



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, vom 29. Oktober 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Bregenz vom 3. Oktober 2012 betreffend Einkommensteuer 2011 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Die Bemessungsgrundlage und die Höhe der Abgabe sind dem am Ende der folgenden Entscheidungsgründe als Beilage angeschlossenen Berechnungsblatt entnehmen, das einen Bestandteil dieses Bescheidspruches bildet.

### Entscheidungsgründe

Der in Österreich wohnhafte Berufungswerber war im Streitjahr bei der Firma XY AG in U, Schweiz, als Steuerberater beschäftigt. In seiner Erklärung zur Arbeitnehmerveranlagung machte er u. a. von ihm geleistete Beiträge zur beruflichen Vorsorge (2. Säule des Schweizer Vorsorgekonzepts) als Werbungskosten geltend.

Hiezu führte das Finanzamt mit **Bescheid** aus, gemäß Art. 8 BVG (Anm.: Schweizer Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge) sei nur der koordinierte Arbeitslohn zwingend zu versichern. Die im Rahmen des Pensionskassenreglements höher einbezahlten Beträge seien laut Gesetz nicht obligatorisch, sondern "überobligatorisch" und damit keine Pflichtbeiträge iSd § 16 Abs. 1 Z 4 lit. h EStG

1988. Es könnten daher im Streitfall nur 5% des koordinierten Arbeitslohnes als Pflichtbeiträge berücksichtigt werden. Die darüber hinausgehenden überobligatorischen Arbeitnehmerbeiträge seien lediglich einer Berücksichtigung als Topf-Sonderausgaben gemäß § 18 EStG 1988 zugänglich.

Die vom Arbeitgeber geleisteten überobligatorischen Altersgutschriften müssten als Vorteil aus dem Dienstverhältnis dem Bruttolohn hinzugerechnet werden.

Der Berufungswerber brachte **Berufung** ein und erläuterte: Beide Maßnahmen seien zu Unrecht erfolgt. Aus Rz 245b LStR gehe hervor, dass eine ausländische gesetzliche Verpflichtung zur Leistung von Pensionskassenbeiträgen nach dem BVG jedenfalls bis zur maximalen Beitragsgrundlage in Höhe des koordinierten Jahresarbeitslohns gegeben sei. Sofern die Reglements der Vorsorgeeinrichtungen (Art. 50 BVG) höhere Beitragsleistungen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer verpflichtend vorsähen, sei von Pflichtbeiträgen gemäß § 16 Abs. 1 Z 4 lit. h EStG 1988 auszugehen. Das Reglement der XY AG normiere solche höheren Beitragsleistungen. Gemäß Art. 5 Abs. 1 dieses Reglements entspräche das maßgebende Jahressalär dem 12-fachen Monatssalär, für Kader ab Stufe Manager/Assistant Director werde zusätzlich der budgetierte variable Saläranteil berücksichtigt.

Unabhängig vom jeweiligen individuellen Reglement erhebe jede Schweizer Pensionskasse neben den Beiträgen für Altersgutschriften auch Risikobeiträge für die gesetzlich vorgesehenen Versicherungsleistungen im Invaliditäts- oder Todesfall.

Die Kürzung der Werbungskosten sowie die Hinzurechnung zu den Einkünften seien daher zu Unrecht erfolgt.

Im Zuge einer **Stellungnahme**, um die ihn das Finanzamt ersucht hatte, reichte der Berufungswerber das Reglement der Pensionskasse XY AG sowie seinen Vorsorgeausweis zum 1.1.2011 ein. Seine Überlegungen zu steuermindernden Tatsachen habe er bereits durch das Zitieren der Rz 245b der LStR dargetan. Er fordere keine Sonderbehandlung ein, sondern lediglich die Umsetzung und Anwendung geltender Gesetze und Verordnungen. Art. 50 Abs. 3 BVG bedeute, dass die Pensionskassen im Rahmen dispositiven Rechts die Möglichkeit hätten, andere Regelungen zu erlassen, soweit diese nicht den Bestimmungen des BVG zuwiderliefen. Aus Art. 49 Abs. 2 BVG gehe hervor, dass eine Vorsorgeeinrichtung, die über die Mindestleistungen hinausgehende Leistungen gewähre, für die weitergehenden Leistungen die definierenden Vorschriften des BVG anzuwenden habe. Dass die Art. 8, 14 und 80 – 84 in diesem Artikel nicht erwähnt würden, habe seinen Grund darin, dass sich diese Artikel auf den gesetzlichen Mindeststandard, nicht auf weitergehende Leistungen bezögen.

