



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des B, gegen den Bescheid des Finanzamtes X vom 30. März 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Dezember 2004 bis 31. Dezember 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 1) vom 22. November 2005 die Zuerkennung der Familienbeihilfe für seine drei minderjährigen in Polen lebenden Kinder. Nach den Angaben im Antragsformular ist der Berufungswerber selbständig erwerbstätig. Seine Ehegattin lebt in Polen und ist nicht erwerbstätig.

Laut Bescheinigung der für die Gewährung von Familienleistungen zuständigen polnischen Behörde vom 15. Februar 2006 bezog die Ehegattin des Berufungswerbers im Zeitraum 1. Mai 2004 bis 31. Jänner 2006 in Polen für die drei Kinder Familienleistungen.

Nach der Aktenlage wurde dem Berufungswerber in Österreich am 15. November 2004 ein Gewerbeschein für das Gewerbe „Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit“ ausgestellt. Der

Berufungswerber war bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft von 1. November 2004 bis 31. Mai 2006 als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger gemeldet.

Der Berufungswerber reichte am 31. März 2006 eine Einkommensteuererklärung für 2005 beim Finanzamt ein. In der Einnahmen-Ausgaben-Rechnung sind folgende Einnahmen- und Ausgabenposten ausgewiesen:

<b>Einnahmen:</b>	Netto
Honorare	15.150,00 €
<b>gesamt</b>	<b>15.150,00 €</b>
<b>Ausgaben:</b>	
Geringwertige Wirtschaftsgüter	199,00 €
Instandhaltung	78,57 €
Mobiltelefon	340,00 €
Fahrten	562,50 €
Porto	3,10 €
Kilometergeld (Familienheimfahrten)	2.421,00 €
Gebühren und Abgaben	200,00 €
Personenversicherung (ASVG, GSVG)	1.996,70 €
<b>gesamt</b>	<b>5.800,87 €</b>
<b>Ergebnis</b>	<b>9.349,13 €</b>

Der Berufungswerber gab auf Befragung durch das Finanzamt (am 23. Oktober 2006) zu seiner Tätigkeit Folgendes an:

Er sei im Herbst 2004 nach Österreich gekommen, um hier Arbeit zu finden. Er verstehe die deutsche Sprache zu 50 % und könne sie zu 20 % lesen. Er habe in Österreich ein Gewerbe angemeldet, weil die Firma von Bekannten und später eine andere Firma Arbeit für ihn hatten.

Das in Österreich angemeldete Gewerbe habe er vorher nicht ausgeübt. Für die Ausübung dieses Gewerbes habe er in Polen einen Kurs besucht, jedoch keine Prüfung abgelegt.

Zu seinen Aufträgen sei er über Bekannte gekommen. Er habe in Österreich für zwei Firmen (Fa. K.; Fa. J) gearbeitet. Mit seinen Auftraggebern habe er schriftliche Verträge abgeschlossen, welche er mit Hilfe eines Dolmetschers auch verstanden habe. Als Tätigkeiten seien Spachtelarbeiten und das Ausbessern von Wänden vereinbart worden. Seine Tätigkeiten für diese beiden Firmen habe er im Juni 2005 bzw. im April 2006 beendet. Seit April 2006 sei er bei der Fa. G (auf Grund einer Beschäftigungsbewilligung für die Zeit von 18. April 2006 bis 17. April 2007) beschäftigt.

Er bewohne seine Wiener Wohnung gemeinsam mit seinem Bruder. Sie bezahlten für die Wohnung zusammen 251 € Miete monatlich.

Der Standort seines Gewerbes sei die Wiener Wohnung gewesen. Für die Ausübung des Gewerbes habe er eine Bohrmaschine und Spachteln benötigt. Dieses Werkzeug habe er selbst zur Verfügung gestellt. Das Arbeitsmaterial habe der jeweilige Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Es sei auf der Baustelle bereits vorhanden gewesen.

Sein Chef habe ihm gesagt, auf welcher Baustelle er arbeiten solle. Wo er auf der Baustelle arbeiten und welche Arbeiten er ausführen solle, hätten ihm sein Chef oder der Polier gesagt.

