

**Berichtigt durch  
Beschluss vom 27. März 2019  
Vorusso, Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle**



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

VIII ZR 7/18

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
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 (Fortführung von 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).
- b) Dabei kommt dem Krankenhaus ein einseitiges Preisbestimmungsrecht nach §§ 316, 315 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht zu. Denn gegenüber der nur im Zweifel eingreifenden Auslegungsregel des § 316 BGB hat die (ergänzende) Vertragsauslegung den Vorrang (Anschluss an 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). Entspricht ein solches Preisbestimmungsrecht typischerweise nicht dem Interesse der Parteien und ihrer wirklichen oder mutmaßli-

chen Willensrichtung, ist es geboten, die bestehende Lücke durch Auslegung oder durch Anwendung der Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen (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).

- c) Die Schließung der bezüglich des zu zahlenden Entgelts bestehenden Lücke kann aber auch noch nachträglich durch eine stillschweigend getroffene konkrete Preisabrede erfolgen. Diese kommt in der hier anzutreffenden Fallgestaltung spätestens mit der Übersendung der Rechnung an den Patienten und der vorbehaltlosen Zahlung der verlangten (angemessenen) Beträge zustande (vgl. § 151 BGB).
- d) Die getroffene Bruttopreisabrede schließt jedoch nicht in jeder Hinsicht Rückforderungen des Patienten oder seiner Krankenversicherung aus. Wenn - wie hier - nicht nur die Vertragsparteien, sondern auch die Finanzbehörden bei Vertragschluss von einer (materiell-rechtlich nicht bestehenden) Umsatzsteuerpflicht der Herstellung und Lieferung der Zytostatika ausgegangen sind und die Finanzverwaltung die später vom Bundesfinanzhof bejahte Umsatzsteuerfreiheit (rückwirkend) akzeptiert, ist diese Abrede einer ergänzenden Vertragsauslegung bezüglich des entrichteten Umsatzsteueranteils zugänglich.
- e) Die gebotene ergänzende Vertragsauslegung führt in den Fällen, in denen - wie hier - eine bestandskräftige Steuerfestsetzung noch nicht erfolgt ist und das Krankenhaus seine Rechnungen an den jeweiligen Patienten (unter Ansatz einer materiell-rechtlich nicht angefallenen Umsatzsteuer) nicht in einer den Anforderungen der § 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 7 und 8, § 14c Abs. 1 UStG entsprechenden Weise erstellt hat, regelmäßig dazu, dass ab der im Jahr 2016 den Krankenhäusern eröffneten sicheren Möglichkeit, die abgeführte Umsatzsteuer vom Finanzamt zurückzuerlangen, der Rechtsgrund für die erbrachten Zahlungen in Höhe der Differenz zwischen dem vereinbarten Preis und der vom Patienten geleisteten Umsatzsteuer abzüglich der vom Krankenhaus in Abzug gebrachten Vorsteuer entfällt.
- f) In diesen Fällen ist der Erstattungsanspruch des Krankenhauses gegenüber dem Finanzamt nicht im Wege einer Rechnungskorrektur nach § 14c Abs. 1 Satz 2, § 14 Abs. 6 Nr. 5 UStG (iVm § 31 Abs. 5 Satz 1 Buchst. b UStDV), sondern durch geänderte Steueranmeldungen für die betroffenen Besteuerungszeiträume vorzunehmen. Hierdurch erlangt das Krankenhaus einen durchsetzbaren Rückzahlungsanspruch gegen das Finanzamt nach § 37 Abs. 2 Satz 1 AO. Dabei drohen dem Krankenhaus in diesen Fallgestaltungen (kein gesonderter Steuerausweis im Sinne des § 14c Abs. 1 Satz 1 UStG) keine Zinsforderungen des Finanzamts nach § 233a Abs. 1, 3, 5, § 238 AO zu ihren Lasten. Denn das Krankenhaus macht hierbei die Umsatzsteuerfreiheit der getätigten Geschäfte nicht im aktuellen Besteuerungszeitraum, sondern rückwirkend für die betroffenen Besteuerungszeiträume geltend, so dass sich notwendig allein zu seinen Gunsten ein - vom Finanzamt zu verzinsender - Saldo ergibt.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Februar 2019 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, die Richterinnen Dr. Hessel und Dr. Fetzer sowie die Richter Dr. Büniger und Kosziol

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 20. Dezember 2017 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht 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 in den Jahren 2012 und 2013 erfolgte Abgabe solcher Medikamente an einen ambulant behandelten Versicherungsnehmer der Klägerin berechnete die Beklagte diesem im Jahr 2012 insgesamt 21.961,68 € und im Jahr 2013 insgesamt 25.772,38 €, die jeweils 19 % Umsatzsteuer auf den Nettobe-

trag miteinschlossen. Die genannten Gesamtbeträge setzten sich aus einer Vielzahl verschiedener Einzelbeträge zusammen, die jeweils für die verordneten Medikamente auf ärztlichen Rezeptformularen unter der dort vorgedruckten Überschrift "Gesamt-Brutto" aufgedruckt wurden. Der Versicherungsnehmer der Klägerin beglich die anschließend in Rechnung gestellten Beträge vollständig und erhielt sie von der Klägerin ungekürzt erstattet.

3 Die Beklagte führte die in Ansatz gebrachten Umsatzsteuerbeträge an das zuständige Finanzamt ab. In welcher Höhe sie dabei einen Vorsteuerabzug vorgenommen hat, ist bislang ungeklärt. Die diesbezüglichen Steuerbescheide sind bislang nicht bestandskräftig geworden.

4 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 genannte 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. Die Klägerin forderte daraufhin die Beklagte erfolglos zur Rückerstattung der vereinnahmten Umsatzsteuerbeträge auf.

5 Mit der vorliegenden Klage hat sie einen auf Bereicherungsrecht gestützten Anspruch aus übergegangenem Recht ihres Versicherungsnehmers auf Rückzahlung von insgesamt 7.621,41 € nebst Zinsen gegen die Beklagte geltend gemacht. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und der Klage stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat Erfolg.

I.

7 Das Berufungsgericht (OLG Schleswig, Urteil vom 20. Dezember 2017 - 4 U 69/17, juris) hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

8 Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Rückzahlung der von ihrem Versicherungsnehmer an die Beklagte geleisteten Umsatzsteuer gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB in Verbindung mit § 194 Abs. 2, § 86 Abs. 1 VVG zu.

