

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Senatsvorsitzende Richterin A und die Senatsmitglieder Richterin B, Laienrichter C, Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, und Laienrichter D, Wirtschaftskammer Niederösterreich, in Anwesenheit der Schriftführerin X, in der Beschwerdesache F I, Adresse¹, vertreten durch Dr. Georg Kahlig Rechtsanwalts GmbH, 1070 Wien, Siebensterngasse 42, über die Beschwerde vom 13.05.2005 gegen den Bescheid des Finanzamtes Gänserndorf Mistelbach vom 12.04.2005, zugestellt am 15.04.2005, betreffend Einkommensteuer 2002 nach Durchführung der mündlichen Verhandlung vom 20.06.2018 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird teilweise stattgegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Die Einkommensteuer 2002 wird mit EUR 36.655,92 festgesetzt.

Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der Abgabe sind dem Ende der folgenden Entscheidungsgründe zu entnehmen und werden zum Spruchbestandteil erklärt.

Gemäß Art 133 Abs 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) ist die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

1. Als der im Spruch angeführte Bescheid angefochten wurde, war der Unabhängige Finanzsenat für die Rechtsmittelerledigung zuständig. Diese Zuständigkeit des Unabhängigen Finanzsenates endete am 31.12.2013. An seine Stelle trat am 01.01.2014 das Bundesfinanzgericht (BFG), das alle mit Ablauf des 31.12.2013 anhängigen Rechtsmittelverfahren – und damit auch dieses Rechtsmittelverfahren – weiterführt. Mit Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit (01.01.2014) haben sich die Bezeichnungen der Rechtsmittel geändert. Das Bundesfinanzgericht verwendet in seinen Verfahren die verwaltungsgerichtliche Terminologie: „*Berufungen*“ werden als „*Beschwerden*“ bezeichnet, „*Berufungsvorentscheidungen*“ als „*Beschwerdevorentscheidungen*“ und „*Berufungswerber*“ als „*Beschwerdeführer* (*Bf*)“.

2. Aus dem Aktenvermerk des Finanzamtes vom 29.03.2005:

Am 10.01.2000 meldete der Bf. das Gewerbe des Versicherungsagenten an (siehe Bescheid des Magistrats der Stadt Wien vom 28.04.2000).

Dieses Gewerbe übte er nicht als Einzelunternehmer aus. Ab Sommer 2000 war der Bf. handels- und gewerberechtlicher Geschäftsführer der GmbH1, Adresse GmbH1. Die GmbH1 war zu 100% im Eigentum der GmbH2, Adresse GmbH2. Der Bf. ist zu 50% Eigentümer der GmbH2 (siehe Niederschrift vom 11.03.2002).

Am 27.08.2004 sagte der Bf. anlässlich einer Nachschau aus, dass er Provisionszahlungen iHv EUR 98.480,82 an die GmbH2 weiter geleitet habe.

Am 29.11.2004 sagte der Bf. aus, dass er einen Provisionsweitergabevertrag mit NF abgeschlossen habe, weshalb er 80% der Provisionen an NF weitergebe; für welche Leistungen er dies tue, könne er nicht sagen. Die Geldbeträge habe er in einer Bankfiliale im Beisein von NF bar ab und NF zahle die Geldbeträge auf ein Konto der GmbH1 ein. NF habe keine Bestätigungen über die übergebenen Geldbeträge ausgestellt.

Am 29.11.2004 legte der Bf. eine mit 16.01.2003 datierte und von NF unterschriebene Zahlungsbestätigung für den Zeitraum 01.01.2002 bis 31.12.2002 über weitergegebene Provisionen iHv EUR 78.784,66 vor. Am 16.08.2002 wurden auf dem Konto des Bf. EUR 14.500,00 gutgeschrieben; am 13.09.2002 EUR 83.980,82. 2002 wurden in Summe EUR 46.000,00 vom Konto des Bf. abgehoben. Die Differenz zur Bestätigung vom 16.01.2003 betrug EUR 32.784,66.

Am 26.01.2005 sagte NF bei einer Einvernahme im Finanzamt aus, er habe für alle Geldübergaben Bestätigungen ohne Durchschläge ausgestellt. Der Bf. habe die Geldbeträge auf sein privates Konto überwiesen. Er habe den Bf. nur einmal in einer Bankfiliale getroffen. Von der GmbH1 seien einige Verträge angebahnt und von der Versicherung angenommen worden. Der Bf. habe im Juli 2002 einen Maklervertrag als Einzelunternehmer angenommen und habe alle 6 Verträge als Vermittler unterzeichnet. Er habe nicht für dieses Geschäft sondern für ältere Geschäfte EUR 20.000,00 vom Bf. als Provision bekommen. Um welche Geschäfte es sich dabei handle, könne er nicht sagen.

Die Versicherung verdächtigte den Bf., gewusst zu haben, dass die Versicherungsnehmer die Prämien nicht zahlen (können), beendete die vorschussweise Auszahlung der Provisionen und brachte eine Sachverhaltsdarstellung bei der Staatsanwaltschaft ein.

