



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des NN, vom 26. August 2003 gegen den Bescheid des Finanzamtes Bregenz vom 21. August 2003 betreffend Einkommensteuer 2002 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Die Bemessungsgrundlage und die Höhe der Abgabe betragen:

Einkommen	17.297,43 €
Einkommensteuer	3.152,81 €

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber bezeichnet sich als Finanz-, Wirtschafts- bzw. Vermögensberater. Er war im Streitjahr zunächst für den AWD (Allgemeiner Wirtschaftsdienst Gesellschaft für Wirtschaftsberatung und Finanzberatung m.b.H.) als "Agent" auf Provisionsbasis selbständig tätig. Der Unternehmensgegenstand des AWD umfasst die Vermittlung von Versicherungsverträgen, Finanzierungen und Wertpapieren, die Vermittlung der Vermögensverwaltung sowie die Beratung über die Veranlagung von Kundenvermögen. Als selbständiger Agent erbrachte der Bw. für den AWD die zu deren Unternehmensgegenstand zählenden Leistungen, soweit er dazu berechtigt ist. Ebenfalls auf Provisionsbasis erbrachte der Bw. gleichartige Leistungen auch noch gegenüber einem mit dem AWD im gegebenen Zusammenhang vergleichbaren Unternehmen. Das heißt, er wurde, nachdem er den Vertrag mit der AWD für aufgelöst erklärt hatte, für A ständig wie ein AWD-Berater, also

Versicherungs- und Bausparverträge, Finanzierungen und spezielle Bankgeschäfte vermittelnd, selbständig tätig.

In einer Beilage zur Steuererklärung machte er das Handelsvertreterpauschale als Betriebsausgaben geltend.

Das Finanzamt berücksichtigte das Pauschale mit der Begründung nicht, die Tätigkeit eines Vermögensberaters falle nicht unter die maßgebliche Bestimmung des Handelsvertretergesetzes. Die beantragten pauschalen Betriebsausgaben könnten deshalb nicht berücksichtigt werden.

Dagegen wurde Berufung erhoben. In ihr führte der Bw. unter Hinweis auf eine gegen ihn vom AWD erwirkte einstweilige Verfügung des Landesgerichtes Feldkirch (Beschluss vom 20.10.2003, Aktenzeichen 33 Cga 32/02 s) aus, er falle sehr wohl unter das Handelsvertretergesetz.

Das Finanzamt erließ eine abweisliche Berufungsvorentscheidung, in der es unter Hinweis auf eine BMF-Aussage die Auffassung vertrat, der Bw. sei sowohl für den AWD als auch für A als Versicherungsmakler tätig geworden. Dies sei aber eine Tätigkeit, die nicht unter § 1 Abs. 1 Handelsvertretergesetz falle, sondern als Maklertätigkeit zu beurteilen sei.

Durch die Einbringung eines Vorlageantrages gilt die Berufung wiederum als unerledigt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Strittig ist, ob der Bw. die Pauschalierung gemäß der Verordnung des Bundesministers für Finanzen über die Aufstellung von Durchschnittssätzen für die Ermittlung von Betriebsausgaben und Vorsteuerbeträgen bei Handelsvertretern, BGBl II 95/2000, zu Recht beansprucht hat.

Gemäß § 1 der zitierten Verordnung können bei einer Tätigkeit als Handelsvertreter im Sinne des Handelsvertretergesetzes 1993, BGBl. Nr. 88/1993, im Rahmen der Gewinnermittlung bestimmte Betriebsausgaben jeweils mit Durchschnittssätzen angesetzt werden. Der Durchschnittssatz beträgt 12 % der Umsätze. Gemäß § 1 Handelsvertretergesetz ist Handelsvertreter, wer von einem anderen mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften, ausgenommen über unbewegliche Sachen, in dessen Namen und für dessen Rechnung ständig betraut ist und diese Tätigkeit selbständig und gewerbsmäßig ausübt. Demgegenüber ist nach § 1 Abs. 1 Maklergesetz Makler, wer auf Grund einer privatrechtlichen Vereinbarung (Maklervertrag) für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt, ohne ständig damit betraut zu sein. Unter Vermögensberatung versteht die Gewerbeordnung (§ 94 Z. 75) die Beratung bei Aufbau und Erhalt von Vermögen und der Finanzierung unter

Einschluss insbesondere der Vermittlung von Veranlagungen, Investitionen, Personalkrediten, Hypothekarkrediten und Finanzierungen. § 1 der Vermögensberatungs-Verordnung, BGBl. II Nr. 95/2003, zitiert und verweist auf die zuvor wiedergegebene Regelung der Gewerbeordnung.

