

► **Sonstige Rechtsgebiete**

## Auslegung der Mietklausel „zuzüglich der jeweils gültigen Mehrwertsteuer“ bei tatsächlicher Steuerfreiheit

steuer-journal Nr.

Eine Vereinbarung, nach der der Mieter neben der Nettomiete die „jeweils gültige Mehrwertsteuer“ zu zahlen hat, ist, wenn die Option des Vermieters zur Steuerpflicht nicht besteht, in erster Linie nach dem Wortlaut auszulegen. Da bei USt-Freiheit des Mietentgelts tatsächlich keine „jeweils gültige Mehrwertsteuer“ anfällt,



sj 0422 0025

Mehr zum Thema:

- BGH, Urteil v. 28.7.2004 – XII ZR 292/02
- BGH, Urteil v. 14.1.2000 – V ZR 416/97
- BGH, Urteil v. 28.2.2002 – I ZR 318/99

ist bei der Auslegung des Vertrags darauf abzustellen, ob bei der Verhandlung über den Mietzins der vermeintliche Steuervorteil explizit berücksichtigt wurde. In diesem Fall kann der (Netto-) Mietzins im Rahmen einer Vertragsauslegung um den fälschlich kalkulierten Steuervorteil erhöht werden. Ist der Mietzins bezüglich des Steuervorteils für den Mieter jedoch nicht aufgeschlüsselt worden, kann der Vermieter lediglich die „Nettosumme“ beanspruchen und muss die bereits erhaltene USt dem Mieter zurück erstatten. (BGH, Urteil v. 28.7.2004 – XII ZR 292/02)

**Problematik:** Eine Gewerbemieterin mietet Praxisräume an und vereinbart als Entgelt für die ersten zehn Jahre neben dem Mietzins „die jeweils gültige Mehrwertsteuer“ zu zahlen, obwohl sie nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist. Nach dem zehnten Vertragsjahr sollte die Mieterin zwar auf die Nebenkosten weiterhin USt zahlen, auf den Mietzins selber sollte sie jedoch nur noch für den Fall USt zahlen, dass sie zu diesem Zeitpunkt vorsteuerabzugsberechtigt ist. Die USt-Pflicht der Vermietungsumsätze auf zehn Jahre entsprach dem Interesse der Vermieterin, die auf die Herstellungskosten des Hauses bezahlte USt selbst wiederum als Vorsteuer erstattet zu bekommen (§§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 15a Abs. 1 Satz 2 UStG). Das OLG Düsseldorf ließ die Frage, ob die Vermieterin aufgrund der Übergangsvorschrift in § 27 Abs. 2 Nr. 3 UStG noch nach § 9 Abs. 1 UStG wirksam zur Steuerpflicht optieren konnte, zu Unrecht offen. Als Begründung führte das OLG aus, die Klausel sei dergestalt auszulegen, dass die Mieterin in jedem Fall, also auch wenn der Vermieter keine USt abführen müsse, den USt-Betrag zahlen müsse. Die Vereinbarung sei nicht gem. § 134

BGB, § 9 Abs. 2 UStG nichtig, so das OLG, da § 9 Abs. 2 UStG kein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB darstelle, sondern vielmehr allein die zu Unrecht erhobene USt an das FA abgeführt werden müsse.

**Entscheidung:** Der BGH hob diese Entscheidung in der Revision auf und verwies die Sache an das OLG zurück. Als Begründung führte der BGH aus, dass bei der Auslegung einer Individualvereinbarung gem. §§ 133, 157 BGB zunächst vom Wortlaut auszugehen ist. Nach dem Wortlaut schuldet die Mieterin neben der Nettomiete die jeweils „gültige Mehrwertsteuer“. Ist jedoch der Vermietungsumsatz steuerfrei, existiert keine „gültige Mehrwertsteuer“. Denn allein das UStG regelt die Steuerpflicht. Insofern haben die Parteien keine Dispositionsbefugnis. Das OLG hätte in seinem Urteil also feststellen müssen, dass die Vermieterin auch im Rahmen der Übergangsvorschrift des § 27 Abs. 2 Nr. 3 UStG nicht nach § 9 Abs. 1 UStG wirksam zur Steuerpflicht optieren konnte.

