



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, vertreten durch W, gegen den Bescheid des Finanzamtes X vom 22. November 2006, betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe (Differenzzahlung) entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber ist slowakischer Staatsbürger. Er verfügt sowohl über einen Wohnsitz in Österreich als auch über einen Wohnsitz in der Slowakei.

Er beantragte mit Eingabe (Formular Beih 1) vom 24. Mai 2006 die Gewährung der Familienbeihilfe für seine beiden Kinder. Nach den Angaben im Antragsformular ist der Berufungswerber in Österreich seit 18. Oktober 2004 als Geschäftsführer bei der A GmbH (3333 R, H-Straße1) beschäftigt. Laut Bestätigung der A GmbH vom 24. Mai 2006 ist der Berufungswerber auch zu 25 % als Gesellschafter an der GmbH beteiligt. Die Kinder und die Ehegattin des Berufungswerbers leben in der Slowakei. Für die Kinder besteht in der Slowakei Anspruch auf Familienbeihilfe.

Auf Grund eines Überprüfungsersuchens des Finanzamtes X bezüglich des Vorliegens von Scheinselbstständigkeit erfolgten durch Organe des Zollamtes Y/KIAB diesbezügliche Erhebungen. Im Zuge der Ermittlungen wurde mit dem Berufungswerber am 3. August 2006

eine Niederschrift aufgenommen. Der Berufungswerber gab zu seiner Tätigkeit auf Befragung des Zollamtes Folgendes bekannt:

Er sei der handelsrechtliche Geschäftsführer der A GmbH. An der Gesellschaft seien neben ihm noch drei weitere Gesellschafter (Anmerkung: nach der Aktenlage ebenfalls slowakische Staatsbürger) beteiligt. Sie arbeiteten nur für die Firma P in K und die Firma H in J. Die Tätigkeit ihrer Firma umfasste sämtliche Arbeiten in den Weingärten, wie Schneiden, Düngen, Hacken, Binden sowie Kellerarbeiten, wie Weinabfüllen, Etikettieren und Verpacken der Flaschen. Die Arbeiten würden teilweise mit Arbeitern der Firmen P und H gemeinsam gemacht, teilweise verrichteten sie die Arbeiten alleine. Er selbst und Hr. Z arbeiteten nur für die Firma P. Das Büro der A GmbH befinde sich hier in K. Miete bezahlten sie keine. Er selbst und Hr. Z wohnten auch hier. Auch für die Wohnung bezahlten sie keine Miete. Das Mittagessen werde gemeinsam mit „Allen“ eingenommen. Um Frühstück und Abendessen müssten sie sich selbst kümmern. Das benötigte Werkzeug werde von den Firmen P und H zur Verfügung gestellt. Ein Firmenfahrzeug besäßen sie bis jetzt nicht. Sie hätten auch nicht vor, andere Kundschaften zu gewinnen, da sie hier Arbeit genug hätten. Sie rechneten so ab, dass die Firmen P und H einen Beitrag an die GmbH bezahlten. Dieser Betrag sei jedes Monat gleich und werde dann auf die Gesellschafter gleichmäßig aufgeteilt. Er betrage 942 € netto pro Monat und Gesellschafter.

Er habe hier in Österreich arbeiten wollen und sie hätten dann gemeinsam mit ihrem Steuerberater diese Lösung gefunden. Er habe vor der Gründung der GmbH bereits hier gearbeitet und dafür die notwendigen Arbeitspapiere gehabt. Die Arbeitsanweisungen erteile Hr. B, welcher das Weingut P leite.

Mit Bescheid vom 22. November 2006 wies das Finanzamt den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe (Differenzzahlung) vom 24. Mai 2006 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 für Familienleistungen im „Beschäftigungsland“. Dies gilt auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten.

Die von Ihnen in Österreich ausgeübte Tätigkeit stellt eine Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes dar. Auf Grund von umfangreichen Ermittlungen der Finanzverwaltung war diese Tätigkeit als Dienstverhältnis zu beurteilen. Als neuer EU-Bürger haben Sie innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt. Die obige Verordnung ist in Ihrem Fall nicht anwendbar.“

Gegen den Abweisungsbescheid vom 22. November 2006 wurde Berufung mit folgender Begründung erhoben:

Die entscheidende Frage für die Richtigkeit des Abweisungsbescheides sei, ob der Berufungswerber mit seiner Tätigkeit für die A GmbH gegen die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes verstoße oder nicht.

