

3

BGH, Urt. v. 4. Juli 1979 - VIII ZR 338/78 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 338/78

URTEIL

Verkündet am
4. Juli 1979
Mückenhäusen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Dr. jur. Eberhard G., P.-straße
in E.,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die H. Warenhaus-Verwaltungsgesellschaft mbH, ver-
treten durch ihren Geschäftsführer Dirk S.,
A. B.-straße in H.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Nebenintervenientin:

K.-Aktiengesellschaft, vertreten durch die Herren
Theodor Al. und Paul D. als Vorstandsmitglieder,
Theodor-Al.-Straße in Es.-Br.,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 1979 durch die Richter Hoffmann, Wolf, Merz, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 10. Mai 1978 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Der Beklagte hat auch die Kosten der Nebenintervenientin zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte war Eigentümer des inzwischen an die Streitgehilfin veräußerten Grundstücks Gr[REDACTED]straße [REDACTED] und 17 in H[REDACTED].

An diesem Grundstück erwarb die Klägerin im September 1968 das Erbbaurecht. Sie verpflichtete sich in dem Erbbaurechtsvertrag auf dem Grundstück nach bereits genehmigten Plänen des Architekten Ba[REDACTED] ein Warenhausgebäude zu errichten (§ 4 Abs. 1 Erbbaurechtsvertrag). Der Beklagte gab im Hinblick darauf seine Zustimmung zur Belastung des Erbbaurechts mit



Grundpfandrechten bis zu 8 Mio DM (§ 8 Abs. 1 Erbbaurechtsvertrag). In § 14 vereinbarten die Parteien ein Ankaufsrecht des Grundstückseigentümers auf das Erbbaurecht folgenden Inhalts:

- "a) Das Ankaufsrecht kann frühestens nach dem 31. Dezember 1980 ausgeübt werden.
- b) Die Bestimmung des Ankaufspreises obliegt der Erbbauberechtigten; sie hat dabei die Valuta zugrundelegen, die sich aus der für dieses Bauvorhaben nach dessen Vollendung aufzustellenden Finanzierungstabelle ergibt."

Die Klägerin ist zuvor allein zu dem Zweck gegründet worden, die Finanzierung und Errichtung des Warenhausgebäudes durchzuführen. Das Kaufhaus sollte sodann vom Beklagten gepachtet und zum Betrieb an die ihm gehörende Kaufhaus G. GmbH "unterverpachtet" werden.

Nach Inkrafttreten des Gesetzes über die Gewährung von Investitionszulagen vom 18. August 1969 regte der Beklagte, gestützt auf ein Gutachten der "Habetreu" Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, bei der Klägerin mit Schreiben vom 31. Oktober 1969 an, gemeinsam nach einem Weg zu suchen, "für den Husumer Neubau an die Investitionszulage heranzukommen". Die Anspruchsberechtigung des Beklagten setzte voraus daß er - zumindest - als wirtschaftlicher Eigentümer des Warenhausgebäudes anerkannt würde. Das ergaben die Verhandlungen, die die Steuerberater der Parteien (Sc. für die Klägerin und Be. von der Nordwestdeutschen Treuhand für den Beklagten) miteinander und mit den Finanzämtern in R. und Ha. führten. Während der sich über mehrere Monate erstreckenden Verhandlungen unterzeichnete der Beklagte am 24. August 1970 als Mieter

einen von der Klägerin entworfenen "Mietvertrag" über das Erbbaugrundstück mit allen darauf errichteten Gebäuden und Anlagen. In dem Verträge ist u.a. bestimmt:

"§ 2 Mietzeit

Das Mietverhältnis beginnt am 1. November 1969 und endet am 31. Dezember 1986.

Bei Beendigung der Mietzeit ist der Mieter verpflichtet, das Eigentum an dem Mietobjekt zu erwerben, wenn dies die Vermieterin verlangt.

§ 3 Mietzins

1. Der Mietzins wird nach Abrechnung des Bauvorhabens vereinbart. Bis zur endgültigen Festlegung des Mietzinses ist ab 1.11.1969 ein vorläufiger Jahresmietzins in Höhe von 960 000 DM sowie der jeweils hierauf anfallenden Mehrwertsteuer in monatlich im voraus fällig werden- den Raten in Höhe von 80 000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer bis spätestens zum 5. Werktag eines jeden Monats an die Vermieterin zu entrichten."

