



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Salzburg
Senat 11

GZ. RV/0045-S/10
miterledigt RV/0322-S/10

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen des Bw, vom 23. Juni 2009 gegen die Bescheide des Finanzamtes St. Johann Tamsweg Zell am See vom 22. Juni 2009 betreffend Einkommensteuer (Arbeitnehmerveranlagung) für 2007 und 2008 entschieden:

Die Berufungen werden als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw) erzielt als Versicherungsmakler Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit. In seinen Erklärungen zur Arbeitnehmerveranlagung 2007 und 2008 machte er das Berufsgruppenpauschale für Vertreter geltend.

In der Folge legte der die Bestätigung seines Arbeitgebers vor, wonach er ausschließlich Vertretertätigkeit ausübe und dabei mehr als die Hälfte seiner Arbeitszeit im Außendienst verbringe. Sein vorrangiges Ziel sei die Herbeiführung von Geschäftsabschlüssen.

Das Finanzamt ersuchte daraufhin den Bw um eine genaue Beschreibung seiner Tätigkeit.

In Beantwortung dieses Ergänzungsersuchens führte der Bw aus, er sei als Versicherungsmakler ausschließlich im Außendienst und für den Verkauf und Abschluss von Versicherungsverträgen verantwortlich. Er betreue die Kunden von 10 XBanken. Er fahre zum Kunden und nehme alle risikorelevanten Daten in einem Fragebogen auf und schreibe danach die ausgearbeitete Risikoanalyse am Versicherungsmarkt aus. Beim nächsten Kundentermin schlage er den besten Vorschlag vor (bestes Preis-Leistungsverhältnis für den Kunden) und

schließe dann den gewünschten Antrag selbst beim Kunden ab. Er habe die gleiche Tätigkeit wie jeder Versicherungsmakler im Außendienst und arbeite mit allen österreichischen Versicherungen zusammen. Er sei ausschließlich als Versicherungsmakler tätig. Seine Kunden seien hauptsächlich betriebliche Kunden und Landwirte.

In weiterer Folge schilderte der Bw dem Sachbearbeiter des Finanzamtes seine Tätigkeit noch einmal in einem Telefonat.

In den Einkommensteuerbescheiden 2007 und 2008 vom 22. Juni 2009 wurde das geltend gemachte Vertreterpauschale nicht anerkannt. Welche Personen unter den Begriff „Vertreter“ zu subsummieren sei, sei im jeweiligen Einzelfall anhand der konkreten Tätigkeit der jeweiligen Person festzustellen. Da der nichtselbstständig tätige Versicherungsmakler nicht selbst Geschäftsabschlüsse tätige - wie dies in der Berufsgruppe der Vertreter typisch sei - sondern nur Geschäftsabschlüsse (Versicherungsverträge) vermittele, stehe dem Versicherungsmakler das Vertreterpauschale nicht zu.

Gegen diese Bescheide erhob der Bw Berufung und brachte Folgendes vor:

Seine Tätigkeit stelle sich wie folgt dar. Die XBanken würden den Kunden in allen Finanzdienstleistungsbereichen beraten und die Möglichkeiten im Versicherungsbereich aufzeigen. Bei Interesse und Versicherungsbedarf vereinbare der Bw einen Termin und führe eine Risikoanalyse und ein Erstgespräch durch. Der Kunde erteile ihm eine Vollmacht, die ihn gemäß § 1017 ABGB berechtige, mit den verschiedenen Versicherungsunternehmen einen Versicherungsvertrag abzuschließen. Die dadurch begründeten Rechte und Verbindlichkeiten würden den Gewaltengeber treffen. Somit tätige er für den Kunden den Geschäftsabschluss und übe folglich eine typische Vertretertätigkeit aus. Er vermittele keine Versicherungsverträge und stelle keinen Kontakt zwischen Versicherer und Versicherungsunternehmer her, sondern er schließe für den Kunden den gewünschten Vertrag ab. Somit sei das gesetzliche Erfordernis einer Vertretertätigkeit gegeben, die nach Lehre und Rechtsprechung eine Tätigkeit verstehe, die eine Person regelmäßig im Außendienst zwecks Anbahnung und Abschluss von Geschäften zur Kundenbetreuung ausübe.

