



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., yyy, vom 12. Februar 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 20. Jänner 2010 betreffend die Familienbeihilfe für das Jahr 2005 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) ist polnischer Staatsbürger, er reiste im Juli 2004 nach Österreich ein und erbrachte im Inlanderspachtelungstätigkeiten. Der Bw. besitzt einen Gewerbeschein betreffend das Gewerbe „*Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit*“, er zahlte ab 1.1.2005 Sozialversicherungsbeiträge. Dazu legte der Bw. einen zwischen ihm und der xxx KG am 10. Juli 2004 abgeschlossenen Rahmenwerkvertrag vor, in dem die Leistung von Trockenausbauarbeiten (Herstellen von Gipskartonwänden) vereinbart wurde.

Der Familienwohnsitz des Bw. befindet sich in Polen, an dem seine Ehegattin und seine fünf Kinder wohnen. Der Bw. verfügt in Wien über einen Zweitwohnsitz.

Mit Einkommensteuerbescheid 2005 setzte das Finanzamt Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 1.430,26 € und die Einkommensteuer in Höhe von 0,00 € fest. Der Bw. gab in diesem Zusammenhang bekannt, dass er seit seiner Einreise nach Österreich im Juli 2004 für die xxx KG als einzigen Auftraggeber gearbeitet habe. Im Akt befinden sich für das Streitjahr

– ausgenommen der oben erwähnte Rahmenwerkvertrag - keine weiteren Unterlagen (zB. Rechnungen) über die tatsächlich erbrachten Leistungen.

Mit dem angefochtenen Bescheid forderte das Finanzamt den Bw. auf, für den Zeitraum 1.1.2005 bis 31.12.2005 die bereits ausbezahlte Familienbeihilfe für seine in Polen wohnhaften Kinder in Höhe von 10.779,36 € zurückzuzahlen. In den Begründungsausführungen verwies das Finanzamt im Wesentlichen darauf, dass die vom Bw. ausgeübte Tätigkeit nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt eine nichtselbständige Tätigkeit gewesen sei. Das Finanzamt stützte sich dabei auf einen Bericht der KIAB vom 21.12.2009, wonach der Bw. mit der Ausübung der in Rede stehenden Arbeiten nicht selbständig tätig gewesen wäre. Aus diesem Grund sei diese Tätigkeit nach dem anzuwendenden Ausländerbeschäftigungsgesetz bewilligungspflichtig gewesen. Da jedoch für den Bw. eine solche Beschäftigungsbewilligung nicht vorliegt, sei die genannte Familienbeihilfe zurückzufordern gewesen.

In der Berufung gegen den Rückforderungsbescheid behauptete der Bw. eine selbständige Tätigkeit als Gewerbetreibender ausgeführt zu haben. Das Finanzamt hat in der Berufungsvorentscheidung erneut auf den Bericht der KIAB hingewiesen und die gegenständliche Tätigkeit des Bw. nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als nicht selbständig beurteilt. Trotz Vorliegens einer Gewerbeberechtigung wäre daher die vorliegende Beschäftigung nach dem AuslBG bewilligungspflichtig gewesen.

Im Vorlageantrag führte der Bw. aus, dass er kein Arbeitnehmer sei, er habe vielmehr allein das Unternehmerrisiko getragen und könne einzelne Aufträge entweder annehmen oder ablehnen, er sei wirtschaftlich nicht abhängig. Eine Abgrenzung der Werke sei möglich, da er für verschiedene Auftraggeber tätig geworden wäre. Er erhalte die Zahlungen für seine Arbeit in bar, weil er sich das so ausbedungen habe. Die Abrechnung für dieerspachtelungstätigkeiten erfolgte nach der Anzahl der geleisteten Quadratmeter oder Regiestunden. Schriftliche Werkverträge wären abgeschlossen worden. Der Bw. könne seine Zeit frei einteilen und verfüge über eigene Werkzeuge und zahle die Beiträge an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft.

Da der Bw. zur Untermauerung seines Vorbringens bezüglich 2005 lediglich einen Rahmenwerkvertrag vorgelegt hat, wurde er über Vorhalt unter anderem aufgefordert, die strittigenerspachtelungstätigkeiten im Streitjahr genauer zu beschreiben, allfällige weitere Werkverträge und Honorarrechnungen für das Jahr 2005 vorzulegen sowie andere Auftraggeber zu nennen. Diese schriftliche Aufforderung wurde dem Unabhängigen Finanzsenat mit dem Vermerk „verzogen“ retourniert. Der Bw. hat weder dem Finanzamt noch dem Unabhängigen Finanzsenat eine neue Abgabestelle bekannt gegeben.