In der auf den Abschluß des Mietvertrages folgenden Korrespondenz heißt es im Schreiben der Klägerin vom 10. September 1970 u.a.:

"Zu § 3 Abs. 1 (des Mietvertrages) hatten wir hinsichtlich der endgültigen Mietzinsfestlegung vereinbart, daß die Miete sich zusammensetzt aus

- a) den für die aufgenommenen Darlehen zu leistenden Zins- und Tilgungsleistungen (Annuitäten),
- b) dem Verwaltungskostenzuschlag in Höhe von DM 50 000,--,
- c) dem Erbbauzins,
- d) sonstigen durch das Objekt bedingten unabwendbaren nachgewiesenen Kosten.....

Die Bauaufträge wurden von uns, jedoch für Ihre Rechnung erteilt. Über die einzelnen Bauaufträge wurde entsprechend unserer Vereinbarung abgerechnet, zunächst per 10.7.70 durch Schreiben vom 14.8.70."

Die für die steuerliche Veranlagung zuständigen Finanzämter erklärten ihre Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung der Parteien, wie sie der Steuerberater S. im Schreiben vom 18. August 1970 dargelegt hatte. Darin ist u.a. ausgeführt:

".....

2. Umsatzsteuerliche Behandlung

a) Leistungsaustausch

Durch das Auftreten der Husumer im eigenen Namen ist umsatzsteuerrechtlich ein Leistungsaustausch zwischen den Bauunternehmern und der H. anzunehmen. Es liegt ein dem Kommissionsgeschäft vergleichbarer Sachverhalt vor (§ 3 Abs. 3 UStG). Für die von den Bauunternehmern in Rechnung gestellte Umsatzsteuer steht der H. der Vorsteuerabzug zu.

Die Abrechnung zwischen H. und G. über jede einzelne Lieferung oder sonstige Leistung stellt einen weiteren steuerbaren Leistungsaustausch dar. Die H. muß hierfür 11 v.H. Umsatzsteuer in Rechnung stellen, die bei G. zum Vorsteuerabzug führen.

b) Investitionssteuer

Die Steuer auf den Selbstverbrauch (§ 30 Abs. 1 UStG) ist entsprechend dem Erlaß des BdF vom 10.7.1979, IV A/3 - S 7470 - 50/58 von Grimme zu entrichten.

Bei der H. fällt eine Investitionssteuer nicht an, da die einzelnen Lieferungen und Leistungen nicht als körperliche Wirtschaftsgüter anzusehen sind. Außerdem ist eine Verwendung oder Nutzung als Anlagevermögen bei der H. nicht gegeben."

Den vorstehenden Gesichtspunkten entsprechend haben die Parteien ihre Umsatzsteuererklärungen für 1969 und 1970 abgegeben. Die Klägerin hat die Mehrwertsteuer auf die Nettobaukosten bezahlt. In der Umsatzsteuererklärung der Kaufhaus G[REDACTED] GmbH für 1969 ist insoweit Vorsteuerabzug geltend gemacht worden.

Durch notariellen Vertrag vom 26. Oktober 1970 erwarb die Streitgehilfin das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück des Beklagten und trat in dessen Rechte und Pflichten aus dem Erbbaurechts- und aus dem Mietvertrag ein. Der Übergang der Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag ist mit Wirkung ab 1. November 1970 vereinbart worden. Die Klägerin erklärte mit Schreiben vom 19. November 1970 ihre Genehmigung zu den getroffenen Absprachen. Sie legte dem Beklagten am 3. Februar 1971 folgende Abrechnung zum 31. Oktober 1970 vor:

"Mehrwertsteuer auf Baukosten	798 390,78 DM
./. Investitionssteuer	<u>459 470,-- "</u>
	338 920,98 DM
Restzahlung aus Mietabrechnung	<u>28 216,69 "</u>
	367 137,67 DM
+ Zinsen = 10,75 % für 3 Monate	<u>758,32 "</u>
	367 895,99 DM"

Den Posten "Mietabrechnungen" berichtigte die Klägerin am 19. Februar 1971 auf 35 916,69 DM, die Zinsen auf 965,26 DM.

