

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

10

UStG 1980 § 14; BGB § 242 Be

Bei j e d e r zweifelhaften Steuerrechtslage ist es dem Leistenden regelmäßig nicht zuzumuten, eine Rechnung nach § 14 Abs. 1 UStG auszustellen, die unter Umständen nach der Beurteilung des zuständigen Finanzamts unberechtigt ist und ihn der Steuer nur aufgrund der Sanktion des § 14 Abs. 3 UStG unterwirft (im Anschluß an BGHZ 103, 283 = NJW 1988, 2042).

BGH, Urt. v. 10. November 1988 - VII ZR 137/87 - OLG Düsseldorf
LG Kleve

BUNDESGERICHTSHOF

10

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 137/87

Verkündet am
10. November 1988
Werner
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Geschäftsführers Bernd Z[REDACTED], R[REDACTED] Straße [REDACTED], K[REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Th[REDACTED] Bauträger GmbH, vertreten durch die Geschäfts-
führer Gerhard und Heinz Th[REDACTED], L[REDACTED]allee [REDACTED],
K[REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

WI

- 2 -

10

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. November 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Obenhaus, Prof. Quack, Dr. Thode und Dr. Haß

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 31. März 1987 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

16

Tatbestand:

Die Klägerin befaßt sich als Generalunternehmerin mit der schlüsselfertigen Erstellung von Wohnhäusern und Wohnungen. Der Beklagte ist Geschäftsführer und Gesellschafter der Z. GmbH. Auf zwei Grundstücken, die in seinem persönlichen Eigentum standen, ließ er von der Klägerin Wohnhäuser errichten. Ein weiteres ihm gehörendes Grundstück veräußerte er an einen Dritten, der ebenfalls die Klägerin mit der Erstellung von Wohnhäusern beauftragte. Schließlich erwarb die Klägerin selbst von der Z. GmbH ein Grundstück, wobei laut notariellem Vertrag der Kaufpreis 550.000,- DM betragen sollte. Auch dieses Grundstück bebaute die Klägerin mit Wohnhäusern.

Am 18. April 1980 schlossen die Parteien die folgende, alle vier Grundstücke betreffende Vereinbarung:

"Die Fa. Th. GmbH (Klägerin) bezahlt Herrn Z. (Beklagter) für die Baubetreuung der Objekte ... einen Pauschalbetrag in Höhe von 495.500,- DM ... brutto".

Mit schriftlicher Vereinbarung vom 5. November 1980 änderten die Parteien diesen Vertrag wie folgt ab:

"Herr Z. wird mit Wirkung vom 1.1.1981 an aus der Vereinbarung über die Baubetreuung entlassen. Diese wird zu diesem Zeitpunkt von der Fa. Th. GmbH selbst übernommen. Dafür erstattet Z. der Fa. Th. GmbH einen Teilbetrag in Höhe von 100.000,- DM ...".

Der Beklagte zahlte die 100.000,- DM an die Klägerin. Für den Unterschiedsbetrag zwischen den 495.500,- DM und den

zurückgezahlten 100.000,- DM verlangt die Klägerin vom Beklagten zwecks Vorlage beim Finanzamt die Erteilung einer Rechnung, die eine Nettovergütung von 350.000,- DM und einen Mehrwertsteuerbetrag von 45.500,- DM (13 %) für die Baubetreuungstätigkeit ausweist. Sie hat die Ansicht vertreten, es handle sich bei der Tätigkeit, für die der Beklagte die Vergütung erhalten habe, um ein umsatzsteuerpflichtiges Geschäft. Der Beklagte sei als Unternehmer aufgetreten. Er habe für sie, wenn nicht Baubetreuung, so doch eine Art von Lobbyistentätigkeit übernommen. Der Beklagte hat seine Verpflichtung zur Rechnungsausstellung in Frage gestellt, und zwar zunächst mit der Begründung, er sei nicht als Unternehmer, sondern als Privatmann tätig gewesen, später mit dem Vortrag, er habe für die Klägerin überhaupt keine Tätigkeit ausgeübt.

Das Landgericht hat den Beklagten entsprechend dem Antrag der Klägerin verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Rechnung nicht für "Baubetreuungstätigkeit", sondern für "Leistungen" auszustellen sei, die der Beklagte für die vier Bauvorhaben erbracht habe.

