

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch den Senat XYZ im Beisein der Schriftführerin VB Angelika Ganser über die Berufung des Bw., vertreten durch die Mag. (FH) Markus Illmer Steuerberatungsgesellschaft m.b.H., vom 11. August 2004 gegen die Bescheide des Finanzamtes Landeck Reutte, vertreten durch Mag. Birgit Klotz, vom 16. Juli 2004 und 19. Juli 2004 betreffend Einkommensteuer für die Jahre 2001 und 2002 nach der am 19. Oktober 2005 in 6020 Innsbruck, Innrain 32, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

### Entscheidungsgründe

Der Abgabepflichtige erzielt als Versicherungsmakler Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Am 16. und 19. Juli 2004 erließ das Finanzamt Bescheide betreffend Einkommensteuer für die Jahre 2001 und 2002, mit denen erklärungsgemäße Veranlagungen durchgeführt wurden. Gegen diese Bescheide erhob der Abgabepflichtige am 11. August 2004 fristgerecht Berufung, mit der ein Betriebsausgabenpauschale von 5.825 € jährlich als zusätzliche Betriebsausgaben beantragt wurde. In Anlehnung an § 17 EStG 1988 gebe es für Handelsvertreter zusätzlich zum Betriebsausgabenabzug eine besondere Form der Ausgabenpauschalierung.

Handelsvertreter sei, wer von einem anderen (im Folgenden "Unternehmer" genannt) mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften, ausgenommen über unbewegliche Sachen, in dessen Namen und für dessen Rechnung ständig betraut sei und diese Tätigkeit selbstständig und gewerbsmäßig ausübe. Die Beschreibung des Handelsvertreters im

Handelsvertretergesetz aus dem Jahr 1993 sei auch auf den Abgabepflichtigen anzuwenden. Er sei Versicherungsmakler, der für einen anderen mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften für dessen Rechnung ständig betraut sei und diese Tätigkeit selbstständig und gewerbsmäßig ausübe. Auch die Einkommensteuer-Richtlinien sprächen davon, dass Versicherungsvertreter unter Umständen ebenfalls unter die Bestimmungen des Handelsvertretergesetzes zu subsumieren seien. Das Betriebsausgabenpauschale im Höchstausmaß von 5.825 € jährlich stehe daher zu.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 25. August 2004 wurde die Berufung gegen die Bescheide betreffend Einkommensteuer für die Jahre 2001 und 2002 als unbegründet abgewiesen. In der gesonderten Bescheidbegründung führte das Finanzamt aus, dass die Gewerbeordnung in § 124 Z 17 das Gewerbe des "Versicherungsagenten" vom Gewerbe des "Versicherungsmaklers, Beraters in Versicherungsangelegenheiten (verbundenes Gewerbe, § 124 Z 18 GewO)" unterscheide. Selbstständiger Versicherungsagent sei, wer von einem Versicherer ständig damit betraut sei, für diesen Versicherungsverträge zu vermitteln oder zu schließen (§ 43 Versicherungsvertragsgesetz, BGBl. Nr. 509/1994). Der Versicherungsmakler unterliege dem Maklergesetz, BGBl. Nr. 262/1996. Danach sei Makler, wer aufgrund privatrechtlicher Vereinbarung (Maklervertrag) für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittele, ohne ständig damit beauftragt zu sein. Der Makler vermittele unabhängig von seinen und dritten Interessen, insbesondere unabhängig vom Versicherungsnehmer (Versicherer) Versicherungsverträge zwischen Versicherer und Versicherungskunden. Der vom Versicherungskunden mit seiner Interessenwahrung in privaten bzw. betrieblichen Versicherungsangelegenheiten beauftragte Versicherungsmakler sei für beide Parteien des Versicherungsvertrages tätig, habe aber überwiegend die Interessen des Versicherungskunden zu wahren.

