



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen der Bw, vertreten durch Masseverwalter Dr. Bernhard Schatz, Rechtsanwalt, 2340 Mödling, Enzersdorferstraße 4, vom 4. Juli 2007 gegen die Haftungs- und Abgabenbescheide des Finanzamtes Baden Mödling vom 22. Juni 2007 betreffend Dienstgeberbeitrag zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfe (DB) und Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag (DZ) für die Jahre 2002, 2003, 2004 und 2005 sowie betreffend Lohnsteuer für das Jahr 2004 entschieden:

Die Berufungen werden als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Im Bericht über das Ergebnis der über die Jahre 2002 bis 2005 durchgeführten Lohnsteuerprüfung stellte der Prüfer bezüglich des Dienstnehmers A fest, dass dem Tätigkeitsstaat das Besteuerungsrecht zustehen würde, wenn eine Entsendung ins Ausland erfolgen und die Tätigkeit (der Aufenthalt) länger als 183 Tage dauern würde. Gleichzeitig erlösche in Österreich die Lohnsteuerpflicht. Dienstgeberbeitrag und der Zuschlag zu diesem seien jedoch in keinem österreichischen Doppelbesteuerungsabkommen vom sachlichen Anwendungsbereich erfasst. Da auch die ins Ausland entsandten Dienstnehmer als im Inland beschäftigt gelten würden, bestehe DB-Pflicht.

Bezüglich des Dienstnehmers B wurde für den Zeitraum 1.4.2004 bis 31.7.2004 festgestellt, dass hinsichtlich der in diesem Zeitraum abgerechneten Bezüge gem. [§ 3 Abs. 1 Z 10 EStG 1988](#) (teilweise) Steuerfreiheit zugewilligt worden wäre; ebenso Befreiungen beim

Dienstgeberbeitrag zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfe und dem Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag. Anhand der geprüften Unterlagen sei jedoch ersichtlich, dass es sich bei den durchgeführten Tätigkeiten großteils um Reparaturen und/oder Umbaumaßnahmen gehandelt habe. Weiters sei anzumerken, dass Unterbrechungen innerhalb der sog. „Monatsfrist“, die zur Arbeitsverwendung an anderen Einsatzorten genutzt werden würden, ebenfalls für die Steuerfreistellung abträglich seien.

Das Finanzamt folgte diesen, wie auch den anderen Feststellungen des Prüfers und erließ die nunmehr angefochtenen Bescheide.

In den dagegen erhobenen Berufungen wird bezüglich des Dienstnehmers A eingewendet, dass er im Auftrag der Berufungswerberin in den USA tätig gewesen sei. Seine Tätigkeit habe in der Inbetriebnahme, Produktionsüberwachung, Optimierung und Schulung in der Verwendung von drucktechnischen Anlagen der Firma C bestanden, deren Programmierung und EDV-Installation die Berufungswerberin durchgeführt habe. Herr A habe selbständig und eigenverantwortlich als Handlungsbevollmächtigter der Berufungswerberin in den USA gearbeitet. Er habe die Tätigkeiten in wechselnden Einsatzorten bei jährlich ca. 15 bis 20 Firmen ausgeübt und habe die Aufträge hiezu von der Lieferfirma der Anlagen erhalten. Da die Leistung in EDV-Implementierungen bestanden habe, hätten diese am jeweiligen Aufstellungsort der zu betreuenden Anlagen vorgenommen werden müssen.

Da Herr A selbständig und eigenverantwortlich bei zahlreichen Auftraggebern tätig gewesen sei, sei sein Wohnsitz in USA, von dem die Tätigkeit ausgeübt worden sei, als Betriebsstätte der Berufungswerberin anzusehen, da die Betriebsstätte von diesem Standort disponiert und die notwendigen Geräte dort ausgelagert worden seien.

Herr A sei seit 1999 mit einer amerikanischen Staatsbürgerin verheiratet und hätte daher auch die erforderliche Arbeitsbewilligung (Greencard) besessen. Sein Lebensmittelpunkt sei zweifellos in den USA gelegen gewesen, wo er auch auf Grund des ständigen Aufenthaltes und Wohnsitzes in den Jahren 2002 bis 2005 einkommensteuerpflichtig gewesen sei. Er habe seine Tätigkeit für die Berufungswerberin mit 30.6.2006 eingestellt und sei seit diesem Zeitpunkt für die Firma D in New York tätig.

