



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ZR 171/19

vom

12. Mai 2020

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GG Art. 103 Abs. 1

Zum Vorliegen einer gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verstoßenden Überraschungsentscheidung, wenn das Gericht bewusst von einer ihm zur Kenntnis gebrachten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (hier: Voraussetzungen für eine ergänzende Vertragsauslegung bezüglich der Rückforderung von Umsatzsteuer, die für die Lieferung patientenindividuell von einer Krankenhausapotheke hergestellter Zytostatika berechnet wurde) abweicht, ohne den Parteien hierzu einen konkreten Hinweis zu erteilen und ausreichende Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

BGH, Beschluss vom 12. Mai 2020 - VIII ZR 171/19 - OLG Frankfurt in Kassel
LG Marburg

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 12. Mai 2020 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, die Richterin Dr. Fetzer, die Richter Dr. Büniger und Dr. Schmidt sowie die Richterin Wiegand

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers wird das Urteil des 25. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 26. April 2019 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an den 3. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens wird auf 94.603,08 € festgesetzt.

Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden niedergeschlagen.

Gründe:

I.

- 1 Der Kläger ist ein privater Krankenversicherer. Das von der Beklagten am Standort M. betriebene Krankenhaus stellt in seiner hauseigenen Apotheke patientenindividuell sogenannte Zytostatika (Krebsmedikamente zur Anwendung in der Chemotherapie) her. Der Kläger hat die Beklagte als Trägerin des Krankenhauses zuletzt auf Rückerstattung von Umsatzsteuer, hilfsweise

auf Abänderung der gestellten Rechnungen dahin, dass die patientenindividuell hergestellten Zubereitungen umsatzsteuerfrei sind, in Anspruch genommen.

2 Für die in den Jahren 2011 bis einschließlich August 2016 erfolgte Abgabe solcher Medikamente an mehr als 70 Versicherungsnehmer des Klägers berechnete die Beklagte insgesamt einen Betrag in Höhe von 1.251.408,13 €. Der Kläger erstattete hiervon nach seiner Darstellung eine Summe von 592.514,01 €, die eine Umsatzsteuer in Höhe von 94.603,08 € (19 %) einschloss. Dem genannten Gesamtbetrag lagen Rezepte zugrunde, in denen jeweils ein als "Gesamt-Brutto" bezeichneter Preis ausgewiesen war. Bei der Preiskalkulation ging die Krankenhausapotheke davon aus, dass die aus der Veräußerung von Zytostatika resultierenden Umsätze einer Umsatzsteuer von 19 % unterlagen. In den gestellten Rechnungen wurde - soweit vorgelegt - nur der auf die jeweiligen Zytostatika entfallende Betrag, ohne Ausweis von Nettorentgelt, Steuersatz und Steuerbetrag aufgeführt. Ob die Umsatzsteuer bestandskräftig festgesetzt worden ist, ist bislang nicht festgestellt.

3 Am 24. September 2014 erging ein Urteil des Bundesfinanzhofs (Aktenzeichen 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 (Aktenzeichen 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 hinwies.

4 Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger gegen die Beklagte einen auf Bereicherungsrecht gestützten Anspruch aus übergegangenem Recht seiner Versicherungsnehmer auf Rückzahlung von insgesamt 94.603,08 € nebst Zinsen geltend gemacht. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers, der im Berufungsverfahren die Klage um den Hilfsantrag auf Abänderung der Rechnungen erweitert und sich auf die zwischenzeitlich veröffentlichten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 20. Februar 2019 (VIII ZR 7/18, VIII ZR 66/18, VIII ZR 115/18 und VIII ZR 189/18) bezogen hat, ist ohne Erfolg geblieben. Das Berufungsgericht hat die Revision nicht zugelassen. Hiergegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers, mit der er sein Klagebegehren unverändert weiterverfolgt.

II.

