



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 4. Juli 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 19. Juni 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe (Differenzzahlung) ab April 2005, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Strittig ist die Anspruchsberechtigung des Berufungswerbers (Bw.) auf Familienbeihilfe.

Der Bw. ist polnischer Staatsbürger, der in Österreich beruflich tätig ist.

Seine Ehefrau (Hausfrau) und seine beiden Kinder leben in Polen.

Der Bw. lebt seit 14. Februar 2005 mit seinem Vater (C) in L.

Der Bw. verfügte seit 1. April 2005 über folgende Gewerbeberechtigungen, die er mit Wirkung vom 25. September 2006 wieder zurücklegte:

1. Abdichter gegen Feuchtigkeit und Druckwasser
2. Verschließen von Bauwerksfugen mittels plastischer und dauerelastischer Kunststoffmassen und Kunststoffprofilen
- 3.erspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltene Tätigkeit
4. Schwarzdecker

5. Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilstücke oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen

Lt. Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung war der Bw. im Zeitraum 1. April 2005 bis 30. September 2006 als selbständig Erwerbstätiger und für den Zeitraum ab 17. Oktober 2006 als Arbeiter versichert gemeldet.

Mit 11. September 2006 wurde vom Arbeitsmarktservice (AMS) dem Bw. eine EU-Freizügigkeitsbestätigung gem. § 32a Abs. 2 bzw. 3 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975, in der geltenden Fassung, ausgestellt. Damit hatte der Bw. die Möglichkeit im gesamten Bundesgebiet Österreichs eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen.

Zum beruflichen Tätigkeitsbereich (Verspachteln und Verschließen von Bauwerksfugen) wurde seitens des Finanzamtes wie folgt erhoben:

- Im Jahre 2005 habe der Bw. zwei Rechnungen, zum einen an die Firma D mit einem Pauschalpreis i.H.v. 5.121 € und zum anderen an die Firma E mit einem Pauschalpreis i.H.v. 2.986 € gelegt.

Bezahlt worden sei der Bw. auf einer nicht mehr erinnerlichen Baustelle in bar.

- Im Jahre 2006 habe der Bw. für div. Bauhilfsarbeiten neun Rechnungen an die Firma G gelegt.

Ab 17. Oktober 2006 (nach Erhalt der EU-Freizügigkeitsbestätigung) sei er nur mehr als nicht selbständiger Arbeitnehmer bei der Firma G beschäftigt gewesen.

Am 3. August 2005 brachte der Bw. einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine beiden in Polen lebenden Kinder wie folgt ein:

Kind	Geburtsdatum	Antrag auf FB ab
A	15.7.1996	April 2005
B	16.8.2004	April 2005

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung der Familienbeihilfe mit Bescheid vom 19. Juni 2006 ab und begründet dies wie folgt:

- Da bisher keine Nachweise über das Vorliegen einer rechtmäßigen Beschäftigung im Bundesgebiet nach den österreichischen Rechtsvorschriften erbracht worden seien, könne auch nicht von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ausgegangen werden.

Der Bw. erhob gegen den o.a. Bescheid Berufung und führt im Wesentlichen folgendermaßen aus:

- Die abweisende Begründung des Finanzamtes sei unrichtig, da er alle Nachweise für seine Tätigkeit mit dem Antrag eingereicht habe.

- Der Bw. habe seine selbständige Tätigkeit im Jahre 2005 legal und korrekt angefangen und sei als Unternehmer im zweiten Geschäftsjahr tätig.

Da damit zu rechnen war, der Bw. werde auf eine abweisende Berufungsvorentscheidung mit Vorlageantrag reagieren, wurde aus diesem Grunde vom Finanzamt eine Berufungsvorentscheidung nicht erlassen.

