



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Dr. Kopf und die weiteren Mitglieder Dr. Gerald Daniaux, Dr. Alfons Ender und Mag. Michael Kühne im Beisein der Schriftführerin Veronika Pfefferkorn über die Berufung des PU, vertreten durch Bröll Gasser Treuhand GmbH Kommanditpartnerschaft, 6850 Dornbirn, Rhomberg's Fabrik, Färbergasse 15, vom 30. Oktober 2003 gegen den Bescheid des Finanzamtes Bregenz vom 21. Oktober 2003 betreffend Einkommensteuer 2002 nach der am 21. Oktober 2004 in 6800 Feldkirch, Schillerstraße 2, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Die Bemessungsgrundlage und die Höhe der Abgaben betragen:

|                 |            |
|-----------------|------------|
| Einkommen       | 3.956,22 € |
| Einkommensteuer | 0,00 €     |

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber übt laut seinen eigenen Angaben in der Einkommensteuererklärung für 2001 die Tätigkeit eines Vermögensberaters aus. In einer Beilage zur Steuererklärung des Streitjahres machte er den Betrag von 5.162,58 €, das entspricht 12% des Umsatzes, als Handelsvertreterpauschale gewinnmindernd geltend. In einer anderen Beilage gab er den Gegenstand seines Unternehmens mit "Vermögensberatung" bekannt.

Mit folgender Begründung wich das Finanzamt von der eingereichten Erklärung ab: "*Da die Tätigkeit des Vermögensberaters nicht unter die Bestimmungen des*

*Handelsvertretergesetztes subsumierbar ist, konnte das beantragte Handelsvertreterpauschale keine Berücksichtigung als Betriebsausgaben finden."*

Der Bw. erhob Berufung und brachte begründend vor: Entgegen der Auffassung des Finanzamtes falle seine berufliche Tätigkeit sehr wohl unter das Handelsvertretergesetz. Das Agenturverhältnis zwischen ihm und verschiedenen Investmentgesellschaften sei von den in § 1 Handelsvertretergesetz angeführten Merkmalen geprägt. Die wesentlichen Bedingungen des Vertragsverhältnisses könnten der Kooperationsvereinbarung entnommen werden, welche er mit der S GmbH abgeschlossen habe. Das BMF habe sich ausdrücklich für die Anwendung der Handelsvertreterpauschalierung auf Wertpapierdienstleistungsunternehmer ausgesprochen und lediglich in Fällen, in denen die "Nichthandelsvertreterstätigkeit" (z.B. Beratungstätigkeit) die Grenze von 25 % des Gesamtumsatzes übersteigt, die pauschale Berücksichtigung von Betriebsausgaben ausgeschlossen (SWK 31/2003, S 753). Aus der von ihm eingegangenen Kooperationsvereinbarung ergebe sich, dass er ausschließlich auf Erfolgsbasis arbeite. Provisionen erhalte er ausschließlich für erfolgreich vermittelte Geschäfte. Eine beratende Tätigkeit, die zu keinem Geschäftsabschluss führt, werde durch die Auftraggeberin nicht honoriert.

Das Finanzamt ersuchte den Bw. um Vorlage einer Einnahmen-Aufstellung und hielt ihm im Wege eines Vorhaltes vor, eine "Nichthandelsvertreterstätigkeit" bzw. eine Vermögensberaterstätigkeit auszuüben. Bei beiden Tätigkeiten sei die Geltendmachung des Handelsvertreterpauschales nicht vorgesehen.

In der Vorhaltsbeantwortung räumte der Bw. ein, eine Vermögensberaterstätigkeit auszuüben. Diese Tätigkeit bestehe darin, "*Verträge über die Veranlagung von Kundenvermögen für eine Fondsgesellschaft, von der er ständig dazu betraut ist, im Namen und für Rechnung dieser Gesellschaften abzuschließen.*" Dass seine berufliche Tätigkeit klar als Tätigkeit im Sinne von § 1 Handelsvertretergesetz zu qualifizieren sei, ergebe sich aus der vorgelegten Vereinbarung. Aus der nunmehr eingereichten Liste, werde ersichtlich, dass er ausschließlich aus der Tätigkeit als Vermögensberater und Bausparkassenvertreter Einnahmen erzielt habe.

Das Finanzamt erließ eine abweisliche Berufungsvorentscheidung. Begründend führte es aus, der Bw. erziele Einnahmen von mehreren Anbietern. Er selbst bezeichne sich als Vermögensberater. Laut der vorgelegten Kooperationsvereinbarung werde er als Versicherungsmakler, Vermögensberater und Versicherungsagent tätig. Auf Versicherungsmakler und Vermögensberater sei aber die Pauschalierungsverordnung nicht anwendbar.

