



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der EB Bu. als Erbin nach P Bu. und als Vertreterin der minderjährigen Kinder und Erben nach P Bu., Ka Bu., Ko Bu. und Mo Bu., 1120 Wien, Y-Straße, vertreten durch Dr. Andreas Waldhof, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Reichsratstraße 13, vom 22. November 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf, vertreten durch Mag. Patric Flament, vom 7. November 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Differenzzahlung für den Zeitraum 1. Jänner 2006 bis 31. Dezember 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Der während des Berufungsverfahrens in Polen tödlich verunglückte Berufungswerber (Bw.) stellte im Juni 2007 den Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für seine bei der Gattin in Polen wohnhaften 3 minderjährigen Kinder. Der rechtsfreundliche Vertreter wies im Begleitschreiben darauf hin das der Bw. in Österreich selbstständig tätig sei und verwies auf einen beigefügten Auszug aus dem Gewerberegister vom 09.09.2004, gemäß dem der Bw. zur Montage von mobilen Trennwänden berechtigt sei sowie auf den Einkommen- und Umsatzsteuerbescheid vom 20.04.2007.

Im Zuge des anschließenden **Vorhaltsverfahrens** gab der Bw. an, sich seit 08.09.2004 in Österreich aufzuhalten.

Wegen der besseren Karrierechancen habe er in Österreich ein Gewerbe angemeldet.

Behördenwege habe er selber erledigt.

Als Auftraggeber nannte er je ein Unternehmen in Niederösterreich, in Wien und in Kärnten.  
Schriftliche Verträge würden vorliegen.

Zu seinen Aufträgen komme er durch "Weiterempfehlungen".

Die Honorare würden ihm derzeit seitens der Fa. K ausbezahlt.

Er nannte die Vertreter, die für ihn die Steuererklärungen erstellten.

Die Fragen, ob er seine Arbeitskraft schulde, ob er sich vertreten lassen könne, ob er weisungsgebunden sei und ob er fixe Dienstzeiten habe, verneinte der Bw.

Die Dienstkleidung stelle er selber zur Verfügung, die Arbeitsmittel und die Arbeitsmaterialien dagegen "die Firma".

Für fehlerhafte Arbeiten hafte er selbst. Er zahle die Sozialversicherung selbst und habe keinen Urlaubsanspruch.

In den Akten liegt die Ablichtung eines Mietvertrages sowie eine auch ins Deutsche übersetzte Bestätigung über die berufliche Tätigkeit seiner Gattin in einem polnischen Finanzamt seit 1991 auf. In den Akten liegt weiters eine Zusammenstellung der 2006 angefallenen Bareinnahmen und Ausgaben des Bw. auf.

Das **Finanzamt wies den Antrag um Gewährung von Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung** für seine 3 minderjährigen Kinder mit folgender Begründung **ab**:

"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 in Verbindung mit 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 wohnen.

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGB I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedsstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten wird im § 32a Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AusIBG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs. 2 lit. I AusIBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (d.h. bis maximal 30.04.2011) weiterhin dem AusIBG.

Die von Ihnen in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit war nach Ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Abs. 2 Einkommensteuergesetz (EStG) zu beurteilen und wäre daher nach dem AuslBG bewilligungspflichtig. Da Sie die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme nicht nachgewiesen haben, üben Sie in Österreich weder eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer aus, noch kann von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71 ausgegangen werden. Die obige Verordnung (EWG) ist in Ihrem Fall nicht anwendbar."

Der Bw. erhab durch seinen rechtsfreundlichen Vertreter **Berufung**:

"Der Bescheid wird seinem gesamten Umfange nach angefochten.

Als Berufungsgründe werden Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend gemacht. Die Erstbehörde hat kein Ermittlungsverfahren durchgeführt und mich auch nicht vom Ergebnis irgendwelcher Erhebungen in Kenntnis gesetzt und mir damit die Möglich genommen, zu allfälligen Verfahrensergebnissen Stellung zu nehmen.

Zutreffend erkennt die Erstbehörde, dass ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates unterliegt, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnen würden, hat. Weiters stellt die Erstbehörde zutreffend fest, dass ich über einen Gewerbeschein verfüge (siehe Auszug aus dem Gewerberegister des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 20. Bezirk vom 09.09.2004, MBA XXX, Reg.ZL: ZZZ) aufgrund dessen ich zur Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilteile oder Systemwände mit Anschlusskabel, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen, berechtigt bin.

Ich erziele Einkünfte aus Gewerbebetrieb im Sinne des § 2 Abs. 3 Zi. 3 in Verb. mit § 23 Abs. 1 EStG 1988.

Demgegenüber sind Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit im Sinne des § 25 Abs. 1 Zi. 1 lit. a leg.cit. Bezüge und Vorteile aus einem bestehenden oder früheren Dienstverhältnis. Gemäß § 47 Abs. 2 EStG liegt ein Dienstverhältnis vor, wenn der Arbeitnehmer 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.

Tatsächlich habe ich Leistungen für meine jeweiligen Auftraggeber jedoch auf Basis eines Werkvertrages erbracht. Dies nicht für einen, sondern für verschiedene Auftraggeber und

habe daher keine Löhne im Sinne des § 47 Abs. 1 EStG in verdienen gebracht, sondern Werklöhne im Sinne des § 1170 ABGB. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür anzunehmen, dass meine Tätigkeit nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als Dienstverhältnis zu beurteilen wäre. Dem widerspricht die Ausstellung des Gewerbescheines (Tragung der damit verbundenen Kosten), die Rechnungslegung mit Mehrwertsteuer, die Ablieferung der Mehrwertsteuer sowie die Tatsache, dass ich keinem meiner Auftraggeber zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet bin und während des Jahres 2006 verschiedene Auftraggeber gehabt habe. Bemerkenswert erscheint die Argumentation, dass ich deshalb keiner rechtmäßigen Beschäftigung nachgehe, weil ich die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme als Arbeitnehmer nicht nachgewiesen habe. Weshalb daher nicht von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71 ausgegangen werden kann, erscheint ebenfalls nicht schlüssig. Die Verordnung unterscheidet nämlich nicht zwischen formalrechtlich erlaubter oder unerlaubter Beschäftigung. Es dürfte sich auch um ein österreichisches - offensichtlich EU-widriges - Phänomen handeln, dass die Ausübung einer erlaubten gewerblichen Tätigkeit (siehe Gewerbeschein), anerkannte steuerliche Veranlagung von Einkommen aus Gewerbebetrieb, nachträglich, weil dies zu - von der EU im übrigen geförderten - Transferzahlungen führen würde, ohne Durchführung eines Ermittlungsverfahrens einfach im Akt unqualifiziert (Anmerkung, gemeint wohl: "umqualifiziert") wird. Dass dies den Grundsätzen eines fair trials widerspricht ist augenfällig. Es erscheint bemerkenswert, dass meine selbständige Tätigkeit vom Finanzamt 12/13/14 Purkersdorf auch anerkannt wurde. Ich verweise auf meine Steuernummer 000/0000, mit welcher meine Einkünfte aus Gewerbebetrieb im Jahre 2006 mit € 14.072,39 anerkannt und als solche der Besteuerung zugrunde gelegt wurden. Der bekämpfte Abweisungsbescheid steht daher im diametralen, unlösbar Widerspruch zur steuerlichen Beurteilung meiner Einkommenssituation bei der Veranlagungsgruppe.