Durch seinen Steuerberater Be[REDACTED] ließ der Beklagte hierauf am 24. Februar 1971 u.a. antworten:

".....
Aus dieser Art des Finanzierungsvertrages ergibt sich also, daß die Bruttorechnungen der Lieferanten Finanzierungsobjekt waren. Es sind nicht Vereinbarungen getroffen worden, daß nur der Nettobetrag in die Finanzierung eingehen sollte, die Mehrwertsteuer aber nicht."

Die Streitgehilfin widersprach der Ansicht, die Mehrwertsteuer auf die Nettobaukosten sei langfristig zu finanzieren. Mit Schreiben vom 11. August 1971 verlangte der Beklagte von ihr, sie möge ihn von einer (im einzelnen berechneten) Schuld gegenüber der Klägerin von insgesamt 798 390,98 DM freistellen.

Es besteht kein Streit darüber, daß der Beklagte der Klägerin für die Zeit bis zum 31. Oktober 1970 restlichen Mietzins von 35 916,69 DM und Zinsen im Betrage von 8 698,43 DM, insgesamt 44 615,12 DM schuldet. Diesen Betrag hat die Klägerin eingeklagt.

Unstreitig hat die Klägerin die von den Bauunternehmen in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer bezahlt und insofern von ihrem Recht des Vorsteuerabzugs Gebrauch gemacht. Sie hat mit Rücksicht darauf, daß sie dem Beklagten das wirtschaftliche Eigentum an dem Warenhaus verschafft hat, diesem auf die Nettobaukosten 798 390,98 DM Mehrwertsteuer berechnet und ihrerseits den Betrag an das Finanzamt bezahlt. Der Beklagte hat von dem Recht des Vorsteuerabzugs Gebrauch gemacht. In seiner Person ist wegen des Erwerbs des wirtschaftlichen Eigentums an dem Warenhaus eine Investitionssteuerschuld von 459 470 DM entstanden. Mit diesem Betrag hat ihn, wie in der Revisionsinstanz klargestellt worden ist, das Finanzamt

belastet. Die Klägerin hat ihn andererseits in den vom Beklagten verlangten Mietzins einkalkuliert, weil sie unstreitig dem Beklagten die Investitionssteuer zu finanzieren hat.

Streit besteht allein darüber, ob die Klägerin auch die von ihr verauslagte Mehrwertsteuer langfristig zu finanzieren hat, wie der Beklagte behauptet, oder ob dieser Betrag, vermindert um die Investitionssteuer, schon jetzt der Klägerin, wie sie und die Streitgehilfin meinen, zusteht. Die Klägerin hat deshalb im Wege der Zwischenfeststellungsklage beantragt,

festzustellen,

1. daß der Beklagte verpflichtet ist, ihr einen von ihm über den Vorsteuerabzug von dem Finanzamt vereinnahmten Mehrwertsteuerbetrag von 798 390,98 DM abzüglich von der Klägerin aufgerechneter DM 459 470, verbleiben DM 338 920,98, zu erstatten;
2. daß der Anspruch des Beklagten gegen die Klägerin auf Vergütung eines Investitionssteuerbetrages von DM 459 470 durch die in dem Antrag zu 1 genannte, von der Klägerin erklärte Aufrechnung erloschen ist, soweit diese Feststellung nicht schon mit der Rechtskraft gemäß § 322 Abs. 2 ZPO bei der Entscheidung des Gerichts über den von der Klägerin zur Hauptsache gestellten Klageantrag erfolgt.

Das Landgericht hat der Leistungs- und Zwischenfeststellungsklage stattgegeben.

Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin und ihre Streitgehilfin beantragen, verfolgt der Beklagte das Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe

I. Die Klageforderung von insgesamt 44 615,12 DM ist nach Entstehungsgrund und Betrag unstreitig.

II. Die Frage ist, ob diese Forderung aufgrund der vom Beklagten mit Schreiben vom 24. Februar 1971 erklärten Aufrechnung mit der ebenfalls nach Entstehungsgrund und Höhe unstreitigen Gegenforderung auf Erstattung von 459 470 DM Investitionssteuer gemäß § 389 BGB erloschen ist.

