



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 1. Dezember 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 3. November 2006 betreffend Gewährung der Familienbeihilfe entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Eingabe vom 2. Dezember 2005 beantragte der Berufungswerber (Bw.), ein polnischer Staatsbürger (vgl. die Seiten 1 des Antrages und des Fragenkataloges betreffend Gewerbescheine EU-Ausländer), die Gewährung der Familienbeihilfe für sein in Polen lebendes im Jahr 1989 geborenes und in Ausbildung befindendes Kind P.

Dem Antrag beigegeben waren u.a. folgende Unterlagen:

- Geburtsurkunde - gekürzte Abschrift - betreffend den Sohn des Bw.
- Heiratsurkunde - gekürzte Abschrift - betreffend die Eheschließung des Bw. im Jahr 1987 in Polen
- Bescheinigung der Gemeinschaft für ökonomische Schulen Nr. 3, Ökonomisch-Handelsfachoberschule Nr. 6, Krakau, dass der Sohn des Bw. im Schuljahr 2005/06 Schüler der ersten Klasse der Ökonomisch-Handelsfachoberschule ist und der geplante Abschlusstermin im Juni 2009 abläuft.

Am 23. Juni 2004 meldete der Bw. einen Nebenwohnsitz an der näher bezeichneten Wiener Anschrift an (Abfrage aus dem Zentralen Melderegister).

Aus einem vom Bw. beantworteten Fragenkatalog betreffend Gewerbescheine EU-Ausländer geht u.a. hervor, dass der Bw. am 23. Juni 2004 nach Österreich gekommen ist, und zwar wegen Arbeitssuche. In Polen hatte der Bw. kein Gewerbe angemeldet ("Keine Arbeit in Polen") und war ihm seinen eigenen Angaben zufolge bei den Behördenwegen ein Freund behilflich. Die deutsche Sprache konnte der Bw. nicht verstehen und auch nicht lesen. Die Wohnung bezog der Bw. über Einschaltung eines Freundes und wohnte in dieser mit Freunden.

Auf Grund von zwei Tage danach vorgenommenen Gewerbeanmeldungen wurden im Gewerberegister für den Bw. das Gewerbe *"Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit"* und das Gewerbe *"Aufstellen von mobilen Sichtschutzeinrichtungen für Toilettenanlagen, Umkleidekabinen und dergleichen durch einfaches Zusammenstecken oder Verschrauben fertig bezogener Bestandteile"* eingetragen (Gewerbeanmeldungen jeweils vom 25. Juni 2004).

Mit Bescheid des Finanzamtes vom 3. November 2006 wurde der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind P., geb. 1989, abgewiesen und begründend Folgendes ausgeführt:

"Mangels Vorliegen einer rechtmäßigen Beschäftigung im Bundesgebiet nach den österreichischen Rechtsvorschriften kann auch nicht von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (welche die Grundlage für den Familienbeihilfenanspruch darstellt, ausgegangen werden."

In der gegen den Abweisungsbescheid erhobenen Berufung führte der Bw. aus wie folgt:

- Die Verordnungen der Europäischen Union zur Systeme der sozialen Sicherheit betreffen nicht nur Arbeitnehmer, aber sehr wohl auch die selbständigen Tätigen.
- Ich verfüge über einen gültigen Gewerbeschein, von österreichischer Behörde ausgestellt.
- Mit der Gewerbeberechtigung sind etliche Kosten und Ausgaben wie Steuer, Sozialversicherungsbeiträge, Grundumlage gebunden, die ich auch laufend als Selbständiger, genauso wie alle anderen Selbständigen, zu leisten habe.
- Ich bin selbständig tätig, somit ist richtig die Meinung des Finanzamtes, dass hier keine rechtmäßige Beschäftigung vorliegt. Ich wurde jedoch bis dato seitens des Finanzamtes nicht steuerlich erfasst, darauf habe ich aber keinen Einfluss.
- Ich habe bereits zwei Jahresabrechnungen für das Jahr 2004 und 2005 an das zuständige Finanzamt eingeschrieben geschickt.

- Ich verfüge laufend über Aufträge und stelle auch laufend die Rechnungen aus. Im Jahr 2006 habe ich bis jetzt einen Gewinn von ca. 11.000,-- erzielt.
- Da ich als EU-Bürger - wie das Gesetz vorsieht - gleichgestellt mit den anderen EU-Bürgern bin, auf keine Weise diskriminiert sein kann, ersuche ich das Finanzamt mir die Familienbeihilfe, genau wie den anderen, zu gewähren."

Vom Finanzamt wurde die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung dem unabhängigen Finanzsenat vorgelegt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß 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 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 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 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.

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 Arbeitserlaubnis 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 gängiger Rechtsprechung (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 Arbeiter auf einer Baustelle darstellt:

Der Bw. bezog Ende Juni 2004 die Wohnung an der näher bezeichneten Wiener Anschrift und wohnt an der angegebenen Wohnadresse – *die vom Bw. zugleich auch als der Standort seines Gewerbes angegeben wird* – gemeinsam mit Freunden und trägt die *monatliche Miete des Bw. € 100*.

Der über keine Kenntnisse der deutschen Sprache verfügende Bw. gelangte am 1. August 2004 an die I. Bau GmbH. In der Folge war die I. Bau GmbH immer wieder "Auftraggeber" des Bw.; die (ersten beiden) Rechnungen vom 10. August und 15. Oktober 2004 beinhalten Zahlungen an den Bw. in Höhe von € 6.053,33. Für die Ausübung der Tätigkeit benötigte der Bw. an Werkzeug Spachtel und Leiter.

