



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., Beruf, Adresse, vom 8. Mai 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Gmunden-Vöcklabruck vom 26. April 2012 betreffend **Einkommensteuer 2011** entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Die Bemessungsgrundlage und die Höhe der Abgabe betragen:

### BERECHNUNG

Die getroffenen Feststellungen sind dem als Beilage angeschlossenen Berechnungsblatt zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (im Folgenden kurz Bw. genannt) ist geschäftsführender Unternehmensberater (Arbeitgeber mit Adresse).

Strittig ist,

a) ob der Bw. durch seine nebenberuflich ausgeübten Kreditvermittlungen gewerbliche Einkünfte erzielte oder bloß gelegentlich Darlehensvermittlungen durchführte und daher seine Tätigkeit unter die Einkunftsart aus Leistungen zu subsumieren ist (sonstige Einkünfte gem. § 29 Z 3 EStG 1988 )

bzw.

b) ob Repräsentationsaufwendungen im Rahmen seiner Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit (unselbständiger Unternehmensberater) steuerlich abzugsfähig sind (wenn ja, in welcher Höhe).

Dieser Berufungspunkt wurde in der Folge nicht mehr aufrechterhalten (vgl. **Schriftsatz v. 05.12.2012**).

Zu a): In der **Einkommensteuerklärung für das Jahr 2011** vom 27.03.2012 wurden vom Bw. sonstige Einkünfte gem. § 29 Z 3 EStG 1988 (Schadenersatzverpflichtung – negative Einkünfte idH von € 150.934,09) erklärt.

Im **Einkommensteuerbescheid 2011** v. 26. April 2012 wurde die beantragte Schadenersatzleistung – wie erklärt – den Einkünften aus sonstigen Leistungen – zugeordnet. Infolge des Verlustausgleichsverbotes konnte daher die Schadenersatzleistung nicht als Werbungskosten berücksichtigt werden: "Schadenersatzleistungen, die auf ein Fehlverhalten des Betriebsinhabers zurückzuführen sind, seien dann abzugsfähig, wenn das Fehlverhalten und die sich daraus ergebenden Folgen der betrieblichen Sphäre zuzuordnen seien (VwGH 29.07.1997, 93/14/0030). Dies sei idR der Fall, wenn der Betriebsinhaber in Ausübung seiner betrieblichen Tätigkeit aus Versehen oder einem sonstigen ungewollten Verhalten (also nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig) einen Schaden verursacht".

Dagegen wurde innerhalb offener Frist **Berufung** mit folgender Begründung erhoben:

"Die geltend gemachten Schadenersatzleistungen seien weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verursacht worden. Es finde sich dazu auch nichts in den übermittelten Unterlagen. Die Begründung, die Schadenersatzleistung nicht anzuerkennen, sei unrichtig, die beantragten Schadenersatzleistungen seien nach eingehender steuerlicher und juristischer Prüfung sehr wohl abzugsfähig. Er merke an, dass die Schadenersatzleistung durch eine Schlechtberatung seines Rechtsanwaltes im Erstprozess verursacht worden sei, weshalb eine Refundierung des geltend gemachten Schadens von ihm angestrebt werde".

In der **Berufungsvorentscheidung** vom 21.05.2012 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen: Zusammenfassend wurde darin ausgeführt:

"Gemäß § 29 Z 3 EStG 1988 können Verluste aus Leistungen nicht einkommensmindernd mit anderen Einkünften (auch nicht mit anderen Überschüssen aus Leistungen) ausgeglichen werden (absolutes Verlustausgleichsverbot). Die Schadenersatzleistung könne daher nicht anerkannt werden".

Die Abgabenbehörde I. Instanz vertritt zusammengefasst folgenden rechtlichen Standpunkt:

- a) Es liege ein "gewolltes Verhalten des Abgabepflichtigen" vor.
- b) Es liege keine Nachhaltigkeit vor. Nach Ansicht der Abgabenbehörde I. Instanz reichen bloß zwei Vermittlungsversuche (Kläger/A.. bzw. W./P.) nicht aus. Damit scheiden Einkünfte aus Gewerbebetrieb aus.

c) Bei bloß gelegentlicher Vermittlung (Einkünfte gem. § 29 Z 3 EStG 1988) können Schadenersatzleistungen infolge des Verlustausgleichsverbotes keine Werbungskosten darstellen.

d) Es liege zumindest grobe Fahrlässigkeit (dies sei aus den gerichtlichen Urteilen ableitbar) vor.

Dagegen wurde rechtzeitig der **Vorlageantrag** und darin im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

"Beim Ausfüllen der Steuererklärung sei er einem Erklärungsirrtum unterlegen, weil er die Einkommensteuererklärung (Punkt 14. Sonstige Einkünfte Unterpunkt 14.4.)

Schadenersatzleistung aus Haftpflicht betreffend "gelegentliche Vermittlung" unabsichtlich falsch ausgefüllt habe. Nach dem Urteil des OLG Y sei seine Tätigkeit als gewerbliche Tätigkeit qualifiziert worden, weshalb der entstandene Verlust bzw. die Schadenersatzleistung den Gewinneinkünften bzw. den betrieblichen Einkünften und nicht den sonstigen Einkünften zuzurechnen sei. Die Schadenersatzleistung sei daher abzugsfähig. Diese stellten falsche Feststellungen dar und diese hätten überhaupt zu einem falschen Ergebnis im Urteil des OLG Y geführt. Die Refundierung des Schadens in steuerlicher Hinsicht werde daher angestrebt".

Mit **Ersturteil des Landesgerichtes X** vom 25.01.2011, 000000, wurde die Schadenersatzklage abgewiesen. Eine Haftung schloss das Erstgericht aus, weil die Ursache des Schadenseintrittes (Diebstahl von € 100.000 durch vermeintliche Darlehensgeber im Februar 2009) nicht adäquat gewesen sei. Aus dem **Urteil des Landesgerichtes X** (S. 16, 5. vorletzte Zeile) wird zitiert: "Dessen vertragliche Aufklärungspflichtverletzungen seien nicht kausal für den eingetretenen Schaden gewesen. Der unmittelbare Schaden sei ausschließlich durch den Diebstahl und den dadurch verursachten frustrierten sonstigen Aufwand des Klägers entstanden, sodass das Klagebegehren nicht zu Recht bestehe".

Mit **Urteil des Oberlandesgerichtes Y** v.14.07.2011, 111111, wurde der dagegen erhobenen Berufung des Klägers stattgegeben und der Bw. zu einer Schadenersatzleistung von € 102.000 zuzüglich Zinsen sowie Kosten herangezogen. Die Schadenersatzverpflichtung wurde vom Bw. am 4.11.2011 erfüllt (**Überweisungsbeleg vom 04.11.2011** im Ausmaß von € 145.746,09 (lt. Schreiben des Rechtsanwaltes des Klägers v. 31.10.2011/AS 10/2011 – und nicht wie in der Steuererklärung 2011 im Ausmaß von € 150.934,09 beantragt).

Auf die den beiden Parteien bekannten gerichtlichen Sachverhaltsfeststellungen sowie rechtlichen Ausführungen (Urteile des LG X vom 25.01.2011,0000, Abweisung der Schadenersatzklage) und Urteil des OLG Y v. 14. Juli 2011 (Stattgabe der Berufung und damit Schadenersatzpflicht für den Beklagten = Bw.) wird verwiesen.

