

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 32/71

URTEIL

Verkündet am

12. Juli 1973

H o r n ,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma B [REDACTED] & V [REDACTED] Aktiengesellschaft, vertreten durch
ihren Vorstand Joseph H. van R [REDACTED], Ernst-Christian Frhr. von
W [REDACTED], H [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Bundes-
minister der Verteidigung, dieser vertreten durch das Bun-
desamt für Wehrtechnik und Beschaffung, K [REDACTED], Am R [REDACTED]

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Rietschel, Erbel, Dr. Girisch und Meise

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 18. Dezember 1970 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist die Rechtsnachfolgerin der Freihaferwerft H.C. S. [REDACTED] S. [REDACTED]. Diese war 1957 von der Beklagten mit dem Bau von drei Zerstörern zu Selbstkostenpreisen beauftragt worden. In § 2 Abs. 1 Satz 1 des Vertrags vom 20./22. August 1957 ist bestimmt, daß Preisbildung und Preisprüfung nach der Verordnung über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (VO PR Nr. 30/53 vom 21. November 1953 einschließlich der Anlage "Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten" und VO PR Nr. 15/54) zu erfolgen habe. Für zwei der drei Zerstörer wurde ein Selbstkostenrichtpreis von je 51 Millionen DM vereinbart. Gemäß § 2 Abs. 4 des Vertrags durfte für die Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals und für den

- 3 -

kalkulatorischen Gewinn zusammen ein Satz von 7 1/2 % auf die festgestellten Selbstkosten berechnet werden.

Im Zusammenhang mit diesem Auftrag baute die Klägerin für ein vereinbartes Entgelt von 100 000 DM einen Zerstörerprüfstand. Diese 100 000 DM hat sie mit der Klage geltend gemacht. Die Beklagte hat eingewandt, die Klägerin müsse sich bei der Berechnung ihres Werklohns für die 3 Zerstörer einen Teil der ihr im Zusammenhang damit zugeflossenen Ausfuhrvergütung als kostenmindernd anrechnen lassen. Sie sei deswegen bereits überzahlt.

Die Klägerin hat nach Lieferung der Zerstörer folgende Ausfuhrvergütungen in Anspruch genommen:

a) Gemäß § 16 Abs. 2 UStG 1951 i.d.F. des 9. UStÄndG vom 18.10.1957 (BGBl I 1743) in Höhe von durchschnittlich 3,2 % des berichtigten Entgelts und

b) gemäß § 16 Abs. 3 UStG 1951, eingefügt durch das 14. UStÄndG vom 30.7.1963 (BGBl I 562), in Höhe von 3,8 % des unberichtigten Entgelts.

Die Beklagte meint, von diesen Ausfuhrvergütungen stehe der Klägerin nur diejenige nach § 16 Abs. 2 UStG 1951 zu; denn nach stillschweigender Übereinkunft bei Vertragsabschluß habe die Klägerin diese Ausfuhrvergütung als Erhöhung des in dem Vertrag vereinbarten Gewinns behalten dürfen. Dagegen müsse sie die ihr auf Grund des 14. UStÄndG vom 30. Juli 1963 zugeflossene weitere Ausfuhrvergütung nach § 16 Abs. 3 UStG 1951 in



Höhe von insgesamt 15,8 Millionen DM an die Beklagte abführen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, die Parteien seien sich bei den Vertragsverhandlungen stillschweigend darüber einig gewesen, daß die zur Zeit des Vertragsabschlusses zu erwartende Ausfuhrvergütung der Klägerin verbleiben solle mit der Folge, daß sich der Gewinn der Klägerin insoweit erhöhte. Das beruhe auf der damaligen übereinstimmenden Meinung der beteiligten Behörden und der Werften, wonach sich die Ausfuhrvergütung nicht "kostenmindernd im preisrechtlichen Sinne" auswirkte. Diese Rechtsauffassung habe sich inzwischen, und zwar noch vor Erlaß des 14. UStÄndG, bei den Behörden der Beklagten geändert.

