist. Bei dem Erwerb von durch die Krankenhausapotheke individuell hergestellten Zytostatika für eine ambulante Krankenhausbehandlung entspricht es weder den Interessen der Beteiligten noch deren mutmaßlichem Willen, dass das Krankenhaus eine einseitige Preisbestimmung nach §§ 316, 315 Abs. 3 Satz 1 BGB vornimmt.

35 Ein privatversicherter Patient hat kein erkennbares Interesse daran, dem Träger einer Krankenhausapotheke, zu der er nicht einmal Kontakt aufgenommen hat, das Recht einzuräumen, die Höhe der geschuldeten Gegenleistung nach freiem Ermessen und damit bis zur Grenze der Unbilligkeit (§§ 316, 315

Abs. 3 Satz 1 BGB) einseitig zu bestimmen. Denn in einem solchen Fall wäre er gezwungen, auch einen Betrag zu bezahlen, der sogar an der Obergrenze der Spanne läge, die sich noch innerhalb der Billigkeit bewegte (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 1985 - IVa ZR 211/82, aaO S. 102). Dass dies seinen Interessen zuwiderläuft, ergibt sich bereits daraus, dass der Patient darauf angewiesen ist, von seiner Krankenversicherung (und gegebenenfalls zusätzlich von anderer Stelle) eine Kostenerstattung zu erhalten, was wiederum voraussetzt, dass angemessene und grundsätzlich erstattungsfähige Preise berechnet werden. Das Krankenhaus hat ebenfalls kein berechtigtes Interesse daran, einen über das Angemessene (einschließlich einer üblichen Gewinnspanne) hinausgehenden, allein nach billigem Ermessen festzusetzenden Preis zu verlangen.

36 Im Hinblick auf diese Interessenlage entspräche ein solches Vorgehen auch nicht dem mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien. Soweit dies den beim Bundesgerichtshof anhängigen Verfahren zu entnehmen ist, haben die Krankenhäuser sich bei ihrer Preisbemessung auch nicht an § 316 BGB, sondern an den Preisen der verarbeiteten Ausgangsstoffe orientiert (vgl. hierzu auch Senatsurteil vom 9. Mai 2018 - VIII ZR 135/17, NJW-RR 2018, 942 Rn. 25) und lediglich (angemessene) Zuschläge zur Vergütung ihrer Eigenleistung verlangt.

37 (b) Damit käme das vom Berufungsgericht angenommene einseitige Preisbestimmungsrecht der Beklagten selbst dann nicht in Betracht, wenn es tatsächlich - was im Streitfall keiner endgültigen Klärung bedarf - (zunächst) an einer Vergütungsabrede der Vertragsparteien gefehlt hätte. Die in diesem Fall bestehende Vertragslücke wäre nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung, die der Senat insoweit selbst vornehmen kann, weil weitere auslegungsrelevante Feststellungen nicht zu erwarten sind, dahin zu schließen

gewesen, dass ein angemessener, grundsätzlich von den Krankenversicherern erstattungsfähiger Preis geschuldet war.

38 Eine solche Lückenschließung ist aber im Streitfall deswegen entbehrlich (geworden), weil die Vertragsparteien dadurch nachträglich wirksame Preisabreden getroffen haben, dass die Beklagte dem Versicherungsnehmer der Klägerin für die verabreichten Medikamente jeweils Rechnungen unter Ausweis der verlangten Beträge gestellt und dieser deren Angebote durch vorbehaltlose Zahlungen gemäß § 151 BGB angenommen hat. Da der Senat an das rechtsfehlerhaft gewonnene Auslegungsergebnis des Berufungsgerichts nicht gebunden ist und weitere Feststellungen, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, nicht zu erwarten sind, kann der Senat diese Auslegung selbst vornehmen (vgl. etwa Senatsurteil vom 25. April 2018 - VIII ZR 176/17, aaO Rn. 32 mwN). Durch die gewählte Vorgehensweise - Bekanntgabe der Preise erst im Rahmen der Rechnungstellung - brachte die Beklagte zum Ausdruck, dass sie auf die Erklärung einer Annahme des Vergütungsangebots dem Versicherungsnehmer der Klägerin gegenüber verzichtete und es aus ihrer Sicht vielmehr genügte, dass dieser den Rechnungsbetrag ausglich. Mit der vorbehaltlosen Begleichung des Rechnungsbetrags bestätigte der Versicherungsnehmer der Klägerin die Annahme dieses Angebots nach außen (§ 151 BGB; vgl. auch BSG, NJOZ 2009, 1914 Rn. 16; RGZ 129, 109, 113).

39 bb) Im Ergebnis frei von Rechtsfehlern hat das Berufungsgericht dagegen angenommen, dass zwischen den Vertragsparteien Bruttopreisabreden zustande gekommen sind. Dies folgt allerdings - wie bereits ausgeführt - nicht aus einer einseitigen Preisbestimmungsbefugnis der Beklagten nach §§ 316, 315 Abs. 3 Satz 1 BGB, sondern aus den stillschweigend durch die Rechnung-

stellungen und die vorbehaltlosen Zahlungen der hierin ausgewiesenen Beträge erzielten vertraglichen Vereinbarungen der Vertragsparteien.

40 (1) Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung ist regelmäßig - auch wenn sich die Vertragsparteien nicht ausdrücklich darauf verständigt haben (vgl. Senatsurteil vom 24. Februar 1988 - VIII ZR 64/87, BGHZ 103, 284, 287) - vom Vorliegen einer Bruttopreisabrede auszugehen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Vertragsparteien einen "Nettopreis" vereinbart haben, wofür auch ein Handelsbrauch oder eine Verkehrssitte maßgeblich sein kann (BGH, Urteile vom 14. Januar 2000 - V ZR 416/97, WM 2000, 915 unter II 1 mwN; vom 11. Mai 2001 - V ZR 492/99, NJW 2001, 2464 unter II 1; vom 28. Februar 2002 - I ZR 318/99, NJW 2002, 2312 unter II 1; BSG, aaO Rn. 17).

41 (2) Entgegen der Auffassung der Revision schließt das von der Beklagten verlangte Entgelt - wie das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat - die Umsatzsteuer als unselbständigen Bestandteil mit ein, so dass Bruttopreisabreden vorliegen. Die Revision meint, den Angaben in den gestellten Rechnungen Nettopreisabreden entnehmen zu können. In den Rechnungen sind jeweils die Rezeptnummer und dann der damit korrespondierende "Rezeptbetrag" ausgewiesen. Letzterer wird aufgeschlüsselt in einen Nettobetrag und in "19 % USt" und endet mit der Angabe "Rezeptbetrag Brutto". Hieraus will die Revision den "unmissverständlichen Willen der Beklagten zum Abschluss einer Nettopreisvereinbarung" entnehmen. Dabei lässt sie aber außer Acht, dass die beschriebene Aufschlüsselung in Nettopreis und Umsatzsteuer in den gestellten Rechnungen nicht den belastbaren Schluss zulässt, dass damit in zivilrechtlicher Hinsicht allein die Nettobeträge endgültig und der Umsatzsteueranteil nur im Falle des Bestehens einer Umsatzsteuerpflicht geschuldet sein sollten. Denn der Ausweis von Nettobetrag und Umsatzsteueranteil kann

auch allein deswegen erfolgt sein, um - wozu die Beklagte nach § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UStG befugt, wenn auch nicht verpflichtet war - eine Rechnung mit den von § 14 Abs. 4 UStG geforderten Angaben zu erstellen. Anders als die Revision unter Bezugnahme auf Entscheidungen von einzelnen Instanzgerichten meint, führt der Umstand, dass die Beklagte zur Erstellung einer solchen Rechnung nicht verpflichtet war, weil sie ihre Leistungen nicht für einen Unternehmer oder eine juristische Person erbracht hat (vgl. § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 UStG), noch nicht dazu, dass in zivilrechtlicher Hinsicht eine Nettopreisabrede getroffen worden wäre. Denn auch ein freiwillig vorgenommener gesonderter Ausweis der Umsatzsteuer in einer Rechnung kann allein aus steuerlichen Gründen geschehen sein. Eine unabhängig von dem Inhalt der gestellten Rechnungen bestehende Abrede, dass ein bestimmter Nettopreis "zuzüglich x % Umsatzsteuer" geschuldet sei, ist nach den verfahrensfehlerfreien und insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts gerade nicht getroffen worden.