---

## Verfahren vor dem Unabhängigen Finanzsenat

Aus dem im Verfahren vor dem Unabhängigen Finanzsenat durchgeführten **Emailverkehr** ergibt sich Folgendes:

### **Email vom 25.09.2012 (Bw.):**

"In Vorbereitung unseres Termins am kommenden Freitag darf ich Ihnen gemäß Ihrem Schreiben noch folgende Unterlagen/Informationen übermitteln: a) Die Darlehensvereinbarung vom Februar 2009. b) Weitere Vereinbarungen in Bezug auf ICI gibt es nicht. c) Die Abweisung der Klage durch das LG X sowie die Stattgabe der Klage durch das OLG-Y erfolgten beide Male im Schriftwege mittels der beiden Ihnen vorliegenden Urteile. Es gibt dazu keine weiteren Protokolle vom 25.01.2011 und 14.07.2011. Es gab in der Instanz auch **keine Berufungsverhandlung**. In der Anlage wurde die **Beilage F** (Entwurf der Darlehensvereinbarung zwischen dem Kläger und dem vermeintlichen Darlehensgeber und dem Vermittler/Bw.) übermittelt.

Daraus geht hervor:

"Zwischen Hrn .Ing. Dr. Kläger, Adresse2 ,als Darlehensnehmer und dem Bw. als Darlehensvermittler betreffend der Vermittlung und Organisation einer Finanzierung durch die C von den Herren A & B mit Sitz in Adresse3 über € 1.000.000, davon Teile in bar in CH Franken wird folgende Vereinbarung zur Darlehensvermittlung getroffen:

Die Vertragsparteien vereinbaren als Gegenleistung zur Vermittlung und Organisation der oa. Finanzierung eine Provisionszahlung von 3 % (ursprünglich 5 %) der Gesamtdarlehenssumme, das sind € 30.000 (ursprünglich € 50.000) in CHF fällig mit Übergabe des Darlehensbarbetrages an den Darlehensnehmer, Hrn. Ing. Dr. Kläger , durch die Darlehensgeber. Mündliche Nebenabreden sind nicht getroffen worden und bedürfen für ihre Gültigkeit der Schriftform. Gerichtsstand ist X .X /V. am 26.02.2009, jeweils Unterschriften von Vermittler und Darlehensnehmer sowie Darlehensgeber".

Am 28.09.2012 wurde eine **Besprechung** mit den Parteien abgehalten. Dabei wurden vom Bw. folgende Ausführungen gemacht:

Der Kläger hätte sich in diesem Zeitraum um Fremdmittel wegen eines Wohnbauprojektes, Adressex, bemüht. Diesen kannte er aus der Zeit noch, als der Bw. Beruf1 war. Ab dem Jahre 2008 sei der Bw. dann angestellter Unternehmensberater geworden. Als Bankbeamter hatte der Kläger auch ein umfassendes Wissen auf dem Gebiete des Kreditwesens gehabt. Des Öfteren sei der Kläger an ihn auch herangetreten, wenn er Fremdmittel zur Finanzierung seiner Projekte benötigte. Im Jahre 2007 sei ein mündlicher Kreditauftrag zwecks Finanzierung eines Projektes im Zusammenhang mit der Errichtung einer Holzfabrik in

Saudiarabien vom Kläger erfolgt. Der Kläger sei zudem auch Projektleiter einer international tätigen Hochbaufirma gewesen. Überdies gründete er auch die Fa. Z. GmbH (Zementbranche). Im Jahre 2007 hatte er auch eine Provision vom Kläger hinsichtlich einer Finanzierungsvermittlung erhalten (€ 3.000,- Provision). Auf die Frage des Referenten, ob im Vermittlungsfall (Anlassfall-Schadensfall im Februar 2009 – Vermittlung durch die Herren Au.B. in Italien) ein Firmenbuchauszug verlangt worden sei, verneinte dies der Bw. Es habe sich auf der Homepage nähere Informationen über die Firma besorgt. Er bezweifle sogar die Diebstahlversion. Dabei handle es sich nur um eine von ihm – subjektiv – geäußerte Vermutung. Er könne dies nicht beweisen. Die Fa. Z. hatte durchgehend Verluste geschrieben. Die Fa. war insolvenzgefährdet. Wie könne es denn sein, dass auf dem Firmenkonto ein Minus von € 80.000 ausgewiesen war. Auf einmal hätte der Kläger € 80.000 am Tag behoben, an dem dieses Treffen in Italien war, um einen Teil der der Sicherheitsleistung in bar von € 100.000 aufzutreiben. Hier könne etwas nicht stimmen, der Kläger hatte dieses Geld offenbar von dritter Seite bekommen. Warum der Diebstahl vor Ort in Italien nicht angezeigt wurde, sei ihm schleierhaft. Dieser wurde erst in Österreich, bei der Polizei in K. angezeigt. In Italien hätte man eine Frist von 90 Tagen wahren müssen, damit die Diebstahlsanzeige nicht verfristet gewesen wäre. Der ganze Vorfall habe sich in der Hotellobby abgespielt. Er selber sei beim Diebstahl nicht anwesend gewesen. Die Feststellung auf S. 14 des Urteiles des OLG Y "in Anwesenheit des Beklagten seien die original verschweißten Banknoten übergeben worden" sei so nicht richtig. Wäre der vom Kläger über die Grenze mitgenommene Bargeldbetrag höher als € 100.000 gewesen, wäre der Schaden ja noch höher gewesen. Er habe den Kläger nicht angehalten, diesen Bargeldbetrag mitzunehmen. Es war im Hotel nur eine Vorbesprechung vereinbart, in weiterer Folge hätte der Kreditvertrag abgeschlossen werden sollen. Ein Mitverschulden des Klägers wurde im Erstverfahren vom Rechtsanwalt des Bws. nicht eingewendet. Der Schadenersatzfall sei auch nicht versichert gewesen. Das OLG Y habe in seinem Urteil nur festgestellt, dass er fahrlässig gehandelt habe. Wenn die Amtspartei im Vorlagebericht Verf 46 ausführe, es habe sich um Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit gehandelt, so stimme dies nicht. Provisionen wurden mit Ausnahme der € 3.000 /Jahr 2007 nicht vereinnahmt. Er verwies darauf, dass im konkreten Fall aufgrund mehrmaliger Kreditvermittlungen gewerbliche Einkünfte vorlägen, weshalb der Schadenersatzfall steuerlich abzugsfähig wäre.

Von der **Amtspartei** wurde dabei ausgeführt:

"Der Bw. habe angegeben, dass er nur, wenn es sich zufällig ergeben hat, gesprächsweise Kreditnehmer und Kreditgeber aufgrund seiner bestehenden Wirtschaftskontakte zusammengebracht habe. Gegen Gewerblichkeit spreche auch, dass es keine

Gewerbeberechtigung gegeben habe, und gegenüber dem Finanzamt nie eine Betriebseröffnung bekanntgegeben und auch nichts erklärt worden sei (auch keine Verluste, die zwangsläufig angefallen wären, wenn es schon keine Provisionen gegeben hat). Eine steuerliche Gewerblichkeit liege daher aus den im Vorlageantrag und oben angeführten Gründen nicht vor. Es ist von gelegentlichen Vermittlungen auszugehen, die unter § 29 Z 3 EStG zu subsumieren sind.

Zur Frage der Verschuldensform, wird auf die Ausführungen in der Berufung vom 01.04.2011 hingewiesen, worin der Kläger begründet von grober Fahrlässigkeit ausgeht. Wenn tatsächlich steuerlich Gewerblichkeit vorliegen sollte, ist darauf hinzuweisen, dass der Bw. dann auch ein erhöhter Sorgfaltsmaßstab (Zivilmakler; §§ 1299 f ABGB) treffen würde, der im Sinne der OLG-Ausführungen und jener in der Berufung vom 01.03.2011 (ausführliche Darstellung, der sich das OLG offenbar anschloss) jedenfalls zu grober Fahrlässigkeit führen müsste. Auch war lt. Klage vom 12.03.2009 der Bw. beim Diebstahl offensichtlich doch anwesend und hat danach noch mehrmals mit A.. telefoniert, und gemeint A- würde wiederkommen. Er hat aufgrund grob fahrlässig unterlassener Informationseinholung A- betreffend, die Lage offenbar falsch eingeschätzt. Es stellt sich auch die Frage, warum die aus den Unterlagen hervorgehenden Provisionen über € 3.000,00 (P., 2007; Rechnung 15.10.2007 durch den Kläger bezahlt lt. ergänzendem Vorbringen vom 05.10.2010) und über € 2.200.000,00 (P., 2007) nicht erklärt wurden (Sonstige Einkünfte).