Die Übereinkunft der Parteien habe sich naturgemäß nur auf die damalige Ausfuhrvergütung (von pauschal 3,2 % auf das berichtigte Entgelt) beziehen können. Für den Fall einer späteren Erhöhung der Ausfuhrvergütung, wie sie nach dem 14. UStÄndG vorgenommen worden sei, hätten die Parteien daher keine vertragliche

Vereinbarung getroffen. Insoweit müßten die dem Liefervertrag zugrunde liegenden preisrechtlichen Bestimmungen herangezogen werden. Die Ausfuhrvergütung des § 16 UStG 1951 sei eine echte, die Kosten mindernde Umsatzsteuer-rückvergütung. Sie müsse der Beklagten nach den Grundsätzen des zwischen den Parteien vereinbarten Selbstkostenpreisrechts, wie sie sich aus § 5 Abs. 1 VO PR Nr. 30/ i.V. mit Nr. 4 Abs. 1 und Nr. 30 a der "Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten" (LSP) ergäben, gutgebracht werden.

II.

Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

1. Es kann dahingestellt bleiben, wie die vor Einführung der Mehrwertsteuer gemäß § 16 UStG 1951 gewährten Ausfuhrvergütungen allgemein bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der VO PR Nr. 30/53 vom 21. November 1953 zu behandeln waren. Die Behörden der Beklagten haben ihre Rechtsansicht darüber im Laufe der Jahre geändert. Während sie früher keine rechtliche Handhabe in der VO PR Nr. 30/53 sahen, die Ausfuhrvergütungen den Kostenberechnungsfaktoren zuzurechnen, stützten sie später ihren gegenteiligen Standpunkt auf die allgemeinen Grundsätze für die Ermittlung von Selbstkostenpreisen.

Für den vorliegenden Fall ist entscheidend, daß die Parteien die der Klägerin zustehenden Ausfuhrvergütungen aus der Berechnung der Selbstkosten ausgeklammert, sie aber deshalb nicht etwa unberücksichtigt gelassen, son-

dem mit der innerhalb des Liefervertrags getroffenen Gewinnvereinbarung verknüpft haben.

53 2. Die früher allgemein vertretene Rechtsauffassung, wonach Ausführvergütungen preisrechtlich nicht als Kostenminderungen zu berücksichtigen seien, beruhte ersichtlich darauf, daß Ausführvergütungen weder in der VO PR Nr. 30/53 noch in den der Verordnung als Anlage beigefügten Leitsätzen ausdrücklich genannt sind und auch keine der Einzelbestimmungen als unmittelbar auf sie anwendbar erschien. Dieser formalrechtlichen Betrachtungsweise steht gegenüber, daß Ausführvergütungen sich tatsächlich kostenmindernd auswirkten.

Denn wie das Berufungsgericht zutreffend darlegt, stellte die Ausführvergütung - und zwar sowohl die nach § 16 Abs. 2 a.F. UStG 1951 wie die nach § 16 Abs. 2 und 3 UStG 1951 in der Fassung des 14. ÄndG - nichts anderes als eine Umsatzsteuerrückvergütung dar. Mit dieser Maßnahme sollten ganz allgemein die auszuführenden Erzeugnisse von der einheimischen Umsatzsteuer entlastet werden, weil auf sie im Einfuhrland in jedem Falle die volle dortige Umsatzsteuer erhoben wird. Ohne diese Entlastung wären sie gegenüber gleichartigen Produkten des Einfuhrlandes einem umsatzsteuerlichen Wettbewerbsnachteil ausgesetzt und unterlägen - zumindest wirtschaftlich gesehen - teilweise einer doppelten Besteuerung.