5 Das Berufungsgericht (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 26. April 2019 - 25 U 60/18, juris) hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

6 Dem Kläger stünden gegen die Beklagte keine Ansprüche nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, Satz 2 Alt. 1 BGB aus übergegangenem Recht seiner Versicherungsnehmer (§ 194 Abs. 2, § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG) auf Erstattung überzahlter Umsatzsteuer in Höhe von insgesamt 94.603,08 € zu. Rechtsgrund für die erfolgten Zahlungen seien die von den Vertragsparteien geschlossenen Werklieferungsverträge nach § 651 Satz 1 BGB aF. Dabei seien bezüglich der nach § 433 Abs. 2 BGB geschuldeten Vergütung spätestens dadurch Bruttopreisvereinbarungen zustande gekommen, dass die Patienten die von der

Krankenhausapotheke für die Lieferung von Zytostatika verlangten, ausdrücklich als Bruttopreise bezeichneten, nicht weiter aufgegliederten und damit auch eine zu entrichtende Umsatzsteuer als unselbständigen Preisbestandteil einschließende Entgelte durch die geleisteten Zahlungen akzeptiert hätten.

7 Der Rechtsgrund für die Zahlungen sei auch nicht nachträglich entfallen. Zwar habe der Bundesgerichtshof in seinen Urteilen vom 20. Februar 2019 entschieden, dass die zwischen den Patienten und dem jeweiligen Krankenhaus-träger getroffenen Preisvereinbarungen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB dahin zu vervollständigen sein könnten, dass der jeweils geschlossene Vertrag insoweit nicht mehr als Rechtsgrund für einen der Höhe nach der entrichteten Umsatzsteuer entsprechenden Betrag dienen solle, als der Krankenhausträger nunmehr ohne Beschreiten des Finanzrechtswegs in der Lage sei, einen eigenständigen Rückzahlungsanspruch gegen das Finanzamt erfolgreich geltend zu machen. Eine planwidrige Regelungslücke als Voraussetzung einer ergänzenden Vertragsauslegung könne nach den vorge-nannten Urteilen indes nur dann angenommen werden, wenn die Vertragspar-teien - sei es auch "ohne Problembewusstsein", also ohne dies konkret zu be-denken - übereinstimmend von dem Bestehen einer Umsatzsteuerpflicht aus-gegangen seien. Sei dagegen zumindest eine der Vertragsparteien nicht von einer Steuerbarkeit der Umsätze ausgegangen, dann fehle es in Bezug auf die Umsatzsteuer an einem gemeinsamen Regelungsplan, der lückenhaft sein könnte.

8 So lägen die Dinge hier. Das Landgericht habe nicht festgestellt, dass auch die Patienten in Bezug auf die Umsatzsteuerpflicht einer Fehlvorstellung unterlegen seien. Vielmehr habe es angenommen, Anhaltspunkte für einen ge-meinsamen Irrtum der Vertragsparteien über die Steuerbarkeit der Umsätze lägen nicht vor. Soweit der Kläger diese Feststellung in der Berufungsbegrün-

dung mit der Erwägung angegriffen habe, die Existenz umsatzsteuerfreier Lieferungen und Leistungen sei in der Bevölkerung kaum bekannt, weshalb unterstellt werden könne, dass alle Verbraucher von einer Umsatzsteuerpflicht ausgingen, handele es sich um bloße Mutmaßungen, die keine Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der getroffenen Feststellung (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) wecken könnten. Anders als der Kläger meine, sei es keineswegs fernliegend, dass privat krankenversicherte Patienten, weil sie Krankenhausrechnungen selbst erhielten und bezahlten, Kenntnis von der Umsatzsteuerfreiheit von Krankenhausbehandlungen (§ 4 Nr. 14 Buchst. b UStG) hätten und deshalb in Übereinstimmung mit der materiellen Rechtslage davon ausgingen, dass auch hiermit eng verbundene Umsätze, etwa aus der ärztlich verordneten Lieferung von Medikamenten für eine Krebstherapie, steuerfrei seien.