Gemäß Rz 4355 EStR 2000 sei die Handelsvertreterverordnung erstmalig bei der Veranlagung für das Kalenderjahr 2000 für jene Steuerpflichtigen anwendbar, die die Tätigkeit eines Handelsvertreters iSd Handelsvertretergesetzes 1993, BGBl. Nr. 88/1993, ausüben. Gemäß § 1 Abs. 1 Handelsvertretergesetz 1993, BGBl. Nr. 88/1993, sei Handelsvertreter, wer von einem anderen (im Handelsvertretergesetz 1993 "Unternehmer" genannt) mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften, ausgenommen über unbewegliche Sachen, in dessen Namen und für dessen Rechnung ständig betraut sei und diese Tätigkeit selbstständig und gewerbsmäßig ausübe. Der Unternehmer könne auch ein Handelsvertreter sein.

Werden Warenpräsentatoren, Versicherungsvertreter oder Bausparkassenvertreter unter Umständen tätig, die dem in § 1 Abs. 1 Handelsvertretergesetz 1993, BGBl. Nr. 88/1993, umschriebenen Tätigkeitsfeld von Handelsvertretern entsprächen, seien sie gemäß Rz 4356

EStR 2000 als Handelsvertreter iSd Verordnung anzusehen. Im Licht dieser Ausführungen sei als "Versicherungsvertreter" nur der Versicherungsagent iSd § 43 VersVG zu verstehen, nicht aber der Versicherungsmakler, da dessen Tätigkeit nicht der in § 1 Abs. 1 Handelsvertretergesetz 1993 umschriebenen Tätigkeit entspreche.

Am 27. September 2004 stellte der Abgabepflichtige den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz. Gleichzeitig wurde die Abhaltung einer mündlichen Berufungsverhandlung beantragt. Ergänzend führte er aus, dass die wirtschaftliche Betrachtungsweise für die ausgeübte Tätigkeit im Vordergrund stehe. Die Abgabenbehörde sei davon ausgegangen, dass die Tätigkeit des Handelsvertreters und Versicherungsagenten von jener des Versicherungsmaklers verschieden sei. Eine Analyse der Eckpunkte lasse allerdings keine Unterscheidungskriterien erkennen. Bei allen drei Tätigkeiten könne eine privatrechtliche Vereinbarung als angenommen gelten. Bei allen drei Tätigkeiten werde ein Auftragsverhältnis zu einem Dritten, dem Vermittlungsleistenden, festgehalten. Der Versicherungsmakler sei zwar nach der Definition nicht ständig mit der Vermittlung beauftragt, allerdings werde der Beweis der ständigen Beauftragung im Streitfall durch die allgemeinen Auftragsbedingungen der M-Versicherung erbracht. Die ständige Betrauung könne nicht dadurch abgesprochen werden, dass der Abgabepflichtige für mehrere Versicherungsgesellschaften vermittele. In Anlehnung an die allgemeinen Auftragsbedingungen könne daher auch in diesem Bereich keine Unterscheidung zur Tätigkeit des Handelsvertreters und Versicherungsagenten gefunden werden. Bei allen drei Tätigkeiten könne als zutreffend angenommen werden, dass sie für den Auftraggeber erfolgen. Auch beim Versicherungsmakler bestehe ein klares Auftragsverhältnis. Es treffe auf alle drei Tätigkeiten zu, dass "etwas vermittelt" werde und die "Vermittlung" im Vordergrund stehe. Dass der Versicherungsmakler unabhängig von seinen und dritten Interessen tätig sei, müsse wohl auch für den Handelsvertreter und Versicherungsagenten in gleicher Weise gelten. Es handle sich hierbei um ein rein subjektives Erscheinungsbild, das theoretisch Bedeutung haben möge, allerdings in der Praxis nicht verifizierbar sei. Es könne letztlich allen drei Tätigkeiten unterstellt werden, dass die Vermittlung unabhängig zwischen Erbringendem der Vermittlungsleistung und Empfänger der Vermittlungsleistung erfolge. Es könne somit kein Unterscheidungskriterium, das von Bedeutung sei, für eine unterschiedliche abgabenrechtliche Behandlung gefunden werden. Dies schon gar nicht dann, wenn die wirtschaftliche Betrachtungsweise in Anlehnung an das eigentliche Betätigungsgebiet des Abgabepflichtigen zur abgabenrechtlichen Entscheidungsfindung miteinbezogen werde.

