



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, vertreten durch S, gegen den Bescheid des Finanzamtes X vom 25. April 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung von Familienbeihilfe entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber ist polnischer Staatsbürger. Er verfügte im Zeitraum April 2005 bis April 2007 sowohl über einen Wohnsitz in Österreich als auch über einen Wohnsitz in Polen.

Er beantragte mit Eingabe (Formular Beih 1) vom 5. April 2006 die Zuerkennung der Familienbeihilfe für seine vier in Polen lebenden Kinder. Nach den Angaben im Antragsformular ist der Berufungswerber in Polen und Österreich als Innenausbauer erwerbstätig. Seine Ehegattin lebt in Polen und ist nicht erwerbstätig.

Nach der Aktenlage wurde dem Berufungswerber in Österreich am 14. April 2005 ein Gewerbeschein für das Gewerbe „Aufstellung und Montage mobiler, statisch belangloser Trenn- und Ständerwände durch Schrauben oder Zusammenstecken von fertig bezogenen Elementen“ ausgestellt. Der Berufungswerber war bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft ab 1. April 2005 als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger gemeldet. Er war in Österreich unter anderem für die Firma S.J. tätig.

Das Finanzamt führte am 2. Februar 2006 beim Berufungswerber, in Anwesenheit des Berufungswerbers und des Herrn S.J., eine Nachschau (gemäß § 144 Abs. 1 BAO) durch. In einer hierüber aufgenommenen Niederschrift gab Herr S.J. bezüglich der Tätigkeit des Berufungswerbers Folgendes an:

Er (S.J.) übe seit circa 1998 in P, R-Straße3, das Gewerbe Innenausbau aus. Die Firma S.J. sei überwiegend für die Firma B (P, W-Straße4) tätig. Die Firma S.J. habe im Zeitraum Jänner bis Juli 2005 einen Arbeitnehmer beschäftigt. Danach seien keine Arbeitnehmer mehr beschäftigt worden.

Der Berufungswerber sei für die Firma S.J. auf Grund eines Werkvertrages tätig. Die Firma B beauftrage die Firma S.J. mit der Durchführung von Innenausbauarbeiten. Die Firma S.J. beauftrage in der Folge den Berufungswerber, diese Arbeiten auszuführen. Er selbst (S.J.) führe die Innenausbauarbeiten auf den verschiedenen Baustellen teilweise auch selbst durch. Der Berufungswerber stelle Rechnungen über die von ihm durchgeführten Arbeiten aus. Die Auszahlung der Beträge erfolge durch die Firma S.J. an den Berufungswerber in bar. Die Firma S.J. stelle das für die Tätigkeit erforderliche Kfz zur Verfügung. Das Arbeitsmaterial werde von der Firma B zur Verfügung gestellt.

Der Berufungswerber gab auf Befragung durch das Finanzamt (am 2. Februar 2006) zu seiner Tätigkeit Folgendes an:

Er sei im April 2005 nach Österreich gekommen, um hier zu arbeiten und Geld zu verdienen. Er verstehe die deutsche Sprache ein bisschen, könne sie jedoch nicht lesen. Sein Auftraggeber sei derzeit ausschließlich Herr S.J.. Er habe mit diesem schriftliche Verträge über die Durchführung von Rigipsarbeiten auf Baustellen in Niederösterreich abgeschlossen. Die vertraglichen Leistungen habe Herr S.J. festgelegt. Er habe die von ihm abgeschlossenen schriftlichen Verträge verstanden.

Er wohne in Österreich in P, K-Straße15/2. Zu dieser Wohnung sei er durch Vermittlung von Herrn S.J. gekommen. Er bewohne die Wohnung gemeinsam mit einem (ebenfalls für die Firma S.J. tätigen) Landsmann. Sie bezahlten für die Wohnung eine Miete in Höhe von 220 € pro Monat (ohne Betriebskosten) für zwei Personen.

Der Standort seines Gewerbes befinde sich in der Wohnung in P, K-Straße15/2. Für die Ausübung seines Gewerbes benötige er eine Bohrmaschine, eine Leiter, Spachtelzeug usw. Dieses Werkzeug müsse er selbst beistellen. Das Arbeitsmaterial würde auf der Baustelle zur Verfügung gestellt. Nach Abschluss einer mündlichen Vereinbarung über Preis und Leistung sage ihm Herr S.J., auf welcher Baustelle er arbeiten solle. Wo er auf der Baustelle arbeiten

soll, richte sich nach dem Bauplan, den ihm Herr S.J. mitteile. Welche Arbeiten er ausüben soll, sage ihm niemand.

Er habe keine Mitarbeiter.