Folgende Unterlagen wurden vom Bw. im Laufe der Erörterung vorgelegt und der Amtspartei zur Kenntnis gebracht:

*1 Schreiben der G AG vom 11 .August 2011 (Rechtsschutz -Vorfall BwuKläger - keine Deckungszusage , weil unter Bezugnahme der gerichtlichen Entscheidungen nicht der private Lebensbereich betroffen war - Darlehensvermittlung als gewerblicher Unternehmer (Makler)*

*1 Verhandlungsniederschrift vor dem LG X v.12.10.2010 (S. 2, 9 u. 13)*

*1 Email von Hrn. W. an die Rechtsanwaltskanzlei Dr. K- v.17.06.2011*

*1 Schriftsatz der RA-Kanzlei Dr. K- v.17.06.2010 an Hrn. W-.*

*1 Vereinbarung zur Darlehensvermittlung- Beilage I (Darlehenszusage v. 16.10.2007*

*betreffend P:*

*1 Strafantrag der StA X betreffend Verleumdung des Bws. durch den Kläger*

*1 Firmenbuchauszug der Fa. Z--GmbH zum Stichtag 31.12.2008 sowie 1 Auszug aus der Bilanz und 1 Anlagenspiegel*

*1 Berufung des Klägers, vertreten durch RA Dr. K- ; zu 01010101 p (S. 3-5)*

*1 ergänzendes Vorbringen des RA Dr. K- v.5.10.2010 (S.1-S 6)*

*1 Klagsschrift v.12.03.2009 (S. 1-7)*

*1 Verhandlungsniederschrift vor dem LG X v.29.06.2010 (S. 1., S. 13, S. 14) zu 01010202*

*1 Literatursdruck zu Jakom, Lenneis, § 4, Tz 330, S. 318 - S. 319, 5. Auflage (Schadenersatzleistungen) sowie derselbe zu § 4, S 317 zum Stichwort Prozesskosten;*

*1 Literatursdruck aus dem Kodex des österr. Rechtes, Richtlinienkommentar 2012, 10. Auflage, Herausgeber Univ. Prof. Dr. Werner Doralt zu § 2, S. 49; (Stichwort Verluste aus Leistungen)*

Der Referent hat die vorstehenden Ausführungen der Parteien im **Aktenvermerk vom 28.09.2012** festgehalten.

In der Folge wird der **umfangreiche Emailverkehr chronologisch** dargestellt:

### **Email vom 01.10.2012 (Bw):**

Im Nachhang zu unserer Besprechung vom letzten Freitag möchte ich nach weiterer Recherche und Expertenabstimmung Ihnen folgenden eindeutigen Beleg übermitteln, aus dem nun zweifelsfrei ersichtlich ist, dass der gegenständliche Sachverhalt nicht den Einkünften aus Leistungen gemäß § 29 Z 3 zuzuordnen ist, die dem Verlustausgleichsverbot unterliegen.

Oa. Quelle ist: EStG Jakom 5. Auflage 2012, Linde Verlag; (auch nachlesbar in Kodex des ö. Rechtes/EStG RL-Kommentar 2012, 10. Auflage, Herausgeber ao. Univ.-Prof. Dr. Werner Doralt auf Seite 1282 und EStR 6611).

Die Ihnen vorliegenden Urteile des LG X und des OLG Y gehen wie erörtert von einer gewerblichen Tätigkeit aus, die Beweisurkunden & Aussagen der Gegenseite inkl. Zeugen aus dem Zivilverfahren, welche ich am Freitag beigebracht habe, unterstellen ebenfalls, dass ich mehrfach eine Tätigkeit als Kreditvermittler entfaltet habe. Schließlich ist auch im Vorlagebericht von M. (noch vor der Erörterung und seiner Kenntnis der am Freitag vorgelegten Dokumente) von gelegentlicher Vermittlung in mind. 2 konkreten Fällen die Rede, was dem strengen Maßstab der Beschränkung auf die Einmaligkeit im Bereich der Kreditvermittlung zur Zuordnung zu § 29 Z 3 ohne Zweifel widerspricht.

Ich ersuche Sie um Kenntnisnahme und Ihre eigene Beurteilung. Auch hoffe ich aufgrund der gemeinsamen, ausführlichen Erörterung doch sehr, dass in jedem Fall die Beurteilung der Frage eines möglichen Vorsatzes bzw. die Beurteilung der Fahrlässigkeit durch die Beweisdokumente sowie meine mündlichen Erklärungen dazu auch gegenüber den Darstellungen im Vorlagebericht korrigiert werden konnte und ich diesen Punkt auch ausreichend aufklären konnte.

Am **9. Oktober 2012 (Frist 3 Wochen)** wurde der Bw. ersucht, zur erfolglosen Darlehensvermittlung betreffend Fa. P-: (Kreditnehmer ebenfalls Kläger, Weg der Kontaktaufnahme, Gründe für das Scheitern der geplanten Kreditvermittlung, Provisionsvereinbarungen etc.) sowie hinsichtlich der Darlehensvermittlungen zur Beilage Q/I bzw. O/O/1 (Anbot des gleiches Kreditgeschäftes an einen weiteren Kreditnehmer namens W. , Kredit über € 2.000.000, zahlbar in CH-Franken, angeblich im Juni 2008 – siehe Email v. 17.06.2010 bzw. Schreiben des Rechtsanwaltes Dr. K- des Klägers (Fragenkatalog Punkte 1-4 – Kreditvermittlung/vereinbarte Provision von € 2.200.000) im Vorhaltswege Stellung zu nehmen.

**Email vom 11.10.2012** (auszugsweise – relevante Ausführungen der Amtspartei)

Den vom Bw. mit seiner Stellungnahme übermittelten Unterlagen (Auszug aus Jakom, Rz 42 zu § 29) kann entnommen werden, dass der VwGH bei einmaliger Kreditvermittlung von Einkünften aus Leistungen ausgeht. Es handelt sich dabei aber nur um eine beispielhafte Aufzählung, und ist daraus auf keinen Fall der Schluss zulässig, dass sonstige Einkünfte nur bei einmaliger Kreditvermittlung zulässig wären. Dem widerspricht schon der Gesetzeswortlaut, worin es in § 29 Z 3 heißt, dass gelegentliche Vermittlungen Einkünfte aus Leistungen darstellen. Wie bereits mehrfach ausgeführt (Verweis auf den Vorlagebericht) sind darunter nach herrschender Meinung "gelegentliche, fallweise oder zufällige Vermittlungen" zu verstehen. Eine Einschränkung auf Einmaligkeit widerspricht dem Wortlaut und auch der herrschenden Interpretation. Die gegenständliche Vermittlung fällt daher unter § 29 Z 3 EStG. Auch wenn das OLG das Maklergesetz anwendet, ist die Frage der Gewerblichkeit steuerrechtlich doch eigenständig zu beurteilen. Ich darf nochmals auf den Vorlagebericht verweisen. Aus den anlässlich des Erörterungstermines am 28.09.2012 vorgelegten Unterlagen ergibt sich mE keine steuerliche Gewerblichkeit. Das Schreiben der G.. AG vom 11.08.2011 lehnt den Versicherungsschutz deshalb ab, da der "Berufsbereich oder eine sonstige Erwerbstätigkeit" betroffen sei; von Gewerblichkeit wird nicht gesprochen. Geschweige denn kann aus dem Schreiben etwas für die Prüfung der steuerlichen Gewerblichkeitskriterien gewonnen werden. Aus der Protokollübertragung der Verhandlung vom 29.06.2010 (liegt nur auszugsweise vor) geht hervor, dass es eine Provisionsvereinbarung gegeben hat. Diese Vereinbarung wurde vom Bw. ohnehin schon vorgelegt. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht kann dabei nicht geschlossen werden.

