



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 3. September 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 3. August 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Mai 2004 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Statt gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird insoweit abgeändert, als die Familienbeihilfe für die Kinder K., B. und M. für den Zeitraum April 2004 bis September 2004 gewährt wird.

Für den Zeitraum ab Oktober 2004 wird die Berufung unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid vom 3. August 2007 wurde der Antrag des Berufungswerbers (Bw.) auf Familienbeihilfe für seine in Polen lebenden Kinder K. , B. und M. für den Zeitraum ab Mai 2004 abgewiesen und 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 selbstständig oder nichtselbstständig erwerbstätig sei und zwar auch dann, wenn die Familie ständig in einem anderen Vertragsstaat lebe. Arbeiten beide Elternteile in verschiedenen Staaten, sei der Staat vorrangig zur Leistung verpflichtet, indem sich der Familienwohnsitz befindet.

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 Familienlastenausgleichgesetz (FLAG) 1967 Basis des Anspruches auf Familienleistungen.

Im gegenständlichen Fall sei der Beihilfenanspruch konkret aus der vorgeblich selbständigen bzw. gewerblichen Tätigkeit abgeleitet worden.

Für die Beurteilung der eingewandten Tätigkeit als eine nach den Vorgaben des § 2 Abs. 2 Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AusIBG) bewilligungspflichtige oder nicht bewilligungspflichtige Beschäftigung sei inhaltlich der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes der Tätigkeit maßgebend.

Die Ausstellung eines Gewerbescheines (mehrere Gewerbescheine) lege nicht von vornherein fest, dass jede nach dem Ausstellungszeitpunkt ausgeübte Handlung oder Tätigkeit unabhängig von jenen Sachverhalten an denen sich eben diese Beschäftigung manifestiere gleichsam automatisch als unternehmerische zu qualifizieren oder einer betrieblichen Sphäre zuzuordnen sei.

Zwecks Feststellung der für die Beurteilung ihrer Tätigkeit maßgeblichen Sachverhalte, ob dafür nach den faktischen Umständen der Beschäftigung eine Berechtigung zur Arbeitsaufnahme erforderlich gewesen sei, seien sie für den 24. Juli 2007 um Vorsprache beim zuständigen Finanzamt ersucht worden und haben diesem Ersuchen nicht Folge geleistet. Demnach sei nicht festzustellen gewesen, ob nach den faktischen Gegebenheiten eine den Beihilfenanspruch begründende Beschäftigung vorliegt.

In der rechtzeitig eingebrachten **Berufung** teilte der Berufungswerber (Bw.) mit, dass er zu dem im Bescheid mitgeteilten Termin auf Urlaub gewesen sei und einen anderen Termin vorgemerkt habe.

Anlässlich eines solchen Termins sei er bereit, den wahren wirtschaftlichen Gehalt seines Unternehmens darzustellen.

Mit **Niederschrift** vom 11. Dezember 2007 führte der Bw. aus, dass er seit 1. April 2004 in Österreich sei und bis 30. September 2004 als nichtselbständig tätiger Saisonarbeiter gearbeitet habe. Am 29. September 2004 habe er das Gewerbe, Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilteile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen unter Ausschluss jeder an einen Befähigungsnachweis gebundenen Tätigkeit, angemeldet. Die Planung und Verspachtelung dieser Trennwände sei davon nicht umfasst und habe er diese Tätigkeit schon ab dem Jahr 1999 in Polen ausgeübt.

An einer allgemein bildenden höheren Schule sei er als Angestellter tätig gewesen (Bürotätigkeit), danach habe er die jetzige Tätigkeit am Bau ausgeübt.

Der Standort seines Gewerbes sei gleichzeitig auch die Wohnadresse. Die gesamte Buchhaltung sei bei seiner steuerlichen Vertreterin, deren Buchhaltungsaufgaben darin bestünde, die Erstellung der Einnahmen-Ausgaben-Rechnung sowie die Umsatz- und Einkommensteuererklärung zu erbringen.

Die Rechnungen würden zu Hause gesammelt und aufbewahrt. Einmal im Jahr übergebe der Bw. diese an die steuerliche Vertreterin, die dann nach Erstellung der Einnahmen-Ausgaben-Rechnung dort verbleiben. Folgende Belege seien vorhanden: Ausgangsrechnungen, Handyrechnungen, Fahrtenbücher, Mietvertrag für die Wohnung im 17. Bezirk. Auftragsschreiben sowie Auftragsbestätigungen liegen nicht vor.