Die Ausführvergütung wurde gewährt für die Umsatzsteuer, die auf den Produktions- und Vertriebsstufen lastete, welche der Lieferung ins Ausland, einem nach § 1 UStG an sich nicht umsatzsteuerpflichtigen Vorgang,

vorangingen. Diese Umsatzsteuer wurde nach dem bis 31. Dezember 1967 geltenden System der "kumulativen Allphasen-Umsatzsteuer" nicht gesondert ausgewiesen, sondern war in den Preis des jeweiligen Vorprodukts (einschließlich eventueller Dienstleistungen) einbezogen. Daraus erklärt sich, daß eine brauchbare Berechnung der umsatzsteuerlichen Vorbelastung nur durch eine Pauschalierung möglich war.

Daraus folgt aber auch zugleich, daß die sich als Umsatzsteuerrückzahlung darstellende Ausfuhrvergütung für den Exporteur eine tatsächliche Minderung der ihm bis zur Ausfuhr entstandenen Kosten bewirkte. Denn die auf den Vorprodukten lastenden Umsatzsteuern sind als Teil des von ihm zu entrichtenden Preises Kosten, die er aufwenden mußte, um das Erzeugnis herzustellen, das er ausführen wollte.

3. Eine solche tatsächliche Kostenminderung führte, wenn sie bei der Bildung eines Selbstkostenpreises nach der VO PR Nr. 30/53 nicht berücksichtigt wurde, zwangsläufig zu einer Erhöhung des Gewinns. So war es auch im vorliegenden Fall. Deshalb lag es durchaus nahe, das Schicksal der Ausfuhrvergütung, unabhängig von der Selbstkostenrechnung nach der Preisverordnung, bei der Vereinbarung der Gewinnquote zu regeln. Das haben denn auch die Parteien nach den Feststellungen des Berufungsgerichts getan.

Dabei kommt folgendes hinzu: Zweck der Ausfuhrvergütung war, wie bereits erwähnt, den deutschen Exporteur gegenüber seinen Mitbewerbern im Einfuhrland konkurrenz-

fähig zu erhalten oder zu machen. Das stand hier überhaupt nicht in Frage. Die Klägerin trat bei der Vergabe des Auftrags mit keinem ausländischen Konkurrenten in einen echten Wettbewerb. Die von ihr für die Beklagte hergestellten Zerstörer wurden ja auch in Wahrheit gar nicht "exportiert". Schließlich erbrachte die Klägerin ihre Leistungen nicht etwa zu Marktpreisen, die frei ausgehandelt wurden, sondern nach der VO PR Nr. 30/53 auf der Grundlage ihrer Selbstkosten, also unter weitgehender Ausschaltung der sie sonst treffenden Risiken. Dabei gehören zu den Selbstkosten jedenfalls die Einstandspreise (Nr. 17 und 18 LSP), in denen aber die auf den Zulieferungen lastenden Umsatzsteuern stecken, die - wie dargelegt - mit der Ausfuhrvergütung rückerstattet werden sollen. Die Klägerin erhielt also mit den Einstandspreisen ihrer Vorprodukte innerhalb der Berechnung ihrer Selbstkosten und mit der Ausfuhrvergütung die auf ihren Zulieferungen lastenden Umsatzsteuern doppelt vergütet.

Das macht deutlich, daß auf öffentliche Aufträge der vorliegenden Art die Gewährung einer Ausfuhrvergütung im Grunde nicht paßte. Der mit ihr verfolgte Zweck war hier nicht erreichbar, weil es an einem entsprechenden Bedürfnis fehlte. Das gilt gerade dann, wenn man - wie die Klägerin immer wieder betont hat - in der Gewährung der Ausfuhrvergütung eine besondere Exportförderungsmaßnahme sieht. Denn um eine wirkliche Ausfuhr, die begünstigt werden müßte, um die Wettbewerbsneutralität des in Frage stehenden Erzeugnisses im Einfuhrland herzustellen, ging es gar nicht. Wenn die Klägerin gleichwohl die Ausfuhrvergütung nach § 16 UStG 1951 in Anspruch nehmen konnte, so deshalb, weil sie eben