Ich stelle daher den Antrag, der Unabhängige Finanzsenat möge den angefochtenen Bescheid im antragstattgebenden Sinn abändern."

In den Akten liegen neben diversen vom Bw. vorgelegten Unterlagen, insbesondere **2 Niederschriften** über die Einvernahmen von 3 polnischen Staatsbürgern durch Organe der **KIAB** (**Kontrolle illegale Arbeitnehmerbeschäftigung**), bei denen es sich um den Bw., seinen Bruder und einen 3. Mann, der aus der gleichen (polnischen) Ortschaft, wie der Bw. stammt, auf.

Die **Niederschrift vom 16. Jänner 2006** weist folgenden Inhalt auf:

"Mit dem Grund der Befragung vertraut gemacht, gibt er (sie) freiwillig folgendes an:

Anlässlich einer Kontrolle nach dem AusIBG durch Organe der KIAB-Krems am 16. Jänner 2006, gegen 12.12 Uhr in 4444 Nb 38, wurden die drei polnischen STA

Hr. Bu. Pa, geb. 29.01.AAA,

Hr. Bu. P St, geb. 03.05.BBB und

Hr. Wo; Kr J , geb. 09.08.CCC

bei Montage von Gipskartonplatten, im Auftrag der Fa. K.. Bau GmbH., X-Straße Str. 40, 9999 Tr., in verschmutzter Arbeitskleidung (ein Arbeiter mit einem weißen Arbeitsanzug mit der blauen Aufschrift „K;-BAU“), im 3. Stock der WHA Nb 38 angetroffen, ohne im Besitz von arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungen zu sein.

Alle drei polnischen STA sind im Besitz von folgenden Gewerbescheinen: Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten sowie Montage von mobilen Trennwänden.

Auf Befragung hin geben Hr. Bu. Pa , Hr. Bu. P und Hr. Wo; Kr im Beisein einer sprachkundigen Person, Fr. Km, folgendes freiwillig, wahrheitsgetreu und vollständig an.

Wir sind alle in Österreich seit ca. 1½ Jahren selbständig. Wir haben uns Gewerbescheine besorgt, weil wir in Österreich arbeiten wollen und wir keine Chancen auf eine Arbeitsbewilligung gehabt hätten. Wir haben die Gewerbescheine nur gelöst, damit wir keine Bewilligung benötigen.

Wir haben bis Februar 2005 für ca. 6 Monate bei der Fa. S. in 1160 Wien, H-Str.. 103, gearbeitet. Unsere Tätigkeit bei dieser Firma war das Montieren und Verspachteln von Gipskartonplatten. Wir haben bei der Fa. S. wöchentlich von Montag bis Freitag, täglich 8 Stunden gearbeitet. Durchschnittlich haben wir für die Fa. S. ca. 20 Tage pro Monat gearbeitet.

Der Chef der Fa. S. , Hr. Sn Pr, hat uns immer gesagt, auf welche Baustelle wir fahren müssen bzw. was wir dort zu tun haben. Das Werkzeug war von uns selbst, das Arbeitsmaterial stammte von der Fa. S. . Ein Vorarbeiter der Fa. S. hat die jeweiligen Baustellen vermessen und auch unsere Arbeiten kontrolliert. Wir haben von der Firma S. eine Entlohnung von € 5.- bis € 6,- pro Quadratmeter erhalten. Das Geld haben wir dann monatlich, in bar, im Büro der Fa. S. , von Hr. Pr persönlich, ausbezahlt bekommen. Wir hatten alle mit der Fa. S. einen Werkvertrag. Die Rechnungen haben wir in einem Geschäft gekauft und sie nur mehr ausgefüllt. Das waren Rechnungsblöcke, A5-Format. Dass wir Rechnungen schreiben müssen, hat uns unser jeweiliger Steuerberater erklärt. Bei der Fa. S. haben wir monatlich zwischen € 1.200,- und € 1.300,- verdient. Der Chef, Hr. Pr , ist uns für den Monat Februar 2005, noch einen Betrag von insgesamt € 3.000,- schuldig geblieben.

Zur Fa. K; Bau sind wir gekommen, weil die Fa. S. mit dieser Firma zusammengearbeitet hat. Wir haben damals, das war im März 2005, mit den dortigen Chefs, Hr. Rr und Hr. Br, gesprochen und die beiden haben uns gesagt, dass wir für die Fa. K; arbeiten könnten. Vor Arbeitsbeginn haben wir auch mit den Chefs die Lohnbedingungen vereinbart. Die Preise pro Quadratmeter stehen auf einer Liste, die wir aber nicht da haben. Diese Liste haben wir von Hr. Br bekommen. Die Entlohnung pro Quadratmeter beträgt für die Montage zwischen € 10,- und € 15,- netto, je nach Schwierigkeitsgrad der zu montierenden Platten, der Preis für das Verspachteln beträgt € 2,- netto pro Quadratmeter. Den fälligen Lohn erhalten wir immer dann, wenn eine Baustufe fertig gestellt wurde. Das Geld wird uns dann jeweils auf unser Konto überwiesen. Die Rechnungen an die Fa. K; Bau schreiben wir ebenfalls auf einem Rechnungsblock. Selbst haben wir keinen Firmenstempel. Auf den Rechnungen brauchen wir nur mehr den Stempel der Fa. K; Bau, unseren Firmennamen, die gearbeiteten Quadratmeter, den Rechnungsbetrag, die Steuernummer und unsere Unterschrift einzusetzen. Dass wir eine Steuernummer beantragen sollen, hat uns Hr. Rr von der Fa. K; Bau gesagt, weil sonst auf der Rechnung keine Steuernummer steht. Seit März 2005 arbeiten wir ausschließlich für die Fa. K; Bau, wir haben sonst von keiner anderen Firma Aufträge erhalten. Ebenso arbeiten wir drei immer zusammen auf den jeweiligen Baustellen.

Die Arbeitsanweisungen auf den jeweiligen Baustellen erhalten wir von einem Vorarbeiter der Fa. K; , Hr. Hr. Dieser misst auch die Baustellen aus und kontrolliert unsere Arbeiten. Hr. Hr ist ca. jeden zweiten Tag auf der jeweiligen Baustelle. Wenn etwas nicht in Ordnung ist, kommt Hr. Hr auf die Baustelle und sagt uns, was wir besser machen könnten. Die Kosten für die Ausbesserung übernimmt die Fa. K; . Wir haben alle drei einen Arbeitsoverall von der Fa. K; Bau bekommen, welchen wir auch im Normalfall beim Arbeiten anhaben.

Die Arbeitszeit bei der Fa. K; beträgt meistens 5 Tage pro Woche, täglich 8 Stunden, bei einer Stunde Mittagspause. Wir beginnen um 8.00 Uhr mit der Arbeit und hören um 17.00 Uhr damit auf. Wenn wir gefragt werden, was passiert, wenn wir bei einem Termingeschäft in Verzug geraten, sagen wir, das kommt nicht vor, da die Fa. K; alles so plant, damit so etwas nicht passieren kann. Wenn wir krank werden oder in den Urlaub gehen wollen, so müssen wir dies Hr. Rr sagen. Auf die jeweiligen Baustellen kommen wir immer mit unseren Privat-PKW. Das Arbeitsmaterial auf den Baustellen stammt von der Fa. K; Bau, das Werkzeug stammt von uns selbst. Wir selbst bestellen kein Material.