Alle Werkzeuge, die zur Ausübung seiner Tätigkeit notwendig seien, befänden sich im Auto (Kofferraum) – Leiter, Schlagbohrmaschine, Bohrmaschine, Akkuschrauber, Bauschrauber, Blechschere, Wasserwaage, Imbusschlüssel, Gabelschlüssel, Messer, Maßstab, Tasche – teurere Sachen zu Hause.

Die Aufträge erhalte der Bw. über Mundpropaganda und über Empfehlung von anderen Auftraggebern. Werbung über Radio, Zeitschriften oder anderen Medien gebe es nicht, da die erbrachte Arbeit Werbung genug sei. Ein Bekannter nenne die möglichen Baustellen und daraus sei mit dem möglichen Auftraggeber telefonisch Kontakt aufgenommen worden. Manchmal wende sich der Auftraggeber auch direkt an den Bw.

Die Aufträge werden vor Ort mündlich an den Baustellen mit den Baumeistern abgeschlossen.

Bei größeren Aufträgen dauere der Auftrag sogar länger als ein Monat, wobei die Kundenanzahl unterschiedlich sei.

Im Jahre 2007 habe er zwei Kunden (Aufträge) möglicherweise auch einen dritten Auftraggeber und stelle zum Nachweis hinsichtlich Tätigkeitsorts, Tätigkeitsumfangs und Tätigkeitsdauer Rechnungsablichtungen zur Verfügung.

Für betriebliche Fahrten benütze er ein KFZ.

Arbeitsmaterialien seien eher selten eingekauft worden und wenn dann bei der Fa.X.

Die Qualität und Mengenkontrolle seien vor Ort unmittelbar durch die Auftraggeber überprüft worden und wenn der Auftraggeber Mängel festgestellt habe, dann habe er die Mängel ausgebessert. Das Haftrisiko sei beim Auftraggeber gelegen.

Wie auch andere Personen könne sich der Bw. nicht vertreten lassen und habe er auch keine Mitarbeiter.

Die Abrechnung über seine Tätigkeit erfolge pauschal und pro Meter, wobei die Leistungs- und Abrechnungssätze nach Vereinbarung berechnet worden seien.

Nach der Rechnungslegung sei das Entgelt auf das Konto überwiesen worden, wobei der Zahlungsverkehr über eine Bankverbindung abgewickelt worden sei. Andere außer den gewerblichen Einkünften seien nicht bezogen worden.

Die Ehefrau des Bw. sei bis jetzt arbeitslos, bekomme jedoch kein Arbeitslosengeld, hin und wieder Unterstützung durch die Familie.

***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 Beitrittes 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, Zl. 89/13/0131; VwGH-Erkenntnis vom 20. Dezember 2000, Zl. 99/13/0223; VwGH-Erkenntnis vom 24. September 2003, Zl. 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, Zl. 88/13/0185).

Der Bw. vermeint, der wahre wirtschaftliche Gehalt seiner Tätigkeit sei mit der Tätigkeit eines Selbständigen gleichzusetzen, da er das Gewerbe am 29. September 2004 beim Magistratischen Bezirksamt für den 11. Bezirk in Wien angemeldet habe. Diesem Vorbringen ist - wie die Amtspartei schon zutreffend hingewiesen hat - zu erwidern, dass es nicht darauf ankommt, wie die Tätigkeit bezeichnet wird bzw. wie sich die äußere Erscheinungsform der Betätigung darstellt, sondern darauf, welche Betätigung nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt vorliegt. Die äußere Erscheinungsform – wie etwa die Anmeldung der Tätigkeit bei der Gewerbebehörde – ist nicht entscheidungsrelevant.

Wenn der Bw. vorbringt, er sammle die Rechnungen zu Hause und übergebe sie an die steuerliche Vertreterin, die in der Folge die Einnahmen-Ausgaben-Rechnung erstelle und im Anschluss daran würden die Rechnungen bei der steuerlichen Vertreterin verbleiben, ist diese Vorgangsweise nicht nachvollziehbar. Sowohl ein Arbeitnehmer als auch ein Selbständiger haben auf Verlangen der Abgabenbehörde ihre Aufwendungen belegmäßig nachzuweisen und ist der Verbleib der Rechnungen beim steuerlichen Vertreter jedenfalls nicht maßgeblich für die Beurteilung einer selbständigen oder nichtselbständigen Tätigkeit.