**Email vom 01.11.2012** (Vorhaltsbeantwortung des Bws. zum Vorhalt des Referenten v. 09.10.2012 – auszugsweise zum restlichen Berufungspunkt)

"In Ergänzung zu allen bislang übermittelten Unterlagen und Informationen sowie bezugnehmend auf Ihr Schreiben vom 09.10.2012 darf ich Ihnen noch eine mir vorliegende



---

Beilage vom Kläger/Fa. Z. übersenden, aus der ersichtlich ist, dass ich vom Kläger des Zivilverfahrens bereits seit 2006 wegen Finanzierungsvermittlungen befasst worden bin. Dazu auch noch ein mir vorliegender Kauf-/Liefervertrag des Klägers mit einer arabischen Firma für eine zu finanzierende Zementlieferung.

Ich möchte zur Frage der Schadenersatzzahlung im unternehmerischen Zusammenhang auch nochmals betonen, dass ich "Unternehmerzinsen" im Schadenersatzurteil geleistet habe und auch der Kläger die Vorsteuer aus dem beidseitigen Unternehmergeschäft lt. der Ihnen vorliegenden Rechnung vom 31.10.2011 finanzsteuerlich geltend gemacht hat, sodass eine unternehmerische Tätigkeit wohl zu unterstellen ist.

Zu Ihrer Frage 1a) ist anzumerken, dass mir aufgrund meiner bauindustriellen Erfahrung bekannt war, dass die Firma P. mit damaligen Sitz in Deutschland regelmäßig internationale Großprojekte im Bausegment und Baustoffhandel finanziert hatte, weshalb ich den Kontakt zur Finanzierung von Baugeschäften des Klägers hergestellt habe.

Auf Basis von Projektunterlagen der Z. wurde damals vorerst eine Finanzierungsmöglichkeit durch P. in Aussicht gestellt, sodass ich auf dieser Basis mit dem Kläger eine Vermittlungsvereinbarung für dieses Geschäft getroffen habe. Die entsprechenden Verträge für die Finanzierung sollten allesamt beim Notar in Wien gezeichnet werden, weshalb auch die Vereinbarung mit mir notariell gezeichnet worden ist. Die Provision hätte der Kläger aus der möglichen Darlehenssumme über den Notar als Treuhänder bezahlen sollen. Die Finanzierung scheiterte aber letztendlich, da der Kläger dafür notwendige Unterlagen entgegen seiner ursprünglichen Darstellungen und Behauptungen dann im Endeffekt doch nicht beibringen konnte, sodass auch ich vor diesem Hintergrund natürlich keine Tätigkeit zur Gewährung (nicht Vermittlung!) des Darlehens ausgeübt habe.

1b) Beilage Q ist ident mit I. Bei O und O/1 ging es darum, dass Herr W- auf der Suche nach einer Finanzierung für eine Fabrik im Holzbereich war und ich ihm dazu die Möglichkeit der Finanzierungsvermittlung angeboten habe.

2) Zur Frage betreffend der Anklage des Klägers zu 22112233 kann ich angeben, dass das Verfahren nicht eingestellt wurde, sondern es auf Basis der vorgelegten Anklage durch die Staatsanwaltschaft X Anfang März 2010 am Landesgericht X gegen den Kläger wegen § 297 Abs. 1 StGB zur Hauptverhandlung vor dem Einzelrichter gekommen ist. Das diesbezügliche Urteil wurde mir als Zeuge nicht zugestellt, sodass ich darüber nicht verfüge".

**Email vom 02.11.2012 (Amtspartei):**

Firmenstammblatt, LOI:

Diese beiden Unterlagen beweisen keineswegs die Behauptung vom Bw., dass er bereits seit 2006 wegen Finanzierungsvermittlungen mit dem Kläger befasst gewesen sei. In den Unterlagen ist weder der Name des Bws. erwähnt, noch geht in irgendeiner Weise hervor, dass er Finanzierungen vermittelt hätte. Es handelt sich um Unterlagen der Z. ohne Bezug zum Bw. Diese Unterlagen können zum Vorliegen der Kriterien für die steuerliche Gewerblichkeit nichts beitragen (insb. Nachhaltigkeit, Gewinnerzielungsabsicht). Es wird nochmals auf den Vorlagebericht und das Email vom 11.10.2012 verwiesen.

### **Vermittlungsversuch Fa. P.:**

Diese erfolglose Vermittlung ist bereits aktenkundig. Auch unter Einbezug dieses offenbar erfolglosen Vermittlungsversuches ergibt sich wie auch im Email vom 11.10.2012 ausgeführt keine Gewerblichkeit und wird der Bereich der gelegentlichen Vermittlungen iSd § 29 Z 3 EStG nicht verlassen.

Mit **Email vom 05.12.2012** wurde die Berufung auf **den Berufungspunkt Schadenersatzleistung als Betriebsausgaben** eingeschränkt:

Wie letzte Woche telefonisch mit Ihnen besprochen und erörtert zusammengefasst nochmals die aus meiner Sicht relevanten Punkte nach nochmaliger genauer Prüfung und meiner Abstimmung des Falles gemeinsam mit Univ.-Prof. Dr. Werner Doralt:

1) Firmenstammblatt/LOI sind natürlich im Zusammenhang mit einem mündlich erteilten Vermittlungsauftrag zu sehen. Die Übergabe solcher Unterlagen durch den Kläger im Jahr 2006 macht ja nur in einem solchen Zusammenhang Sinn. Er könnte das sicher nochmals persönlich bestätigen und hat das in den Ihnen vorliegenden Gerichtsprotokollen so auch ausgesagt, wie Sie und M. wissen. Dazu gibt es einen inneren Zusammenhang zwischen den verschiedenen Vermittlungen, da einerseits seit 2006, in 2007 und wieder in 2009 der gleiche Kreditnehmer, Herr Kläger betroffen ist, auch bei P., dann wiederum beziehen sich die Fälle W- und Kläger in 2009 auf den gleichen Finanzierer, sodass alleine durch diesen inneren Zusammenhang der einzelnen Fälle über den oben beschriebenen Zeitraum die Nachhaltigkeit einer selbstständigen oder gewerblichen Tätigkeit außerhalb einer gelegentlichen Tätigkeit gegeben ist.

2) Wie bereits am 01.10. mit den entsprechenden Quellenangaben übermittelt, begründet bereits das Vorliegen von mehr als einer einmaligen Vermittlung im Kreditwesen die oben beschriebene Nachhaltigkeit außerhalb der Leistungen iSd § 29/Z3 EStG. Dies findet sich so in der EStR 6611, bei Doralt § 29 RZ 41 und auch EStG Jakom 5. Auflage 2012, Baldauf, Kanduth-Kristen, Laudacher, Lenneis, Marschner, S. 42 wie bereits übermittelt, also in allen Quellen, die auch M. im Vorlageantrag herangezogen hat. Dazu gibt es dazu auch ein in Jakom

zitiertes VwGH-Erkenntnis aus 1984. Der Hintergrund ist gemäß meiner ermittelten Erkenntnis, dass für eine Kreditvermittlung eine besondere Sachkenntnis angenommen wird, sodass bereits bei mehr als der einmaligen Vermittlung keine gelegentliche Tätigkeit mehr angenommen werden kann ähnlich wie bei einem Univ.-Prof., der mehr als einmal ein Gutachten erstellt. Auch dass sich die Suche nach einem geeigneten Kreditgeber in der Regel über längere Zeiträume erstreckt, ist nach den Erörterungen mit Prof. Doralt der Grund, warum beim Kreditvermittler bereits bei mehr als der einmaligen Vermittlung keine gelegentliche Tätigkeit im Sinne des § 29 Z 3 mehr unterstellt wird.