9 Die Beklagte und der Versicherungsnehmer der Klägerin hätten sich konkludent darüber geeinigt, dass der in sämtlichen Unterlagen ausgewiesene "Gesamt-Brutto-Preis" zu zahlen sei. Da in einem Bruttopreis regelmäßig die gesetzliche Umsatzsteuer als rechtlich unselbständiger Teil enthalten und den Beteiligten die Umsatzsteuerfreiheit des Geschäfts unstreitig nicht bekannt gewesen sei, könne die Vereinbarung eines Bruttopreises nach Treu und Glauben

und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) unter den gegebenen Umständen nur so ausgelegt werden, dass der ausgewiesene Preis - wie von beiden Seiten angenommen - Umsatzsteuer in Höhe des Regelsteuersatzes miteingeschlossen habe. Ein Wille der Beklagten, den angesetzten Preis unabhängig davon verlangen zu dürfen, ob Umsatzsteuer überhaupt anfallt - mithin ein Wille zur Vereinnahmung eines Festpreises - lasse sich der verwendeten Bezeichnung als "Gesamt-Brutto-Preis" nicht entnehmen.

10 Eine Umsatzsteuer sei ausweislich des Urteils des Bundesfinanzhofs aus dem Jahr 2014 und des Schreibens des Bundesministeriums der Finanzen aus dem Jahr 2016 aber tatsächlich nicht angefallen. Zwischen den Vertragsparteien sei für diesen Fall keine Regelung über eine Preissenkung getroffen worden. Dennoch dürfte hierin keine planwidrige, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließende Regelungslücke im Vertrag zu sehen sein, da eine vollständige Regelung über die Höhe des zu zahlenden Preises getroffen und der Fall der Umsatzsteuerfreiheit nicht als regelungsbedürftig erachtet worden sei.

11 Letztlich könne dies jedoch dahinstehen. Denn gemäß § 313 Abs. 2 BGB könne eine Anpassung des Gewollten an die gegebenen Verhältnisse verlangt werden, da ein gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragsparteien vorliege, der einen typischen Fall des Fehlens der Geschäftsgrundlage darstelle. Die sonach vorzunehmende Anpassung führe nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter Abwägung der beiderseitigen Interessen zu einer Verminderung des vereinbarten Preises um die darin enthaltene Umsatzsteuer von 19 %.

12 Bei der gebotenen Interessenabwägung sei zu berücksichtigen, dass die Umsatzsteuer im Ergebnis allein den Endverbraucher - hier den Versicherungs-

nehmer der Klägerin - treffe, während es sich für den Unternehmer um einen durchlaufenden, weil an das Finanzamt abzuführenden Posten handele, der auf seinen Gewinn keinen Einfluss habe. Demgegenüber habe der Versicherungsnehmer der Klägerin ein Interesse daran, nicht mit tatsächlich nicht anfallenden Steuern belastet zu werden. Die darin liegende erhebliche Mehrbelastung sei von ihm auch nicht ohne weiteres hinzunehmen, da er keinen Einfluss auf die Preisgestaltung haben könne, so dass die Störung der Geschäftsgrundlage nicht in seinem Risikobereich liege. Demgegenüber sei es der Beklagten trotz des damit verbundenen Verwaltungsaufwands zumutbar, nach Berichtigung der Rechnungen die an das Finanzamt abgeführte Umsatzsteuer zurückzuverlangen. Entscheidend sei hierbei, dass nur der Beklagten und nicht auch der Klägerin eine entsprechende Rückforderung gegenüber dem Finanzamt möglich sei.

13 Eine Unzumutbarkeit auf Seiten der Beklagten begründe schließlich auch nicht der Umstand, dass diese gemäß § 15 Abs. 2 UStG vom Vorsteuerabzug ausgeschlossen sei. Denn es sei nicht ersichtlich, dass die Beklagte so erhebliche Nachteile erleiden würde, dass es gerechtfertigt wäre, den Versicherungsnehmer der Klägerin dauerhaft mit einer unberechtigt in Rechnung gestellten Steuer zu belasten. Insbesondere habe sie nicht dargelegt, auf welche Ausgaben für die Medikamente sie Vorsteuer gezahlt habe, und sei somit ihrer sekundären Darlegungslast mit der Folge nicht nachgekommen, dass diese Beträge im Rahmen der Vertragsanpassung nicht berücksichtigt werden könnten.

14 Dem beschriebenen Abwägungsergebnis stünden auch die Regelungen in §§ 315, 316 BGB nicht entgegen. Es könne dahinstehen, ob der Beklagten ein solches Preisbestimmungsrecht zugestanden habe, denn der Versicherungsnehmer der Klägerin habe die geforderten Beträge durch seine vorbehaltlosen Zahlungen entsprechend § 151 BGB gebilligt, so dass sich die Vertrags-

parteien über Leistung und Gegenleistung konkret geeinigt hätten. Die Beklagte habe damit gerade keine einseitige Preisbestimmung vorgenommen, weswegen es auf die Frage, ob ein höherer, aber nicht angesetzter Nettopreis billig gewesen wäre, nicht ankomme.

15            Einer Vertragsanpassung gemäß § 313 Abs. 2 BGB stehe schließlich nicht entgegen, dass die Verträge beiderseits vollständig erfüllt seien. Denn dieser Gesichtspunkt komme bei einem gemeinsamen Irrtum über die Frage einer bereits bei Vertragsschluss bestehenden Umsatzsteuerpflichtigkeit nicht zum Tragen.

16            Damit habe die Beklagte den auf die in Rechnung gestellte Umsatzsteuer entfallenden Betrag ohne Rechtsgrund erlangt. Sie könne sich auch nicht gemäß § 818 Abs. 3 BGB auf den Wegfall der Bereicherung berufen, weil sie die an das Finanzamt abgeführten Beträge zurückverlangen könne.

## II.

17            Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein bereicherungsrechtlicher Anspruch der Klägerin aus übergegangenem Recht (§ 86 Abs. 1 Satz 1, § 194 Abs. 2 VVG) auf vollständige Rückzahlung der Beträge, die den von ihrem Versicherungsnehmer jeweils geleisteten und von ihr erstatteten Umsatzsteueranteilen von 19 % entsprechen, mithin auf eine Rückzahlung von 7.621,41 € (nebst Zinsen), nicht bejaht werden.

