

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 188/84

URTEIL

Verkündet am
10. Juli 1985
Kanik,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma E-H GmbH, vertreten durch ihre Geschäftsführer
Herbert B und Josef B, Mstraße in A-H,

Beklagten, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und
-

g e g e n

Ella P, Astraße 5 in A,

Klägerin, Revisionsbeklagte
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juli 1985 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Skibbe, Dr. Zülch, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird - unter Zurückweisung der Anschlußrevision - das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 27. April 1984 teilweise geändert und insgesamt wie folgt neu gefaßt:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 3. Ferienkammer für Handels-sachen des Landgerichts Aachen vom 7. Oktober 1983 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Klage in Höhe eines Betrages von 59.971,41 DM nebst 9,5 % Zinsen seit dem 30. Juni 1982 als unzulässig und im übrigen als ungegründet abgewiesen wird.

6

- 3 -

Die Kosten des Berufungs- und des Revisions-
rechtszugs hat die Klägerin zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin betrieb eine Holzgroßhandlung. Sie kaufte Holzmasten in Polen ein und veräußerte diese nach Imprägnierung an die Bundespost. Mit der Imprägnierung beauftragte sie regelmäßig die Muttergesellschaft der Beklagten, den E [REDACTED] B [REDACTED] (EBV), sowie die Firma R [REDACTED] W [REDACTED] und T [REDACTED] AG (R [REDACTED]). Diese beiden Unternehmen übernahmen weitgehend auch die Finanzierung der Geschäfte der Klägerin, indem sie ihr für die alsbaldige Bezahlung der Holzlieferungen aus Polen und der sonstigen Kosten die erforderlichen finanziellen Mittel zur Verfügung stellten. Die Tilgung dieser Kredite erfolgte aus den später eingehenden Zahlungen der Bundespost.

Mit Kaufvertrag vom 28. Dezember 1970 veräußerte die Klägerin ihr Handelsgeschäft mit den im Vertrag im einzelnen aufgeführten Aktiven und Passiven an die Beklagte. Es heißt dort in § 2:

"Das verkaufte Handelsgeschäft umfaßt folgende Bestandteile, die hiermit auf den EBV (die Beklagte) übertragen werden:



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Das Inventar, ...
2. die Eigentumsrechte an den in der Bundesrepublik Deutschland lagernden imprägnierten und nicht-imprägnierten Holzmasten einschließlich der Kaufpreisforderungen aus den bereits abgeschlossenen Kaufverträgen ..., insbesondere ... gegen die Deutsche Bundespost. ..."

Als Kaufpreis wurden 49.300 DM für das Inventar und 10.000 DM für die Übernahme lagernder Industriemasten, für die noch keine Abnahmeverträge vorhanden waren, insgesamt also 59.300 DM vereinbart (§ 6 des Vertrages). Außerdem sollte der Klägerin der wirtschaftliche Nutzen aus den bereits abgeschlossenen, aber noch nicht erfüllten Verträgen mit der Deutschen Bundespost verbleiben, in die die Beklagte gemäß § 4 des Vertrages in vollem Umfang eintrat. Insoweit wurde in § 5 zum Zwecke der "Rechnungsabgrenzung" zwischen den Parteien unter anderem folgendes vereinbart:

"Frau P [REDACTED] (Klägerin) stehen

1. aus den Warenbeständen, die sich am 1.1.1971 auf bundesdeutschen Lägern (Holzplätzen) befinden und an die Bundespost verkauft, aber von dieser noch nicht bezahlt sind - gleichgültig, ob die Warenbestände an die Bundespost ausgeliefert sind oder nicht -, der Unterschiedsbetrag zu, der sich zwischen den von der Bundespost für die vorgenannten Warenbestände gezahlten Nettoverkaufspreisen (ohne Umsatzsteuer) und den hierfür aufgewandten Beträgen für die Zwischenfinanzierungskredite einschließlich einer Verzinsung der Zwischenkredite in Höhe von 3 % über dem jeweiligen Bundesbankdiskontsatz zuzüglich der dem EBV für die von ihm oder von der Rüttag vorgenommene Imprägnierung und für sonstige Leistungen geschuldeten Rechnungsbeträge ergibt;

2. aus den Warenbeständen, die sich am 1.1.1971 noch nicht auf bundesdeutschen Lägern (Holzplätzen) befinden, ... als anteilige Nutzung 60 %"

In § 11 des Vertrages heißt es:

"Etwaige Kosten dieses Vertrages trägt der EBV. Die von Frau Pl. [REDACTED] für den Verkaufserlös zu entrichtende Umsatzsteuer (Mehrwertsteuer) ist dem EBV in Rechnung zu stellen."

Nach Vertragsschluß kam es zu Auseinandersetzungen zwischen den Parteien wegen des Umfangs der Ansprüche, die der Klägerin unter anderem aus § 5 Nr. 1 und 2 des Vertrages noch zustanden. Der wegen dieser Fragen geführte Rechtsstreit (Aktenz. 13 O 36/73 LG Aachen), mit dem die Klägerin eine Teilforderung von insgesamt 60.000 DM eingeklagt hatte, wurde durch das Oberlandesgericht Köln mit Urteil vom 8. Dezember 1977 (Aktenz. 1 U 57/77) in zweiter Instanz dahin entschieden, daß die Beklagte an die Klägerin auf diese Ansprüche unter Berücksichtigung der vereinbarten und bereits geleisteten Abschlagszahlung in Höhe von 40.000 DM unter Klageabweisung im übrigen weitere 1.646,44 DM zu zahlen hatte, wobei auf den Anspruch aus § 5 Nr. 1 des Kaufvertrags rechnerisch 12.625,63 DM entfielen. Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision der Klägerin hat der Bundesgerichtshof durch Beschluß vom 2. März 1979 (Aktenz. I ZR 46/78) nicht angenommen.