3) Und auch die Wertgrenze bei Privatgeschäftsvermittlern von € 900,00 jährlicher Einkünfte ist, wie bereits im persönlichen Gespräch in Linz erörtert, hier zu beachten. Quelle wiederum ua. Doralt § 29 RZ 41. Auch der einmalige Kreditvermittler ist ein gelegentlicher Vermittler, wenn die beschriebenen Einkünfte diese Wertgrenze nicht überschreiten, was aufgrund der vorliegenden Vereinbarungen nicht der Fall ist. Auch daraus ergibt sich aufgrund der vereinbarten Vermittlungssummen (auch wenn die Vermittlungen nicht erfolgreich waren) die Nachhaltigkeit aufgrund der Wesentlichkeit des durch die Vermittlungen möglichen Einkommens außerhalb des § 29 Z 3 EStG.

Wie letzte Woche angekündigt darf ich Ihnen zusätzlich mitteilen, dass ich die Berufung für den Fall Ihrer Stattgabe auf den Verlust durch die Schadenersatzzahlung einschränke".

### **Antwort-Email der Amtspartei vom 10.12.2012:**

ich darf insbesondere auf mein Email vom 11.10.2012 verweisen, worin ich dargelegt habe, dass die Einschränkung auf eine bloß einmalige Kreditvermittlung nicht zulässig ist (nur beispielhafte Aufzählung; Widerspruch zu Gesetzeswortlaut und herrschender Meinung). Doralt führt in der gleichen Rz 41 zu § 29 als Beispiel auch die gelegentliche Vermittlung von Versicherungsverträgen und gelegentliche Dienstleistungen an. Warum es gerade bei der Kreditvermittlung auf die Einmaligkeit ankommen soll, ist nicht schlüssig. Ein Unterschied zum gelegentlichen Vermitteln von Versicherungsverträgen ist nicht erkennbar. Ob jemand in einem bestimmten Gebiet eine Sachkenntnis hat oder nicht, kann auf die Frage der Gelegentlichkeit der Anwendung dieser Sachkenntnis keine Auswirkung haben. Die besondere Sachkenntnis ist eben vorhanden und wird gelegentlich – wenn es sich ergibt – eingesetzt.

Im bei diesem Beispiel immer zitierten VwGH-Erkenntnis vom 17.10.1984, 84/13/0054, ÖStZB 1985, 203, geht der VwGH mit keinem Wort darauf ein, dass die Kreditvermittlung nur bei einmaliger Vermittlung eine gelegentliche Vermittlung ist. Dieses Erkenntnis klärt nicht die Abgrenzung zwischen § 29 und § 23 EStG. Es ist nicht mehr als ein Beispielfall.

Die angeführte Wertgrenze von € 900,00 kann zur Klärung der Frage nichts beitragen. Lt. der zitierten Literaturstelle (Doralt, Rz 41 zu § 29) gehören Einkünfte von Privatgeschäftsvermittlern zu den gelegentlichen Vermittlungen, soweit die Umsätze € 900,00 nicht übersteigen. Doralt verweist dabei nur auf die EStR Rz 6611. Darin findet sich dieser Hinweis jedoch gar nicht. Das heißt, die Finanzverwaltung geht davon nicht aus, und auch dem Gesetz und der Rechtsprechung kann eine derartige Umsatzgrenze nicht abgeleitet werden. Lt. Doralt wäre diese Umsatzgrenze ohnehin auf Privatgeschäftsvermittler (Tupperware etc.) eingeschränkt.

Der UFS (03.08.2005, RV/0095-G/04) geht selbst bei einer Vermittlungsprovision von ATS 1.000.000,00 von Einkünften nach § 29 Z 3 EStG aus. Auch der VwGH geht im zitierten Erkenntnis zur Kreditvermittlung (17.10.1984, 2004/13/0054) bei einer Vermittlungsprovision von ATS 560.000,00 von einer gelegentlichen Vermittlung aus. Die Einkunftshöhe spielt für die Abgrenzung zwischen § 23 EStG und § 29 EStG keine Rolle, sondern es kommt allein auf die gesetzlichen Merkmale an. Eine derartige Umsatzgrenze kann daher weder dem Gesetz noch der Rechtsprechung entnommen werden. Im angeführten Email vom 11.10.2012 habe ich ausgeführt, dass sich aus den vorgelegten Unterlagen ergibt, dass nicht von Gewerblichkeit auszugehen ist. Ich darf darauf und auf den Vorlagebericht und sämtliche Stellungnahmen des FA verweisen. Ein innerer Zusammenhang zwischen diesen gelegentlichen Vermittlung(-versuchen) ist dabei keinesfalls abzuleiten. Es sind in einem Zeitraum von mehreren Jahren nur einzelne fallweise Vermittlung(-versuche) aktenkundig.

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

Gegenständlicher Fall betrifft die Frage, inwieweit bei einem Kreditvermittler eine Schadenersatzleistung steuerlich abzugsfähig sein kann (Verlust in der privaten Vermögenssphäre oder in der betrieblichen Sphäre).

### **Maklergesetz – MaklerG (BGBl. I 262/1996)**

*§ 1. Makler ist, wer auf Grund einer privatrechtlichen Vereinbarung (Maklervertrag) für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt, ohne ständig damit betraut zu sein.*

*Befugnisse des Maklers*

**§ 2. (1) Ohne ausdrückliche** Vereinbarung ist der Makler nicht befugt, für den Auftraggeber das vermittelte Geschäft zu schließen oder Zahlungen vom Dritten entgegenzunehmen.

*(2) Der Auftraggeber kann, solange ihm der Dritte weder bekannt ist noch bekannt sein muss, Erklärungen zur Wahrung seiner Rechte an den Makler richten, wenn der Makler befugt ist, Erklärungen, die zum Abschluss des Vertrags mit dem Dritten führen können, mit Rechtswirkung für den Dritten entgegenzunehmen.*

3. (1) Der Makler hat die Interessen des Auftraggebers redlich und sorgfältig zu wahren. Dies gilt auch, wenn er zugleich für den Dritten tätig ist.

(2) Der Auftraggeber hat den Makler bei der Ausübung seiner Vermittlungstätigkeit redlich zu unterstützen und eine Weitergabe von mitgeteilten Geschäftsgelegenheiten zu unterlassen.

(3) Makler und Auftraggeber sind verpflichtet, einander die erforderlichen Nachrichten zu geben.

(4) Bei Verletzung der Pflichten nach den Abs. 1 bis 3 kann Schadenersatz verlangt werden. Soweit dem Makler ein Provisionsanspruch zusteht, kann der Auftraggeber wegen Verletzung wesentlicher Pflichten auch eine Mäßigung nach Maßgabe der durch den Pflichtverstoß bedingten geringeren Verdienstlichkeit des Maklers verlangen.

### **Vermittlung -Abschluss**

§ 4. (1) Mangels anderer Vereinbarung ist der Makler nicht verpflichtet, sich um die Vermittlung zu bemühen.

(2) Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, das angebahnte Geschäft zu schließen.

### **Doppeltätigkeit**

§ 5. (1) Der Makler darf ohne ausdrückliche Einwilligung des Auftraggebers nicht zugleich für den Dritten tätig werden oder von diesem eine Belohnung annehmen, wenn nicht für den betreffenden Geschäftszweig ein abweichender Gebrauch besteht.

