



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw. gegen den Bescheid gemäß § 92 Abs 1 lit b BAO des Finanzamtes Krems a.d. Donau betreffend Dienstgeberbeitrag zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen (DB) und Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag (DZ) für die Jahre 1999 und 2000 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Rechtsbelehrung**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

### **Entscheidungsgründe**

Der Dienstgeberbeitrag zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen (DB) und der Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag (DZ) wurden von der Bw in den Streitjahren 1999 und 2000 selbst berechnet und abgeführt.

Mit Schreiben vom 29. Dezember 2000 beantragte die Bw die bescheidmäßige Festsetzung von DB und DZ ohne die Entgelte des Geschäftsführers sowie die Rückzahlung des sich daraus ergebenden Guthabens und begründete dies damit, dass im Rahmen einer Beschwerde

betreffend Kommunalsteuer und Dienstgeberbeitrag der Verwaltungsgerichtshof beim Verfassungsgerichtshof den Antrag gestellt habe, die entsprechenden Bestimmungen im KommStG und im FLAG als verfassungswidrig aufzuheben.

Das Finanzamt setzte daraufhin mit Bescheid gemäß § 92 Abs 1 lit b BAO die Bemessungsgrundlagen für den DB und den DZ sowie die Abgaben selbst in der von der Bw ursprünglich selbst berechneten und abgeführten Höhe wie folgt fest:

Zeitraum	Bemessungsgrundlage	DB	DZ
1.1.-31.12.1999	498.067 S	22.323 S	2.639 S
1.1.-31.12.2000	876.956 S	39.463 S	4.560 S

Begründet wurde der Feststellungsbescheid damit, dass zur Beitragsgrundlage für den DB und den DZ auch die Gehälter und sonstigen Vergütungen jeder Art für Personen zählten, die an Kapitalgesellschaften zu mehr als 25 % beteiligt seien, vorausgesetzt, dass die Merkmale eines Dienstverhältnisses – ausgenommen die persönliche Weisungsgebundenheit – vorlägen. Die Tätigkeit des Geschäftsführers der Bw weise die Merkmale eines Dienstverhältnisses auf. Die Lohnabgaben DB und DZ seien im Wege der Selbstbemessung somit richtig berechnet worden.

Die Bw erhob daraufhin Berufung und beantragte, die Bemessungsgrundlage für den DB und den DZ verringert um die Höhe des Entgeltes für den Geschäftsführer (1999:  $11 \times 40.000 \text{ S} = 440.000 \text{ S}$ ; 2000:  $12 \times 40.000 \text{ S} = 480.000 \text{ S}$ ) festzusetzen und begründete dies damit, dass der mit 51 % am Stammkapital der Bw beteiligte Geschäftsführer nicht nur weisungsungebunden sei und die Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft selbst entrichten müsse, sondern dass auch überwiegend keine Merkmale eines Dienstverhältnisses vorlägen. Als Beispiele wurden angeführt: keine feste Arbeitszeit, keine Sonderzahlungen (Urlaubszuschuss, Weihnachtsremuneration), freie Zeiteinteilung desurlaubes, Tätigkeit und Aufgabenbereich im Rahmen des GmbH-Gesetzes, Verfall des nicht konsumierten Urlaubes bereits nach einem Jahr, kein Entgelt für Über- oder Mehrstunden. Somit sei ein Unternehmerwagnis gegeben.

Die Berufung wurde – ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung – der Abgabenbehörde zweiter Instanz vorgelegt.

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

Folgender Sachverhalt wurde als erwiesen angenommen und der Entscheidung zugrunde gelegt:

- Die Selbstbemessung von DB und DZ erfolgte ursprünglich unter Berücksichtigung der Bezüge des Geschäftsführers.
- Mit Antrag vom 29. Dezember 2000 sowie auch in der Berufung vom 22. Februar 2001 wurde ersucht, jenen Anteil auszuschneiden und an die Bw zu refundieren, der auf die Bezüge des Geschäftsführers entfiel.
- Das Finanzamt erließ in der Folge einen Bescheid gemäß § 201 in Verbindung mit § 92 Abs 1 lit b BAO, in welchem die Abgaben in Höhe der bisherigen Selbstbemessung festgesetzt wurden.