Wir, Hr. Bu. Pa und Hr. Bu. P , bezahlen für unseren Steuerberater, Kanzlei Ku & Pc, 1030 Wien, jährlich einen Betrag von € 150,-.

Ich, Hr. Wo; , bezahle für meine Steuerberaterin, Fr. B, 1200 Wien, ebenfalls jährlich einen Betrag von € 150,-.

Wir haben alle drei noch nie an einer Bauverhandlung teilgenommen. Bevor wir eine Baustelle beginnen, besprechen wir drei gemeinsam mit den Chefs der Firma K; Bau, Hr. Rr und Hr. Hr., wie viel wir für diese Baustelle verlangen können. Wir haben kein eigenes Büro, wir erledigen alle notwendigen Büroarbeiten von zu Hause. Wir haben kein Faxgerät, keinen Computer. Es ist von außen hin nicht ersichtlich, dass sich in unseren Wohnungen Firmen befinden. Wir machen für unsere Firmen auch keine Werbung, wir haben auch noch nie selbst Aufträge an Land gezogen.

Wir haben zu Arbeitsbeginn jeweils einen Zettel von der Fa. K; Bau erhalten, was dort aber geschrieben steht, wissen wir nicht. Wir haben zu Arbeitsbeginn einmal einen Vertrag von der Fa. K; Bau erhalten, sonst nie mehr. Was in diesem Vertrag steht, wissen wir aber nicht. Der Vertrag war in deutscher Sprache, er wurde uns vom Steuerberater übersetzt. Im Vertrag steht, dass wir die Arbeit gut ausführen sollen und dass wir Strafe zahlen müssen, wenn wir nicht zeitgerecht fertig werden. Wir haben den Vertrag unterschrieben, wir wissen aber nicht, ob den Vertrag sonst noch jemand unterschrieben hat. Wenn wir gefragt werden, welche gesetzlichen Punkte eine Rechnung in Österreich enthalten muss, sagen wir, ja, es muss die eigene Adresse, die Adresse der anderen Firma, ein Paragraf, Kontonummer, ATU-Nummer der Firma, Unterschrift enthalten. Unser Steuerberater hat uns ein Muster einer Rechnung erstellt und uns erklärt, dass wir unsere Rechnungen in Zukunft so schreiben sollen. Was in dem vorgenannten Paragrafen steht, können wir aber nicht sagen.

Mehr können wir dazu nicht angeben.

Uns wird zur Kenntnis gebracht, dass wir unter den gegebenen Voraussetzungen in Österreich nicht mehr weiterarbeiten dürfen.

Alle Angaben sind richtig und wir haben diesen nichts mehr hinzuzufügen oder diese abzuändern."

Aus einer weiteren, durch **KIAB-Organe am 14.03.2007** mit dem Bw. aufgenommenen **Niederschrift** geht Folgendes hervor:

"Gegenstand der Amtshandlung:

Bildet das Betreten der 3 poln. StA. Bu. P St , XX.XX..1969 geb., Bu. Pa , YY.YY..1973 geb. und Wo; Kr J, ZZ.ZZ..1979 geb. am 14.03.2007 gegen 10.00 Uhr in Gn., B-Gasse durch Beamte des FA Waldviertels - Team KIAB.

Alle drei poln. StA. waren gemeinsam in der Mansarde des angeführten Hauses mit Verspachtelungsarbeiten an bereits montierten Gipskartonplatten beschäftigt.

Ich gebe über Befragen wahrheitsgemäß folgendes zur Niederschrift:

Wir drei arbeiten seit Montag, 12.03.2007 auf dieser Baustelle. Den Auftrag hiezu haben wir von Herrn Br; (Fa. K; ) erhalten. Er zeigte uns auch, welche Tätigkeiten auf dieser Baustelle zu erledigen sind. Wir arbeiten seit ca. 1½ Jahren (mit Unterbrechungen) fast nur für die Fa. K. . Bau, 9999 Tr. . In der Zeit von Juli 2006 bis Anfang Jänner 2007 haben wir fast durchgehend auf einer Baustelle im 16. Bezirk für die Fa. K; gearbeitet (Werkverträge bestanden).

Unsere Tätigkeit besteht in der Montage von Gipskartonplatten und im anschließenden Verspachteln. Ich habe für beide Tätigkeiten einen Gewerbeschein, den für die Montage der Platten jedoch nicht hier. Es wurde mit Herrn Br; auch für die Baustelle in Gn mit jedem von uns 3 ein Werkvertrag abgeschlossen, den habe ich jedoch auch nicht hier. Es wurde in diesem ein Betrag von € 2,50 pro Quadratmeter für jeden von uns vereinbart. Nachdem wir jeden Tag mit dem Privat-PKW von Bu. Pa nach Wien nach Hause fahren, muss die Firma K; nicht für eine Nächtigungsgebühr auftreten. Verpflegen müssen wir uns auch selbst. Das Material befand sich schon auf der Baustelle in Gn , Werkzeug ist jeweils unser eigenes (Spachtel und Bohrmaschine, Wasserwaage etc.) Ich habe kein Firmenauto, nur einen Privat-PKW. Mein Büro befindet sich an meiner Wohnadresse, wo ich auch die Rechnungen schreibe. Wenn die Baustelle fertig ist, schreibe ich eine Rechnung und die Fa. K; überweist den Betrag auf mein Konto. Am Ende einer Baustelle kontrolliert Herr Br; oder ein anderer Bauleiter, ob wir unsere Arbeit in Ordnung gemacht haben. Sollte etwas nicht passen, müssen wir das gleich ausbessern. Auf dieser Baustelle in Gn wird, da sie ziemlich klein ist und wir zusammen arbeiten, die Rechnungslegung so aussehen, dass wir alle Quadratmeter ausmessen und durch 3 dividieren. Mein Bruder Bu. Pa und Wo; (wir drei wohnen in Polen in demselben Dorf) haben auch kein Firmenauto. Ihr Büro befindet sich auch an ihrem jeweiligen Wohnsitz. Die schriftlich festgehaltenen Angaben sind richtig und ich habe diesen nichts hinzuzufügen bzw. diese zu ergänzen oder abzuändern."

In den Akten liegen auch Einnahmen-Ausgabenrechnungen für die Jahre 2004 bis 2005 auf. Aus diesen ist ersichtlich, dass der Bw. im Jahr 2004 2 und in den beiden Folgejahren jeweils 13 Ausgangsrechnungen legte. An Ausgaben werden neben geringfügigen Beträgen für Büromaterial, Fahrtkosten, Gebühren, Instandhaltung und Telefonkosten Sozialversicherungskosten, Bohrhammer(Anschaffung) und in den Jahren 2005 und 2006 Fremdleistungen in Höhe von rd. 5 – 6.000 € ausgewiesen.

Im Zuge des Berufungsverfahrens wurden Rechnungskopien für die Jahre 2005 und 2006 und teilweise auch für 2007 zur Verfügung gestellt. Auch über die "Fremdleistungen" liegen Rechnungskopien in den Akten auf.