42 Weiter blendet die Revision den für die Auslegung gewichtigen Umstand aus, dass sich die Angaben in den Rechnungen gerade nicht in der genannten Aufschlüsselung zwischen Nettobetrag und Umsatzsteueranteil erschöpfen, sondern in jeder Zeile als geschuldeter Endbetrag der jeweilige "Rezeptbetrag Brutto" aufgeführt und im nachfolgenden Text die Aufforderung enthalten ist, den "Rechnungsbetrag (Rezeptbetrag Brutto)" zu überweisen. Ebenfalls außen vor lässt die Revision, dass die Rechnungen der Beklagten jeweils auf die zugrunde liegenden Rezepte Bezug nehmen, bei denen jeweils allein der geschuldete Gesamtpreis unter dem Aufdruck "Gesamt-Brutto" aufgeführt ist. Diese Gesichtspunkte zusammengenommen sprechen für den Abschluss einer - der Regel entsprechenden - Bruttopreisvereinbarung. Jedenfalls bestehen keine hinreichend tragfähigen Anhaltspunkte für eine Nettopreisabrede.

43 An dieser Einschätzung ändert auch die von der Revision angeführte Interessenlage des Versicherungsnehmers der Klägerin, nicht mit unnötigen Steuern belastet zu werden, nichts. Dem steht schon der von der Revision angeführte Umstand entgegen, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine der Vertragsparteien von dem Nichtbestehen einer Umsatzsteuerpflicht ausging. Bei dieser Sachlage bestand aus Sicht der Vertragsparteien kein Bedürfnis, dem Versicherungsnehmer der Klägerin ohne weiteres eine Rückforderung des auf die Umsatzsteuer entfallenden Anteils zu ermöglichen. Außerdem stellt die Revision einseitig auf die vermeintlich schutzwürdigen Interessen des Versicherungsnehmers der Klägerin ab. Eine an keine Voraussetzungen geknüpfte Rückzahlung der auf die Umsatzsteueranteile entfallenden Beträge läge nicht im Interesse der Beklagten, die im Falle einer Rückforderung der an das Finanzamt abgeführten Umsatzsteuer - wie noch später darzustellen sein wird - im Gegenzug ihre Vorsteuerabzugsmöglichkeit bezüglich der für die Herstellung der Zytostatika getätigten Aufwendungen verliert.

44 Folglich ist es im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht die in dem verlangten Gesamtpreis enthaltene Umsatzsteuer als unselbständigen Bestandteil der geschuldeten Vergütung behandelt und damit jeweils Bruttopreisabreden angenommen hat.

45 2. Allein aus dem Umstand, dass es sich bei den getroffenen Preisabreden um Bruttopreisabreden handelt, folgt - anders als dies bei einer in den Grenzen der Billigkeit bindenden (Brutto-)Preisbestimmung der Beklagten nach § 316 BGB der Fall wäre - nicht, dass es der Klägerin aus übergegangenem Recht gänzlich verwehrt wäre, die auf die zu Unrecht angesetzten Umsatzsteueranteile entfallenden Beträge teilweise wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückzufordern. Vielmehr ist es nicht auszuschließen, dass der Klägerin gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1, § 194 Abs. 2 VVG ein auf sie übergegangener Rück-

zahlungsanspruch ihres Versicherungsnehmers aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung (§ 157 BGB) der zwischen dem Versicherungsnehmer der Klägerin und der Beklagten geschlossenen Verträge zusteht. Denn diese Vereinbarungen könnten ergänzend dahin auszulegen sein, dass der Versicherungsnehmer der Klägerin nicht verpflichtet sein soll, den in der vereinbarten Vergütung eingeschlossenen unselbständigen Umsatzsteueranteil auch dann zu tragen, wenn und sobald für die Beklagte die Möglichkeit besteht, ihrerseits einen Rückerstattungsanspruch betreffend die von ihr abgeführte Umsatzsteuer gegen das Finanzamt geltend zu machen.

46

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts könnten die Voraussetzungen einer - gegenüber der vom Berufungsgericht ebenfalls in Erwägung gezogenen und abgelehnten Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage vorrangigen (vgl. BGH, Urteile vom 25. November 2004 - I ZR 49/02, NJW-RR 2005, 687 unter A I 2 c; vom 3. Februar 2012 - V ZR 23/11, juris Rn. 14; vom 17. Mai 2018 - VII ZR 157/17, NJW 2018, 2469 Rn. 36; jeweils mwN) - ergänzenden Vertragsauslegung (§ 157 BGB) vorliegen. Der Senat kann eine ergänzende Vertragsauslegung, die in erster Linie dem Tatrichter obliegt, allerdings nicht selbst vornehmen, weil - anders als in den Verfahren VIII ZR 7/18 und VIII ZR 66/18 (Urteile vom heutigen Tag; jeweils zur Veröffentlichung bestimmt) - weitere für die Ermittlung des hypothetischen Willens der Vertragsparteien erforderliche tatsächliche Feststellungen notwendig sind (vgl. BGH, Urteile vom 25. November 2004 - I ZR 49/02, aaO; vom 18. Februar 2000 - V ZR 334/98, NJW-RR 2000, 894 unter II 3; jeweils mwN).

47

Es ist nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht auszuschließen, dass die Verträge zwischen dem Versicherungsnehmer der Klägerin und der Beklagten infolge einer nicht bedachten Unvollständigkeit eine planwidrige Regelungslücke aufweisen, die auch nicht durch das dispositive Recht geschlossen werden

könnte (vgl. BGH, Urteil vom 11. Januar 2012 - XII ZR 40/10, NJW 2012, 844 Rn. 24 mwN; vom 4. März 2004 - III ZR 96/03, BGHZ 158, 201, 206 f.; Palandt/Ellenberger, BGB, 78. Aufl., § 157 Rn. 6 mwN). Denn entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts könnte der Umstand, dass die Vertragsparteien weder ausdrücklich noch konkludent bestimmt haben, wie ihre jeweilige Preisabrede vor dem Hintergrund der ihnen nicht bekannten, zum Zeitpunkt des Vertragschlusses von ihnen fehlerhaft beurteilten umsatzsteuerlichen Rechtslage sowie der daran anknüpfenden rechtstatsächlichen Entwicklungen ausgestaltet sein sollte (dazu unter II 2 a aa), dazu führen, dass der den geschlossenen Verträgen jeweils zu Grunde liegende Regelungsplan nicht verwirklicht werden könnte, also ohne die Vervollständigung der Abreden eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen wäre (vgl. BGH, Urteile vom 3. Dezember 2014 - VIII ZR 370/13, NJW 2015, 1167 Rn. 24 mwN; vom 11. Januar 2012 - XII ZR 40/10, aaO mwN). Der Annahme einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke stünde dabei nicht entgegen, dass die getroffenen Preisvereinbarungen als Bruttopreisabreden einzuordnen sind (dazu unter II 2 a bb).

48

aa) Die Finanzbehörden und die maßgeblichen Verkehrskreise gingen zum Zeitpunkt der Vertragsschlüsse von einer materiell-rechtlichen Umsatzsteuerpflicht in Bezug auf die streitgegenständlichen Zytostatikalieferungen aus. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben auch die Vertragsparteien, sofern sie sich überhaupt Gedanken über die Frage der Umsatzsteuerpflicht gemacht haben sollten, eine Umsatzsteuerpflicht angenommen. Welche der beiden - vom Berufungsgericht letztlich offengelassenen - Varianten zutrifft, kann vorliegend dahinstehen, denn in beiden Fällen hätten sie die tatsächlich bestehende materiell-rechtliche Umsatzsteuerfreiheit und sich hieraus in Zukunft möglicherweise ergebende Rückforderungsansprüche der Beklagten gegenüber dem Finanzamt nicht bedacht und daher für diesen Fall keine Regelungen getroffen. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist eine

ergänzende Vertragsauslegung nicht auf die Fälle beschränkt, in denen die Parteien die Frage der Umsatzsteuerpflicht konkret bedacht, aber übereinstimmend fehlerhaft beurteilt haben. Vielmehr wäre eine planwidrige Unvollständigkeit der getroffenen Preisabreden in der vorliegenden Fallkonstellation auch dann gegeben, wenn sie ohne Problembewusstsein von einer Umsatzsteuerpflicht ausgegangen sein sollten.