Das Berufungsgericht hat das ebenso wie das Landgericht verneint. Beide Vorinstanzen haben sich auf den Standpunkt gestellt, die vom Beklagten erklärte Aufrechnung sei "ins Leere" gegangen. Die Klägerin habe nämlich die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung bereits zu einem früheren Zeitpunkt, mit Zugang ihres Schreibens vom 19. Februar 1971, "durch Aufrechnung" mit dem ihr gegen den Beklagten zustehenden Anspruch auf Erstattung von 798 390,98 DM Mehrwertsteuer zum Erlöschen gebracht.

III. Die Revision meint, die Auffassung des Berufungsgerichts beruhe auf Rechtsirrtum. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt unzutreffend gewürdigt, insbesondere die Darlegungs- und Beweislast verkannt, sowie in mehrfacher Hinsicht gegen die Denkgesetze verstoßen.

Das angefochtene Urteil hält im Ergebnis den Revisionsangriffen stand.

Die Klägerin hatte bei Abgabe ihrer Aufrechnungserklärung vom 19. Februar 1971 den geltend gemachten Anspruch auf Ausgleich der Mehrwertsteuer, die sie deshalb an das Finanzamt zahlen mußte, weil sie dem Beklagten absprachegemäß das wirtschaftliche Eigentum an dem Warenhaus verschafft hat. Das ergeben folgende Erwägungen:

1. Die Parteien sind darüber einig, daß Erbbaurechts- und Mietvertrag von ihrer Zweckbestimmung her als Finanzierungsleasing zu gelten haben. Davon sind zutreffend auch die Vorinstanzen ausgegangen.

2. Wesentlich für die Vertragsgestaltung beim Finanzierungsleasing, das durch das typische Dreiecksverhältnis zwischen Hersteller (hier die an der Errichtung des Warenhauses beteiligten Bauunternehmen), Leasinggeber (Klägerin) und Leasingnehmer (Beklagter), gekennzeichnet ist, ist die Beschränkung des Leasinggebers auf die reine Finanzierungsfunktion. Wirtschaftlich soll das Finanzierungsleasing dem Leasingnehmer in einer Art "maßgeschneiderter Kreditierung" Investitionen größeren Ausmaßes ermöglichen (vgl. dazu Hiddemann in WM 1978, 834 mit Nachweisen über die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, insbesondere des erkennenden Senats; Borggräfe, Die Zwangsvollstreckung in bewegliches Leasinggut, 1976, S. 18 ff). Mit dem vom Leasingnehmer zu entrichtenden Leasingentgelt

erhält der Leasinggeber ratenweise den von ihm insgesamt zur Finanzierung des Nutzens, d.h. zur Anschaffung des Leasingguts, aufgewendeten Betrag zurück. Die Summe aller Leasingraten muß deshalb die gesamten Anschaffungskosten, die Verzinsung des eingesetzten Kapitals, die Verwaltungskosten, sowie einen Risiko- und Gewinnzuschlag abdecken, damit der Leasinggeber einen marktgerechten Ausgleich für seine Leistung erhält (vgl. Borggräfe aaO). Die genannten Faktoren sind Kostenelemente des Finanzierungsleasings. Für Kostenelemente des Finanzierungsleasings, die die Höhe des Leasingentgelts insgesamt und damit zugleich die einzelne Leasingrate bestimmen, kann mithin nach dem Wesen des Finanzierungsleasings grundsätzlich keine gesonderte Tilgung verlangt werden.

3. Unstreitig stellt der vom Beklagten geschuldete "Mietzins" das Leasingentgelt dar. An seiner vereinbarten Zusammensetzung ist im Prinzip nichts geändert worden. Das folgt aus dem im Tatbestand auszugsweise zitierten Schreiben der Klägerin vom 10. September 1970 an den Beklagten. Die unter Buchstabe a) erwähnten Darlehen, deren Annuitäten der Mietzinsberechnung zugrunde gelegt wurden, dienten der Finanzierung der Warenhausherstellungskosten. Die an der Herstellung beteiligten Firmen haben für ihre Leistungen der Klägerin zwar Mehrwertsteuer berechnet, die Klägerin hat die Vergütungen auch einschließlich Mehrwertsteuer bezahlt, sie hat diese Mehrwertsteuer jedoch im Wege des Vorsteuerabzugs vom zuständigen Finanzamt vergütet bekommen. Es bestand also kein Grund, die bei der Errichtung des Warenhauses angefallene Mehrwertsteuer in das Finanzierungsvolumen aufzunehmen. Um diese Mehrwertsteuer geht es im vorliegenden Rechtsstreit nicht.