9 Hierbei sei auch zu beachten, dass die Patienten, die mit der Krankenhausapotheke regelmäßig nicht in Kontakt kämen - anders als beim Kauf von Medikamenten in öffentlichen Apotheken - nicht ohne weiteres die Vorstellung entwickelten, die ärztliche Behandlung durch Krankenhausärzte und die Abgabe individuell hergestellter Medikamente durch die Krankenhausapotheke seien gesondert zu betrachtende Leistungen, die umsatzsteuerrechtlich unterschiedlich zu behandeln seien. Vor diesem Hintergrund könne den Patienten nicht ohne dahingehende Anhaltspunkte unterstellt werden, sie seien im Widerspruch zur materiellen Rechtslage von einer Steuerbarkeit der Medikamentenlieferungen ausgegangen, auch wenn die Finanzverwaltung seinerzeit einem entsprechenden Irrtum unterlegen sei.

10 Derartige Anhaltspunkte habe das Landgericht mangels entsprechenden Parteivortrags nicht festgestellt. Es sei nicht einmal ersichtlich, dass den Patienten die Einberechnung von Umsatzsteuern in die Medikamentenpreise bekannt

gewesen sei, denn die Bezeichnung des von der Beklagten in Rechnung gestellten Preises als "Bruttopreis" - ohne jeden Hinweis auf einen Umsatzsteueranteil - enthalte keine Aussage dahin, dass darin Umsatzsteuern einkalkuliert seien. Aus Sicht der Patienten bedeute die Berechnung eines "Bruttopreises" lediglich, dass sie über den verlangten Endbetrag hinaus keine weitergehenden Kosten zu tragen hätten. Unabhängig hiervon würde die bloße Kenntnis davon, dass die Beklagte von einer Umsatzsteuerpflicht ausgegangen sei, nicht genügen, um eine entsprechende Fehlvorstellung der Patienten anzunehmen. Insbesondere sei es denkbar, dass sie sich, wie die Beklagte in ihrer Klageerweiterung unwidersprochen vorgetragen habe, mit Rücksicht auf ihren versicherungsvertraglichen Erstattungsanspruch überhaupt keine Gedanken über den Anfall von Umsatzsteuern gemacht hätten.

III.

11 Die zulässige Nichtzulassungsbeschwerde hat in der Sache Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 9 ZPO zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die angefochtene Entscheidung verletzt in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Denn das Berufungsgericht hat – wie die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht rügt - eine dem Gebot des rechtlichen Gehörs zuwiderlaufende Überraschungsentscheidung getroffen. Es hat - ohne dem Kläger hierzu einen entsprechenden Hinweis zu erteilen und ihm ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben - rechtsirrig angenommen, eine ergänzende Vertragsauslegung nach den vom Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen vom 20. Februar 2019 (VIII ZR 7/18, BGHZ 221, 145, VIII ZR 66/18, juris, VIII ZR 115/18, ZMGR 2019, 169, und VIII ZR 189/18, juris) aufgestellten Grundsätzen komme im Streitfall man-

gels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht, weil es aufgrund unzureichenden Parteivortrags an Anhaltspunkten dafür fehle, dass auch die Patienten vom Bestehen einer Umsatzsteuerpflicht ausgegangen seien.

12 1. Das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) normiert zwar keine umfassende Frage-, Aufklärungs- und Informationspflicht des Gerichts, insbesondere nicht im Blick auf dessen Rechtsansichten (st. Rspr.; vgl. etwa BVerfGE 67, 90, 96; 74, 1, 5; 86, 133, 145; BVerfG, Beschluss vom 1. August 2017 - 2 BvR 3068/14, NJW 2017, 3218 Rn. 50). Denn es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die nähere Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs den einzelnen Verfahrensordnungen überlassen bleiben muss (BVerfGE 60, 1, 5; 67, 208, 211; BVerfG, Beschluss vom 1. August 2017 - 2 BvR 3068/14, aaO) und nicht schon jeder Verstoß gegen die einfachgesetzlichen Hinweispflichten, etwa gegen die in § 139 ZPO normierten Anforderungen, eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG darstellt (st. Rspr.; vgl. etwa BVerfGK 1, 211, 213; BVerfG, Beschluss vom 1. August 2017 - 2 BvR 3068/14, aaO).