49

Vor dem Hintergrund der - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts und der Revisionserwiderung - unzutreffenden Annahme einer bei Vertragsabschluss bestehenden materiell-rechtlichen Umsatzsteuerpflicht der Beklagten haben sich die Vertragsparteien darauf beschränkt, den Inhalt der jeweils vertraglich begründeten Zahlungsverpflichtung des Versicherungsnehmers der Klägerin (§ 651 Satz 1 BGB aF, § 433 Abs. 2 BGB) allein dahin zu regeln, dass dieser auch den auf den Umsatz der Beklagten entfallenden Umsatzsteueranteil tragen und damit in wirtschaftlicher Hinsicht die entsprechende Steuerlast (§ 13a Abs. 1 Nr. 1, § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1, § 2 Abs. 1 UStG) der Beklagten übernehmen sollte. Dagegen haben sie keine Regelung darüber getroffen, wie mit dem von dem Versicherungsnehmer der Klägerin übernommenen Umsatzsteueranteil für den von den Vertragsparteien nicht bedachten Fall zu verfahren ist, dass die ausgeführten Geschäfte bereits bei Vertragsschluss materiell-rechtlich nicht der Umsatzsteuerpflicht unterlagen (§ 4 Nr. 14 Buchst. b UStG) und die Finanzverwaltung in Anerkennung dieses Umstands später ihre steuerrechtliche Handhabung änderte und hierdurch der Beklagten die Möglichkeit eröffnete, ohne Beschreiten des Finanzrechtswegs eigene Rückerstattungsansprüche in Bezug auf die abgeführte Umsatzsteuer gegenüber dem Finanzamt erfolgreich geltend zu machen. Eine solche zusätzliche Regelung hätte aber möglicherweise ihrem hypothetischen Willen entsprochen.

50 (1) Anders als die Vertragsparteien bei dem Abschluss ihrer Vereinbarungen meinten und entgegen den unzutreffenden rechtlichen Schlussfolgerungen des Berufungsgerichts, bestand für die Beklagte bezüglich der vereinbarten Herstellung und Lieferung von Zytostatika zur Zeit der Vertragsschlüsse materiell-rechtlich keine Umsatzsteuerpflicht. Dies ergibt sich aus dem nach Durchführung der getätigten Rechtsgeschäfte ergangenen Urteil des Bundesfinanzhofs vom 24. September 2014 (BFHE 247, 369), wonach die Verabreichung von individuell für den einzelnen Patienten in einer Krankenhausapotheke im Rahmen einer ambulant in einem Krankenhaus durchgeführten ärztlichen Heilbehandlung hergestellten Zytostatika entgegen den Regelungen in Abschn. 100 Abs. 3 Nr. 4 Umsatzsteuer-Richtlinien 2005 (UStR 2005) und Abschn. 4.14.6 Abs. 3 Nr. 3, 4 Umsatzsteuer-Anwendungserlass (UStAE) in der Fassung vom 1. Oktober 2010 (BStBl I S. 846; im Folgenden: UStAE aF) als ein mit der ärztlichen Heilbehandlung eng verbundener Umsatz gemäß § 4 Nr. 16 Buchst. b UStG aF (entsprechend § 4 Nr. 14 Buchst. b UStG nF) steuerfrei ist.

51 (2) Bei Abschluss und Durchführung der mit dem Versicherungsnehmer der Klägerin getroffenen Vereinbarungen unterlag die Beklagte jedoch faktisch einer Verpflichtung zur Abführung der Umsatzsteuer, weil die Finanzbehörden und die maßgeblichen Verkehrskreise (vgl. Abschn. 100 Abs. 3 Nr. 4 UStR 2005) und Abschn. 4.14.6 Abs. 3 Nr. 3, 4 UStAE aF) von einer materiell-rechtlichen Umsatzsteuerpflicht ausgingen (vgl. zu der Maßgeblichkeit auch dieser faktischen Umsatzsteuerpflicht im Vertragsverhältnis zwischen steuerpflichtigem Unternehmer und Leistungsempfänger BSG, NZS 2010, 154 Rn. 17 ff.). Dies änderte sich erst mit dem Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 28. September 2016 (Az. III C 3 - S 7170/11/10004, UR 2016, 891), mit dem dieses unter entsprechender Änderung des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses klarstellte, dass der Entscheidung des Bundesfinanzhofs in der Finanzverwaltung gefolgt werde und die Grundsätze dieses Urteils auch

im Hinblick auf andere Arzneimittel, die wie Zytostatika patientenindividuell hergestellt würden, Anwendung fänden. Zudem führte das Bundesministerium der Finanzen in dem genannten Schreiben aus, dass der Unternehmer, der sich für einen bereits getätigten Umsatz auf die Grundsätze des Urteils des Bundesfinanzhofs berufe und davon abweichend in einer Rechnung Umsatzsteuer ausgewiesen habe, zwar diese nach § 14c Abs. 1 UStG schulde (vgl. zur Anwendbarkeit von § 14c Abs. 1 UStG auf Fälle des gesonderten Steuerausweises bei Umsatzsteuerfreiheit: BFHE 261, 451 Rn. 36 mwN [zu § 14 Abs. 2 UStG 1993/1999]; Abschn. 14c.1. Abs. 1 Satz 4 Alt. 1 und Satz 5 Nr. 3 UStAE), die Rechnung aber bei Behandlung des Umsatzes als steuerfrei gemäß § 31 Abs. 5 Satz 1 Buchst. b Umsatzsteuer-Durchführungsverordnung (UStDV) berichtigen könne.

52

(3) Die Krankenhäuser, die in der Vergangenheit für die Lieferung der hier in Rede stehenden Zytostatika Umsatzsteuer abgeführt hatten, waren damit erstmals - ohne auf eine finanzgerichtliche Durchsetzung ihrer Ansprüche angewiesen zu sein - in die Lage versetzt, entsprechend dem durch das Bundesministerium der Finanzen ausdrücklich gestatteten Vorgehen die - wie hier - gemäß § 14c Abs. 1 Satz 1 UStG im Wege des gesonderten Steuerausweises ausgestellten Rechnungen gemäß § 14c Abs. 1 Satz 2, § 14 Abs. 6 Nr. 5 UStG in Verbindung mit § 31 Abs. 5 Satz 1 Buchst. b UStDV zu berichtigen und auf diesem Wege eine Rückzahlung durch das Finanzamt durchzusetzen. Damit war auch die bei Vertragsschluss zunächst noch faktisch bestehende Umsatzsteuerpflicht der Beklagten entfallen und für sie die Möglichkeit eröffnet, die zunächst abgeführten Umsatzsteuerbeträge von dem Finanzamt sicher zurückzuerlangen.

53

(4) Dieser Rückerlangungsmöglichkeit steht auch nicht etwa im konkreten Fall eine Bestandskraft der Steueranmeldung (§ 18 Abs. 3 UStG iVm § 150

Abs. 1 Satz 3, § 168 Satz 1 AO) des Jahres 2013 der Beklagten entgegen. Zwar hat das Berufungsgericht - aus seiner Sicht folgerichtig - keine Feststellungen zu dem etwaigen Eintritt einer Bestandskraft getroffen. Jedoch kommt es für die Möglichkeit der Berichtigung eines für einen Umsatz geschuldeten Steuerbetrags gegenüber dem Finanzamt gemäß § 14c Abs. 1 Satz 2, § 17 Abs. 1 UStG infolge einer Rechnungskorrektur gemäß § 14c Abs. 1 Satz 2, § 14 Abs. 6 Nr. 5 UStG in Verbindung mit § 31 Abs. 5 Satz 1 Buchst. b UStDV auf die Frage einer Bestandskraft von zurückliegenden (Jahres-)Steueranmeldungen gar nicht an. Denn die Berichtigung des Steuerbetrages gegenüber dem Finanzamt ist nicht rückwirkend für den vergangenen Besteuerungszeitraum der Steuerentstehung (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a Satz 1, § 16 Abs. 1 Satz 1 UStG), sondern im aktuellen Besteuerungszeitraum der Rechnungskorrektur vorzunehmen (§ 17 Abs. 1 Satz 7 UStG). Insofern gelten andere Grundsätze als in den Verfahren VIII ZR 7/18 und VIII ZR 66/18 (Urteile vom heutigen Tag; jeweils zur Veröffentlichung bestimmt), in denen ein gesonderter Umsatzsteuerausweis nicht erfolgt ist.