Auch die weiteren Kostenelemente der maßgeblichen Mietzinsberechnung enthalten den in Rede stehenden Mehrwertsteuerbetrag aus der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an dem Warenhaus auf den Beklagten bisher nicht. Darüber besteht kein Streit.

4. Die Revision meint indessen unter ausdrücklichem Hinweis auf die Vereinbarung zur Konkretisierung des § 3 Abs. 1 Mietvertrag, zu "allen sonstigen durch das Objekt bedingten unabwendbaren und nachgewiesenen Kosten" gehörten von vornherein und generell, d.h. ohne Rücksicht auf ihre sich unter Umständen erst später ergebende Art und Höhe, auch die steuerlichen Lasten, die dem Leasinggeber infolge der Überlassung des Objekts an den Leasingnehmer unvermeidbar entstünden. Auch sie seien vom Leasingnehmer zu tragen, "allerdings in der durch das Wesen des Leasinggeschäfts geforderten zeitlichen Streckung". Eine sofortige Erstattungspflicht für einzelne Kosten oder Aufwendungen hätte nach Auffassung der Revision einer besonderen Vereinbarung bedurft, denn sie sei mit dem Wesen des Finanzierungsleasingvertrages unvereinbar. Deshalb sei es Sache der Klägerin und nicht Aufgabe des Beklagten gewesen, eine solche Absprache darzulegen und zu beweisen.

Der Standpunkt der Revision läuft im Ergebnis darauf hinaus, die Klägerin aufgrund des § 3 Abs. 1 Mietvertrag als verpflichtet anzusehen, das ursprüngliche Finanzierungsvolumen nachträglich um den Mehrwertsteuerbetrag auf die Nettobaukosten, die aus Anlaß der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums am Warenhaus auf den Beklagten fällig geworden sind, zu erweitern. Die damit notwendigerweise verbundene Erhöhung des Mietzinses nähme der Beklagte in Kauf.

5. Der Revision ist zuzugeben, daß § 3 Abs. 1 Mietvertrag in Verbindung mit der Vereinbarung, die die Parteien über die endgültige Festlegung des Mietzinses unter Buchstabe d) getroffen haben, vom Wortlaut und erkennbaren Sinn her auch künftige objektbedingte "unabwendbare nachgewiesene Kosten" des Leasinggutes erfaßt.

Richtig ist auch, daß es sich dabei sowohl um Kosten des Leasinggebers, als auch um solche des Leasingnehmers handeln kann. Das können auch steuerliche Belastungen sein. Gleichwohl läßt sich von diesem Ausgangspunkt her das angefochtene Urteil nicht zu Fall bringen.

a) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klägerin sei nicht verpflichtet, nachträglich den in Rede stehenden Mehrwertsteuerbetrag langfristig zu finanzieren. Aus dem Erbbaurechtsvertrag, der noch vom wirtschaftlichen Eigentum der Klägerin ausgehe, folge eine derartige Verpflichtung nicht. Sie ergebe sich auch nicht aus dem Mietvertrag vom 31. Juli 1970 und dem Schriftwechsel im September 1970. Nur die eigentlichen Baukosten hätten im Interesse des Beklagten langfristig finanziert werden sollen. In den endgültigen Mietzins hätten die Parteien den Mehrwertsteuerbetrag in die Anfang September 1970 getroffene Vereinbarung noch nicht einbezogen, weil die Stellungnahme der Finanzämter zu den Vorschlägen der Vertragschließenden noch ausstanden hätten. Auch später sei eine - schriftformbedürftige - Ergänzung des § 3 Mietvertrag nicht vorgenommen worden.