13 Nur soweit gegen den engeren Kern der Hinweispflichten der Verfahrensordnungen verstoßen wird, liegt eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG vor (vgl. BVerfGE 36, 85, 88; BVerfG, Beschluss vom 1. August 2017 - 2 BvR 3068/14, aaO). Ein solcher Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG liegt bei einer unzulässigen Überraschungsentscheidung vor, wenn das Gericht einen Sachverhalt oder ein Vorbringen in einer Weise würdigt, mit der ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem vorherigen Verfahrensverlauf nicht rechnen konnte (st. Rspr.; vgl. etwa BVerfGE 96, 189, 204; 98, 218, 263; 108, 341, 345 f.; BVerfG, Beschlüsse vom 1. August 2017 - 2 BvR 3068/14, aaO Rn. 51; vom 15. Februar 2017 - 2 BvR 395/16, juris Rn 6; jeweils mwN; vgl. auch BGH, Beschlüsse vom 17. August 2010 - I ZR 153/08, juris Rn. 5; vom

3. Juli 2014 - IX ZR 285/13, WM 2014, 1786 Rn. 7 mwN). Stützt das Gericht dabei seine Würdigung auf aus seiner Sicht unzureichenden Parteivortrag, den es für entscheidungserheblich ansieht, muss es die Parteien unmissverständlich hierauf hinweisen und ihnen die Möglichkeit eröffnen, ihr Vorbringen zu ergänzen (BGH, Beschlüsse vom 3. Juli 2014 - IX ZR 285/13, aaO; vom 9. Juni 2005 - V ZR 271/04, NJW 2005, 2624 unter II 2 b).

14 2. Dieser Verpflichtung ist das Berufungsgericht nicht nachgekommen. Es hat das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke in Abweichung zu der von ihm nur unzureichend erfassten Rechtsprechung des Senats und unter Heranziehung sachfremder Erwägungen mit der rechtsfehlerhaften Begründung abgelehnt, das Landgericht habe - für das Berufungsverfahren nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindend - nicht festgestellt, dass auch die Patienten einer Fehlvorstellung über das Bestehen einer Umsatzsteuerpflicht unterlegen seien. Mit einer solchen Würdigung musste auch ein kundiger und gewissenhaft agierender Prozessbeteiligter, der - wie hier - dem Berufungsgericht zudem die grundlegenden Entscheidungen des Senats zu den Voraussetzungen, unter denen ein bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch der Patienten im Hinblick auf die entrichteten Umsatzsteueranteile in Betracht kommt, zur Kenntnis gebracht hat, nicht rechnen.

15 a) Das Berufungsgericht hat die im Zusammenhang mit der Erörterung einer Vertragsanpassung nach § 313 BGB erfolgte und damit auf einer anderen rechtlichen Grundlage als die vom Senat geprägten Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung beruhende und nicht näher begründete Feststellung des Landgerichts zum Nichtvorliegen eines gemeinsamen "Irrtums der Vertragsparteien über die Steuerbarkeit der Umsätze" trotz der einen anderen rechtlichen Ansatz verfolgenden, vom Kläger in zweiter Instanz in Bezug genommenen Senatsrechtsprechung als bindende Feststellung bewertet, ohne

dem Kläger insoweit einen entsprechenden Hinweis zu erteilen. Ein solcher Hinweis wäre aber im Hinblick auf die damit verbundene Abweichung von der Rechtsprechung des Senats und die Annahme einer Bindung nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an eine von der Vorinstanz zu einer anderen rechtlichen Ausgangslage getroffenen Feststellung zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs erforderlich gewesen.