Nachdem Herr A seinen ständigen Aufenthalt und Wohnsitz in den USA gehabt habe und über eine entsprechende Arbeitsbewilligung verfügt habe, könne er nicht gemäß § 41 Abs. 1 FLAG als ins Ausland entsandter Dienstnehmer qualifiziert werden, da nur Dienstnehmer mit ständigem Aufenthalt und Wohnsitz im Inland entsendet werden könnten. Aus diesem Grund sei eine Antragstellung auf Ausnahme von der Dienstgeberbeitragspflicht gem. § 42 a FLAG

unterlassen worden, die auf Grund des Umstandes, dass Herr A von jedem Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen gewesen wäre, jedenfalls gegeben gewesen sei.

Weiters sei auszuführen, dass die Lohnsummensteuern vom OECD-Musterabkommen Art 2 (2) umfasst seien.

[Artikel 15 des DBA-USA](#) teile das Besteuerungsrecht für Gehälter und Löhne dem Tätigkeitsstaat zu. Herr A sei im Sinne des DBA-USA Art 4 Abs. 1 lit c ansässige Person in den USA gewesen, da er auf Grund seiner Arbeitsbewilligung einen längeren Aufenthalt (substantial Presence) genommen habe.

[Artikel 5 Abs. 5 des DBA-USA](#) würde bestimmen, dass wenn eine Person, die für ein Unternehmen tätig sei und die Vollmacht besitzen würde im Namen des Unternehmens Verträge zu schließen und diese Vollmacht gewöhnlich ausüben würde, das Unternehmen so behandelt werden würde, als habe es in diesem Staat für alle von der Person ausgeübten Tätigkeiten eine Betriebsstätte.

Aus der Sicht der Wettbewerbssituation stelle die Belastung der Bezüge eines ausschließlich in einem Drittstaat tätigen Dienstnehmers mit Lohnsummenabgaben, die vom inländischen Unternehmen eingefordert werden würden, da diese Abgabe im Tätigkeitsstaat nicht verrechnet werde, einen Wettbewerbsnachteil des inländischen Unternehmens dar, das mit Unternehmen im Tätigkeitsstaat in Konkurrenz treten müsse, die derartigen Kostenbelastungen nicht unterliegen würden. Es liege somit eine unzulässige Diskriminierung vor, die geeignet sei, die Erwerbsfreiheit einzuschränken und eine Ungleichbehandlung herbeizuführen.

Bezüglich der Feststellungen des Prüfers betreffend den Dienstnehmer B wurde ausgeführt, dass seine Bezüge für die Auslandsentsendung vom 19.4. bis 10.6.2004 und vom 14.6. bis 23.7.2004 der Lohnsteuer unterzogen worden seien, weil am 10.5.2004 in E, am 21.5.2004 in F und am 11. und 12.7.2004 in G Auslandstätigkeiten mit der Tätigkeitbeschreibung „Störungsbehebung“ bzw. „Störung“ ausgeübt worden seien.

Die Begünstigung des [§ 3 Abs. 1 Z 10 EStG 1988](#) sei an die Voraussetzung der Errichtung einer begünstigten Anlage im Ausland gebunden. Die begünstigte Tätigkeit müsse jeweils ununterbrochen über den Zeitraum eines Monats hinausgehen. Diese Voraussetzungen seien vorgelegen. Die ins Ausland entsendeten Mitarbeiter hätten über entsprechende Spezialkenntnisse verfügt.

Wenn ein im Ausland befindlicher Mitarbeiter, der mit der Errichtung einer Anlage befasst sei und über Kenntnisse verfügen würde, die nicht beliebig in einem Unternehmen verfügbar

seien und die zur Behebung einer Störung in einem anderen ausländischen Betrieb erforderlich seien, so sei es nicht möglich, dem Kunden unter Hinweis auf die steuerlichen Folgen für den beauftragten Dienstnehmer mit der Behebung bis zum Zeitpunkt einer steuerunschädlichen Durchführung warten zu lassen, zumal es sich um Druckmaschinen mit einem Anschaffungswert von mehreren Euromillionen handeln würde, deren Stillstand erhebliche Kosten verursachen würde.

