



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des MC, 2540, vertreten durch Böck & Partner SteuerberatungsgmbH, 3170 Hainfeld, Bahnstraße 4a, vom 10. Februar 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling vom 28. November 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) ist slowakischer Staatsbürger und ist in Österreich im Bereich der Holzschlägerung und –bringung tätig.

Das Finanzamt wies seinen Antrag vom 24.1.2008 auf Differenzzahlung (Familienbeihilfe) mit Bescheid vom 28. November 2008 mit folgender Begründung ab

„Aufgrund der Erhebungen durch das Finanzamt Baden Mödling mit anschließender Prüfung durch den Fachbereich wurde festgestellt, dass hinsichtlich der von Ihnen im Jahr 2007 ausgeübten Tätigkeit keine selbständige Tätigkeit im Sinne des Einkommensteuergesetzes vorliegt. Es handelt sich um eine so genannte Scheinselbständigkeit, da die Indizien dafür weitaus überwiegen: Sie waren überwiegend nur für einen Auftraggeber tätig, dieser ist in derselben Branche tätig, Werkzeuge/Arbeitsmittel wurden von diesem Auftraggeber gekauft. Es gibt keinen öffentlichen Hinweis auf einen Betrieb, d.h. kein Büro, kein Firmenschild, keine

Werbeplakate, keine Telefonnummer am Betriebsstandort. Es findet kein aktives Anbahnen von Aufträgen statt. Es liegen weder schriftliche Werkverträge vor noch wurden schriftliche oder mündliche Angebote gemacht. Es werden keine eigenen Arbeitnehmer oder Hilfskräfte beschäftigt, es wurden die Arbeiten zum Teil mit Arbeitern des Auftraggebers ausgeführt. Diese Scheinselbständigkeit begründet nicht den Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des Familienlastenausgleichsgesetzes.“

Daraufhin brachte der steuerliche Vertreter des Bw. eine Berufung mit folgender Begründung ein:

„Der Antrag unseres Mandanten auf Zuerkennung von Familienbeihilfe für das Jahr 2007 für seine beiden Kinder wurde vom dortigen Finanzamt mit der Begründung abgewiesen, dass er in Österreich aufgrund vorliegender Indizien, welche im Rahmen einer Erhebung durch das Finanzamt Baden Mödling ermittelt worden seien, keine selbständige Tätigkeit im Sinne des Einkommensteuergesetzes ausübt, sondern es sich bei der Tätigkeit um eine Scheinselbständigkeit handle, weswegen unser Mandant keinen Anspruch auf Differenzzahlung zur Familienbeihilfe habe.

(1) Voraussetzung für den Bezug von Familienbeihilfe von Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, ist gemäß § 3 Abs. 1 und Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG), dass sich Antragsteller und Kinder nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Für EWR-Bürger, die sich in Österreich niederlassen wollen, sieht § 9 NAG vor, dass ihnen zur Dokumentation ihres gemeinschaftlichen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts über Antrag eine Anmeldebescheinigung gemäß § 53 NAG auszustellen ist. Diese Bescheinigung darf von der zuständigen Behörde jedoch nur bei Vorliegen der in §§ 51 und 52 NAG genannten Voraussetzungen ausgestellt werden. Neben anderen Voraussetzungen verlangt § 51 NAG das Vorliegen eines Dienstverhältnisses oder die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit durch den EWR-Bürger.

Im vorliegenden Fall hat die Bezirkshauptmannschaft Baden Herrn G am 26. Juni 2007 eine solche Anmeldebescheinigung ausgestellt, weil er den Nachweis seiner Selbständigkeit erbringen konnte. Falls die Anmeldebescheinigung dem dortigen Finanzamt noch nicht vorliegen sollte, übermitteln wir anbei eine Kopie. Sämtliche gesetzliche Anspruchsvoraussetzungen für die Zuerkennung von Familienbeihilfe wurden somit erfüllt und nachgewiesen.

(2) In der Begründung des angefochtenen Bescheides hat sich das dortige Finanzamt jedoch nicht mit dem Vorliegen der Voraussetzungen von § 3 FLAG auseinandergesetzt, sondern

lediglich das Fehlen einer selbständigen Tätigkeit behauptet und das Vorliegen von Scheinselbständigkeit aufgrund von Indizien unterstellt.