Der Bw. wandte sich gegen die abweisliche Berufungsvorentscheidung mit Vorlageantrag. In ihm brachte er insbesondere vor, er konzentriere sich als ständig betrauter Vertragspartner

von Bausparkassen und Fondsgesellschaften in erster Linie auf die Interessen seiner Auftraggeber, da nur diese seine Bemühungen honorierten, indem sie Provisionen für vermittelte Geschäfte bezahlten. Die Berufsbezeichnung "Vermögensberater" könne für eine Qualifikation seiner beruflichen Tätigkeit als Handelsvertreter nicht schädlich sein.

Nach Anberaumung der mündlichen Senatsverhandlung legte der Bw. eine Kopie des Beschlusses des OLG Innsbruck vom 22.10.2003, GZ 13 RA 36/03x, sowie die Besprechung einer höchstgerichtlichen Entscheidung (ecolex 2004, 735 – 736) vor.

In der am 21. Oktober 2004 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurde der maßgebliche Sachverhalt eingehend erörtert und die Standpunkte des Bw. einerseits und des Finanzamtes andererseits dargelegt.

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

Strittig ist allein, 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 in Anspruch genommen 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. 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 autentisch gewonnener Auffassung des BMF (EStRL Rz 4356; SWK 31/2003, S 753; ARD 5335/25/2002; RdW 2003, 593; ARD 5335/29/2002; RdW 2002, 328; SWK 200, S 84), welches die Verordnung erlassen hat, deren Anwendbarkeit strittig ist, steht das sogenannte Handelsvertreterpauschale (beispielsweise bzw auch) 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 erkennende Senat 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 mehrfach vor, seine berufliche Tätigkeit erfülle alle Merkmale einer selbständig ausgeübten Tätigkeit als Handelsvertreter. Inhaltlich sei sie vergleichbar mit der eines sogenannten AWD-Vertreters. Nachdem nichts gegen diese Sachverhaltsdarstellung spricht, wurde sie vom Senat der Entscheidung zu Grunde gelegt.

Das AWD-Vertriebssystem sieht nun folgendermaßen aus

([http://www.finanzen.net/aktien/aktien\\_profile\\_detail.asp?AktieNr=1913](http://www.finanzen.net/aktien/aktien_profile_detail.asp?AktieNr=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, Investmentfondgesellschaften 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 wurden 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.otto-schmidt.de/ovs_arbeitsrecht/home_37199.html); [http://www.wdr.de/tv/markt/20030127/b\\_4.phtml](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://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.](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. Faktum ist jedenfalls, dass in dem Rechtsstreit, der zum zuvor zitierten OGH-Judikat führte, beide Streitparteien übereinstimmend die Auffassung vertraten, das Handelsvertretergesetz sei auf sie anwendbar, obwohl dies zumindest für eine der Parteien nachteilig auswirkte. 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 Urteilen 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; 5.3.1991, 7 Ob 529/81). Aus dem zuletzt zitierten Urteil geht weiters hervor, dass der selbständige Handelsvertreter meist für mehrere Auftraggeber tätig ist.

Nicht zuletzt wird auf die Berufungsentscheidung des UFS vom 22.6.2004, RV/0160-L/03, verwiesen, in der einem AWD-Vertreter die 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, zum Teil (scheinbar) auf Erlassregelungen beruhenden Argumenten wird entgegengehalten:

Die Bindung an einen einzigen Auftraggeber ist 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 Bindung zum Auftraggeber im Vordergrund steht und eine dauernde Betrauung vorliegt, sieht der Senat auf Grund des Parteivortragens, dessen Zutreffen durch die vorliegende Kooperationsvereinbarung, aber auch durch die ersuchsgemäß eingereichte

Einnahmenaufstellung als erwiesen an. Anders als das Finanzamt vermag der Senat somit nicht zu erkennen, dass der Bw. eine Tätigkeit ausübt, die dem Berufsbild eines Maklers entspricht.

Nicht entscheidend für die gegenständlich zu lösende Frage ist, wie sich das Auftragsunternehmen und/oder der auftragnehmerische Vertreter im Geschäftsverkehr bezeichnet. Es ist dem Bw. nämlich einzuräumen, dass vielfach 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 bloße Beratung. Wie der Bw. – belegt durch die Kooperationsvereinbarung, nicht beeinträchtigt von der Amtspartei und im Einklang mit den Lebenserfahrungen – vorgebracht hat, führt erst die erfolgreiche Vermittlung zu einem Provisionsanspruch. Die bloße Beratung, die vergebliche Vermittlungsbemühung hingegen zieht keine Einnahmen nach sich. Aus den genannten Gründen kann nicht von einer für die Pauschalierung schädlichen Beratungstätigkeit gesprochen werden. 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 ist bzw. wie eine "Nicht-Handelsvertreterstätigkeit" zu behandeln und zu gewichten ist, an den Umsätzen (vgl. RdW 2002, 328; BMF vom 28.3.2000). Da nun aber der Bw. keine Beratungsumsätze erbracht hat, wirkt sich seine beratende Tätigkeit nicht pauschalierungsschädlich aus.

Der Berufung war daher stattzugeben.

Feldkirch, am 22. Oktober 2004