18            Zwar hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei das Zustandekommen von Bruttopreisabreden zwischen der Beklagten und dem Versicherungsneh-



mer der Klägerin bezüglich des Erwerbs der Krebsmedikamente für eine Chemotherapie bejaht. Zutreffend hat es auch angenommen, dass im Hinblick auf die später festgestellte materiell-rechtliche Umsatzsteuerfreiheit dieser Geschäfte, die - auch aus Sicht der Steuerbehörden - noch rückwirkend geltend gemacht werden kann, eine diesem Umstand Rechnung tragende "Vertragsanpassung" geboten ist. Dies folgt jedoch nicht aus den vom Berufungsgericht herangezogenen Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1, 2 BGB), sondern aus einer Anwendung der Regeln zur ergänzenden Vertragsauslegung (§ 157 BGB; dazu unter II 2 a). Hierbei ist - was das Berufungsgericht nicht hinreichend in den Blick genommen hat - zu berücksichtigen, dass infolge der Umsatzsteuerfreiheit der Veräußerung von Zytostatika für die Beklagte auch die Möglichkeit zum Vorsteuerabzug für die beim Erwerb der benötigten Grundstoffe entrichtete Umsatzsteuer und folglich auch der damit einhergehende wirtschaftliche Vorteil entfällt.

19 Die Klägerin kann daher gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB in Verbindung mit § 86 Abs. 1 Satz 1, § 194 Abs. 2 VVG nur Rückzahlung der Beträge verlangen, die der von ihrem Versicherungsnehmer auf die gestellten Rechnungen geleisteten Umsatzsteuer abzüglich der von der Beklagten in Abzug gebrachten Vorsteuer, mithin also dem von der Beklagten letztlich an das Finanzamt abgeführten Teil der Umsatzsteuer entsprechen (dazu unter II 2 b).

20 1. 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. Dabei haben die Vertragsparteien - wie das Berufungsgericht frei von Rechtsfehlern angenommen hat - bezüglich der Entgeltspflicht des Versicherungsnehmers der Klägerin (§ 433 Abs. 2 BGB) still-

schweigend Bruttopreisabreden getroffen, bei denen die im Preis eingeschlossene Umsatzsteuer von 19 % einen unselbständigen Entgeltbestandteil bildet. Dies führt dazu, dass einerseits eine Rückforderung des Betrags, der auf den zu Unrecht angesetzten Umsatzsteueranteil entfällt, zwar - anders als bei Nettopreisabreden - nicht per se möglich ist, dass sie aber andererseits auch nicht - wie etwa bei einer im Wege einer nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB bis zur Grenze der Unbilligkeit bindenden (einseitigen) (Brutto-)Preisbestimmung der Beklagten gemäß § 316 BGB - gänzlich ausgeschlossen ist.

21 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).

22 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, Urteile 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).

23           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.

24           aa) Teilweise wird bezüglich der in den gestellten Rechnungen im steuerrechtlichen Sinne (§ 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 7 und 8, § 14c Abs. 1 Satz 1 UStG) gesondert ausgewiesenen oder - wie hier - lediglich unstreitig darin enthaltenen Umsatzsteuer mit unterschiedlichen Begründungen (einseitiges Preisbestimmungsrecht der Krankenhausapotheke; stillschweigend getroffene Vergütungsvereinbarung) eine Bruttopreisabrede angenommen, also die Umsatzsteuer nur als unselbständiger Entgeltbestandteil gewertet (so etwa das Berufungsgericht; LG Essen, Urteil vom 27. Februar 2018 - 15 S 162/17, juris [nachfolgend Se-

natsurteil vom heutigen Tag - VIII ZR 115/18, 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]).

25 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).

26 Wird - wie manche Stimmen annehmen (vgl. LG Essen, Urteil vom 27. Februar 2018 - 15 S 162/17, aaO [nachfolgend Senatsurteil vom heutigen Tag - VIII ZR 115/18]; 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.

27           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).

28           c) Frei von Rechtsfehlern hat das Berufungsgericht angenommen, dass sich die Vertragsparteien über die konkrete Höhe der jeweils geschuldeten Vergütung stillschweigend geeinigt haben und die zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen als Bruttopreisabreden zu bewerten sind, so dass grundsätzlich die Zahlung der angesetzten Umsatzsteuer unabhängig von der materiell-rechtlichen Umsatzsteuerpflichtigkeit des getätigten Geschäfts als (unselbstän-

diger) Teil des Kaufpreises geschuldet war, diesbezüglich aber Raum für eine "Vertragsanpassung" blieb.

29           aa) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht dem Verhalten der Vertragsparteien entnommen, dass diese bezüglich der geschuldeten Preise konkrete Entgeltabreden getroffen haben, indem der Versicherungsnehmer der Klägerin die von der Beklagten jeweils in den gestellten Rechnungen geforderten Beträge durch vorbehaltlos erbrachte Zahlungen entsprechend § 151 BGB gebilligt hat.

30           (1) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, 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. Dabei hat es offengelassen, ob die - nicht miteinander in Kontakt getretenen - Vertragsparteien der Beklagten (zunächst) ein Preisbestimmungsrecht nach §§ 315, 316 BGB eingeräumt haben. Entgegen der Auffassung der Revision hat letzteres nicht zur Folge, dass nun für die Revisionsinstanz von dem Bestehen eines solchen Preisbestimmungsrechts auszugehen wäre. Die trichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, wonach die Vertragsparteien sich über die konkret geschuldeten Preise vertraglich geeinigt haben, schließt das (Fort-)Bestehen eines einseitigen Preisbestimmungsrechts der Beklagten nach §§ 315, 316 BGB zwingend aus. Denn selbst wenn die Vertragsparteien - wie von der Revision angenommen - über die Frage der Vergütungspflicht zunächst keine Einigung erzielt haben sollten, was nach einer in der Instanzrechtsprechung häufiger vertretenen und von der Revision geteilten Auffassung (vgl. etwa OLG Köln, NJW-RR 2012, 1520, 1521) dazu führen soll, dass die Preisbestimmung des Krankenhauses gemäß § 316 BGB mit der Bindungswirkung nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB überlassen blie-

be, wäre dies infolge der späteren Entwicklung unbeachtlich. Nach der rechtsfehlerfreien Auslegung der Erklärungen der Vertragsparteien durch das Berufungsgericht haben diese nämlich am Ende anderweitige Vereinbarungen getroffen und damit frühere Absprachen - soweit solche bestanden haben sollten - abgeändert.

31 (2) Die Auslegung des Berufungsgerichts, die Vertragsparteien hätten sich 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) nachträglich durch die Übersendung der Rechnungen und die vorbehaltlose Begleichung der dort ausgewiesenen Beträge (vgl. § 151 BGB) konkludent dahin geeinigt, dass diese als Vergütung geschuldet sind, ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden (vgl. auch BSG, NJOZ 2009, 1914 Rn. 16). Bei Individualerklärungen darf 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 in diesem Zusammenhang nicht unterlaufen.