Gemäß § 2 Abs. 4 Z 2 AuslBG würden die Gesellschafter einer GmbH mit einer Beteiligung von mindestens 25 % nicht als Arbeitnehmer gelten. Um sicher zu gehen, dass die Weingut P KEG tatsächlich mit der A GmbH die Geschäftsbeziehungen aufnehmen kann, ohne dabei gegen die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes zu verstoßen, hätten die Weingut P KEG und die A GmbH gemeinsam die S Steuerberatungs- und Wirtschaftstreuhand GmbH mit der Klärung dieser Frage bei der zuständigen Behörde beauftragt.

Der Steuerberater Dr. O S habe sich diesbezüglich im Auftrag der Weingut P KEG bei dem Service für Ausländerbeschäftigung des AMS Y erkundigt. Die zuständigen Mitarbeiter des AMS Y hätten bestätigt, dass die Weingut P KEG die A GmbH mit der Durchführung der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiten derart beauftragen kann, dass die geschuldeten Leistungen von Gesellschaftern der A GmbH erbracht werden.

Somit seien sowohl die Weingut P KEG als auch die A GmbH ihrer Pflicht, im Zweifelsfall bei der zuständigen Behörde anzufragen, ob eine Beschäftigung möglich und erlaubt sei, nachgekommen.

Auf Grund der Auskunftsergebnisse der zuständigen Behörde (AMS Y) habe die Weingut P KEG mit der A GmbH Geschäftsbeziehungen aufgenommen.

Die S Steuerberatungs- und Wirtschaftstreuhand GmbH betreue auch die steuerlichen Angelegenheiten der A GmbH. Auf Grund der Auskunft der zuständigen Behörde (AMS Y) sei der Berufungswerber als Dienstnehmer der A GmbH ordnungsgemäß bei der Sozialversicherung angemeldet worden. Ebenso sei die Meldung an das Finanzamt vorgenommen worden.

Nach den Überprüfungen durch das Zollamt/KIAB und dem von dieser Behörde eingenommenen neuen Rechtsstandpunkt hinsichtlich der Frage des Vorliegens einer unerlaubten Ausländerbeschäftigung sei von der S Steuerberatungs- und Wirtschaftstreuhand GmbH ein Antrag gemäß § 2 Abs. 4 des AuslBG bei der für die Ausländerbeschäftigung zuständigen Behörde gestellt worden.

Dieser Antrag sei wie folgt beantwortet worden:

„Laut § 2 Abs. 4 AuslBG sind Feststellungsbescheide u.a. nur für Gesellschafter einer GmbH mit einem Geschäftsanteil von weniger als 25 % vorgesehen. Für Gesellschafter ab 25 % Geschäftsanteil geht das AuslBG prinzipiell von der Vermutung aus, dass es sich bei deren Arbeitsleistung nicht um eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG handelt. Es ist daher kein Feststellungsbescheid gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG vorgesehen.“

§ 2 Abs. 4 AuslBG sage aus, dass bei einer Beteiligung bis 25 % eine Beschäftigung im Sinne des AuslBG vorliegt. Bei einer Beteiligung von 25 % oder mehr liege somit keine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vor.

Da die zuständige Behörde ihre telefonisch erteilten Auskünfte aus dem Jahr 2004 mit der oben zitierten Auskunft zum Antrag gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG bestätigt habe, sei wohl eindeutig geklärt, dass der Berufungswerber mit seiner Beschäftigung für die A GmbH nicht gegen die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes verstoßen habe.

Somit seien die Voraussetzungen des § 3 FLAG für die Zuerkennung der Familienbeihilfe bzw. des Differenzbetrages, nämlich der rechtmäßige Aufenthalt in Österreich, gegeben.