Mit seiner - angenommenen - Revision, die die Klägerin zurückzuweisen bittet, verfolgt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

10

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält den Beklagten aus § 14 Abs. 1 Umsatzsteuergesetz (UStG) zur Ausstellung der begehrten Rechnung für verpflichtet. Der Beklagte habe als Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes steuerpflichtige Leistungen ausgeführt. Dies ergebe sich aus seinem eigenen bindenden Geständnis. Er habe nämlich zunächst vorgetragen, es sei richtig, daß die beiden Verträge geschlossen worden seien, und daß er der Klägerin 100.000,- DM erstattet habe, weil die von ihm - allerdings als Privatmann - persönlich geschuldeten Baubetreuungsleistungen nicht in vollem Umfang erbracht worden seien. Später habe der Beklagte dieses Vorbringen abgeschwächt und nunmehr den Standpunkt eingenommen, die Klägerin habe nicht im einzelnen dargetan, daß die Leistungen, die er für sie erbracht habe, der Umsatzsteuer unterlägen. Im übrigen dürften sich die Parteien darüber einig sein, daß eine Baubetreuung im eigentlichen Sinne nicht stattgefunden habe. Bei den "Baubetreuungsleistungen", die er aufgrund der Vereinbarungen erbracht habe, handle es sich daher nicht um Leistungen im Sinne des § 1 UStG. Damit habe der Beklagte, so meint das Berufungsgericht, die von der Klägerin behaupteten Tatsachen weitgehend und prozessual bindend zugestanden. Dieses gerichtliche Geständnis sei in schriftsätzlicher Form wirksam erklärt worden. Der Beklagte habe sein Geständnis auch nicht in geeigneter Weise widerrufen.

Nach alledem müsse hier davon ausgegangen werden, daß der Beklagte für die Klägerin, wenn nicht Baubetreuungslei-

stungen, so jedenfalls Leistungen sonstiger Art, die er nicht näher qualifiziert habe, gegen Zahlung einer Vergütung von letztlich 395.000,- DM erbracht habe. Es könne auch kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, daß der Beklagte als Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes und nicht als Privatmann tätig geworden sei. Dies ergebe sich u.a. aus der nicht unbeträchtlichen Höhe der ihm zugeflossenen Vergütung sowie daraus, daß seine Leistungen vier umfangreiche Bauvorhaben betroffen hätten. Daraus folge zugleich, daß sich der Beklagte nicht mit Erfolg auf den Gesichtspunkt eines Scheingeschäfts berufen könne, auch dies bewirke zwingend sein Geständnis. Aus diesen Gründen sei für die Entscheidung unerheblich, ob - wie der Beklagte im Widerspruch zur Klägerin behaupte - die zuständigen Finanzbehörden ein umsatzsteuerpflichtiges Geschäft verneint hätten. Es sei auch insoweit das Geständnis des Beklagten maßgebend. Im übrigen habe er keinen bindenden Bescheid der Finanzbehörde vorgelegt. Zudem gehe es im vorliegenden Rechtsstreit nur um die Ausstellung einer Rechnung; es sei allein Sache der zuständigen Finanzbehörden, abschließend zu beurteilen, ob der Beklagte den entsprechenden Mehrwertsteuerbetrag zu zahlen habe und die Klägerin dementsprechend zum Abzug der Vorsteuer berechtigt sei. Deshalb scheide auch die Aussetzung des Rechtsstreits bis zum Abschluß des angeblichen Verfahrens der Klägerin vor dem Finanzgericht wegen ihrer Vorsteuerabzugsberechtigung aus.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

I.

Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß es sich hier um einen Anspruch aus § 14 Abs. 1 UStG handelt. Danach ist ein Unternehmer, der steuerpflichtige Leistungen oder sonstige Leistungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG ausführt, berechtigt und, soweit er die Umsätze an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen ausführt, auf Verlangen des anderen verpflichtet, Rechnungen auszustellen, in denen die Steuer gesondert ausgewiesen ist. Für die gerichtliche Durchsetzung dieses Anspruchs ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben (BGH NJW 1975, 310; NJW 1980, 2710 = UStR 1980, 247 m. Anm. Weiss).