Ebenso sei für den Dienstnehmer unzumutbar, wegen einer, aus wirtschaftlichen Gründen des Auftraggebers unvermeidbaren Unterbrechung der begünstigten Tätigkeit im untergeordneten Ausmaß von ca. 6 % der monatlichen Arbeitszeit, den wirtschaftlichen Nachteil des Lohnsteuerabzuges für den gesamten Zeitraum zu tragen. Es liege in jedem Fall eine Unverhältnismäßigkeit der „Sanktion“ vor.

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise gemäß [§ 22 BAO](#) sei auch bei der Beurteilung der Voraussetzungen des [§ 3 Abs. 1 Z 10 EStG 1988](#) anzuwenden. Wenn sich der Dienstnehmer einer Auftragsverpflichtung nicht entziehen könne, dem Dienstnehmer eine Begünstigung zu entziehen, die in keinem Verhältnis zum Auslösungstatbestand stehen würde, widerspreche das dem Art. 2 der Bundesverfassung.

Bezüglich Herrn A entgegnete der Prüfer den Einwendungen der Berufungswerberin:

Herr A sei im Rahmen seitens der Berufungswerberin an die C durchgeführte Personalgestellung an verschiedenen Tätigkeitsorten in den USA eingesetzt gewesen. Wie aus den entsprechenden Unterlagen zu entnehmen sei, hätte sich sein Aufgabenbereich auf Installationen, Inbetriebnahmen, Optimierungen und Schulungen im Bereich der Hard- und Softwareengineering erstreckt. Die von Herrn A implementierten Hard- bzw. Softwareelemente seien von der Berufungswerberin an die C in die Schweiz geliefert und von dort offensichtlich zum jeweiligen Bestimmungsort in den USA weitergeleitet worden. Herr A sei während der einzelnen Prüfungsjahre und auch schon davor im Rahmen der Gestellungsverträge überwiegend in den USA tätig und aufhältig gewesen. Ein Besteuerungsrecht bezüglich dieser Einkünfte sei somit für den Tätigkeitsstaat (USA) gegeben. In Österreich sei es, zumindest bezogen auf den Prüfungszeitraum, erloschen.

Laut Auskunft des Zentralen Melderegisters verfüge Herr A nach wie vor über einen inländischen (Haupt)Wohnsitz, aufgrund des Dienstverhältnisses mit der Berufungswerberin wäre er den Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit in Österreich unterlegen. Eine Ausnahmeregelung hinsichtlich der Freistellung vom Dienstgeberbeitrag gemäß [§ 42a FLAG](#) könne jedoch nur in Verbindung mit [§ 4 FLAG 1967](#) gewährt werden; dies treffe im gegenständlichen Fall jedoch nicht zu. Der Dienstgeberbeitrag werde in keinem

österreichischen DBA vom sachlichen Anwendungsbereich erfasst. Da gemäß § 41 Abs. 1 FLAG auch die ins Ausland entsandten Mitarbeiter als im Bundesgebiet beschäftigt gelten würden, bestehe Dienstgeberbeitragspflicht.

Der von der Berufungswerberin vorgebrachten Argumentation, der von Herrn A in den USA innegehabte Wohnsitz in USA sei als Betriebsstätte der Berufungswerberin anzusehen, könne nicht beigeprüft werden, da die Lagerung gewisser notwendiger Geräte, welche diese auch immer sein mögen, sowie ein „Disponieren der Betriebstätigkeit“ keine Betriebsstätte (im Ausland) der Berufungswerberin begründen würden. In diesem Zusammenhang sei nochmals festzuhalten, dass Herr A, wie auch andere Dienstnehmer der Berufungswerberin, laut den vorgelegten Unterlagen im Rahmen der Personalgestellung an die C verliehen gewesen wären, die als unmittelbare Auftragnehmer der USA-Kunden unter Einsatz bzw. Verwendung des angemieteten Personals sowie der von der Berufungswerberin gekauften Produkte die an sie gerichteten Aufträge erfüllt hätten.