Aus den vom Bw. ausgestellten Rechnungen für 2005 geht hervor, dass diese anfangs an eine Fa. S. Innenausbau GmbH in Wien, an Kr Wo. in Wien und später ausschließlich an die Fa. K. . Bau GmbH in Tr. bis Mitte 2007 gerichtet wurden.

Als Leistungsgegenstand wird neben dem jeweiligen Ort der Leistung fast ausschließlich "Montage von Trenwenden" und nur vereinzelt zusätzlich Montage von "Fenster und WC-Verkleidungen" mit dem Zusatz "Pauschal" angeführt. Als LZR (wohl: Leistungszeitraum) wurden häufig die Kalenderwochen (=KW), in denen offenbar die Arbeiten ausgeführt wurden (Beispiel LZR: 5 – 8 KW in der Rechnung Nr. 003/2005 vom 2.03.2005) ausgewiesen. Näher ins Detail gehende Angaben enthalten die in Kopie vorgelegten Rechnungen nicht. Auch in den wenigen, im Jahr 2006 an den Bw. gerichteten Rechnungen wird nur die Durchführung von Spachtelarbeiten an Gipskartondecken- und –wänden ausgewiesen und teilweise die Angabe des Leistungsortes und der Zeit der Leistungserbringung (z.B. Rechnung des Sy. Kr. vom 30.08.2006, LZ 28 – 35, Kö, Verspachteln, "Pauschale" € 1.013,00 ausgewiesen. Im Zusammenhang mit dieser Rechnung fällt auf, dass der Bw. kurz zuvor, nämlich am 28.08.2006 an die Fa. K. . Bau GmbH "Teilleistungen für spachtelung" in Kö mit einem "Pauschle von € 6.293,49 in Rechnung gestellt hat. Ähnlich verhält es sich mit den drei (ebenfalls handgeschriebenen Rechnungen der F.A. Mw. Wr. über "GKW-SPACHTELN" in Gr. und Nb . Auch hier wurden zuvor der Fa. K. . Bau GmbH jeweils Leistungen an den beiden Orten in Rechnung gestellt.

Nach den aktenkundigen Feststellungen des Finanzamtes besitzen bzw. besaßen sowohl Sy. Kr. als auch Mw. Wr. die gleichen Gewerbeberechtigungen wie der Bw. ohne jedoch steuerlich als Unternehmer erfasst zu sein.

Das Finanzamt gab der Berufung mittels **Berufungsvorentscheidung** keine Folge:

"Festgehalten wird vorweg, dass P Bu. nach dem dem Finanzamt in Kopie vorgelegten „Auszug aus dem Sterbeeintrag“ am 26.03.2008 in Polen verstorben ist. Festgehalten wird weiters, dass sich Dr. Andreas WALDHOF mit Schreiben vom 26.05.2008 auf eine diesem über den Tod hinaus erteilte Vollmacht, ausgestellt von P Bu. , berufen hat und dass Dr. Andreas WALDHOF mit Schreiben vom 20.06.2008 bekannt gegeben hat, dass dieser auch die Witwe, EB Bu. (geb. XX.XX. .1969), sowie ihre Kinder, Bu. Ka , Bu. Ko und Bu. Mo (als gesetzliche Erben des Nachlasses nach P Bu. nach dem polnischen ZGB) rechtsfreudlich vertritt. Da nach dem polnischen Zivilgesetzbuch (ZGB) eine Erbschaft unmittelbar auf die Erben übergeht, erfolgte die Adressierung des Bescheides an die Erben nach dem verstorbenen P Bu. (im Sinne des polnischen ZGB) zu Händen Dr. Andreas WALDHOF, Reichsratsstraße 13, 1010 Wien.

Gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) 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 in Verbindung mit der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates unterliegt, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnen.

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedsstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten wird im § 32a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AusIBG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs. 2 lit. I AusIBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer des Übergangsarrangements (d.h. bis maximal 30.04.2011) weiterhin dem AusIBG.

## 1. Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland

Nach den vorgelegten Unterlagen lebten die Ehefrau (nunmehrige Witwe) von P Bu. und die gemeinsamen Kinder im Jahr 2006 in Polen, weswegen davon ausgegangen wird, dass ein Lebensmittelpunkt in Österreich nicht vorliegt. Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht daher für die Kinder Bu. Ka, Bu. Ko und Bu. Mo kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

## 2. Legale Ausübung einer nichtselbständigen Tätigkeit oder einer selbständigen Tätigkeit im Inland

P Bu. hat am 09.09.2004 das Gewerbe „Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilteile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen“ und am 07.10.2005 das Gewerbe „Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehalteten Tätigkeit“ angemeldet.

Für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum von Jänner 2006 bis Dezember 2006 wurden dem Finanzamt seitens des Vertreters insgesamt 17 „Rechnungen“ vorgelegt. Bei 13 dieser „Rechnungen“ scheint als Empfänger der Leistungen die K. . Bau GmbH (FN AAAAA a) auf. Bei den übrigen vier „Rechnungen“ scheint als Empfänger P Bu. selbst auf. Bei drei „Rechnungen“

ist der „Absender“ eine „F.A. Mw. Wr.“ und bei einer „Rechnung“ lautet der „Absender“ auf den Namen „Sy. Kr.“.

Festgehalten wird an dieser Stelle, dass Herr P Bu. selbst nach den vorgelegten Unterlagen lediglich für ein einziges Unternehmen, die K. . Bau GmbH tätig geworden ist, da die vier oben letztgenannten „Rechnungen“ P Bu. als „Rechnungsempfänger“ und nicht als „Absender“ ausweisen. Festgehalten wird an dieser Stelle weiters, dass sämtliche erbrachte Leistungen von P Bu. an die K. . Bau GmbH ausschließlich monatlich pauschal abgerechnet worden sind.

Im Zuge der durch das Finanzamt durchgeföhrten Erhebungen wurde festgestellt, dass P Bu. zweimal durch Organe der KIAB (Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung) kontrolliert worden ist. Diese Kontrollen erfolgten am 16.01.2006 sowie am 14.03.2007. Im Zuge dieser beiden Kontrollen wurden zwei Niederschriften angefertigt. Festgehalten wird an dieser Stelle, dass bei beiden Kontrollen dieselben drei polnischen Staatsbürgen (einer von diesen war P Bu.) angetroffen worden sind, und dass bei beiden Kontrollen dieselben drei polnischen Staatsangehörigen angegeben haben, für die K. . Bau GmbH tätig gewesen zu sein.

