

44. 1. Ist ein beeideter städtischer Fischauktionator als ein Gewerbetreibender im Sinne des § 76 RStempG. in der Fassung vom 26. Juni 1916 anzusehen?
2. Zur Auslegung der Befreiungsvorschrift in der Tarifrnr. 10 desselben Gesetzes und der Vorschrift unter § 158 Abs. 2 der hierzu ergangenen Ausführungsbestimmungen des Bundesrats vom 7. September 1916 (RZBl. S. 250).

VII. Zivilsenat. Urf. v. 13. Februar 1920 i. S. preuß. Staat (Bekl.). w. R. (Rl.). VII 344/19.

- I. Landgericht Altona.
II. Oberlandesgericht Kiel.

Der Inhaber der klagenden Firma war bis zum 21. November 1916 auf Grund der „Ordnung für die Städtische Fischauktion am Altonaer Fischereihafen“ Fischauktionator in Altona. Nachdem dann die Stadt Altona mit der Zentraleinkaufsgesellschaft in Berlin den Vertrag vom 11. November 1916 (ergänzt durch den Vertrag vom 28. Juli 1917) abgeschlossen hatte, wurde die Klägerin vom 21. November 1916 ab auf Grund einer mit der Stadtgemeinde getroffenen Vereinbarung von dieser mit der Verteilung der dort eintreffenden ausländischen Fische beauftragt. Für diese Tätigkeit ist sie auf Grund des Warenumschlagsteuergesetzes vom 26. Juni 1916 zum Warenumschlagstempel herangezogen worden. Die Klägerin hat als Abgabe 1117,20 M bezahlt und beantragt mit der Klage, 1. den Beklagten zur Rückzahlung dieses Betrags nebst Prozeßzinsen zu verurteilen, 2. festzustellen, daß sie nicht verpflichtet sei, die weiter festgesetzten 333 M zu zahlen und überhaupt für die bezeichnete Tätigkeit einen Warenumschlagstempel zu entrichten. In den Vorinstanzen wurde der Klage stattgegeben. Die Revision führte zur Aufhebung des Berufungsurteils.

Gründe:

„Der Entscheidung des Berufungsrichters ist zunächst dahin beizustimmen, daß für die von der Klägerin bis zum 21. November 1916 vorgenommenen Versteigerungen eine Verpflichtung der Klägerin, die in der Tarifrnr. 10 RStempG. in der hier anzuwendenden Fassung vom 26. Juni 1916 bestimmte Abgabe zu entrichten, nicht begründet ist. Freiwillige Versteigerungen sind zwar als Warenlieferungen im Sinne dieser Tarifnummer anzusehen, sie unterliegen aber nach dem Wortlaut und Sinne der Vorschrift dem Umsatzstempel nur, wenn sie von „Gewerbetreibenden (§ 76)“ vorgenommen sind. Zu einem umsatzsteuerpflichtigen Gewerbebetriebe genügt nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats eine auf Erzielung von Einnahmen aus Warenumschlag gerichtete geschäftliche Tätigkeit, auch wenn sie nicht