Dem Abgabepflichtigen könne die Betriebsausgabenpauschalierung nicht deshalb abgesprochen werden, weil er für mehrere Versicherungsunternehmen tätig sei und dies allenfalls nur durch eine Maklerkonzession ermöglicht werde, da nur dann nicht gegen

allfällige Wettbewerbsverbote verstoßen werde. Die allgemeinen Vertragsbedingungen der M-Versicherung (diese wurden entgegen der Ankündigung des Abgabepflichtigen dem Vorlageantrag nicht beigelegt) sprächen für die Tätigkeit eines Versicherungsvermittlers (= Versicherungsagent). Diese allgemeinen Vertragsbedingungen spiegelten das Tätigkeitsfeld bzw. das Berufsbild des Versicherungsagenten wider, mit der Besonderheit, dass der Abgabepflichtige eine solche Vereinbarung mit mehreren Versicherungsgesellschaften in ähnlicher Art und Weise abgeschlossen habe. Er sei somit Versicherungsvermittler für mehrere Versicherungsgesellschaften.

### **Über die Berufung wurde erwogen:**

Gemäß § 17 Abs. 4 EStG 1988 können für die Ermittlung des Gewinnes mit Verordnung des Bundesministers für Finanzen Durchschnittssätze für Gruppen von Steuerpflichtigen aufgestellt werden. Die Durchschnittssätze sind aufgrund von Erfahrungen über die wirtschaftlichen Verhältnisse bei der jeweiligen Gruppe von Steuerpflichtigen festzusetzen. § 17 Abs. 5 EStG 1988 legt den näheren Inhalt der Verordnung fest. § 1 der aufgrund des § 17 Abs. 4 und 5 EStG 1988, des § 14 Abs. 1 Z 2 UStG 1994 sowie des § 184 BAO ergangenen Verordnung des Bundesministers für Finanzen über die Aufstellung von Durchschnittssätzen für die Ermittlung von Betriebsausgaben und Vorsteuerbeträgen bei Handelsvertretern (HandelsvertreterpauschalierungsVO), BGBl. II Nr. 95/2000, bestimmt, dass bei einer Tätigkeit als Handelsvertreter im Sinne des Handelsvertretergesetzes 1993, BGBl. Nr. 88/1993, im Rahmen

1. der Gewinnermittlung bestimmte Betriebsausgaben
  2. der Entrichtung der Umsatzsteuer bestimmte abziehbare Vorsteuerbeträge
- jeweils mit Durchschnittssätzen angesetzt werden können. Der Durchschnittssatz für Betriebsausgaben umfasst Mehraufwendungen für die Verpflegung, Ausgaben für im Wohnungsverband gelegene Räume, Ausgaben anlässlich der Bewirtung von Geschäftsfreunden, üblicherweise nicht belegbare Betriebsausgaben wie Trinkgelder und Ausgaben für auswärtige Telefongespräche und beträgt 12 % der Umsätze (§ 125 Abs. 1 BAO), höchstens jedoch 5.825 € jährlich. Die Verordnung ist erstmals bei der Veranlagung für das Kalenderjahr 2000 anzuwenden (§ 4 Abs. 1 der HandelsvertreterpauschalierungsVO).