Herr MC hat mit 26. Jänner 2007 das Gewerbe „Holzschlägerung und -bringung“ bei der Bezirkshauptmannschaft Baden (Fachgebiet Gewerberecht) angemeldet und übt dieses Gewerbe seit diesem Zeitpunkt auch tatsächlich aus. Ein Auszug aus dem Gewerberegister sowie eine Versicherungsbestätigung der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft wurden dem Finanzamt bereits vorgelegt. Zudem wurde mit Schreiben vom 27. Feber 2007 ein Fragebogen anlässlich der Eröffnung eines Gewerbebetriebes übermittelt und die Vergabe einer Steuernummer beantragt. Die Mitteilung über das zuständige Finanzamt sowie die entsprechende Steuernummer wurde unserem Mandanten per 1. März 2007 ausgestellt.

In der Begründung des Abweisungsbescheides vom 28. November 2008 wurde angeführt, dass hinsichtlich einer Erhebung durch das Finanzamt Baden Mödling mit anschließender Prüfung durch den Fachbereich die Behörde zur Ansicht gekommen sei, dass es sich bei der von Herrn G im Jahr 2007 ausgeübten Tätigkeit um keine selbständige Tätigkeit im Sinne des Einkommensteuergesetzes, sondern um eine so genannte Scheinselbständigkeit handle.

Eine selbständige Betätigung liegt nach den EStR Rz 5402 vor, *„wenn sie ohne persönliche Weisungsgebundenheit und ohne organisatorische Eingliederung in einen anderen Betrieb auf eigene Rechnung und Gefahr und unter eigener Verantwortung betrieben wird, der Steuerpflichtige das Unternehmerwagnis trägt oder sich vertreten lassen kann.“*

Im Abweisungsbescheid vom 28. November 2008 wurde als Begründung für die unterstellte Scheinselbständigkeit angeführt, Herr G sei *„überwiegend nur für einen Auftraggeber tätig, dieser ist in der selben Branche tätig, Werkzeuge/arbeitsmittel wurden von diesem Auftraggebergekauft.“*

Gegenstand der von Herrn G angebotenen Leistungen ist vorwiegend die Holzschlägerung sowie Läuterungsarbeiten, wobei stets ein Erfolg (d.h. ein Werk) geschuldet wird; kein Auftraggeber würde Herrn G für seine bloßen und nicht zum Erfolg führenden Bemühungen oder gar nur für Arbeitsbereitschaft bezahlen. Er besitzt keinen wie immer gearteten Anspruch auf Urlaub oder Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und trägt das Risiko für Schlecht- oder Nichterfüllung seines Auftrages.

Zum Nachweis seiner Tätigkeit hat Herr G im Rahmen der Erhebungen durch die Behörde seine bislang im Jahr 2007 sowie im Jahr 2008 ausgestellten Honorarnoten vorgelegt. Aus diesen ist ersichtlich, dass Herr G zwar zu Beginn seiner Tätigkeit überwiegend für einen

Auftraggeber tätig war, jedoch mittlerweile, insbesondere durch verstärkte Mundpropaganda für verschiedene Auftraggeber (Unternehmer und Privatpersonen) tätig wird.

Wann, für wen und wo gearbeitet wird, unterliegt der Vereinbarung im Einzelfall, eine Eingliederung in die Organisation eines anderen Betriebes fand und findet nicht statt. Ebenso unterliegt er keinen fachlichen Weisungen seiner Auftraggeber.

Herr G verwendet für seine Arbeit überwiegend eigene Arbeitsmittel, die er für die Ausübung seines Gewerbe nachweislich angeschafft. Es steht Herrn G frei, sich seine zur Erfüllung seiner Aufträge benötigten Werkzeuge und Arbeitsmittel von wem auch immer anzuschaffen, insbesondere wenn es für ihn eine kostengünstige Alternative bedeutet.

„Es gibt keinen öffentlichen Hinweis auf einen Betrieb, d.h. kein Büro, kein Firmenschild, keine Werbeplakate, keine Telefonnummer am Betriebsstandort. Es findet kein aktives Anbahnen von Aufträgen statt.“

Herr G betreibt seinen Gewerbebetrieb nicht von einem fixen Standpunkt (Büro) aus, da dies die Natur seiner Tätigkeit nicht bedingt. Ebenso absurd wäre es, von einem, Marktfahrer oder Schausteller ein Büro als Merkmal der selbständigen Ausübung seiner Tätigkeit zu verlangen. Herr G ist für seine Kunden über sein Mobiltelefon erreichbar und werden Beauftragungen in der Regel auch auf diesem Weg abgewickelt.