54

(5) Durch die beschriebenen nachträglich erfolgten Entwicklungen könnte sich das ursprünglich mit den getroffenen Preisvereinbarungen verfolgte Regelungsvorhaben als planwidrig unvollständig erweisen. Denn ihnen lag letztlich - wenn auch unausgesprochen - die Vorstellung der Vertragsparteien zugrunde, dass die Beklagte den Umsatzsteueranteil in den vereinbarten Preisen allein zu dem Zweck erhalten (und im Verhältnis zum Versicherungsnehmer der Klägerin - gegebenenfalls nach einem erfolgten Vorsteuerabzug - einbehalten) sollte, ihre Umsatzsteuerpflicht auf dessen Kosten zu erfüllen. Da es der Beklagten aber nunmehr freisteht, die Umsätze aus den geschlossenen Verträgen gegenüber dem Finanzamt nachträglich ohne Beschreiten des Rechtswegs als steuerfrei zu behandeln, ist nicht mehr ohne weiteres davon auszugehen, dass der (vollständige) Verbleib des auf den angesetzten Regelsteuersatz entfallenden

Betrages bei der Beklagten auch ab dem Zeitpunkt des Bestehens dieser Möglichkeit noch von dem ursprünglich bestehenden Willen der Vertragsparteien gedeckt ist.

55

bb) Der Möglichkeit des Bestehens einer planwidrigen Unvollständigkeit der streitgegenständlichen Preisvereinbarungen steht auch nicht deren Einordnung als Bruttopreisabreden entgegen. Allein aus dem Umstand, dass die Vertragsparteien jeweils keine Nettopreisabrede getroffen, sondern einen Preis vereinbart haben, der die Umsatzsteuer als unselbständigen Preisbestandteil mitumfassen sollte, kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass diese Vereinbarungen in jeder Hinsicht abschließend und damit einer ergänzenden Vertragsauslegung nicht zugänglich wären, weil in sämtlichen Fällen einer solchen Vereinbarung beide Vertragsparteien das Risiko eines Irrtums über das Bestehen und die Höhe der Umsatzsteuerpflicht selbst tragen würden (so aber etwa BSG, NZS 2010, 154 Rn. 16; BSGE 101, 137 Rn. 12; BSG, NJOZ 2009, 1914 Rn. 19, 25). Eine solche Auffassung widerspricht dem allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz, dass es von dem im Wege der Auslegung unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalls zu ermittelnden wirklichen Willen der Vertragsparteien (§§ 133, 157 BGB) abhängt, ob und inwieweit die getroffenen Preisvereinbarungen abschließend sein sollten.

56

Da die Vertragsparteien bei ihren Preisvereinbarungen - wie auch die Finanzverwaltung und die maßgeblichen Verkehrskreise - übereinstimmend von dem Bestehen einer Umsatzsteuerpflicht ausgegangen sind oder sie zumindest nicht in Frage gestellt haben, haben sie den Fall nicht für regelungsbedürftig gehalten, dass die getätigten Geschäfte bereits bei Vertragsabschluss umsatzsteuerfrei gewesen sind und die Finanzbehörden später auch ohne Beschreiten des Rechtswegs eine Rückforderungsmöglichkeit bezüglich der abgeführten Umsatzsteuer einräumen würden. In Anbetracht dieser besonderen Umstände

kann nicht ohne weitere Feststellungen angenommen werden, die Vertragsparteien hätten eine abschließende Vereinbarung des Inhalts getroffen, dass es in jedem Fall bei dem vereinbarten Preis bleiben und der Versicherungsnehmer der Klägerin damit das Risiko tragen müsste, mehr zu zahlen, als erforderlich sein würde, um eine Umsatzsteuerpflicht der Beklagten aus den abgeschlossenen Verträgen zu erfüllen.

57

b) Die demnach grundsätzlich in Betracht zu ziehende ergänzende Vertragsauslegung (§ 157 BGB) könnte vorliegend dazu führen, dass der jeweils geschlossene Vertrag bezüglich des entrichteten Umsatzsteueranteils nicht mehr in vollem Umfang als Rechtsgrund diene und der Klägerin daher aus übergegangenem Recht ihres Versicherungsnehmers nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB ein Erstattungsanspruch in Höhe der Differenz zwischen dem tatsächlich entrichteten und dem - bei anfänglicher Berücksichtigung der nachträglich eingetretenen steuerrechtlichen Entwicklungen - hypothetisch zwischen den Vertragsparteien vereinbarten Preis zustünde. Hierbei wäre allerdings nicht nur der Umstand zu berücksichtigen, dass der gezahlte und an das Finanzamt abgeführte Umsatzsteueranteil von den Finanzbehörden zurückverlangt werden kann, sondern auch, dass in diesem Fall ein etwa von der Beklagten vorgenommener Vorsteuerabzug zu ihren Lasten rückwirkend entfallen würde. Dieser Gesichtspunkt würde allerdings eine ergänzende Vertragsauslegung nicht gänzlich ausschließen, sondern nur den sich ergebenden Rückforderungsanspruch des Versicherungsnehmers der Klägerin vermindern. Hinzu kommen aber gegebenenfalls von der Beklagten an das Finanzamt bei der Nachentrichtung der abgezogenen Vorsteuerbeträge (in erheblichem Umfang) zu zahlende Zinsen. Dies könnte unter Umständen dazu führen, dass die Vertragsparteien einen von der gezahlten Vergütung abweichenden hypothetischen Preis gar nicht vereinbart hätten. Dagegen steht ein möglicher Verwaltungsaufwand der

Beklagten zur Zurückerlangung der abgeführten Umsatzsteuer für sich genommen einer ergänzenden Vertragsauslegung nicht entgegen.

58

aa) Grundlage für eine Ergänzung des Vertragsinhalts ist der hypothetische Wille der Vertragsparteien, wobei darauf abzustellen ist, was diese bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten (BGH, Urteile vom 24. Januar 2008 - III ZR 79/07, NJW-RR 2008, 562 Rn. 15; vom 1. Juni 2005 - VIII ZR 234/04, NJW-RR 2005, 1421 unter II 2 b; vom 17. Mai 2004 - II ZR 261/01, NJW 2004, 2449 unter I 2; jeweils mwN). Dabei ist zunächst an den Vertrag selbst anzuknüpfen, dessen Regelungen und Wertungen sowie Sinn und Zweck Ausgangspunkt der Vertragsergänzung sind (BGH, Urteile vom 1. Juni 2005 - VIII ZR 234/04, aaO; vom 12. Februar 1988 - V ZR 8/87, NJW 1988, 2099 unter II 2; jeweils mwN).

59

(1) Mit Blick auf den Regelungsplan der jeweiligen Preisvereinbarung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und der Verkehrssitte entspricht es unter den gegebenen Umständen dem berechtigten Interesse des Versicherungsnehmers der Klägerin, eine an die Beklagte zum Zweck der Begleichung ihrer letztlich lediglich faktischen Umsatzsteuerpflicht erbrachte Vermögenszuwendung nur solange bei dieser zu belassen, wie sie diese zur Erfüllung ihrer vermeintlichen Steuerschuld auch fortdauernd "einsetzen" muss. Zugleich entspricht es - wie die Revision in anderem Zusammenhang zutreffend anführt - auch dem hypothetischen Willen der Beklagten, den Versicherungsnehmer der Klägerin als ihren Vertragspartner nicht dauerhaft mit Zahlungspflichten zu belasten, wenn und soweit sie die abgeführte Umsatzsteuer vom Finanzamt zurückerlangen kann.

60 (2) Der Annahme eines solchen hypothetischen Willens sowohl des Versicherungsnehmers der Klägerin als auch der Beklagten stünden nicht die von der Revisionserwiderung gegen eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB vorgebrachten Einwände gegen die Zumutbarkeit einer umsatzsteuerrechtlichen Korrektur der getätigten Umsätze entgegen.

61 (a) Dies gilt insbesondere für den von der Revisionserwiderung in diesem Zusammenhang vorgebrachten Einwand des mit einer Rückforderung der abgeführten Umsatzsteuer durch die Beklagte einhergehenden drohenden Verlustes von "möglichen", auf die Verträge anteilig entfallenden Vorsteuerabzügen im Sinne des § 15 Abs. 1 UStG. Denn der drohende Verlust etwaig angemeldeter Vorsteuerabzüge betrifft nicht die Frage, ob eine ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen ist, sondern allein deren Inhalt, also die Frage, in welchem Umfang der Rechtsgrund für die jeweiligen Zahlungen des Versicherungsnehmers der Klägerin nach dem hypothetischen Willen der Vertragsparteien entfallen sollte.