- 16 aa) Das Berufungsgericht hat bereits die Rechtsprechung des Senats zu den Anforderungen an eine für eine ergänzende Vertragsauslegung erforderliche planwidrige Regelungslücke nur unzureichend erfasst. Es hat zwar im Ansatz erkannt, dass eine ergänzende Vertragsauslegung, die die gemeinsame Vorstellung der Vertragsparteien voraussetzt, dass die Lieferung von Zytostatika ein umsatzsteuerpflichtiges Geschäft darstellt, nicht auf die Fälle beschränkt ist, in denen diese die Frage der Umsatzsteuerpflicht konkret bedacht haben, sondern auch dann geboten ist, wenn die Vertragsparteien ohne Problembewusstsein von einer solchen ausgegangen sein sollten (Senatsurteile vom 20. Februar 2019 - VIII ZR 7/18, aaO Rn. 50, VIII ZR 115/18, aaO Rn. 48, und VIII ZR 189/18, aaO Rn. 47). Dabei hat der Senat in der Entscheidung VIII ZR 115/18 betont, dass eine planwidrige Regelungslücke auch dann vorliegt, wenn sich die Patienten - was häufig vorkommen dürfte - keine Gedanken über die Frage der Umsatzsteuerpflicht gemacht haben. Denn auch dann liegt eine Fallgestaltung vor, in der die Vertragsparteien eine 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 haben (Senatsurteile vom 20. Februar 2019 - VIII ZR 115/18, aaO, und VIII ZR 189/18, aaO Rn. 47).

17 Das Berufungsgericht hat zwar auch diese Fundstellen zitiert, bei seiner Würdigung aber hiervon abweichende - rechtsfehlerhafte - Maßstäbe angelegt, indem es die vom Landgericht getroffene Feststellung, dass keine Anhaltspunkte für eine gemeinsame Fehlvorstellung der Vertragsparteien bezüglich der Umsatzsteuerverpflichtung bestünden, unter anderem mit der Erwägung gebilligt hat, es sei denkbar, dass sich die Patienten mit Rücksicht auf ihren versicherungsvertraglichen Erstattungsanspruch keine Gedanken über den Anfall von Umsatzsteuer gemacht hätten. Entgegen der Rechtsprechung des Senats hat das Berufungsgericht also aus dem Umstand, dass sich die Patienten möglicherweise keine Gedanken über eine Umsatzsteuerpflicht oder -freiheit gemacht haben, abgeleitet, dass eine planwidrige Regelungslücke in solchen Fallgestaltungen nicht in Betracht komme. Diese fehlerhafte Sichtweise liegt auch der weiteren Überlegung des Berufungsgerichts zugrunde, in Anbetracht der Gestaltung der von einem Abrechnungsunternehmen für die Beklagte erstellten Rechnungen, in denen weder der Nettobetrag noch ein Umsatzsteuerbetrag oder der Steuersatz ausgewiesen ist, sei den Patienten nicht einmal die Einbeziehung von Umsatzsteuern in die berechneten Preise bekannt gewesen. Dies alles sind Gesichtspunkte, die ein Nichtbedenken der bereits bei Vertragsabschluss bestehenden materiell-rechtlichen Umsatzsteuerfreiheit und des späteren Entfalls der faktischen Umsatzsteuerpflicht nicht in Frage stellen, sondern im Gegenteil belegen.

18 bb) In Anbetracht der vom Senat aufgestellten Grundsätze für eine ergänzende Vertragsauslegung, die nicht mit den vom Landgericht zugrunde gelegten Anforderungen für eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB übereinstimmen, musste auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter, zumal wenn er - wie hier - dem Berufungsgericht die Senatsurteile vom 20. Februar 2019 zur Kenntnis gebracht hatte, nicht damit rechnen, dass das Berufungsgericht die vom Landgericht getroffene und von dem Kläger in der

Berufungsbegründung angegriffene Feststellung (eine solche kann auch in den Entscheidungsgründen enthalten sein, vgl. etwa BGH, Urteile vom 20. Februar 2019 - VIII ZR 7/18, aaO Rn. 49; vom 15. März 2016 - XI ZR 122/14, WM 2016, 780 Rn. 24; jeweils mwN), Anhaltspunkte für einen gemeinsamen Irrtum über die Umsatzsteuerpflicht bestünden nicht, gemäß § 529 Abs. 1 Satz 1 ZPO als bindend erachten würde. Vielmehr durfte er - insbesondere, weil sich das Landgericht mit der bloßen, nicht näher begründeten Feststellung begnügt hat, Anhaltspunkte für eine gemeinsame Fehlvorstellung lägen nicht vor -, davon ausgehen, dass er mit seinem Berufungsangriff Zweifel an deren Vollständigkeit und Richtigkeit geweckt hatte.