### ***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 slowakischer Staatsangehöriger infolge des Beitritts der Slowakei 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 slowakische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes lauten:

#### "Begriffsbestimmungen

§ 2 Abs. 2: Als Beschäftigung gilt die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,
- 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. Eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 liegt insbesondere auch dann vor, wenn

1. ein Gesellschafter einer Personengesellschaft zur Erreichung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes oder
2. ein Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Geschäftsanteil von weniger als 25%

Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringt, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden, es sei denn, die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice stellt auf Antrag binnen drei Monaten fest, dass ein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt wird. Den Nachweis hierfür hat der Antragsteller zu erbringen. Nach Ablauf dieser Frist darf die Tätigkeit auch ohne den erforderlichen Feststellungsbescheid aufgenommen werden. Wird der Antrag nach Ablauf der Frist abgewiesen, ist die bereits begonnene Tätigkeit umgehend, spätestens jedoch binnen einer Woche nach Zustellung des Bescheides, zu beenden.

#### 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."

Nach § 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.

Mit dem Hinweis „unter der Leitung des Arbeitgebers“ sollen in erster Linie Dienstleistungen im Außendienst, mit dem Hinweis „im geschäftlichen Organismus eingegliedert...“ dagegen in erster Linie Dienstleistungen im Innendienst erfasst werden (vgl. VwGH 19.2.1971, 47/69).

Voraussetzung für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses ist jedenfalls – sowohl bei Außendienst- als auch bei Innendiensttätigkeiten – Weisungsgebundenheit. Der Arbeitnehmer muss verpflichtet sein, den Weisungen des Arbeitgebers zu folgen.

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).

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).

Im vorliegenden Fall ist aus nachstehenden Erwägungen davon auszugehen, dass der Berufungswerber als Dienstnehmer der Fa. P anzusehen ist:

Die vom Berufungswerber durchzuführenden Arbeiten wurden ausschließlich von der Fa. P festgelegt. Der Arbeitsort war von der Fa. P vorgegeben. Der Berufungswerber verrichtete die Arbeiten teilweise mit Arbeitern der Fa. P gemeinsam. Das benötigte Werkzeug wurde von der Fa. P zur Verfügung gestellt. Der Berufungswerber war bei der Fa. P einquartiert, wobei ihm das Quartier gratis zur Verfügung gestellt wurde. Der Berufungswerber war ausschließlich für die Fa. P tätig. Er erhielt für seine Tätigkeit einen (über die A GmbH ausbezahlten) fixen Monatslohn in Höhe von 942 €.

Die Gesellschafter der A GmbH unternahmen auch keinerlei Versuche, mit anderen potentiellen Auftraggebern Kontakte zu knüpfen.

In welches äußere Erscheinungsbild die Vertragspartner ihr Rechtsverhältnis gekleidet haben, ist für die abgabenrechtliche Beurteilung nicht entscheidend (vgl. VwGH 19.9.2007, 2007/13/0071; UFS 6.10.2006, RV/0055-L/06). Nach dem Gesamtbild der Tätigkeit war der Berufungswerber im Weinbaubetrieb der Fa. P voll eingegliedert und weisungsgebunden tätig.

Entgegen den Berufungsausführungen wird in § 2 Abs. 4 Z 2 AuslBG nicht bestimmt, dass Gesellschafter einer GmbH mit einer Beteiligung von mindestens 25 % nicht als Arbeitnehmer gelten. § 2 Abs. 4 Z 2 AuslBG trifft lediglich eine Aussage darüber, unter welchen Voraussetzungen ein Gesellschafter mit einem Geschäftsanteil von weniger als 25 %, welcher Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringt, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden, nicht als Arbeitnehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 anzusehen ist. Da der Berufungswerber über einen Geschäftsanteil von 25 % verfügt, ist § 2 Abs. 4 Z 2 AuslBG im gegenständlichen Fall nicht anzuwenden.

Wie bereits ausgeführt, ist gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Es gilt somit die wirtschaftliche Betrachtungsweise.

Nach den oben dargestellten – unbestrittenen – Ermittlungsergebnissen des Finanzamtes wurde vom Berufungswerber eine **selbständige** Tätigkeit nicht ausgeübt. Es liegt vielmehr eine regelmäßige, an Arbeitszeit und Arbeitsort gebundene, weisungsgebundene und beaufsichtigte Beschäftigung als Landarbeiter bei der Fa. P vor.

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 nicht nachgewiesen hat, folgt daraus, dass er in Österreich eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer im dargelegten Sinn nicht ausübte 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 der Slowakei lebenden Kinder.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 2. September 2008