



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 19. Oktober 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 19. September 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Juli 2004, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Strittig ist, ob die berufliche Tätigkeit des Bw. als unselbständige oder als selbständige Tätigkeit zu werten ist.

Der Bw. ist polnischer Staatsbürger, der in Österreich beruflich tätig ist.

Seine Ehefrau (Hausfrau) und seine beiden Kinder leben in Polen.

Datum:	
6.7.2004	Für den Bw. wurde gem. § 340 Abs. 1 GewO 1994 das Gewerbe „Fällen von Bäumen und Weiterverarbeitung der Bäume zu Schnittholz mittels einer mobilen Einrichtung“ im Gewerberegister vom Magistrat der Stadt Wien eingetragen.
15.12.2005	Der Bw. meldet sein o.a. Gewerbe bei der Wirtschaftskammer Wien für ruhend.
20.3.2006	Der Bw. meldet die Wiederaufnahme seiner Gewerbeberechtigung bei der Wirtschaftskammer Wien.

15.9.2006	Der Bw. meldet sein o.a. Gewerbe bei der Wirtschaftskammer Wien erneut für ruhend.
-----------	--

Lt. Bestätigung der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (Landesstelle Wien) war der Bw. im Zeitraum 1. Juli 2004 bis 31. Dezember 2005 und vom 1. April 2006 bis 30. September 2006 als selbständig Erwerbstätiger und im Zeitraum 16. Oktober 2006 bis 8. Dezember 2006 als Arbeiter versichert gemeldet.

Der Bw. brachte am 6. Februar 2006 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine beiden in Polen lebenden Kinder wie folgt ein:

Kind	Geburtsdatum	Antrag auf FB ab
A	16.8.1996	Juli 2004
B	24.9.2004	Juli 2004

Das Finanzamt führt im Prüfungsbericht vom 11. September 2006 zum o.a. Antrag wie folgt aus:

- Die Tätigkeit des Bw. stelle sich nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische unselbständige Beschäftigung als Tischler auf einer Baustelle und als Tischler in einer Tischlereiwerkstatt dar.
- Der Bw. schulde nach Ansicht des Finanzamtes nicht ein Werk, sondern wie ein Dienstnehmer seine Arbeitskraft, auch wenn einmalig für eine Hausinhabung (im September 2005) Leistungen erbracht worden seien und der Bw. geringfügig Material eingekauft habe.
- Die Auftraggeber des Bw. ab dem Jahre 2004 seien die folgenden gewesen:

Jahr	Auftraggeber:
2004	K
2005	K und 1 x Hausinhabung (Z)
2006	L

- Das im Gewerberegister eingetragene Gewerbe sei bis dato vom Bw. nicht ausgeübt worden.
- Zwischen dem Bw. und seinen o.a. Auftraggebern gäbe es keine schriftlichen Werkverträge.
- Die vom Bw. zu erbringenden Leistungen (= Lohnarbeit in Form von Holzzuschnitten in der Werkstätte in Y und Montagearbeiten auf verschiedenen Baustellen und Reparaturarbeiten an Fenster und Türen) seien von den Auftraggebern festgelegt worden.

Das Entgelt des Bw. sei nach Stunden oder Pauschalen abgerechnet worden.

- Auch der Arbeitsort (= Baustellen, Tischlerwerkstatt) werde von den Auftraggebern vorgegeben.
- Der Arbeitseinsatz und die Arbeitseinteilung erfolge über Anordnung des Arbeitgebers vor Ort.  
Zu Beginn der Arbeit bekäme der Bw. vom Auftraggeber den Baustellenschlüssel.  
Der Bw. könne aber nicht nach eigener Entscheidung auf die Baustelle kommen und gehen.
- Die Kontrolle der angewiesenen Arbeiten erfolge vom Auftraggeber nach Fertigstellung.  
Stundenaufzeichnungen, Arbeitsprotokolle oder Bautagebücher seien nicht geführt worden.
- Das vom Bw. selbst erworbene Werkzeug sei geringfügig.
- Der Bw. sei verpflichtet gewesen, dem Auftraggeber eine Meldung bei Krankheit zu machen.
- Eine Vertretungsmöglichkeit des Bw. sei nicht vorgesehen gewesen.  
Der Bw. habe die Arbeit persönlich erbringen müssen.
- Der Bw. trage auch kein Haftungs- und Gewährleistungsrisiko.
- Der Standort des Gewerbes des Bw. sei seine Wohnadresse.
- Das Unternehmen des Bw. trete auch nach außen hin nicht in Erscheinung, d.h. es gibt kein Firmenschild und keine Werbung für das Unternehmen.
- Im September 2006 habe der Bw. keine Aufträge und sei auf Arbeitssuche, auch über das AMS.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe mit Bescheid vom