62 (b) Soweit die Revisionserwiderung weiter geltend macht, eine Rückerlangung der abgeführten Umsatzsteuer von dem Finanzamt wäre für die Beklagte mit unzumutbar großen Mühen und Aufwendungen verbunden, stünde dies einer ergänzenden Vertragsauslegung ebenfalls nicht entgegen.

63 (aa) Zunächst ist auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nicht zu erkennen, weshalb die Beklagte (ebenso wenig wie der Versicherungsnehmer der Klägerin) gänzlich frei von jeglichen Belastungen bleiben sollte, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die vertragliche Regelung allein zu Ungunsten ihres Vertragspartners lückenhaft geblieben ist. Soweit sich die Revisionserwiderung darauf beruft, die Beklagte habe kein wirtschaftliches Eigeninteresse an einer Korrektur der Rechnungen oder der Steuerfestsetzungen,

stellt sie einseitig auf die Belange der Beklagten und nicht - wie im Falle einer planwidrigen Lücke geboten - darauf ab, was die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vereinbart hätten.

64

(bb) Der Beklagten ist schließlich die Rückzahlung an die Klägerin auch nicht etwa deswegen unzumutbar, weil sie einen erheblichen Aufwand betreiben müsste, um ihrerseits die einmal abgeführte Umsatzsteuer von dem Finanzamt zurückzuerlangen. Ein solcher unzumutbarer (Verwaltungs-)Aufwand ist - so zutreffend auch die Revision - weder den pauschalen Ausführungen der Revisionserwiderung zu den personellen und materiellen Kosten einer entsprechenden Korrektur noch dem von ihr in Bezug genommenen Vortrag der Beklagten in den Tatsacheninstanzen zu entnehmen und für den Senat auch sonst nicht ersichtlich.

65

(aaa) Die Beklagte hat gegenüber dem Versicherungsnehmer der Klägerin Rechnungen mit unrichtigem Steuerausweis im Sinne des § 14c Abs. 1 Satz 1 UStG ausgestellt. Denn zum einen hat sie - ungeachtet ihrer fehlenden Verpflichtung zur Ausstellung einer Rechnung im umsatzsteuerrechtlichen Sinne (vgl. § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 bis 3 UStG) - die umsatzsteuerrechtlichen Pflichtangaben gemäß § 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 7 und 8 UStG gemacht und damit zugleich die Voraussetzungen für einen gesonderten Steuerausweis im Sinne des § 14c UStG erfüllt (vgl. Abschn. 14c.1. Abs. 1 Satz 3 und Abs. 4 Satz 2 UStAE; vgl. zu dem gesonderten Steuerausweis bei § 14c Abs. 2 UStG: BFHE 255, 340 Rn. 32 f. mwN; bei § 14c Abs. 2 UStG 1999/2005: BFHE 233, 94 Rn. 25 f.). Sie hat in den Rechnungen jeweils sowohl die einzelnen Entgelte im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG als auch die hierauf entfallenden Steuerbeträge, den Steuersatz, das Gesamtentgelt und den hierauf bei dem angesetzten Steuersatz anfallenden Gesamtsteuerbetrag angegeben. Zum anderen ist

der gesonderte Steuerausweis auch unrichtig gewesen, da die in Rechnung gestellten Umsätze bereits bei Vertragsschluss umsatzsteuerfrei gewesen sind. Daher hat die Beklagte erst durch ihre Rechnungstellung eine Umsatzsteuerpflicht gemäß § 14c Abs. 1 Satz 1 UStG begründet und schuldet (nur) aus diesem Grund den "Mehrbetrag", hier also die gesamte in Rechnung gestellte Umsatzsteuer gemäß § 14c Abs. 1 Satz 1 UStG (so auch BFHE 261, 451 Rn. 36).

66

Damit kann sie - wie in dem Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen aus dem Jahr 2016 beschrieben - einen Erstattungsanspruch gegenüber dem Finanzamt erlangen, indem sie im Wege der Rechnungskorrektur vorgeht. Dies erfolgt, indem sie gegenüber dem Versicherungsnehmer der Klägerin als dem Rechnungsempfänger gemäß § 14c Abs. 1 Satz 2, § 14 Abs. 6 Nr. 5 UStG in Verbindung mit § 31 Abs. 5 Satz 1 Buchst. b UStDV korrigierte Rechnungen ausstellt und sodann den Steuerbetrag gemäß § 14c Abs. 1 Satz 2, § 17 Abs. 1 Satz 1 und 7 UStG im aktuellen Besteuerungszeitraum der Rechnungskorrekturen gegenüber dem Finanzamt berichtigt. Voraussetzung für eine wirksame Berichtigung gegenüber dem Finanzamt und damit die Entstehung eines Rückzahlungsanspruchs gemäß § 37 Abs. 2 AO ist dabei (in Abgrenzung zu den Fällen von Festpreisabreden: vgl. Beispiel in Abschn. 14c.1 Abs. 5 Beispiel Satz 4 und 5 UStAE) allerdings, dass der Unternehmer, der den zu hoch ausgewiesenen Rechnungsbetrag bereits vereinnahmt hat, zuvor einen von seinem Vertragspartner letztlich nicht mehr geschuldeten Betrag an diesen zurückzahlt (BFHE 261, 451 Rn. 49, 54 f.; Abschn. 14c.1 Abs. 5 Satz 4, Beispiel Satz 1 bis 3 UStAE). Geschieht dies nämlich nicht, ist das Finanzamt zur Vermeidung einer ungerechtfertigten Bereicherung des Unternehmers berechtigt, die Erstattung der zu Unrecht erhobenen Umsatzsteuer zu verweigern (BFH, aaO Rn. 33, 51 f., 65. Die deswegen im Rahmen einer Rechnungskorrektur zu beachtenden Einzelheiten werden im weiteren Verlauf näher dargestellt.

67 (bbb) Im Anschluss an die Berichtigung des Steuerbetrages gegenüber dem Finanzamt gemäß § 14c Abs. 1 Satz 2, § 17 Abs. 1 Satz 1 und 7 UStG würde das Finanzamt im Hinblick auf den dann rückwirkend ausgeschlossenen, im damaligen Besteuerungszeitraum gegebenenfalls vorgenommenen Vorsteuerabzug (§ 15 Abs. 1 UStG) von Amts wegen tätig werden und die Beklagte auch daran mitwirken müssen, die von ihr nunmehr den einzelnen Verträgen zuzuordnenden Eingangsumsätze zu korrigieren. Denn die von der Beklagten aufgewendete Umsatzsteuer für die unter anderem auch zur Erfüllung der geschlossenen Verträge getätigten umsatzsteuerpflichtigen Aufwendungen (etwa beim Einkauf der zur Herstellung der Zytostatika erforderlichen Grundstoffe) bliebe infolge der rückwirkenden Behandlung der mit dem Versicherungsnehmer der Klägerin getätigten Geschäfte als umsatzsteuerfrei im Hinblick auf § 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UStG nicht mehr vollständig gemäß § 15 Abs. 1 UStG dem Vorsteuerabzug unterworfen. Vielmehr wäre nun dem Umstand Rechnung zu tragen, dass ein etwaig erfolgter Vorsteuerabzug bei richtiger umsatzsteuerrechtlicher Behandlung der Geschäfte zwischen der Beklagten und dem Versicherungsnehmer der Klägerin entsprechend § 15 Abs. 4 Satz 1 UStG (gemischte steuerfreie und steuerpflichtige Verwendung von gelieferten Gegenständen) von Anfang an nur gekürzt um diejenige anteilige Vorsteuer in Betracht gekommen wäre, die auf die Aufwendungen für die Lieferung von Zytostatika an den Versicherungsnehmer der Klägerin entfiel.