Die Ablehnung der überobligatorischen Beiträge als Pflichtbeiträge durch das Finanzamt beruhe auf einer falschen Auslegung des Begriffes "Überobligatorium". Er zitierte hiezu nachstehende Quellen:

[www.bsv.admin.ch/themen/vorsorge/00039/00335/index.html?lang=de](http://www.bsv.admin.ch/themen/vorsorge/00039/00335/index.html?lang=de) und [www.bilanz.ch/vorsorge/vorsorge-ein-zwingendes-nein](http://www.bilanz.ch/vorsorge/vorsorge-ein-zwingendes-nein)).

Das Finanzamt legte die Berufung direkt der Abgabenbehörde II. Instanz zur Entscheidung vor. In einer gleichzeitig eingebrachten Stellungnahme gab das Finanzamt zu bedenken, dass die Rz 245b der LStR inzwischen gestrichen worden sei, weshalb eine Stützung auf diese Rz hinsichtlich Einstufung von "überobligatorischen" Beiträgen als Werbungskosten gemäß § 16 Abs. 1 Z 4 lit. h EStG 1988 fragwürdig sei. Auch aus der UFS-Entscheidung RV/0296-F/09 und dem VwGH-Erkenntnis 23.9.2010, 2007/15/0206, lasse sich ableiten, dass es sich nicht um Pflichtbeiträge handle.

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

#### **Überobligatorische Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge:**

Im Spannungsfeld der kontrovers diskutierten Frage, wie "überobligatorisch" zu leistende Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge bzw. die daraus erfließenden Pensionskassenauszahlungen steuerlich zu beurteilen sind (etwa § 16 Abs. 1 Z 4 lit. h, § 26 Z 7 lit. a, zweiter Teilstrich, § 25 Abs. 1 Z 2 lit. b EStG 1988) fand im Jänner 2013 an der Außenstelle Feldkirch des Unabhängigen Finanzsenates eine Veranstaltung statt, an der neben UFS-Mitgliedern Vertreter der steuerberatenden Berufe, Finanzamtsvertreter, der Obmann des Grenzgängerverbandes sowie ein Repräsentant einer Schweizer Vorsorgeeinrichtung teilnahmen.

Das Ergebnis der Informationsveranstaltung präsentiert sich in Zusammenschau mit einschlägiger Literatur, Judikatur und sachbezogenem Schriftverkehr wie nachstehend (*Riemer/Riemer-Kafka*, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz<sup>2</sup>; *Helbling*, Personalvorsorge und BVG<sup>8</sup>; *Finanzgericht Baden-Württemberg* 28.4.2010, 3 K 4156/08; *Versicherungsgericht Kanton Basel-Stadt* 7.3.1995, 121 V 104, E-Mail der *St. Galler Steuerverwaltung*):

#### ***"Berufliche Vorsorge in der Schweiz***

##### ***Das Drei-Säulen-Konzept***

*In der Schweiz wird die Alterssicherung von drei verfassungsrechtlich vorgesehenen Säulen getragen. Die **staatliche** Vorsorge basiert auf dem Umlageverfahren und deckt als erste*

Säule den Existenzbedarf. Die zweite Säule ist die an das Arbeitsverhältnis gekoppelte **berufliche** Vorsorge. Sie ist seit 1985 gesetzlich verpflichtend, basiert auf dem Kapitaldeckungsverfahren und soll zusammen mit der ersten Säule die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung ermöglichen. Die berufliche Vorsorge kennt zwei Bereiche, die miteinander verknüpft sind und zahlreiche Gemeinsamkeiten, aber auch gewisse Unterschiede aufweisen. In beiden Teilbereichen liegt die Verantwortung für die Organisation und Durchführung der Vorsorge beim Arbeitgeber. Meist schließt er sich in Erfüllung dieser Verpflichtung einer selbständigen privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtung an. Beide Bereiche dieser Säule werden grundsätzlich paritätisch durch Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge finanziert, unterstehen der behördlichen Aufsicht und werden steuerrechtlich gleich behandelt. Das sogenannte "Obligatorium" stellt die Säule 2a dar. Für diesen Bereich geben die Gesetze neben Gestaltungsmöglichkeiten relativ strenge Minimalanforderungen vor. Das sogenannte "Überobligatorium" bildet die Säule 2b. Dieser Bereich ist rahmengesetzlich geregelt, bietet den Arbeitgebern Gestaltungsmöglichkeiten, sieht aber auch Gestaltungsgrenzen und staatliche Kontrollen vor. Die dritte Säule ist die **individuelle**, private bzw. freiwillige Vorsorge (UFS 21.7.2011, RV/0335-F/08).

