



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, gegen den Bescheid des Finanzamtes X vom 24. Mai 2007 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 38) vom 20. Dezember 2006 die Gewährung einer Differenzzahlung für seine beiden minderjährigen Kinder für das Kalenderjahr 2005. Nach den Angaben im Antragsformular ist der Berufungswerber in Österreich selbständig erwerbstätig. Die Kinder und die Ehegattin des Berufungswerbers leben in Polen.

Nach der Aktenlage wurden dem Berufungswerber in Österreich am 20. April 2005 Gewerbescheine für das Gewerbe „Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilteile oder von Systemwänden mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen“ und für das Gewerbe „Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehalteten Tätigkeit“ ausgestellt.

Laut Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung wird der Berufungswerber ab 1. April 2005 als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger geführt.

Am 3. April 2007 wurde der Berufungswerber vom Finanzamt als Auskunftsperson zu seiner Tätigkeit befragt. In der hierüber aufgenommenen Niederschrift gab der Berufungswerber Folgendes an:

Er verstehe die deutsche Sprache und könne sie auch lesen.

Er sei im April 2005 zum Arbeiten nach Österreich gekommen. Zunächst habe er bei Kollegen gewohnt. Zu seiner jetzigen 2-Zimmer-Wohnung in Österreich sei er über Herrn W gekommen. Er bewohne die Wohnung alleine. Die Miete betrage 210 € pro Monat.

Er habe in Österreich sofort einen Gewerbeschein gelöst und damit zu arbeiten begonnen. Die erste Firma sei die A-GmbH, H-Gasse3, in N gewesen, wo er ca. fünf Monate gearbeitet habe. Die nächste Firma sei die Fa. M- Bau gewesen. Bei dieser Firma habe er ab September 2005 bis April 2006 gearbeitet. Seit Mai 2006 arbeite er für Herrn W, B-Straße1, 2222 B.

Er habe mit seinen Auftraggebern Werkverträge abgeschlossen.

Mit Herrn W habe er das Verspachteln des Kellers vereinbart. Der nächste Auftrag sei vielleicht das Verspachteln von 3000 m<sup>2</sup> Dachfläche.

Sein Auftraggeber sage ihm, welche Arbeiten er durchführen solle, wo er arbeiten und bis wann er fertig sein solle. Der derzeitige Auftrag würde ca. drei Wochen dauern. Über die genaue Arbeitszeit gäbe es keine Vorgaben von seinem Auftraggeber. Der Auftraggeber kontrolliere ein paar mal pro Tag seine Anwesenheit und die Arbeitsqualität. Er müsse sich bei Arbeitsbeginn und –ende nicht beim Auftraggeber melden. Die Arbeitskleidung stelle er selbst zur Verfügung. Er könne kommen und gehen, wann er wolle. Er könne sich aber nicht durch eine andere Person vertreten lassen. Wenn er krank sei oder Urlaub machen möchte, melde er dies seinem Auftraggeber. An Arbeitsmitteln benötige er Spachtelwerkzeug, Maßstab, Bleistifte, Bohrmaschine mit Rührer, Kübel, Leiter etc. Diese Arbeitsmittel stelle er selbst zur Verfügung. Das Arbeitsmaterial werde vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Das Haftungs- und Gewährleistungsrisiko trage er selbst. Er habe keine Mitarbeiter. Sein Entgelt betrage 13 € pro Stunde, insgesamt ca. 1.500 € pro Monat. Stundenlisten oder andere Aufzeichnungen gäbe es nicht. Er stelle Rechnungen aus. Das Entgelt werde nach Fertigstellung des Auftrages vom Auftraggeber auf sein Bankkonto überwiesen. Er habe keinen Urlaubsanspruch. Sachbezüge, wie freie Wohnung, Kost etc., erhalte er nicht. Er beziehe außer den Einkünften aus dem Werkvertrag derzeit keine weiteren Einkünfte.

Er habe in Österreich noch keine Steuernummer. Seine Buchhaltung befände sich bei seiner Steuerberaterin in N. Seine Belege und Arbeitsmittel würden an seinem Wohnort in B aufbewahrt.