3. Im Einkommensteuerbescheid vom 12.04.2005 zitierte das Finanzamt § 21 BAO idgF und rechnete dem Bf. Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bei der GmbH4 iHv EUR 12.007,02 und Provisionen iHv EUR 98.480,82 hinzu. Betriebsausgaben wurden nicht von den Einnahmen abgezogen, da die Provisionsweitergabe nicht glaubhaft sei.

Dieser Bescheid war innerhalb 1 Monats ab Zustellung mit Beschwerde anfechtbar und wurde mit der Beschwerde vom 13.05.2005 angefochten.

4. In der Beschwerde vom 13.05.2005 brachte der Bf. vor, der wahre wirtschaftliche Gehalt ergebe sich aus der Partnerschaft mit NF, den Gesellschaftsanteilen des Bf. und NF an der GmbH2 iHv jeweils 50%, die alleinige Gesellschafterin der GmbH3 und der GmbH1 war und der kollektiven Vertretung der drei Gesellschaften als zeichnungsbe-rechtigte Geschäftsführer. Die GmbH1 vermittele Versicherungen als gewerblicher Versicherungsagent, die Vermittlungstätigkeit sei vom Bf. und von NF erbracht worden und NF sei 2002 für 80% der Abschlüsse verantwortlich gewesen.

Die GmbH1 sollte nach Abschluss der entsprechenden Verträge mit den Versicherungen mit dem Gewerbeschein des Bf. als Versicherungsagent tätig werden. Da die Versicherungen die Vertragsabschlüsse verzögerten, habe der Bf. die Versiche-rungsverträge persönlich eingereicht und den Provisionsvertrag vom 11.12.2001 abgeschlossen. Der Bf. sei für das Rechnungswesen der GmbH2 und der GmbH3 verantwortlich gewesen; NF für das Rechnungswesen der GmbH1. Alle Belege über Provisionseingänge bei der GmbH1 habe NF, der sie dem Bf. nicht übergebe, wes-halb der Bf. am 16.01.2003 eine Zahlungsbestätigung verlangt und von ihm auch erhal-ten habe. Provisionsvereinbarungen seien in der Versicherungsbranche üblich; der Bf. sei wegen der Provisionsvereinbarung rechtlich verpflichtet, Provisionen weiterzugeben.

5. Aus den Beilagen zur Beschwerde:

5.1. Am 11.12.2001 schlossen der Bf., NF und die GmbH1 folgende Provisionsvereinbarung: 20% der Gesamtprovision verbleiben beim Bf. als Vermittlungsprovision, 20% fließen an NF als Vermittlungsprovision und 60% fließen an die GmbH1 als Vermittlungsprovision. Der Bf. verpflichtet sich, 80% der Gesamtprovision an NF weiter zu geben; NF verpflichtet sich, 60% der Gesamtprovision an die GmbH1 weiter zu geben.

5.2. Lt. Zahlungsbestätigung vom 16.01.2003 für Zahlungen vom 01.01.2002 bis zum 31.12.2002 bestätigte NF, „... den Betrag von EUR 78.784,66 lt. Vertrag vom 11.12.2001 als Provision für die über Herrn [Name/Bf.], wohnhaft [Adresse/Bf.], im Jahr 2002 bei der Versicherung¹ eingereichten Versicherungsverträgen von [Name/Bf.] erhalten zu haben“.

6. Am 15.08.2005 sandte der Bf. ein 11-seitiges Fax an das Finanzamt, worin er im We-sentlichen sein bisheriges Vorbringen wiederholte und die Richtigkeit der Aussage von NF und der Feststellungen des Betriebsprüfers bestritt.

7. Mit der Beschwerdevorentscheidung vom 04.11.2005 wurde die Beschwerde abgewiesen. Begründend wurde im Wesentlichen auf die Differenz zwischen Barabhebungen und dem von NF bestätigten Betrag verwiesen, die eine Provisionsweitergabe unglaublich mache.

Die Beschwerdevorentscheidung war innerhalb 1 Monats ab Zustellung mit Vorlageantrag anfechtbar und wurde mit dem Vorlageantrag vom 09.12.2005 angefochten.

8. Im Vorlageantrag vom 09.12.2005 wurde im Wesentlichen auf das bisherige Vorbringen verwiesen, das Ergebnis der Beweiswürdigung wegen angeblich unbedenklicher Urkunden (Provisionsvereinbarung vom 11.12.2001, Zahlungsbestätigung vom 16.01.2003) bestritten und vorgebracht, dass zu den vier Barabhebungen die Barabhebungen vom 13.09.2002 iHv EUR 2.500,00 und vom 24.09.2002 iHv EUR 6.000,00 und EUR 10.000,00 zu addieren seien, woraus sich die Gesamtsumme EUR 79.000,00 ergebe, was in etwa dem bestätigten Betrag EUR 78.784,66 entspreche.

Abschließend wurde die Zeugeneinvernahme von NF vorbehaltlich weiterer Beweisanträge beantragt.