(2) Bei Zuwiderhandeln kann der Auftraggeber vom Makler die Herausgabe der unrechtmäßig empfangenen Belohnung und den Ersatz des diesen Betrag übersteigenden Schadens verlangen. § 3 Abs. 4 zweiter Satz bleibt unberührt.

(3) Sobald der Makler als Doppelmakler tätig wird, hat er dies beiden Auftraggebern mitzuteilen.

Diese Mitteilungspflicht entfällt, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass seine Doppeltätigkeit den Auftraggebern bekannt ist.

### **Provision**

§ 6. (1) Der Auftraggeber ist zur Zahlung einer Provision für den Fall verpflichtet, dass das zu vermittelnde Geschäft durch die vertragsgemäße verdienstliche Tätigkeit des Maklers mit einem Dritten zustande kommt.

(2) Die bloße Namhaftmachung des Dritten begründet keinen Provisionsanspruch, sofern nicht für den betreffenden Geschäftszweig ein abweichender Gebrauch besteht.

(3) Der Makler hat auch dann Anspruch auf Provision, wenn auf Grund seiner Tätigkeit zwar nicht das vertragsgemäß zu vermittelnde Geschäft, wohl aber ein diesem nach seinem Zweck wirtschaftlich gleichwertiges Geschäft zustande kommt.

(4) Dem Makler steht keine Provision zu, wenn er selbst Vertragspartner des Geschäfts wird. Dies gilt auch, wenn das mit dem Dritten geschlossene Geschäft wirtschaftlich einem Abschluss durch den

*Makler selbst gleichkommt. Bei einem sonstigen familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnis zwischen dem Makler und dem vermittelten Dritten, das die Wahrung der Interessen des Auftraggebers beeinträchtigen könnte, hat der Makler nur dann Anspruch auf Provision, wenn er den Auftraggeber unverzüglich auf dieses Naheverhältnis hinweist.*

*(5) Liegen die Provisionsvoraussetzungen für ein vermitteltes Geschäft bei zwei oder mehreren Maklern vor, so schuldet der Auftraggeber gleichwohl die Provision nur einmal. Provisionsberechtigt ist der Makler, dessen Verdienstlichkeit an der Vermittlung eindeutig überwogen hat. Lässt sich ein solches Überwiegen nicht feststellen, so ist die Provision nach Maßgabe der Verdienstlichkeit aufzuteilen, im Zweifel zu gleichen Teilen. Hat der Auftraggeber einem von mehreren beteiligten Maklern ohne grobe Fahrlässigkeit zu viel an Provision bezahlt, so ist er von seiner Schuld im Betrag der Überzahlung gegenüber sämtlichen verdienstlichen Maklern befreit. Dadurch verkürzte Makler können von den anderen Maklern den Ausgleich verlangen.*

### **Entstehen des Provisionsanspruchs**

*§ 7. (1) Der Anspruch auf Provision entsteht mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts.*

*Der Makler hat keinen Anspruch auf einen Vorschuss.*

*(2) Der Anspruch auf Provision entfällt, wenn und soweit feststeht, dass der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wird. Bei Leistungsverzug des Dritten hat der Auftraggeber nachzuweisen, dass er alle zumutbaren Schritte unternommen hat, um den Dritten zur Leistung zu veranlassen.*

### **Höhe des Provisionsanspruchs**

*§ 8. (1) Ist über die Provisionshöhe nichts Besonderes vereinbart, so gebührt dem Makler die für die erbrachten Vermittlungsleistungen ortsübliche Provision. Lässt sich eine solche nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten feststellen, steht eine angemessene Provision zu.*

*(2) Nachlässe, die der Auftraggeber dem Dritten gewährt, vermindern nur dann die Berechnungsgrundlage der Provision, wenn sie schon beim Abschluss des Geschäfts vereinbart worden sind.*

*(3) Der Berechnung der Provision dürfen keine unzulässigen Entgelte zugrundegelegt werden.*

### **Ersatz von Aufwendungen**

*§ 9. Für die durch den Geschäftsbetrieb entstandenen allgemeinen Kosten und Auslagen kann der Makler keinen Ersatz verlangen. Aufwendungen des Maklers auf Grund von zusätzlichen Aufträgen sind nur dann zu ersetzen, wenn die Ersatzpflicht ausdrücklich vereinbart worden ist. Dies gilt auch dann, wenn das angestrebte Rechtsgeschäft nicht zustande kommt.*

### **Fälligkeit**

*§ 10. Der Provisionsanspruch und der Anspruch auf den Ersatz zusätzlicher Aufwendungen werden mit ihrer Entstehung fällig.*

---

**Provisionsvereinbarungen für Fälle fehlenden Vermittlungserfolgs**

*§ 15. (1) Eine Vereinbarung, wonach der Auftraggeber, etwa als Entschädigung oder Ersatz für Aufwendungen und Mühewaltung, auch ohne einen dem Makler zurechenbaren Vermittlungserfolg einen Betrag zu leisten hat, ist nur bis zur Höhe der vereinbarten oder ortsüblichen Provision und nur für den Fall zulässig, dass*

- 1. das im Maklervertrag bezeichnete Geschäft wider Treu und Glauben nur deshalb nicht zustande kommt, weil der Auftraggeber entgegen dem bisherigen Verhandlungsverlauf einen für das Zustandekommen des Geschäfts erforderlichen Rechtsakt ohne beachtenswerten Grund unterlässt;*
- 2. mit dem vom Makler vermittelten Dritten ein anderes als ein zweckgleichwertiges Geschäft zustande kommt, sofern die Vermittlung des Geschäfts in den Tätigkeitsbereich des Maklers fällt;*
- 3. das im Maklervertrag bezeichnete Geschäft nicht mit dem Auftraggeber, sondern mit einer anderen Person zustande kommt, weil der Auftraggeber dieser die ihm vom Makler bekanntgegebene Möglichkeit zum Abschluss mitgeteilt hat oder das Geschäft nicht mit dem vermittelten Dritten, sondern mit einer anderen Person zustande kommt, weil der vermittelte Dritte dieser die Geschäftsgelegenheit bekanntgegeben hat, oder*
- 4. das Geschäft nicht mit dem vermittelten Dritten zustande kommt, weil ein gesetzliches oder ein vertragliches Vorkaufs-, Wiederkaufs- oder Eintrittsrecht ausgeübt wird.*

*(2) Eine solche Leistung kann bei einem Alleinvermittlungsauftrag weiters für den Fall vereinbart werden, dass*

- 1. der Alleinvermittlungsauftrag vom Auftraggeber vertragswidrig ohne wichtigen Grund vorzeitig aufgelöst wird;*
- 2. das Geschäft während der Dauer des Alleinvermittlungsauftrags vertragswidrig durch die Vermittlung eines anderen vom Auftraggeber beauftragten Maklers zustande gekommen ist, oder*
- 3. das Geschäft während der Dauer des Alleinvermittlungsauftrags auf andere Art als durch die Vermittlung eines anderen vom Auftraggeber beauftragten Maklers zustande gekommen ist.*

*(3) Leistungen nach Abs. 1 und Abs. 2 gelten als Vergütungsbetrag im Sinn des § 1336 ABGB.*

**Allgemeines:**

Das Berufsbild eines Kreditvermittlers wird wie folgt beschrieben (Linkinternet):

*Kreditvermittlung wird durch Kreditvermittler durchgeführt. Dies sind Makler, die gewerblich Kredite an Kreditnehmer vermitteln. Daneben bestehen im Internet spezialisierte Plattformen zur Kreditvermittlung. Diese speichern die Konditionen der angeschlossenen Banken (insbesondere von Direktbanken) für standardisierte Darlehen. Der Kunde erhält eine Konditionsübersicht der für ihn möglichen Darlehensangebote und kann sich für einen Anbieter seiner Wahl entscheiden. Ein drittes Feld von Kreditvermittler stellt das sogenannte*

