



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des GJ, W, vom 21. Jänner 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf vom 19. Dezember 2005 betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung einer Differenzzahlung für das Jahr 2004 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Mit Eingabe vom 27. April 2005 beantragte der Berufungswerber (Bw) die Gewährung der Familienbeihilfe für sein in Polen lebendes mj. Kind GM rückwirkend ab August 2004.

Dem Antrag beigeschlossen waren u.a. folgende Unterlagen:

- Meldebestätigungen des Bw. und des GM betreffend den Hauptwohnsitz W
- Verkürzte Abschrift der Geburtsurkunde betreffend GM
- Abschrift der gekürzten Heiratsurkunde
- Zwei Auszüge aus dem Gewerberegister betreffend die Gewerbe "*Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit*" und "*Verschließen von Bauwerksfugen mittels plastischer und dauerelastischer Kunststoffmassen und Kunststoffprofilen*"  
(Gewerbeanmeldung jeweils 5.8.2004)

- Beglaubigte Übersetzung einer Bescheinigung der Sozialen Versicherungskasse für Landwirte, wonach der Bw. das Familiengeld für ein Kind iHv 43,00 Zloty monatlich seit dem 1.6.2004 bis auf weiteres bezieht
- Bestätigung des VIP, dass das Kind GM die Kindergruppe VIP 2 besucht

Aus einem vom Bw. beantworteten Fragenkatalog betreffend Gewerbescheine EU-Ausländer geht hervor, dass sich der Bw. seit Mai 2004 ständig in Österreich aufhält und in Österreich ein Gewerbe angemeldet hat (siehe Gewerberegisterauszüge). An der angegebenen Wohnadresse, die zugleich auch den Standort seines Gewerbes darstellt, wohnt er gemeinsam mit einem Arbeitskollegen (Miete € 450,-- für 2 Personen).

Der Auftraggeber (Fa. LTD) des Bw. legt die vertraglichen Leistungen fest und teilt ihm mit, auf welcher Baustelle und wo auf dieser Baustelle er arbeiten bzw. welche Arbeiten er ausführen soll. Der Bw. wird bei der Ausübung seiner Tätigkeit hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsqualität und Arbeitsfortgang von seinem Auftraggeber kontrolliert. Diesem hat er auch zu melden, wenn er krank ist oder auf Urlaub gehen möchte. Ob er sich bei der Arbeit vertreten lassen kann, konnte der Bw. nicht sagen, "*aber wahrscheinlich durch jemand anderen von der Firma*". Das Entgelt wird jeden Freitag vom Arbeitgeber in bar ausgezahlt, abgerechnet wird entweder nach Leistung pro m<sup>2</sup> oder nach Stunden. Das Werkzeug, das der Bw. für die Ausübung seines Gewerbes benötigt (Spachtel, Schleifmaschine, Glättbrett) hat er selbst gekauft, das Arbeitsmaterial wird vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt.

In Polen besitzt der Bw. keinen entsprechenden Gewerbeschein.

Der Bw. ist in Polen als Landwirt sozialversichert.

Die Gattin des Bw. ist ebenfalls polnische Staatsangehörige und nicht erwerbstätig.

Mit Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf vom 19.12.2005 wurde der Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung für das Jahr 2004 abgewiesen und begründend ausgeführt, dass gem. 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 zwar grundsätzlich Anspruch auf Familienleistung im "Beschäftigungsland" auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten, bestehe.

Die vom Bw. in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit stelle aber eine Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes dar. Auf Grund von umfangreichen Ermittlungen der Finanzverwaltung sei diese Tätigkeit als Dienstverhältnis zu beurteilen. Als neuer EU-Bürger habe der Bw. innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen

---

freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt. Die obige Verordnung sei daher nicht anwendbar.