Weiters ersuche er das bei der EDV-Erfassung irrtümlich auf 0 gesetzte Pendlerpauschale 2008 wie im Jahr 2007 zu berücksichtigen.

Das Finanzamt wies die Berufungen jeweils mit Berufungsvorentscheidung vom 12. Oktober 2009 als unbegründet ab. Nach Lehre und Rechtsprechung seien als Vertreter Personen zu verstehen, die für einen anderen Geschäfte über Gegenstände des Handelsverkehrs bzw. Dienstleistungen anbahnen, abschließen und Kunden betreuen. Vertreter im Sinne der Verordnung sei eine Person, die im Namen und für Rechnung seines Arbeitgebers Geschäfte

im Außendienst anbahne und abschließe. Ein Makler schließe hingegen nicht selbst das Geschäft ab, sondern vermittele es nur, bringe also zwei potenzielle Vertragspartner zusammen und vermittele einen Geschäftsabschluss zwischen diesen Vertragspartnern. Der Bw sei nicht ständig von einem Auftraggeber (Dienstgeber) damit betraut, für diesen Auftraggeber (Dienstgeber) Geschäfte abzuschließen, wie es für das Berufsbild eines Vertreters typisch sei.

Mit Bescheid vom 12. Oktober 2009 berichtigte das Finanzamt den Einkommensteuerbescheid 2008 vom 22. Juni 2009 gem. § 293b BAO und berücksichtigte das Pendlerpauschale.

Der Bw beantragte die Entscheidung über die Berufungen durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte begründend aus:

Welche Personen unter dem Begriff „Vertreter“ zu subsummieren seien, sei im jeweiligen Einzelfall anhand der konkreten Tätigkeit der jeweiligen Person festzustellen. Diese Feststellung sei in seinem Fall unrichtig getroffen worden. Auch gelte der rechtliche Grundsatz, wer sich einer unsicheren rechtlichen Formulierung bediene, müsse diese auch gegen sich gelten lassen. Weder in der gegenständlichen Verordnung noch im Einkommensteuergesetz sei geregelt, wie der Begriff „Vertreter“ im Sinne der Verordnung auszulegen sei.

Die XBanken würden den Kunden in allen Finanzdienstleistungsbereichen beraten und die Möglichkeiten im Versicherungsbereich aufzeigen. Falls Interesse und Versicherungsbedarf bestehe, vereinbare der Bw einen Termin und führe eine Risikoanalyse und ein Erstgespräch durch. In diesem Rahmen präsentiere er das Dienstleistungsangebot des Unternehmens und schließe einen Maklervertrag mit dem Kunden ab. Der Kunde erteile ihm eine Vollmacht, die ihn gemäß § 1017 berechtige, mit den verschiedenen Versicherungsunternehmen einen Versicherungsvertrag abzuschließen. Die dadurch begründeten Rechte und Verbindlichkeiten würden den Gewaltgeber treffen. Somit tätige er für den Kunden den Geschäftsabschluss und übe folglich eine typische Vertretertätigkeit aus. Er vermittele keine Versicherungsverträge und stelle keinen Kontakt zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer her, sondern er schließe für den Kunden den gewünschten Vertrag ab. Somit sei das gesetzliche Erfordernis einer Vertretertätigkeit gegeben, die nach Lehre und Rechtsprechung eine Tätigkeit verstehe, die eine Person regelmäßig im Außendienst zwecks Anbahnung und Abschluss von Geschäften und zur Kundenbetreuung ausübe.

Eine Vertretertätigkeit liege vor, wenn das vorrangige Ziel der Abschluss von Geschäften und Kundenbetreuung sei. Sein vorrangiges Ziel sei der Abschluss eines Maklervertrages mit dem Kunden. Durch den Maklervertrag werde die Dienstleistung seines Dienstgebers verkauft. Durch den Abschluss des Maklervertrages nehme der Bw die Vermittlungs- und Verkaufsfunktion wahr. Durch den Verkauf dieser Dienstleistung erhalte sein Arbeitgeber

einen Provisions- und Honoraranspruch. In der Folge werde in Vollmacht der Versicherungsvertrag abgeschlossen und der Kunde in sämtlichen Versicherungsangelegenheiten betreut. Er bahne im Namen und für Rechnung seines Arbeitgebers Geschäfte im Außendienst an (Vorbereitung zum Abschluss des Maklervertrages, Verkaufsverhandlungen für die Dienstleistungen) und schließe diese ab. Erst nach Abschluss des Maklervertrages erhalte er die Vollmacht des Kunden.