Er habe keine Mitarbeiter gehabt. Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität seien vom Chef oder vom Polier kontrolliert worden.

Arbeitsbeginn und Arbeitsende habe er seinem Chef oder dem Polier melden müssen. Er habe eine fixe Arbeitszeit (von 7 – 17 Uhr) gehabt. Wenn die Arbeit beendet war, sei sein Chef oder der Polier gekommen und hätte sie kontrolliert.

Einen Krankenstand habe er seinem Chef melden müssen. Er habe keinen eigentlichen Urlaub, jedoch zwischen zwei Baustellen frei gehabt.

Als Entgelt habe er (je nach Art der Arbeit) 14 – 20 € pro Stunde erhalten. Abgerechnet worden sei in der Form, dass sein Chef die Rechnungen in seinem Namen ausgestellt habe. Das Entgelt sei bei Auftragsende bzw. nach 14 Tagen auf sein Konto ausbezahlt worden.

Das Haftungs- und Gewährleistungsrisiko habe der Auftraggeber getragen.

Er habe nur Einkünfte von den oben angeführten zwei Auftraggebern bezogen und beziehe jetzt nur mehr Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bei der Fa. G.

Er besitze in Polen keinen entsprechenden Gewerbeschein, bezahle in Polen keine Steuer und sei in Polen auch nicht sozialversichert.

Das Finanzamt wies den Antrag des Berufungswerbers auf Gewährung der Familienbeihilfe mit Bescheid vom 30. März 2006 für den Zeitraum 1. Dezember 2004 bis 31. Dezember 2005 ab.

Die gegen den Bescheid vom 30. März 2006 eingebrachte Berufung wies das Finanzamt mit Berufungsvorentscheidung vom 27. November 2006 als unbegründet ab.

Der Berufungswerber wendet im Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz (Vorlageantrag) dagegen ein, er sei vor dem 18. April 2006 in Österreich selbständig erwerbstätig gewesen. Gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 bestehe für Selbständige, deren Familienangehörige sich ständig innerhalb der Europäischen Gemeinschaft aufhielten, ein Anspruch auf Familienleistungen im Beschäftigungsland. Er habe selbst sämtliche Steuern, Versicherungsbeiträge, Werkzeugkosten und sonstige Kosten getragen, die mit seinem Betrieb verbunden gewesen seien. Wäre er nicht selbständig erwerbstätig gewesen, hätte er nicht zur gleichen Zeit für drei bis vier verschiedene Auftraggeber Leistungen erbringen können.

### ***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 gewerbe-rechtlicher 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 Arbeitslaubnis 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 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 Berufungswerbers nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische unselbständige Beschäftigung als Arbeiter auf einer Baustelle darstellt:

Dem Berufungswerber waren sowohl der Arbeitsort (die jeweilige Baustelle) als auch die Arbeitszeit (7 – 17 Uhr) von den Vertragspartnern vorgegeben. Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität wurden kontrolliert. Der Berufungswerber musste Arbeitsbeginn und Arbeitsende melden. Ebenso musste er melden, wenn er krank war.

Das Haftungs- und Gewährleistungsrisiko für die vom Berufungswerber durchgeführten Arbeiten trugen seine Vertragspartner.

Gegen eine selbständige Tätigkeit spricht aber auch, dass das Arbeitsmaterial zur Gänze auf den Baustellen zur Verfügung gestellt wurde und dass die vom Berufungswerber beigestellten Arbeitsmittel (eine Bohrmaschine und Spachteln) umfangmäßig äußerst gering waren.

Der Berufungswerber war somit in den geschäftlichen Organismus seiner Auftraggeber eingegliedert und hatte kein Unternehmerwagnis zu tragen.

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

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 schuldet 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 Rechtsprechung 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 im Vorlageantrag vorgebrachte Argument, er habe zur gleichen Zeit für drei bis vier verschiedene Auftraggeber Leistungen erbracht, 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 entscheidend 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. 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.

Da der Berufungswerber die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungsbewilligung) für den Streitzeitraum 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 hat demnach mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung im Streitzeitraum keinen Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Gewährung einer Differenzzahlung für seine in Polen lebenden Kinder.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 25. Juni 2007