auf Erlangung von Gewinn aus dem Umsatz abzielt (RdZ. Bd. 95 S. 323). Erforderlich bleibt aber, daß der vereinnahmte Gegenwert eine eigene Einnahme des den Umsatz Vollziehenden ist, daß also der Erwerber den Gegenwert dem Umsetzenden übereignet und dieser ihn seinem eigenen Vermögen einverleibt, mag er auch schuldbrechtlich verpflichtet sein, ihn später einem andern herauszugeben. Im letzteren Falle kann, wenn der Veräußerer im eigenen Namen handelt, ein Kommissionsgeschäft vorliegen (§ 383 HGB). Handelt er aber weder im eigenen Namen noch für eigene Rechnung, sondern im Namen und für Rechnung eines andern, so fehlt es seiner geschäftlichen Tätigkeit an der erforderlichen Selbständigkeit — einem Merkmal, das in dem § 1 des späteren Umsatzstempelgesetzes vom 26. Juli 1918 noch besonders als Voraussetzung der Steuerpflicht hervorgehoben wird. Der Berufungsrichter erblickt das entscheidende Merkmal der Selbständigkeit darin, daß der Handelnde nicht in wirtschaftlicher Beziehung hinsichtlich der Art der Ausübung der geschäftlichen Tätigkeit, der Herrschaft über den Geschäftsbetrieb, allzusehr in seiner Bewegungsfreiheit gehemmt ist. Eine solche Hemmung, der sich auch ein selbständiger Kaufmann freiwillig durch Vertrag unterwerfen kann, beseitigt noch nicht die rechtliche Selbständigkeit, wenn er im eigenen Namen und für eigene Rechnung sein Geschäft betreibt. An einer rechtlichen Selbständigkeit fehlt es aber demjenigen, der als Beamter, Angestellter, Bediensteter u. dgl. handelt und den der aus dem Geschäfte sich ergebende Vorteil und Nachteil nicht trifft. So liegt der Fall hier. Der Inhaber der klagenden Firma hat die Versteigerungen in seiner Eigenschaft als beeidigter, von der Stadtgemeinde angestellter Fischauktionator, also als Beamter vorgenommen. Die ihn bindende „Ordnung für die städtische Fischauktion“ ergibt, daß er bei den Versteigerungen nur als Mittelsmann zwischen den „Verkäufern“, also den Lieferanten der Fische, und den Käufern handelt (§ 10). Möglichst noch am Auktionstage hat er mit den Verkäufern abzurechnen und das Kaufgeld an den Verkäufer abzuführen. Im übrigen hat er von der Veräußerung, abgesehen von der Auktionsgebühr, weder Vorteil noch Nachteil. Er handelt für fremde, nämlich der Verkäufer Rechnung und nicht im eigenen Namen. Selbstverständlich ist auch den Käufern bekannt, daß bei den in der städtischen Fischauktionshalle erfolgenden öffentlichen Versteigerungen der versteigernde Beamte nicht im eigenen Namen, sondern in dem der „Verkäufer“ (Lieferanten) handelt und den Zuschlag erteilt. Mögen auch die Käufer die Namen der Verkäufer nicht kennen, so wissen sie doch, daß sie von denen, „die es angeht“, also den Lieferanten der Fische, durch den Zuschlag deren Eigentum an den Fischen erwerben, nicht aber das Eigentum des Versteigerers.

Die gewerbliche Selbständigkeit des Versteigerers wird auch nicht

dadurch herbeigeführt, daß er unter Umständen befugt ist, im Interesse der Verkäufer die Ware vor dem Zuschlage zurückzuziehen oder den Zuschlag zu verweigern, und daß er auf eigene Rechnung und Gefahr „für die Verkäufer“ das „Zinkasso“ der Kaufgelder besorgt (§ 1). Damit ist nur seine Verantwortlichkeit für sein Handeln als Beauftragter der Verkäufer festgestellt, die ihm durch Unterwerfung unter die ihnen bekannte Auktionsordnung den Auftrag erteilt haben, ihre Rechte entsprechend dieser Ordnung wahrzunehmen.