Im vorliegenden Rechtsstreit geht es in erster Linie um die Frage, ob der Klägerin über den im Vorprozeß zugesprochenen Betrag hinaus ein Anspruch auf Erstattung der von ihr im Zusammenhang mit dem Verkauf des Handelsgeschäfts entrichteten Umsatzsteuer zusteht. Ihre diesbezügliche Steuerschuld (für 1971) ist durch das rechtskräftige Urteil des Finanzgerichts Münster vom 28. April 1982 (Aktenz. V 2209/79 U) auf 94.313,50 DM festgesetzt worden. Darin ist für das nach § 5 Nr. 1 der Klägerin zugeflossene Entgelt ein Steueranteil von 90.214,10 DM enthalten. Mit ihrer Klage begehrt sie von der Beklagten - gestützt auf § 11 des Kaufvertrages - die Erstattung des zuerst genannten Betrages. Außerdem verlangt sie Ersatz der wegen verspäteter Zahlung dieser Steuer von den Finanzbehörden erhobenen Säumniszuschläge in Höhe von insgesamt 51.507 DM sowie der ihr im finanzgerichtlichen Verfahren entstandenen Kosten in Höhe von 3.859,63 DM, insgesamt also 140.664,86 DM.

Die Beklagte stellt an sich nicht in Abrede, daß sie nach § 11 des Kaufvertrages zur Erstattung der für den Unternehmensverkauf angefallenen Umsatzsteuer verpflichtet ist. Sie meint jedoch, darüber sei bereits im Rahmen des Vorprozesses mit Rechtskraftwirkung für das vorliegende Verfahren entschieden worden. Diesem Einwand liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Ausgangspunkt des im Vorprozeß ausgetragenen Streits um die Forderung der Klägerin aus § 5 Nr. 1 des Kaufvertrages war eine

6

von der Beklagten erstellte Abrechnung. Sie enthält hinsichtlich der am 1. Januar 1971 bereits auf bundesdeutschen Holzplätzen lagernden Bestände eine Aufwands- und Ertragsrechnung, die - auf die hier interessierenden Positionen verkürzt - folgendermaßen aussieht:

"Kosten:	Netto DM		Vorsteuer %	DM	Brutto DM
Zwischenfinanzierung EBV/R [REDACTED] zusammen:	1.551.408,22	5,5	85.327,46	1.636.735,68	
Zinsen (insges.)	74.204,50	-	-	74.204,50	
Tränkkosten und Verkaufsfrachten (zusammen)	200.166,52	11	22.018,32	222.184,84	
	-----		-----	-----	
	1.825.779,24		107.345,78	1.933.125,02	
	=====		=====	=====	
Erlöse:					
Verkaufswert und Verkaufsfrachten	1.840.423,19	5,5	101.223,28	1.941.646,47	

	Ergebnis Brutto		+	8.521,45."	
				=====	

Dementsprechend hatte die Beklagte eine Verbindlichkeit gegenüber der Klägerin aus § 5 Nr. 1 des Vertrages in Höhe von 8.521,45 DM eingeräumt, ihre Zahlungspflicht aber infolge Verrechnung mit der bereits erwähnten Abschlagszahlung von 40.000 DM in Abrede gestellt. Die Klägerin hatte geltend gemacht, in die Abrechnung seien überhöhte bzw. gänzlich unge-

rechtfertigte Kostenfaktoren eingeflossen, durch die der ihr zustehende Gewinn geschmälert werde. So sei insbesondere der Aufschlag des Mehrwertsteueranteils von 85.327,46 DM auf die Zwischenfinanzierungskosten von 1.551.408,22 DM nicht gerechtfertigt, weil die Beklagte - was unstreitig ist - diese Steuer weder an das Finanzamt abgeführt noch auch nur ihre Abführung übernommen habe, sondern den angeführten Betrag im Gegenteil mit Erfolg als Vorsteuer von ihrer eigenen Umsatzsteuerschuld gegenüber dem Finanzamt abgesetzt habe. Die Klägerin hatte die Auffassung vertreten, ihr stehe aus § 5 Nr. 1 des Kaufvertrages über den von der Beklagten anerkannten

Betrag von	8.521,45 DM
die Position "Mehrwertsteuer"	85.327,46 DM
und eine Zinsdifferenz von	20.000,-- DM

mithin	113.848,91 DM
abzüglich der Anzahlung von	40.000,-- DM

d.h. noch ein Betrag von	73.848,91 DM

zu. Hiervon hatte die Klägerin im Wege der Teilklage, die sich mit weiteren Positionen (Ansprüche aus § 5 Nr. 2 und ausgerechnete Verzugszinsen) auf insgesamt 60.000 DM belief, einen Teilbetrag von 12.649,87 DM eingeklagt, den sie im Berufungsrechtszug um restliche 47.321,54 DM auf 59.971,41 DM erhöht hat.