32 (a) Die Revision will aus dem tatsächlichen Ablauf der Lieferung der Zytostatika ableiten, dass der Versicherungsnehmer der Klägerin und die Beklagte keine Preisabreden getroffen hätten, weswegen der Beklagten die Preisbemessung nach den Grundsätzen der §§ 315, 316 BGB überlassen worden und da-

mit wegen § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB eine Rückforderung des Betrags, der dem zu Unrecht angesetzten Umsatzsteueranteil entspricht, gänzlich ausgeschlossen sei. Sie geht offenbar davon aus, dass in der Rechnungstellung die Ausübung eines solchen (fortbestehenden) Preisbestimmungsrechts liegt (vgl. hierzu auch OLG Köln, aaO) und die Übersendung der Rechnung nicht - wie vom Berufungsgericht angenommen - ein Angebot auf Vereinbarung eines konkreten Preises enthält. Damit setzt die Revision lediglich ihre eigene Bewertung an die Stelle der vom Berufungsgericht vorgenommenen Auslegung der Erklärungen der Vertragsparteien. Einen Rechtsfehler zeigt sie aber nicht auf.

33 (b) 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 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.

34 (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).

35

(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 geeinigt haben, dass diese Medikamente nur gegen Zahlung eines angemessenen und grundsätzlich erstattungsfähigen Entgelts geliefert werden sollen und dass über deren konkrete Höhe später noch - wie im Streitfall geschehen - 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.

36            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 BGB vornimmt.

37            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 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 Angemes-

sene (einschließlich einer üblichen Gewinnspanne) hinausgehenden, allein nach billigem Ermessen festzusetzenden Preis zu verlangen.

38           Im Hinblick auf diese Interessenlage entspräche ein solches Vorgehen auch nicht dem mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien. Soweit dies den beim Bundesgerichtshof vorliegenden Verfahren - auch dem Berufungsurteil - 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.

39           (cc) Damit käme das von der Revision 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 selbst vornehmen könnte, weil weitere auslegungsrelevante Feststellungen nicht zu erwarten sind, dahin zu schließen gewesen, dass ein angemessener, grundsätzlich von den Krankenversicherern erstattungsfähiger Preis geschuldet gewesen wäre.

40           Eine solche Lückenschließung ist aber im Streitfall deswegen entbehrlich (geworden), weil die Vertragsparteien, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat, 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 ge-

mäß § 151 BGB angenommen hat. 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. Senatsurteile vom heutigen Tag - VIII ZR 115/18, unter II 1 c aa (1); 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; RGZ 129, 109, 113).

41           bb) Ebenfalls frei von Rechtsfehlern hat das Berufungsgericht die getroffenen Vereinbarungen als Bruttopreisabreden ausgelegt.

42           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).

43           Das Berufungsgericht hat den vorgelegten Unterlagen (Rezepte mit dem Aufdruck "Gesamt-Brutto"; Rechnungen, die nur den Gesamtpreis und nicht den darin enthaltenen Umsatzsteueranteil ausweisen) rechtsfehlerfrei entnom-

men, dass die Vertragsparteien die in dem Gesamtpreis unstreitig enthaltene Umsatzsteuer als unselbständigen Bestandteil der vereinbarten Vergütung behandelt und damit jeweils Bruttopreisabreden getroffen haben. Dies zieht im Revisionsverfahren auch keine Partei in Zweifel.

44           2. Aus den getroffenen Bruttopreisabreden 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 steht der Klägerin gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1, § 194 Abs. 2 VVG ein auf sie übergegangener Rückzahlungsanspruch 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 zu. Denn diese Vereinbarungen sind ergänzend dahin auszulegen, 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.

45           a) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts liegen die Voraussetzungen einer - gegenüber einer 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) vor.

46            Der Senat kann die gebotene ergänzende Vertragsauslegung, die in erster Linie dem Tatrichter obliegt, selbst vornehmen, weil weitere tatsächliche Feststellungen nicht notwendig sind und es auch keiner Ermittlung von Erfahrungswissen oder Verkehrssitten bedarf (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            Die Verträge zwischen dem Versicherungsnehmer der Klägerin und der Beklagten weisen - was das Berufungsgericht übersehen hat - infolge ihrer nicht bedachten Unvollständigkeit eine planwidrige Regelungslücke auf, die auch nicht durch das dispositive Recht geschlossen werden kann (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 die getroffenen Preisvereinbarungen lassen eine Bestimmung vermissen, die erforderlich ist, um den den geschlossenen Verträgen jeweils zu Grunde liegenden Regelungsplan der Vertragsparteien zu verwirklichen, so dass ohne die Vervollständigung der Abreden eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen ist (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).

48            Die planwidrige Regelungslücke besteht darin, dass die Vertragsparteien weder ausdrücklich noch konkludent bestimmt haben, wie ihre jeweilige Preisabrede vor dem Hintergrund der ihnen nicht bekannten, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von ihnen fehlerhaft beurteilten umsatzsteuerlichen Rechtslage sowie der daran anknüpfenden rechtstatsächlichen Entwicklungen ausgestaltet sein sollte (dazu unter aa). Der Annahme einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke steht nicht entgegen, dass die getroffenen Preisvereinbarungen als Bruttopreisabreden einzuordnen sind (dazu unter bb).

49           aa) Der Versicherungsnehmer der Klägerin und die Beklagte hatten nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts die gemeinsame Vorstellung, dass die Lieferung der Zytostatika ein umsatzsteuerpflichtiges Geschäft darstelle. Soweit die Revision geltend macht, solches habe die Beklagte nie behauptet, hat sie diese tatsächliche Feststellung (eine solche kann auch in den Entscheidungsgründen enthalten sein, vgl. etwa BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 - KZR 75/10, BGHZ 190, 145 Rn. 52) nicht im Wege eines Tatbestandsberichtigungsantrags nach § 320 ZPO angegriffen, so dass sie im Revisionsverfahren zugrunde zu legen ist. Ihr weiterer Einwand, das Berufungsgericht habe gehörswidrig den unter Zeugenbeweis gestellten Vortrag übergangen, die Beklagte habe den in Rechnung gestellten Bruttobetrag unbedingt behalten wollen, geht fehl. Zum einen ist diese Behauptung gerade nicht unter Beweis gestellt worden, weil sich der Beweisantritt nur auf die Behauptung der Einräumung eines Preisbestimmungsrechts bezieht; zum anderen wäre es auch unerheblich, welche - dem Versicherungsnehmer der Klägerin mangels Kontaktaufnahme nicht mitgeteilten - Vorstellungen der als Zeuge angebotene pharmazeutisch-technische Assistent hegte.