Nach (gleichsam autentischer) Interpretation des BMF (vgl. EStRL Rz 4356; SWK 31/2003, S 753; ARD 5335/25/2002; RdW 2003, 593; ARD 5335/29/2002; RdW 2002, 328; SWK 2002, S 84) steht das sogenannte Handelsvertreterpauschale zu, wenn Warenpräsentatoren, Versicherungsvertreter oder Bausparkassenvertreter unter Umständen tätig werden, die dem unter § 1 Abs. 1 Handelsvertretergesetz umschriebenen Tätigkeitsfeld entsprechen. Ferner stellen nach Meinung des BMF auch die in § 1 Abs. 1 Z 19 lit. c BWG umschriebenen Finanzdienstleistungsgeschäfte eine Tätigkeit dar, die dem Berufsbild eines Handelsvertreters entspricht.

Der UFS teilt die wiedergegebene Auffassung des BMF. Entscheidend für die Frage der Anwendbarkeit der Handelsvertreter-Pauschalierungsverordnung ist demnach, ob eine Tätigkeit in den Grundmerkmalen der Tätigkeit gemäß § 1 Abs. 1 Handelsvertretergesetz entspricht. Die entscheidenden fünf Grundmerkmale sind (vgl. Straube, HGB, Rz 54 zu § 1 HGB): Selbständigkeit, Geschäftsvermittlungs- und/oder Geschäftsabschlusstätigkeit, ständiges Betrauungsverhältnis, gewerbsmäßige Tätigkeit und Handeln im fremden Namen und auf fremde Rechnung.

Der Bw. brachte vor, seine berufliche Tätigkeit erfülle alle Merkmale einer selbständig ausgeübten Tätigkeit als Handelsvertreter.

Das AWD-Vertriebssystem ist folgendermaßen charakterisiert

(http://www.finanzen.net/aktien/aktien_profile_detail.asp?AkteNr=1913;

<http://www.awd.at/>;

<http://www.awd.de/internet/deutschland/de/index/infos/konzernstruktur.html>;):

"Die AWD Holding AG, mit Sitz in Hannover, bietet Beratungs- und Vermittlungsdienstleistungen für Finanzprodukte an. Dabei werden in Deutschland, Schweiz und Österreich durch von der AWD ausgebildeten, selbstständigen Handelsvertretern (Wirtschaftsberatern) privaten Haushalten Dienstleistungen für ihre persönlichen finanziellen Situation angeboten.

Einnahmen erzielt die AWD-Gruppe durch Provisionszahlungen der Produktgeber, die für die erfolgreiche Vermittlung ihrer Finanzprodukte durch einen Handelsvertreter der AWD-Gruppe geleistet werden. Die Provision besteht je nach Produkt aus einer Abschlussprovision und ggf. einer zusätzlichen Bestandsprovision. Einen Teil dieser Provision geben die Unternehmen der AWD-Gruppe an die Handelsvertreter weiter.

Die AWD-Gruppe vertreibt durch ihre Handelsvertreter eine Vielzahl von Finanzprodukten verschiedener Produktgeber (insbesondere Versicherungen, Investmentfondsgesellschaften und Banken). Eigene Finanzprodukte legen die Unternehmen der AWD-Gruppe nicht auf. Die vertriebenen Produkte decken insbesondere die Bedürfnisse privater Haushalte in den

Bereichen Sach- und Vermögensversicherung, Gesundheitsvorsorge, Lebensstandardversicherung (Einkommenssicherung, Altersvorsorge), Verbesserung der Wohnsituation sowie Vermögensaufbau und Vermögensstreuung ab.

AWD wurde im Jahr 1988 in Hannover gegründet. Bis zum Börsengang im Jahr 2000 kamen die Tochtergesellschaften in der Schweiz und Österreich dazu. Durch verschiedene Akquisitionen im In- und Ausland, wie etwa der Thomson's Group im Jahr 2001 oder von tecis im Jahr 2002 wuchs das Unternehmen weiter."