Die Beklagte hatte sich damit verteidigt, dem in der Abrechnung enthaltenen Bruttobetrag von 1.636.735,68 DM lägen

Aufwendungen zugrunde, die ihr tatsächlich entstanden seien. Bei dem genannten Betrag habe es sich um die Summe der von ihr abgelösten Abschlußsalden per 31. Dezember 1970 der bei ihrer Muttergesellschaft und der Firma R. [REDACTED] geführten Zwischenfinanzierungskonten gehandelt. Darin sei auch die Umsatzsteuer enthalten. Der Ablösung der Zwischenfinanzierungskosten liege eine umsatzsteuerpflichtiger Vorgang zwischen der Klägerin und ihr zugrunde, nämlich Kauf und Lieferung der am 1. Januar 1971 bereits importierten Masten. Da sie - die Beklagte - nach dem Inhalt des Kaufvertrags in die Rechte und Pflichten aus den von der Klägerin bereits abgeschlossenen Kaufverträgen mit der Bundespost eingetreten sei, seien die Holzbestände zunächst von der Klägerin an sie und sodann von ihr an die Bundespost geliefert worden. Bei beiden Lieferungen habe es sich um umsatzsteuerpflichtige Geschäfte gehandelt, wobei die von ihr abgelösten Salden der beiden Zwischenfinanzierungskonten in Höhe von insgesamt 1.636.735,68 DM das Bruttoentgelt hinsichtlich des zwischen den Parteien getätigten Umsatzes darstellten. Der dafür errechnete Steuerbetrag von 85.327,46 DM sei von der Klägerin für diesen Umsatz an das Finanzamt abzuführen. Bei ihr - der Beklagten - stelle der Betrag dagegen Vorsteuer dar, die sie bereits mit Erfolg von ihrer anderweiten Umsatzsteuerschuld abgesetzt habe. Durch diese Handhabung sei der Klägerin kein Nachteil entstanden. Diese habe nämlich ihrerseits die Möglichkeit zum Vorsteuerabzug gehabt und von ihr auch Gebrauch gemacht.

Das Oberlandesgericht Köln hat im Vorprozeß festgestellt, daß die Beklagte zur Ablösung der Zwischenfinanzierungskonten tatsächlich nicht nur 1.551.408,22 DM sondern 1.636.735,68 DM aufgewendet habe. Gleichwohl hat es entschieden, daß sie der Klägerin den Differenzbetrag von 85.327,46 DM gutzubringen habe. Es hat ausgeführt, dieser Betrag mindere letztlich die Aufwendungen der Beklagten im Sinne von § 5 Nr. 1 des Kaufvertrags, und zwar deswegen, weil sie ihn mit Erfolg als Vorsteuer abgesetzt habe. Nach dem Inhalt des Vertrages gehe es nicht an, die Beklagte auf diese Weise über den Ausgleich ihrer Aufwendungen hinaus aus den Altverträgen einen zusätzlichen Gewinn ziehen zu lassen. Diesen Nutzen habe sie vielmehr "in Anwendung des Rechtsgedankens von § 667 BGB" herauszugeben. Dabei komme es nicht darauf an, ob die Klägerin ihrerseits einen entsprechenden Umsatzsteuerbetrag an das Finanzamt zu zahlen habe oder nicht oder ob sie eine solche Zahlung gar schon geleistet habe.

In dem vorliegenden Rechtsstreit haben beide Vorinstanzen die Klage ungeachtet des von der Beklagten erhobenen Rechtskrafteinwands als zulässig angesehen. Das Landgericht hat der Klägerin 8.078,95 DM - davon auf den Anspruch aus § 5 Nr. 1 des Vertrages entfallende 4.886,64 DM - nebst Zinsen zugesprochen. Soweit die Klägerin Erstattung der Säumniszuschläge und der finanzgerichtlichen Kosten begehrt, hat es die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Soweit es um Erstattung der Umsatz-

steuer geht, hat das Landgericht die Klage - neben mehreren im Revisionsrechtszug nicht mehr interessierenden kleineren Posten - in Höhe von 85.327,46 DM mit der Begründung abgewiesen, daß der Klägerin dieser Betrag bereits im Vorprozeß im Rahmen der Abrechnung nach § 5 Nr. 1 des Vertrages gutgebracht worden sei. Das Berufungsgericht hat der Klage auch hinsichtlich des letztgenannten Postens stattgegeben, allerdings, nachdem die Klägerin einen unstreitig zugunsten der Beklagten zu berücksichtigenden Betrag von 29,23 DM mit der Berufung nicht mehr weiterverfolgt hatte, nur in Höhe von 85.298,23 DM. Im übrigen hat es die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Gegen ihre Verurteilung in diesem Umfang wendet sich die Beklagte mit ihrer Revision. Die Klägerin erstrebt deren Zurückweisung und verfolgt mit der Anschlußrevision, die die Beklagte zurückzuweisen beantragt, den ihr von beiden Vorinstanzen aberkannten Anspruch auf Erstattung der Säumniszuschläge und der Kosten des finanzgerichtlichen Verfahrens weiter.

Entscheidungsgründe

A) Die Revision der Beklagten:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, über den Anspruch auf Erstattung der gegen die Klägerin vom Finanzgericht festge-

setzten Umsatzsteuer in der jetzt noch geltend gemachten Höhe sei nicht bereits im Vorprozeß durch Urteil des Oberlandesgerichts Köln vom 8. Dezember 1977 rechtskräftig entschieden worden. Die Streitgegenstände beider Verfahren seien insoweit nicht identisch. Während es im Vorprozeß allein um die Frage gegangen sei, welcher Auszahlungsbetrag der Klägerin nach der detaillierten Regelung in § 5 Nr. 1 und 2 des Kaufvertrages noch zugestanden habe, sei im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits darüber zu entscheiden, ob bzw. in welchem Umfang die Beklagte gemäß § 11 des Vertrages verpflichtet sei, der Klägerin die durch den Verkauf des Handelsgeschäfts insgesamt angefallene Umsatzsteuer zu erstatten. Der Beklagten sei in diesem Zusammenhang zwar zuzugeben, daß auch das Entgelt, das der Klägerin gemäß § 5 Nr. 1 des Vertrages zugeflossen sei, Bestandteil des Gesamtverkaufserlöses sei und daß die Problematik der Umsatzsteuerpflichtigkeit insoweit bereits in dem Urteil vom 8. Dezember 1977 angesprochen worden sei. Die Frage, "ob Umsatzsteuer auch von dem Betrag zu berechnen (sei), den die Beklagte zur Ablösung der Zwischenfinanzierungskosten aufgewendet (habe)", sei aber nicht abschließend entschieden worden. Das Urteil vom 8. Dezember 1977 habe vielmehr Zweifel geäußert, ob dieses Vorgehen umsatzsteuerrechtlich bedenkenfrei sei, ob mithin die in § 5 Nr. 1 des Vertrages vorgesehene Ablösung der Zwischenfinanzierungskosten als weiteres umsatzsteuerpflichtiges Entgelt für das Handelsgeschäft habe behandelt werden können und ob die Beklagte die hieraus errechnete Umsatzsteuer in Höhe des

Betrages von 85.327,46 DM im Wege des Vorsteuerabzugs mit Recht habe geltend machen können. Es habe diese Fragen schließlich ausdrücklich als für die Entscheidung unerheblich offengelassen.

II. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Die Klage ist in Höhe von 59.971,41 DM unzulässig, weil der jetzt geltend gemachte Anspruch in dieser Höhe bereits Gegenstand des Vorprozesses war und dort auch über ihn entschieden wurde. Die materielle Rechtskraft schließt insoweit eine erneute Verhandlung und Entscheidung aus (BGHZ 34, 337, 339; 36, 365, 367). Wegen des weitergehenden Anspruchs ist die Klage unbegründet.

1. Nach § 322 Abs. 1 ZPO erwachsen Urteile in Rechtskraft, soweit darin über den durch die Klage erhobenen Anspruch entschieden ist. Der Anspruch in diesem Sinne ist nicht gleichbedeutend mit dem des materiellen Rechts, wie er in § 194 BGB umschrieben ist (BGH Urteil vom 5. Juli 1977 - VI ZR 268/75 = VersR 1978, 59). Gegenstand des Rechtsstreits im Zivilprozeß ist vielmehr der als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgebehauptung aufgefaßte eigenständige prozessuale Anspruch (BGH Urteil vom 18. November 1982 - IX ZR 91/81 = NJW 1983, 388, 389 = WM 1983, 71, 72 m.w.Nachw.; vgl. im übrigen die Rechtsprechungsnachweise bei Schumann in: Stein/Jonas, ZPO, 20. Aufl., Einl. V D 2 Rdn. 284 und 288). Dieser wird bestimmt durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger begehrte Rechtsfolge konkre-

tisiert, und den Lebenssachverhalt, aus dem der Kläger diese herleitet (BGH Urteil vom 22. Mai 1981 - V ZR 111/80 = WM 1981, 1036, 1037 unter II = NJW 1981, 2306 m.w.Nachw.; BGH Urteil vom 20. Mai 1976 - III ZR 84/74 = LM ZPO § 253 Nr. 56; BGHZ 7, 268, 271; 78, 130, 136), ohne daß es darauf ankommt, aus welchem Rechtsgrund im einzelnen die begehrte Rechtsfolge hergeleitet wird.

Wie die Revision zutreffend geltend macht, stellt sich daher nicht die Frage, ob der in dem Vorprozeß geltend gemachte Anspruch ausdrücklich auf § 5 oder § 11 des Vertrages gestützt worden ist. Es kommt vielmehr darauf an, ob die von der Klägerin nunmehr begehrten 85.298,23 DM aufgrund desselben Lebenssachverhalts gefordert werden wie in dem Vorprozeß. Das ist der Fall.

2. Der Streit der Parteien ging im Vorprozeß im wesentlichen um die Frage, wie hoch die Aufwendungen der Beklagten für die Ablösung der Zwischenfinanzierungskredite des EBV und der R[REDACTED] waren, die zur Berechnung des der Klägerin nach § 5 Nr. 1 des Kaufvertrages zustehenden Betrages neben anderen Positionen von den unstreitigen Nettokaufpreiszahlungen der Bundespost zu ihren Lasten abzuziehen waren. Er war nur vordergründig tatsächlicher, in Wirklichkeit aber rechtlicher Natur. Denn daß die beiden Zwischenfinanzierungskonten per 31. Dezember 1970 tatsächlich mit insgesamt 1.636.735,68 DM

zu Lasten der Klägerin saldierten und die Beklagte diesen Betrag zur Ablösung der Schuldsalden durch Überweisung an die R [REDACTED] bzw. durch Verrechnung mit ihrer Muttergesellschaft aufgebracht hat, hat die Klägerin im zweiten Rechtszug nicht mehr in Abrede gestellt. Sie hat allerdings weiterhin die Auffassung vertreten, die Auslegung von § 5 Nr. 1 des Kaufvertrages ergebe, daß der ihr zustehende Unterschiedsbetrag durch Vergleich der Nettoverkaufspreise mit den in den Schuldsalden enthaltenen Nettogestehungskosten, also ohne Berücksichtigung der Umsatzsteuer zu ermitteln sei; deshalb sei der Betrag von 85.327,46 DM zu ihren Gunsten in die Abrechnung nach § 5 Nr. 1 einzustellen. Dabei hat sie sich, was die Höhe dieser Steueranteile betrifft, stillschweigend das Vorbringen der Beklagten zu eigen gemacht, diese seien mindestens so hoch gewesen, wie der in Anspruch genommene Vorsteuerabzug, und demzufolge beide gleichgesetzt. Hiervon unabhängig hat die Klägerin im Vorprozeß geltend gemacht, die Beklagte schulde ihr 85.327,46 DM auch deshalb, weil sie, die Klägerin, vom Finanzamt insoweit auf Zahlung von Umsatzsteuer in Anspruch genommen werde. Zwar hat sie die mit Bescheid vom 28. April 1977 erfolgte Festsetzung der Umsatzsteuer im Wege des Einspruchs in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung der Beklagten mit der Begründung bekämpft, ein umsatzsteuerbegründender Vorgang liege nicht vor. Gleichwohl hat sie im Vorprozeß geltend gemacht, die Beklagte müsse, wenn sie den genannten Betrag schon als Vorsteuer habe absetzen können, ihn an sie, die

Klägerin, abführen. Das folge unter anderem aus § 11 des Vertrages.