In der gegen den Abweisungsbescheid erhobenen Berufung führte der Bw. aus, dass er tatsächlich und ausschließlich seit 5. August 2004 eine selbständige Tätigkeit ausübe, d.h. für mehrere Auftraggeber (meistens selbst Bauunternehmer) diverse Arbeiten durchführe. Er habe gleich nach der Anmeldung der beiden Gewerbe (Bauwerksfugen-Verschließen sowie das Verspachteln von Gipskartonplatten) die zuständige LD der SVA der Gewerblichen Wirtschaft über die angemeldeten Tätigkeiten informiert, zahlte laufend die Beiträge, habe beim zuständigen Wohnsitzfinanzamt um eine Steuernummer angesucht und sodann die entsprechenden Steuererklärungen für 2004 abgegeben.

Die Berufung wurde ohne Erlassung einer Berufungsverentscheidung dem UFS vorgelegt.

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

Vorweg ist angesichts der vom Bw. vorgelegten Meldebestätigung für das Kind GM und der Bestätigung des VIP (aus dieser Bestätigung vom 18.2.2005 ist der Zeitraum, zu welchem das Kind GM die Kindergruppe VIP 2 angeblich besucht hat, gar nicht ersichtlich) festzuhalten, dass der UFS – ebenso wie das Finanzamt – auf Grund der Aktenlage (insbesondere der Angaben des Bw. im Fragenkatalog) davon ausgeht, dass das Kind nicht in Österreich lebt. Letztlich wird vom Bw. in der Berufung diesbezüglich auch bestätigt, dass sein Sohn ständig in Polen lebt.

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 (AusIBG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs 2 lit 1 AusIBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (dh bis maximal 30. 4. 2011) weiterhin dem AusIBG.

Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AusIBG.

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 Einatz 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 Bw. nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische unselbständige Beschäftigung als Hilfsarbeiter auf einer Baustelle darstellt:

- Es gibt keinen schriftlichen Werkvertrag zwischen dem Bw. und seinem Auftraggeber
- Die vom Bw. zu erbringenden vertraglichen Leistungen (durchzuführenden Arbeiten) werden (ausschließlich) vom Auftraggeber festgelegt
- Arbeitsort (Baustelle) wird vom Arbeitgeber vorgegeben
- Arbeitseinteilung und Arbeitseinsatz auf der Baustelle erfolgen über Anordnung des Auftraggebers bzw. des jeweiligen Poliers der Baustelle
- Der Bw. wird hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität von seinem Auftraggeber kontrolliert

- Der Bw. seinerseits beschäftigt keine Arbeitnehmer, bzw. bedient sich bei der Ausführung der Arbeiten keiner Hilfskräfte
- Das zu verarbeitende Material wird vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt
- Das vom Bw. verwendete, selbst erworbene Werkzeug (Spachtel, Schleifmaschine, Glättbrett) ist geringfügig
- Der Bw. wird wöchentlich ("jeden Freitag") von seinem Auftraggeber entlohnt
- Den vorgelegten Honorarnoten (Rechnung vom 4.10. 2004 und vom 9.11.2004) ist zu entnehmen, dass der Bw. zu Beginn eines Monats für das jeweils vorangegangene Monat für seine Leistungen ein Stundenentgelt (jeweils 125 Stunden) gegenüber seinem Auftraggeber fakturiert.
- Bei Vereinbarung eines Stundenentgeltes ist der Beginn und das Ende der Tätigkeit dem Auftraggeber zu melden
- Ebenso hat eine Meldung bei Krankheit und Urlaub des Bw. zu erfolgen
- Eine Vertretungsmöglichkeit ist nicht vorgesehen (der Bw. geht davon aus, dass er sich "wahrscheinlich durch jemand anderen von der Firma" vertreten lassen kann)
- Der Bw. besitzt in Polen keinen entsprechenden Gewerbeschein

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden, insbesondere an Hand des Fragenkataloges ermittelten 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 (für Verspachtelungsarbeiten und Bauwerksfugen-Verschließen) 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 selbständigen Erwerbstätigen angemeldet hat und dass er beim zuständigen Finanzamt um Vergabe einer Steuernummer angesucht 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. (Bauwerksfugen-Verschließen sowie 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 sein in Polen lebendes Kind.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 12. April 2006