Aus dem Wesen des Finanzierungsleasingvertrages und den gegebenen Umständen könne eine Verpflichtung der Klägerin, den Mehrwertsteuerbetrag langfristig zu

finanzieren, nicht hergeleitet werden. Dazu habe keine wirtschaftliche Notwendigkeit bestanden, weil die von der Klägerin zunächst gezahlten Steuern dem Beklagten im Wege des Vorsteuerabzugs erstattet worden seien. Hätte die Klägerin auch diesen Betrag finanzieren sollen, so wäre das auf die zusätzliche Gewährung eines Barkredits hinausgelaufen. Nach den schriftlich getroffenen Vereinbarungen sollten aber nur die notwendigen Kosten finanziert werden. Das ergebe sich gerade auch aus der Vereinbarung zur Ausfüllung des § 3 Abs. 1 Mietvertrag. Bei dem Mehrwertsteuerbetrag handele es sich im Gegensatz zu der durch die Änderung der Konstruktion (gemeint ist die Änderung der inhaltlichen Ausgestaltung des Leasingverhältnisses) bedingten Investitionssteuer keineswegs um unabwendbare Kosten, sondern um kurzfristige Aufwendungen, für die die Klägerin nach § 670 BGB habe Ersatz verlangen können. Unter diesen Umständen sei es Sache des Beklagten gewesen darzulegen und zu beweisen, daß die ursprüngliche Finanzierungspflicht der Klägerin im Zusammenhang mit dem Abschluß des Mietvertrages erweitert worden sei. Diesen Beweis habe der Beklagte nicht erbracht.

b) Für die Entscheidung des Rechtsstreits kann dahingestellt bleiben, ob alle vom Berufungsgericht bei der Vertragsauslegung angestellten Erwägungen einer rechtlichen Nachprüfung standhalten. Das Auslegungsergebnis, wonach die Klägerin nicht verpflichtet ist, den Mehrwertsteuerbetrag auf die Nettobaukosten nachträglich in die Kreditsumme aufzunehmen und Ausgleich hierfür durch entsprechende Erhöhung der Mietzins-(=Leasing)raten zu suchen, begegnet keinen Bedenken. Es ist insbesondere nach beiden Seiten interessengerecht.

Bei dem Mehrwertsteuerbetrag handelt es sich in der Tat nicht um "unabwendbare Kosten" im Sinne der Vereinbarung über die endgültige Mietzinsbestimmung vom September 1970.

aa) Das Berufungsgericht hat zutreffend dargelegt, daß die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an dem Warenhaus auf den Beklagten eine an dem ursprünglichen Konzept gemessen zusätzliche Umsatzsteuerschuld von 798 390,98 DM in der Person der Klägerin hat entstehen lassen.

bb) Die vertraglich übernommene Verpflichtung, das Investitionsvorhaben des Beklagten durch Finanzierungsleasing zu ermöglichen, hätte die Klägerin auch unter Vermeidung dieser Steuerschuld erfüllen können. Allein, weil der Beklagte in den Genuß der Investitionszulage kommen wollte, wurde es notwendig, ihn zum wirtschaftlichen Eigentümer des Warenhauses zu machen. War aber die Verwirklichung des Vertragszwecks, den Beklagten im Wege des Finanzierungsleasing die Nutzung des Warenhauses zu verschaffen, ohne einen weiteren Umsatzsteuertatbestand möglich, so gehört die Steuerschuld objektiv nicht zu den unabwendbaren Kosten. Schon deshalb ist eine die Mehrwertsteuer auf die Nettobaukosten einschließende Finanzierungspflicht der Klägerin zu verneinen. Hinzu kommt, daß der vom Beklagten gewählte Weg über die Erlangung wirtschaftlichen Eigentums seinen Investitionsbedarf nicht erhöht hat. Der Beklagte war vorsteuerabzugsberechtigt und hat von dieser Befugnis auch Gebrauch gemacht. Ihm ist die gezahlte Mehrwertsteuer zugute gekommen; 338 920,98 DM hat er vom Finanzamt ausgezahlt erhalten, mit weiteren 459 470 DM wurde seine Investitionssteuerschuld getilgt.

cc) Entgegen der Ansicht der Revision kann eine Finanzierungspflicht für die Mehrwertsteuer nicht daraus hergeleitet werden, daß die Parteien die Investitionssteuer übereinstimmend als unabwendbaren Kostenfaktor behandelt haben und die Klägerin demgemäß dem Beklagten im Wege des Finanzierungsleasing die Investitionssteuer kreditiert.