50           Davon abgesehen ist eine ergänzende Vertragsauslegung - anders als die Revision offenbar meint - 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.

51           Vor dem Hintergrund der unzutreffenden Annahme einer bei Vertragsabschluss bestehenden materiell-rechtlichen Umsatzsteuerpflicht der Beklagten haben die Vertragsparteien sich darauf beschränkt, den Inhalt der jeweils ver-

traglich begründeten Zahlungsverpflichtung des Versicherungsnehmers der Klägerin (§ 651 Satz 1 BGB aF, § 433 Abs. 2 BGB) allein dahin zu regeln, dass dieser auch den - nach ihren Vorstellungen - 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 vom Versicherungsnehmer der Klägerin übernommenen Umsatzsteueranteil für den von den Vertragsparteien nicht bedachten und ihren Vorstellungen zuwiderlaufenden 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.

52

(1) Anders als die Vertragsparteien bei dem Abschluss ihrer Vereinbarungen meinten, bestand für die Beklagte bezüglich der vereinbarten Herstellung und Lieferung von Zytostatika 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.

53

(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 materiellrechtlichen 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.

54 (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, entweder entsprechend dem durch das Bundesministerium der Finanzen ausdrücklich gestatteten Vorgehen die 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 oder (insoweit in dem genannten Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen nicht ausdrücklich angesprochen) in den Fällen der Abführung der Umsatzsteuer ohne einen - eine Rechnungskorrektur nach § 14c Abs. 1 Satz 2 UStG bedingenden - gesonderten Steuerausweis in den an die Patienten gerichteten Rechnungen geänderte Steueranmeldungen (§ 18 Abs. 3 UStG iVm § 150 Abs. 1 Satz 3, § 168 Satz 1, § 164 Abs. 2 Satz 1 AO) rückwirkend für die vergangenen Besteuerungszeiträume einzureichen, in denen die entsprechenden Verträge geschlossen worden waren. Die letztgenannte Fallgestaltung (kein gesonderter Ausweis der Umsatzsteuer) liegt hier - wie im weiteren Verlauf noch näher auszuführen sein wird - vor. Damit war auch die bei Vertragsabschluss zunächst noch faktisch bestehende Umsatzsteuerpflicht der Beklagten entfallen und für sie die Möglichkeit eröffnet, die zunächst abgeführten Umsatzsteuerbeträge von dem Finanzamt sicher zurückzuerlangen.

55 (4) Dieser Rückerlangungsmöglichkeit steht auch nicht etwa im konkreten Fall eine Bestandskraft der Steueranmeldungen der Jahre 2012 und 2013 der Beklagten entgegen. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist eine Bestandskraft der Steueranmeldungen (§ 168 AO) mit der Folge, dass die Beklagte nicht mehr gegen diese vorgehen könnte, nicht eingetreten; sei es - was allerdings durch das Berufungsgericht nicht festgestellt worden ist -, weil ein Vorbehalt iSd § 168 Satz 1, § 164 Abs. 1, Abs. 2 AO weiterhin wirksam, sei

es, weil über einen etwaig fristgemäß (§ 355 Abs. 1 Satz 2 AO) eingelegten Einspruch der Beklagten gemäß § 347 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 AO bislang nicht entschieden worden ist. Bereits deswegen geht der Einwand der Revision fehl, "die von der Finanzverwaltung bindend getroffene Festsetzung der Umsatzsteuer" sei auch im Verhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Abnehmer grundsätzlich als verbindlich anzusehen.

56

(5) Aufgrund der beschriebenen nachträglich erfolgten Entwicklungen erweist sich das ursprünglich mit den getroffenen Preisvereinbarungen verfolgte Regelungsvorhaben als planwidrig unvollständig. Denn in Anbetracht der einvernehmlich angenommenen Umsatzsteuerpflicht lag ihnen 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 der (vollständige) Verbleib des auf den angesetzten Regelsteuersatz entfallenden Betrages bei der Beklagten ab dem Zeitpunkt des Bestehens dieser Möglichkeit nicht mehr von dem ursprünglich bestehenden Willen der Vertragsparteien gedeckt. Blicke es unverändert bei den Preisvereinbarungen der Vertragsparteien, würde dies den Versicherungsnehmer der Klägerin ohne erkennbaren Grund zugunsten der Beklagten einseitig benachteiligen. Dies wäre unbillig und entspräche auch nicht dem objektiv zu ermittelnden hypothetischen Parteiwillen (dazu unter b).

57

An einer auszufüllenden Vertragslücke fehlt es auch nicht deswegen, weil - wie die Revision in anderem Zusammenhang unter Berufung auf die die steuerrechtlichen Besonderheiten nicht hinreichend erfassende Rechtspre-

chung des Landessozialgerichts Baden-Württemberg (Urteile vom 16. Januar 2018 - L 11 KR 1723/17, juris und L 11 KR 4621/16, juris; jeweils mwN) geltend macht - die erfolgte (nicht bestandskräftige) Festsetzung der Umsatzsteuer durch das Finanzamt auch in zivilrechtlicher Hinsicht "als Rechtsgrund" zu beachten sei, um die Gefahr divergierender Entscheidungen zu vermeiden. Die von den Vertragsparteien nicht erkannte planwidrige Lücke in ihrem Regelungskonzept ist bereits deswegen (nachträglich) aufgetreten, weil der Bundesfinanzhof die materiell-rechtliche Umsatzsteuerfreiheit festgestellt hat und die Steuerpraxis - wie das Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 28. September 2016 deutlich macht - den Krankenhäusern in Reaktion auf diese Rechtsprechung einfach zu realisierende Rückforderungsmöglichkeiten zur Verfügung stellt.

58

bb) Der Annahme 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.

