



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw. gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 8/16/17 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung von Familienbeihilfe entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) ist polnischer Staatsbürger. Er ist seit 6.7.2004 in Österreich gemeldet. Die Ehegattin sowie die drei Kinder leben ständig in Polen. Laut Auszug aus dem Gewerberegister vom 19.7.2004 wurde folgendes Gewerbe angemeldet: "Aufstellen von mobilen Sichtschutzeinrichtungen für Toiletanlagen, Umkleidekabinen und dergleichen durch einfaches Zusammenstecken oder Verschrauben fertig bezogener Bestandteile."

Am 21.12.2005 beantragte der Bw. die Gewährung von Familienbeihilfe. Am 26.7.2007 wurde mit dem Bw. beim zuständigen Finanzamt eine Niederschrift aufgenommen. Hinsichtlich des Inhaltes seiner Tätigkeit gab der Bw. folgendes an:

- Standort des Gewerbes sei die Wohnadresse
- Belege und Unterlagen werden in der Wohnung und beim Steuerberater aufbewahrt
- Es gebe eine Einnahmen-Ausgabenrechnung, Ausgangrechnungen, Werkverträge und Bankbelege

- Zur Ausübung des Gewerbes benötige er Leiter, Schraubenzieher, Kleinwerkzeuge wie Hammer, Zangen, Meisel, Spachtel, Stichsäge, Bohrmaschine, Reinigungsmittel, Wasserwaage. Die Aufbewahrung erfolge am Standort und auf der Baustelle
- Die bisherigen Aufträge seien über Empfehlungen von Bekannten vermittelt worden
- Das Material für Kleinaufträge (darunter seien individuelle Kunden- und Änderungswünsche, die während der Auftragsausführung anfallen zu verstehen) werde in Baumärkten in Österreich oder Polen eingekauft, bei großen Baustellen werden die Materialien von den Kunden gekauft
- Das Haftungs- und Gewährleistungsrisiko werde lt. Werkverträgen getragen
- Er könne sich lt. Werkverträgen vertreten lassen
- Er habe keine Mitarbeiter
- Die Leistungen werden auf Pauschalbasis abgerechnet
- Die Bezahlung erfolge nach Rechnungslegung mit Banküberweisung

Der Bw. legte zwei als Werkverträge bezeichnete Schriftstücke vor und zwar abgeschlossen am 20.9.2005 mit der Firma H. GmbH und abgeschlossen am 15.1.2006 mit der Firma T.A.A. Der Inhalt dieser Schriftstücke ist wortident und gliedert sich in folgende Punkte:

- Werkleistungsvereinbarung: „Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die vom Auftraggeber übergebenen Bauarbeiten, jeweils an mit den Kunden vereinbarten Baustellen durchzuführen.“
- Dienstort: Der Auftragnehmer ist an keine Dienstort gebunden
- Konkurrenzverbot
- Honorar: „Der Auftragnehmer erhält ein Honorar, das dem jeweils gültigen Preis-Leistungsverzeichnis zu entnehmen ist
- Abgaben und Sozialversicherung
- Vertretungsbefugnis
- Weisungsfreiheit
- Beendigung des Werkvertrages
- Sonstiges

Über die Berufung wurde erwogen:

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 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 (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.

§ 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 (UFS vom 12.4.2006, RV/0275-W/06 unter Hinweis auf VwGH vom 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:

Der Bw. legte als „Werkvertrag“ bezeichnete Schriftstücke als Nachweis für eine selbständige Tätigkeit im Sinne der obigen Ausführungen vor. Tatsächlich könnten auch einige Punkte, wie Dienstort, Vertretungsbefugnis und Weisungsfreiheit in der getroffenen Form Inhalt eines Werkvertrages sein. Dennoch handelt es sich nicht um Werkverträge, sondern um die Aneinanderreihung von möglichen Vertragsinhalten ohne Bezug auf ein konkretes Werk. Demgemäß mangelt es auch an der Vereinbarung eines entsprechenden Honorars. Gerade aber die Vereinbarung, welches genau umschriebene Werk bis zu welchem Zeitpunkt für welches Entgelt zu erbringen ist, macht einen Vertrag rechtlich zu einem Werkvertrag (vgl. §§ 1151, 1165, 1166 ABGB und das Muster für einen Werkvertrag auf der Internetseite <http://www.vereinsportal.at/service/download/Werkvertrag.pdf>).

Da sich die Punkte 2 bis 9 der „Verträge“ somit nicht auf ein bestimmtes Werk beziehen ist davon auszugehen, dass der Bw. dem jeweiligen Auftraggeber seine Arbeitskraft schuldet und somit Dienstverhältnisse im Sinne der obigen Ausführungen vorliegen. Dafür sprechen auch die folgenden Angaben des Bw. im Zuge der mündlichen Vorsprache beim Finanzamt:

- Der Standort des Gewerbes ist zugleich die Wohnadresse, es gibt kein Büro
- Belege und Arbeitsmittel werden teilweise auch an der Wohnadresse aufbewahrt
- Das Unternehmen tritt nach außen nicht in Erscheinung, die Vermittlung von Aufträgen erfolgt durch Mundpropaganda
- Das verwendete Werkzeug ist geringfügig
- Das zu verarbeitende Material wird von den Kunden bereitgestellt, nur kurzfristig benötigtes Kleinmaterial (der Bw. führt beispielsweise Dichtungsmasse an) wird von ihm (wohl aber im Auftrag und auf Rechnung des Kunden) besorgt
- Der Bw. hat keine Mitarbeiter

Liegt aber ein Dienstverhältnis vor, so ist nach § 3 Abs. 2 AuslBG eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich. Über eine solche verfügt der Bw. nicht, sodass gem. § 5 Abs. 3 FLAG kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

Wien, am 30. Jänner 2008