



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Arkadiusz Trebacz, 1160 Wien, Wiesberggasse 6/18, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 8/16/17 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Ausgleichszahlung für das Jahr 2005 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) ist polnischer Staatsbürger und seit 7.3.2005 in Österreich gemeldet. Am 9.3.2005 meldete er beim Magistrat der Stadt Wien das Gewerbe „Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profileile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen“ an. Für das Kalenderjahr 2005 beantragte er die Gewährung einer Ausgleichszahlung für die beiden in Polen lebenden Töchter.

Am 24.7.2007 wurde der Bw. für den 31.7. 2007 zum zuständigen Finanzamt vorgeladen und aufgefordert, legte Rechnungen seit Beginn der gewerblichen selbständigen Tätigkeit, Belege über sämtliche Ausgaben sowie allfällige Aufzeichnungen über Einnahmen und Ausgaben mitzunehmen.

Vorgelegt wurden Kopien der Einnahmen-Ausgabenrechnungen 2005 und 2006.

Folgende, für die Beurteilung des Sachverhaltes maßgeblichen, Aussagen wurden vom Bw. getroffen:

- Standort des Gewerbes sei der Wohnort, ein eigenes Büro habe er nicht.
- Belege werden am Wohnort aufbewahrt.
- Es gebe nur Rechnungen, schriftliche Aufträge usw. gebe es nicht, darüber hinaus gebe es noch Einnahmen-Ausgabenrechnungen, die vom Steuerberater erstellt werden.
- Als Arbeitsmittel benötige er Spachteln, Kellen, Wasserwaage, Bohrmaschine mit Quirler, Kabeltrommel; der erforderliche Kantenschutz, die Bandagen und der Gips werden vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Die Werkzeuge werden auf der Baustelle oder zu Hause aufbewahrt.
- Er werde vom Onkel an die Firmen weiter empfohlen.
- Der Vorarbeiter (Polier) der Auftraggeberfirma sage ihm, welche Arbeiten zu erledigen seien.
- Der Vorarbeiter kontrolliere die Arbeiten, den Arbeitsfortgang bzw. die Arbeitsqualität.
- Wenn er einen Termin nicht einhalten könnte, müsste er sich an den Polier oder die Kontaktperson wenden.
- Er könne sich nicht vertreten lassen.
- Er habe keine Mitarbeiter.
- Das Entgelt betrage ca. € 2,80 je m², manchmal auch Pauschalsätze.

Der Antrag wurde im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, dass der Bw. nach dem Gesamtbild der Verhältnisse dem Willen des jeweiligen Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen sei, wie ein Dienstnehmer. Für den Bw. als polnischen Staatsbürger komme die VO 1408/71, wonach Familienleistungen auch dann zustehen, wenn sich die Familie ständig in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, nicht zum Tragen, da er über eine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz verfügen müsse. Eine solche sei aber nicht vorgelegt worden.

Gegen diesen Bescheid wurde mit Schriftsatz vom 5.9.2007 fristgerecht berufen und als Begründung im Wesentlichen folgendes vorgebracht: Man habe seine Worte „schriftliche Aufträge gibt es nicht „ verdreht. Er habe diese nur nicht dabei gehabt, weil er auch nicht aufgefordert worden sei, diese mitzubringen, sondern nur Rechnungen und Belege. In Kopie

wurden ein Werkvertrag mit der I.K.KEG datiert mit 15.3.2005 sowie Vereinbarungen bezeichnet als "Verhandlungsprotokoll-Auftragsschreiben" mit der Firma M.G. vom 11.4., 11.5., 6.6., 14.7, 16.8, 14.9. und 14.11 2005 sowie Werkverträge mit der Firma K.GmbH vom 3.4, und vom 16.8.2005 vorgelegt. Weiters verwies der Bw. wörtlich darauf, dass „er mehrmals in seiner selbständigen Tätigkeit von Inspektoren der KIAB genau kontrolliert worden sei und seine Selbständigkeit nie in Frage gestellt worden sei.

Über die Berufung wurde erwogen:

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 österreichischen 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 (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 (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 Rechtsprechung (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 (UFS vom 12.4.2006, RV/0275-W/06 unter Hinweis auf VwGH vom 5.10.1994, 92//15/0230).

Im vorliegenden Fall ist aus nachstehenden Erwägungen davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit des Bw. im Jahr 2005 nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische unselbständige Beschäftigung als Hilfsarbeiter auf einer Baustelle darstellt:

- Es gibt keine schriftlichen Werkverträge zwischen dem Bw. und seinen Auftraggebern
- Der Bw. tritt nicht nach außen als Unternehmer in Erscheinung. Die Firmenadresse ist zugleich die Wohnadresse
- Er betreibt keine Werbung, sondern wird über Mundpropaganda (Vermittlung des Onkels) weiterempfohlen
- Auch hat er kein eigenes Büro
- Die zu erbringenden Leistungen werden vom Vorarbeiter bzw. Polier des Auftraggebers festgelegt
- Dieser kontrolliert den Arbeitsfortgang bzw. die ausgeführte Leistung
- Der Bw. kann sich bei der Leistungserbringung nicht vertreten lassen
- Allfällige Verhinderungen sind dem Polier zu melden
- Das verwendete, selbst angeschaffte Werkzeug ist geringfügig
- Das zu verarbeitende Material wird vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt
- Der Bw. hat keine Mitarbeiter, die ihn vertreten könnten

Eine Beschäftigungsbewilligung nach § 3 Abs. 2 AuslBG liegt nicht vor.

Auch die im Zuge der Berufung vorgelegten Werkverträge können an dieser Beurteilung nichts ändern. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt nämlich in freier Beweiswürdigung gemäß § 167 Abs. 2 BAO einem früheren Vorbringen höhere Glaubwürdigkeit als einem späteren, bei dem steuerliche Überlegungen miteinfließen, zu (vgl. z.B. VwGH vom 25.1.2000, Zl. 94/14/0034). Wenn die Frage anlässlich der Vorsprache beim Finanzamt „Welche Belege gibt es?“, so wie der Bw. vorbringt, so verstanden worden wäre: „Welche Belege haben Sie mit“, so hätte seine Antwort nicht gelautet: „Es gibt nur Rechnungen“ denn auch diese wurden im Zuge der Vorsprache am 31.7.2007 nicht vorgelegt, der Bw. hatte diese also „nicht mit“. Es ist somit davon auszugehen, dass dem Bw. sehr wohl der Unterschied zwischen „Welche Belege gibt es“ und „Welche Belege haben Sie mit“ bekannt war. Es ist daher nicht glaubwürdig, dass mit der Aussage: „Schriftliche Aufträge usw. gibt es nicht“ inhaltlich gemeint war: „Schriftliche Aufträge usw. habe ich nicht mit.“ Bestätigt wird die Richtigkeit dieser Aussage auch durch das weitere Vorbringen des Bw., wonach die Festlegung der vertraglichen Leistungen durch den Polier oder Vorarbeiter der Auftraggeberfirma, somit mündlich, direkt an der Baustelle erfolgt.

Wenn der Bw. vorbringt, dass er schon mehrmals von Beamten der KIAB kontrolliert worden sei, so ist dieses Vorbringen mangels genauerer Angaben über Zeit, Ort und Inhalt nicht verifizierbar und im Übrigen auch deshalb nicht von Bedeutung, weil für den Unabhängigen Finanzsenat keine Bindungswirkung an eine allfällig von einem Organwalter im Zuge einer Amtshandlung vertretene Rechtsauffassung besteht (vgl. UFS vom 20.7.2004, Zl. RV/0417-I/03).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 28. Jänner 2008