



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 19. Dezember 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf vom 3. Dezember 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Juli 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Eingabe vom 9. März 2007 beantragte der Berufungswerber (Bw.) die Gewährung der Familienbeihilfe für sein im Dezember 2003 geborenes Kind ab 1. August 2006 mit folgenden Angaben:

| | |
|-------------------------------------|--|
| Angaben zur antragstellenden Person | |
| Staatsbürgerschaft | Polen |
| Datum der Einreise nach Österreich | [blank] |
| Familienstand | verheiratet |
| Kindererziehung | in einem Haushalt gemeinsam mit dem anderen Elternteil |
| Beruf | Gewerbetreibender |
| Wohnort | 1030 Wien, ... |
| Familienwohntort | Polen, T... |
| Angaben zum Ehepartner | |
| Familien- und Vorname | ... |
| Staatsbürgerschaft | Polen |
| Datum der Einreise nach Österreich | [blank] |
| Beruf | Hausfrau |

| | |
|------------------------------------|----------------------------|
| Kinder | |
| Familien- und Vorname | W... |
| Staatsbürgerschaft | Polen |
| Tätigkeit des Kindes | Kind |
| Datum der Einreise nach Österreich | [blank] |
| Das Kind wohnt ständig | an meinem Familienwohntort |

Dem Antrag waren folgende Unterlagen (in Kopie) beigelegt:

Bestätigung der Meldung aus dem Zentralen Melderegister:

Aus der Bestätigung ist ersichtlich, dass der Bw. an dem Hauptwohnsitz in 1030 Wien seit 24. Mai 2006 gemeldet war.

Heiratsurkunde:

Aus der Urkunde ist der Tag der Eheschließung am 19. Juli 2003 ersichtlich.

Geburtsurkunde des Kindes:

Aus der Bestätigung ist ersichtlich, dass es sich beim oben angeführten Kind, für welches vom Bw. die Gewährung der Familienbeihilfe beantragt wird, um die im Dezember 2003 in M., Polen, geborene Tochter des Bw. handelt.

Bescheinigung des Stadt-Gemeindezentrums für die soziale Hilfe in M. vom 2. August 2006:

Stadt-Gemeindezentrum für die soziale Hilfe in M... bestätigt, dass (die Gattin des Bw.) im hiesigen Zentrum bis zum 02.08.2006 keinen Antrag auf Feststellung des Rechtes auf die Familienbeihilfe und die Zuschläge zur Familienbeihilfe für das Kind W..., gestellt hat.

Wir teilen auch mit, dass die oben Genannte im Leistungszeitraum 2005/2006 die Familienbeihilfe für das Kind bis zum 31.08.2006 und die Kinderbetreuungszulage, die während des Erziehungsurlaubs gezahlt wird, bis zum 30.04.2006 erhalten hat.

Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen (Kindergeld) in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen:

6. Bescheinigung des für Familienleistungen zuständigen Trägers des Wohnortes der Familienangehörigen oder des Arbeitgebers

6.1. Während der Zeit vom 01 07 2006 bis weiterhin hat die im Feld 2 genannte Person (Ehegattin des Bw.) eine berufliche Tätigkeit ausgeübt (oder sich in gleichgestellten Verhältnissen befunden) vom 10 05 2006 bis 28 02 2009

6.2. In der Zeit vom 01 07 2006 bis weiterhin hat die im Feld 2 genannte Person (Ehegattin des Bw.) Familienleistungen bezogen von insgesamt: W... - 43 PLN: 01 09 2005 – 31 08 2006

keinen Antrag gestellt 01 09 2006 bis weiterhin

Auszug aus dem Gewerberegister:

- näheres dazu siehe unten

Im Zuge des durchgeführten Verfahrens wurde ein Versicherungsdatenauszug der Sozialversicherung erstellt: Der Bw. ist ab 1. Juli 2006 bis laufend als "gewerbl. selbständig Erwerbstätiger SVA d.g.W., Lst. Wien", gemeldet.

Aus dem vom Bw. beantworteten Fragenkatalog betreffend Gewerbescheine EU-Ausländer geht im Wesentlichen nur hervor, dass der Bw. im Oktober 2007 die deutsche Sprache "schon" "verstehen" könne, "sprechen ist schwierig" und er lesen "ein bisschen schon" könne (Fragenkatalog). Der Fragebogen wurde in der Folge "aufgrund der Sprachbarriere" des Bw. nicht (weiter) ausgefüllt (Aktenvermerk zum Fragebogen).