9. Aus den Verwaltungsakten:

9.1. Im Strafverfahren wegen §§ 146, 147 Abs 1 Z 1, Abs 3, 148 zweiter Fall und 15 StGB wurde NF am 28.02.2007 freigesprochen.

9.2. Die Provisionszusage der Versicherung für vermittelte Versicherungsverträge trat am 01.08.2002 in Kraft.

9.3. Am 07.10.2002 forderte die Versicherung den Bf. auf, Provisionen iHv EUR 41.538,47 und EUR 15.923,05 für die am 01.08.2002 abgeschlossenen Versicherungsverträge und die Provision iHv EUR 41.019,30 für den am 01.09.2002 abgeschlossenen Versicherungsvertrag (d.s. in Summe Provisionen iHv EUR 98.480,82) zurückzuzahlen.

Lt. Aktenvermerk vom 07.03.2005 zahlte der Bf. die Provisionen nicht zurück.

9.4. Am 17.08.2002 wurden die vom Bf. am 16.08.2002 überwiesenen EUR 14.500,00 auf dem Konto der GmbH3 gutgeschrieben.

9.5. Am 26.01.2005 sagte NF lt. Niederschrift des Finanzamtes aus:

„Ich bin Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH2, Adresse GmbH1 GmbH2, und war Geschäftsführer der GmbH1, Adresse GmbH1 GmbH2, die im 100% Eigentum der GmbH2 ist.

Im Jahr 2002 habe ich [vom Bf.] im Bezug auf Versicherungsprovisionen sowohl Bargeld als auch Überweisungen erhalten. Für sämtliche Bargeldübergaben habe ich [dem Bf.] Bestätigungen ausgestellt und diesem auch übergeben. Durchschriften habe ich nicht ausge-

fertigt und daher kann ich die eingenommenen Barbeträge nicht belegen. Ein Zusammentreffen fand in den Räumen der Bankfiliale in Adresse Bankfiliale – statt. Bei diesem Zusammentreffen habe ich das vom Konto [des Bf.] bar abgehobene Geld in Empfang genommen, die Übernahme bestätigt und Rechnungen der GmbH1 bei dieser Bank sofort einbezahlt. Ich glaube, dass dieses Zusammentreffen im Frühjahr 2002 stattfand. In anderen Bankfilialen habe ich mich mit [dem Bf.] nicht getroffen. Überweisungen erhielt ich im Zusammenhang mit den Versicherungsprovisionen der Versicherung1 von [Bf.] auf mein privates Girokonto bei der Bank (Kontonummer ...). Mir ist nicht bekannt, wer die Versicherungsverträge abgeschlossen hat. Es wurden im Gefüge der GmbH1 im damaligen Zeitraum einige Verträge angebahnt und von der Versicherung übernommen. Die Versicherung hat die Provisionen an [Bf.] ausbezahlt, warum weis ich nicht. Im Zuge dessen habe ich EUR 20.000,00 als Provision erhalten. Dabei handelt es sich nicht unmittelbar für Provisionen aus diesem einen Geschäft, sondern es wurden bei dieser Gelegenheit auch ältere noch offene Provisionen berücksichtigt (verschiedene Versicherungsgesellschaften und Geschäfte). Der Rest des Geldes war zur Verwendung in der GmbH1 bestimmt und wurde dieser auch zugeführt. Warum wir, [Bf.] und ich, diese Art der Verrechnung gewählt haben war ein Vorschlag von [Bf.] und ich konnte zum damaligen Zeitpunkt nichts negatives daran erkennen.“

9.6. Aus der Zeugenaussage des Bf. im gerichtlichen Strafverfahren NF :

„... Zeuge legt vor in Kopie eine Zahlungsbestätigung für Zahlungen vom 01.01.2002 bis 31.12.2002 vom 16.01.2003 mit folgendem Inhalt, welcher verlesen und als Beilage 1 zum Akt genommen wird.

Vorsitzender an Angeklagten : Ist das Ihre Unterschrift?

Angeklagter : Ja, das ist meine. Ich unterschreibe normal auch mit meinem Vornamen.

Vorsitzender : Ist das inhaltlich richtig?

Angeklagter : Ich dachte nicht, dass da ein Betrag drinnen steht. Ich dachte es war ein formloses Schreiben. Ich wusste nicht mehr, dass ein Betrag drinnen steht. Ich habe das Geld nicht für mich erhalten.

Vorsitzender : Haben Sie es bekommen von ihm; ja oder nein?

Angeklagter : Nein. Wir haben damals div. Sachen einbezahlt, Geld hat kein Mascherl.

Vorsitzender an Zeugen : Ist es richtig, dass diese Provisionen die insgesamt ausbezahlt worden sind für die Verbindlichkeiten der Firmen verwendet worden sind?

Zeuge : Zum Teil nehme ich es an, zum Teil weis ich es sicher. Eine Zahlung ist nämlich nachweisbar, da gibt es einen Zahlungseingang der GmbH3, der ist verbucht worden in der Bilanz von 2001, hier ist ein Betrag von 14.500 Euro als Einzahlung der GmbH4 gebucht in der GmbH3 und ist direkt von mir überwiesen worden, am 16.08.2002. Das ist von der Bank direkt umgebucht worden.