### **Rechtliche Grundlagen der beruflichen Vorsorge (2. Säule)**

Die rechtlichen Grundlagen der beruflichen Vorsorge sind die Bundesverfassung, das Stiftungsrecht, das Arbeitsvertragsrecht sowie Spezialvorschriften über die berufliche Vorsorge, Steuerrechtliche Vorschriften sowie Vorschriften mit Bezug zur beruflichen Vorsorge wie zB das Eherecht.

Der Arbeitsvertrag bildet die Basis für alle weiteren hier interessierenden Rechtsbeziehungen. Dies gilt auch für das Obligatorium. Auch die Rechtsbeziehungen im Obligatorium sind somit eine gesetzliche Folge des Arbeitsvertrages. Im überobligatorischen Bereich beruhen die Rechtsbeziehungen auf einem (eigenen) Vertragsverhältnis (Vorsorgevertrag), welches in der Praxis vielfach in den Arbeitsvertrag integriert ist und de facto hinsichtlich Abschluss-, Partnerwahl- und Inhaltsfreiheit stark eingeschränkt ist bzw dem Arbeitnehmer faktisch keine Wahl lässt. Rechte und Pflichten der Vorsorgebeteiligten ergeben sich im Bereich des Obligatoriums unmittelbar und im Bereich des Überobligatoriums (meist) mittelbar aus dem Gesetz. Im Bereich des Obligatoriums ist das Rechtsverhältnis (überwiegend) öffentlich-rechtlicher Natur, im Bereich des Überobligatoriums überwiegend privatrechtlicher Natur. Der Grundsatz der kollektiven Beitragsparität basiert im Bereich des Obligatoriums auf Art. 66 Abs. 1 BVG, im Bereich des Überobligatoriums auf der im wesentlichen gleichlautenden Bestimmung des Art. 331 Abs. 3 OR. Die zuletzt genannte Bestimmung ist im Bereich des Überobligatoriums neben dem auch hier geltenden Art 66 BVG (arg. reglementarischen

*Bestimmungen) jene gesetzliche Bestimmung, auf der die Beitragspflicht von AG und AN beruht. Auch hier gilt wie im Bereich des Obligatoriums, dass der AG den gesamten Betrag der Vorsorgeeinrichtung schuldet.*

*In der Praxis bedeutet dies: Umhüllende Vorsorgelösungen, also mit obligatorischer und überobligatorischer Basis, sind der große Regelfall. Reine obligatorische Vorsorgelösungen gibt es praktisch nicht, werden in der Regel gar nicht angeboten. Basis für den überobligatorischen Bereich ist immer das Obligatorium. Eine ziffernmäßige Trennbarkeit zwischen Obligatorium und Überobligatorium ist bei umhüllenden Lösungen weder beitrags- noch leistungsseitig möglich (ausgenommen im Sparbereich).*

*Zusammenfassend gilt, dass heute eine sehr große Anzahl von Normen des BVG-Obligatoriumsgebietes auch auf den überobligatorischen Bereich anzuwenden ist.*

### **Sozialversicherung**

*Die berufliche Vorsorge ist sowohl im obligatorischen als auch im überobligatorischen Bereich dem Eidgenössischen Versicherungsgericht und der Sozialversicherungsgerichtsbarkeit unterstellt. Für Locher ist deshalb auch der überobligatorische Teil der beruflichen Vorsorge Sozialversicherungsrecht.*

### **Unterschiede und Gemeinsamkeiten des obligatorischen und des überobligatorischen Bereichs**

*Die gesamte 2. Säule ist insgesamt von privatrechtlicher Organisation getragen. Einzige Ausnahme bilden die öffentlich rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen für Arbeitnehmer der öffentlichen Hand.*