19 Stattdessen hat das Berufungsgericht den Einwand des Klägers, die Existenz umsatzsteuerfreier Lieferungen und Leistungen sei in der Bevölkerung kaum bekannt, als bloße Mutmaßung abgetan und ausgeführt, es sei entgegen der Auffassung des Klägers keineswegs fernliegend, dass privat versicherte Patienten, weil sie die Rechnung selbst erhielten und auch bezahlten, Kenntnis von der Umsatzsteuerfreiheit von Krankenhausbehandlungen hätten und deshalb in Übereinstimmung mit der materiellen Rechtslage davon ausgingen, dass auch hiermit eng verbundene Umsätze steuerfrei seien. Damit stellt das Berufungsgericht sachfremde Erwägungen an, mit denen ein kundiger und gewissenhafter Prozessbeteiligter ebenfalls nicht rechnen musste. Der Umstand, dass in Chemotherapie befindliche Krebspatienten die Rechnungen selbst erhalten und bezahlen, besagt nichts darüber, dass sie Kenntnis von der Umsatzsteuerfreiheit hatten. Mit seiner gegenteiligen Einschätzung spricht das Berufungsgericht ihnen als Laien - Feststellungen zu einer steuerrechtlichen Vorbildung der jeweiligen Patienten hat es nicht getroffen - auf dem komplizierten Gebiet des Umsatzsteuerrechts bessere Kenntnisse als der Finanzverwaltung zu. Mit dieser zur vermeintlichen Rechtfertigung der Abweichung von der Senatsrechtsprechung (Senatsurteil vom 20. Februar 2019 - VIII ZR 66/18, aaO

Rn. 51) gegebenen Begründung hat sich das Berufungsgericht nicht nur in Widerspruch zu seiner weiteren Erwägung gesetzt, es sei denkbar, dass sich die Patienten meist keine Gedanken über die Frage der Steuerpflichtigkeit gemacht hätten, sondern hat den Regelungszweck des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO missachtet. Die Aufgabe der Berufungsinstanz als zweite - wenn auch eingeschränkte - Tatsacheninstanz besteht auch nach der Reform des Zivilprozesses in der Gewinnung einer "fehlerfreien und überzeugenden" und damit "richtigen", das heißt der materiellen Gerechtigkeit entsprechenden Entscheidung des Einzelfalls (BT-Drucks. 14/4722, S. 59 f.; BT-Drucks. 14/6036, S. 118, 124; BGH, Urteil vom 9. März 2005 - VIII ZR 266/03, BGHZ 162, 313, 316 mwN).

20 cc) Nach alledem wäre das Berufungsgericht verpflichtet gewesen, die Parteien konkret auf seine von der Senatsrechtsprechung abweichende Sichtweise und seine Erwägungen zur Bindungswirkung der vom Landgericht getroffenen Feststellung zu einem fehlenden gemeinsamen Irrtum über die Umsatzsteuerpflicht hinzuweisen und ihnen eine ausreichende Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Beides hat das Berufungsgericht versäumt.

21 (1) Nach der Vorschrift des § 139 Abs. 4 Satz 2 ZPO kann die Erteilung rechtlicher Hinweise nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Sofern sich diesen die Erteilung des gebotenen Hinweises - wie im Streitfall - nicht hinreichend entnehmen lässt, gilt dieser als nicht erfolgt (BGH, Beschlüsse vom 30. Juni 2011 - IX ZR 35/10, NJW-RR 2011, 1556 Rn. 5 mwN; vom 3. Juli 2014 - IX ZR 285/13, aaO Rn. 14). Gemäß § 139 Abs. 4 Satz 1 ZPO soll die Hinweiserteilung im Protokoll die Regel darstellen und kann im Urteil nur nachgeholt werden, wenn die anderweitige Dokumentation versehentlich unterlassen worden ist. Da sich das Berufungsurteil weder zu der Erteilung des konkret erforderlichen Hinweises noch zu dessen im Verhandlungsprotokoll unterbliebener Dokumentation verhält, ist davon auszugehen, dass die Hinweiserteilung unter-

