



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 31. August 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 3. August 2007 betreffend Abweisung eines Antrags auf Gewährung der Differenzzahlung vom September 2005 bis Oktober 2006 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Statt gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Die Differenzzahlung wird für P., geb. 1999 und K., geb. 1995 von Oktober 2006 bis Oktober 2007 gewährt.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid vom 3. August 2007 wurde der Antrag auf Differenzzahlung für die in Polen lebenden Kinder des Antragstellers, P.u.K., betreffend den Zeitraum September 2005 bis Oktober 2006 abgewiesen und seitens der Amtspartei begründend ausgeführt, dass in Anwendung der EU-Verordnungen Nr. 1408/71 und 574/72 derjenige Staat zur Zahlung der Familienleistungen verpflichtet sei, in dem ein Elternteil selbständig oder nicht selbständig erwerbstätig sei und zwar auch dann, wenn die Familie ständig in einem anderen Vertragsstaat lebe. Zur Zahlung der Familienleistung sei jener Staat vorrangig verpflichtet, in dem sich der Familienwohnsitz befinde.

Nach den Vorgaben des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes sei etwa die Ausübung einer selbständigen (gewerblichen) oder zulässigen unselbständigen Tätigkeit Grundlage für eine rechtmäßige Niederlassung in Österreich und damit in Verbindung mit

§ 3 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 Basis des oben angeführten Anspruches auf Familienleistungen.

Im gegenständlichen Fall sei der Beihilfenanspruch aus der vorgeblich selbständigen Tätigkeit bzw. in der Folge aus der nichtselbständigen Tätigkeit bei der M.OEG abgeleitet worden.

Die aufgrund des Einkommensteuerverfahrens bescheidmäßig abgesprochene Tätigkeit sei als nichtselbständige Tätigkeit qualifiziert und damit gemäß

§ 2 Abs. 2 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) als bewilligungspflichtige Beschäftigung dem Beihilfenverfahren zugrunde gelegt worden.

Eine erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme für Zeiträume vor dem 13. November 2006 sei nicht nachgewiesen worden, sodass ein Beihilfenanspruch vor diesem Zeitpunkt nicht feststellbar sei.

In der rechtzeitig eingebrachten **Berufung** führte der Antragsteller (=Berufungswerber) aus, dass er in der Zeit vom September 2005 bis Oktober 2006 eine Tätigkeit wie jeder andere Unternehmer ausgeübt habe. Die aus dem Einkommensteuerverfahren hervorgehende Qualifikation seiner Tätigkeit als nichtselbständige Tätigkeit entspreche nicht den wahren Tatsachen.

Der Berufungswerber (Bw.) habe im streitgegenständlichen Jahr Betriebsausgaben wie jeder andere Auftragnehmer gehabt.

Seine Tätigkeit sei laufend innerhalb der normalen Arbeitszeiten wie ein selbständiger Unternehmer ausgeübt worden.

Er sei ein selbständiger Unternehmer, der selbst entscheiden könne mit welchem Auftraggeber er zusammenarbeite; wenn diese Zusammenarbeit zufrieden stellend für beide Seiten verlaufe, suche er keine anderen Auftraggeber.

Mit seinem Einkommen müsse er laufende Ausgaben wie zum Beispiel Miete bezahlen.

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

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

Gemäß Artikel 73 der EU-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 in Verbindung mit 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 Artikel 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 Mitgliedstaates gelten oder galten“.

Gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 1408/71 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen.

Eine Leistung wie die Familienbeihilfe nach dem österreichischen FLAG ist eine Familienleistung im Sinne von Artikel 4 Abs. 1 lit. h der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71. Da der Bw. als polnischer Staatsangehöriger in Folge des Beitritts 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 § 32 a 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 max. 30. April 2011) weiterhin dem AuslBG.

Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Die für den vorliegenden Berufungsfall maßgeblichen Bestimmungen des AuslBG, BGBl.Nr. 218/1975, in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 28/2004 sind Folgende:

Gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG gilt als Beschäftigung die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht aufgrund 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 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, BGBl.Nr. 196/1988.

Gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

In § 3 Abs. 2 AuslBG sind die Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern geregelt, wonach ein Ausländer, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, eine Beschäftigung nur antreten und ausüben darf, 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.

Für die Beurteilung, ob ein steuerlich anzuerkennendes Dienstverhältnis bzw. eine nichtselbständige Tätigkeit vorliegt, ist die Bestimmung des

§ 47 Abs. 2 Einkommensteuergesetz (EStG) 1988 grundlegend. Danach liegt ein Dienstverhältnis dann vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet. Dies ist dann 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 Rechtssprechung (VwGH-Erkenntnis vom 19. Dezember 1990, ZI. 89/13/0131; VwGH-Erkenntnis vom 20. Dezember 2000, ZI. 99/13/0223; VwGH-Erkenntnis vom 24. September 2003, ZI. 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-Erkenntnis vom 18. Oktober 1989, ZI. 88/13/0185).

Im vorliegenden Berufungsfall gewährte das Finanzamt keine Differenzzahlung, da die Tätigkeit des Bw. im Einkommensteuerverfahren als nichtselbständige Tätigkeit beurteilt worden sei und der Bw. somit eine bewilligungspflichtige Beschäftigung ausübe.

Wenn der Bw. in der Berufung ausführt, in der Zeit vom September 2005 bis Oktober 2006 habe er eine Tätigkeit wie jeder andere Unternehmer ausgeübt, ist auf die Entscheidung zur Einkommensteuer für das Jahr 2006 des unabhängigen Finanzsenates zur Zahl RV/3600 W/07

hinzuweisen. Darin hat dieser festgestellt, dass die Tätigkeit des Bw. dem Bereich der nichtselbständigen Tätigkeit zuzuordnen ist.

Soweit der Bw. ausführt, er habe auf Grund seiner Tätigkeit Betriebsausgaben wie jeder andere Auftragnehmer gehabt, ist zu erwidern, dass der Bw. im gegenständlichen Jahr Grundumlage/Gebühren/Postspesen, Sozialversicherungsbeiträge, Beratung, fremde Löhne, Fahrt- und Telefonspesen als Betriebsausgaben geltend macht. Ein Arbeitnehmer kann ebenso diese Aufwendungen als Werbungskosten geltend machen und wurden diese Aufwendungen im diesbezüglichen Bescheid auch berücksichtigt.

Das Vorbringen des Bw., er übe seine Tätigkeit innerhalb der normalen Arbeitszeiten wie ein selbständiger Unternehmer aus, er könne selbst entscheiden, mit welchem Auftraggeber er zusammenarbeite und er müsse schließlich aus seinem Einkommen laufend Miete bezahlen, ist nicht überzeugend. Auch jeder Angestellte übt seine Tätigkeit innerhalb der normalen Arbeitszeiten aus und kann sich seinen Dienstgeber selbst aussuchen. Gleichmaßen haben auch nichtselbständig Tätige ihre laufenden Kosten, wie z.B. Miete Telefon, aus ihrem Einkommen zu bezahlen.

Aus dem Gesamtbild des Sachverhaltes, der im Verfahren zur Einkommensteuer ermittelt wurde, ergibt sich somit, dass der Bw. seine Arbeitskraft schuldet, sodass eine selbständige Tätigkeit des Bw. nicht zu erkennen ist. Dass seine Tätigkeit im Beihilfenverfahren eine andere ist, als die im Einkommensteuerverfahren, hat der Bw. jedenfalls nicht vorgebracht.

Im bekämpften Bescheid führte das Finanzamt aus, dass eine Berechtigung zur Arbeitsaufnahme für Zeiträume vor dem 13. November 2006 nicht nachgewiesen worden sei. Dieses Vorbringen entspricht nicht der Aktenlage. Für den Bw. wurde mit 6. November 2006 eine Beschäftigungsbewilligung für die Zeit vom Oktober 2006 bis Oktober 2007 erteilt. Demzufolge liegen die für diesen Zeitraum geltend gemachten Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Differenzzahlungen vor, sodass wie im Spruch zu entscheiden war.

Wien, am 7. Mai 2008