Die HandelsvertreterpauschalierungsVO stellt auf eine Tätigkeit als Handelsvertreter iSd Handelsvertretergesetzes 1993 ab. Gemäß § 1 Abs. 1 des Handelsvertretergesetzes 1993, BGBl. Nr. 88/1993, ist **Handelsvertreter**, wer von einem anderen (im Folgenden "Unternehmer" genannt) 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 selbstständig und gewerbsmäßig ausübt. Der

Unternehmer kann gemäß Abs. 2 leg.cit. auch ein Handelsvertreter sein. Gemäß § 28 Abs. 1 des Handelsvertretergesetzes 1993, BGBl. Nr. 88/1993, finden die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes keine Anwendung auf die Rechtsverhältnisse der **Handelsmakler** im Sinn des § 93 HGB (ab 1. Juli 1996 des Maklergesetzes; vgl. Art. III, BGBl. Nr. 262/1996). Handelsmakler ist, wer Gegenstände des Handelsverkehrs ohne ständige Betrauung vermittelt. Damit ist klargestellt, dass die HandelsvertreterpauschalierungsVO auf die Tätigkeit als Handelsmakler im Sinn des § 93 HGB (ab 1. Juli 1996 des Maklergesetzes) nicht anwendbar ist. Im Berufungsfall ist strittig, ob der Abgabepflichtige als Versicherungsmakler "in Anlehnung an das eigentliche Tätigkeitsfeld" eine Tätigkeit als Handelsvertreter iSd Handelsvertretergesetzes 1993 ausübt.

§ 124 Z 17 und 18 der Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194/1994 in der für die Streitjahre geltenden Fassung BGBl. I Nr. 59/1999, unterscheidet bei den nicht bewilligungspflichtigen gebundenen Gewerben den "Versicherungsagenten" einerseits und den "Versicherungsmakler, Berater in Versicherungsangelegenheiten (verbundenes Gewerbe)" andererseits (vgl. auch § 94 Z 76 und 77 der Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194/1994 in der ab dem 1. August 2002 geltenden Fassung BGBl. I Nr. 111/2002). Gemäß § 43 Abs. 1 des Versicherungsvertragsgesetzes 1958, BGBl. Nr. 2/1959, ist Versicherungsagent, wer von einem Versicherer ständig damit betraut ist, für diesen Versicherungsverträge zu vermitteln oder zu schließen. Gemäß Art. 1 § 1 des Maklergesetzes, BGBl. Nr. 262/1996, ist Makler, wer aufgrund einer privatrechtlichen Vereinbarung (Maklervertrag) für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt, ohne ständig damit betraut zu sein. Der Makler vermittelt unabhängig von seinen und dritten Interessen, insbesondere unabhängig vom Versicherungsnehmer (Versicherer) Versicherungsverträge zwischen Versicherer und Versicherungskunden. Der vom Versicherungskunden mit seiner Interessenwahrung in privaten bzw. betrieblichen Versicherungsangelegenheiten beauftragte Versicherungsmakler ist für beide Parteien des Versicherungsvertrages tätig, hat aber überwiegend die Interessen des Versicherungskunden zu wahren.

Der Berufungswerber ist unbestritten als Versicherungsmakler und nicht als Versicherungsagent tätig. Am 31. Jänner 1983 wurde ihm von der Bezirkshauptmannschaft I zu Zi. 123 ein Gewerbeschein ausgestellt, der ihn berechtigt, das "Versicherungsmaklergewerbe" auszuüben. Allein daraus ergibt sich, dass er "eine Tätigkeit als Handelsvertreter im Sinne des Handelsvertretergesetzes 1993" (vgl. § 1 der HandelsvertreterpauschalierungsVO) nicht ausübt, weil die Bestimmungen dieses Gesetzes auf Versicherungsmakler gar keine Anwendung finden (vgl. nochmals § 28 Abs. 1 des Handelsvertretergesetzes 1993, BGBl. Nr. 88/1993). Die HandelsvertreterpauschalierungsVO ist allein schon aus diesem Grund im Streitfall nicht anwendbar.

Im Vorlageantrag versuchte der Berufungswerber darzulegen, dass er – obwohl gewerberechtlich als Versicherungsmakler tätig - "in Anlehnung an das eigentliche Tätigkeitsfeld" dem Berufsbild des Versicherungsagenten entspreche, mit der Besonderheit, dass er eine Vereinbarung mit mehreren Versicherungsgesellschaften in ähnlicher Art und Weise abgeschlossen habe. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise sei daher die HandelsvertreterpauschalierungsVO, die auf eine Tätigkeit als Handelsvertreter iSd Handelsvertretergesetzes 1993 abstelle, auch in seinem Fall anwendbar.