Unabhängig davon stellt diese Klausel entgegen der Auffassung des OLG schon mangels betragsmäßig ausgewiesener USt keine Rechnung i.S.d. § 14 Abs. 3 oder Abs. 2 UStG a.F. dar, so dass eine Pflicht zur Zahlung von USt nicht bestehe. Schließlich verstößt die Auslegung des OLG auch gegen den Grundsatz interessengerechter Auslegung von Parteivereinbarungen. Denn der Mieterin stünde trotz Zahlung dieser Steuer ein Vorsteuerabzug nicht zu. Auch die Vermieterin bliebe aber wegen des Wortlauts des § 15 Abs. 2 UStG, nach dem steuerfreie Umsätze vorsteuerschädlich sind, vom Vorsteuerabzug ausgeschlossen (§ 15 Abs. 2 Nr. 1 UStG). Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien einen Vertrag schließen wollten, der beide Parteien benachteiligt und nur den Fiskus begünstigt.

Das OLG hat nunmehr die Klausel unter Berücksichtigung der Rechtsansicht des BGH unter dem Gesichtspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage neu auszulegen. Dabei hat es darauf abzustellen, ob die Vermieterin die Höhe des Mietzins unter Offenlegung der Kalkulation der vermeintlichen Steuervorteile mit der Mieterin verhandelt hat, oder ob lediglich ein einseitiger Kalkulationsirrtum der Vermieterin vorliegt. Im ersten Fall steht zu erwarten, dass der Passus so ausgelegt wird, dass der Mietzins um den finanziellen Vorteil der Vermieterin im Falle der Zulässigkeit des Vorsteuerabzugs erhöht wird. Im letzteren Fall wird die Mieterin voraussichtlich nur den Nettomietzins entrichten müssen und kann die bereits bezahlte USt zurück verlangen.

### ► Hinweis

#### Weitere Quellen:

BGH, Urteil v. 28.6.1990 – XI ZR 280/89, WM 1990 S. 1322

### ► Beratungskonsequenzen:

Sofern bei der Kalkulation der Miete die Berücksichtigung eines Steuervorteils durch Vorsteuer-

abzug gewünscht ist, sollte die steuerrechtliche Situation vor Vertragsabschluss verbindlich feststehen. Bei Zweifeln über die Steuerpflicht müsste wahlweise dem Verhandlungspartner die steuerliche Situation als Verhandlungsgrundlage zumindest weitgehend offenbart werden. Im Falle eines späteren Streits kann die Regelung dann ausgelegt oder die Ausgangsmiete um die im Rahmen der Errichtung bzw. kalkulierten Instandhaltung des Vermietungsobjekts angefallenen bzw. noch anfallenden USt erhöht werden. Im Ausgangsfall wäre eine solche, für die Vermieterin langfristig neutrale Anhebung des Mietentgelts, für die Mieterin wahrscheinlich sogar günstiger gewesen, als 10 Jahre lang 16% USt zu zahlen.

Alternativ empfiehlt sich eine Auffangklausel im Vertrag, die festschreibt, dass im Fall des Wegfalls oder der Nichtentstehung eines konkreten Steuervorteils, ein höheres Entgelt zu zahlen sei. Es ist ferner bei Vertragsabschlüssen mit vorsteuerabzugsberechtigten Mietern ganz allgemein zu vereinbaren, dass bei einer Gesetzesänderung, welche die Vermietung von Gewerberäumen generell der USt unterwirft, diese auf den Mieter abwälzbar ist.

*RA Dipl. jur. Oliver Kraus, Köln*