Zur Auslandentsendung des Herrn B entgegnete der Prüfer:

Durch mehrmaligen Wechsel der Einsatzorte innerhalb der sogenannten Monatsfrist zur Durchführung von Reparaturen, Störungsbehebungen, etc. in anderen Betrieben, somit als Durchführung von Arbeiten, die gemäß [§ 3 Abs. 1 Z 10 EStG 1988](#) als begünstigungsschädlich zu werten seien, sei die Monatsfrist im entsprechenden Zeitraum nicht erfüllt gewesen. Die diesbezügliche Nachverrechnung an Lohnsteuer, Dienstgeberbeitrag zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfe und Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag wäre zu Recht erfolgt.

Zum Dienstnehmer A erwiderte die Berufungswerberin, dass seine Tätigkeit in den USA keine Personalgestellung gewesen sei, sondern es seien einzelne Projekte abgewickelt worden. Die Leistungen seien im Auftrag der C in den USA erbracht worden. Es hätte kein Gestellungsvertrag vorgelegen, sondern es seien Hard- und Softwareprojekte in den USA abgewickelt worden. Herr A sei seit 28.6.2001 im Besitz einer Greencard (amerikanische Dauerarbeitsbewilligung) gewesen, da er seinen ständigen Aufenthalt und Wohnsitz gemeinsam mit seiner Ehegattin, die amerikanische Staatsbürgerin sei, in den USA gehabt habe. Herr A habe seine Tätigkeit von seinem Wohnort in USA ausgeübt und disponiert. Da die Projekte – Hard- und Software-Implimentation und Optimierung im Bereich der Drucktechnik – unter Einsatz von Software, die von der Berufungswerberin entwickelt worden sei, bei amerikanischen Firmen erfolgt seien, hätte die Auftrags- und Einsatzkoordination vor Ort unter Einsatz der erforderlichen im Eigentum der Berufungswerberin stehenden Hardware und Maßgeräten erfolgen müssen. Die Projekte seien unter der Alleinverantwortung der Berufungswerberin gestanden. Die C habe nicht die Projektverantwortung gegenüber den

Abnehmern, sondern habe die Gesamtleistung von der Berufungswerberin zugekauft und im Paket an die amerikanischen Abnehmer verrechnet.

Der Umstand, dass Herr A in Österreich eine Hauptwohnsitzmeldung in H aufrecht erhalten habe, erkläre sich aus dem Umstand, dass dieser Wohnsitz sein Elternhaus sei, in dem er aufgewachsen sei und wo er sich nie abgemeldet habe. Dieser Umstand sei der Berufungswerberin bisher nicht bekannt gewesen, sei aber für diesen bedeutungslos, da die tatsächlichen Umstände eindeutig einen dauernden Aufenthalt und Wohnsitz des Herrn A in den USA ergeben würden.

Die in [§ 3 Abs. 2 des ASVG](#) vorgesehene Möglichkeit der Aufrechterhaltung einer inländischen Sozialversicherung für die Dauer von fünf Jahren mit einer Verlängerungsmöglichkeit durch das BMF f. soz. Verw. stelle eine Sondernorm des ASVG dar. Eine Bindungswirkung sozialversicherungsrechtlicher Bestimmungen für den Bereich des Abgabenrechtes sei nicht gegeben und es könne nicht zu einer Aufhebung fundamentaler Bestimmungen des Abgabenrechtes kommen.

Zur Stellungnahme des Prüfers zum Dienstnehmer B wird erwidert, dass mit der zitierten Monatsfrist die Nachhaltigkeit einer volkswirtschaftlich sinnvollen Begünstigung sichergestellt werden sollte. Die Einhaltung der Voraussetzung einer abgabenrechtlichen Begünstigung könne aber nicht so interpretiert werden, dass die Unverhältnismäßigkeit mit der Einhaltung verbundenen Kosten und der organisatorische Aufwand für den Dienstgeber zur Aufrechterhaltung der Lohnsteuerfreiheit des Bezuges des Dienstnehmers eine wirtschaftlich nicht mehr vertretbare Belastung darstellen würde, die Dienstgeber, deren Dienstnehmer keiner Lohnsteuerbegünstigung teilhaftig werden, nicht aufwenden müssten.