Aus der Niederschrift vom 16.01.2006 ist unter anderem wörtlich zu entnehmen:

„Wir haben uns Gewerbescheine besorgt, weil wir in Österreich arbeiten wollen und wir keine Chance auf eine Arbeitsbewilligung gehabt hätten. Wir haben die Gewerbescheine nur gelöst, damit wir keine Bewilligung benötigen.“

„Wir haben bis Februar 2005 für ca. 6 Monate bei der Fa. S. in 1000 Wien, H-Str. 103 gearbeitet. (...) Der Chef der Fa. S. , Hr. Sn Pr , hat uns immer gesagt, auf welche Baustelle wir fahren müssen bzw. was wir dort zu tun haben. (...) das Arbeitsmaterial stammt von der Fa. S. . Ein Vorarbeiter der Fa. S. hat die jeweiligen Baustellen vermessen und auch unsere Arbeiten kontrolliert.“

„Zur Fa. K; Bau sind wir gekommen, weil die Fa. S. mit dieser Firma zusammengearbeitet hat. (...) Seit März 2005 arbeiten wir ausschließlich für die Fa. K; Bau, wir haben sonst von keiner Firma Aufträge erhalten. Ebenso arbeiten wir drei immer zusammen auf den jeweiligen Baustellen. Die Arbeitsanweisungen auf den jeweiligen Baustellen erhalten wir von einem Vorarbeiter der Fa. K; , Hr. Hr . Dieser misst auch die Baustellen aus und kontrolliert unsere Arbeiten. Hr. Hr ist ca. jeden zweiten Tag auf der jeweiligen Baustelle. Wenn etwas nicht in Ordnung ist, kommt Hr. Hr auf die Baustelle und sagt uns, was wir besser machen könnten. Die Kosten für die Ausbesserung übernimmt die Fa. K; . Wir haben alle drei einen Arbeitsoverall der Fa. K; bekommen (...)“

„Die Arbeitszeit bei der Fa. K; beträgt meist 5 Tage pro Woche, täglich 8 Stunden bei einer Stunde Mittagspause. (...) Wenn wir krank werden oder auf Urlaub gehen wollen, so müssen

wir dies Hr. Rr (hierbei handelt es sich um T. Rr , den handelsrechtlichen Geschäftsführer der K. . Bau GmbH) sagen. (...) Das Arbeitsmaterial auf den Baustellen stammt von der Fa. K; Bau, (...). Wir selbst bestellen kein Material."

„Wir haben alle drei noch nie an einer Bauverhandlung teilgenommen. Bevor wir eine Baustelle beginnen, besprechen wir drei gemeinsam mit den Chefs der Firma K; Bau, Hr. Rr und Hr. Hr , wie viel wir für diese Baustelle verlangen können. Wir haben kein eigenes Büro, wir erledigen alle notwendigen Büroarbeiten von zu Hause. Wir haben kein Faxgerät, keinen Computer. Es ist von außen nicht ersichtlich, dass sich in unseren Wohnungen Firmen befinden. Wir machen für unsere Firmen auch keine Werbung; wir haben auch noch nie selbst Aufträge an Land gezogen"

„Wir haben zu Arbeitsbeginn jeweils einen Zettel von der Fa. K; Bau erhalten, was dort aber geschrieben steht, wissen wir nicht. Wir haben zu Arbeitsbeginn einmal einen Vertrag von der Fa. K; Bau erhalten, sonst nie mehr. Was in diesem Vertrag steht, wissen wir aber nicht."

Aus der Niederschrift vom 14.03.2007 ist unter anderem wörtlich zu entnehmen: „Wir drei arbeiten seit ca. 1 1/2 Jahren (mit Unterbrechungen) fast nur für die Fa. K. . Bau, 9999 Tr. . In der Zeit von Juli 2006 bis Anfang Jänner 2007 haben wir fast durchgehend auf einer Baustelle im 00. Bezirk für die Fa. K; gearbeitet" (diese Angaben stimmen mit den übermittelten „Rechnungen“, aus denen ersichtlich ist, dass P Bu. von September 2006 bis Februar 2007 auf einer Baustelle in 1111 Wien gearbeitet hat, weitestgehend überein).

„Das Material befand sich schon auf der Baustelle in Gn (...) Auf dieser Baustelle in Gn wird (...) die Rechnungslegung so aussehen, dass wir alle Quadratmeter ausmessen und durch 3 dividieren." (angemerkt wird an dieser Stelle, dass die Rechnung betreffend diese Baustelle in Gn ebenfalls übermittelt worden ist).

Aus diesen Niederschriften ist sohin eindeutig ersichtlich, dass P Bu. die Gewerbe nur angemeldet hat, um die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AusIBG) zu umgehen, dass dieser zumindest in der Zeit von März 2005 bis März 2007 und somit auch im verfahrensgegenständlichen Zeitraum von Jänner 2006 bis Dezember 2006 ausschließlich für ein Unternehmen, die K. . Bau GmbH, gearbeitet hat, dass dieser in den organisatorischen Ablauf der K. . Bau GmbH eingegliedert war (Arbeitszeiten, Mittagspause, Urlaub, Kontrolle, Auswahl der Baustelle, etc.), dass er kein wirtschaftliches Unternehmerrisiko getragen hat (Material wurde beigestellt, Kosten für Ausbesserungen übernahm die K. . Bau GmbH ) und dass dieser in keiner Weise selbstständig tätig geworden ist (keine Teilnahme an Bauverhandlungen, die unterschriebenen Schriftstücke und Werkverträge wurden nicht verstanden, es gab keine Werbung und wurden auch keine eigenen Aufträge an Land gezogen, keine freie Vereinbarkeit des Arbeitsentgeltes, kein Büro, etc).

Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AusIBG vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgeblich. Maßgeblich sind dabei weder die Bezeichnung noch subjektive Gesichtspunkte, sondern ausschließlich die objektiven Umstände. Ob eine unselbständige oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, ist danach zu beurteilen, ob eine Tätigkeit in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit und unter Weisungsgebundenheit ausgeführt wird.

Auf Grund der pauschalen monatlichen Abrechnungen, der vorliegenden wirtschaftlichen Abhängigkeit von nur einem einzigen „Auftraggeber“ sowie auf Grund der Angaben von P Bu. in den Niederschriften vom 16.01.2006 und 14.03.2007 ist klar ersichtlich, dass P Bu. für die K. . Bau GmbH als Arbeitnehmer tätig geworden ist.

Die von P Bu. in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit war daher nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Einkommensteuergesetz (EStG) zu beurteilen und wäre daher nach dem AusIBG bewilligungspflichtig. Es kann daher im verfahrensgegenständlichen Zeitraum von Jänner 2006 bis Dezember 2006 weder von einer rechtmäßigen Beschäftigung als Arbeitnehmer noch von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ausgegangen werden. Die obige Verordnung (EWG) war in dem oben angeführten Zeitraum auf Ihren Sachverhalt nicht anwendbar, weswegen der Antrag von P Bu. auf Differenzzahlung für Bu. Ka, Bu. Ko und Bu. Mo für den Zeitraum Jänner 2006 bis Dezember 2006 abzuweisen war.“

Seitens des rechtsfreundlichen Vertreters der Erben wurde der **Antrag auf Vorlage** der Berufung an den Unabhängigen Finanzsenat gestellt:

„Die Erstbehörde stellt aktenwidrigerweise fest, dass der Verstorbene lediglich für eine einziges Unternehmen, nämlich die K. . BAU GmbH tätig gewesen wäre.

Im Akt erliegt jedoch auch eine Reihe von Rechnungen an eine Firma E; Mk Ges.m.b.H. .& CO KG sowie Lr & Partner Bau Ges.m.b.H.

Darüber hinaus hat die Erstbehörde nicht berücksichtigt, dass der Verstorbene sich zur Erfüllung der von ihm übernommen Werkaufträge auch an einem Sublieferanten, die Firma An Ki, 2222 Wien, N.Gasse 49/1/17, bedient hat.