Der Versicherungsvertreter einer Versicherungsgesellschaft betreue den Kunden ebenfalls in sämtlichen Versicherungsangelegenheiten und übe seine Tätigkeit in gleicher Art und Weise aus. Dieser erhalte die Vertreterpauschale in vollem Umfang. Hier liege eine Ungleichbehandlung vor. Es sei nicht nachvollziehbar, warum bei gleicher Tätigkeit und Aufwendungen ihm die Pauschale vorenthalten werde.

Über Ersuchen des Unabhängigen Finanzsenates legte der Bw Muster des vom Kunden zu erteilenden Maklerauftrages, der Vollmacht, mit welcher der Kunde den Dienstgeber des Bw zur alleinigen Vertretung in Versicherungsangelegenheiten bevollmächtigt samt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der österreichischen Versicherungsmakler sowie seinen Dienstvertrag vom 4. Juli 2000, welcher sich allerdings noch auf seine ehemalige Tätigkeit als Innendienstmitarbeiter in der Versicherung bezieht, vor.

Im Rahmen eines Erörterungsgespräches brachte der Bw ergänzend vor, dass ihm im Zusammenhang mit Kundeneinladungen und Kundengeschenken Aufwendungen erwachsen seien, er die entsprechenden Belege aber nicht mehr vorlegen könne.

Über die Berufung wurde erwogen:

Strittig ist im gegenständlichen Fall, ob der als angestellter Versicherungsmakler tätige Bw als Vertreter im Sinne der Verordnung des Bundesministers für Finanzen über die Aufstellung von Durchschnittssätzen für Werbungskosten von Angehörigen bestimmter Berufsgruppen, BGBl II 2001/382, anzusehen ist.

Gemäß [§ 17 Abs. 6 EStG 1988](#) können zur Ermittlung von Werbungskosten vom Bundesminister für Finanzen Durchschnittssätze für Werbungskosten im Verordnungswege für bestimmte Gruppen von Steuerpflichtigen nach den jeweiligen Erfahrungen der Praxis festgelegt werden.

Auf dieser gesetzlichen Grundlage wurde die [Verordnung des Bundesministers für Finanzen über die Aufstellung von Durchschnittssätzen für Werbungskosten von Angehörigen bestimmter Berufsgruppen](#) BGBl II 2001/382 (kurz: Verordnung) erlassen, wonach gemäß § 1 Z 9 an Stelle des Werbungskostenpauschales gemäß § 16 Abs. 3 EStG 1988 für Vertreter 5%

der Bemessungsgrundlage, höchstens € 2.190,00 jährlich festgelegt werden. Der Arbeitnehmer muss ausschließlich Vertretertätigkeit ausüben. Zur Vertretertätigkeit gehört sowohl die Tätigkeit im Außendienst als auch die für konkrete Aufträge erforderliche Tätigkeit im Innendienst. Von der Gesamtarbeitszeit muss dabei mehr als die Hälfte im Außendienst verbracht werden.

Die Verordnung enthält keine Definition des Begriffs "Vertreter". Sie legt lediglich fest, dass der Außendienst den Innendienst zeitlich überwiegen muss und der Innendienst die für konkrete Aufträge erforderliche Tätigkeit umfassen darf.