Das Finanzamt legte die Berufungen ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Zu den Feststellungen betreffend den Dienstnehmer A:

§ 41 FLAG lautet:

- (1) Den Dienstgeberbeitrag haben alle Dienstgeber zu leisten, die im Bundesgebiet Dienstnehmer beschäftigen; als im Bundesgebiet beschäftigt gilt ein Dienstnehmer auch dann, wenn er zur Dienstleistung ins Ausland entsendet ist.
- (2) Dienstnehmer sind Personen, die in einem Dienstverhältnis im Sinne des [§ 47 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes 1988](#) stehen, sowie an Kapitalgesellschaften beteiligte Personen im Sinne des [§ 22 Z 2 des Einkommensteuergesetzes 1988](#).
- (3) Der Beitrag des Dienstgebers ist von der Summe der Arbeitslöhne zu berechnen, die

jeweils in einem Kalendermonat an die im Abs. 1 genannten Dienstnehmer gewährt worden sind, gleichgültig, ob die Arbeitslöhne beim Empfänger der Einkommensteuer unterliegen oder nicht (Beitragsgrundlage). Arbeitslöhne sind Bezüge gemäß [§ 25 Abs. 1 Z 1 lit. a und b des Einkommensteuergesetzes 1988](#) sowie Gehälter und sonstige Vergütungen jeder Art im Sinne des [§ 22 Z 2 des Einkommensteuergesetzes 1988](#).

(4) Zur Beitragsgrundlage gehören nicht:

- a) Ruhe- und Versorgungsbezüge,
- b) die im [§ 67 Abs. 3 und 6 des Einkommensteuergesetzes 1988](#) genannten Bezüge,
- c) die im [§ 3 Abs. 1 Z 10, 11 und 13 bis 21 des Einkommensteuergesetzes 1988](#) genannten Bezüge,
- d) Gehälter und sonstige Vergütungen jeder Art, die für eine ehemalige Tätigkeit im Sinne des [§ 22 Z 2 des Einkommensteuergesetzes 1988](#) gewährt werden.
- e) Arbeitslöhne, die an Dienstnehmer gewährt werden, die als begünstigte Personen gemäß den Vorschriften des Behinderteneinstellungsgesetzes beschäftigt werden,
- f) Arbeitslöhne von Personen, die ab dem Kalendermonat gewährt werden, der dem Monat folgt, in dem sie das 60. Lebensjahr vollendet haben.

Übersteigt die Beitragsgrundlage in einem Kalendermonat nicht den Betrag von 1 460 Euro, so verringert sie sich um 1 095 Euro.

(5) Der Beitrag beträgt 4,5 vH der Beitragsgrundlage.

(6) Der Dienstgeberbeitrag wird nach Maßgabe des Bundesgesetzes, mit dem die Neugründung von Betrieben gefördert wird, BGBl. I Nr. 106/1999, nicht erhoben.

Artikel 2 (Unter das Abkommen fallende Steuern) des Abkommens zwischen der Republik Österreich und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Verhinderung der Steuerumgehung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen (NR: GP XX RV 213 AB 485 S. 47. BR: AB 5322 S. 619.) lautet:

(1) Dieses Abkommen gilt für Steuern vom Einkommen, die für Rechnung eines Vertragsstaats erhoben werden.

(2) Zu den bestehenden Steuern, für die das Abkommen gilt, gehören

a) in den Vereinigten Staaten:

die auf Grund des Internal Revenue Code erhobenen Bundeseinkommensteuern (federal income taxes), mit Ausnahme der Sozialversicherungsabgaben;

b) in Österreich:

i) die Einkommensteuer;

ii) die Körperschaftsteuer.

(3) Das Abkommen gilt auch für alle Steuern gleicher oder im Wesentlichen ähnlicher Art, die von einem Vertragsstaat nach der Unterzeichnung dieses Abkommens neben den bestehenden Steuern oder an deren Stelle erhoben werden.