*... **Vorsitzender:** Der Herr T hat uns erzählt, dass er diesen einen Lebensversicherungsvertrag tatsächlich abgeschlossen hat.*

Zeuge : *Den habe ich abgeschlossen. Das ist auch im Protokoll.“*

10. BFG – Ermittlungen:

10.1. Am 24.03.2014 wurde der Bf. ersucht, eine Einkommens- und Vermögensaufstellung vorzulegen, damit geprüft werden kann, ob die Voraussetzungen einer Abstandnahme von der Abgabenfestsetzung gemäß § 260 BAO idGF vorliegen. Der Vorhalt blieb de dato unbeantwortet.

10.2. Mit Schreiben vom 27.05.2014 beantragte der Bf. die Einsichtnahme in seine eigene Zeugeneinvernahme im Strafverfahren NF, die erforderlich sei, um weitere Beweisanträge stellen zu können. Diesem Antrag wurde am 25.06.2014 stattgegeben.

10.3. Am 14.09.2016 wurde der Bf. ersucht, seine Beweisanträge zu stellen. Mit Schreiben vom 19.10.2016 gab der Bf. die Adresse von NF bekannt und beantragte die Zeugeneinvernahme seines Vaters.

11. Aus der Niederschrift über die mündliche Verhandlung:

*„... **Vertreter/Bf.:** Die Voraussetzungen einer Abstandnahme von der Abgabenfestsetzung liegen beim Bf. derzeit nicht vor.*

Die GmbH4 hatte ursprünglich einen Maklervertrag mit der Versicherung2. Da ist aber niemals ein Vertrag abgeschlossen worden. Die GmbH4 wollte dann zur Versicherung1 wechseln. Da es sich um eine neu gegründete Gesellschaft handelte, wollte die Versicherung1 jedoch nur mit einer natürlichen Person den Maklervertrag abschließen. Das war der Bf. Dieser Maklervertrag hätte dann auf die GmbH4 übertragen werden sollen. Dazu ist es aber nicht mehr gekommen.

NF ist für die GmbH4 tätig geworden, wohingegen der Bf. für die anderen Gesellschaften tätig wurde. Der Bf. hat lediglich einen Vertrag mit Herrn T abgeschlossen. Für diesen Vertrag wurde jedoch nie eine Provision ausbezahlt.

Der Provisionseingang wurde dazu verwendet, dass sich der Bf. 20% einbehalten hat und der Rest wurde formlos an Herrn NF übergeben, der damit Verbindlichkeiten der GmbH4 und der anderen Gesellschaften bezahlt hat.

Es hat eine Überweisung an die Fa. GmbH3 stattgefunden und eine weitere Überweisung von meinem Konto an die Fa. GmbH4, die zu 100% im Eigentum des Herrn NF gestanden ist. Alle Versicherungsverträge sind rückläufig geworden.

Bf. : *Das Gerichtsverfahren gegen mich wurde rasch eingestellt. Der Versicherung1 war klar, dass die eingereichten Versicherungsverträge von Herrn NF ausgefüllt waren. Herr NF ist schließlich im gerichtlichen Strafverfahren aber auch frei gesprochen worden.*

Ich hatte als Ausbildung in der Versicherungsbranche einige Kurse absolviert. Ich kenne Herrn NF von einem Nebenjob in der Versicherungsbranche während des Studiums.

Die GmbH1 wurde im September 2000 gegründet. Es fanden deshalb keine Überweisungen auf das Konto der GmbH1 statt, weil das Konto der GmbH1 überzogen war und wir uns nicht sicher waren, ob nicht gleich von den Zahlungseingängen einbehalten wird. Ich habe deshalb bar von meinem Konto abgeboben und Rechnungen bar einbezahlt. Da hatten wir danach eine Bestätigung für die Gläubiger, dass die Rechnungen schon einbezahlt waren. Außerdem haben Überweisungen damals 3 Tage gedauert.

Herr NF war für die Buchhaltung zuständig. Deswegen hat er alle Belege mitgenommen. Trotz häufiger Urgenzen habe ich niemals Belege oder Buchhaltungsunterlagen von ihm bekommen. Erst im Jänner 2003 hat er dann eine Gesamtbestätigung ausgestellt.

Grundsätzlich war vereinbart, dass alle Versicherungsverträge über die GmbH1 laufen sollen, egal ob sie von mir oder von Herrn NF vermittelt wurden. Wir wollten unseren Lebensunterhalt über die GmbH1 bestreiten.

Am 24.9.2002 habe ich eine Eilüberweisung von meinem Konto an die GmbH4 gemacht. Ein Kontoauszug wird zur Einsichtnahme vorgelegt. Es handelt sich dabei um einen Teil des Anteiles des Herrn NF.