68 Ein nicht mehr zumutbarer Aufwand für die Beklagte ist aber auch in dieser Mitwirkung bei der Rückgängigmachung der Vorsteuerabzüge nicht zu erkennen. Denn der Beklagten steht im Hinblick auf die für den einzelnen Vertrag etwaig anteilig in Abzug gebrachte Vorsteuer der Weg der sachgerechten Schätzung gemäß § 15 Abs. 4 Satz 2 UStG offen. Aus den im Verfahren vorgelegten Rezepten und Rechnungen ist für die Beklagte auch heute noch erkennbar, welche Medikamente sie jeweils in welcher Menge abgegeben hatte.

69 (ccc) Ein übermäßiger und damit unzumutbarer Aufwand des Vorgehens gegen das Finanzamt ergibt sich entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung auch nicht aus anderen Gründen. Die Revisionserwiderung sieht deswegen übermäßige Kosten auf die Beklagte zukommen, weil die erfolgte Umsatzsteuerabführung "Patient für Patient, Fall für Fall und Jahr für Jahr", also bezüglich sämtlicher privat und gesetzlich versicherter Patienten, rückabzuwickeln sei. Für die Rückforderung der Umsatzsteuer gilt aus Sicht der Revisionserwiderung mithin ein "Alles-oder-Nichts"-Prinzip, wonach die Beklagte für sämtliche in der Vergangenheit gestellte Rechnungen einheitlich vorgehen müsste.

70 Eine materiell-steuerrechtliche Vorschrift, die ein solches "Alles-oder-Nichts"-Prinzip für Rechnungsberichtigungen im Sinne des § 14c Abs. 1 Satz 2, § 14 Abs. 6 Nr. 5 UStG in Verbindung mit § 31 Abs. 5 Satz 1 Buchst. b UStDV nach Maßgabe der tatsächlichen Rechtslage vorgibt, ist jedoch nicht ersichtlich. Insbesondere steht einem selektiven Vorgehen der Beklagten nicht der sich aus Art. 3 Abs. 1 GG ergebende Grundsatz der Steuergerechtigkeit in seiner Ausprägung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung (vgl. Klein/Gersch, AO, 14. Auflage, § 3 Rn. 12) entgegen. Denn auch ein etwaig bestehendes Wahlrecht, nur einzelne, sämtliche oder keine Umsätze nachträglich im Verhältnis zu dem Finanzamt als umsatzsteuerfrei zu behandeln, stünde sämtlichen Umsatzsteuerpflichtigen, also allen beteiligten Krankenhäusern, in gleichgelagerten Fällen in gleicher Weise zu.

71 Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden und ist daher im Revisionsverfahren zugunsten der Beklagten zu unterstellen, dass die Finanzbehörden ein solches einheitliches Vorgehen - sei es bezogen auf einzelne Veranlagungszeiträume, sei es insgesamt für die Vergangenheit - dennoch etwa aus Gründen einer praktikablen Handhabung der Rückabwicklung der Umsatz-

steuer von den Steuerpflichtigen verlangen. Zwar ist dem Wortlaut des Schreibens des Bundesministeriums der Finanzen aus dem Jahr 2016 für den Bereich des Handelns der Finanzverwaltung ein solches "Alles-oder-Nichts"-Prinzip nicht zu entnehmen. Denn dort heißt es unter anderem: "Wird die Lieferung von Zytostatika als ein [...] Umsatz [...] steuerfrei behandelt", "Beruft sich der Unternehmer für einen bereits getätigten Umsatz auf die Grundsätze des BFH-Urteils [...] V R 19/11", "Hat der Unternehmer in einer Rechnung für eine Lieferung einen Steuerbetrag ausgewiesen [...] kann er die Rechnung [...] berichtigen" (UR 2016, 891, 892). Dies legt die Möglichkeit eines selektiven Vorgehens durch den betroffenen Unternehmer nahe. Welche Haltung die zuständigen Finanzbehörden einnehmen, ist aber offen.

72

Allein diese Unwägbarkeiten führen jedoch nicht dazu, dass eine ergänzende Vertragsauslegung auszuschließen hätte. Denn selbst wenn sich die Beklagte im Hinblick auf die begehrte Rückerstattung der Umsatzsteuer gegenüber ihrem Finanzamt letztlich entscheiden müsste, ob sie bezüglich - im Extremfall - sämtlicher gleichgelagerter Verträge der Vergangenheit Rechnungskorrekturen vornimmt und ihre Steuerschuld entsprechend gegenüber dem Finanzamt berichtigt (§ 14c Abs. 1 Satz 2, § 17 Abs. 1 Satz 1 und 7 UStG) oder ob sie in keinem Fall eine Rückerstattung vom Finanzamt verlangen möchte, ist aufgrund ihres pauschal gehaltenen Vortrags nicht erkennbar, worin der unzumutbare Aufwand für ein solches umfassendes Vorgehen bestünde. Die abgeführte Umsatzsteuer könnte vielmehr im Ganzen zurückverlangt und die etwaig vorgenommenen Vorsteuerabzüge betreffend die hierfür durch die Beklagte getätigten umsatzsteuerpflichtigen Aufwendungen könnten im Einklang mit § 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UStG durch das Finanzamt unkompliziert im Ganzen gestrichen werden.

73 bb) Sofern auf die Beklagte infolge einer Rechnungskorrektur nicht auch - wegen des rückwirkenden Ausschlusses anteiliger Vorsteuerabzüge - erhebliche Zinsforderungen des Finanzamts zukommen sollten, käme nach alledem eine ergänzende Vertragsauslegung dahin in Betracht, dass dem Versicherungsnehmer der Klägerin ein Rückzahlungsanspruch zustünde. Dieser beliefe sich aber gegebenenfalls nicht auf die volle Höhe des entrichteten Umsatzsteueranteils. Vielmehr bestünde er allein in Höhe der Differenz zwischen den vertraglich tatsächlich vereinbarten Entgelten und den Preisen, die der Versicherungsnehmer der Klägerin und die Beklagte zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses als redliche Vertragspartner hypothetisch vereinbart hätten, wenn ihnen die Steuerfreiheit der Umsätze der Beklagten aus den Verträgen über die Herstellung und Lieferung von Zytostatika bekannt gewesen wäre und sie ihrer Willensbildung weiter - als hypothetischen Umstand - zugrunde gelegt hätten, dass auch die Finanzbehörden bereits zum damaligen Zeitpunkt von einer Umsatzsteuerfreiheit ausgingen. In Höhe dieser etwaigen Differenz wäre bei Vorliegen der Voraussetzungen einer ergänzenden Vertragsauslegung der Rechtsgrund für die jeweiligen Zahlungen des Versicherungsnehmers der Klägerin ab dem Zeitpunkt entfallen, in dem die Beklagte im Jahr 2016 schließlich die Möglichkeit erhielt, die abgeführte Umsatzsteuer von ihrem Finanzamt zurückzuerlangen. Auf die Klägerin wäre allerdings ein etwaiger Rückforderungsanspruch nur zu 30 % übergegangen, da sie ihrem Versicherungsnehmer nur einen solchen Anteil erstattet hat.

74 (1) Der unter den vorstehend beschriebenen Voraussetzungen maßgebliche hypothetisch vereinbarte Kaufpreis errechnete sich für den jeweiligen Vertrag in der Weise, dass ein Betrag in Höhe des Umsatzsteueranteils von dem tatsächlich vereinbarten Kaufpreis abgezogen, dafür jedoch die anteilig auf den Vertrag entfallende, von der Beklagten gegebenenfalls gemäß § 15 UStG in

Bezug auf die vertraglich geschuldete Leistung bei ihrem Finanzamt angemeldete Vorsteuer addiert würde.

75

(a) Die bei der Ermittlung der hypothetisch vereinbarten Preise vorzunehmende Addition der durch die Beklagte etwaig angemeldeten Vorsteuer entspräche dem - anknüpfend an die Regelungen und Wertungen der abgeschlossenen Verträge und gemessen an den Geboten von Treu und Glauben zu ermittelnden - hypothetischen Willen der Vertragsparteien. Wäre die Steuerfreiheit der streitgegenständlichen Umsätze gemäß § 4 Nr. 14 Buchst. b UStG von Anfang an bekannt gewesen, hätte die Beklagte insoweit auch keinen Vorsteuerabzug gegenüber dem Finanzamt vornehmen können und damit die eigenen Umsatzsteueraufwendungen auf den jeweiligen Vertrag - ohne eine vertragliche Weitergabe an den Versicherungsnehmer der Klägerin - im Ergebnis zunächst selbst tragen müssen.