Die Niederschriften vom 26.01.2006 und 14.03.2007 sind insoferne problematisch, als die „Einvernahme“ der Beteiligten sowie des Verstorbenen ohne Beziehung eines Dolmetsches für die polnische Sprache durchgeführt wurde. Die Aussagekraft dieser Protokolle ist schon aus diesem Grunde zweifelhaft. Weiters belastet die Behörde ihren Bescheid dadurch mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes, indem sie davon ausgeht, dass der Erwerb der Gewerbeberechtigung durch den Verstorbenen ausschließlich zur Umgehung der

Bestimmungen des AusIBG erfolgt ist. Im Hinblick auf die mit der EU-Erweiterung im Jahre 2004 erfolgte Teilliberalisierung des Arbeitsmarktes wäre es durchaus denkbar gewesen, dass Herr Bu. , sofern dies gewollt wurde, als Fachkraft im Sinne der Bundeshöchstzahlsüberziehungsverordnung (auch eine Beschäftigungsbewilligung für die Fa. K. . Bau GmbH) erhalten hätte. Da er jedoch seine Tätigkeit als Selbständiger eingerichtet hat und die Republik Österreich sich vertreten durch das zuständige magistratische Bezirksamt für den CC.. Bezirk dazu bekannt hat, den Verstorbenen die Gewerbeberechtigung für die Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertigbezogener Profilteile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen, hat diese die legale selbständige Tätigkeit des Verstorbenen anerkannt. Die vom Verstorbenen durchgeführten Spachtelarbeiten sind gewerbeberechtlich als zulässige Nebentätigkeit zu erkennen.

Die Behörde verstößt aber auch gegen das unzulässige Verbot einer Doppelbetrachtung ein und desselben Sachverhaltes.

Der Verstorbene hat seit dem Jahre 2004 aus selbständiger Tätigkeit Steuererklärungen abgegeben, die vom Finanzamt Wien 12/13/14 Purkersdorf auch der Besteuerung seines Einkommens zu Grunde gelegt wurden.

Nachträglich den Sacherhalt dahingehend zu würdigen, dass der Verstorbene Iohnsteuerpflichtig geworden wäre widerstreitet dem Verbot, in abgabenrechtlicher Hinsicht ein und denselben Sachverhalt auf verschiedene Weise auszulegen oder zu beurteilen.

Auch die Feststellung, dass der Verstorbene kein unternehmerisches Risiko getragen hat, ist völlig unzutreffend.

Jeder Gewerbetreibende ist neben seiner Verpflichtung zur Abgabeleistung nach den Bestimmungen des Einkommenssteuergesetzes auch ex lege pflichtversichert bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft.

Der Verstorbene hatte gegenüber seinen Vertragspartnern, K. . BAU GmbH und E; Mk Ges.m.b.H. & CO KG kein ersichtliches Recht, die kontinuierliche Beauftragung zu fordern, sodass schon darin ein unternehmerisches Risiko liegt, da im Falle der Ausdünnung von Aufträgen die mit der selbständigen Gewerbeausübung verbundenen Sozialabgaben den Nettounternehmerlohn sogar übersteigen können.

Weiters ist durch die vorgelegten Urkunden nachgewiesen, dass sich der Verstorbene bei Erfüllung seiner Werkaufträge auch eines Subunternehmers bedient hat, was für die Verstorbenen naturgemäß bedeutet hat, dass er mit Gewährleistungsansprüchen von Kunden

konfrontiert werden konnte, dies auch aus Werken, die nicht von ihm selbst, sondern von Sublieferanten erbracht wurden."

Nach Vorlage der Berufung an den UFS übermittelte das Finanzamt eine **Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenats** (=UVS) Niederösterreich vom 17. September 2008, Senat-PL-000000, aus der ersichtlich ist, dass die K. . Bau GmbH wegen der illegalen Beschäftigung (unter anderem) des zwischenzeitig verstorbenen P Bu. bestraft worden ist und vertrat dabei die Auffassung, dass die Frage, ob der Verstorbene im Rahmen eines selbständigen oder bewilligungspflichtigen nicht selbständigen Vertragsverhältnisses für die K. . Bau GmbH tätig geworden ist, eine Vorfrage für die Beurteilung der Rechtsfrage darstelle, ob den Erben nach dem verstorbenen Bw. ein Anspruch auf Differenzzahlung zustehe. Diese Vorfrage sei nunmehr durch die sachlich und örtlich zuständige Behörde, dem UVS Niederösterreich, dahingehend entschieden worden, dass eine bewilligungspflichtige nicht selbständige Tätigkeit vorgelegen habe.

Der vorgelegte Bescheid spricht über die Berufung des Geschäftsführers der Auftraggeberin u.a. auch des Bw., nämlich der Fa. K. . GmbH gegen die Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz ab. Der UVS Niederösterreich bestätigte die Beurteilung der zuständigen Bezirkshauptmannschaft, wonach in der durch Ausländerbeschäftigungsgesetz gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise vom Vorliegen einer nichtselbständigen Beschäftigung des Bw. und 2 weiterer polnischer Staatsbürger und nicht vom Vorliegen eines Werkvertrages ausgegangen worden war, setzte jedoch das Strafausmaß von bisher je € 2.000,00 auf € 1.500,00 herab.

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

Strittig ist die Ablehnung des Antrages um Gewährung von Familienbeihilfe für die Monate Jänner bis Dezember 2006 mit Bescheid vom 7. November 2007.

Im strittigen Bescheid vertrat das Finanzamt nach Zitierung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen die Auffassung, dass die Tätigkeit des Bw. in ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als Dienstverhältnis im Sinne von § 47 EStG 1988 zu beurteilen und daher bewilligungspflichtig sei. Da eine Berechtigung zur Arbeitsaufnahme nicht nachgewiesen worden sei, lag nach Auffassung des Finanzamtes keine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer vor und sei die (EG) VO Nr. 1408/71, (Anmerkung: die eine Gewährung von Familienbeihilfe auch für im Ausland wohnhafte Kinder von EU-Bürgern unter bestimmten Bedingungen ermöglicht) in seinem Fall nicht anwendbar.

Eine Darstellung des der Bescheiderlassung vorangegangen Ermittlungsverfahrens, in dem der Bw. mittels Fragebogen über seine Tätigkeit einvernommen wurde und in dem er zur Vorlage

von Unterlagen und (übersetzten) Dokumenten aufgefordert wurde und über die Beischaffung der mit dem Bw. von Organen der KIAB aufgenommenen Niederschriften enthält der Bescheid nicht und veranlasste den Verfasser der Berufungsschrift zur – nicht berechtigten - Annahme, der Bescheid sei ohne jedwedes Ermittlungsverfahren erlassen worden.