Das Interesse des Leistungsempfängers an einer solchen Rechnung ergibt sich aus § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG, wonach Voraussetzung für den Vorsteuerabzug eine entsprechende Rechnung i.S.v. § 14 UStG ist. Der Zusatz in der Vereinbarung vom 18. April 1980, daß der zu zahlende Betrag "brutto" zu verstehen sei, reicht insoweit, und auch dies hat das Berufungsgericht richtig gesehen, für den Nachweis gegenüber den Finanzbehörden nicht aus. Er begründet für sich allein auch noch nicht die Verpflichtung des Beklagten zur Ausstellung der begehrten Rechnung, sondern stellt nur klar, daß das bürgerlich-rechtliche Entgelt hier, wie in aller Regel (Senatsurteile BGHZ 60, 199, 203 und vom 25. Februar 1982 - VII ZR 116/81 = BauR 1982, 293, 294), eine etwaige Mehrwertsteuer einschließt. Das diene der Sicherung der Klägerin, die auf jeden Fall nur den vereinbarten Betrag ohne irgendwelche Zuschläge schulden

wollte; das Risiko einer Schmälerung der Vergütung durch einen etwa herauszurechnenden Mehrwertsteueranteil wurde dem Beklagten aufgebürdet. Die Vereinbarung des Bruttopreises enthält hingegen keine bindende Erklärung des Beklagten, er sei umsatzsteuerpflichtiger Unternehmer und werde auf jeden Fall eine in der Vergütung enthaltene Mehrwertsteuer an das Finanzamt abführen. Diese Erklärung würde der Beklagte erst mit der Rechnung nach § 14 UStG abgeben (vgl. Bunjes/Geist, UStG, § 14 Anm. 4).

II.

Der Anspruch aus § 14 Abs. 1 UStG setzt vielmehr voraus, daß wirklich eine steuerpflichtige Leistung eines Unternehmers erbracht wurde. Das hat das Berufungsgericht hier rechtsfehlerhaft bejaht.

1. Das Berufungsgericht will annehmen, der Beklagte habe die Erbringung einer "Leistung" i.S.d. Umsatzsteuerrechts zugestanden. Ob das so richtig ist, kann hier ebenso offen bleiben wie die Frage, ob ein Rechtsbegriff wie "Leistung i.S.d. Umsatzsteuerrechts" überhaupt geständnisfähig ist, wenn, wie hier, die dem zugrunde liegenden Tatsachen mehr oder weniger im Dunkeln bleiben.

2. Jedenfalls konnte das Berufungsgericht nicht aufgrund seiner Feststellungen annehmen, der Beklagte sei nicht als Privatmann, sondern als Unternehmer i.S.d. Umsatzsteuergesetzes tätig gewesen. Nach § 2 Abs. 1 UStG ist Unter-

10

nehmer, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt. Es muß sich dabei um eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen handeln (§ 2 Abs. 1 Satz 3 UStG).

"Nachhaltig" ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der schon die verschiedenartigsten Definitionen erfahren hat (s. dazu z.B. Giesberts in Rau/Dürrwächter/Flick/Geist, UStG, 5. Aufl., § 2 Rdnrn. 214 ff). Generell werden heute wohl drei Fallgruppen unterschieden. Danach ist Nachhaltigkeit gegeben,

- a) wenn tatsächlich mehrere Handlungen (Leistungen) unter Ausnutzung gleichartiger Gelegenheiten oder desselben dauernden Verhältnisses vorgenommen werden, auch wenn ein vorgefaßter Plan und eine Wiederholungsabsicht fehlen;
- b) bei einer nur einmaligen Leistung in Wiederholungsabsicht;
- c) wenn durch eine einmalige Handlung (z.B. Vertragsschluß) ein auf Erzielung von Einnahmen gerichteter Dauerzustand geschaffen wird (Giesberts aaO § 2 Rdn. 228).

Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts werden diesen Anforderungen nicht gerecht. Ausdrücklich hat sich das Berufungsgericht mit dem Begriff der Nachhaltigkeit nicht auseinandergesetzt. Die einschlägigen Voraussetzungen

müssen auch nicht allein deshalb erfüllt sein, weil der Beklagte, wovon das Berufungsgericht ausgeht, gemäß der Vereinbarung vom 18. April 1980 für vier umfangreiche Bauvorhaben Leistungen irgendwelcher Art erbracht und dafür 395.000,- DM erhalten hat. Eher schon könnte die Bezugnahme im Berufungsurteil auf vom Landgericht angeführte gerichtsbekannte Umstände auf eine Unternehmerstellung des Beklagten hindeuten. Zwingend ergibt sich die Nachhaltigkeit daraus aber nicht, solange nicht geklärt ist, welche Leistungen der Beklagte wirklich zu erbringen hatte. Zudem ist unklar, ob der Beklagte seine "gerichtsbekannten Tätigkeiten" für sich persönlich oder für die Z. GmbH vorgenommen hat.

3. Nach alledem bestehen an der objektiven Steuerpflichtigkeit des Beklagten im vorliegenden Fall berechnete Zweifel. Ist jedoch ernsthaft zweifelhaft, ob eine Leistung der Umsatzsteuer unterliegt, so kann die Erteilung einer Rechnung mit gesondert ausgewiesener Steuer nur verlangt werden, wenn die zuständige Finanzbehörde den Vorgang bestandskräftig der Umsatzsteuer unterworfen hat (BGH NJW 1988, 2042 = BGHZ 103, 283).

Ausgangspunkt für diese Rechtsprechung war die erwähnte Entscheidung des Bundesgerichtshofs NJW 1980, 2710. Danach ist im Streit um die Höhe des aus einem Bruttobetrag herauszurechnenden und in einer Rechnung nach § 14 Abs. 1 UStG auszuweisenden Steuerbetrages ein Anspruch auf Ausweis des verlangten höheren Steuerbetrages wegen Unzumutbarkeit bereits dann abzulehnen, wenn der zugrundelegende Steuersatz aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen zumindest ernst-

haft zweifelhaft ist. Diese Erwägungen treffen auch dann zu, wenn nicht die Höhe des maßgeblichen Steuersatzes, sondern die Steuerpflichtigkeit bzw. die Steuerbarkeit eines Umsatzes überhaupt in Frage stehen. Auch hier wäre der Leistende, wenn es für die Verpflichtung zur Rechnungserteilung nach § 14 Abs. 1 UStG allein auf die objektive Steuerpflichtigkeit des Vorgangs - trotz begründeter Zweifel hieran - ankäme, dem Risiko ausgesetzt, sich entweder durch Verweigerung der Rechnung schadensersatzpflichtig zu machen oder aber der Sanktion nach § 14 Abs. 2 oder Abs. 3 UStG zu unterfallen und Umsatzsteuer zahlen zu müssen, die er sonst möglicherweise nicht geschuldet hätte. Dies gilt auch für den Fall, daß der Leistende die Rechnung gezwungenermaßen aufgrund einer entsprechenden Verurteilung erteilt hat (BGH NJW 1988, 2042, 2043).

Bei jeder zweifelhaften Steuerrechtslage ist es dem Leistenden deshalb regelmäßig nicht zuzumuten, eine Rechnung nach § 14 Abs. 1 UStG auszustellen, die unter Umständen nach der Beurteilung des zuständigen Finanzamts unberechtigt ist und ihn der Steuer nur aufgrund der Sanktion des § 14 Abs. 3 UStG unterwirft.

4. Mit Recht wendet sich daher die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, auf die Beurteilung der Finanzbehörden komme es nicht an. Solange ernsthafte Zweifel an der objektiven Steuerpflicht bestehen bleiben, muß dem mehrfach unter Beweis gestellten Vorbringen des Beklagten Bedeutung beigemessen werden, das zuständige Finanzamt habe ihn hinsichtlich des hier maßgeblichen Vorgangs nicht als

umsatzsteuerpflichtig angesehen. Dabei kann dahinstehen, wer in dieser Frage bei dem derzeitigen Sach- und Streitstand als darlegungs- und beweispflichtig anzusehen ist. Denn auch die Klägerin hat vorgetragen, unwahr seien die Behauptungen des Beklagten, die Ermittlungen der Finanzbehörden hätten ergeben, daß mehrwertsteuerpflichtige Leistungen nicht erbracht worden seien. Dazu hat sie sich als Beweis auf die amtliche Auskunft des zuständigen Finanzamts berufen.