Nach übereinstimmender Lehre (zB Hofstätter/Reichel, Die Einkommensteuer – Kommentar, § 17 Tz 71, Jakom/Lenneis, EStG⁴, § 16 Rz 66) und Rechtsprechung sind Vertreter Personen, die im Außendienst zum Zwecke der Anbahnung und des Abschlusses von Geschäften und zur Kundenbetreuung tätig sind. Eine andere Außendiensttätigkeit, deren vorrangiges Ziel nicht die Herbeiführung von Geschäftsabschlüssen ist, zählt nicht als Vertretertätigkeit. Der Verwaltungsgerichtshof stellte im Erkenntnis vom 24.02.2005, 2003/15/0044, fest, dass ein Dienstnehmer, der im Rahmen seines (den Innendienst überwiegenden) Außendienstes auch Tätigkeiten der Auftragsdurchführung verrichtet, als Vertreter anzusehen ist, solange der Kundenverkehr im Außendienst in Form des Abschlusses von Geschäften im Namen und für Rechnung seines Arbeitgebers eindeutig im Vordergrund steht. Der Vertretertätigkeit ist es gleichzuhalten, wenn Rechtsgeschäfte über Dienstleistungen im Namen und für Rechnung des Arbeitgebers abgeschlossen werden.

Arbeitgeber des Bw ist der XX. Hier ist er für die XY als Versicherungsmakler überwiegend im Außendienst tätig. Auf deren Homepage wird das Dienstleistungsangebot mit Bestandsaufnahme der zu versichernden Objekte und Gefahren, Erhebung IST-Stand aller Versicherungsverträge, Aufzeigen von Deckungslücken, Erstellung des Deckungs- und Versicherungskonzeptes, Ausschreibung des Versicherungskonzeptes und Prüfung der Angebote, Vorschlag zur Neustrukturierung der Verträge und die Umsetzung sowie laufende, regelmäßige Betreuung beschrieben.

Der Bw führt bei Interesse und Versicherungsbedarf eines Bankkunden zunächst eine Risikoanalyse und ein Erstgespräch durch, in dessen Rahmen das Dienstleistungsangebot präsentiert wird. Nach Abschluss des Maklervertrages durch den Bw erteilt der Kunde eine Vollmacht, die den Bw berechtigt, mit den verschiedenen Versicherungsunternehmen einen Versicherungsvertrag abzuschließen. Der Bw als bevollmächtigter Vertreter bzw. der Kunde schließt den Versicherungsvertrag mit dem Versicherungsunternehmen ab. In der Folge ist der Bw auch mit der laufenden Betreuung der Kunden befasst.

Im Rahmen der Tätigkeit des Bw werden somit zwei Rechtsgeschäfte abgeschlossen: Zum einen im Namen und für Rechnung des Arbeitgebers der Maklervertrag, mit dem – wie der Bw zutreffend ausführt - die Dienstleistungen des Arbeitgebers verkauft werden und zum anderen der zu vermittelnde Versicherungsvertrag zwischen Versicherungsnehmer und Versicherungsunternehmen.

Wie aus oben angeführten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 24.02.2005, [2003/15/0044](#), deutlich hervorgeht, muss eine Tätigkeit, damit sie als Vertretertätigkeit iSd Verordnung angesehen werden kann, nicht nur (zeitlich) überwiegend im Außendienst erfolgen, sondern muss zudem der Außendienst vom Abschluss von Rechtsgeschäften geprägt sein. Der Verwaltungsgerichtshof hat dieses Erfordernis dahingehend konkretisiert, dass bei einem Vertreter im Rahmen des (den Innendienst überwiegenden) Außendienstes der Kundenverkehr in Form des Abschlusses von Geschäften im Namen und für Rechnung des Arbeitgeber (über den Verkauf von Waren oder Erbringung von Dienstleistungen) eindeutig im Vordergrund stehen muss.

Der Bw nennt als vorrangiges Ziel seiner Tätigkeit den Abschluss eines Maklervertrages mit dem Kunden, durch den die honorar- und provisionsbegründenden Dienstleistungen des Arbeitgebers verkauft werden.