Dazu ist es notwendig, auf das Berufsbild, damit die Rechte und Pflichten eines Versicherungsagenten einerseits und eines Versicherungsmaklers andererseits näher einzugehen. Nach den §§ 43 ff des Versicherungsvertragsgesetzes 1958, BGBl. Nr. 2/1959, gibt es den Versicherungsagenten mit einem nur eingeschränkt umschriebenen Rechts- und Pflichtenkreis, den Pseudomakler und den Abschlussagenten sowie nach den §§ 26 ff des Maklergesetzes, BGBl. Nr. 262/1996, den Versicherungsmakler mit einer genauen Umschreibung seiner Pflichten und Rechte. Die Abgrenzung zwischen den Versicherungsmaklern und den Versicherungsagenten (bzw. den sie beauftragenden Versicherungen) wurde in den Entscheidungen des OGH 8 Ob 620/93, 7 Ob 50/98d, 7 Ob 134/99b, 4 Ob 264/02f und 7 Ob 105/03x behandelt.

Der **Versicherungsagent** ist Ausschließlichkeitsvertreter, er ist an einen Versicherer (Konzern) vertraglich gebunden und vertreibt nur dessen Produkte, eine Tätigkeit für ein anderes Versicherungsunternehmen (Konzern) ist ihm verboten. Er ist somit ein Teil der Absatzorganisation des Unternehmens seines Versicherers, obwohl er nicht angestellt sein muss, sondern selbstständig tätig sein kann. Auffällig ist seine Weisungsgebundenheit, ein Faktum, das nicht mit seiner wirtschaftlichen Selbstständigkeit harmoniert, die ihm vom Gesetz verliehen worden ist, sondern ihn auf eine Stufe stellt mit dem - angestellten - Außendienstmitarbeiter. Außerhalb Österreichs gibt es den Mehrfachagenten. Er ist vertraglich mehreren Versicherern (Konzernen) verbunden, er wird nur für diese tätig, sein Handeln erzeugt Wirkungen für und gegen die Versicherungsunternehmen, die er vertritt. Der Mehrfachagent agiert in relativer Unabhängigkeit; er ist zwar frei in der Auswahl der Versicherer, mit denen er eine Zusammenarbeit aufnimmt, ist aber dann vertraglich gegenüber diesen Versicherern gebunden. Letztlich der **Versicherungsmakler**, der das Vermittlungsgeschäft in Unabhängigkeit von den Versicherern betreibt, er ist im Wesentlichen Interessensvertreter des Kunden gegenüber dem Versicherer, es treffen ihn aber gegenüber Letzteren gewisse Sorgfaltspflichten. Trotz des Kundenmandats erhält er seine Vergütung vom Versicherer (vgl. Schalich, "Versicherungsmakler und Versicherungsagent im Lichte der Europäischen Richtlinie über Versicherungsvermittlung", in VR 2004, 36; Griess – Zinnert, "Der Versicherungsmakler", 2. Auflage, 7 f.).

Wenn der Berufungswerber ausführt, dass er "in Anlehnung an das eigentliche Tätigkeitsfeld" dem Berufsbild des Versicherungsagenten entspreche, "mit der Besonderheit", dass er eine "Vereinbarung mit mehreren Versicherungsgesellschaften in ähnlicher Art und Weise abgeschlossen" habe, so ist es gerade diese "Besonderheit", die eine Zuordnung zum Berufsbild des Versicherungsagenten im Streitfall ausschließt. Der Versicherungsagent ist als Ausschließlichkeitsvertreter an **einen** Versicherer vertraglich gebunden.