3. In diesem Sinne haben Landgericht und Oberlandesgericht im Vorprozeß das Begehren der Klägerin auch verstanden und behandelt.

a) Schon das Landgericht hat den Betrag von 85.327,46 DM in beiderlei Hinsicht zugunsten der Klägerin berücksichtigt, indem es zum einen im Rahmen der Abrechnung nach § 5 Nr. 1 des Vertrages ein reines "Nettoverfahren" (Gegenüberstellung der Kosten und der Erlöse jeweils ohne Umsatzsteuer) gewählt hat und der Klägerin außerdem einen Anspruch auf Erstattung der von ihr zu zahlenden Umsatzsteuer zugebilligt hat. Es hat wie folgt gerechnet:

Über den sich aus der Nettoabrechnung ergebenden Betrag von	
1.840.423,19 DM - 1.825.779,24 DM =	14.643,95 DM
hinaus habe die Klägerin einen Erstattungs-	
anspruch "wegen eigener Mehrwertsteuerver-	
pflichtungen" in Höhe von	85.327,46 DM

	99.971,41 DM
Unter Berücksichtigung der Ab-	
schlagszahlung von	40.000,-- DM
ergebe sich ein Restbetrag von	<u>59.971,41 DM</u>

Da die Klägerin davon allerdings nur einen Teilbetrag von 12.649,87 DM eingeklagt hatte, konnte ihr das Landgericht nur diesen zusprechen.

b) Das Oberlandesgericht hat im Vorprozeß allerdings nicht die von der Klägerin vertretene Auffassung geteilt, die Beklagte dürfe nach § 5 Nr. 1 des Kaufvertrages ihre Aufwendungen zur Ablösung der Zwischenfinanzierungskredite von den der Höhe nach unstreitigen Nettoverkaufspreisen ebenfalls nur "netto", d.h. ohne Umsatzsteuer absetzen. Zu dieser Frage enthält das Urteil vom 8. Dezember 1977 zwar keine Rechtsausführungen. Daß das Gericht sich insoweit die Auffassung der Beklagten zu eigen gemacht hat, ergibt sich aber daraus, daß es unter Bezugnahme auf die erstinstanzliche Beweisaufnahme den Umfang der absetzbaren Aufwendungen mit 1.636.735,68 DM, also einschließlich der von der Beklagten aufgewandten Umsatzsteuer **f e s t g e - s t e l l t** hat. Damit hat es die von der Klägerin angestrebte "Netto-Netto-Methode" zugunsten der "Netto-Brutto-Methode" verworfen und die von der Beklagten in die Schlußabrechnung eingesetzte "Vorsteuer" (richtig: Umsatzsteuer) von 85.327,46 DM - anders als das Landgericht - zu Lasten der Klägerin berücksichtigt. Wenn es ihr diesen Betrag dennoch im Rahmen der Gesamtabrechnung gutgebracht hat, so beruht dies, wie es selbst ausgeführt hat, letztlich auf "anderen Gründen". Es sind dies - anders als das Berufungsgericht annimmt - der Sache nach die-

selben, auf die die Klägerin ihren Anspruch im vorliegenden Verfahren stützt:

Das Oberlandesgericht hat im Urteil vom 8. Dezember 1977 zwischen drei umsatzsteuerrechtlichen Tatbeständen unterschieden, die für die Rechtsbeziehungen der Parteien eine Rolle spielen könnten. Es handele sich dabei einmal um die Einfuhrumsatzsteuer im Rahmen des Imports der Holzbestände, mit der die Beklagte unmittelbar nichts zu tun habe, zum anderen um die Mehrwertsteuer aus der Weiterveräußerung an die Bundespost, die die Beklagte dem Willen der Parteien entsprechend gezahlt habe, und schließlich um die durch die Veräußerung des Handelsgeschäfts an die Beklagte angefallene Umsatzsteuer. Diese letztgenannte Steuer habe im Verhältnis der Parteien gemäß § 11 des Kaufvertrages die Beklagte zu tragen. Dabei sei allein fraglich, ob diese Steuer nur von dem in der Vertragsurkunde angegebenen Kaufpreis von 59.300 DM oder auch von dem Betrag zu berechnen sei, den die Beklagte zur Ablösung der Zwischenfinanzierungskonten aufgewendet habe. Letzterem Standpunkt entsprechend habe die Beklagte das Geschäft zwar behandelt, indem sie ihre diesbezüglichen Aufwendungen als umsatzsteuerpflichtiges (Brutto-) Entgelt angesehen und die daraus errechnete, aber noch nicht an die Klägerin abgeführte Umsatzsteuer mit Billigung des Finanzamts im Wege des Vorsteuerabzugs geltend gemacht habe. Ob dieses Verfahren steuerrechtlich korrekt sei, sei zweifelhaft; dies könne aber offenbleiben, weil der von der Beklagten im Wege der

Vorsteuer erlangte Betrag von 85.327,46 DM jedenfalls ihre Aufwendungen im Sinne von § 5 Nr. 1 des Kaufvertrages mindere und der Klägerin daher "in Anwendung des Rechtsgedankens des § 667 BGB" "gutzuschreiben" sei. Es gehe nämlich nicht an, die Beklagte über den Ausgleich ihrer Aufwendungen hinaus einen zusätzlichen Gewinn in Form des Vorsteuerabzugs ziehen zu lassen.