Es wird nicht bezweifelt, dass der Bw im Namen und für Rechnung seines Arbeitgebers Geschäfte im Außendienst anbahnt (Vorbereitung zum Abschluss des Maklervertrages und Verkaufsverhandlungen für die Dienstleistungen des Arbeitgebers) und abschließt. Dass die Anbahnung und der Abschluss der Maklerverträge aber derart im Vordergrund stehen, dass von einer Vertretertätigkeit im Sinne der Verordnung gesprochen werden kann, vermag der Unabhängige Finanzsenat nicht zu erkennen. So führt der Abschluss der Maklerverträge noch zu keinen Provisionsansprüchen des Dienstgebers, sondern erst die Erbringung der mit dem Maklervertrag verkauften Dienstleistungen in Form der Vermittlung des bestmöglichen Versicherungsschutzes samt der laufenden Betreuung der Kunden. Der Unabhängige Finanzsenat ist daher davon überzeugt, dass bei der Tätigkeit des Bw nicht der Abschluss des Maklervertrages, sondern die Tätigkeiten der Auftragsdurchführung im Vordergrund stehen. Dass Tätigkeiten der Auftragsdurchführung im Rahmen der Außendiensttätigkeit nicht im Vordergrund stehen dürfen, wenn von einer Vertretertätigkeit im Sinne der genannten Verordnung ausgegangen werden soll, ist dem erwähnten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes deutlich zu entnehmen.

Auch der Einwand des Bw, dass er keine Versicherungsverträge vermittle und keinen Kontakt zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer herstelle, sondern für den Kunden den gewünschten Vertrag abschließe und somit das gesetzliche Erfordernis einer Vertretertätigkeit

gegeben sei, ist nicht zielführend. So heißt es in den der erteilten Vollmacht beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der österreichischen Versicherungsmakler einleitend: *Der Versicherungsmakler (kurz VM) vermittelt unabhängig von seinen und dritten Interessen, insbesondere unabhängig vom Versicherungsnehmer (Versicherer) Versicherungsverträge zwischen Versicherer und Versicherungskunden. ... Der VM leistet nach dem MaklerG, den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (kurz AGB) und einem mit dem VK abgeschlossenen Maklervertrag.* Damit ist klargestellt, dass der Bw als Versicherungsmakler, auch wenn er als Bevollmächtigter des Kunden den Versicherungsvertrag mit dem Versicherungsunternehmen abschließt, nur vermittelnd tätig wird. Die im Rahmen der Auftragsdurchführung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte werden nicht, wie im vorerwähnten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes gefordert, im Namen und für Rechnung des Arbeitgebers, sondern im Namen und für Rechnungen des Kunden abgeschlossen.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen steht für den Unabhängigen Finanzsenat fest, dass der Bw keine Vertretertätigkeit im Sinne der Verordnung ausgeübt hat.

Auch der Einwand, dass der Versicherungsvertreter einer Versicherungsgesellschaft den Kunden ebenfalls in sämtlichen Versicherungsangelegenheiten betreue und seine Tätigkeit in gleicher Art und Weise ausübe, vermag daran nichts zu ändern. Ob eine Vertretertätigkeit im Sinne der Verordnung vorliegt, ist jeweils im Einzelfall zu entscheiden. Erwähnt sei lediglich, dass im Unterschied zum Versicherungsmakler der angestellte Versicherungsvertreter die Versicherungsverträge im Namen und für Rechnung seines Arbeitgebers abschließt.

Abschließend ist zu bemerken, dass es fraglich erscheint, ob § 1 Z 9 der im gegenständlichen Fall nicht anzuwendenden Verordnung des Bundesministers für Finanzen über die Aufstellung von Durchschnittssätzen für Werbungskosten von Angehörigen bestimmter Berufsgruppen, BGBl II 2001/382, vor allem im Hinblick auf die offensichtliche Ungleichbehandlung von Steuerpflichtigen in § 4, einer Überprüfung durch den Verfassungsgerichtshof standhalten könnte. Auch die im Verordnungsweg festgelegten Beträge an Werbungskosten müssten, um dem Gesetz (§ 17 Abs. 6 EStG 1988) und dem Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung gerecht zu werden, „den Erfahrungen der Praxis“ entsprechen (vgl. UFS vom 09.02.2012 RV/0338-I/11).

Der Vollständigkeit halber ist noch zu erwähnen, dass dem Bw nach seinen Angaben außer diversen, nicht mehr belegbaren Aufwendungen für Kundeneinladungen und Kundengeschenke keine weiteren Ausgaben, im Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit entstanden sind. Vom Arbeitgeber erhielt er steuerfreie Bezüge in Höhe von 8.209,64 € für das Jahr 2007 und 6.638,78 € für das Jahr 2008 ausbezahlt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Salzburg, am 4. April 2012