*Die Finanzierung der gesamten zweiten Säule erfolgt nach dem Kapitaldeckungsverfahren, grundsätzlich durch Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge.*

*Auch die im überobligatorischen Bereich angesiedelte Personalfürsorgestiftung steht unter staatlicher Aufsicht. Das Aufsichtsverhältnis ist öffentlich-rechtlicher Natur. Die Aufsichtsbehörde tritt gegenüber der Stiftung mit hoheitlicher Gewalt auf. Gemäß Art. 62 Abs. 1 BVG, der gem. Art. 49 Abs. 2 auch im üo Bereich gilt, wacht die Aufsichtsbehörde darüber, dass die Vorsorgeeinrichtung (iwS) die gesetzlichen Vorschriften einhält, indem sie insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft, Berichterstattung fordert, in Berichte der Kontrollstelle Einsicht nimmt und bestimmte Streitfragen beurteilt.*

*Sowohl im obligatorischen als auch im überobligatorischen Bereich besteht die Verpflichtung, eine Kontrollstelle zu bestimmen für die jährliche Prüfung der Geschäftsführung, des Rechnungswesens und der Vermögenslage. In diesem Rahmen werden auch die Auszahlungen und die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften geprüft.*

*Auch im Bereich des Überobligatoriums ist zwingend auf die Prinzipien der Angemessenheit, Kollektivität, Gleichmäßigkeit, Planmäßigkeit, Versicherungspflicht Bedacht zu nehmen. Dies hat beispielsweise zur Folge, dass Vorsorgelösungen für den Einzelfall nicht zulässig sind.*

*Die Begünstigtenordnung ist im überobligatorischen Bereich gleich wie im obligatorischen geregelt.*

*Für den obligatorischen Bereich gelten insbesondere das BVG, für den darüber hinaus gehenden überobligatorischen Bereich die in Art. 49 Abs. 2 BVG aufgezählten Bestimmungen (ua betreffend die Definition und Grundsätze der beruflichen Vorsorge, die paritätische Verwaltung, die Verantwortlichkeit und Kontrolle, die Vermögensverwaltung und Information der Versicherten), die dort nicht erwähnten Vorschriften über die steuerliche Behandlung, die Bestimmung über die Aufteilung der Beiträge sowie eine Vielzahl weiterer gesetzlicher Bestimmungen. Art. 89a ZGB bestimmt; dass eine Reihe von BVG-Bestimmungen (ua betreffend die Grundsätze der beruflichen Vorsorge, die Verantwortlichkeit, die Zulassung und Aufgaben der Kontrollorgane, die Aufsicht und die Oberaufsicht, die finanzielle Sicherheit und Transparenz, die Rechtspflege, den versicherbaren Lohn und das versicherte Einkommen) auch für Personalfürsorgestiftungen (im überobligatorischen Bereich) gilt. Und auch das Arbeitsvertragsrecht des OR enthält vorsorgerechtliche Gesetzesbestimmungen, die es im überobligatorischen Bereich zu beachten gilt.*

### **Ausländisches Steuerrecht**

*Obligatorium und Überobligatorium werden vom schweizerischen Gesetzgeber in steuerrechtlicher Hinsicht völlig gleich behandelt (Art. 79a – 84 BVG): Die Vorsorgebeiträge der Arbeitgeber sind unwiderrufliche Zuweisungen an Vorsorgeeinrichtungen und gelten bei diesen vollumfänglich als Geschäftsaufwand. Die laufenden Beiträge der Arbeitnehmer, auch die vom Arbeitgeber finanzierten, sind bei ihnen vollumfänglich abzugsfähig. Demgegenüber sind die Leistungen von Vorsorgeeinrichtungen vollumfänglich einkommensteuerpflichtig. An dem im BVG festgeschriebenen Prinzip der vollen Abzugsfähigkeit einerseits und der nachgelagerten vollen Besteuerung andererseits hat sich durch die 1. BVG-Revision nichts geändert. Die gesetzlichen Bestimmungen zielen klar auf die Förderung der beruflichen Vorsorge und verhindern gleichzeitig Missbrauch, indem auf die Prinzipien der Angemessenheit, Kollektivität, Gleichmäßigkeit, Planmäßigkeit, Versicherungspflicht*