Wie die Abgabenbehörde zweiter Instanz in der Berufungsentscheidung vom 24.1.2007, RV/0497-W/04, bereits entschieden hat, enthält das vorgenannte Doppelbesteuerungsabkommen eine taxative Aufzählung jener Steuern, die im Zeitpunkt des Abschlusses von den Vertragsstaaten erhoben wurden und in den sachlichen Anwendungsbereich des Abkommens fallen. Der Dienstgeberbeitrag zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfe fällt nicht darunter und es bleibt auf Grund des eindeutigen Inhaltes dieser Abkommensbestimmung auch kein Interpretationsspielraum offen, weswegen das Finanzamt schon aus diesem Grunde zu Recht von der Pflicht zur Entrichtung des Dienstgeberbeitrages

zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfe und des Zuschlages zum Dienstgeberbeitrag im strittigen Zeitraum ausgegangen ist.

Wenn die Berufungswerberin weiters ausführt, dass die Lohnsummensteuern vom OECD-Musterabkommen Art 2 Abs. 2 umfasst seien, so ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Interpretation eines Doppelbesteuerungsabkommens einzelne Vorschriften des OECD-Musterabkommens und der OECD-Musterkommentar nur insoweit heranzuziehen sind, als der Text des OECD-Musterabkommens in ein Doppelbesteuerungsabkommen übernommen wird (VwGH vom 31. Juli 1996, Zl. [92/13/0172](#)). Ein Vergleich von [Artikel 2 des DBA-USA](#) 1996 mit Art. 2 Abs. 2 OECD-Musterabkommen ergibt, dass Art. 2 Abs. 2 OECD-Musterabkommen nicht in das DBA-USA 1996 aufgenommen worden ist. Selbst wenn man das Vorliegen eines Interpretationsspielraumes bejahen würde, wäre daher eine Auslegung nach dem OECD-Musterabkommen und dem OECD-Musterkommentar zu verneinen, da das DBA-USA nicht dem Text des OECD-Musterabkommens gefolgt ist. Ob es sich beim Dienstgeberbeitrag um eine Steuer vom Einkommen und Ertrag im Sinne des Art. 2 Abs. 2 OECD-Musterabkommen handelt, kann daher dahingestellt bleiben.

Gemäß § 41 Abs. 1 gilt ein Dienstnehmer auch dann als im Inland beschäftigt, wenn er zur Dienstleistung ins Ausland entsendet wird. Dies wird nach den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (549 der Beilagen zu den stenografischen Protokollen des Nationalrates XI. GP) dann der Fall sein, wenn das Dienstverhältnis im Inland eingegangen worden ist und darauf inländische Rechtsvorschriften anwendbar sind. Dienstgeber ist dabei grundsätzlich, wer für den Arbeitslohn aufkommt und die grundsätzlichen Weisungen an den Dienstnehmer erteilt.

Die Berufungswerberin hat in ihrer Entgegnung vom 7.9.2007 klargestellt, dass die Tätigkeit des Herrn A in den USA keine Personalgestellung war, sondern dass einzelne Projekte abgewickelt worden seien. Die Leistungen seien im Auftrag der C, welche die Gesamtleistung von der Berufungswerberin zugekauft und im Paket an die amerikanischen Abnehmer verrechnet habe, in den USA erbracht worden. Die Projekte seien unter der Alleinverantwortung der Berufungswerberin gestanden. Damit war die Berufungswerberin eindeutig Dienstgeberin des Herrn A, da sie für den Arbeitslohn aufgekommen ist und ihm die grundsätzlichen Weisungen erteilt hat.

Den Angaben der Berufungswerberin, Herr A hätte keinen Bezug zu Österreich gehabt, ist entgegen zu halten, dass er während des gesamten Prüfungszeitraumes in Österreich einen Wohnsitz aufrecht erhalten hat, in Österreich sozialversichert war und von einer österreichischen Arbeitgeberin nichtselbständige Einkünfte bezogen hat. Herr A ist ein

Dienstverhältnis im Inland mit der Berufungswerberin eingegangen und es sind darauf neben den sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen auch alle anderen Rechtsvorschriften anwendbar. Es muss daher entgegen der Ansicht der Berufungswerberin und in Ermangelung einer Ausnahme von der Pflicht zur Entrichtung des Dienstgeberbeitrages zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfe gemäß § 42a FLAG von einer Entsendung im Sinne des § 41 Abs. 1 FLAG ausgegangen werden.