Der Umstand, dass ich die Provisionen teilweise schon einige Tage vorher von meinem Konto abgeboben habe, als die Provisionen gutgeschrieben wurden, ist damit zu erklären, dass ich von der Versicherung die Mitteilung bekommen habe, welche Provisionen gutgeschrieben werden. Ich habe dann mein Konto überzogen, weil wir das Geld schon gebraucht haben.

Es hat mehrere Teilabhebungen der Provision gegeben, je nach dem, was ich überziehen konnte und welche Rechnungen sehr dringend einzuzahlen waren.

Amtsvertreterin: ... weist darauf hin, dass der Maklervertrag ausschließlich vom Bf. abgeschlossen wurde und nur dieser Provisionen erhalten hat. Eine Weitergabe an die GmbH1 wäre eine Einkommensverwendung.

Bf. : Auch wenn man die GmbH1 ausklammert steht fest, dass ich eine Empfangsbestätigung des Herrn NF über rund EUR 78.000,00 habe. Die zweiten EUR 10.000,00 hat Herr NF in bar bekommen.

Zusammenfassend kann man sagen, von den Provisionen der Versicherung1 iHv rund EUR 98.000,00 hat Herr NF EUR 78.000,00 bekommen, die er im Wesentlichen für Zahlungen für die GmbH4 (rund EUR 10.000,00), die GmbH3 EUR 14.500,00 und EUR 10.000,00 für ihn selber und den Rest für die GmbH1 verwendet hat.

Eine Einzahlung der GmbH1 an die GmbH4 iHv EUR 7.000,00 vom 28.8.2002 hat wahrscheinlich nichts mit den Versicherungsprovisionen zu tun.

Amtsvertreterin : In der Bestätigung des Hrn. NF steht nichts darüber, wofür er die EUR 78.000,00 in Empfang genommen hat.

Bf. : Es steht sehr wohl, dass er sich auf den Provisionsvertrag bezieht. Herr NF hätte nicht auf Provisionen verzichtet, weil er ja die Verträge vermittelt hat.

Die Verträge (außer einem) hat Herr NF abgeschlossen. Wenn er das geleugnet hat, ist das eine Schutzbehauptung. Sämtliche Verträge habe ich bei der Versicherung eingereicht“.

Nach dem Beschluss auf Einvernahme des Vaters des Bf. als Zeugen zum Beweisthema „Provisionsweitergabe durch den Beschwerdeführer“ und nach dessen Einvernahme wurde ausgeführt:

„**Amtsvertreterin**: Es ist ein Mangel, dass keine Belege vorhanden sind. Es gibt auch keine Belege, dass die angeblich weitergegebenen Provisionen zurückgefordert wurden. Anzuerkennen ist nur der an die GmbH4 überwiesene Betrag von EUR 10.000,00.

Vertreter/Bf. : Es ist auf die oberflächliche Prüfung des Finanzamtes zu verweisen, weil von Herrn NF keine Belege für seine Behauptungen gefordert wurden. Es wurde deswegen kein gerichtlicher Regress vom Bf. versucht, weil das von vornherein aussichtslos gewesen wäre. Es gibt jedenfalls die schriftliche Bestätigung des Herrn NF über den Erhalt des Gesamtbetrages an weiter gegebenen Provisionen“.

12. Aus der Niederschrift über die Zeugeneinvernahme in der mündlichen Verhandlung:

Nach Belehrung über seine Aussageverweigerungsrechte und Wahrheitserinnerung sagte der Vater des Bf. aus:

„Die Versicherung1 hat vorerst mit meinem Sohn einen Maklervertrag abgeschlossen, das war nur vorübergehend geplant. Mein Sohn, Herr NF und die GmbH1 haben einen Provisionsvertrag geschlossen, weil Herr NF natürlich auch von den Vertragsvermittlungen profitieren wollte. Ich war kaufmännischer Direktor und bin daher in finanziellen Dingen informiert und wollte meinen Sohn mit seinen Firmen, die in wirtschaftlichen Schwierigkeiten gesteckt sind, helfen. Deswegen habe ich auch für zwei Firmen die Buchhaltung übernommen. In den Jahren 2001 und 2002 habe ich Herrn NF wöchentlich gesehen.

Zwei Provisionsweitergaben sind in Form von Überweisungen erfolgt. Das weis ich aus den Buchhaltungsunterlagen. Bei den Bargeldübergaben war ich nicht dabei. Mein Sohn und Herr NF haben davon erzählt.

Es gibt Bilanzen von der Fa. NF und I und von der Fa. GmbH4. Herr NF hat abgelehnt, dass ich auch die Buchhaltung der Fa. GmbH1 übernehme.

Wir haben versucht, von Herrn NF bzw. der GmbH1 die Provisionen zurückzubekommen. Es ist uns nicht gelungen, es gibt auch keine Belege dazu. Seit März 2003 habe ich Herrn NF nicht mehr gesehen. Er ist damals untergetaucht“.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

1. Der Vorlageantrag ist fristgerecht eingebracht worden. Deshalb scheidet die Beschwerde vor Entscheidung mit dieser Entscheidung aus dem Rechtsbestand aus und wird zum Vorhalt. Da die Beschwerde frist- und auch formgerecht eingebracht worden ist, ist über die Beschwerde „*in der Sache*“ zu entscheiden.