*(zwingend) Bedacht zu nehmen ist, widrigenfalls ein Vorsorgeplan aufsichtsbehördlich nicht genehmigt wird. Durch die nachgelagerte Besteuerung wird die Steuerlast von der aktiven auf die passive Bevölkerung verschoben. Aus der zeitlichen Verlagerung, weiters als Folge der meist niedrigeren Progression und schließlich wegen der begünstigten Besteuerung von Kapitalleistungen nimmt die steuerliche Ergiebigkeit tendenziell ab.*

### **Rechtsverhältnis**

*Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Arbeitgeber und der Personalfürsorgestiftung sind im Bereich des Obligatoriums vor allem von den Artikeln 39 Abs. 2, 41 und 66 Abs. 1 und 2 BVG, im Bereich des Überobligatoriums von Art. 41 BVG, BVV 2 und Art. 331 Abs. 3 OR geregelt. Die unterschiedlichen Normen sind materiell bewusst in Übereinstimmung gebracht worden.*

*Unter der Herrschaft des BVG gibt es auch noch Raum für kantonales Recht. So sind die Kantone verpflichtet, die zuständige Aufsichtsbehörde und das zuständige Gericht zu bezeichnen.*

### **Reglement**

*Dem Reglement kommt im Rahmen des Überobligatoriums die Bedeutung von allgemeinen Geschäftsbedingungen und im Bereich des Obligatoriums von materiellem Recht zu. Bei allen Vorsorgeeinrichtungen mit festem Leistungs- bzw Beitragssystem werden die Einzelheiten des Versicherungsplans im von der Aufsichtsbehörde zu genehmigenden Reglement geregelt. Registrierungspflicht besteht (nur) für Vorsorgeeinrichtungen, die an der Durchführung der obligatorischen Versicherung teilnehmen wollen.*

### **Öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen**

*Bund, Kantone und zahlreiche Gemeinden haben als öffentliche Vorsorgeträger ihre Rechtgrundlage im öffentlichen Recht, also im Gesetz, in Verordnungen, in öffentlich rechtlichen Statuten. Bei den privat Angestellten gilt der Beitragsprimat, bei den öffentlich Bediensteten der Leistungsprimat. Im zuerst genannten Bereich gilt das Kapitaldeckungsverfahren, im zweiten das Umlageverfahren. Die Leistungen der zweiten Säule für die öffentlich Bediensteten sind im Vergleich zu jenen der privat Bediensteten geradezu Luxus.*

### **Rechtsvergleich**

*Während in Österreich 1990 die freiwillige berufliche Vorsorge eingeführt worden ist (Helbling, Personalvorsorge und BVG8, S 45), gibt es in der Schweiz die verpflichtende berufliche Vorsorge seit 1985. Dies zeigt besonders deutlich, dass sich die lohnsteuer-, arbeits- und*

*sozialversicherungsrechtlichen Rahmenbedingungen in der Schweiz von jenen Österreichs erheblich unterscheiden (siehe auch UFSaktuell, 1/2003, 18). Eine wechselseitige Abstimmung der unterschiedlichen Rechtskreise fehlt. In Teilbereichen wirkt das FZA harmonisierend."*

Die solcherart den bisherigen Wissensstand ergänzende und vervollkommnende Information führte bei den Teilnehmern der Veranstaltung zu der Meinungsbildung, dass – kurz umrissen – für **Arbeitnehmer** in der Schweiz seit Geltung des BVG ganz allgemein eine Verpflichtung besteht, die reglementmäßig vorgesehenen Beiträge, auch die überobligatorischen, an die Pensionskasse zu leisten. Die zunächst auf faktischen und schuldrechtlichen Grundlagen beruhende Verpflichtung ist gesamthaft betrachtet rahmengesetzlich reguliert und aufsichtsbehördlich kontrolliert. Steuerrechtlich und erbrechtlich sind die auf Basis eines Reglements geleisteten Beiträge den obligatorischen Verpflichtungen gleichgestellt. Der Arbeitnehmer kann sich auch im Bereich des Überobligatoriums der gesetzlich verankerten Zahlungsverpflichtung nicht entziehen. Der Terminus "überobligatorisch" darf insofern nicht mit "freiwillig" gleichgesetzt werden. Die ausdrücklich als "freiwillig" bezeichnete Versicherung ist in Art. 4 BVG angesprochen und betrifft die dritte, hier nicht interessierende Säule des Schweizer Vorsorgemodells.