Da ein inländisches Dienstverhältnis vorliegt, für das inländisches Recht anwendbar ist, ist der Umstand, aus welchen Gründen es dem betreffenden Dienstnehmer der Berufungswerberin gestattet ist, in die Vereinigten Staaten von Amerika entsendet zu werden und dort auch tätig zu sein (Greencard) sowie der zweifelhafte Umstand des Bestehens einer Betriebsstätte in den USA (siehe die Ausführungen des Prüfers in der Stellungnahme zu den Berufungen), zumindest für die in Österreich abzuführenden gegenständlich strittigen Abgaben des Dienstgeberbeitrages zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfe und des Zuschlages zum Dienstgeberbeitrag ohne Bedeutung. Die Besteuerung des Einkommens des betroffenen Dienstnehmers liegt auf Grund des Doppelbesteuerungsabkommens unbestritten bei den Vereinigten Staaten von Amerika.

Zu den Feststellungen bezüglich des Dienstnehmers B:

Gemäß [§ 3 Abs. 1 Z 10 EStG 1988](#) sind Einkünfte, die Arbeitnehmer inländischer Betriebe (lit. a) für eine begünstigte Auslandstätigkeit (lit. b) von ihren Arbeitgebern beziehen, wenn die Auslandstätigkeit jeweils ununterbrochen über den Zeitraum von einem Monat hinausgeht, von der Einkommensteuer befreit, wobei nach lit. a) inländische Betriebe von inländischen Arbeitgebern oder inländische Betriebsstätten von im Ausland ansässigen Arbeitgebern sind und nach lit. b) begünstigte Auslandstätigkeiten die Bauausführung, Montage, Montageüberwachung, Inbetriebnahme, Instandsetzung und Wartung von Anlagen, die Personalgestellung anlässlich der Errichtung von Anlagen durch andere Unternehmungen sowie die Planung, Beratung und Schulung, soweit sich alle diese Tätigkeiten auf die Errichtung von Anlagen im Ausland beziehen, sind, weiters das Aufsuchen und die Gewinnung von Bodenschätzen im Ausland.

Nach den Angaben der Berufungswerberin wurden die Bezüge des Herrn B für die Auslandsentsendung vom 19.4. bis 10.6.2004 und vom 14.6. bis 23.7.2004 der Lohnsteuer unterzogen, weil am 10.5.2004 in E, am 21.5.2004 in F und am 11. und 12.7.2004 in G Auslandstätigkeiten mit der Tätigkeitbeschreibung „Störungsbehebung“ bzw. „Störung“ ausgeübt worden seien. Der im vorigen Absatz zitierten maßgeblichen gesetzlichen Bestimmung des [§ 3 Abs. 1 Z 10 lit b EStG 1988](#) sind aber die Tätigkeiten der „Störungsbehebung“ als begünstigte Auslandstätigkeiten nicht zu entnehmen. Damit ist den

Berufungen der Berufungswerberin in diesem Zusammenhang schon aus diesem Grund der Erfolg zu versagen. Auf die Berücksichtigung von Spezialkenntnissen der beauftragten Dienstnehmer oder der für Kunden unzumutbaren Wartezeit, bis zum Zeitpunkt einer steuerunschädlichen Durchführung der Störungsbehebung nimmt die diesbezüglich Regelung in [§ 3 Abs. 1 Z 10 EStG 1988](#) ebenso wenig Rücksicht, wie auf eine Unverhältnismäßigkeit der Sanktion oder der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, wenn der Sachverhalt nicht den klaren gesetzlich vorgegebenen Anforderungen entspricht. Für die Interpretation der anzuwendenden gesetzlichen Bestimmung hinsichtlich der Monatsfrist bzw. der begünstigten Tätigkeiten besteht nach dem klaren Gesetzestext, auch unter Berücksichtigung der von der Berufungswerberin genannten verfassungsrechtlichen Bedenken, keinerlei Möglichkeit.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Graz, am 7. November 2013