2. Beschwerdepunkt/e:

Strittig ist, ob die vom Bf. behauptete Provisionsweitergabe iHv EUR 78.784,66 stattgefunden hat oder nicht. Der Bf. beantragt, EUR 78.784,66 als Betriebsausgabe anzuerkennen.

3. Sach- und Beweislage:

Der Entscheidung ist folgende aus der Provisionsvereinbarung vom 11.12.2001, den Aussagen des Bf. vom 27.08.2004 und 29.11.2004, der Aussage NF vom 26.01.2005, der Überweisung vom 16.08.2002, der Zahlungsbestätigung vom 16.01.2003, dem Beschwerdevorbringen, der Niederschrift über die mündliche Verhandlung, der Niederschrift über die Aussage des Vaters des Bf. und den Verwaltungsakten sich ergebende Sach- und Beweislage zugrunde zu legen:

3.1. Im angefochtenen Bescheid sind Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bei der GmbH4 GmbH und Provisionen iHv EUR 98.480,82 als Einkünfte aus Gewerbebetrieb hinzugerechnet worden.

3.2. NF hat am 16.01.2003 bestätigt, dass der Bf. im Zeitraum 01.01.2002 bis 31.12.2002 Provisionen iHv insgesamt EUR 78.784,66 an ihn weiter gegeben habe.

3.3. Lt. Provisionsvereinbarung vom 11.12.2001 verpflichtet sich der Bf., 80% der auf seinem Konto gutgeschriebenen Provisionen innerhalb von 3 Werktagen ab Gutschrift an NF weiter zu leiten.

Am Freitag, den 16.08.2002, wird eine Provision iHv EUR 14.500,00 auf dem Konto des Bf. gutgeschrieben; am Freitag, den 13.09.2002 eine Provision iHv EUR 83.980,82.

Hätten Bf. und NF getan, was sie lt. Provisionsvereinbarung vereinbart haben, hätte der Bf. bis Mittwoch, den 21.08.2002, EUR 11.600,00 und bis Mittwoch, den 18.09.2002, EUR 67.184,66 von seinem Konto abheben und an NF weiterleiten müssen.

Dass der Bf. die lt. Provisionsvereinbarung vom 11.12.2001 an NF weiterzuleitenden Provisionen an NF weitergeleitet hat, ist nach den bar vom Girokonto des Bf. ausgezahlten sieben Geldbeträgen weder nachweisbar noch glaubhaft, da der Bf. am Donnerstag, den 22.08.2002: EUR 5.000,00; am Montag, den 26.08.2002:

EUR 16.000,00; am Mittwoch, den 28.08.2002: EUR 15.000,00; am Montag, den 02.09.2002: EUR 10.000,00; am Freitag, den 13.09.2002: EUR 2.500,00; am Dienstag, den 24.09.2002: EUR 6.000,00 und am Dienstag, den 24.09.2002: EUR 10.000,00 abgehoben hat und diese sieben Geldbeträge addiert in Summe EUR 64.500,00 und nicht EUR 78.784,66 ergeben.

3.4. Der Bf. hat ausgesagt, dass er Geld von seinem Girokonto bar abgehoben hat, um Rechnungen seiner Gesellschaften – und damit deren Schulden – zu bezahlen.

3.5. Lt. Provisionsvereinbarung hätte NF 60,00% oder EUR 8.700,00 und EUR 50.388,00 – und damit in Summe EUR 59.088,49 – an die GmbH1 weiter leiten müssen. Dass er dies getan hat, ist mangels Belegen und mangels Buchhaltungsunterlagen nicht nachweisbar.

3.6. Welche Vermittlungsleistungen NF erbracht hat, ist nicht nachweisbar, da die Versicherung die Provisionen dem Bf. zugesagt hat und der Bf. die Versicherungsverträge unterschrieben hat.

3.7. Die am 16.08.2002 iHv EUR 14.500,00 auf seinem Girokonto gutgeschriebene Provision hat der Bf. am 16.08.2002 nachweislich an die GmbH3 überwiesen.

3.8. Der Bf. hat nachgewiesen, dass die vom Finanzamt in der mündlichen Verhandlung als Betriebsausgaben außer Streit gestellten EUR 10.000,00 der GmbH4 GmbH zugeflossen sind.

3.9. Am 27.08.2004 hat der Bf. ausgesagt, dass er Provisionen iHv EUR 98.480,82 an die GmbH2 weiter geleitet habe; am 29.11.2004 hat er ausgesagt, dass er mit NF eine Provisionsvereinbarung abgeschlossen habe, weshalb er verpflichtet sei, 80% der erhaltenen Provisionen an NF weiterzugeben.

Am 29.11.2004 hat der Bf. ausgesagt, dass er die Geldbeträge in einer Bankfiliale im Beisein von NF bar abhebe und NF die Geldbeträge auf ein Konto der GmbH1 einzahle.