Ergibt die Anfrage bei dem Finanzamt, daß der Vorgang nicht bestandskräftig der Umsatzsteuer unterworfen worden ist, so ist die Klage abzuweisen, weil es dem Beklagten nicht zuzumuten ist, eine entsprechende Rechnung auszustellen. Ist jedoch der Umsatz bestandskräftig besteuert worden, so kann die Klägerin unabhängig von § 14 Abs. 1 UStG, d.h. ohne daß es auf die objektive Steuerpflichtigkeit des Vorganges ankäme, die Erteilung einer Rechnung aufgrund einer vertraglichen Nebenpflicht des Leistenden (§ 242 BGB) verlangen (BGH aaO 2044).

Hingegen wird es auf das von den Parteien ebenfalls angesprochene Verfahren der Klägerin vor dem Finanzgericht nicht ankommen. Die Klägerin hat dieses Verfahren angestrengt, weil ihr von dem zuständigen Finanzamt der Vorsteuerabzug verweigert wurde. Es ist naheliegend, daß dies, wie es die Klägerin vorträgt, deshalb geschah, weil die Klägerin keine Rechnung nach § 14 Abs. 1 UStG vorgelegt hat. Dann aber kann das Verfahren nicht vorgreiflich sein.

III.

Der Beklagte hat im ersten Rechtszug die Einrede der Verjährung erhoben. Das Landgericht hat den Anspruch der Klägerin nicht als verjährt angesehen, weil nicht die kurze Verjährung des § 196 BGB gelte. Das Oberlandesgericht hat die Verjährungsfrage, auf die der Beklagte in der Berufung nicht mehr zurückgekommen ist, nicht behandelt.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Die Dauer der für den Anspruch auf Rechnungserteilung nach § 14 Abs. 1 UStG geltenden Verjährungsfrist ist umstritten (vgl. Vogel/Reinisch/Hoffmann, UStG, Stand 14. Juli 1987, § 14 Rdn. 22; Peter/Burhoff, Umsatzsteuer 1980, 5. Aufl., § 14 Rdn. 77: zwei, bzw. vier Jahre; Weiss, UStR 1982, 95, 97: zehn Jahre; Plückebaum/Malitzky, UStG, 10. Aufl., § 14 Rdn. 79: dreißig Jahre). Würde hier nur die zweijährige Verjährungsfrist gelten, so könnte die Klägerin in der Geltendmachung ihres Rechts auf Rechnungserstellung wegen eingetretener Verjährung ausgeschlossen sein, wenn die Frist bereits Ende 1980 mit der Fälligkeit der Leistung des Beklagten begonnen haben sollte.

Das Oberlandesgericht mußte dem aber gemäß § 537 ZPO nicht nachgehen. Denn der Beklagte hat die Einrede der Verjährung in der Berufungsinstanz nicht wiederholt. Die bloße Bezugnahme auf sein erstinstanzliches Vorbringen reichte nicht aus, weil er vor dem Landgericht nicht obsiegt hatte (vgl. BGH NJW 1986, 990, 991).

2. Im übrigen ist die Frage, welche Verjährungsfrist für den Anspruch aus § 14 Abs. 1 UStG gilt, hier ohne Bedeutung, solange eine Rechnungsausstellung unzumutbar ist. Bis zum Wegfall dieser inhaltlichen Anspruchsbeschränkung kann das Recht klagweise nicht geltend gemacht werden, auch nicht im Wege einer Feststellungsklage. Vorher beginnt dann aber auch nicht der Lauf der Verjährungsfrist nach § 198 BGB (vgl. Senatsurteil BGHZ 79, 176, 177/178).

IV.

Nach alledem kann das Berufungsurteil nicht bestehen bleiben. Es ist aufzuheben. Da in wesentlichen Punkten tatrichterliche Feststellungen fehlen, ist der Senat zu eigener Sachentscheidung nicht in der Lage (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung,
auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht
zurückzuverweisen.

Girisch

Obenhaus

Quack

Thode

Haß