Gem. § 276 Abs. 6 BAO legte das Finanzamt die Berufung der Abgabenbehörde zweiter Instanz direkt vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt wurde als erwiesen angenommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt und ist den vorgelegten Unterlagen zu entnehmen:

Der in Österreich arbeitende Bw., der polnischer Staatsbürger ist, hat zwei minderjährige Kinder, die bei ihrer Mutter (Verkäuferin) in Polen leben.

Der tatsächlich ausgeübte Tätigkeitsbereich des Bw. umfasst Verspachteln und Verschließen von Bauwerksfugen sowie div. Bauhilfsarbeiten.

Diese nicht selbständigen Tätigkeiten übte der Bw. für folgende Firmen aus:

D,

E und

G.

Gem. § 5 (3) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf **Familienbeihilfe**.

Gem. Artikel 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern iVm der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Der persönliche Geltungsbereich der Verordnung Nr 1408/71 ist in Artikel 2 definiert.

Gemäß Art 2 Abs. 1 gilt die - als unmittelbares Recht anzuwendende - Verordnung Nr 1408/71 insbesondere für "Arbeitnehmer und Selbständige, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten".

Gemäß Art 3 der VO (EWG) Nr. 1408/71 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nicht anderes vorsehen.

Eine Leistung wie die **Familienbeihilfe** nach dem österreichischen FLAG ist eine Familienleistung iSv Art 4 Abs 1 lit. h der VO (EWG) Nr 1408/71.

Da der Bw. als polnischer Staatsangehöriger infolge des Beitritts (ab 2004) Polens zur Europäischen Union vom persönlichen Geltungsbereich der genannten Verordnung erfasst ist, besteht somit grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten.

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken.

Österreich kann Übergangsbestimmungen hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit für die neuen EU-Bürger für maximal sieben Jahre einführen.

Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten (mit Ausnahme Maltas und Zyperns) wird im § 32a Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs 2 lit 1 AuslBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (d.h. bis maximal 30. April 2011) weiterhin dem AuslBG.

Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 28/2004, lauten:

"Begriffsbestimmungen

§ 2 (2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,
- c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs 5,
- d) nach den Bestimmungen des § 18 oder
- e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern.

§ 3. (2) Ein Ausländer darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, eine Beschäftigung nur antreten und ausüben, wenn für ihn eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn er eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt."

Gem. § 47 Abs. 2 EStG 1988 liegt ein Dienstverhältnis vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet.

Dies ist der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht, oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.

Nach gängiger Rechtssprechung (VwGH 19.12.1990, 89/13/0131, VwGH 20.12.2000, 99/13/0223, VwGH 24.9.2003, 2000/13/0182) ist bei der Beurteilung, ob ein steuerliches Dienstverhältnis besteht, vom tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt der Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern auszugehen. Maßgebend sind weder die Bezeichnung noch subjektive Gesichtspunkte, sondern ausschließlich die objektiven Umstände (VwGH 18.10.1989, 88/13/0185).

Das sachliche Weisungsrecht ist auf den Arbeitserfolg gerichtet, während das für die Arbeitnehmereigenschaft sprechende persönliche Weisungsrecht einen Zustand wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit fordert. Die persönlichen Weisungen sind auf den zweckmäßigen Einsatz der Arbeitskraft gerichtet und dafür charakteristisch, dass der Arbeitnehmer nicht die Ausführung einzelner Arbeiten verspricht, sondern seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt (VwGH 21.12.1993, 90/14/0103; VwGH 23.5.2000, 97/14/0167; VwGH 20.12.2000, 99/13/0223). So nimmt das persönliche Weisungsrecht des Arbeitgebers etwa auf die Art der Ausführung der Arbeit, die Zweckmäßigkeit des Einsatzes der Arbeitsmittel, die zeitliche Koordination der zu verrichtenden Arbeiten, die Vorgabe des Arbeitsortes usw. Einfluss.