Anderes ist die Rechtslage bei den seit dem 21. November 1916 durch die Klägerin vorgenommenen „Verteilungen“ von ausländischen Fischen. Hier handelte der Inhaber der Klägerin nicht als Beamter, sondern auf Grund des mit der Stadtgemeinde abgeschlossenen privaten Vertrags. Die Stadtgemeinde hatte durch den Vertrag vom 11. November 1916 der Zentraleinkaufsgesellschaft gegenüber die Verpflichtung übernommen, die von dieser eingeführten dänischen und schwedischen Fische zu bestimmten, von der Zentraleinkaufsgesellschaft vorgeschriebenen Preisen zur Verteilung zu bringen und die Preise unter Abzug gewisser Prozente den Lieferanten unverzüglich zu vergüten. Diese Rechte und Pflichten hat die Stadtgemeinde mit Bewilligung der Zentraleinkaufsgesellschaft auf die Klägerin durch den oben bezeichneten Vertrag übertragen und dabei vereinbart, daß die Verteilung auf Kosten der Klägerin und unter ihrer Verantwortung, aber im einzelnen nach den etwaigen besonderen Anweisungen der Stadt erfolgen sollte, daß den Käufern gegenüber die Klägerin Verkäufer sein, für etwaige Ausfälle haften und die Stadt mit dem Risiko des Verkaufs nichts zu tun haben sollte. Der Berufungsrichter folgert auch hinsichtlich dieser Verteilungen die Unselbstständigkeit des Geschäftsbetriebs der Klägerin aus den ihr vertraglich auferlegten Einschränkungen in der äußeren Art ihrer geschäftlichen Betätigung, insbesondere dem der Stadt eingeräumten Aufsichtsrecht über den Geschäftsbetrieb, während auch hier entscheidend hätte sein sollen, ob die Klägerin das Entgelt für die Warenlieferungen im Rechtsinn als eigene Einnahmen erhalten hat. Nach dieser Richtung hin bedurfte es besonderer Feststellungen des Berufungsrichters. Mag es auch sehr wahrscheinlich sein, daß die Klägerin ihre Geschäftsführung entsprechend den Vorschriften des mit der Stadt geschlossenen Vertrags, der nur die Vertragsteile, nicht auch Dritte band, eingerichtet hat, so besteht doch die Möglichkeit, daß die Klägerin die Art der Verteilung anders gestaltet hat. Ist sie, wie der § 1 des Vertrags bestimmt, als „Verkäufer“, also im eigenen Namen, den Abnehmern der Fische gegenübergetreten und hat sie dabei für Rechnung eines andern — sei es der Stadt Altona oder der Zentraleinkaufsgesellschaft — gehandelt, so war sie Verkaufskommissionär (§ 383 HGB.). In diesem Falle hat zwar die Übertragung der Fische seitens der Stadt oder der

Zentraleinkaufsgesellschaft an die Klägerin nicht die Wesensart einer umsatzsteuerpflichtigen Warenlieferung, aber die von der Klägerin vorgenommene Veräußerung der Fische an die Abnehmer unterliegt als entgeltliche Übertragung „in Natur“ dem Warenumsatzstempel (RGZ. Bb. 94 S. 111). Das Berufungsurteil war hiernach aufzuheben und die Sache zur Nachholung der erforderlichen Feststellungen in die Vorinstanz zurückzuverweisen. Bei der künftigen Verhandlung und Entscheidung wird der Berufsrichter auch zu prüfen haben, ob auf die durch die Klägerin erfolgten Veräußerungen der ausländischen Fische die Befreiungsvorschrift 2 der Tarifnr. 10 AStempG. und die Vorschrift unter § 158 Abs. 2 der hierzu ergangenen Ausführungsbestimmungen des Bundesrates vom 7. September 1916 (RZBl. S. 250) Anwendung finden. Dabei werden für die Entscheidung die von dem erkennenden Senat im Urteil vom 15. Mai 1919 (RGZ. Bb. 96 S. 26) aufgestellten Grundsätze maßgebend sein, nach denen der erstmalige inländische Umsatz der seewärts eingeführten Waren frei vom Umsatzstempel bleibt und erst der weitere Umsatz der Abgabe unterliegt. Der Berufsrichter wird festzustellen haben, ob der von der Klägerin vorgenommene Umsatz der Fische sich als erstmaliger inländischer Umsatz darstellt, obgleich die Fische erst über die Zentraleinkaufsgesellschaft und dann die Stadtgemeinde Altona an die Klägerin gelangt sind.

Wenn auch der Rechtsstreit insoweit, als er die Rechtsfrage der Stempelpflichtigkeit der Fischversteigerungen betrifft, spruchreif ist, mußte doch die Aufhebung des Berufungsurteils im ganzen erfolgen, da es noch an einer Feststellung darüber fehlt, welcher Teil der eingezogenen und jetzt zurückgeforderten Steuerbeträge auf die mit dem 21. November 1916 beendeten Fischversteigerungen entfällt.“