19. September 2006 ab und begründet dies wie folgt:

- 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 bestehe grundsätzlich Anspruch auf Familienleistung im „Beschäftigungsland“ auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten.
- Die vom Bw. in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit sei aufgrund von umfangreichen Ermittlungen der Finanzverwaltung als Dienstverhältnis zu beurteilen.
- Als neuer EU-Bürger (Polen ist seit 2004 EU-Mitgliedstaat) hätte der Bw. innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt.  
Die o.a. Verordnung sei daher im gegenständlichen Fall nicht anwendbar.

Der Bw. erhob gegen den o.a. Bescheid Berufung und führt im Wesentlichen folgendermaßen aus:

- Der Bw. übe seit Juli 2004 auf Grund des Gewerbescheines eine selbständige Tätigkeit aus.
- Der Bw. sei auch zur Umsatz- und Einkommensteuer veranlagt worden.
- Er habe für mehrere Auftraggeber die im Gewerbeschein angemeldeten Tätigkeiten ausgeübt.
- Der Bw. beantrage die Familienbeihilfe für seine beiden in Polen lebenden Kinder.

Da damit zu rechnen war, der Bw. werde auf eine abweisende Berufungsvorentscheidung mit Vorlageantrag reagieren, wurde aus diesem Grunde vom Finanzamt eine Berufungsvorentscheidung nicht erlassen.

Gem. § 276 Abs. 6 BAO legte das Finanzamt die Berufung der Abgabenbehörde zweiter Instanz direkt vor.

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

Folgender Sachverhalt wurde als erwiesen angenommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt und ist den vorgelegten Unterlagen zu entnehmen:

Der in Österreich arbeitende Bw., der polnischer Staatsbürger ist, hat zwei minderjährige Kinder, die bei ihrer Mutter (Hausfrau) in Polen leben.

Der tatsächlich ausgeübte Tätigkeitsbereich des Bw. umfasst Montagearbeiten auf verschiedenen Baustellen, div. Holzzuschnitte und Reparaturarbeiten an Fenster und Türen.

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 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 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 (ab 2004) 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 (d.h. 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 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 gängiger Rechtssprechung (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 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 (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 seinen Auftraggebern.
- Das im Gewerberegister eingetragene Gewerbe „Fällen von Bäumen und Weiterverarbeitung der Bäume zu Schnittholz mittels einer mobilen Einrichtung“ ist bis dato vom Bw. nicht ausgeübt worden.
- Die vom Bw. zu erbringenden vertraglichen Leistungen (Lohnarbeit in Form von Holzzuschnitten und Montagearbeiten sowie Reparaturarbeiten) werden (ausschließlich) vom Auftraggeber festgelegt.
- Das Entgelt wird nach Stunden oder Pauschalen abgerechnet.
- 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. führt keine Stundenaufzeichnungen, Arbeitsprotokolle oder Bautagebücher.

- 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 ist geringfügig.
- 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. trägt auch kein Haftungs- und Gewährleistungsrisiko.

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden, insbesondere an Hand des Fragenkataloges ermittelten Sachverhaltes geht nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates 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 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 selbständig Erwerbstätigen angemeldet (Zeiten siehe obige Tabelle) 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 25.10.1994, 90/14/0184, und vom 20.12.2000, 99/13/0223).

Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass die Beschäftigung des Bw. (div. Montagearbeiten) 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 für seine in Polen lebenden Kinder.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 22. Februar 2007