Am 26.01.2005 hat NF ausgesagt, er habe den Bf. nur einmal zur Bargeldübergabe in einer Bankfiliale getroffen (weshalb ihm der Bf. nur einmal einen Geldbetrag bar ausgehändigt haben kann) und der Bf. habe die Geldbeträge auf sein privates Konto überwiesen.

Die Aussagen vom 27.08.2004 , 29.11.2004 und 26.01.2005 stimmen daher inhaltlich nicht überein.

3.10. Der Beweisantrag, NF als Zeugen zu vernehmen, wird abgewiesen, da NF bereits von der Abgabenbehörde und im gerichtlichen Strafverfahren als Zeuge einvernommen worden ist, bei diesen Einvernahmen ausführlich zur Sache ausgesagt hat und Zeugeneinvernahmen nicht wiederholt werden müssen.

4. Rechtslage:

Gemäß § 4 Abs 4 Einkommensteuergesetz – EStG 1988 idgF sind Ausgaben Betriebsausgaben, wenn sie betrieblich veranlasst sind.

5. Rechtliche Würdigung und Entscheidung

Eine Ausgabe ist abgeflossen, wenn sie aus dem Vermögen des Bf. ausgeschieden ist und wenn er die wirtschaftliche Verfügungsmacht über diese Ausgabe verloren hat (VwGH 22.01.2004, 98/14/0025).

Da eine Ausgabe betrieblich veranlasst sein muss, damit sie als Betriebsausgabe absetzbar ist, hat das Bundesfinanzgericht die Sach- und Beweisfrage zu beantworten, ob eine betrieblich veranlasste Provisionsweitergabe stattgefunden hat oder nicht.

Bei Beantwortung dieser Sach- und Beweisfrage darf jedes geeignete und zweckdienliche Beweismittel verwendet werden und nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens ist nach freier Überzeugung zu beurteilen, welche Fakten als erwiesen oder nicht erwiesen anzunehmen sind (§ 166 BAO idgF, § 167 Abs 2 BAO idgF). Von mehreren Versionen darf die wahrscheinlichste als erwiesen angenommen werden (Ritz, BAO⁴, § 167, Tz 8, und die do. zit. Judikate VwGH 23.09.2010, 2010/15/0078; ...).

Von dieser Rechtslage ausgehend ist iVm der ggstl. Sach- und Beweislage als erwiesen anzusehen und festzustellen:

A. Über weiterzuleitende und weitergeleitete Provisionen hat der Bf. am 27.08.2004 und am 29.11.2004 ausgesagt. Am 27.08.2004 hat der Bf. ausgesagt, dass er EUR 98.480,82 (und damit 100% der auf seinem Konto gutgeschriebenen Provisionen) an die GmbH2 weiter geleitet habe; am 29.11.2004 hat er ausgesagt, dass er 80% der Provisionen (und damit 80% der auf seinem Konto gutgeschriebenen Provisionen) an NF weitergeleitet habe. Der Bf. hat daher widersprüchliche Angaben über die Höhe der weiterzuleitenden Provision und deren Empfänger gemacht, was bereits dafür spricht, dass er nicht wahrheitsgemäß ausgesagt hat.

Als betrieblich veranlassten Grund für die an NF weitergeleiteten Provisionen hat der Bf. die Provisionsvereinbarung mit NF angegeben, die er jedoch bei seiner Erstaussage vom 27.08.2004 nicht erwähnt hat, was nur dadurch erklärbar ist, dass die mit 11.12.2001 datierte Provisionsvereinbarung vor dem 27.08.2004 nicht existiert hat.

Der Bf. hat die Provisionsvereinbarung erst am 12.12.2004 an das Finanzamt übermittelt und er hat dies mit dem Hinweis „*nachdem ich nunmehr eine Kopie des Provisionsvertrages von NF erhalten habe*“, ...“ getan. Auffällig ist dabei, dass der Bf. selbst keine Kopie dieser Vereinbarung hatte (und folglich darauf angewiesen war, eine Kopie von NF zu erhalten), was im Geschäftsleben unüblich ist.

Im Zeitpunkt der Verfassung der Provisionsvereinbarung war jedenfalls bekannt, dass der Maklervertrag auf den Namen des Bf. lautet (arg. „*Zweck dieses Vertrages ist es, die Provisionszahlung für über Herrn F I eingereichte Versicherungsanträge festzulegen*“) und

nicht – wie vorerst angestrebt – auf die GmbH1 . Da der Maklervertrag am 01.08.2002 abgeschlossen wurde, kann die Provisionsvereinbarung nicht schon vom 11.12.2001 stammen, da damals der Maklervertrag des Bf. noch gar nicht bekannt war.

All diese Umstände sprechen für eine erst nachträglich verfasste Vereinbarung und damit für eine Vereinbarung mit geringem Beweiswert.