Da das Freizügigkeitsabkommen eine Benachteiligung von auspendelnden Arbeitnehmern untersagt, wären die Arbeitnehmerbeiträge jedenfalls als unter den allgemeinen Werbungskostenbegriff fallend zu werten, würde eine Subsumption unter § 16 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 fehlschlagen. Die höchstgerichtliche Rechtsprechung (VwGH 17.1.1996, 94/14/0069) ist im Hinblick auf die geänderte Rechtslage wohl als insofern obsolet zu betrachten.

Was die Seite des **Arbeitgebers** und die von ihm entrichteten überobligatorischen Arbeitgeberbeiträge betrifft, so scheint es sich oberflächlich betrachtet allenfalls um eine wirtschaftliche, nicht aber um eine gesetzliche Leistungsverpflichtung im hier maßgeblichen Sinne zu handeln. Dass es zumindest einen wirtschaftlichen Zwang zur Gewährung überobligatorischer Anreize gibt, ist aber unstrittig. Auf der allgemeingültigen Regelung von Art. 1 BVG beruhend, wonach auch für den Bereich des Überobligatoriums normiert ist, dass die berufliche Vorsorge den Zweck verfolgt, beim Eintritt des Versicherungsfalles die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise zu erlauben, scheint es vertretbar, eine entsprechende, grundsätzlich gesetzliche Verpflichtung anzunehmen. Vor allem aber spricht Art. 66 BVG, der seiner Textierung nach auch im Bereich des Überobligatoriums Anwendung findet, klar für das Vorliegen einer auch den Arbeitgeber treffenden gesetzlichen Verpflichtung. Denn danach **muss** zum einen der Beitrag des Arbeitgebers mindestens gleich hoch sein wie die gesamten Beiträge aller seiner



Arbeitnehmer. Zum anderen schuldet der Arbeitgeber der Vorsorgeeinrichtung die gesamten Beträge, weshalb er den in den reglementarischen Bestimmungen festgelegten Beitragsanteil des Arbeitnehmers vom Lohn abzieht. Schließlich darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Pensionskassen gemäß der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenvorsorge vom 18.4.1984 (BVV 2) verpflichtet sind, bei der inhaltlichen Ausgestaltung die Grundsätze der Angemessenheit, Kollektivität, Gleichbehandlung, Planmäßigkeit sowie das Versicherungsprinzip zu beachten. Die in § 124 b Z 53 EStG 1988 vorgesehene Gleichstellung der Besteuerung von Pensionskassenabfindungen aufgrund gesetzlicher oder statutenmäßiger Regelungen untermauert eine solche Auslegung.

Geht man aber von einer ausländischen gesetzlichen Verpflichtung des Arbeitgebers zur Beitragsleistung aus, so muss eine Erfassung dieser Arbeitgeberbeiträge auf Arbeitnehmerseite bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit iSd § 26 Z 7 lit. a, zweiter Teilstich, EStG 1988 **verneint** werden, ohne dass es darüber hinausgehend der Untersuchung eines allenfalls vorliegenden (eingeschränkten) Zuflusses bedarf.

Bei Ablehnung der Anwendbarkeit der oben genannten Gesetzesstelle und Annahme eines steuerpflichtigen Zuflusses bei Arbeitnehmern mit Grenzgängereigenschaft, baut wohl auch hier das Freizügigkeitsabkommen eine Schranke auf, die der Benachteiligung auspendelnder Steuerpflichtiger entgegensteht (vgl. Schreiben der Europäischen Kommission vom 6.11.2012, 4211/12/TAXU).