Mit Schreiben des Unabhängigen Finanzsenates vom 18. August 2005 sollte der Berufungswerber darstellen, wer bei seiner Tätigkeit als Versicherungsmakler jeweils als Auftraggeber in Erscheinung tritt. Dazu teilte er mit Schreiben vom 12. September 2005 mit, dass Auftraggeber sowohl die (zahlreichen) Versicherungsunternehmen als auch Versicherungskunden sein können. Die Versicherungsunternehmen hätten im Rahmen der mit ihm getroffenen Vereinbarungen ein erhebliches Interesse daran, dass auch ihre Produkte verkauft würden. Andererseits habe der Versicherungskunde ein Interesse daran, die passenden Produkte für sich in Anspruch nehmen zu können. Abgesehen davon, dass der Berufungswerber nicht nur an einen Versicherer vertraglich gebunden ist und nur dessen Produkte vertreibt (was dem Berufsbild eines Versicherungsagenten entspräche), hat er damit selbst bestätigt, dass er für Versicherungskunden (als Auftraggeber) tätig wird. Damit im Einklang stehen auch die in den Einnahmen-Ausgaben-Rechnungen ausgewiesenen "Beratungshonorare", die gegenüber den Versicherungskunden abgerechnet wurden. (Abgesehen davon erhält der Versicherungsmakler – wie bereits dargestellt – seine Vergütungen trotz des Kundenmandats vom Versicherer, was auch den Einnahmen-Ausgaben-Rechnungen so zu entnehmen ist.) Somit entspricht die Tätigkeit des Berufungswerbers auch "in Anlehnung an das eigentliche Tätigkeitsfeld" aber eindeutig dem Berufsbild des Versicherungsmaklers, der im Wesentlichen als Interessensvertreter des Kunden gegenüber dem Versicherer auftritt. Gemäß § 1 Abs. 1 des Handelsvertretergesetzes 1993, BGBl. Nr. 88/1993, ist Handelsvertreter, wer von einem "**Unternehmer**" mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften ständig betraut ist. Versicherungskunden, die im Streitfall als Auftraggeber auftreten, müssen nicht zwangsläufig auch Unternehmer sein; auch aus diesem Grund liegt eine Tätigkeit als Handelsvertreter iSd Handelsvertretergesetzes 1993 nicht vor, weshalb die HandelsvertreterpauschalierungsVO nicht anwendbar ist.

Kernstück der Versicherungsmaklertätigkeit ist zweifellos die Erstellung des "Best advice". Dies stellt eine Expertise in Form einer Gegenüberstellung der Risiken des Versicherungsnehmers mit der "besten" Abschlussmöglichkeit dar, allenfalls mit Hinweis auf verbleibende Deckungslücken in der Form, dass der Versicherungsnehmer anhand der zu bezahlenden Prämien selbst entscheiden kann, ob es ihm wert ist, dass er das "kleinere" Risiko doch noch in seinen Versicherungsschutz übernehmen will oder nicht. Nicht die billigste Versicherung

muss die beste sein, sondern es sollen alle Aspekte des Preis-Leistungsverhältnisses berücksichtigt werden; dazu zählen auch die Gestion des Versicherers bei der Schadensbehandlung, seine Bereitschaft zu Kulanzzahlungen, die Laufzeit des Vertrages, allfällige Kündigungsmöglichkeiten im Schadensfall und auch die Höhe von Selbstbehalten gehört dazu (vgl. Jabornegg in Koban, "Rechtsfragen der Versicherungsvermittlung", 36).

Der "Best advice" muss eine Art Marktanalyse sein, er muss sich aber keineswegs auf den gesamten Versicherungsmarkt der Europäischen Union beziehen. Die Auswahl der Versicherung ist und bleibt eine subjektive, auf den Kunden zugeschnittene Beurteilung, die Berechnung des sich daraus ergebenden Risikos und die Bewertung der sich daraus aber ergebenden Versicherungsmöglichkeiten sind Sache des in diesem Punkt sachverständigen Maklers. Beim Abschluss im Sinne des von ihm vorgeschlagenen "Best advice" hat der Makler einen Courtageanspruch nur gegenüber dem Versicherer, mit dem abgeschlossen wird (vgl. Schalich, aaO, 36).

