



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des SL, 1090, vom 3. Juli 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg vom 30. Mai 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid vom 30. Mai 2008 wurde der Antrag des Bw. vom 9.11.2007 auf Differenzzahlung für seine Tochter AL, geb. 2007, ab August 2007 mit folgender Begründung abgewiesen:

„Zu LA:

Anspruch auf Differenzzahlung besteht nur für Zeiträume, in denen im Bundesgebiet Einkünfte auf Grund einer Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbständiger vorliegen. Auf Grund der Erhebungen des Finanzamtes ist davon auszugehen, dass sich Ihre Tätigkeit in Österreich nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige Tätigkeit einstufen lässt. Vielmehr sind typische Merkmale einer unselbständigen Tätigkeit gegeben. Für eine solche unselbständige Tätigkeit ist aber eine Berechtigung zur Arbeitsaufnahme vom Arbeitsmarktservice erforderlich. Dies ist bei Ihnen nicht der Fall und üben Sie in Österreich

weder eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer aus, noch kann von einer selbständigen Beschäftigung ausgegangen werden."

Dagegen erhob der Bw. Berufung mit folgender Begründung:

„Mit gegenständlichem Bescheid, mein Antrag auf die Gewährung der Familienbeihilfe (Differenzzahlung *von August 2007 bis Dezember 2007*) für meine in Polen (EU-Land) ständig lebende Tochter LA, geb. 2007, *ab August 2007* abgewiesen wurde.

In der Begründung wird behauptet, dass aufgrund der Erhebungen des Finanzamtes davon auszugehen ist, dass meine Tätigkeit in Österreich sich als selbständige Tätigkeit nicht einzustufen lässt, sondern als Dienstverhältnis zu beurteilen ist, zur Aufnahme welchen eine Berechtigung vom Arbeitsmarktservice erforderlich wäre.

Das alles *stimmt nicht*, weil ich tatsächlich *am 8.9.2004* in Österreich ein **Gewerbebetrieb** (*"Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten..."*) angemeldet habe, weil ich gleich nach der Anmeldung des Gewerbebetriebes, die zuständige LD der SVA der Gewerblichen Wirtschaft über die von mir angemeldete Tätigkeit mitgeteilt habe und die Beiträge laufend zahlte, und weil ich beim Ihrem Finanzamt innerhalb eines Monats nach Anmeldung des Gewerbebetriebes um eine Steuernummer angesucht habe sowie die entsprechende Steuererklärungen für die abgelaufene Wirtschaftsjahre, auch für das Jahr **2007** dann abgab.

In meinem Fall lag ein Gewerbebetrieb vor, weil alle Kriterien, welche für die selbständige Führung eines Gewerbebetriebes sprachen samt das Vorliegen einer betrieblichen Struktur (§§ 28, 29 BAO), bei mir bis zur **Zurücklegung** meines Betriebes *mit 23.5.2008* vorhanden waren (siehe Beilage).

In meiner nachhaltigen, selbständigen Betätigung, welche mit Gewinnabsicht von mir unternommen wurde, war ich mit keinen Weisungen der Auftraggeber (in meinem Betrieb für *mehrere* Auftraggeber diversen Verspachtelungsarbeiten durchgeführt wurden) verbunden, ich war persönlich von niemandem abhängig und in den geschäftlichen Organismus der Auftraggeber nicht eingegliedert.

Das Unternehmerrisiko ausschließlich von mir getragen wurde und für die Gewährleistung ich selbe haftete. Kein Auftraggeber hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und die Arbeitsqualität mich kontrollierten! Eine Vertretung bei Hinderung jederzeit zulässig war.

In meiner Arbeit ich ausschließlich mein eigenes Werkzeug und zu Großteil eigene Arbeitsmittel verwendete. Am Standort meines Gewerbebetriebes ich über die Büroräumlichkeit und Aufbewahrungsmöglichkeit für meine Arbeitsmittel und Arbeitsmaterial sowie ein Firmenfahrzeug verfügte (siehe Beilagen im Steuerakt).

Durch das aktive Geschäftsanbahnen ich um ausreichende und entsprechende Anzahl von Aufträgen selbst kümmerte.

Von allen anderen Behörden meine selbständige Tätigkeit niemals aberkannt wurde."

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

Vorweg ist angesichts der Angaben des Bw. festzuhalten, dass der UFS - ebenso wie das Finanzamt - auf Grund der Aktenlage - davon ausgeht, dass seine Tochter AL nicht in Österreich, sondern 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 österreichischem 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 (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 (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 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:

Aufgrund der Aktenlage arbeitet der Bw. immer nur für einen Auftraggeber, die Blacha KEG, 1200 Wien, Dammstraße 38/50. Die Abrechnung erfolgt immer für „Lohnzahlungszeitraum“. Dem Bw. wurde vom Finanzamt am 20. Juli 2007 ein Schreiben betreffend „Beurteilung hinsichtlich der Art Ihrer Tätigkeit“ übermittelt, wonach aufgrund der Niederschrift und der Erhebungen festgestellt wurde, dass seine Tätigkeit als „nichtselbständige Tätigkeit“ einzustufen ist und daher Lohneinkünfte vorliegen.

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden 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 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 hat und dass er beim zuständigen Finanzamt um Vergabe einer Steuernummer angesucht sowie Steuererklärungen abgegeben 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. (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 15. April 2009