blieben ist (BGH, Urteil vom 22. September 2005 - VII ZR 34/04, BGHZ 164, 166, 173; Beschluss vom 3. Juli 2014 - IX ZR 285/13, aaO).

22 (2) Dem im Protokoll enthaltenen Vermerk, die Rechtslage sei mit den Parteien im Einzelnen erörtert worden, lässt sich ein Hinweis auf den vom Berufungsgericht eingenommenen Rechtsstandpunkt zu den aus seiner Sicht fehlenden Voraussetzungen für die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke und der von ihm bejahten Bindungswirkung der vom Landgericht getroffenen Feststellung zum Nichtvorliegen eines beiderseitigen Irrtums über die Steuerbarkeit der Umsätze nicht mit der gebotenen Deutlichkeit entnehmen. Davon abgesehen hat das Berufungsgericht die vom Kläger auch im Hinblick auf die erfolgte Erörterung der Rechtslage beantragte Schriftsatzfrist ausdrücklich abgelehnt, obwohl weiterer Sachvortrag, den das Berufungsgericht ausweislich der Urteilsbegründung vermisst hat, dem allein anwesenden Prozessbevollmächtigten offenkundig nicht möglich gewesen wäre und das persönliche Erscheinen der Parteien nicht angeordnet war.

23 b) Das Berufungsurteil beruht auf der dargestellten Gehörsverletzung, denn es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht bei Erteilung eines entsprechenden Hinweises und Einräumung eines Schriftsatznachlasses unter Berücksichtigung ergänzenden Vortrags des Klägers zu einer anderen Entscheidung gelangt wäre. Es ist - wie von der Nichtzulassungsbeschwerde geltend gemacht - davon auszugehen, dass der Kläger bei Erteilung des gebotenen Hinweises neben Ausführungen dazu, dass im Streitfall eine planwidrige Unvollständigkeit - wofür einiges spricht - bereits nach dem bisherigen Vorbringen anzunehmen sei, auch weiteren (beweisbewehrten) Sachvortrag dazu gehalten hätte, dass die Patienten - "ohne Problembewusstsein, aber angesichts des ihnen in Rechnung gestellten "Gesamtbruttopreises" offenkundig" - von ei-

ner Umsatzsteuerpflicht der Herstellung und Lieferung von Zytostatika ausgegangen seien.

24 Die Entscheidungserheblichkeit des Gehörsverstoßes entfällt auch nicht deswegen, weil es sich - so aber zu Unrecht das Berufungsgericht - bei dem im Falle einer ergänzenden Vertragsauslegung ergebenden Rückzahlungsanspruch nicht um eine - gemäß § 194 Abs. 2 VVG von Gesetzes wegen auf den Kläger übergehende - bereicherungsrechtliche Forderung handelte. Zwar ist ein aus einer ergänzenden Vertragsauslegung folgender Rückzahlungsanspruch in erster Linie vertraglicher Natur (vgl. etwa BGH, Urteile vom 26. Februar 1992 - IV ZR 339/90, NJW-RR 1992, 669 unter II 3 b; vom 2. November 2001 - V ZR 224/00, NJW-RR 2002, 376 unter III mwN). Darin erschöpft sich sein Anspruchsgehalt jedoch nicht. Die nach der Senatsrechtsprechung vorzunehmende ergänzende Vertragsauslegung begründet nämlich zugleich auch einen Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB, weil sie dazu führt, dass der ursprünglich bestehende Rechtsgrund mit der Anerkennung der Rückforderungsmöglichkeit bezüglich der abgeführten Umsatzsteuer durch das Bundesministerium der Finanzen im Schreiben vom 28. September 2016 nachträglich entfallen ist (vgl. auch Senatsurteil vom 6. April 2016 - VIII ZR 79/15, BGHZ 209, 337 Rn. 16 ff. [zum Fall eines aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung von Anfang an fehlenden Rechtsgrunds]). Jedenfalls dieser Anspruch geht von Gesetzes wegen auf den Versicherer über. Es kann daher dahinstehen, ob auch ein vertraglicher Rückforderungsanspruch nach dem Regelungszweck des § 194 Abs. 2 VVG in direkter oder analoger Anwendung dieser Vorschrift von dem Forderungsübergang erfasst wäre.