Werbung und Akquisition erfolgen zum überwiegenden Teil über entsprechende Mundpropaganda, was im Übrigen auch bei den meisten freien Berufen der Fall ist.

„Es liegen weder schriftliche Werkverträge vor noch wurden schriftliche oder mündliche Angebote gemacht.“

Wie auch aus der dortigen Niederschrift vom 4.11.2008 zu entnehmen ist, wurden bzw. werden von Herrn G ausschließlich mündliche Werkverträge abgeschlossen, was in der Holzschlägerungsbranche absolut üblich ist. Dementsprechend wurden selbstverständlich auch mündlich Angebote gemacht. Waren potentielle Auftraggeber mit den von Herrn G *angebotenen Auftragsbedingungen bzw. Stunden- oder m³-Sätzen nicht einverstanden, ist es eben zu keiner Auftragserteilung gekommen.*

„Es werden keine eigenen Arbeitnehmer, oder Hilfskräfte beschäftigt, es wurden die Arbeiten zum Teil mit Arbeitern des Auftraggebers ausgeführt.“

Es steht Herrn G frei, in seinem Betrieb Mitarbeiter zu beschäftigen und sich gegebenenfalls vertreten zu lassen. Dass bei machen Aufträgen auch Arbeiter des Auftraggebers zugegen und unterstützend mitgearbeitet haben, ist durchaus auch in anderen Branchen üblich und steht

einer selbständigen Tätigkeit keinesfalls entgegen. Maßgeblich ist nicht der Umstand, dass sich jemand tatsächlich vertreten lässt, sondern dass ihm dies möglich ist.

Im Arbeitsbehelf des Bundesministers für Finanzen „Dienstvertrag -- freier Dienstvertrag - Werkvertrag" (Stand 1.1.2008), veröffentlicht auf der Website des Finanzministeriums unter den Themen A-Z unter „Dienstvertrag", wird ein Dienstverhältnis wie folgt charakterisiert:

„3.1. Merkmale eines Dienstverhältnisses

Dauerschuldverhältnis: *Der Arbeitnehmer schuldet für eine bestimmte Zeit oder auf Dauer seine (persönliche) Arbeitskraft (LStR RZ 934).*

Weisungsgebundenheit: *Der Arbeitnehmer muss den Anordnungen des Arbeitgebers Folge leisten (LStR RZ 935).*

Organisatorische Eingliederung: *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 wie z.B. regelmäßige Teilnahme an Besprechungen (LStR RZ 936).*

Fehlen des Unternehmerrisikos: *Ein Unternehmerrisiko liegt insbesondere dann vor, wenn die Entlohnung von der erbrachten Leistung abhängt und mit der Tätigkeit verbundene Aufwendungen im Wesentlichen vom Auftragnehmer selbst getragen werden müssen. Bei einer im Wesentlichen gleich bleibenden monatlichen Entlohnung liegt kein Unternehmerrisiko vor (LSfR RZ 937).*

Liegen die genannten Kriterien für ein Dienstverhältnis nicht oder nicht überwiegend vor, dann ist steuerlich von einer betrieblichen (selbständigen) Tätigkeit auszugehen."

Wendet man die in dem zitierten Arbeitsbehelf dargelegten Kriterien auf die Tätigkeit unseres Mandanten an, so finden sich keinerlei Hinweise, die auch nur annähernd für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprechen. Vielmehr weist die Tätigkeit von Herrn G deutlich jene Merkmale auf, wie sie in der Regel bei Werkverträgen zu finden sind. Die Qualifikation seiner Arbeit durch das dortige Finanzamt als „Scheinselbständigkeit" ist daher in keiner Weise nachvollziehbar.

Da Herr G somit alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, die für die Zuerkennung auf Differenzzahlung von Familienbeihilfe erforderlich sind, war die Abweisung seines Antrages zu Unrecht erfolgt.“

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Der Bw. ist slowakischer Staatsbürger. Seine Töchter leben in der Slowakei. Er selbst ist seit 26.1.2007 an der von ihm angegebenen Wohnadresse, die zugleich auch den Standort seines Gewerbes darstellt, in Österreich gemeldet. Er bezahlt keine Miete und auch keine Betriebskosten. Es gibt auch keinen Mietvertrag. Der Bw. spricht schlecht Deutsch.