Laut Aktenlage reiste der Bw. bereits kurze Zeit nach dem Beitritt Polens zur EU nach Österreich. Seine Frau und die gemeinsamen Kinder blieben in Polen, wo die Gattin lt. den in Übersetzung vorliegenden Unterlagen in einem Finanzamt beschäftigt war. Mangels Aussicht auf eine Arbeitsbewilligung in Österreich, die die Voraussetzung für ein nichtselbständige Tätigkeit im bereits angeführten Übergangszeitraum bis (spätestens) 30.04.2011 war bzw. ist, entschied sich der Bw. (wie auch zahlreiche andere polnische Staatsbürger) für den Erwerb von sogenannten freien Gewerbeberechtigungen (für das Aufstellen, die Montage und das Verspachten von Gipskartonplatten). Auf Grund dieser Gewerbeberechtigungen schloss er eine entsprechende Versicherung für Gewerbetreibende ab. Gegenüber seinen Auftragsgebern legte er auf Grund von Werkverträgen (die er jedoch der dem Finanzamt und KIAB-Organen nicht zur Verfügung stellte) über die geleisteten Arbeiten ungefähr monatlich Rechnungen (je 13 Rechnungen in den Jahren 2006 und 2007, Rechnungen für 2008 fehlen), wobei eine genaue Darstellung der Leistungen den Rechnungen nicht entnommen werden kann, da diese stets neben dem Leistungsort und den Zeitraum in Kalenderwochen (= "KW") jeweils als Leistung "Montage von Trenwenden" oder "Teilleistung Verspachtelung" ohne weitere Angaben darüber, wie die verrechneten Leistungen zustandekamen, ausweisen. Insbesondere enthalten die Rechnungen keinerlei Mengen und Preisangaben, die eine Nachvollziehbarkeit der verrechneten Leistungen ermöglichen würden. Aus der 2006 verfassten Niederschrift durch die KIAB ist die monatliche Entlohnung nach m<sup>2</sup>, die Kontrolle und die mengenmäßige Feststellung ("Ausmessen") der erbrachten Leistungen durch Organe der damaligen Auftraggeberin (=Fa. K. . GmbH) zu ersehen.

Im Jahr 2006 und bis Mitte 2007 (=dem Zeitpunkt der 2. KIAB-Überprüfung!) legte der Bw. nur an eine einzige Auftraggeberin Rechnungen, welche den Hinweis auf den Übergang der Steuerschuld gem. § 19 Abs. 1a UStG 1994, den Leistungsort und teilweise den Leistungszeitraum in Form von Kalenderwochen (=KW) enthalten.

Die in der Berufung aufgestellte **Behauptung**, der Bw. habe **Rechnungen mit Umsatzsteuer** ausgestellt, die Umsatzsteuer "abgeliefert" und habe (gleichzeitig) verschiedene Auftragsgeber gehabt, erweist sich auf Grund der vorgelegten Rechnungskopien und der Einnahmenausgabenrechnung als **offenkundig unrichtig**.

Dem Bw. wurde, wie sich aus den aktenkundigen, mit dem Bw. von KIAB-Organen aufgenommenen Niederschriften (und im Widerspruch zu seinen Angaben im Fragebogen des

Finanzamtes) ergibt, Arbeitskleidung (mit entsprechender Firmenaufschrift) vom Arbeitgeber ebenso zur Verfügung gestellt, wie das Arbeitsmaterial. Lediglich das als geringfügig zu bezeichnende Werkzeug, wie Spachtel, Kübel, Bohrmaschine, Stichsäge etc. wurden vom Bw. mitgebracht. Lt. Feststellung der KIAB trug bei der Kontrolle einer der 3 Arbeiter (der Bw., dessen Bruder und ein Bewohner des Dorfes des Bw.) diese Arbeitskleidung.

In die vom Bw. und seinen beiden Kollegen durchgeföhrten Arbeiten wurden sie durch Organe der Auftraggeberin eingewiesen, die die Durchführung ebenso kontrollierten und das Ausmaß für die Abrechnung der Leistungen ermittelten. Über das vom Auftraggeber ermittelte Leistungsentgelt musste der Bw. eine Rechnung nach einem ihm vom Steuerberater der Auftragsgeberin zur Verfügung gestellten Muster erstellen und bekam sein Entgelt ausbezahlt. Wo eine Leistung nicht genau auf die Ausführenden aufgeteilt werden konnte wurde diese lt. Aussage des Bw. in gleichen Teilen auf die 3 gemeinsam tätigen Auftragsnehmer aufgeteilt.

In den Ausgaben des Bw. scheinen Fremdleistungen auf, bei denen es sich ihm gegenüber von anderen Auftragnehmern (mit gleichen Gewerbeberechtigungen und teilweise steuerlich erfasst, u.a. den im Vorlageantrag als "Subunternehmer" bezeichneten An Ki) in Rechnung gestellte Leistungen handelt. Ebenso hatte der Bw. im Jahr 2005 seinem Kollegen Kr Wo; mit Rechnung 005/2005 vom 08.04.2005 entsprechende Leistungen verrechnet. Allem Anschein nach diente diese Vorgangsweise einer der jeweiligen Leistung angemessenen Verteilung der Entgelte auf die gleichzeitig beschäftigten Auftragsnehmer. Darauf deutet insbesondere auch der Umstand hin, dass jeweils kurze Zeit, nachdem der Bw. der Auftraggeberin Leistungen im größerem Umfang verrechnet hatte, kurz darauf von anderen Auftragnehmern wiederum entsprechende (niedrigere) wohl auf diese entfallende Leistungen verrechnet bekam. Mit anderen Worten: Die Auftraggeberin (Fa. K. . Bau GmbH) verrechnete anscheinend nur gegenüber einem der Auftragnehmer, der wiederum Teile seines Entgelts weitergab und darüber Rechnungen der anderen Auftragnehmer erhielt.

Während der Bw. noch 2005 von früheren Auftraggebern bar honoriert wurde, erfolgte die Entlohnung seitens der Auftraggeberin im Jahr 2006 auf ein Bankkonto.

Aus der Niederschrift ergibt sich, dass im Falle von Mängeln die **Kosten der Ausbesserung von der Auftraggeberin getragen** wurden.

Die **Arbeitszeit betrug 40 Stunden pro Woche**, täglich 8 Stunden mit einer Stunde Pause. Ein (unbezahlter) Urlaub wie auch Krankheit war den jeweils Verantwortlichen der Auftraggeberin zu melden.

Der Bw. wie auch die beiden anderen Auftragnehmer besaßen **kein Büro, keinen Computer**, kein Faxgerät und ihre Wohnungen, in denen sie die Büroarbeiten verrichteten, enthielten keinen Hinweis auf ihr Unternehmen. Sie nahmen an keiner Bauverhandlung teil

und hatten auch nie selbst Bauaufträge erlangt. Mangels Eintragung in das öffentliche Telefonbuch, einer Homepage und des Fehlens jeglicher Werbung war es Außenstehenden gar nicht möglich, mit dem Bw. und seinen Kollegen in Kontakt zu treten und ihnen Aufträge zu erteilen.

### **Rechtliche Würdigung:**

Aus dem vorliegenden Sachverhalt geht klar hervor, dass es sich beim Bw. (und wohl in gleicher Weise bei seinen beiden Arbeitskollegen) um sogenannte **Scheinselbständige** handelte.

Darunter werden Auftragnehmer verstanden, die nach außen hin als selbständig Tätige bzw. als Unternehmer auftreten, auf Grund eines Werkvertrag tätig werden, Rechnungen legen, über einen oder mehrere Gewerbeberechtigungen verfügen und bei der Sozialversicherung der Gewerblichen Wirtschaft versichert sind.

Bei der sowohl im Abgabenrecht (§ 21 ff. BAO) als auch im Ausländerbeschäftigungsgesetz (§ 2 Abs 4 Ausländerbeschäftigungsgesetz) gebotenen **wirtschaftlichen Betrachtungsweise** erweisen sie sich jedoch als **arbeitnehmerähnlich Beschäftigte** bzw. **Scheinselbständige**:

Während Werkvertragsunternehmer ein Werk schulden und darüber zumeist erst nach Fertigstellung detaillierte Rechnungen legen, erfolgt die Abrechnung im konkreten Fall nicht immer erst nach Fertigstellung sondern in regelmäßigen Abständen (in etwa monatlich). Während ein Unternehmer ein Werk selbständig erstellt und übergibt, unterliegen diese einer laufenden Kontrolle.