Die berufliche Tätigkeit eines AWD-Vertreters, die inhaltlich europaweit einheitlich gestaltet ist, wird nicht nur nach dem AWD-Selbstverständnis, sondern auch nach deutschem Recht als Handelsvertreter Tätigkeit eingestuft (Sozialgericht Dortmund, 21.6.2004, S 22 RA 7/02; http://www.otto-schmidt.de/ovs_arbeitsrecht/home_37199.html; http://www.wdr.de/tv/markt/20030127/b_4.phtml; http://www.pro-anleger.de/warnliste/DLF_94_17_AWD/dlf_94_17_awd.html; http://market-data.dzbank.de/dzbank/portraits/detail.html?company_id=1634&companyname=AWD+HOLDING+AG+Inhaber-Aktien+o.N.; LG Hannover, 16.11.2001, 13 O 2250/01), wobei das deutsche HGB dem österreichischen in den hier wesentlichen Punkten gleicht. Auch nach österreichischer höchstgerichtlicher Judikatur (OGH 12.3.2004, 8 Ob A 5/04z) kann auf das zwischen AWD und seinen "Agenten" bestehende Rechtsverhältnis das Handelsvertretergesetz angewendet werden. Unternehmensgegenstand des AWD ist nach dem zitierten OGH-Beschluss "die Vermittlung von Versicherungsverträgen, Finanzierungen und Wertpapieren, die Vermögensverwaltung sowie die Beratung über die Veranlagung von Kundenvermögen", wobei sich der AWD laut OGH "im Rahmen dieser Tätigkeiten einer Außendienstorganisation mit Untervertretern, sogenannten Agenten" bedient. Auch aus älteren Judikaten des OGH ist klar ableitbar, dass die Tätigkeit eines Vermögens-, Anlage-, und Finanzberaters als freier Handelsvertreter ausgeübt werden kann (10.1.1991, 7 Ob 685/90; 5.3.1981, 7 Ob 529/81). Aus dem zuletzt zitierten Judikat, aber auch aus jüngerer Judikatur (21.1.1999, 8 Ob 259/98s) geht weiters hervor, dass der selbständige Handelsvertreter in seiner "klassischen Form" meist für mehrere Auftraggeber tätig ist. Schließlich wird auf die Berufungsentscheidung des UFS vom 22.6.2004, RV/0160-L/03, verwiesen, in der einem AWD-Vertreter das Handelsvertreter-Pauschale gewährt worden ist.

Damit aber wird deutlich, dass es keine stichhaltigen Gründe gibt, dem Bw. den Abzug des selbständigen Handelsvertretern durch Verordnung zugestandenen Betriebsausgabenpauschales zu versagen. Den vom Finanzamt ins Treffen geführten, scheinbar zum Teil auf Erlassregelungen beruhenden Argumenten wird entgegengehalten:

Die Bindung an einen einzigen Auftraggeber ist – wie unter Hinweis auf die Judikatur des OGH bereits ausgeführt wurde - kein Wesensmerkmal der Handelsvertreter-Tätigkeit. Wichtig ist allerdings, dass die Betrauung eine ständige ist, denn sonst ist – wie das Finanzamt grundsätzlich zutreffend ausgeführt hat - der Vermittler als Makler einzustufen, für den die

Kundenbindung im Vordergrund steht. Dass gegenständlich die dauerhafte Bindung zum Auftraggeber im Vordergrund steht, ist nicht strittig. Der Umstand, dass der Bw. das auf Dauer angelegte Vertragsverhältnis zum AWD beendet und ein neues, ebenfalls auf Dauer angelegtes Verhältnis zu A eingegangen ist, vermag den jeweiligen Rechtsverhältnissen nicht den Charakter der Dauerhaftigkeit zu nehmen.

Nicht entscheidend für die gegenständlich zu lösende Frage ist, wie sich das Auftragsunternehmen und/oder der auftragnehmerische Vertreter im Geschäftsverkehr bezeichnet. Vielfach wird nämlich rein aus Vermarktungsgründen eine Berufs- und/oder Unternehmensbezeichnung gewählt wird, die die positiv besetzte "Beratung" in den Vordergrund stellt. Da es gegenständlich um eine Frage mit steuerlicher Relevanz geht, ist entscheidend, wodurch die Steuerpflicht ausgelöst wird. Dies ist aber nicht die Beratung. Wie der Bw., unbeeinsprucht vom Finanzamt und im Einklang mit der Aktenlage vorgebracht hat, führt erst die erfolgreiche Abschlussvermittlung zu einem Provisionsanspruch. Die bloße Beratung, die vergebliche Vermittlungsbemühung hingegen zieht keine Einnahmen nach sich und ist mangels Entgeltlichkeit nicht auch umsatzsteuerbar (Ruppe, UStG 1994, Kommentar, Zz 59 zu § 1). Aus den genannten Gründen kann nicht von einer für die Pauschalierung schädlichen Beratungstätigkeit gesprochen werden, bloß weil der Bw. unter der Berufsbezeichnung "Vermögensberater" auftritt. Dieses Ergebnis steht nach Überzeugung des Senates auch nicht im Widerspruch zur Auffassung des BMF. Denn auch das BMF orientiert sich bei der Prüfung der Frage, ob die Pauschalierung anwendbar bzw. wie eine "Nicht-Handelsvertreterstätigkeit" zu behandeln und zu gewichten ist, an den tatsächlich getätigten Umsätzen (vgl. RdW 2002, 328, BMF vom 28.3.2000). Da nun aber der Bw. keine Beratungsumsätze erbracht hat, wirkt sich seine (vorbereitend) beratende Tätigkeit auch nicht pauschalierungsschädlich aus.

Der Berufung war daher im strittig verbliebenen Umfang stattzugeben.

Feldkirch, am 15. Dezember 2004