*"Social lending" dar. Spezialisierte Anbieter versuchen Geldanleger und Kreditsuchende ohne Einschaltung einer Bank zusammenzubringen.*

*Die Zulassung als Kreditvermittler ist in verschiedenen Ländern gesetzlich geregelt.*

### *Kreditvermittlungsvertrag*

*Der Kreditvermittlungsvertrag (oder Darlehensvermittlungsvertrag) regelt die Rechte und Pflichten von Kreditvermittler und Kunde. Regelungsbereiche können u.a. sein:*

- *Definition des zu vermittelnden Kredites*
- *Regelung der Provisionsansprüche des Vermittlers*
- *Zeitliche Befristung und Exklusivität der Vermittlers*
- *Weitere Regelungen, wie Datenschutz u.a.*

Ein Kreditvermittler hat also die Aufgabe, Geldmittel, die ein Darlehens- bzw. Kreditgeber gegen Zinsen zur Verfügung stellt, für den Darlehens-bzw. Kreditnehmer (Privatkredite oder Geschäftskredite) zu vermitteln. Im Regelfall wird dieser für seine Tätigkeit eine Provision verlangen bzw. diese – wenn sie in der Kreditvereinbarung angeboten wird – auch annehmen (fremde Darlehensgeber bzw. fremder Darlehensnehmer). Selbst im Familienverband können im Rahmen der Privatautonomie zwischen nahen Angehörigen solche auch vereinbart bzw. darauf auch verzichtet werden. Dies ist nicht nur bei Kreditvermittlungen der Fall, sondern auch bei Versicherungsvermittlungen oder im Bereich der Vermögensanlage.

Kreditvermittlung ist Vertrauenssache. Zur Anbahnung von Kreditgeschäften kann man sich eines unselbständigen oder selbständigen Vermittlers bedienen. Dabei kann es auch vorkommen, dass in der Praxis die Abwicklung von Kreditverträgen scheitert, weil der Kreditantrag teilweise oder ganz zurückgezogen wird oder infolge Nichtvorlage von Unterlagen der Kreditgeber nicht bereit ist, das Darlehen auszuzahlen (zB. schwache Bonität des Kreditnehmers).

Die Beratung des Konsumenten (aber auch wie hier eines nebenberuflichen Unternehmers zB. in der Person des Klägers, Hrn. Ing. S.) in unabhängiger Weise – nach den gesetzlichen Vorschriften – ist Aufgabe eines jeden seriösen Kreditvermittlers. Denn nur dann wird die Dienstleistung des Vermittlers vom Kunden geschätzt. Know How bei der Beratung und Betreuung der Kunden ist gefragt. Voraussetzungen wie Diskretion, gutes Auftreten, Verkaufstalent, Zuverlässigkeit sowie auch Kommunikationsstärke zählen zu den Voraussetzungen eines guten Kreditvermittlers. Den Eindruck eines eloquenten Vermittlers zeigte der Bw. auch bei der Erörterung am 28.09.2012 (eine Anhörung vor der gerichtlichen Berufungsinstanz fand aufgrund verfahrensrechtlicher Besonderheiten der ZPO nicht statt).



Ziel jeder seriösen Darlehensvermittlung ist es, am Zustandekommen des zu vermittelnden Darlehensvertrages mitzuwirken, damit es zum Darlehensabschluss kommt. Dies löst im Regelfall (Erfolgshonorar) auch den Provisionsanspruch bzw. in weiterer Folge den Provisionszufluss aus.

### Konkreter Fall

Entscheidungsweise war,

a) wie oft (Anzahl) der Bw. Darlehensvermittlungen durchführte (Zeiträume und möglicher innerer Zusammenhang)

b) wie dieser bei der Vermittlung auftrat (eigenständiges Aquirieren von Darlehenskunden bzw. Darlehensgebern, Herstellen der Kontakte zu potentiellen Darlehensgebern, Wissensverwertung aus Wirtschaftszeitungen, Vorbereitung der schriftlichen Kreditanträge, Vorbereitung von mündlichen Kreditanträgen etc. sowie

c) Vereinbarung von Provisionen bzw. Annahme von diesbezüglichen Angeboten

Bloße Freundschaftsdienste – wie sie unter guten Bekannten oder etwa nahen Angehörigen vorkommen – lagen nicht vor.

Die Feststellungen des Erstgerichtes aber auch der Berufungsinstanz sind eindeutig:

In beiden Urteilen wird von der Anwendung des Maklergesetzes ausgegangen. Das Nutzen der wirtschaftlichen Kontakte aus dem Berufsumfeld (Unternehmensberater), hat im gegenständlichen Fall aufgrund des hohen Risikos der durchgeführten, wenn auch gescheiterten, Kreditvermittlungen einen Umfang erreicht, der die Gelegenheit iSd § 29 Z 3 EStG 1988 überschritten hat.

Der Bw. konnte im Verfahren beweisen, dass er zumindest seit dem Jahre 2006 Finanzierungsvermittlungen in einigen Fällen (außerhalb seines Berufes als unselbständiger Unternehmensberater, geschäftsführender Gesellschafter der Fa. M abwickelte. Dass dieses Berufsfeld der Unternehmensberatung Chancen, aber auch Risiken für vom Bw. anzubahnende Kreditvermittlungen bildete, liegt auf der Hand (vgl. den vorliegenden Haftungsfall).

**Wiederholt** bemühte sich der Bw. – wie der Ermittlungen ergaben – **zumindest in vier Fällen** mit zwei unterschiedlichen Kreditnehmern, nämlich Hrn. Kläger 3x (2006, 2007, Februar 2009) und 1 x mit Hrn. W. im Juni 2008 (Beilage O bzw. O/1), **Kreditvermittlungen** zustande zu bringen.

Damit ist der Ansatz der Abgabenbehörde I. Instanz von nur zwei Vermittlungsversuchen (Sachverhaltsebene) verfehlt. Im Email vom 10.12.2012 führte die Amtspartei ergänzend an,

dass nur "einzelne Vermittlungen-bzw. Versuche" (und legt sich damit nicht mehr bloß auf 2 Vermittlungsversuche fest) stattgefunden hätten.

Die Abgabenbehörde I. Instanz übersieht, dass die gerichtlichen Feststellungen eindeutig – was die Tätigkeit des Bws. als Kreditvermittler betrifft – von einer **Maklertätigkeit** ausgehen. Es besteht kein Anlass, von dieser Einstufung – **auch für das Steuerrecht (gewerblicher Kreditvermittler in besonders hoch riskanten Geschäften)** – abzugehen.

Dass die Finanzierungsvermittlungen (siehe vorstehende Ausführungen) nicht von Erfolg gekrönt waren, beruhte nicht auf einem Ungeschick oder falscher Verhandlungsstrategie des Bws., sondern hatte ihre Grundlage darin, dass die jeweiligen Unterlagen der einzelnen Darlehensvermittlungen von den potentiellen Darlehensnehmern nicht an die Darlehensgeber übermittelt wurden. Für den bei der Kreditvermittlung vom Februar 2009 – von den vermeintlichen Darlehensgebern – begangene Diebstahl war der Bw. nicht verantwortlich (gemeint: keine strafrechtliche Verantwortlichkeit). Denn niemand wird bei einer Darlehensvermittlung einen Diebstahl durch den vermeintlichen Darlehensgeber (= Dieb) anstreben, es sei denn, er wirke in betrügerischer Absicht am Diebstahl durch den vermeintlichen Darlehensgeber mit.