Auf Grund einer im Juli 2006 vorgenommenen Gewerbeanmeldung wurde im Gewerberegister für den Bw. das Gewerbe *"Installationen von elektrischen Anlagen und Einrichtungen für Spannungen bis 42 Volt oder Leistungen bis 100 Watt, wobei die Stromquelle keinen Starkstrom führt, unter Ausschluss jeder an einen Befähigungsnachweis gebundenen Tätigkeit"* eingetragen (Tag der Gewerbeanmeldung: 13. Juli 2006).

Als Standort des Gewerbes wurde die Wohnanschrift eingetragen.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe mit nachstehender 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 für Familienleistung im 'Beschäftigungsland' auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten.

Die von Ihnen in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit stellt eine Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes dar. Aufgrund von umfangreichen Ermittlungen der Finanzverwaltung war diese Tätigkeit als Dienstverhältnis zu beurteilen.

Als neuer EU-Bürger haben Sie innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt. Die obige Verordnung ist in Ihrem Fall nicht anwendbar."

Die Berufung wurde mit folgender Begründung eingebracht:

"Mit dem Standort in Wien habe ich vor einiger Zeit eine selbständige Tätigkeit gegründet. Meine Einkünfte, die ich aus dieser Tätigkeit beziehe, dienen mir und meiner Familie zur Deckung der laufenden Unterhaltskosten, die wir zu tragen haben.

Ich gehe einer selbständigen Tätigkeit nach, die aufgrund von einem gültigen Gewerbeschein ausgeübt wird.

Im Bundesgebiet verfüge ich über eine gültige Kranken- u. Unfallversicherung.

Während des letzten Geschäftsjahres bekam ich Aufträge von mehreren unterschiedlichen Auftraggebern zum Ausführen.

Somit wäre die Voraussetzung für Anerkennung der Tätigkeit als selbständige Erwerbstätigkeit erfüllt.

Ich bin ein EU-Bürger, der gem. § 5 Abs. 3 FLAG einen Einspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine im Ausland lebende Kinder, hat.

Die vom zuständigen Finanzamt durchgeführte Einstufung meiner Tätigkeit als nichtselbständig finde ich als unbegründet und den wahren Tatsachen widersprechend.

Daher möchte ich Sie bitten meinem Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe stattzugeben.“

Über die Berufung wurde erwogen:

Der Bw. ist polnischer Staatsbürger (vgl. Auszug aus dem Gewerberegister und eigene Angabe auf Seite 1 des Antrages). Der Familienwohnsitz des mit einer polnischen Staatsbürgerin verheirateten Bw. befindet sich in Polen. Seine in Polen (M.) geborene Tochter ist ebenso polnische Staatsbürgerin (eigene Angaben des Bw.) und lebt ständig in Polen. Der Bw. kam aus wirtschaftlichen Gründen nach Österreich, um da arbeiten zu können. Am 24. Mai 2006 meldete der Bw. an einer näher bezeichneten Anschrift in 1030 Wien einen Hauptwohnsitz an (ZMR-Anfrage, AS 3). Rund 1 1/2 Monate später, am 13. Juli 2006, meldete der Bw. das oben wiedergegebene Gewerbe an. In Polen hatte der Bw. im Übrigen niemals ein Gewerbe angemeldet; er war dort mit Unterbrechungen als unselbständiger Erwerbstätiger bis zur seiner Ausreise nach Österreich beschäftigt.

Gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) 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 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 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 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 iSd 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 mit 1. Mai 2004 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 Nr. 28/2004, 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. I AuslBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (dh bis maximal 30. April 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 Rechtssprechung (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 (Hilfs)Arbeiter auf einer Baustelle darstellt:

Der Bw. meldete, wie bereits festgehalten, im Juli 2006 an der näher bezeichneten Wiener Anschrift einen Hauptwohnsitz an (ZMR-Abfrage). An der angegebenen Wohnadresse wurde vom Bw. zugleich auch der Standort seines Gewerbes angemeldet.

Im Zusammenhang mit der vom Bw. ausgeübten Tätigkeit wurden keine schriftlichen Verträge wie z.B. Rahmenverträge mit Personen bzw. Firmen, für die er tätig geworden ist, abgeschlossen. Die Tätigkeit wurde auf Grund von mündlichen Empfehlungen und Vereinbarungen ausgeübt. Bei seiner Tätigkeit spielten mündliche Empfehlungen und Beziehungen eine sehr wichtige Rolle.