alle für die Gewährung erforderlichen gesetzlichen Merkmale erfüllt hat. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß ihr mit der Ausfuhrvergütung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem ihr von der Beklagten erteilten Auftrag eine von der Beklagten stammende Zuwendung zugute gekommen ist, die sich in dem von der Klägerin bei diesem Auftrag erzielten Gewinn niederschlug. Auch aus diesem Grunde erscheint es sachgerecht, die in der Ausfuhrvergütung liegende - zwar formal außerhalb des Vertrags, aber in unmittelbarem Zusammenhang mit ihm und ausgelöst durch seine Ausführung - von der Beklagten erbrachte zusätzliche Leistung mit der Vereinbarung der Gewinnquote zu verknüpfen.

4. Mit der Verabredung eines festen Satzes für die Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals (Nr. 43 LSP) und für den kalkulatorischen Gewinn (Nr. 51 LSP) soll nicht nur Klarheit über diesen Rechnungsposten innerhalb der Ermittlung der vom Auftragnehmer zu fordernden Gesamtvergütung geschaffen werden. Diese Festlegung bezweckt darüber hinaus, da es sich um einen öffentlichen Auftrag handelt, im Interesse der Allgemeinheit sicherzustellen, daß der Auftragnehmer keinen unangemessen hohen Gewinn aus dem Geschäft mit der öffentlichen Hand zieht. Die Vereinbarung einer - vereinfacht ausgedrückt - Gewinnquote dient der Bestimmung, was zwischen den Parteien als angemessen gelten soll. Durch sie wird das vom Auftraggeber zu entrichtende Gesamtentgelt nach oben abgegrenzt.

So ist es auch im vorliegenden Fall. Die Parteien haben im schriftlichen Vertrag vom 20./22. August 1957

unter § 2 Abs. 4 für die Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals und für den kalkulatorischen Gewinn einen Satz von zusammen 7,5 % vereinbart. Sie waren ferner (stillschweigend oder ausdrücklich, was die Revision sogar für näherliegend hält) darüber einig, daß der Klägerin als weiterer Gewinn die ihr zufließende Ausfuhrvergütung verbleiben soll, die damals 3,2 % des berechtigten Entgelts betrug. Damit war festgelegt, mit welcher Gewinnquote sich die Klägerin begnügen wollte und nach den beiderseitig getroffenen Vereinbarungen auch zufriedengeben mußte. Zugleich war aber auch die Verknüpfung der Ausfuhrvergütung mit dem der Klägerin zustehenden Gewinn hergestellt. Etwas anderes kam nach den Ausführungen oben zu Ziffer 2 und 3 nicht in Betracht, wenn man - wie die Parteien - davon ausging, daß die Ausfuhrvergütung nicht schon nach den Grundsätzen der VO PR Nr. 30/53 als Minderung der Selbstkosten zu berücksichtigen ist.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bezog sich die von den Parteien getroffene Vereinbarung nur auf die damalige Ausfuhrvergütung von pauschal 3,2 % des berechtigten Entgelts und nicht etwa schlechthin auf jede der Klägerin in Zukunft zufließende Ausfuhrvergütung. Deshalb fehlt es an einer besonderen Abrede für den Fall der späteren Erhöhung der Ausfuhrvergütung um 3,8 % des unberichtigten Entgelts. An eine Änderung in dieser Größenordnung, nämlich auf mehr als das Doppelte, haben die Parteien bei Vertragsschluß ersichtlich nicht gedacht. Dabei mag, wie die Revision geltend macht, die Höhe der Ausfuhrvergütung auch schon vorher nicht immer ganz gleich geblieben sein. Die Veränderungen be-

wegten sich jedoch in engen voraussehbaren Grenzen, die sich noch innerhalb der von den Parteien getroffenen Abrede hielten. Die im Jahre 1963 vorgenommene Erhöhung ging dagegen darüber weit hinaus.