Der Versicherungsmakler ist, was den Abschluss des Versicherungsvertrages betrifft, ein Doppelvertreter (vgl. Strasser in Rummel, ABGB, 3. Auflage, § 1009 Rz 22 mwN), allerdings mit dem Spezifikum im Vertragsanbahnungsstadium, in dem der Versicherer noch nicht konkret als Vertragspartner feststeht, dass dem Interesse des Versicherungsnehmers mehr Gewicht beizulegen ist als jenem des (in Aussicht genommenen) Versicherers. Da der Versicherer in diesem Stadium noch nicht Vertragspartner ist, ist in dieser Bevorzugung des Versicherungsnehmers keine Interessenkollision zu erblicken. Die Ermittlung des "Best advice", die Beschaffung einer vorläufigen Deckung, die Kontrolle der vom Versicherer ausgestellten Versicherungspolizze usw. stellen ganz vorrangige Verpflichtungen des Maklers gegenüber dem Versicherungsnehmer dar. Demgegenüber benötigt ein Versicherer ebenfalls die Kontrolle der Polizze und die Sorgfaltspflicht des Maklers bei der Erstellung des Versicherungsangebotes. Falsche oder unvollständige Berechnungen, die den Versicherer zu einer unrichtigen Prämienfestsetzung bzw. Falscheinschätzung des Risikos veranlassen, können eine Haftung des Maklers unabhängig vom Versicherungsnehmer begründen.

Legt man diese Grundsätze auf den Streitfall an, so ergibt sich eindeutig, dass der Berufungswerber auch in wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Tätigkeit eines Versicherungsmaklers ausübt. Dazu genügt es, auf die – auch von ihm im Vorlageantrag vom 27. September 2004 angesprochenen – "Allgemeinen Vertragsbedingungen" der M-Versicherung "zur Vermittlung von Versicherungsverträgen für Versicherungsmakler" zu verweisen. Diese "Allgemeinen Vertragsbedingungen" bilden einen integrierenden Bestandteil der "Courtagevereinbarung", die der Berufungswerber **"als Versicherungsmakler"** mit der

M-Versicherung abgeschlossen hat. Die "Allgemeinen Bestimmungen" dieser "Allgemeinen Vertragsbedingungen" haben folgenden Wortlaut:

- "1. Durch diesen Vertrag wird eine Rahmenprovisionsvereinbarung zwischen der M und dem Makler begründet.
2. Der Makler ist selbstständiger, gewerblicher Vermittler gem. den Bestimmungen des MaklerG in der geltenden Fassung; er verfügt über eine aufrechte Gewerbeberechtigung als Versicherungsmakler gem. § 124 Z 24 GewO 1994 bzw. § 124 Z 18 GewO in der Fassung der GewO-Novelle 1997.
3. Soweit in diesem Vertrag nichts anderes vereinbart wird, gelten für den Vertrag die Bestimmungen des MaklerG, der GewO in der Fassung der GewO-Novelle 1997, des Handelsgesetzbuches (HGB) und des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) in der geltenden Fassung."

Damit ist sichergestellt, dass der Berufungswerber auch gegenüber dem Versicherer als Versicherungsmakler auftritt und als solcher handelt. Die Begründung einer Rahmenprovisionsvereinbarung steht dem – entgegen der Ansicht des Berufungswerbers (vgl. den Vorlageantrag vom 27. September 2004) – nicht entgegen. Diesbezüglich wird auf § 26 Abs. 1 zweiter Satz des Maklergesetzes, BGBl. Nr. 262/1996, verwiesen, wonach eine bloße Rahmenprovisionsvereinbarung mit einem Versicherer nichts an der Eigenschaft als Versicherungsmakler ändert, ebenso wenig eine ständige Betrauung durch den Versicherungskunden. (Im Schreiben vom 12. September 2005 wurde vom Berufungswerber dazu eingewendet, dass der Versicherungskunde "grundsätzlich ein Dauerkunde" sei und demnach eine ständige Betrauung vorliege.)