Welche Vermittlungsleistungen NF erbracht haben könnte, ist weder nachweisbar noch glaubhaft, da der Bf. derjenige ist, dem die Versicherung Provisionen für Versicherungsabschlüsse zugesagt hat, an den die Versicherung die Provisionen ausgezahlt hat und den sie aufgefordert hat, die Provisionen zurückzuzahlen. Provisionszusage, Überweisung der Provisionen auf das Girokonto des Bf. und die vom Bf. rückgeforderten Provisionszahlungen sprechen daher dafür, dass der Bf. für 100% der Abschlüsse verantwortlich ist. Davon abgesehen konnte auch im gerichtlichen Strafverfahren gegen NF nicht festgestellt werden, dass NF derjenige gewesen ist, der die Vertragsabschlüsse vermittelt hat.

Ist als erwiesen anzusehen, dass der Bf. für 100% der Abschlüsse verantwortlich ist, gibt es keinen betrieblichen Grund, Provisionen an NF weiterzuleiten.

In der mündlichen Verhandlung hat der Bf. ausgesagt, dass die auf seinem Girokonto gutgeschriebenen Provisionen dazu verwendet worden sind, um Schulden von Gesellschaften zu zahlen, an denen der Bf. beteiligt ist. Werden Provisionen verwendet, um Schulden von Gesellschaften zu zahlen, an denen der Bf. beteiligt ist, liegt eine Betriebsausgaben ausschließende Einkommensverwendung vor, da diese Gesellschaften keine Vermittlungsleistungen an den Bf. erbracht haben.

Zahlt der Bf. Schulden der Gesellschaften, an denen er beteiligt ist, hat NF mit der Zahlungsbestätigung vom 16.01.2003 in Wirklichkeit bestätigt, dass der Bf. deren Schulden gezahlt hat. Insofern liegen jedenfalls keine abziehbaren Betriebsausgaben vor.

Anders rechtlich zu würdigen sind die vom Bf. nachweislich an die GmbH4 GmbH überwiesenen EUR 10.000,00; da diese Gesellschaft NF zuzurechnen und der Bf. an dieser Gesellschaft nicht beteiligt ist.

Die v.a. Ausführungen zusammenfassend sind EUR 68.784,66 nicht als Betriebsausgaben abziehbar.

B. Wie bereits ausgeführt, hat der Bf. die auf seinem Girokonto gutgeschriebenen Provisionen verwendet, um Schulden der Gesellschaften, an denen er beteiligt ist, zu zahlen. Er hat daher mit den an die GmbH3 überwiesenen EUR 14.500,00 keine von dieser Gesellschaft an ihn erbrachten Leistungen sondern deren Schulden gezahlt, weshalb EUR 14.500,00 nicht als Betriebsausgaben abziehbar sind.

C. In der mündlichen Verhandlung hat das Finanzamt nicht mehr bestritten, dass die an die GmbH4 GmbH überwiesenen EUR 10.000,00 Betriebsausgaben sind. Das Bun-

des Finanzgericht wird daher von den Einnahmen aus Gewerbebetrieb EUR 10.000,00 als Betriebsausgaben abziehen und damit der Beschwerde teilweise stattgeben.

6. Bemessungsgrundlagen und Abgabeberechnung

Einkünfte aus Gewerbebetrieb lt. Bescheid	94.830,58 EUR
Betriebsausgaben	-10.000,00 EUR
Einkünfte aus Gewerbebetrieb lt. Senat	84.830,58 EUR

Einkünfte aus Gewerbebetrieb lt. Senat	84.830,58 EUR
Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit lt. Bescheid	11.875,02 EUR
Gesamttrag der Einkünfte	96.705,60 EUR

Verlustabzug lt. Bescheid	-715,00 EUR
Einkommen	95.990,60 EUR

Die Einkommensteuer beträgt:

0% für die ersten 3.640,00	0,00 EUR
21% für die weiteren 3.630,00	762,30 EUR
31% für die weiteren 14.530,00	4.504,30 EUR
41% für die weiteren 29.070,00	11.918,70 EUR
50% für die restlichen 45.120,60	22.560,30 EUR
Steuer vor Abzug der Absetzbeträge	39.745,60 EUR

Verkehrsabsetzbetrag	-291,00 EUR
Arbeitnehmerabsetzbetrag	-54,00 EUR
Steuer nach Abzug der Absetzbeträge	39.400,60 EUR

Steuer sonstige Bezüge lt. Bescheid	66,55 EUR
Einkommensteuer	39.467,15 EUR

Anrechenbare Lohnsteuer	-2.811,23 EUR
Festgesetzte Einkommensteuer	36.655,92 EUR

7. Revision

Gemäß Art 133 Abs 1 Z 4 B-VG ist die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof gegen ein Erkenntnis oder einen Beschluss des Bundesfinanzgerichtes zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage mit grundsätzlicher Bedeutung abhängt. Eine grundsätzlich bedeutende Rechtsfrage musste das Bundesfinanzgericht nicht

beantworten, da primär Sach- und Beweisfragen zu beantworten waren, deren Beantwortung nicht Gegenstand eines Revisionsverfahrens ist (VwGH 05.10.1993, 93/11/0200).

Die (ordentliche) Revision ist daher nicht zulässig.

Wien, am 11. Juli 2018