Damit ist das Oberlandesgericht davon ausgegangen, daß die Beklagte nach § 11 des Vertrages grundsätzlich verpflichtet sei, der Klägerin die für die Veräußerung ihres Handelsgeschäfts zu zahlende Umsatzsteuer zu erstatten. Zweifelhaft war für das Oberlandesgericht nur die Höhe der Steuer, die zur Zeit seiner Entscheidung noch nicht endgültig feststand. Insoweit bestanden zwischen der Klägerin und deren Finanzamt die vorerwähnten, auch vom Oberlandesgericht angesprochenen Meinungsverschiedenheiten; die rechtskräftige Festsetzung der Steuer erfolgte erst einige Jahre später durch das von der Klägerin angerufene Finanzgericht Münster. Maßgeblich für die Entscheidung des Oberlandesgerichts, der Klägerin 85.327,46 DM gutzubringen, war der Umstand, daß es der Beklagten gelungen war, diesen Betrag im Wege der Vorsteuererstattung von dem für sie zuständigen Finanzamt zu erhalten, sowie die Erwägung, daß der Beklagten im Verhältnis zur Klägerin dieser Betrag weder ganz noch teilweise verbleiben könne. Durch die Wendung, der Beklagten könne die Vorsteuer nicht über den Ausgleich ihrer Aufwendungen hinaus als "zusätzlicher Gewinn" verbleiben, wollte das Oberlandesgericht offensichtlich die

zivilrechtlichen Beziehungen der Parteien dem steuerrechtlichen Prinzip des Vorsteuerabzugs anpassen, wonach der Unternehmer die ihm von anderen Unternehmen gesondert in Rechnung gestellte Umsatzsteuer für Lieferungen oder sonstige Leistungen an sein Unternehmen von seiner eigenen Umsatzsteuerschuld abziehen oder sich unter gewissen Voraussetzungen auch erstatten lassen kann, die Umsatzsteuer bei ihm also als durchlaufender Posten auftritt (§ 15 Abs. 1 UStG). Demselben Ziel diene die Vereinbarung der Parteien in § 11 des Vertrages. Inzwischen steht aufgrund der rechtskräftigen Entscheidung des Finanzgerichts Münster fest, daß die Klägerin für den Verkauf ihres Handelsgeschäfts Umsatzsteuer jedenfalls in Höhe desjenigen Betrages zu zahlen hat, hinsichtlich dessen das Oberlandesgericht im Vorprozeß eine Erstattungspflicht der Beklagten bejaht hat. Daß das Oberlandesgericht zu einem Zeitpunkt, als dies noch nicht geklärt war, seine Entscheidung mit dem Rechtsgedanken des § 667 BGB begründet hat, ändert nichts daran, daß es der Sache nach die in § 11 des Vertrages geregelte Verpflichtung der Beklagten zur Erstattung der von der Klägerin für den Verkauf ihres Unternehmens geschuldete Umsatzsteuer in Höhe von 85.327,46 DM bejaht hat.

Die Identität der in beiden Verfahren erhobenen und verschiedenen Ansprüche wird auch nicht durch die Wendung im Urteil vom 8. Dezember 1977 in Frage gestellt, es komme für den aus § 5 Nr. 1 des Kaufvertrages mit § 667 BGB hergeleiteten An-

spruch nicht darauf an, ob die Klägerin einen ihrer Forderung entsprechenden Umsatzsteuerbetrag an das Finanzamt zu zahlen oder gar schon entrichtet habe. Damit hat das Oberlandesgericht ersichtlich nur zum Ausdruck bringen wollen, der Anspruch sei auf der von ihm angenommenen Rechtsgrundlage vom Vorliegen dieser Voraussetzungen unabhängig.

4. Obwohl die Klägerin hiernach bei der Berechnung der ihr aufgrund des Unternehmensverkaufs zustehenden Forderung gegen die Beklagte, die den Gegenstand des Vorprozesses bildete, den gesamten ihr nach § 11 des Vertrages zustehenden Erstattungsanspruch geltend gemacht und das Oberlandesgericht im Vorprozeß diesen Anspruch auch in voller Höhe (85.327,46 DM) als begründet angesehen hat, ist insoweit nur teilweise mit Rechtskraftwirkung für den vorliegenden Rechtsstreit entschieden worden. Nach § 322 Abs. 1 ZPO reicht die materielle Rechtskraft der Entscheidung des Oberlandesgerichts im Vorprozeß nur soweit, als darin über den von der Klägerin mit der Klage geltend gemachten Anspruch entschieden worden ist; der Umfang des - prozessualen - Anspruchs der Klägerin ergibt sich aus ihrem zuletzt gestellten Klagantrag. Die Klägerin hat im Vorprozeß insgesamt nur eine Forderung von 60.000 DM rechtshängig gemacht, von der auf den hier zu beurteilenden Komplex (§§ 5 Nr. 1 und 11 des Vertrages) ein Teilbetrag von 59.971,41 DM entfiel. Ihre weitergehenden Forderungen aus §§ 5 Nr. 1 und 11 des Vertrages hat sie mit der Gegenforderung der Beklagten auf Erstattung von deren Auf-