Das zu verarbeitende Arbeitsmaterial wurde dem Bw. von der I. Bau GmbH zur Verfügung gestellt. Die I. Bau GmbH legte die vertraglichen Leistungen fest und teilte ihm mit, auf welcher Baustelle und wo auf dieser Baustelle er arbeiten bzw. welche Arbeiten er ausführen soll.

Der Bw. hatte keine Mitarbeiter. Bei der Ausübung seiner Tätigkeit wurde der Bw. nach seinen eigenen Angaben hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsqualität und Arbeitsfortgang von seinem Auftraggeber nicht kontrolliert. Diesem hatte er Arbeitsbeginn und Arbeitsende nicht zu melden, ebenso wenig, wenn er krank ist oder auf Urlaub gehen möchte. Die Frage, ob er sich bei der Arbeit vertreten lassen kann, beantwortete der Bw. mit ja. Das Entgelt wurde als Pauschale über das Konto des Bw. abgerechnet. Die Auszahlung erfolgte nach Beendigung der durchgeführten Arbeiten. Mit den aktenkundigen Rechnungen wurde nach Leistung pro m², lfm. und nach Stunden abgerechnet.

In Polen besaß der Bw. keinen entsprechenden Gewerbeschein.

Der Bw. war in Polen nicht sozialversichert.

Die Gattin des Bw. ist ebenfalls polnische Staatsangehörige und nicht erwerbstätig.

Dieser festgestellte Sachverhalt beruht auf den eigenen Angaben des Bw. und den von ihm vorgelegten Unterlagen.

Die Einnahmen- Ausgabenrechnungen des Bw. weisen im Einzelnen nachstehende Positionen aus:

2004:

Einnahmen- Ausgabenrechnung gem. § 4 (3) EStG 1988, 25.06. - 31.12.2004

Umsatzsteuer ist Durchlaufposten

Einnahmen	netto	Mwst/Vst
Honorare, gemäß § 19 UStG 1994	11.488,33	0,00
gesamt	11.488,33	0,00
Ausgaben		
Personenversicherung (ASVG, GSVG)	1.039,15	0,00
Familienheimfahrten	1.068,00	0,00
Kilometergeld	1.246,00	0,00
gesamt	3.353,15	0,00
Ergebnis	8.135,18	0,00

2005:

Einnahmen- Ausgabenrechnung gem. § 4 (3) EStG 1988, 01.01. - 31.12.2005

Umsatzsteuer ist Durchlaufposten

Einnahmen	netto	Mwst/Vst
Honorare, gemäß § 19 UStG 1994	8.748,50	0,00
gesamt	8.748,50	0,00
Ausgaben		
Personenversicherung (ASVG, GSVG)	1.291,87	0,00
Familienheimfahrten	2.136,00	0,00
gesamt	3.427,87	0,00
Ergebnis	5.320,63	0,00

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden, insbesondere an Hand des Fragenkataloges ermittelten Sachverhaltes geht *in Verbindung mit dem Inhalt der Einnahmen- Ausgabenrechnungen* eindeutig hervor, dass der Bw. (ohne Deutschkenntnisse) in Wahrheit *über keinen Gewerbebetrieb mit entsprechenden Betriebsmitteln verfügte*, sondern lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung stellte und war er dadurch dem Willen seines Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall gewesen wäre. Die vom Bw. gelegten Einnahmen- Ausgabenrechnungen weisen *keine einzige der Vielzahl an Betriebsausgabenpositionen*, wie sie im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit anfallen

(bspw. die Kosten eines betriebsbereiten Standortes, Fahrt/Transportkosten, Werbe/Akquisitionskosten, Personalkosten) aus.

Die dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Arbeitskraft betraferspachtelungsarbeiten u.dgl., also Arbeiten, wie sie in gleicher Weise üblicherweise im Rahmen eines Arbeitsvertrages verrichtet werden. Inwieweit sich die Art seiner Tätigkeit von jener eines (Hilfs)Arbeiters eines mit solchen Arbeiten befassten Unternehmens unterscheiden sollte, ist an Hand des vorliegenden Sachverhaltes – insbesondere unter Bedachtnahme auf die Ausgaben laut den Einnahmen- Ausgabenrechnungen – nicht zu erkennen.

Den auf den Angaben des Bw. beruhenden Umständen, wonach der Bw. bei der Ausübung seiner Tätigkeit hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsqualität und Arbeitsfortgang von seinem Auftraggeber nicht kontrolliert wurde, er diesem Arbeitsbeginn und Arbeitsende nicht zu melden hatte, ebenso wenig, wenn er krank ist oder auf Urlaub gehen möchte, kann ein entsprechendes Gewicht nicht beigemessen werden, weil er in hohem Ausmaß von der I. Bau GmbH, die als "Auftraggeber" diese Regelungen vereinbarte, wirtschaftlich abhängig war. Dem Umstand, dass sich der Bw. laut seiner Angabe bei seiner Arbeit vertreten hätte lassen können, kann schon deswegen kein Gewicht beigemessen werden, weil diese Regelung, wie aus den Einnahmen- Ausgabenrechnungen hervorgeht, tatsächlich nicht zum Tragen kam. Die Umstände, dass der Bw. zwei Gewerbescheine besitzt, dass er sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet hat und dass er beim zuständigen Finanzamt um Vergabe einer Steuernummer angesucht hat, vermögen 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 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).

Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass die *Tätigkeit des Bw.* (Verspachteln u.dgl.) *nicht als selbständige*, sondern als nichtselbständige Tätigkeit *zu qualifizieren ist*.

Eine solche (nichtselbständige) 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 7. Februar 2007