In zusammenfassender Würdigung ist der UFS zu der Rechtsmeinung gelangt, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der Schweiz seit 1985 nicht nur arbeitsvertraglich bzw. obligationenrechtlich (ZGB, OR), sondern letztlich auch öffentlich-rechtlich verpflichtet sind, die im Reglement vorgesehenen Beiträge in die Vorsorgeeinrichtung einzubezahlen (Art. 66 BVG, BVV 2). Dies bedeutet ein Abrücken von den Berufungsentscheidungen des UFS vom 18.1.2011, RV/0207-F/09 und vom 15.2.2011, RV/0296-F/09, die sich offenbar nicht vertieft mit der ausländischen Rechtslage auseinandersetzen und den Terminus „überobligatorisch“ unzutreffend mit „freiwillig“ gleichsetzen. Die festgestellte Verpflichtung trifft alle Arbeitnehmer von Schweizer Arbeitgebern, somit auch alle Grenzgänger. Die faktische, obligationenrechtliche und durch öffentliches Recht rahmengesetzlich geregelte und kontrollierte Verpflichtung zur Beitragsleistung geht über eine rein dienstvertragliche, aber auch über eine kollektivvertragliche Verpflichtung in ihrer Intensität und Breitenwirkung hinaus. Insofern steht auch die Judikatur des VwGH betreffend die Nichtanerkennung kollektivvertraglich verpflichtender Beiträge einer Auslegung im dargelegten Sinn nicht entgegen (VwGH 17.1.1995, 94/14/0069, VwGH 23.9.2010, 2007/15/0206) und entspricht

dem auch die in LStR 2000 Rz 245b und EAS 3081 zum Ausdruck gebrachte Rechtsmeinung des BMF.

Von einer derartigen Auslegung ist seit der verpflichtenden Einrichtung der beruflichen Vorsorge auszugehen. Hinsichtlich der Arbeitgeberbeiträge manifestiert das Freizügigkeitsabkommen auch eine abkommensrechtliche Verpflichtung. Es wäre nämlich eine unzulässige Diskriminierung von Grenzgängern, wenn die meist pauschal zu deren Gunsten verpflichtend zu leistenden Arbeitgeberbeiträge - im Unterschied zu jenen für inländische Arbeitnehmer – steuerlich erfasst würden (anders im deutschen Steuerrecht, das ausgaben- wie auch einnahmenseitig in einer Weise differenziert, die dem österreichischen Ertragsteuerrecht fremd ist sowie eine Gleichsetzung von Gesetz und Statuten nicht kennt).

Aus verfassungsrechtlicher Sicht scheint es im Übrigen im Hinblick auf die unterschiedliche Behandlung von Beiträgen bei privat angestellten Arbeitnehmern und öffentlich Bediensteten unsachlich und nicht gerechtfertigt, angesichts dem Grunde und der Höhe nach vergleichbarer Leistungen aus Pensionskassen im überobligatorischen Bereich, die entsprechenden Beiträge unterschiedlich zu behandeln, weil sie im einen Fall von der öffentlichen, im anderen von einer privaten Hand getragen werden.

Im Sinne der obenstehenden Analyse kann es – hierüber bestand Uneinigkeit in der UFS-Rechtsprechung - hinsichtlich Bezügen und Vorteilen aus ausländischen Pensionskassen dahingestellt bleiben, ob die Bestimmung des § 25 Abs. 1 Z 2 lit. b EStG 1988 eher systematisch (vgl. UFS 18.1.2011, RV/0207-F/09 und 15.2.2011, RV/0296-F/09, VwGH 23.10.1997, 96/15/0234, *Reiner/Reiner*, Festschrift Doralt, 350) oder rein wörtlich (vgl. UFS 4.7.2012, RV/0591-G/09) auszulegen ist. In beiden Fällen ist nämlich das Resultat ident. Einerseits stellen nach dem Ausgeführten auch die im Bereich des Überobligatoriums aufgrund von Reglements verpflichtend zu leistenden Arbeitnehmerbeiträge seit Einführung der verpflichtenden beruflichen Vorsorge Werbungskosten und die korrespondierenden Arbeitgeberbeiträge nicht steuerbare Einkünfte dar. Andererseits wurden sowohl die Arbeitnehmer- als auch die Arbeitgeberbeiträge aufgrund der dargelegten aus- und inländischen Rechtslage nach in der bisherigen Praxis gepflogenen Usus steuerlich voll zum Abzug zugelassen bzw. nicht erfasst. Ein Auseinanderklaffen zwischen Gesetzeslage und faktischen Gegebenheiten ist daher nicht feststellbar.