Hinsichtlich des Standortes des „Gewerbes“ führt der Bw. aus, dass dieser Standort auch gleichzeitig seine Wohnadresse sei. Damit eine Betriebsstätte eines Gewerbebetriebes im Sinne des §29 BAO vorliegt, muss diese Betriebsstätte unmittelbar der Ausübung eines

Betriebes oder wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes dienen. Eine Wohnung ist für die Annahme einer Betriebsstätte nicht ausreichend.

In weiterer Folge gibt der Bw. an, dass sich alle Werkzeuge, die zur Ausübung seiner Tätigkeit notwendig seien, im Kofferraum des Autos befänden. Aus diesen Umständen ist jedenfalls nicht zu erkennen, dass die Tätigkeit des Bw. eine selbständige Tätigkeit ist. Auch ein Monteur, der bei einer Firma angestellt ist, hat die Werkzeuge bei sich im Auto liegen.

Auch die vorgelegten Rechnungen können den unabhängigen Finanzsenat nicht davon überzeugen, dass der Bw. selbständig tätig ist. Die regelmäßig einmal pro Monat gelegten Rechnungen lassen eher darauf schließen, dass der Bw. ähnlich wie ein Arbeitnehmer monatlich sein Entgelt bezieht.

Soweit der Bw. auf die verschiedenen Auftraggeber im Jahr 2007 hinweist, ist darin jedenfalls kein Unterschied zu einem Dienstnehmer zu erkennen, der bei mehreren Dienstgebern in einem Jahr arbeitet.

Im vorliegenden Fall ist daher davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit des Bw. nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typisch unselbständige Beschäftigung, nämlich als Facharbeiter auf einer Baustelle, darstellt:

- Die vom Bw. zu erbringenden vertraglichen Leistungen (durchzuführenden Arbeiten) werden vom Auftraggeber festgelegt
- Arbeitsort (Baustelle) wird vom Arbeitgeber vorgegeben
- Arbeitseinteilung und Arbeitseinsatz auf der Baustelle erfolgen über Anordnung des Auftraggebers
- Der Bw. beschäftigt seinerseits keine Arbeitnehmer bzw. bedient sich bei der Ausführung der Arbeiten keiner Hilfskräfte.
- Eine Vertretungsmöglichkeit ist nicht vorgesehen.

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden insbesondere an Hand der Niederschrift vom 11. Dezember 2007 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 er 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 (für das Montieren mobiler Trennwände durch Verschrauben fertig bezogener Profilteile oder Systemwände mit Anschlusskabel, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen,

unter Ausschluß jeder an einen Befähigungsnachweis gebundenen Tätigkeit) zur Verfügung gestellt hat. Inwieweit sich die Art dieser Tätigkeit von jener eines Hilfsarbeiters eines mit solchen Arbeiten befassten Unternehmens unterscheiden sollte, ist an Hand des vorliegenden Sachverhaltes nicht zu erkennen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Beschäftigung des Bw. (die Montage mobiler Trennwände durch Verschrauben fertig bezogener Profilteile oder Systemwände mit Anschlusskabel, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen, unter Ausschluß jeder an einen Befähigungsnachweis gebundenen Tätigkeit) nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist.

Eine solche Tätigkeit muss aber den oben zitierten Vorschriften des AuslBG entsprechen, dass heißt, es muss sich dabei um eine - bewilligungspflichtige - Beschäftigung im Sinne des § 2 AuslBG iVm § 3 Abs. 2 AuslBG handeln.

Da der Bw. die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme lediglich für den Zeitraum April 2004 bis September 2004 durch eine Beschäftigungsbewilligung nachgewiesen hat, war der Anspruch auf Familienbeihilfe für diesen Zeitraum zu gewähren. Für den Zeitraum ab Oktober 2004 übt der Bw. jedoch in Österreich keine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer im dargelegten Sinn aus und ist auch nicht von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auszugehen. Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ist daher auf vorliegenden Fall nicht anwendbar.

Der Bw. hat mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung ab Oktober 2004 demnach keinen Anspruch auf Familienbeihilfe für seine in Polen lebenden Kinder, sodass spruchgemäß zu entscheiden war.

Wien, am 11. März 2008