Hat ein Werkvertragsunternehmer das volle Risiko, Fehler auf seine Kosten zu beheben, werden diese wohl angehalten Fehler auszubessern, jedoch trägt die dafür entstandenen Materialkosten der Auftraggeber, was eindeutig **gegen die Übernahme** eines **Unternehmerrisikos** spricht. Das im Vorlageantrag angesprochene Risiko, bei fehlender Auftragslage keine Aufträge zu erhalten, trifft in ähnlicher Weise auch Arbeitnehmer, deren Beschäftigungsverhältnisse in einem solchen Fall (durch Kündigung) beendet werden.

Während ein Werkvertragsunternehmer in seiner zeitlichen Einteilung von bestimmten Zielvorgaben abgesehen, weitgehend frei ist, haben **Scheinselbständige** zumeist **feste Arbeitszeiten** einzuhalten. Gegenüber den Abnehmern der Leistung (z.B. Bauherrn) treten ausschließlich die jeweiligen Auftraggeber und nicht die Scheinselbständigen auf. Im vorliegenden Fall wurden feste, einem Dienstverhältnis vergleichbare Arbeitszeiten festgestellt.

Die Tragung von Arbeitskleidung mit dem Schriftzug des Auftragsgebers, wie im vorliegenden Fall bei KIAB-Kontrollen festgestellt, lässt keinerlei Zweifel an der **organisatorischen Eingliederung** der Scheinselbständigen in den Betrieb des Auftragsgebers aufkommen.

Schließlich rundet auch der Umstand, dass solche Scheinselbständige **nicht gleichzeitig** für mehrere Auftraggeber tätig sind, dass Bild ab.

Die in der Berufung aufgestellte Behauptung für mehrerer Auftraggeber tätig gewesen zu sein, erweist sich insoweit als unrichtig, als der Bw. laut den vorliegenden Rechnungskopien aus 2004 bis 2007 **stets nur jeweils für einen Auftraggeber gleichzeitig** tätig war.

Auch der Hinweis auf die behauptete Beschäftigung eines namentlich genannten angeblichen Subunternehmers (An Ki ), spricht deshalb nicht für die Selbständigkeit des Bw. weil sich die Rechnungslegung an den Bw. bei näherer Betrachtung als eine Aufteilung der Entgelte auf die anderen gleichzeitig beschäftigten Scheinselbständigen darstellt.

In diesem Zusammenhang muss angemerkt werden, dass aus den 3 aktenkundigen Kopien der Rechnungen des An Ki an den Bw. weder ein Leistungsort noch ein Leistungszeitraum ersichtlich ist. Eine genaue Zuordnung zu vom Bw. verrechneten Leistungen ist daher nicht mit Sicherheit möglich. Zudem betreffen alle 3 Rechnungen des Ki das **Jahr 2007** und **nicht den Berufszeitraum**. Abgabenerklärungen wurden bei dem für Ki zuständigen Finanzamt 8/16/17 bis zur Unterzeichnung der Berufungsentscheidung jedoch keine eingereicht, sodass eine Beurteilung über Art und Ausmaß seiner Tätigkeit im Jahr 2007 durch den UFS nicht möglich war.

Dagegen kann z.B. aus der Rechnung des Bw. vom 28.08.2006 an die K. . GmbH über "Teilleistung für Spachtelung" (€ 6.293,49), Leistungsort Kö , und der 2 Tage später an den Bw. datierten Rechnung des Sy. Kr. v. 30.08.2006 "Verspachteln GKW-GKD", Leistungsort Kö, (€ 1.013,00) ebenso ein klarer Zusammenhang hergestellt werden, wie bei den 3 Rechnungen des Mw. Wr.: Auch hier konnte eine jeweils eine 1-2 Tage zuvor erfolgte Rechnungslegung des Bw. an die K. . GmbH mit jeweils höheren Rechnungsbeträgen festgestellt werden.

Nach Überzeugung des UFS liegt in der Rechnungslegung an den Bw. **keine Beauftragung** von Subunternehmern. Aber selbst dann, wenn man nicht von einer Aufteilung des Honorars ausgeht, sondern von der Beauftragung von Subunternehmern kann dies nichts daran ändern, dass lt. den Aussagen des Bw. und seiner Kollegen vor den Organen der KIAB weder der Bw. noch An Ki die Kosten für mangelhafte Arbeiten (z.B. für Spachtelmasse und neue Rigipsplatten) zu tragen hatten; ein Umstand der der Annahme der Tragung eines Unternehmerrisikos klar widerspricht.

Das **Fehlen** jeglicher für ein auch nur kleines **Bauunternehmern erforderlichen Ausstattung** an Maschinen, Werkzeug, Transportmittel, Büroausstattung inkl. Telefon- und Faxanschluss und Homepage, jeglicher Werbung und ausreichender Sprachkenntnisse zeigen auf, dass der Bw. keineswegs am Markt wie ein Unternehmer auftrat, sondern immer nur **gleich einem Bauhilfsarbeiter** auf die nicht nur vorübergehende Beschäftigung durch einen Auftraggeber der Baubranche angewiesen war und daher in **wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Arbeitnehmer zu beurteilen war**. Als solcher hätte er aber einer entsprechenden Arbeitsbewilligung benötigt, die er jedenfalls wegen vermuteter Aussichtslosigkeit erst gar nicht beantragt hatte.

Daraus ergibt sich, dass die vom Finanzamt gezogene Schlussfolgerung, auf Grund der fehlenden Arbeitsbewilligung sei die Tätigkeit als illegal zu beurteilen, zutrifft. Die eingangs zitierte (EG) Verordnung Nr. 1408/71 kam daher nicht zur Anwendung, wodurch die Gewährung von Familienbeihilfe, die eine legale Tätigkeit im Inland voraussetzt, ausgeschlossen ist.

Aus dem im Zuge des Verfahrens vom Finanzamt vorgelegten Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates über eine Berufung gegen die Bestrafung der Auftraggeberin des Bw. geht im übrigen hervor, dass auch der Unabhängige Verwaltungssenat die im Jahr 2006 festgestellte Tätigkeit des Bw. und seiner beiden Kollegen als Verstoß gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz wertete (und lediglich das Strafausmaß änderte).

Im Gegensatz zur Auffassung des Finanzamtes liegt jedoch darin keine den UFS bindende Entscheidung über eine Vorfrage (vgl. Ritz, BAO-Kommentar<sup>3</sup>, Tz. 19 u. 20 zu § 303) vor.

Im Zusammenhang mit der Beurteilung von Scheinselbständigkeit von durch Bauunternehmen gleich Bauhilfsarbeitern beschäftigten polnischen Staatsbürgern sei schließlich auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 19.09.2007, 2007/13/0071 hingewiesen, in der die Arbeitnehmereigenschaft bei einem im Wesentlichen vergleichbaren Sachverhalt bejaht wurde.

Die Berufung war daher als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 4. Dezember 2008