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

Infolge der EU-Erweiterung im Jahre 2004 wurden auch Übergangsbestimmungen mit der Republik Polen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbart. Diese im Jahre 2005 geltenden Bestimmungen sahen vor, dass für polnische Staatsangehörige, die in Österreich als Dienstnehmer oder freie Dienstnehmer tätig sein wollen, weiterhin eine Beschäftigungsbewilligung nach § 2 Abs 2 AuslBG vorliegen muss.

§ 3 Abs 1 FLAG 1967 in der für das Jahr 2005 geltenden Fassung lautet: „Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus einer gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.“

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei Verspachtelungstätigkeiten – wie im konkreten Fall vorgebracht – nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt um einfache manipulative Tätigkeiten, um Hilfsarbeiten, die grundsätzlich nicht Gegenstand eines Werkvertrages sondern eines freien Dienstvertrages sein können (vgl. VwGH 3.11.2004, 2001/18/0129). Die Beantwortung der Frage, ob die zu beurteilenden Verspachtelungen im Jahre 2005 im Rahmen eines selbständigen Auftragsverhältnisses erbracht wurde, ist unter anderem von der Feststellung atypischer Kriterien, wie zB das Vorliegen eines Unternehmerrisikos abhängig. Infolge Nichtbeantwortung des oben erwähnten Vorhalts war eine solche Beurteilung nicht möglich gewesen. Der Bw. hat seine Behauptungen, tatsächlich Verspachtelungsarbeiten selbständig ausgeführt zu haben nicht belegt. Der Rahmenvertrag allein, ohne weitere schriftliche Unterlagen wie zB Rechnungen usw., reicht als Nachweis dafür, dass Hilfsarbeiten als selbständige Tätigkeit ausgeführt wurden, nicht aus.

Angesichts des Umstandes, dass einfache manipulative Tätigkeiten erbracht wurden und vor dem Hintergrund der bereits zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes war davon auszugehen, dass der Bw. im Rahmen einer nichtselbständigen Beschäftigung tätig geworden ist, für das der Bw. jedoch keine Beschäftigungsbewilligung vorgelegt hatte. Da somit die Voraussetzungen des § 3 Abs 1 letzter Satz FLAG in der für das Streitjahr geltenden Fassung nicht erfüllt waren, bestand im Streitjahr kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Eine Partei, die während eines Verfahrens, von dem sie Kenntnis hat, ihre bisherige Abgabestelle ändert, hat dies nach § 8 Abs 1 ZustellG der Behörde unverzüglich mitzuteilen.

Im Berufungsfall ist festzuhalten, dass der Bw. unbekannt verzogen ist. Eine Bekanntgabe der Änderung der Abgabestelle im Sinne des § 8 Abs 1 ZustellG ist nicht erfolgt. Ebenso blieb eine ZMR-Anfrage ohne Erfolg, weshalb die Behörde den schriftlichen Vorhalt nicht zustellen konnte. Der Bw. hat demnach im konkreten Verfahren die ihm obliegende Mitwirkungspflicht verletzt.

Gemäß § 115 Abs 1 BAO haben die Abgabenbehörden die abgabepflichtigen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln, die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind.

Die in dieser Bestimmung normierte amtswegige Ermittlungspflicht befreit die Partei nicht von ihrer Offenlegungs- und Mitwirkungspflicht (VwGH 23.2.2010, 2007/15/0292). Im Berufungsfall hat der Bw., wie oben dargelegt, seine Mitwirkung unterlassen und solcherart keine Anhaltspunkte glaubhaft gemacht, die sein Berufungsvorbringen untermauert hätten. Insoweit tritt jedenfalls die Verpflichtung des Unabhängigen Finanzsenats zurück, den Sachverhalt nach allen Richtungen und über das als erwiesen anzunehmende Maß hinaus zu prüfen. Dazu kommt, dass nur die Partei Angaben zum Sachverhalt machen konnte und insoweit auch eine Grenze der amtswegigen Ermittlungspflicht bestanden hat (vgl. VwGH 15.12.2009, 2006/13/0136).

Aus diesen Gründen war die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 12. Jänner 2012