wendungen (§ 5 Abs. 1 des Vertrages) und mit der unstreitigen Zahlung der Beklagten von 40.000 DM verrechnet. In erster Instanz des Vorprozesses hatte die Klägerin insoweit sogar nur einen Teilbetrag von 12.649,87 DM geltend gemacht. Nachdem das Landgericht in den Entscheidungsgründen seines Urteils ausgeführt hatte, daß der Klägerin nach wechselseitiger Verrechnung der auf beiden Seiten zu berücksichtigenden Positionen sowie nach Abzug der Teilzahlung der Beklagten von 40.000 DM insgesamt noch eine Forderung von 59.971,41 DM zustehe, sich an einer Verurteilung der Beklagten in dieser Höhe jedoch durch den auf 12.649,87 DM beschränkten erstinstanzlichen Klagantrag gehindert sah, hat die Klägerin im Berufungsrechtszug den auf Zahlung des Überschusses aufgrund §§ 5 Abs. 1 und 11 des Vertrages gerichteten Teil ihrer Klageforderung "hilfsweise" mit dem vom Landgericht errechneten Saldo begründet. Aufgrund anderer Berechnung des Überschusses hat das Oberlandesgericht der Klägerin zwar insoweit nur 12.625,63 DM zugesprochen, es hat dabei jedoch, wie es am Schluß der Entscheidungsgründe ausdrücklich hervorhob, über "sämtliche Hilfsbegründungen der Klägerin" entschieden. Hieraus folgt, daß im Vorprozeß über den nunmehr erneut geltend gemachten Anspruch mit Rechtskraftwirkung bis zu einem Betrag von 59.971,41 DM entschieden worden ist. In diesem Umfang ist die jetzige Klage daher unzulässig.

Im übrigen, also bis zur Höhe des jetzt geltend gemachten Betrages von 85.298,23 DM, ist die Klage unbegründet. Das folgt

daraus, daß die Klägerin ihre weitergehenden, den letzten Klageantrag im Vorprozeß übersteigenden Forderungen mit den Gegenforderungen der Beklagten und deren Zahlung von 40.000 DM verrechnet hat. Die Beklagte hat dieser Verrechnung nicht nur nicht widersprochen, sondern sogar - aufgrund ihrer eigenen Be- und Verrechnung der wechselseitigen Ansprüche - den Standpunkt vertreten, der Klägerin stehe unter weiterer Berücksichtigung der Zahlung von 40.000 DM überhaupt nichts mehr zu. Die Restforderungen der Klägerin sind daher in dem 59.971,41 DM übersteigenden Umfang durch die Zahlung der Beklagten bzw. Verrechnung mit deren Gegenforderungen erloschen.

B) Die Anschlußrevision der Klägerin:

I. Die von der Klägerin "hilfsweise", weil nur für den Fall der Annahme der gegnerischen Revision eingelegte unselbständige Anschlußrevision ist statthaft (BGH Urteil vom 10. November 1983 - VII ZR 72/83 = WM 1984, 349, 350; Senatsurteile vom 8. November 1961 - VIII ZR 149/60 = WM 1961, 1355 unter I und vom 4. Juli 1984 - VIII ZR 8/83 = WM 1984, 1296, 1297 unter I 2 c) und auch sonst zulässig. Sie bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg.

II. Die Vorinstanzen haben den mit der Anschlußrevision weiterverfolgten Anspruch auf Ersatz der Säumniszuschläge und

der Kosten des finanzgerichtlichen Verfahrens zu Recht abgewiesen.

1. Das Landgericht, auf dessen Begründung das Berufungsgericht insoweit weitgehend Bezug nimmt, hat ausgeführt, die Forderung der Klägerin nach Erstattung der Säumniszuschläge lasse sich nicht bereits aus § 11 des Kaufvertrages herleiten. Diese Bestimmung betreffe nur die interne Abwicklung zwischen den Parteien. Sie lasse sich nicht dahin auslegen, daß die Beklagte auch solche Kosten erstatten solle, die nicht unmittelbar mit der Vertragsabwicklung zusammenhängen. Auch habe § 11 die Beklagte nicht selbst zur unmittelbaren Steuerschuldnerin machen sollen.

Die dagegen gerichteten Angriffe der Anschlußrevision haben keinen Erfolg.

§ 11 Satz 2 des Kaufvertrages knüpft die Leistungspflicht der Beklagten ausschließlich an die "für den Verkaufserlös zu entrichtende Umsatzsteuer", also an die Steuerschuld der Klägerin. Säumniszuschläge aber sind weder nach allgemeinem Sprachgebrauch noch der Sache nach Gegenstand der Steuerschuld, vielmehr Folge ihrer verzögerlichen Erfüllung. Es ist daher nicht möglich, den in der fraglichen Vertragsbestimmung allein verwendeten Begriff "Umsatzsteuer" so zu verstehen, daß er auch die Säumniszuschläge erfaßt. Auf die von der Anschlußrevision im

übrigen in den Vordergrund ihrer Erwägungen gestellte Frage, ob der Anspruch aus § 11 als Zahlungs- oder - wie sie meint - als Freistellungsanspruch ausgestaltet ist, kommt es nicht an. Sie betrifft nur die Art und Weise, nicht dagegen den Gegenstand der Leistungspflicht, der durch die zu entrichtende Umsatzsteuer eindeutig gekennzeichnet ist und daher auch keine Lücke für die von der Revision hilfsweise angestrebte ergänzende Vertragsauslegung läßt.

2. Das Berufungsgericht hat ferner einen auf Erstattung der Säumniszuschläge gerichteten Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 286 BGB verneint. Auch dies wird von der Revision vergeblich bekämpft.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der aus einem Steuererstattungs- oder einem entsprechenden Freistellungsanspruch Berechtigte überhaupt vom Verpflichteten als Verzugsschaden die Erstattung von Säumniszuschlägen verlangen kann, die gegen ihn festgesetzt worden sind, oder ob es nicht vielmehr seine Sache ist, die Steuerschuld zu bezahlen, es zur Entstehung von Säumniszuschlägen also gar nicht kommen zu lassen (§ 254 BGB) und den Schuldner lediglich auf die insoweit entstandenen Aufwendungen - einschließlich Zinsen und Liquiditätsverlust - in Anspruch zu nehmen. Unerörtert kann auch bleiben, ob der geltend gemachte Ersatzanspruch der Klägerin zumindest zum größten Teil schon deshalb verneint werden muß, weil nach dem Berufungs-

urteil vom 8. Dezember 1977 ein Erstattungsanspruch jedenfalls zu diesem Zeitpunkt nicht mehr bestand, sondern durch Verrechnung mit den Ansprüchen der Beklagten bzw. mit der geleisteten Anzahlung erloschen war und bis dahin angesichts der erst auf den 1. Juni 1977 erfolgten Fälligestellung der Umsatzsteuer Säumniszuschläge in nennenswertem Umfang noch nicht entstanden sein konnten. Daß die Beklagte den Betrag von 1.646,44 DM, zu dem sie vom Berufungsgericht im Vorprozeß verurteilt worden war, nicht alsbald an die Klägerin gezahlt hätte, hat diese nicht behauptet.