59

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hätte das Berufungsgericht vor dem Hintergrund seiner Feststellung, beide Vertragsparteien seien von dem Bestehen der Umsatzsteuerpflicht der Beklagten ausgegangen, und entgegen seiner zutreffenden Auffassung, es sei kein Festpreis vereinbart worden, nicht annehmen dürfen, die Vertragsparteien hätten (wohl) eine abschließende - nur im Wege der Vertragsanpassung nach § 313 BGB korrigierbare - Regelung über den Preis getroffen. Zwar darf die Auslegung von Individualerklärungen durch den Tatrichter vom Revisionsgericht - wie bereits ausgeführt - 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 25. April 2018 - VIII ZR 176/17, NJW 2018, 2472 Rn. 30; vom 12. Oktober 2016 - VIII ZR 55/15, BGHZ 212, 248 Rn. 35 mwN). Ein solcher Rechtsfehler ist dem Berufungsgericht jedoch insoweit unterlaufen. Es hat nicht in Betracht gezogen, dass die Vertragsparteien, die bei ihren Preisvereinbarungen - wie auch die Finanzverwaltung und die maßgeblichen Verkehrskreise - übereinstimmend von dem Bestehen einer Umsatzsteuerpflicht ausgegangen sind, den Fall nicht für regelungsbedürftig gehalten haben, 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 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 müsse, mehr zu zahlen, als erforderlich sein würde, um eine Umsatzsteuerpflicht der Beklagten aus den abgeschlossenen Verträgen zu erfüllen.

60            b) Die demnach eröffnete ergänzende Vertragsauslegung (§ 157 BGB) führt vorliegend dazu, dass der Klägerin 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 zusteht. Diese Differenz entspricht der durch den Versicherungsnehmer der Klägerin auf die gestellten Rechnungen geleisteten Umsatzsteuer abzüglich der von der Beklagten in Abzug gebrachten Vorsteuer.

61            aa) Grundlage für die 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).

62            Die Regelungslücke ist hiernach im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB in der Weise zu schließen, dass der jeweils geschlossene Vertrag insoweit nicht mehr als Rechtsgrund für einen der Höhe nach der entrichteten Umsatzsteuer entsprechenden Betrag dienen soll, als die Beklagte ihrerseits ohne das Beschreiten des Finanzrechtswegs nunmehr in der Lage ist, einen eigenen Rückzahlungsanspruch gegen das Finanzamt in Bezug auf die durch sie abgeführte Umsatzsteuer, also hinsichtlich des um einen Vor-

steuerabzug verminderten, zu Unrecht durch das Finanzamt vereinnahmten Steueranteils, erfolgreich geltend zu machen.

63

(1) Mit Blick auf den Regelungsplan der jeweiligen Preisvereinbarung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und der Verkehrssitte führt allein dieses Ergebnis zu einem angemessenen Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien. Unter den gegebenen Umständen entspricht es 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 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. Das hat auch das Berufungsgericht - allerdings nur im Rahmen der Prüfung einer Vertragsanpassung gemäß § 313 Abs. 1, 2 BGB - im Ansatz erkannt.

64

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

65

(a) Dies gilt insbesondere für den von der Revision in anderem Zusammenhang vorgebrachten Einwand des mit einer Rückforderung der abgeführten Umsatzsteuer durch die Beklagte einhergehenden drohenden Verlustes der von dieser angemeldeten, auf die Verträge anteilig entfallenden Vorsteuerabzüge im Sinne des § 15 Abs. 1 UStG. Denn der drohende Verlust der angemeldeten

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.

66

(b) Soweit die Revision weiter geltend macht, eine Rückerlangung der abgeführten Umsatzsteuer von dem Finanzamt sei für die Beklagte mit unzumutbar großen Mühen und Aufwendungen verbunden, steht dies der beschriebenen ergänzenden Vertragsauslegung (Wegfall des Rechtsgrunds bezüglich eines Betrags, der der entrichteten Umsatzsteuer entspricht, abzüglich des erfolgten Vorsteuerabzugs) ebenfalls nicht entgegen.

67

(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 Revision darauf beruft, die Beklagte habe kein wirtschaftliches Eigeninteresse an einer Korrektur gegenüber dem Finanzamt, stellt sie einseitig auf die Belange der Beklagten und nicht - wie 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, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten.

68

(bb) Gleiches gilt für den Einwand der Revision, ein Vorgehen gegen das Finanzamt sei für die Beklagte auch deshalb unzumutbar, weil für diese - insbesondere nach dem Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen - keine steuerrechtliche Verpflichtung zur Vornahme einer nachträglichen Rechnungs-



korrektur bestehe. Dieser Gesichtspunkt ist für die vorliegend einzig interessierende Frage eines hypothetischen Parteiwillens zur nachträglichen Herabsetzung der vereinbarten Vergütung nicht von Bedeutung. Maßgeblich ist - wie bereits ausgeführt - allein der Umstand, dass den Krankenhäusern - hier der Beklagten - von den Finanzbehörden eine realisierbare Rückforderungsmöglichkeit eingeräumt worden ist.

69

(cc) Der Beklagten ist schließlich - was auch das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat - 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, weshalb sie diese bei Rückzahlung an die Klägerin im Ergebnis doppelt zu zahlen hätte. Ein solcher unzumutbarer (Verwaltungs-)Aufwand ist weder den pauschalen Ausführungen der Revision 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.

70

(aaa) Die Beklagte, die in ihren Rechnungen in Abweichung von § 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 7 und 8 UStG weder das reine Entgelt im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG noch den darauf entfallenden Steuerbetrag und auch nicht den Steuersatz mitgeteilt, sondern die Preise lediglich auf den Rezeptvordrucken als Gesamt-Brutto bezeichnet und sie bei der Rechnungstellung ohne jeglichen Hinweis auf eine enthaltene Umsatzsteuer addiert hatte, hat mangels Aufführung aller hierfür erforderlichen Angaben eine Umsatzsteuerpflicht nicht durch einen gesonderten Steuerausweis in den betreffenden Rechnungen gemäß § 14c Abs. 1 Satz 1 UStG begründet (vgl. Abschn. 14c.1. Abs. 1 Satz 3 und Abs. 4 Satz 2 UStAE; BeckOK-UStG/Weymüller, Stand 15. Januar 2019, § 14c Rn. 145, 145.4; 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.). Damit ist ihr ein Vorgehen zur Erlangung eines Erstattungsanspruchs gegenüber dem Finanzamt im Wege der Rechnungskorrektur gemäß § 14c Abs. 1 Satz 2, § 14 Abs. 6 Nr. 5 UStG in Verbindung mit § 31 Abs. 5 Satz 1 Buchst. b UStDV verwehrt.