25 Diesem - in anderen Fallgestaltungen häufig subsidiären - Bereicherungsanspruch kommt im Hinblick darauf, dass sich die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens daran auszurichten hat, was die Parteien bei einer ange-

messenen, objektiv-generalisierenden Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie die bestehende Regelungslücke bedacht hätten (vgl. Senatsurteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 158/11, BGHZ 207, 209 Rn. 70 mwN), bei Rückforderungsfällen der vorliegenden Art sogar prägende Bedeutung zu. Denn redlicherweise hätten die Vertragsparteien dem Rückforderungsanspruch vorwiegend bereicherungsrechtlichen Charakter beigemessen, weil sie berücksichtigt hätten, dass privatversicherte Krebspatienten auf eine Erstattung durch ihre Krankenversicherer angewiesen sind und sie (oder ihre Erben) sich - falls nicht von Gesetzes wegen (§ 194 Abs. 2 VVG) auf die Versicherer übergehende Bereicherungsansprüche betroffen wären - unter Umständen einem Begehren auf rechtsgeschäftliche Abtretung möglicher Ansprüche oder einem Rückerstattungsverlangen der Versicherer unter Hinweis darauf, dass die Versicherungsnehmer zu viel entrichtete Beträge ihrerseits von den Krankenhäusern zurückerstattet erhielten, ausgesetzt sähen.

IV.

26 Das Urteil des Berufungsgerichts ist deshalb aufzuheben und der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 544 Abs. 9 ZPO); dabei macht der Senat von der - auf den Fall einer Zurückverweisung nach § 544 Abs. 9 ZPO entsprechend anwendbaren - Möglichkeit Gebrauch, die Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO; Senatsbeschlüsse vom 3. Juli 2018 - VIII ZR 229/17, BGHZ 219, 161 Rn. 81 mwN; vom 23. Oktober 2018 - VIII ZR 61/18, NJW-RR 2019, 134 Rn. 17 mwN; vom 5. März 2019 - VIII ZR 190/18, NJW 2019, 1950 Rn. 23 [jeweils zu § 544 Abs. 7 ZPO aF]).

27 Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass zumindest nach dem bisher vorgelegten Teil der Rechnungen davon auszugehen ist, dass kein gesonderter Steuerausweis nach § 14c Abs. 1 Satz 1, § 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 7 und 8 UStG erfolgt ist. Eine ergänzende Vertragsauslegung setzt in diesen Fällen aber voraus, dass die betreffenden Steueranmeldungen für die Jahre 2011 bis 2016 nicht bestandskräftig sind (Senatsurteile vom 20. Februar 2019 - VIII ZR 7/18, aaO Rn. 55, und VIII ZR 66/18, aaO Rn. 57). Dazu sind bislang keine Feststellungen getroffen worden. Weiter ist der Beklagten nicht verwehrt, ergänzend zu vorgenommenen und nachträglich entfallenden Vorsteuerabzügen vorzutragen (vgl. § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

V.

28 Aus den unter III. aufgeführten Gründen sieht der Senat gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 GKG von der Erhebung von Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren ab.

Dr. Milger

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Dr. Schmidt

Wiegand

Vorinstanzen:

LG Marburg, Entscheidung vom 27.04.2018 - 5 O 3/18 -

OLG Frankfurt in Kassel, Entscheidung vom 26.04.2019 - 25 U 60/18 -