Eine entscheidende Bedeutung kommt auch dem Punkt "Rechtsstellung, Rechte und Pflichten, Tätigkeitsbereich des Maklers" der "Allgemeinen Vertragsbedingungen" der M-Versicherung zu. Demnach ist der Berufungswerber als Makler "**berechtigt, aber nicht verpflichtet**", für die M-Versicherung in den von ihr betriebenen Versicherungssparten und –zweigen Versicherungsanträge zu akquirieren. Diese Bestimmung ist typisch für das Berufsbild des Versicherungsmaklers, da die Auswahl der Versicherung im Rahmen der Ermittlung des "Best advice" einzig dem sachverständigen Makler obliegt. Demgegenüber soll über den vertraglich verbundenen und entsprechend "steuerbaren" Versicherungsagenten der eigene Produktabsatz des Versicherungsunternehmens nachhaltig gesteigert werden (Griess – Zinnert, aaO, 30). Der Versicherungsagent ist und bleibt Teil der Außenorganisation des Versicherers. Er ist dessen "Repräsentant" und auch im Rechtssinne im bestimmten Umfang sein Vertreter mit entsprechenden Auswirkungen auf die Rechtsbeziehungen des Versicherers zum Versicherungsnehmer. Ein Versicherungsagent kann nicht mehr bieten als der Versicherer, an den er gebunden ist, im Programm hat.

§ 27 Abs. 3 erster Satz des Maklergesetzes, BGBl. Nr. 262/1996, bestimmt, dass der Versicherungsmakler mangels abweichender Vereinbarung mit dem Versicherer nicht befugt

ist, **Erklärungen und Zahlungen des Versicherungskunden** für den Versicherer rechtswirksam entgegenzunehmen. Genau in diesem Sinne sind auch die "Allgemeinen Vertragsbedingungen" der M-Versicherung abgefasst, die im Punkt "Rechtsstellung, Rechte und Pflichten, Tätigkeitsbereich des Maklers" ua. wie folgt lauten (vgl. Pkt. 4 und 5):

"Neben der Akquisition von Anträgen auf Abschluss, Verlängerung, Konvertierung von Versicherungsverträgen, der Aushändigung von Versicherungspolizzen und Mitwirkung bei der Regulierung von Schadensfällen stehen dem Makler darüber hinausgehende Rechte nur dann zu, wenn er von der M hiezu ausdrücklich und schriftlich bevollmächtigt worden ist. Dies gilt insbesondere für das Inkasso von Prämien und die Entgegennahme von sonstigen Zahlungen.

Anzeigen des Versicherungsnehmers, die beim Makler einlangen, sind von diesem unverzüglich an die M weiterzuleiten. Der Makler kann gegenüber der M nur dann für den Versicherungsnehmer oder Versicherten Erklärungen abgeben, wenn er über eine entsprechende Vollmacht des Kunden verfügt. Die M behält sich das Recht vor, vom Makler den Nachweis der Vollmachtserteilung zu verlangen."

Auch die anderen Bestimmungen der "Allgemeinen Vertragsbedingungen" der M-Versicherung stehen im Einklang mit den Bestimmungen der §§ 26 ff des Maklergesetzes, BGBl. Nr. 262/1996, und sind demnach im Hinblick auf das Berufsbild des Versicherungsmaklers erstellt worden.

Der Berufungswerber entspricht auch "in Anlehnung an das eigentliche Tätigkeitsfeld" eindeutig dem Berufsbild des Versicherungsmaklers. Die HandelsvertreterpauschalierungsVO, die auf eine Tätigkeit als Handelsvertreter iSd Handelsvertretergesetzes 1993 abstellt, ist daher nicht anwendbar.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Innsbruck, am 19. Oktober 2005