Der Anspruch der Klägerin scheitert jedenfalls daran, daß die Voraussetzungen des Verzuges der Beklagten nicht dargetan sind.

Da die Leistungspflicht der Beklagten nicht nach dem Kalender bestimmt war, war Voraussetzung für den Eintritt des Verzuges eine Mahnung (§ 284 Abs. 1 und 2 BGB). Wie das Berufungsgericht - von der Anschlußrevision unangegriffen - ausführt, hat die Klägerin nach ihrem eigenen Vorbringen die Beklagte erstmals mit Anwaltsschreiben vom 7. Dezember 1982 zur Zahlung des Steuerbetrages aufgefordert. In diesem Zeitpunkt war der von der Klägerin geltend gemachte Schaden jedoch bereits eingetreten. Die Säumniszuschläge waren nach § 240 AO in der Zeit zwischen der im Steuerbescheid auf den 1. Juni 1977 festgelegten Fälligkeit der Steuerschuld und ihrer Tilgung angefallen, die nach dem

weiteren Vorbringen der Klägerin aus dem am 30. Juni 1982 aufgenommenen Darlehen erfolgt ist. Sie waren daher nicht, wie § 286 BGB voraussetzt, "durch den Verzug" entstanden.

Die Anschlußrevision hat allerdings darin recht, daß die den Verzug begründende Mahnung dann entbehrlich ist, wenn der Schuldner sich ernsthaft und endgültig weigert, die geschuldete Leistung zu bewirken. Aufgrund des vom Berufungsgericht nicht gewürdigten Vorbringens der Klägerin ist für die Revisionsinstanz zu unterstellen, daß die Beklagte die Erstattung der vom Finanzamt gegenüber der Klägerin festgesetzten Umsatzsteuer oder die Freistellung der Klägerin von dieser Verpflichtung abgelehnt hat. Der Anschlußrevision verhilft dies gleichwohl nicht zum Erfolg, weil die sonstigen Umstände des Falles es verbieten, an diese Weigerung der Beklagten eine Schadensersatzpflicht zu knüpfen.

Wie die Klägerin selbst vorgetragen hat, beruhte die Weigerung der Beklagten auf deren Rechtsauffassung, die Klägerin selbst sei dem Finanzamt gegenüber zur Zahlung von Umsatzsteuer für die im Rahmen der Geschäftsübernahme erfolgte Veräußerung des Holzbestandes nicht verpflichtet. Mit derselben Begründung hatte aber auch die Klägerin zur gleichen Zeit die gegen sie gerichtete Steuerforderung bekämpft. Bei dieser Sachlage ist es schon äußerst zweifelhaft, ob von einer die Mahnung entbehrlich machenden Erfüllungsverweigerung der Beklagten überhaupt ge-

sprochen werden kann, zumal die Klägerin nach ihrem eigenen Vorbringen nach Erlaß des Steuerbescheides die Beklagte über die Steuerforderung des Finanzamts lediglich "informiert" hat. Jedenfalls aber ist es mit Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht zu vereinbaren, wenn die Klägerin aus einem dem übereinstimmenden Rechtsstandpunkt beider Parteien entsprechenden Verhalten der Beklagten jetzt einen Schadensersatzanspruch ableiten will (vgl. RGZ 96, 313, 316). Erforderlich wäre vielmehr gewesen, daß sie die Beklagte - ungeachtet der beiderseitigen Rechtsauffassung - unmißverständlich zur Zahlung aufgefordert hätte (RGZ 93, 300, 301-302; vgl. auch BGH Urteil vom 20. Oktober 1982 - IVb ZR 319/81 = WM 1983, 422, 423). Das ist nicht geschehen. In ihren im Vorprozeß gestellten Klageanträgen kann bei dieser Sachlage und angesichts ihrer damaligen Prozeßführung (vgl. dazu oben unter A II 2) eine schlüssig erfolgte Mahnung nicht gesehen werden.

III. Mit Recht hat das Berufungsgericht der Klägerin schließlich auch einen Anspruch auf Erstattung der im finanzgerichtlichen Verfahren angefallenen Kosten aberkannt. Soweit die Anschlußrevision demgegenüber die Auffassung vertritt, Grundlage für den geltend gemachten Anspruch sei auch insoweit § 11 des Kaufvertrages, kann auf die Ausführungen unter B II 1 verwiesen werden. Ebensowenig wie die Säumniszuschläge sind die Kosten des Steuerstreits Gegenstand der vertraglichen Regelung. Aus dem Gesichtspunkt des Verzuges kann der Anspruch - abgesehen von

sonstigen Bedenken - schon deshalb nicht hergeleitet werden, weil es, wie bereits ausgeführt, an einer vor Beginn des finanzgerichtlichen Verfahrens erfolgten Mahnung fehlt und die Klägerin aus einer etwaigen Zahlungsverweigerung der Beklagten keine Rechte herleiten kann.

C) Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 97 ZPO.

Braxmaier

Dr. Skibbe

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Groß