76

(b) Der Entfall des Vorteils eines etwaig vorgenommenen Vorsteuerabzugs wäre jedoch nach dem - unter den beschriebenen Voraussetzungen anzunehmenden - hypothetischen Parteiwillen nicht endgültig von der Beklagten zu tragen. Denn dem Regelungsplan der Vertragsparteien liegt die Vorstellung zugrunde, dass die Aufwendungen, die die Beklagte für die Herstellung der Zytostatika dauerhaft zu erbringen hat, in voller Höhe an den Versicherungsnehmer der Klägerin weitergegeben werden. Ausgehend hiervon hätten die Vertragsparteien bei einer nicht gegebenen Möglichkeit des Vorsteuerabzugs der Beklagten ihrer Preisvereinbarung - neben etwaigen sonstigen zulässigerweise angesetzten Preisbestandteilen - redlicherweise auch die für die Medikamentenherstellung getätigten Aufwendungen (insbesondere die bei dem Einkauf der benötigten Grundstoffe und Materialien anfallenden Bruttopreise) zugrunde gelegt.

77 Dass der sich sonach gegebenenfalls aus einer ergänzenden Vertragsauslegung ergebende Rückzahlungsanspruch der Klägerin beziehungsweise ihres Versicherungsnehmers wegen Schätzungsunwägbarkeiten (§ 15 Abs. 4 Satz 2 UStG) möglicherweise (geringfügig) einen von der Beklagten tatsächlich gegenüber dem Finanzamt realisierbaren Rückforderungsanspruch übersteigen würde, ist unschädlich. Denn es entspräche jedenfalls nicht dem hypothetischen Willen beider Vertragsparteien, dem Versicherungsnehmer der Klägerin sämtliche Nachteile der etwaigen Lückenhaftigkeit der mit der Beklagten getroffenen Preisvereinbarung aufzubürden. Dieser hat bereits die Verpflichtung übernommen, der Beklagten auf ungewisse Zeit einen Umsatzsteuerbetrag zuzuwenden, dessen Abführung diese vorliegend materiell-rechtlich zu keinem Zeitpunkt geschuldet hatte.

78 (c) Im Hinblick auf die Notwendigkeit, einen etwaig vorgenommenen Vorsteuerabzug rückabzuwickeln, wird die Beklagte bei ihren Rechnungskorrekturen gegenüber dem Versicherungsnehmer der Klägerin zu beachten haben, dass sie neben einer Streichung des vollen Umsatzsteuerbetrages zugleich eine Erhöhung des (Netto-)Entgelts um die etwaig jeweils (anteilig) auf den Umsatz angemeldete, aber nach Rechnungskorrektur rückwirkend vom Abzug ausgeschlossene Vorsteuer im Sinne des § 15 Abs. 1 UStG vornehmen muss. Ein solches Vorgehen bei der Rechnungskorrektur ist deshalb geboten, weil das Finanzamt der Beklagten die Umsatzsteuer - losgelöst von der zivilrechtlichen Sicht auf die Bruttopreisabrede und die sich daraus ergebende Unselbständigkeit der Preisbestandteile - nur erstatten wird, "soweit" (vgl. Abschn. 14c.1 Abs. 5, Beispiel Satz 3 UStAE) sie selbst eine Rückzahlung vornimmt, davon unabhängig aber zugleich rückwirkend für den Besteuerungszeitraum 2013 die etwaig durch die Beklagte vorgenommenen Vorsteuerabzüge in Fortfall bringen wird. Um sicherzustellen, dass der aus Sicht des Finanzamts vor einer Rückerstattung der Umsatzsteuer an den Versicherungsnehmer der Klä-

gerin (beziehungsweise in Höhe von 30 % an die Klägerin) auszukehrende Betrag der Höhe nach demjenigen entspricht, dessen Rückzahlung nach dem hypothetischen Parteiwillen aus zivilrechtlicher Sicht geschuldet ist (Umsatzsteuer abzüglich gegebenenfalls vorgenommener Vorsteuerabzüge), ist es erforderlich, dass nicht nur die Umsatzsteuer gestrichen, sondern auch das bislang angesetzte Nettoentgelt um die gegebenenfalls vorgenommenen, nun aber rückwirkend entfallenden Vorsteuerabzüge nachträglich erhöht wird. Dieser Erhöhungsbetrag ist - was für das Finanzamt maßgebend sein wird - naturgemäß von dem Versicherungsnehmer der Klägerin bislang nicht gezahlt worden.

79 (2) Eine ergänzende Vertragsauslegung mit dem vorstehend beschriebenen Inhalt könnte allerdings dann ausscheiden, wenn der Beklagten gegenüber dem Finanzamt im Zusammenhang mit der Rückabwicklung etwaig vorgenommener Vorsteuerabzüge erhebliche Zinsschulden drohten. Dieser Gesichtspunkt ist vom Senat von Amts wegen bei der Frage zu berücksichtigen, ob die rechtlichen Voraussetzungen für eine ergänzende Vertragsauslegung (planwidrige Regelungslücke) vorliegen.

80 (a) Aus den Bestimmungen der § 233a Abs. 1, 3 und 5, § 238 AO folgt, dass das Finanzamt bei einem rückwirkenden Ausschluss der vorgenommenen anteiligen Vorsteuerabzüge (Nachzahlungs-)Zinsen in Höhe von jährlich sechs Prozent, beginnend 15 Monate nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Steuer entstanden ist (§ 233a Abs. 2 Satz 1 AO), festsetzt. Hieraus könnten der Beklagten, je nachdem, ob und in welcher Höhe sie - was bislang nicht festgestellt ist - überhaupt Vorsteuerabzüge in Bezug auf die getätigten Geschäfte vorgenommen hat und wie sich das zuständige Finanzamt bezüglich der Zinsfrage verhalten wird, erhebliche Vermögenseinbußen entstehen. Denn die Beklagte schuldet die abgeführte Umsatzsteuer aufgrund der Rechnungstellung gemäß § 14c Abs. 1 Satz 1 UStG bis zu dem Zeitpunkt, in dem sie den Steuer-

betrag (nach Rechnungskorrektur und Auskehr der Differenz an ihren Vertragspartner) gemäß § 14c Abs. 1 Satz 2, § 17 Abs. 1 Satz 1 und 7 UStG berichtigt. Daher werden auf diesen Betrag keine Zinsen zu ihren Gunsten ab Verstreichen eines Zeitraums von 15 Monaten seit dessen Abführung an das Finanzamt festgesetzt, sondern erst seit der Berichtigung des Steuerbetrags.

81

Demgegenüber schuldet die Beklagte bei einer Rechnungskorrektur und einer sich daran anschließenden Änderung der Steueranmeldung durch das Finanzamt (Streichung der Vorsteuerabzüge) für das Jahr 2013 gemäß § 37 Abs. 2 AO rückwirkend die Nachzahlung etwaig abgezogener Vorsteuern, denn insoweit greifen die Vorschriften der § 14c Abs. 1 Satz 2, § 17 Abs. 1 Satz 7 UStG nicht ein. Bezüglich des somit gegebenen Auseinanderfallens der Berichtigungszeiträume unterscheidet sich der Streitfall in einem entscheidenden Punkt von den den Verfahren VIII ZR 7/18 und VIII ZR 66/18 (Urteile vom heutigen Tag, jeweils zur Veröffentlichung vorgesehen) zugrunde liegenden Sachverhaltskonstellationen. Dort waren keine Rechnungen mit den von § 14c Abs. 1 UStG geforderten Angaben ausgestellt worden, so dass bei fehlender Bestandskraft der Steuerfestsetzungen sowohl Umsatzsteuer als auch Vorsteuerabzüge rückwirkend berichtigt werden können und sich dann ein - zu verzinsender - Saldo zugunsten des Krankenhauses ergibt. Bei strikter Anwendung der Zinsvorschriften der § 233a Abs. 1, 3 und 5, § 238 AO auf den rückwirkend geschuldeten Nachzahlungsbetrag bezüglich zu Unrecht vorgenommener Vorsteuerabzüge könnte sich die Beklagte hier also infolge des inzwischen verstrichenen langen Zeitraums einer erheblichen Zinsforderung des Finanzamts ausgesetzt sehen.