71

Sie kann die abgeführte Umsatzsteuer jedoch zurückerlangen, indem sie in Bezug auf die geschlossenen Verträge entweder vor dem Hintergrund eines noch wirksamen Vorbehalts der Steuerfestsetzung (§ 18 Abs. 3 UStG iVm § 150 Abs. 1 Satz 3, § 168 Satz 1, § 164 Abs. 2 Satz 1 AO) oder im Zuge eines gegebenenfalls noch laufenden Einspruchsverfahrens (§ 347 AO) geänderte Steueranmeldungen für die Jahre 2012 und 2013 einreicht. In beiden Fällen würde sie die betreffenden Ausgangsumsätze durch Streichung der jeweils als eingenommen angemeldeten Umsatzsteuer korrigieren. Mit diesem Vorgehen würde die Beklagte - jedenfalls anteilig - einen im Sinne des § 218 Abs. 1 Satz 1 und 2 AO durchsetzbaren Rückzahlungsanspruch gegen das Finanzamt gemäß § 37 Abs. 2 Satz 1 AO erlangen.

72

(bbb) Im Anschluss daran würde das Finanzamt im Hinblick auf den dann rückwirkend ausgeschlossenen, im damaligen Besteuerungszeitraum 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) bleibt 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 ist nun dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der 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.

73

Ein nicht mehr zumutbarer Aufwand für die Beklagte ist aber auch in dieser Mitwirkung bei der Rückgängigmachung der Vorsteuerabzüge nicht zu erkennen. Soweit die Revision geltend macht, die Beklagte müsste "äußerst aufwendig ihren Vorsteuerabzug rückabwickeln", handelt es sich nur um pauschal angedeutete Komplikationen ohne jede Aussagekraft. Für den Senat sind unzumutbare Aufwendungen der Beklagten bei der Korrektur des Vorsteuerabzugs nicht ersichtlich. Denn dieser steht im Hinblick auf die für den einzelnen Vertrag 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.

74

(ccc) Ein übermäßiger und damit unzumutbarer Aufwand des Vorgehens gegen das Finanzamt ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision auch nicht aus anderen Gründen. Die Revision sieht deswegen übermäßige Kosten auf die Beklagte zukommen, weil für die Rückforderung der Umsatzsteuer ein "Alles-oder-Nichts"-Prinzip gelte. Die Beklagte könne mithin nur einheitlich vorgehen. Sie müsse sich also entweder dazu entschließen, die Rückforderung der Umsatzsteuer in allen Fällen zu unterlassen, in denen - wie hier - patientenindividuell hergestellte Zytostatika zur ambulanten Behandlung im Krankenhaus

von der hauseigenen Apotheke geliefert worden seien und sich damit abzufinden, die Umsatzsteuer im Falle einer Rückzahlungspflicht an die Patienten auf eigene Kosten entrichtet zu haben, oder die Umsatzsteuer für sämtliche vergleichbaren Umsätze der Vergangenheit zurückzufordern. Nicht nur die erstgenannte Möglichkeit führte zu einem unzumutbaren finanziellen Aufwand der Beklagten, sondern auch die zweite Verhaltensalternative, denn die Beklagte hätte die personellen und materiellen Kosten sämtlicher Korrekturen zu tragen.

75

Eine materiell-steuerrechtliche Vorschrift, die ein solches "Alles-oder-Nichts"-Prinzip für die rückwirkende Korrektur der Jahressteuerklärungen der Beklagten nach Maßgabe der tatsächlichen Rechtslage vorgibt, ist jedoch nicht ersichtlich. Insbesondere steht einem selektiven Vorgehen der Beklagten bei der Korrektur der Umsatzsteueranmeldungen 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.

76

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 Umsatzsteuer 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.

77

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 sich bezüglich - im Extremfall - sämtlicher gleichgelagerter Verträge der Vergangenheit - soweit verfahrensrechtlich noch möglich - neu veranlagern lässt oder ob sie in keinem Fall eine Rückerstattung vom Finanzamt verlangt, ist aufgrund ihres pauschal gehaltenen Vortrags nicht erkennbar, worin der unzumutbare Aufwand für eine solche vollständige Neuveranlagung für die Vergangenheit bestünde.

78

Die bereits anfänglich ohne eine entsprechende materiell-rechtliche Steuerpflicht abgeführte Umsatzsteuer könnte vielmehr im Ganzen zurückverlangt und die 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. Hat die Beklagte zudem sämtliche Rechnungen wie hier ohne einen gesonderten Steuerausweis im Sinne des § 14c Abs. 1 UStG gestellt, würden diese Korrekturen nicht einmal davon abhängen, dass sie den vom Finanzamt verlangten Umsatzsteuerbetrag zuvor jeweils an ihre Vertragspartner zurückge-

zahlt hätte (so dagegen im Fall des gesonderten Steuerausweises: BFHE 261, 451 Rn. 49 ff.; Abschn. 14c.1. Abs. 5 Satz 4, Beispiel Satz 1 bis 3 UStAE).

79

Ungeachtet dessen ist zumindest nicht auszuschließen, dass die Beklagte nicht von sämtlichen privaten Krankenversicherungen ihrer Vertragspartner beziehungsweise von sämtlichen gesetzlichen Krankenversicherungen überhaupt oder mit Erfolg (vgl. insoweit zum Beispiel: LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16. Januar 2018 - L 11 KR 1723/17, juris) in Anspruch genommen worden ist oder noch wird und sie auf diese Weise sogar noch einen Überschuss im Verhältnis zu den an sie gerichteten Rückzahlungsansprüchen erzielt.

80

bb) Der sich im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung sonach ergebende Rückzahlungsanspruch des Versicherungsnehmers der Klägerin, der auf diese übergegangen ist, besteht grundsätzlich nicht in voller Höhe des entrichteten Umsatzsteueranteils. Vielmehr ist er nur in Höhe der Differenz zwischen den vertraglich tatsächlich vereinbarten Entgelten und den Preisen gegeben, 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 Differenz ist 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.

81 (1) Der danach maßgebliche hypothetisch vereinbarte Kaufpreis errechnet 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 gemäß § 15 UStG in Bezug auf die vertraglich geschuldete Leistung bei ihrem Finanzamt angemeldete Vorsteuer addiert wird.

82 (a) Die bei der Ermittlung der hypothetisch vereinbarten Preise vorzunehmende Addition der durch die Beklagte tatsächlich angemeldeten Vorsteuer entspricht 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.

83 (b) Der Entfall des Vorteils des Vorsteuerabzugs ist jedoch nach dem 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 auch die für die Beklagten ihren Preisvereinbarungen (neben etwaigen sonstigen zulässigerweise angesetzten Preisbestandteilen) redlicherweise - sofern dies nicht bereits (wegen des unterbliebenen Vorsteuerabzugs) erfolgt sein sollte - auch die für die Medi-

kamentenherstellung getätigten Aufwendungen (insbesondere die bei dem Einkauf der benötigten Grundstoffe und Materialien anfallenden Bruttopreise) zugrunde gelegt.