Die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus ist im Sinne einer Abhängigkeit vom Auftraggeber zu verstehen (VwGH 21.12.1993, 90/14/0103). Sie zeigt sich u.a. in der Vorgabe von Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsmittel durch den Auftraggeber sowie die unmittelbare Einbindung der Tätigkeit in betriebliche Abläufe des Arbeitgebers. Ein Tätigwerden nach den jeweiligen zeitlichen Gegebenheiten bringt eine Eingliederung in den Unternehmensorganismus zum Ausdruck, was dem Vorliegen eines Werkverhältnisses zuwider läuft (VwGH 15.9.1999, 97/13/0164).

Eine Entlohnung, die sich ausschließlich am wirtschaftlichen Erfolg bzw. Arbeitsergebnis orientiert (Akkordlohn, Provisionen), ist für einen Arbeitnehmer eher selten, kommt aber im Wirtschaftsleben vor. Sie begründet dann kein Unternehmerwagnis, wenn die mit der Tätigkeit verbundenen Kosten unmittelbar vom Auftraggeber getragen werden, und wenn diesem gegenüber ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis besteht (VwGH 9.11.1994, 93/13/0310).

Das an sich für eine selbständig ausgeübte Tätigkeit sprechende Merkmal des Unternehmerrisikos kann in gewissem Maße auch auf Dienstverhältnisse zutreffen, etwa wenn

der Arbeitnehmer in Form von Provisionen oder Umsatzbeteiligungen am wirtschaftlichen Erfolg seines Arbeitgebers beteiligt ist (VwGH 25.10.1994, 90/14/0184).

Eine Kontrolle des Auftraggebers hinsichtlich Art, Ort und Zeit der Beschäftigung spricht für Nichtselbstständigkeit.

Wenn ein Auftragnehmer sich bei seiner Arbeitsleistung vertreten lassen kann und das Bestimmungsrecht darüber nicht dem Auftraggeber zusteht, sondern im Belieben des Auftragnehmers liegt, ist in der Regel ein Werkvertragsverhältnis anzunehmen (VwGH 16.2.1994, 92/13/0149; VwGH 23.5.2000, 97/14/0167).

Allerdings ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise darauf Bedacht zu nehmen, dass es sich bei der Vertretungsmöglichkeit nicht bloß um eine formale Vereinbarung, sondern um eine der üblichen Gestaltung im Wirtschaftsleben entsprechende tatsächliche Vertretungsmöglichkeit handeln muss (VwGH 5.10.1994, 92/15/0230).

Im vorliegenden Fall ist aus nachstehenden Erwägungen davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit des Bw. nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische unselbständige Beschäftigung als Hilfsarbeiter auf einer Baustelle darstellt:

- Es gibt keinen schriftlichen Werkvertrag zwischen dem Bw. und seinen Auftraggebern. Auch der nicht datierte Auftrag zwischen dem Bw. und der Firma G entspricht in keinsten Weise einem fremdüblichen Werkvertrag (z.B. keine konkrete Angabe des Erfüllungsortes, der Erfüllungszeit sowie keine Angabe über konkrete Art und Umfang der Leistung).

Die Angabe der Ausführungszeit Jänner bis September 2006 erscheint auch zweifelhaft, da die Auftraggeberin zu Beginn noch nicht „erahnen“ konnte, dass der Bw. mit 11. September 2006 eine EU-Freizügigkeitsbestätigung erhalten werde, was vermuten lässt, dass dieser „Auftrag“ nachträglich verfasst wurde.

- Private Auftraggeber wurden vom Bw. nicht behauptet oder glaubhaft gemacht.
- Die vom Bw. zu erbringenden vertraglichen Leistungen (Lohnarbeit in Form von div. Bauhilfsarbeiten) werden vom Auftraggeber vor Ort festgelegt, da aus dem vorgelegten Auftrag, keine detaillierten Arbeitsaufträge ersichtlich sind.
- Das Entgelt wird nach Pauschalen abgerechnet.