82

(b) Ob und in welcher Höhe das zuständige Finanzamt tatsächlich Nachzahlungszinsen geltend machen würde, ist jedoch offen. Zum einen bestehen aus Sicht des Bundesfinanzhofs jedenfalls ab dem Verzinsungszeitraum 2015

mit Blick auf das Übermaßverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) und das strukturelle und verfestigte Niedrigzinsniveau schwere verfassungsrechtliche Zweifel an der in § 238 Abs. 1 Satz 1 AO angeordneten Zinshöhe (BFHE 260, 431 Rn. 15 ff.). Zum anderen ist ungeklärt, ob und in welchem Maße das Finanzamt berücksichtigen wird, dass sich für die Beklagte nur deshalb aus der ihr möglichen nachträglichen Behandlung der Umsätze als umsatzsteuerfrei gegenüber dem Finanzamt kein zu verzinsender Saldo zu ihren Gunsten ergeben würde, weil sie - anders als andere Krankenhäuser in gleichgelagerten Fällen - Rechnungen mit (unrichtigem) gesondertem Steuerausweis gemäß § 14c Abs. 1 Satz 1 UStG ausgestellt hat, anstatt die vermeintlich geschuldete Umsatzsteuer aufgrund einer diesen Voraussetzungen nicht entsprechenden Rechnung (etwa nur unter Angabe eines Gesamtbruttobetrages) von den Patienten zu erheben und den jeweiligen Umsatzsteuerbetrag allein auf Grundlage einer entsprechenden Vorsteueranmeldung beziehungsweise Steueranmeldung an das Finanzamt abzuführen.

83

Im Rahmen der Spielräume der Finanzbehörden könnte insoweit von Bedeutung sein, dass durch die Rechnungstellung der Beklagten gemäß § 14c Abs. 1 Satz 1 UStG eine - mit einem solchem Vorgehen grundsätzlich verbundene - Gefährdung des Steueraufkommens bereits strukturell ausgeschlossen war, weil die Patienten eines Krankenhauses im Hinblick auf den Erwerb der ihnen selbst im Rahmen einer Heilbehandlung verabreichten Zytostatika auch im Fall einer Umsatzsteuerpflichtigkeit dieser Geschäfte unter keinem denkbaren Gesichtspunkt vorsteuerabzugsberechtigt im Sinne des § 15 Abs. 1 UStG sein können (vgl. zu Ermessensspielräumen der Finanzverwaltung BFHE 255, 340 Rn. 32 f.[dort zur Steuerfestsetzung und in Bezug auf § 14c Abs. 2 UStG]).

84

(c) Je nach Höhe der sich letztlich ergebenden Zinsschuld stünde das Interesse des Versicherungsnehmers der Klägerin an einer Rückzahlung in kei-

nem angemessenen Verhältnis mehr zu den sich für die Beklagte aus einer solchen Rückzahlung und den sich aus einer möglichen Berichtigung der eigenen Steuerschuld gegenüber dem Finanzamt ergebenden Nachteilen. Erreichten oder überstiegen die Zinsforderungen einen sich etwa aus der Differenz des Umsatzsteueranteils und erfolgter Vorsteuerabzüge ergebenden Rückzahlungsbetrag des Versicherungsnehmers der Klägerin beziehungsweise blieben sie nur unerheblich dahinter zurück, entspräche eine Rückzahlung nicht dem hypothetischen Interesse der Vertragsparteien, weshalb die Verträge mangels hypothetisch abweichender Vereinbarungen keine planwidrige Regelungslücke als Voraussetzung einer ergänzenden Vertragsauslegung aufwiesen.

85

3. Im Falle eines Vorliegens der Voraussetzungen einer ergänzenden Vertragsauslegung könnte die Beklagte nicht mit Erfolg geltend machen, sie sei aufgrund der Abführung des jeweiligen Umsatzsteueranteils an das Finanzamt im Sinne des § 818 Abs. 3 BGB entreichert, weil der abgeführte Betrag nicht mehr in ihrem Vermögen vorhanden sei oder weil sie gegen das Finanzamt nur eine Rückforderung in etwas geringerem Umfang als den der Klägerin geschuldeten Rückzahlungsanspruch zur Entstehung bringen und durchsetzen könne.

86

Denn ungeachtet der Frage, in welchen Fallkonstellationen sich ein Bereicherungsschuldner gegebenenfalls auf den Wegfall der Bereicherung infolge einer Abführung der Umsatzsteuer berufen kann (vgl. hierzu BGH, Urteile vom 27. Januar 2015 - KZR 90/13, WM 2015, 680 Rn. 40; vom 18. April 2012 - VIII ZR 253/11, NVwZ-RR 2012, 570 Rn. 24; vom 8. Mai 2008 - IX ZR 229/06, NJW-RR 2008, 1369 Rn. 11; vom 15. Januar 1992 - IV ZR 317/90, WM 1992, 745 unter II 2; vom 25. März 1976 - VII ZR 32/75, BGHZ 66, 150, 157; vom 30. September 1970 - VIII ZR 221/68, NJW 1970, 2059 unter 4 b bb; RGZ 170, 65, 67 f.), wäre der Beklagten diese Möglichkeit mit Blick auf die gegebenenfalls ergänzend ausgelegten Verträge zwischen ihr und dem Versicherungsnehmer

der Klägerin, auf denen der Wegfall des Rechtsgrunds und damit auch die nachträglich eintretende ungerechtfertigte Bereicherung der Beklagten beruhen würde, bereits deswegen verwehrt, weil dies dem etwaigen hypothetischen Parteiwillen zuwiderlaufen würde (näher hierzu Senatsurteile vom heutigen Tag - VIII ZR 7/18, aaO unter II 3, und VIII ZR 66/18, aaO unter II 3; jeweils zur Veröffentlichung bestimmt).

III.

87

Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, da das Berufungsgericht - aus seiner Sicht zutreffend - bislang weder Feststellungen zu der Frage getroffen hat, ob und in welchem Umfang die Beklagte bezüglich der vorliegenden Verträge von ihrer zunächst vermeintlich bestandenen Vorsteuerabzugsberechtigung Gebrauch gemacht hat, noch dazu, ob und welche Zinsschäden der Beklagten infolge einer Rechenkorrektur und der Berichtigung des Steuerbetrags gegenüber dem Finanzamt (§ 14c Abs. 1 Satz 2, § 17 Abs. 1 Satz 1 und 7 UStG) entstehen würden. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

88

1. Das Berufungsgericht wird nach insoweit ergänzendem Vortrag der Parteien noch Feststellungen zu der Frage zu treffen haben, ob die Beklagte in Bezug auf die getätigten Geschäfte überhaupt und gegebenenfalls in welcher Höhe Vorsteuerabzüge gegenüber ihrem Finanzamt im Rahmen der Umsatzsteuervoranmeldungen (§ 18 Abs. 1 UStG) beziehungsweise der (Jahres-) Steueranmeldung (§ 18 Abs. 3 UStG) des Jahres 2013 vorgenommen hat.

89

2. In Bezug auf etwaige der Beklagten drohende Zinsschulden wird das Berufungsgericht, falls die Beklagte konkret festgestellte Vorsteuerabzüge vor-

genommen hat, nach entsprechendem Vortrag der Parteien - und gegebenenfalls nach Einholung amtlicher Auskünfte gemäß § 273 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO bei dem zuständigen Finanzamt - Feststellungen dazu zu treffen haben, in welcher Höhe dieses auf die im Falle einer Rechnungskorrektur nachzuerhebenden Vorsteuerabzüge voraussichtlich Zinsen festsetzen wird.

90

3. Auf den im Revisionsverfahren weiterverfolgten Hilfsantrag auf Rechnungskorrektur kommt es im wiedereröffneten Berufungsverfahren nicht an. Bei einer (auch nur teilweisen) Stattgabe des Zahlungsantrags wäre über den Hilfsantrag mangels Eintritts der (innerprozessualen) Bedingung nicht zu entscheiden. Im Falle einer Abweisung des Zahlungsbegehrens wegen Fehlens der Voraussetzungen einer ergänzenden Vertragsauslegung bestünde keine Veranlassung für eine Rechnungsberichtigung, denn diese soll lediglich der Verwirklichung eines Zahlungsanspruchs des Versicherungsnehmers der Klägerin dienen.

Dr. Milger

Dr. Schneider

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Dr. Schmidt

Vorinstanzen:

AG Gelsenkirchen, Entscheidung vom 04.07.2017 - 405 C 269/17 -

LG Essen, Entscheidung vom 27.02.2018 - 15 S 162/17 -