



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des MK, 1090, vertreten durch Dr. Kotzab Wirtschaftstreuhandges.m.b.H., 1090 Wien, Berggasse 18, vom 30. Juni 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg vom 2. Juni 2008 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 2. Juni 2008 forderte das Finanzamt die Differenzzahlung (Familienbeihilfe) und den Kinderabsetzbetrag für die beiden Kinder des Berufungswerbers (Bw.) vom Mai 2004 bis Dezember 2004 mit folgender Begründung zurück:

"Auf Grund der Erhebungen des Finanzamtes ist davon auszugehen, dass sich Ihre Tätigkeit in Österreich nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige Tätigkeit einstufen lässt.

Vielmehr sind typische Merkmale einer unselbständigen Tätigkeit gegeben. Für eine solche unselbständige Tätigkeit ist aber eine Berechtigung zur Arbeitsaufnahme vom Arbeitsmarktservice erforderlich.

Dies ist bei Ihnen nicht der Fall und üben Sie in Österreich weder eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer aus, noch kann von einer selbständigen Beschäftigung ausgegangen werden."

Dagegen brachte der steuerliche Vertreter des Bw. Berufung ein und führte dazu Folgendes aus:

"Der Abgabepflichtige übte seine Tätigkeit aufgrund einer Gewerbeberechtigung aus die er von der zuständigen Gewerbebehörde ausgefertigt erhielt. Die Entlohnung erfolgte auch in keiner Weise nach kollektivvertraglichen Bestimmungen, vielmehr war der Abgabepflichtige an keine bestimmte Arbeitszeit gebunden und wurde nach einem Quadratmeterpreis den er in Rechnung stellte entlohnt. Ebenso traf ihm die Haftung für die ordnungsgemäße Durchführung der beauftragten Arbeiten. Der Abgabepflichtige hat auch im Laufe seiner Tätigkeit für verschiedene Auftraggeber Arbeiten verrichtet.

Im vorliegenden Fall liegen deshalb eindeutig Einkünfte aus Gewerbebetrieb vor. Erklärungen wurden dem Finanzamt laut Angabe immer termingerecht überreicht.

Ebenso wurde der Abgabepflichtige mit dieser Tätigkeit bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft erfasst."

Daraufhin erließ das Finanzamt eine Berufungsvorentscheidung mit folgender Begründung:

"Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Es liegt ein Dienstverhältnis vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet, Dies ist der Fall, wenn eine tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht. Dies zeigt sich unter andern in der Vorgabe von Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsmittel durch den Arbeitgeber.

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

In Ihrem Fall ist davon auszugehen, dass sich ihre Tätigkeit nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische unselbständige Beschäftigung als Hilfsarbeiter auf einer Baustelle darstellt.

Der Umstand, dass ein Gewerbebeschein vorliegt, vermag daran nichts zu ändern.

Eine unselbständige Tätigkeit muss aber dem Ausländerbeschäftigungsgesetz entsprechen, es handelt sich hier um eine bewilligungspflichtige Beschäftigung.

Obiger Berufung wird der Erfolg versagt, da Sie die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme nicht besitzen und daher in Österreich keine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer ausüben. Für Ihre in Polen lebenden Kinder besteht daher kein Anspruch auf Familienleistungen in Österreich."

Danach stellte der steuerliche Vertreter des Bw. einen Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz, wobei er darauf hinwies, dass in keiner

Weise auf seine Argumente in der eingereichten Berufung eingegangen worden sei, sondern lediglich auf allgemeine Argumente hingewiesen worden sei, die aber auf den vorliegenden Fall nicht zuträfen.

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

Vorweg ist angesichts der Angaben des Bw. festzuhalten, dass der UFS - ebenso wie das Finanzamt - auf Grund der Aktenlage - davon ausgeht, dass seine Kinder nicht in Österreich, sondern in Polen leben.

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 Artikel 2 Absatz 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 Österr. 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 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 30.4.2011) 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 (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 (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. Dezember 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 Bw. nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische unselbständige Beschäftigung als Hilfsarbeiter auf einer Baustelle darstellt:

Aufgrund der Aktenlage arbeitet der Bw. immer nur für einen Auftraggeber, die MW. Die Abrechnung erfolgt bar, er hat keine Rechnungen ausgestellt bzw. Honorarnoten gelegt. Er versteht die deutsche Sprache nicht und kann diese nicht lesen. Das Material wird durch den Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Er unterliegt den Weisungen und der Kontrolle des Auftraggebers.

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden Sachverhaltes geht nach Ansicht des UFS 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. einen Gewerbeschein besitzt, dass er sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet hat und dass er beim zuständigen Finanzamt um Vergabe einer Steuernummer angesucht hat sowie eine Steuererklärungen für das Jahr 2005 abgegeben 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. Oktober 1994, 90/14/0184, und vom 20.12.2000, 99/13/0223).

Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass die Beschäftigung des Bw. (das Verspachteln von Gipskartonplatten) nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist.

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 Bw. die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungsbewilligung) 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 bzw. Gewährung einer Differenzzahlung für seine in Polen lebenden Kinder.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 8. Juli 2009