Diese Feststellungen ergeben sich aus den im Lohnsteuerakt erliegenden Anbringen und dem Bescheid vom 26. Jänner 2001.

Der festgestellte Sachverhalt war in folgender Weise rechtlich zu würdigen:

Gemäß § 43 Abs 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes – FLAG in der Fassung des Steuerreformgesetzes 1993, BGBl.Nr 818, ist der Dienstgeberbeitrag für jeden Monat bis spätestens zum 15. des nachfolgenden Monats an das Finanzamt zu entrichten. Die Bestimmung über den Steuerabzug vom Arbeitslohn (Lohnsteuer) finden gemäß § 43 Abs 2 leg. cit. sinngemäß Anwendung.

Gemäß § 78 Abs 1 EStG 1988 hat der Arbeitgeber die Lohnsteuer des Arbeitnehmers bei jeder Lohnzahlung einzubehalten und gemäß § 79 Abs 1 leg. cit. die gesamte Lohnsteuer, die in einem Kalendermonat einzubezahlen war, spätestens am 15. Tag nach Ablauf des Kalendermonates in einem Betrag an das Finanzamt der Betriebsstätte abzuführen.

Nach Maßgabe der Bestimmungen des § 122 Abs 7 und 8 des Wirtschaftskammergesetzes 1998 kann ein Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag unter sinngemäßer Anwendung des § 43 FLAG eingehoben werden.

Wenn die Abgabenvorschrift die Selbstberechnung einer Abgabe durch den Abgabepflichtigen ohne abgabenbehördliche Festsetzung der Abgabe zulassen, ist gemäß § 201 BAO in der Fassung vor dem Abgaben-Rechtsmittel-Reformgesetz BGBl. I Nr. 97/2002 ein Abgabenbescheid nur zu erlassen, wenn der Abgabepflichtige die Einreichung einer Erklärung, zu der er verpflichtet ist, unterlässt oder wenn sich die Erklärung als unvollständig oder die Selbstberechnung als nicht richtig erweist.

Mit dem Antrag an das Finanzamt vom 29. Dezember 2000 beehrte die Bw, die Beträge der von ihr für die Jahre 1999 und 2000 entrichteten Dienstgeberbeiträge und Zuschlag teilweise dem Steuerkonto gutzuschreiben. Bei verständiger Würdigung dieses Antrages, ist darunter das Begehren zu verstehen, wegen unrichtiger Selbstberechnung und Entrichtung der Selbstbemessungsabgaben diese in richtiger Höhe (nach Ansicht der Bw wegen Verfassungswidrigkeit der angewendeten Bestimmungen) mit einem geringeren Betrag festzusetzen, damit die Bw die Rückzahlung (§ 239 BAO) des dadurch entstehenden Guthabens beantragen könne.

So wertet etwa der Verwaltungsgerichtshof einen auf Unrichtigkeit der Selbstbemessung einer Abgabe gestützten Rückzahlungsantrag dahin, dass ein solcher Antrag die Verpflichtung der Abgabenbehörde zur bescheidmäßigen Festsetzung der Abgabe auslöst, wenn eine solche noch nicht erfolgt ist (vgl. etwa das Erkenntnis des VwGH vom 25. Juni 2002, 2002/17/0153, mwN, und auch Stoll, BAO III, S. 2480).

Das Finanzamt gelangte offensichtlich zur Ansicht, dass die der Entrichtung zu Grunde liegende Abgabenbemessung durch die Bw richtig sei, und stellte die "Beitragspflicht" in derselben Höhe fest, welche die Bw in ihrem Antrag vom 29. Dezember 2000 als abgeführt erklärt hatte. Folgerichtig hätte es aber den Antrag der Bw vom 29. Dezember 2000 als unbegründet abweisen müssen, weil sich die Abgabenbemessung – nach Ansicht des Finanzamtes – nicht als unrichtig erwiesen hat. Der vom Finanzamt erlassene Feststellungsbescheid war somit unzulässig (vgl. VwGH vom 13. Mai 2003, 2001/15/0097).

Der angefochtene Bescheid war daher aufzuheben.

Wien, 14. November 2003