Er sei mit öffentlichen Verkehrsmitteln nach Österreich gekommen. Er verfüge am Betriebsstandort über keinen Telefonanschluss.

Zu seinen Aufträgen komme er über Bekannte. Er habe keine schriftlichen oder mündlichen Angebote gemacht. Er habe bisher nur für die oben angeführten drei Auftraggeber gearbeitet.

Er zahle in Polen keine Steuer. Er habe in Polen keinen Arbeitsstatus und sei dort auch nicht sozialversichert.

Mit Bescheid vom 24. Mai 2007 wies das Finanzamt den Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung für das Kalenderjahr 2005 vom 20. Dezember 2006 mit folgender Begründung ab:

„Es konnten keine Nachweise über das Vorliegen einer rechtmäßigen Beschäftigung im Bundesgebiet nach den österreichischen Rechtsvorschriften erbracht werden. Es kann daher nicht von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ausgegangen werden.“

Gegen den Bescheid vom 24. Mai 2007 erhob der Berufungswerber Berufung mit der Begründung, er sei seit dem Jahr 2005 in Österreich als selbständiger Unternehmer tätig. Er bekomme regelmäßig von vielen verschiedenen Auftraggebern Aufträge. Die in der Bescheidbegründung zitierte Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 fände auf ihn – als polnischen Staatsbürger – keine Anwendung.

### ***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 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.

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 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 Berufungswerbers nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern als unselbständige Beschäftigung als Arbeiter auf einer Baustelle darstellt:

Der Berufungswerber hat keine schriftlichen oder mündlichen Angebote gemacht. Die von ihm zu erbringenden vertraglichen Leistungen (durchzuführenden Arbeiten) wurden vom Auftraggeber festgelegt.

Er erhielt einen fixen Stundenlohn.

Der Berufungswerber wurde bei der Ausübung seiner Tätigkeit hinsichtlich Arbeitsqualität und -fortgang von seinem Auftraggeber kontrolliert. Er musste diesem melden, wenn er krank war oder auf Urlaub gehen wollte und konnte sich bei seiner Arbeitsleistung nicht vertreten lassen.

Gegen eine selbständige Tätigkeit spricht aber auch, dass das Arbeitsmaterial zur Gänze vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurde und dass die vom Berufungswerber beigestellten Arbeitsmittel (Spachtelwerkzeug, Maßstab, Bleistifte, Bohrmaschine mit Rührer, Kübel, Leiter) umfangmäßig äußerst gering waren.

Hinzu kommt, dass die vom Berufungswerber durchgeführten Leistungen (Verspachtelungsarbeiten) in gleicher Weise üblicherweise im Rahmen eines Dienstverhältnisses erbracht werden und dass der Berufungswerber in Polen über keinen Gewerbeschein verfügt.

Den vom Berufungswerber bei seiner Befragung angegebenen Umständen, wonach er dem Auftraggeber Arbeitsbeginn und –ende nicht zu melden hatte, kann ein entsprechendes Gewicht nicht beigemessen werden, weil er von seinen Vertragspartnern in hohem Maße wirtschaftlich abhängig war.

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 selbständig 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 in der Berufung vorgebrachte Argument, er bekomme regelmäßig von vielen verschiedenen Auftraggebern Aufträge, widerspricht seiner eigenen Aussage bei seiner Befragung durch das Finanzamt. Im Übrigen ist für die Beurteilung der Frage, ob

selbständige Arbeit oder nichtselbständige Arbeit vorliegt, die Art der Tätigkeit entscheidet und nicht so sehr die Zahl der Auftraggeber.

Auf Grund der obigen Ausführungen ist davon auszugehen, dass die Tätigkeit des Berufungswerbers nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist (vgl. zB 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.

Der angefochtene Bescheid vom 24. Mai 2007 spricht nur über das Jahr 2005 ab.

Da der Berufungswerber die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme für das Jahr 2005 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 hatte 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 31. März 2008