Bezüglich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität werde er vom Architekten und vom Polier der jeweiligen Baustelle kontrolliert. Gearbeitet werde zehn Stunden am Tag (an fünf Tagen die Woche). Er könne kommen und gehen, wann er wolle – jedoch habe er kein eigenes Kfz. Er müsse nicht melden, wenn er krank sei oder auf Urlaub ginge. Er könne sich durch eine andere Person bei seiner Arbeit vertreten lassen.

Als Entgelt erhalte er zwischen 7 und 9 € pro m². Abgerechnet werde durch Rechnungslegung nach Fertigstellung des jeweiligen Bauvorhabens. Das Entgelt werde auf sein Geschäftskonto überwiesen oder bar ausbezahlt.

Das Haftungs- und Gewährleistungsrisiko trage er selbst.

Neben den Einkünften aus dem Werkvertrag beziehe er keine weiteren Einkünfte. Er sei in Polen in der landwirtschaftlichen Pflichtversicherung versichert. Er verfüge in Polen über keinen Gewerbeschein.

Mit Bescheid vom 25. April 2006 wies das Finanzamt den Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe vom 5. April 2006 mit folgender Begründung ab:

„Gemäß 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 besteht grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen im „Beschäftigungsland“ auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten. Als Beschäftigung kommt sowohl eine selbständige als auch eine nichtselbständige Beschäftigung in Betracht.

Auf Grund der Ermittlungen der Finanzverwaltung wurde festgestellt, dass bei der von Ihnen in Österreich ausgeübten Tätigkeit keine unternehmerische (selbständige) Tätigkeit vorliegt.

Für die Ausübung einer nichtselbständigen Tätigkeit müssten Sie als „neuer“ EU-Bürger über eine Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (zB Beschäftigungsbewilligung, Freizügigkeitsbescheinigung etc.) verfügen.

Da Sie eine derartige Berechtigung nicht vorweisen konnten, besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe.“

Gegen den Bescheid vom 25. April 2006 erhob der Berufungswerber fristgerecht Berufung.

Auf Vorhalt des unabhängigen Finanzsenates legte der Berufungswerber Kopien der von ihm abgeschlossenen Werkverträge sowie Kopien einiger repräsentativer Abrechnungsbelege vor.

Nach den vorgelegten Unterlagen wurden vom Berufungswerber neben den mit der Firma S.J. abgeschlossenen Werkverträgen noch Werkverträge mit den Firmen B-GmbH und O-GmbH&CoKG über die Durchführung vergleichbarer Arbeiten abgeschlossen.

Der Berufungswerber teilte dem unabhängigen Finanzsenat weiters mit, dass er im April 2007 seine Tätigkeit in Österreich eingestellt und die Gewerbeberechtigung zurückgelegt hat.

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 Anzeige-bestätigung ausgestellt wurde oder wenn er eine für diese Beschäftigung gültige Arbeits-erlaubnis 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:

Die vom Berufungswerber für die Firma S.J. zu erbringenden vertraglichen Leistungen (durchzuführenden Arbeiten) wurden vom Auftraggeber festgelegt. Dem Berufungswerber waren der Arbeitsort (die jeweilige Baustelle) und de facto auch die Arbeitszeit vom Vertragspartner vorgegeben. Letzteres deswegen, weil der Berufungswerber über kein eigenes Kfz verfügte und auf das Firmenauto seines Auftraggebers angewiesen war. Er konnte demnach keinesfalls, wie von ihm bei seiner Befragung durch das Finanzamt angegeben, „kommen und gehen, wann er wollte.“ Vielmehr hat er, wie sich aus der Befragung ebenfalls ergab, regelmäßig zehn Stunden pro Tag (an fünf Tagen pro Woche) gearbeitet.

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

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

Den vom Berufungswerber bei seiner Befragung angegebenen Umständen, wonach er 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 war oder auf Urlaub gehen wollte, kann ein entsprechendes Gewicht nicht beigemessen werden, weil er von seinem Vertragspartner in hohem Maße wirtschaftlich abhängig war.

Das oben Gesagte gilt aber in gleicher Weise auch für die Tätigkeit des Berufungswerbers für die Firmen B-GmbH und O-GmbH&CoKG, da es sich nach den vorgelegten Unterlagen um vergleichbare Arbeiten gehandelt hat.

Aus dem Gesamtbild der vorliegenden Tätigkeit geht nach Ansicht des UFS hervor, dass der Berufungswerber nicht ein Werk, sondern - wie ein Dienstnehmer - seine Arbeitskraft schuldete 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).

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) 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 keinen Anspruch auf Familienbeihilfe für seine in Polen lebenden Kinder.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 31. Mai 2007