84

Dass der sich sonach ergebende Rückzahlungsanspruch der Klägerin wegen Schätzungsunwägbarkeiten (§ 15 Abs. 4 Satz 2 UStG) möglicherweise (geringfügig) einen von der Beklagten tatsächlich gegenüber dem Finanzamt realisierbaren Rückforderungsanspruch übersteigt, ist unschädlich. Denn es entspricht nicht dem hypothetischen Willen beider Vertragsparteien, dem Versicherungsnehmer der Klägerin sämtliche Nachteile der 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 materiellrechtlich zu keinem Zeitpunkt geschuldet hatte.

85

(2) Dagegen wären unter dem Gesichtspunkt eines (noch) angemessenen Interessenausgleichs drohende erhebliche Zinsschulden der Beklagten gegenüber dem Finanzamt zu ihren Gunsten im Rahmen des hypothetischen Parteiwillens zu berücksichtigen. Die Bestimmungen der § 233a Abs. 1, 3 und 5, § 238 AO sehen vor, dass das Finanzamt bei einem rückwirkenden Ausschluss der vorgenommenen anteiligen Vorsteuerabzüge 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. Allerdings drohen der Beklagten daraus in der vorliegenden Konstellation des nicht gesonderten Steuerausweises im Sinne des § 14c Abs. 1 Satz 1 UStG solche Nachteile nicht.

86

Denn die Beklagte machte hier mit der geänderten Steueranmeldung - anders als in den Fällen der Rechnungsberichtigung gemäß § 14c Abs. 1



Satz 2, § 14 Abs. 6 Nr. 5 UStG in Verbindung mit § 31 Abs. 5 Satz 1 Buchst. b UStDV - die Umsatzsteuerfreiheit der getätigten Geschäfte nicht im aktuellen Besteuerungszeitraum (§ 14c Abs. 1 Satz 2, § 17 Abs. 1 Satz 7 UStG), sondern rückwirkend für die damaligen Besteuerungszeiträume geltend, so dass sich angesichts des ursprünglichen Ansatzes des Regelsteuersatzes und des Vorsteuerabzugs einerseits und der mit der geänderten Steueranmeldung nunmehr geltend zu machenden Umsatzsteuerfreiheit (mit der Folge des Wegfalls des Vorsteuerabzugs) andererseits notwendig ein Saldo zugunsten der Beklagten ergeben wird, auf den das Finanzamt - so zutreffend auch die Revisionserweiterung - dann gemäß § 233a Abs. 1, 3 und 5, § 238 AO Zinsen allein zu Gunsten der Beklagten festsetzen wird.

87

3. Die Beklagte kann auch 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 durchsetzen könne.

88

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.), ist der Beklagten diese Möglichkeit mit Blick auf die 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 beruht, bereits deswegen verwehrt, weil dies dem hypothetischen Parteiwillen zuwiderlaufen würde.

89

Wie oben ausgeführt, entspricht es dem hypothetischen Vertragswillen der Vertragsparteien, dass die Beklagte den jeweiligen Umsatzsteueranteil zunächst erhält, um ihn ungeachtet des Fehlens einer entsprechenden materiell-rechtlichen Verpflichtung auf Kosten des Versicherungsnehmers der Klägerin an das Finanzamt abzuführen und dort zu belassen, bis ihr in Zukunft eine Rückforderungsmöglichkeit eröffnet wird, und dass sie im Gegenzug in vertretbarem Umfang etwaige Nachteile einer erst nachträglichen Behandlung der Umsätze aus den Werklieferungsverträgen als umsatzsteuerfrei gegenüber ihrem Finanzamt übernimmt. In Anbetracht dieser sich aus der ergänzenden Auslegung der geschlossenen Verträge ergebenden Rechtslage kann die Beklagte sich weder mit Erfolg darauf berufen, dass ihr der an den Versicherungsnehmer der Klägerin auszugehende Betrag derzeit nicht mehr zur Verfügung steht (zumal sie diesen infolge einer geänderten Steueranmeldung ohne weiteres zurückerlangen kann), noch darauf, dass sie diesen Betrag wegen steuerrechtlicher Unwägbarkeiten möglicherweise nur unter (geringfügigen) Kürzungen zurückerhält. Denn der hypothetische Parteiwille ist gerade darauf gerichtet, der Beklagten einen solchen Einwand abzuschneiden.

### III.

90

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 keine Feststellungen zu der Frage getroffen hat, in welchem Umfang die Beklagte bezüglich der vorliegenden Verträge von ihrer damals vermeintlich bestehenden Vorsteuerabzugsbe-

rechtiung Gebrauch gemacht hatte. Sie ist deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

91

Das Berufungsgericht, das sich nur mit der Frage einer Vertragsanpassung nach § 313 BGB, nicht dagegen mit einer ergänzenden Vertragsauslegung befasst hat, wird nach insoweit ergänzendem Vortrag der Parteien noch Feststellungen zu der Höhe der von der Beklagten in Bezug auf die streitgegenständlichen Verträge gegenüber ihrem Finanzamt im Rahmen der Umsatzsteuervoranmeldungen (§ 18 Abs. 1 UStG) beziehungsweise (Jahres-) Steueranmeldungen (§ 18 Abs. 3 UStG) der Jahre 2012 und 2013 anteilig angegebenen Vorsteuerabzüge zu treffen haben.

Dr. Milger

Dr. Hessel

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Kosziol

Vorinstanzen:

LG Kiel, Entscheidung vom 16.06.2017 - 8 O 95/17 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 20.12.2017 - 4 U 69/17 -



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VIII ZR 7/18

vom

27. März 2019

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 27. März 2019 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, die Richterinnen Dr. Hessel und Dr. Fetzer sowie die Richter Dr. Bünger und Kosziol

beschlossen:

Gemäß § 319 Abs. 1 ZPO wird der Leitsatz f) zum Urteil vom 20. Februar 2019 dahin berichtigt, dass es im zweitletzten Satz anstelle von "zu ihren Lasten" richtig heißen muss "zu seinen Lasten".

Dr. Milger

Dr. Hessel

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Kosziol

Vorinstanzen:

LG Kiel, Entscheidung vom 16.06.2017 - 8 O 95/17 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 20.12.2017 - 4 U 69/17 -