Aus der Tatsache, daß der Beklagte nach dem Willen der Parteien und mit Billigung der zuständigen Finanzämter als wirtschaftliche Eigentümer des Warenhauses angesehen wurde, ergab sich seine Investitionssteuerpflicht aus § 30 UStG. Sie beträgt (für 1969) 7 % der Herstellungskosten (§ 30 UStG a.F.).

Die Revision hat darin recht, daß die Investitionssteuer (= Selbstverbrauchssteuer) durch Ausschluß des Vorsteuerabzugs bei Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens erhoben wird (§ 30 UStG a. und n.F.). Das bedeutet für den vorliegenden Fall, daß das Finanzamt in Rendsburg dem Beklagten in Höhe von 7 % der Nettobaukosten für das Warenhaus = 459 470 DM den Vorsteuerabzug nicht zubilligen durfte, sondern den genannten Betrag zum Ausgleich der Investitionssteuer heranziehen mußte. Das ist auch geschehen. Deshalb hat der Beklagte nur 338 920,98 DM ausgezahlt bekommen.

Der zur Tilgung der Investitionssteuerschuld notwendige Betrag ist in der von der Klägerin geleisteten Mehrwertsteuerzahlung mit 459 470 DM enthalten. Diesen Betrag finanziert die Klägerin dem Beklagten in der Weise, daß sie insoweit nicht sofortigen Ausgleich, sondern Rückzahlung über die Leasingraten verlangt.

Soweit dem Beklagten der Vorsteuerabzug verblieben ist, nämlich in Höhe des Betrages, um den die von der Klägerin geleistete Mehrwertsteuerzahlung die Investitionssteuerschuld übersteigt = 338 920,98 DM, bleibt die Mehrwertsteuer auch für ihn ein durchlaufender Posten, für den, weil er dem Beklagten in bar zugeflossen ist, kein Finanzierungsbedarf besteht.

Allerdings kann durch besondere Vereinbarung die Finanzierungspflicht auch auf durchlaufende Posten erstreckt werden. Zum Wesen des Finanzierungsleasingvertrages gehört dies indessen nicht, weil das, wie das Berufungsgericht mit Recht hervorgehoben hat, auf die Gewährung eines zusätzlichen Barkredits hinausliefe.

dd) Hatte die Klägerin die Mehrwertsteuer, wie unstrittig ist, endgültig ohnehin nicht zu tragen, war sie andererseits, wie dargelegt, auch nicht verpflichtet, sie dem Beklagten langfristig zu finanzieren, so muß er ihr den verauslagten Mehrwertsteuerbetrag erstatten, soweit er ihm zugeflossen ist. Das rechtfertigt den Zwischenfeststellungsklageantrag zu 1.

Auch der Zwischenfeststellungsklageantrag zu 2 ist begründet, denn mit der Erklärung, dem Beklagten den Teil ihrer Mehrwertsteuerzahlung, welcher - im Wege des Vorsteuerabzugsverbots - zur Tilgung der Investitionssteuer herangezogen worden ist, langfristig finanziert zu belassen, ist ein Anspruch des Beklagten "auf Vergütung" von 459 470 DM erloschen. Er kann diesen Betrag nicht zweimal verlangen. Darauf aber läuft seine Rechtsverteidigung hinaus.

IV. Die Pflicht zur Erfüllung der eingeklagten Mietzinsforderung von 35 916,69 DM zuzüglich Zinsen im Betrage von 8 698,43 DM und die Erstattungspflicht hinsichtlich des dem Beklagten zugeflossenen Mehrwertsteuerbetrages ist nicht auf die Streitgehilfin übergegangen. Das Berufungsgericht hat den notariellen Vertrag vom 26. Oktober 1970 dahin ausgelegt, daß die Schuldübernahme nur laufende Verpflichtungen des Beklagten aus dem Erbbaurechts- und Mietvertrag vom 1. November 1970 an erfaßt. Diese Auslegung liegt im Rahmen tatrichterlichen Ermessens und drängt sich im Hinblick auf den Wortlaut der getroffenen Vereinbarungen auf.

V. Dem Klagebegehren ist demnach mit Recht entsprochen worden, weshalb dem Rechtsmittel der Erfolg versagt bleiben mußte. Das löst die Kostenfolge gemäß §§ 97, 101 ZPO aus.

Hoffmann

Wolf

Merz

Treier

Dr. Brunotte