Er war im Jahr 2007 nur für einen Auftraggeber tätig. Dieser Auftraggeber ist in derselben Branche (Forstservice: Pflegearbeiten – Zaunbau, Fällung im verbauten Gebiet etc.) tätig. Werkzeuge/Arbeitsmittel werden von diesem Auftraggeber gekauft (dies erst nach einem halben Jahr nach Beginn der Tätigkeit). Der Bw. hat den gleichen Steuerberater wie dieser Auftraggeber. Der Wohnsitz des Bw. ist die Rechnungsadresse sowie die Betriebsadresse. Es gibt keinen öffentlichen Hinweis auf einen Betrieb, d.h. kein Büro, kein Firmenschild, keine Telefonnummer am Betriebsstandort, nur Handy sowie keine Werbeplakate. Es findet kein aktives Anbahnen von Aufträgen statt, der Bw. meldet sich selbst auf Anzeigen in Tageszeitungen. Es gibt keine schriftlichen Werkverträge, keine schriftlichen oder mündlichen Angebote. Die Arbeiten werden zum Teil mit Arbeitern des Auftraggebers ausgeführt. Es werden keine eigenen Arbeitnehmer oder Hilfskräfte beschäftigt.

Es gibt keine geregelte Arbeitszeit und keine Kontrolle der Arbeitszeit. Der Bw. kauft die Arbeitskleidung selbst und trägt das Haftungsrisiko. Er stellt Rechnungen aus und ist zur Sozialversicherung angemeldet.

Aufgrund des erhobenen Sachverhalts ging das Finanzamt vom Vorliegen einer Scheinselbstständigkeit aus.

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

Gemäß Art. 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 Mitgliedstaates unterliegt, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates 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 Art. 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 Mitgliedstaates, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit

besondere Bestimmungen dieser Verordnung nicht anderes vorsehen.

Eine Leistung wie die Familienbeihilfe nach dem österreichischen FLAG 1967 ist eine Familienleistung iSd Art. 4 Abs. 1 lit. h der VO (EWG) Nr. 1408/71.

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 (dh bis maximal 30.4.2011) weiterhin dem AuslBG.

Für slowakische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Auf Grund der oben angeführten Verordnungen ergibt sich, dass Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung entgegen der Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG grundsätzlich auch für sich ständig in einem der der Europäischen Gemeinschaft neu beigetretenen Mitgliedstaaten aufhaltende Kinder gewährt werden kann, wobei allerdings eine nichtselbständige Tätigkeit eine Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz erfordert. Eine solche Bewilligung ist vom Bw. unbestrittenermaßen nicht vorgelegt worden.

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 Abs. 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.

Abs. 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 Abs. 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."

Gemäß § 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 ständiger Rechtsprechung (vgl. 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 Nichtselbständigkeit.

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 Berufungswerbers nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische unselbständige Beschäftigung als Hilfsarbeiter darstellt:

Aufgrund des vom Finanzamt erhobenen, oben beschriebenen Sachverhaltes geht nach Ansicht des UFS aus dem Gesamtbild der vorliegenden Tätigkeit hervor, dass der Berufungswerber nicht ein Werk, sondern - wie ein Dienstnehmer - seine Arbeitskraft schuldete bzw. dass der Berufungswerber dem Willen des Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen war, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall ist.

Es ist daher davon auszugehen, dass der Berufungswerber seinem Arbeitgeber nur seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt hat. Der Umstand, dass der Berufungswerber einen Gewerbeschein besitzt und dass er sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet 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 ständiger 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).

Entgegen dem Vorbringen in der Berufung weist die Tatsache, dass weder schriftliche Werkverträge vorliegen noch schriftliche oder mündliche Angebote gemacht wurden, sehr wohl auf das Vorliegen einer nichtselbständigen Beschäftigung hin. Es wurde in der Berufung zwar vorgebracht, dass es dem Bw. freistehe, in seinem Betrieb Mitarbeiter zu beschäftigen und sich gegebenenfalls vertreten zu lassen, aber es wurde nicht behauptet, dass dies tatsächlich geschehen sei.

Auf Grund der obigen Ausführungen ist davon auszugehen, dass die Tätigkeit des Berufungswerbers nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist (vgl. auch die Entscheidungen des UFS vom 12.4.2006, RV/0275-W/06, vom 7.2.2007, RV/0003-W/07 und vom 13.3.2007, RV/2861-W/06).

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

Da der Berufungswerber die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungsbewilligung) nicht nachgewiesen hat, folgt daraus, dass er in Österreich eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer im dargelegten Sinn nicht ausübte 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 Berufungswerber hat demnach mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung keinen Anspruch auf Familienbeihilfe für seine in der Slowakei lebenden Töchter.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 6. Mai 2009