Der Rechnungsbetrag beträgt durchschnittlich 1.000 € und entspricht, da pauschal verrechnet, ähnlich einem Gehalt für Bauhilfsarbeiten.

Der ab Oktober 2006 bezogene Lohn aus nicht selbständiger Tätigkeit beträgt vergleichbare 1.200 € brutto.

- Arbeitsort (Baustelle) wird vom Arbeitgeber vorgegeben.

- Arbeitseinteilung und Arbeitseinsatz auf der Baustelle erfolgen über Anordnung des Auftraggebers.
- Der Bw. führt keine Stundenaufzeichnungen, Arbeitsprotokolle oder Bautagebücher.
- Der Bw. seinerseits beschäftigt keine Arbeitnehmer, bzw. bedient sich bei der Ausführung der Arbeiten keiner Hilfskräfte.
- Das zu verarbeitende Material wird vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt.
- Das vom Bw. verwendete, selbst erworbene Werkzeug ist geringfügig.
- Eine Vertretungsmöglichkeit ist nicht vorgesehen.

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden, insbesondere an Hand des Fragenkataloges ermittelten Sachverhaltes geht nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates eindeutig hervor, dass der Bw. nicht ein Werk, sondern - wie ein Dienstnehmer - seine Arbeitskraft schuldet bzw. dass der Bw. dem Willen des Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen ist, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall ist.

Es ist daher davon auszugehen, dass der Bw. seinem Arbeitgeber nur seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt hat. Inwieweit sich die Art seiner Tätigkeit von jener eines Hilfsarbeiters eines mit solchen Arbeiten befassten Unternehmens unterscheiden sollte, ist an Hand des vorliegenden Sachverhaltes nicht zu erkennen. Der Umstand, dass der Bw. mehrere Gewerbescheine besitzt, dass er sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet hat und dass er beim zuständigen Finanzamt um Vergabe einer Steuernummer angesucht hat, vermag daran nichts zu ändern.

Denn eine solche nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeutende Beschäftigung wird auch nicht dadurch zu einer selbständigen Tätigkeit, dass die Formalvoraussetzungen vorliegen, sind doch nach gängiger Rechtssprechung für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung als Dienstverhältnis nicht die vertraglichen Abmachungen maßgebend, sondern stets das tatsächlich verwirklichte Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit, wobei auch der im Wirtschaftsleben üblichen Gestaltungsweise Gewicht beizumessen ist (vgl. die bereits zitierten Erkenntnisse des VwGH vom 25.10.1994, 90/14/0184, und vom 20.12.2000, 99/13/0223).

Dies wird auch die unmittelbar an die Ausstellung der EU-Freizügigkeitsbestätigung erfolgte Beschäftigung als Arbeitnehmer, des bisherigen Auftraggebers (G) bestätigt.

Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass die Beschäftigung des Bw. (div. Bauhilfsarbeiten) nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist.

Eine solche Tätigkeit muss aber den oben zitierten Vorschriften des AusIBG entsprechen, d.h. dass es sich dabei um eine - bewilligungspflichtige - Beschäftigung iSd § 2 iVm § 3 Abs. 2 AusIBG handelt.

Da der Bw. die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme für den Zeitraum April 2005 bis September 2006 (z.B. Beschäftigungs-bewilligung) nicht nachgewiesen hat, folgt daraus, dass der Bw. in Österreich eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer im dargelegten Sinn nicht ausübt und auch nicht von einer Beschäftigung iSd VO (EWG) Nr. 1408/71 ausgegangen werden kann. Die VO (EWG) Nr. 1408/71 ist daher auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

Der Bw. hat demnach mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung keinen Anspruch auf Familienbeihilfe für seine in Polen lebenden Kinder von April 2005 bis September 2006. Ab Oktober 2006 (= mit Erhalt der EU-Freizügigkeitsbestätigung) ist somit der Bw. berechtigt, einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe zu stellen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 13. März 2007