Im rechtskräftigen Urteil des Oberlandesgerichtes Y vom 14.07.2011, 111111 [die dagegen eingewendete Revision beim Obersten Gerichtshof wurde mit Beschluss v. 29.09.2011 gemäß § 508 a Abs. 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs. 1 ZPO aus verfahrensrechtlichen Gründen zurückgewiesen (§ 510 Abs. 3 ZPO)], wird in unmissverständlicher Weise ausgedrückt, dass nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre (S. 21 des Urteiles des OLG Y ) der Schadenersatzanspruch des Klägers zu Recht bestand. Weiters wurde in diesem Urteil eindeutig festgestellt, dass der Bw. als Zivilmakler iSd Maklergesetzes, BGBl. 262/1996), auftrat und ihn daher die erhöhten Sorgfaltspflichten des Maklergesetzes (im Verhältnis zur normalen Sachverständigenhaftung gem. § 1299 ABGB) trafen. Der Bw. handelte bei der im Februar 2009 letztlich erfolglosen Darlehensvermittlung – so wie bei den vorangegangenen Vermittlungen (2006, 2007 bzw. 2008) – als Unternehmer (**Zivilmakler iSd Maklergesetzes**). Es lag bei diesem Vermittlungsversuch ein **beidseitiges Unternehmergeschäft** vor.

Für die Fremdüblichkeit ist die im allgemeinen Wirtschaftsleben geübte Praxis maßgeblich. Dass die Kreditvermittlungen nicht fremdüblich gewesen wären, lässt sich aus der Aktenlage nicht ableiten. Dass die jeweiligen Kreditvermittlungen nicht erfolgreich waren, kann dem Bw. nicht zum Vorwurf gemacht werden. Die Art der Einkünfte (ob selbständige oder gewerbliche Einkünfte) spielt im gegenständlichen Fall keine Rolle. Auch die Tatsache, dass der Bw. in

seiner Steuererklärung den Verlust den Werbungskosten im Rahmen der Einkunftsart § 29 Z 3 EStG 1988 zuordnete, hat letztlich für ihn keine "Bindungswirkung" (die Einreihung als Einkunftsart ist nicht entscheidend). Auch ist eine Gewerbeberechtigung zB. für einen gewerblichen Kreditvermittler nicht entscheidungswesentlich, da Einkünfte aus Gewerbebetrieb auch dann anfallen, wenn eine Gewerbeberechtigung fehlt. Auch ein Dieb oder ein Hehler kann Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielen.

### **Auslegung des Merkmales "Gelegentlichkeit" iSd § 29 Z 3 EStG 1988**

Der Referent schließt sich überdies der Kommentarmeinung im Jakom, 5. Auflage 2012, Baldauf, **Kanduth-Kristen**, Laudacher, Lenneis, Marschner, **§ 29 Z 3 EStG 1988**, Rz 42, an, wonach für die Darlehensvermittlung (Ergänzung des Referenten: bei hoch riskanten Kreditvermittlungen mit EU-Ausland oder Ausland) eine besondere wirtschaftliche Sachkenntnis angenommen werden müsse, sodass – bereits bei mehr als der einmaligen Vermittlung – keine gelegentliche Tätigkeit mehr angenommen werden kann.

Ein solcher Kreditvermittler ist als gewerblicher Vermittler einzureihen (Stichwort nachhaltige Tätigkeit). In einem Kreditgeschäft hätte die Provisionszahlung sogar € 2.200.000 betragen. Auch dieses Kreditgeschäft scheiterte. Insoferne ist der Sachverhalt zu UFS 03.08.2005, RV/0095-G/04 (vgl. Email vom 10.12.2012 der Amtspartei), nicht vergleichbar.

### **Verschuldensprüfung**

Zur Frage des Verschuldens wird von der gerichtlichen Berufungsinstanz (OLG Y) Fahrlässigkeit angenommen, ohne eine Differenzierung in leichte oder grobe Fahrlässigkeit vorzunehmen. Dies war für die Frage, ob ein Schadenersatzanspruch zu Recht besteht oder nicht besteht, im zivilgerichtlichen Verfahren auch nicht notwendig.

Der Grad des Verschuldens hat aber hinsichtlich des Ergebnisses dieses Berufungsfalles wesentliche Bedeutung, weil nach der Rechtsprechung bzw. nach der Literatur (Lenneis in Jakom, 5. Auflage, § 4 Abs. 4 EStG 1988, Rz 330) die Schwere des Verschuldens ausschlaggebend dafür ist, ob die Schadenersatzverpflichtung als Betriebsausgabe anerkannt werden kann.

Die Vorgangsweise des Bws. – so die Beweismwürdigung des OLG Y – war als fahrlässig (vgl. S. 19 des Urteiles des OLG Y) zu werten.

Der Referent erachtet bei der vorzunehmenden Differenzierung des fahrlässigen Verhaltens des Bws. folgende Umstände zu berücksichtigen:

Bei einer Kreditvermittlung (mit Auslandsbezug oder innerhalb des EU-Raumes) ist (sind) die Person(en) des(der) Darlehensgeber(s) näher zu untersuchen, deren finanzielle

Zusicherungen von größeren Darlehenssummen sorgfältigst zu prüfen, Firmenbuchabfragen zu tätigen, eventuell Dokumente (zB. Passkopien) der Darlehensgeber anzufordern, um sich einen Identitätsnachweis zu verschaffen, genauso wie der Darlehensnehmer und dessen Bonität im Zusammenhang mit Sicherheiten und Rückzahlungskapazitäten zu überprüfen ist. Der Vermittler hat als sorgfältiger Unternehmer aufzutreten und gegebenenfalls "Vorkehrungsmaßnahmen" zu treffen.

Wenn **dieses Vertrauen allerdings durch betrügerisches Handeln auf Seiten der vermeintlichen Darlehensgeber zerstört** wird, ist **jede Aufklärung durch den Vermittler von vorneherein zum Scheitern verurteilt**.

Nach der Sachlage hat der Bw. allerdings **"Warnhinweise"** gegenüber dem Kläger (Darlehensnehmer) abgegeben (bei Zuzählung der Darlehensmittel sei darauf Bedacht zu nehmen, dass im EU-Ausland auch Falschgeld in CHF vorkommen könne). Auch das Urteil des OLG Y ging von Vorkehrungsmaßnahmen des Bws. aus. Insofern hat er jedenfalls auf die möglichen Risiken hingewiesen und damit auch zumindest gewisse Aufklärungsverpflichtungen eingehalten. Auch war der Bw. in keinsten Weise für den Diebstahl der Summe von € 100.000,- strafrechtlich verantwortlich. Der Bw. hatte auch den Darlehensnehmer dazu nicht angehalten, die Summe von € 100.000,- als Sicherheitsleistung für das Kreditgeschäft in das besagte Hotel in Italien mitzubringen. Es war nämlich beabsichtigt, den Vertragsabschluss in einer Bank durchzuführen, lediglich die Vorbesprechungen dazu sollten in einem Hotel in Italien stattfinden. Dass man schlussendlich die Betrüger (vermeintliche Darlehensgeber in Italien) nicht fassen konnte, traf den Bw. zivilrechtlich durch die erweiterte Haftung nach dem Maklergesetz. Ein Komplott des Bws. mit den vermeintlichen Darlehensgebern konnte nicht nachgewiesen werden. Auch konnte nicht nachgewiesen werden, dass der Bw. direkt bei der Übergabe des Bargeldebetrages von € 100.000 in den Räumlichkeiten des Hotels dabei war. Insoweit war die Darstellung des Bws. anlässlich der Erörterung vom 28.09.2012 glaubhaft. Damit hatte der Bw. mit der eigentlichen Diebstahlshandlung nichts zu tun. Damit aber wird lediglich leichte Fahrlässigkeit begründet.

### **Zusammenfassung**

Der Schadensfall ist als Betriebsausgabe im Ausmaß von *BETRAG* infolge nur leichter Fahrlässigkeit steuerlich abzugsfähig.

Aus den angeführten Gründen war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Beilage: 1 Berechnungsblatt

Linz, am 12. Dezember 2012