Die Vereinbarung der Parteien enthält also eine Lücke, die in erster Linie nach den von der Rechtsprechung für die ergänzende Vertragsauslegung entwickelten Grundsätzen zu schließen ist. Danach ist zu ermitteln, was die Parteien bei vernünftiger Interessenabwägung nach Treu und Glauben für den nunmehr eingetretenen Fall vereinbart hätten (BGHZ 9, 273, 277 ff; 16, 71, 76). Diese Beurteilung kann das Revisionsgericht anhand der in § 157 BGB enthaltenen objektiven Maßstäbe grundsätzlich selbst vornehmen (BGHZ 16, 71, 81).

Die notwendige ergänzende Vertragsauslegung führt dazu, daß die Klägerin die erhöhte Ausführvergütung von 3,8 % des unberichtigten Entgelts an die Beklagte abführen muß. Das hätten die Parteien bei Anwendung der erwähnten Grundsätze vereinbart, wenn sie die Entwicklung vorausgesehen hätten, die die Ausführvergütung im Jahre 1963 nahm. Denn - wie dargelegt - war mit der Festlegung der Gewinnquote zuzüglich der damaligen Ausführvergütung das von der Beklagten zu entrichtende Gesamtentgelt nach oben abgegrenzt. Eine weitere Leistung der Beklagten auf den Gewinn, wie sie die erhöhte Ausführvergütung darstellt, hätte eine Erhöhung des ausgemachten Preises bewirkt und wäre damit der Abrede zuwidergelaufen, die die Parteien über den von der Klägerin höchstens zu beanspruchenden Gewinn getroffen haben.

Die Beklagte wollte aber, für ihre damalige Vertragspartnerin erkennbar, nur das Entgelt zahlen, das sich aus der Selbstkostenberechnung nach der VO PR Nr. 30/53 und dem festgelegten Gewinnsatz, zuzüglich der der Klägerin verbleibenden Ausführvergütung in der damaligen Höhe, ergab. Damit hat sich die Klägerin (bzw. ihre Rechtsvorgängerin) begnügt und konnte das auch; denn alle diese Größen waren für sie vorhersehbar und damit kalkulierbar. Dagegen konnte sie mit einer späteren Erhöhung der Ausführvergütung auf mehr als das Doppelte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht rechnen. Das war für sie aber auch unmaßgeblich, da der ihr aus dem Auftrag der Beklagten zustehende Gewinn vertraglich genau fest lag.

Aus den Umständen, die zu der Erhöhung des Vergütungssatzes geführt haben (vgl. die Begründung des Entwurfs zum 14. UStÄndG Bundestagsdrucksache IV 1318), nämlich daß sich eine höhere als die bisher angenommene Umsatzsteuervorbelastung für Wasserfahrzeuge herausgestellt hatte, brauchte die Klägerin nichts zu befürchten. Denn diese Vorbelastungen wurden ihr - wie bereits erörtert - ohnehin innerhalb der Berechnung ihrer Selbstkosten von der Beklagten erstattet. Die Klägerin war also letztlich gar nicht auf die erhöhte Ausführvergütung angewiesen.

Um so weniger ist daran zu zweifeln, daß sie sich damit einverstanden erklärt hätte, diese ihr im Zusammenhang mit dem Bau und der Lieferung der Zerstörer unvorhergesehen zufließende, von der Beklagten stammende Zuwendung, für die sie eine entsprechende Gegenleistung nicht zu erbringen hatte, wieder an die Beklagte abzuführen.

III.

Die Revision der Klägerin ist daher mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen, ohne daß es auf das sonstige Vorbringen der Parteien noch ankommt.

Vogt

Rietschel

Erbel

Girisch

Meise