



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Senat 5

GZ. RV/2786-W/06

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des BW, gegen den Bescheid des Finanzamtes X vom 18. Mai 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für das Jahr 2005 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber ist polnischer Staatsbürger. Er verfügt sowohl über einen Wohnsitz in Österreich als auch über einen Wohnsitz in Polen.

Er beantragte mit Eingabe (Formular Beih 1) vom 28. September 2005 die Zuerkennung der Familienbeihilfe für seine vier minderjährigen Kinder ab dem 2. Juli 2005. Nach den Angaben im Antragsformular ist der Berufungswerber in Österreich selbständig erwerbstätig. Die Kinder und die nicht berufstätige Ehegattin des Berufungswerbers leben in Polen. Die Ehegattin bezieht für die Kinder in Polen Familienbeihilfe.

Nach der Aktenlage wurde dem Berufungswerber in Österreich am 9. Juni 2005 ein Gewerbeschein für das Gewerbe "Abdichtung gegen Feuchtigkeit und Druckwasser" ausgestellt. Der Berufungswerber ist in Österreich für die Bauunternehmung L.W. GmbH tätig.

Das Finanzamt führte am 24. Oktober 2005 bei der L.W. GmbH eine Nachschau (gemäß § 144 Abs. 1 BAO) durch. In der hierüber aufgenommenen Niederschrift gab Hr. L.W. bezüglich der Tätigkeit des Berufungswerbers Folgendes an:

Der Berufungswerber sei seit Anfang August 2005 für die L.W. GmbH tätig. Er führe Isolierungen durch. Der Berufungswerber werde mit dem Firmenauto der L.W. GmbH auf die jeweilige Baustelle zur Arbeit und wieder retour gefahren. Sämtliches Werkzeug und Material werde von der L.W. GmbH zur Verfügung gestellt. Es gäbe zwischen der L.W. GmbH und dem Berufungswerber keinerlei schriftliche Verträge oder Vereinbarungen. Hr. L.W. bestimme, wo, wann und wie lange der Berufungswerber arbeite. Er arbeite auf den Baustellen mit anderen Arbeitnehmern der L.W. GmbH gemeinsam. Der Berufungswerber sei nur für die L.W. GmbH tätig. Es werde pro Baustelle mit dem Berufungswerber ein Pauschale ausgehandelt, welches dann von ihm in Rechnung gestellt werde. Der Berufungswerber habe im August 2005 auf zwei Baustellen, im September 2005 auf drei Baustellen und im Oktober 2005 bisher auf zwei Baustellen für die L.W. GmbH gearbeitet. Der Berufungswerber melde sich telefonisch bei Hr. L.W. und frage, ob er Arbeit für ihn habe. Bei Bedarf komme er dann von Polen nach Österreich. Der Berufungswerber habe selbst keine Mitarbeiter. Das Haftungs- und Gewährleistungsrisiko für die von ihm durchgeführten Arbeiten trage die L.W. GmbH.

Am 15. November 2005 wurde der Berufungswerber selbst vom Finanzamt zu seiner Tätigkeit befragt und hat hiebei die oben angeführten Angaben des Hr. L.W. vollinhaltlich bestätigt. Er gab ebenfalls an, neben den Einkünften von der L.W. GmbH keine weiteren Einkünfte zu beziehen. Der Berufungswerber gab ergänzend bekannt, in Polen in der Landwirtschaft sozialversichert zu sein. Er habe sich jedoch auch in Österreich bei der Sozialversicherung angemeldet. In Polen verfüge er über keinen entsprechenden Gewerbeschein.

Nach den im Familienbeihilfenakt befindlichen Rechnungskopien hat der Berufungswerber der L.W. GmbH für die von ihm durchgeführten Isolierungsarbeiten im August 2005 975 € und im September 2005 1.680 € in Rechnung gestellt.

Mit Bescheid vom 18. Mai 2006 wies das Finanzamt den Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe (Differenzzahlung) vom 28. September 2005 mit folgender Begründung ab:

"Gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Wanderarbeiter und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 besteht grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen im "Beschäftigungsland" auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten. Als Beschäftigung kommt sowohl eine selbständige als auch eine nichtselbständige Beschäftigung in Betracht.

Auf Grund der Ermittlungen der Finanzverwaltung wurde festgestellt, dass bei der von Ihnen in Österreich ausgeübten Tätigkeit keine unternehmerische (selbständige) Tätigkeit vorliegt.

Für die Ausübung einer nichtselbständigen Tätigkeit müssten Sie als "neuer" EU-Bürger über eine Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (zB Beschäftigungsbewilligung, Freizügigkeitsbescheinigung etc.) verfügen.

Da Sie eine derartige Berechtigung nicht vorweisen konnten, besteht kein Anspruch auf eine Differenzzahlung."

Gegen den Bescheid vom 18. Mai 2006 erhob der Berufungswerber fristgerecht Berufung mit folgender Begründung:

"Ich bin selbständiger Unternehmer und führe Aufträge für mehr als einen Auftraggeber aus. Die in dem Abweisungsbescheid angewandte Begründung entspricht nicht dem wahren Sachverhalt. Die von mir im Bundesgebiet ausgeübte Tätigkeit berechtigt mich zum Bezug der Familienleistungen für meine in Polen lebenden Kinder."

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

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.

Da der Berufungswerber als polnischer Staatsangehöriger infolge 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 § 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 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 Abs. 2: Als Beschäftigung gilt die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerbrechtlicher 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 selbständige ausgeübte Tätigkeit sprechende Merkmal des Unternehmer-Risikos 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 Arbeiter auf einer Baustelle darstellt:

Es gibt keinen schriftlichen Werkvertrag zwischen dem Berufungswerber und seinem "Auftraggeber". Dem Berufungswerber waren sowohl der Arbeitsort (die jeweilige Baustelle) als auch die Arbeitszeit vom Vertragspartner vorgegeben. Er wurde mit dessen Firmenauto auf die Baustellen und retour gefahren. Arbeitsmaterial und Werkzeuge wurden vom Vertragspartner zur Verfügung gestellt. Das Haftungs- und Gewährleistungsrisiko für die vom Berufungswerber durchgeführten Arbeiten trug der Vertragspartner.

Der Berufungswerber war somit in den geschäftlichen Organismus seines Auftraggebers voll eingegliedert und hatte kein Unternehmerwagnis zu tragen.

Aus dem Gesamtbild der vorliegenden Tätigkeit geht nach Ansicht des UFS eindeutig 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 selbständigen 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).

Das vom Berufungswerber vorgebrachte Argument, er führe Aufträge für mehr als einen Auftraggeber aus, widerspricht sowohl seiner eigenen Aussage bei seiner Befragung durch das Finanzamt als auch der Aussage seines Auftraggebers. Gegen eine Tätigkeit für mehr als einen Auftraggeber spricht aber auch die Höhe der vom Berufungswerber für die Monate August und September vereinnahmten "Honorare", die es als nicht sehr wahrscheinlich erscheinen lassen, dass der Berufungswerber daneben noch für weitere Firmen tätig war. Im Übrigen ist für die Beurteilung der Frage, ob selbständige Arbeit oder nichtselbständige Arbeit vorliegt, die Art der Tätigkeit entscheidend und nicht so sehr die Zahl der Auftraggeber. Gegen das Vorliegen von nichtselbständiger Arbeit könnte allenfalls eine Vielzahl von Auftraggebern sprechen, was jedoch in der Berufung nicht behauptet wird.

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 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 Berufungswerber hat demnach mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung keinen Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Gewährung einer Differenzzahlung für seine in Polen lebenden Kinder.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 10. April 2007