Seitens des Finanzamtes wurde für den Berufungsfall eingewendet: Die überobligatorischen Arbeitnehmer-, aber insbesondere die Arbeitgeberbeiträge gehen über die Mindestbestimmungen des Art. 16 BVG beträchtlich hinaus. So beträgt der Arbeitnehmerbeitrag laut Anhang zum Reglement für die Altersgruppe des Berufungswerbers 4,5% plus 2% Zusatzbeiträge, dh um 1,5% mehr als laut Art. 16 BVG, 5%. Die

Arbeitgeberbeiträge umfassen 10,5% plus 2,5% Zusatzbeiträge, dh um 8% mehr als laut Art. 16 BVG, 5%. Der Berufungswerber gehört im Übrigen der Gruppe der "Kader" (ab Prokurist, Manager, Assistant Director) an, in welcher laut Anhang zum Reglement weitere Zusatzbeiträge von 2% auf Arbeitnehmerseite und von 2,5% auf Arbeitgeberseite für die Altersgruppe des Berufungswerbers zu entrichten sind. In einer solchen, auf Kosten des Arbeitgebers den Arbeitnehmer massiv begünstigenden Konstellation – so das Finanzamt – könne keine gesetzliche Verpflichtung gesehen werden. Es werde daher angeregt, die den Beitragssatz von 7,5% übersteigenden Arbeitgeberbeiträge als direkt und unmittelbar dem Arbeitnehmer zufließenden Vorteil aus dem Dienstverhältnis zu versteuern.

Die Referentin des Unabhängigen Finanzsenates vermag sich dieser Sichtweise nicht anzuschließen: Wie bereits ausgeführt gilt für die Pensionskassen gemäß Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenvorsorge vom 18.4.1984 (BVV 2) die Verpflichtung, bei der inhaltlichen Ausgestaltung reglementarischer Bestimmungen die Grundsätze der Angemessenheit, Kollektivität, Gleichbehandlung, Planmäßigkeit sowie das Versicherungsprinzip zu beachten. Auch die Stiftung Pensionskasse XY muss insofern einer aufsichtsbehördlichen Untersuchung durch das Schweizer Bundesamt für Sozialversicherungen unterzogen worden sein. Wäre der Vorsorgeplan als contra legem eingestuft worden, hätte die aufsichtsbehördliche Genehmigung – die laut Aktenlage nicht in Streit steht - nicht erteilt werden können.

Zu bedenken ist im Übrigen zu geben: Die Herausrechnung überobligatorischer Arbeitgeberbeiträge und deren Versteuerung als Lohnbestandteil wirft die Frage auf, wie später, bei Auszahlung der Pensionskassenleistungen, aus dem Gesamtbetrag der diesfalls nur zu 25% zu besteuernde Betrag herausgefiltert werden sollte. Selbst wenn man die Linie des Finanzamtes als steuerrechtlich vertretbar ansehen wollte, sprächen insofern Fragen der praktischen Administrierbarkeit bzw. verfahrensökonomische Gründe gegen eine überspitzte Auslegung – dies umso mehr, als zweifelhaft ist, ob ein eklatanter Unterschied im steuerlichen Gesamtergebnis Platz greifen würde.

Der streitgegenständliche Sachverhalt ist daher wie nachstehend zu beurteilen:

- Die vom Berufungswerber in die zweite Säule der Schweizer Pensionskasse einbezahlten Beiträge sind auch im überobligatorischen Bereich als Pflichtbeiträge nach ausländischem Recht einzustufen und als Werbungskosten gemäß § 16 Abs. 1 Z 4 lit. h EStG 1988 absetzbar.
- Auch die vom Arbeitgeber bezahlten überobligatorischen Beiträge haben ihre Grundlage nach dem vorstehend Ausgeführten in einer ausländischen gesetzlichen

Verpflichtung, weshalb sie gemäß § 26 Z 7 lit. a, zweiter Teilstrich, EStG 1988 nicht unter die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit fallen.

- Für beide Konstellationen von Beitragszahlungen im überobligatorischen Bereich steht im Übrigen das Freizügigkeitsabkommen einer Benachteiligung auspendelnder steuerpflichtiger Arbeitnehmer entgegen.

In folgerichtiger Konsequenz der beschriebenen Vorgangsweise sind die hinkünftig zu erwartenden überobligatorisch finanzierten Pensionskassenleistungen vollumfänglich steuerlich zu erfassen.

Insgesamt war spruchgemäß zu entscheiden.

Beilage: 1 Berechnungsblatt

Feldkirch, am 27. März 2013