(Halb)Jahr 2006:

Für das Halbjahr 2006 erklärte der Bw. Einnahmen in Höhe von € 5.427,00.

Dieser Betrag setzt sich nach den 4 vorgelegten Rechnungen wie folgt zusammen:

Rechnung Nr. 1/2006 vom 31. Juli 2006:

Lieferdatum 31.07.2006

Empfänger: Fa. K..., ...gasse 2-4/16

Zahlungsbedingungen BAR

BVH: ...gasse 19-21, ... Wien

Div. ELEKTRO – VERKABELUNGS-ARBEITEN IN OBERGENANTEM BVH.

| | |
|-----------------|----------|
| PAUSCHALE PREIS | 852,-- € |
|-----------------|----------|

MWST Frei gemäß § 6 Abs 1227

(Kleinunternehmer)

BETRAG DANKEND ERHALTEN

Rechnung Nr. 2/2006 vom 31. August 2006:

Lieferdatum 01.08.- 31.08.06

Empfänger: Fa. K..., ...gasse 2-4/16

Zahlungsbedingungen [blank]

BVH: ...str. 23, ... Wien

DIV. ELEKTRO – VERKABELUNGS-ARBEITEN IN OBERGE NANTEN BVH

| | |
|-----------------|--------|
| PAUSCHALE PREIS | 1547 € |
|-----------------|--------|

MWST - FREI gemäß § 6 ABS 1227

(Kleinunternehmer)

Betrag Dankend erhalten

Rechnung Nr. 3/2006 vom 31. September 2006:

Lieferdatum 01.09.- 30.09.06

Empfänger: Fa. K..., ...gasse 2-4/16

Zahlungsbedingungen [blank]

BVH: ...g. 21, ... Wien (Anschrift wie Rechnung Nr. 1)

DIV. ELEKTRO – VERKABELUNGS-ARBEITEN IN OBERGENANTEN BVH

| | |
|-----------------|--------|
| PAUSCHALE PREIS | 1628 € |
|-----------------|--------|

MWST - Frei gemäß § 6 ABS 1227

(Kleinunternehmer)

Betrag Dankend erhalten

Rechnung Nr. 4/2006 vom 31. Oktober 2006:

Lieferdatum 02.- 31.2006

Empfänger: Fa. K..., ...gasse 2-4/16

Zahlungsbedingungen [blank]

BVH: ...g. 21, .../ ...str. 23 (Anschriften wie Rechnungen Nr. 1 und 3 sowie 2)

DIV. ELEKTRO – VERKABELUNGS-ARBEITEN IN OBERGE NANTEN BVH:

| | |
|-----------------|--------|
| PAUSCHALE PREIS | 1400 € |
|-----------------|--------|

MWST - Frei gemäß § 6 ABS 1227

(Kleinunternehmer)

Betrag Dankend erhalten

Jahr 2007:

Für das Jahr 2007 erklärte der Bw. Einnahmen in Höhe von € 13.325,00.

Dieser Betrag setzt sich nach den 11 vorgelegten Belegen "Kassa-Eingang" wie folgt zusammen (Rechnungen wurden nicht vorgelegt):

Kassa-Eingang Nr. 01.2007 vom 15. Februar 2007:

| | |
|------------------------------|---------|
| Eingenommen wurden von Ge... | 4.200 € |
| für [blank] | |
| 15.02.07 Kein uternehmer | |

Kassa-Eingang Nr. 02 2007 vom 15. Februar 2007:

| | |
|------------------------------|-------|
| Eingenommen wurden von Ge... | 775 € |
| für [blank] | |
| ... 2007 Kein uternemher | |

Kassa-Eingang Nr. 03. 2007 vom 29. April 2007:

| | |
|------------------------------|-------|
| Eingenommen wurden von Ge... | 550 € |
| für [blank] | |
| 29.04.07 klein untermehmer | |

Kassa-Eingang Nr. 04. 2007 vom 29. April 2007:

| | |
|------------------------------|-------|
| Eingenommen wurden von Ge... | 350 € |
| für [blank] | |
| 29.04 07 klein unterhemer | |

Kassa-Eingang Nr. 05. 2007 vom 7. Mai 2007:

| | |
|---------------------------------|-------|
| Eingenommen wurden von Ge... | 500 € |
| für [blank] | |
| 7.05.07 klein unterhemer | |

Kassa-Eingang Nr. 06 2007 vom 20. September 2007:

| | |
|---------------------------------|---------|
| Eingenommen wurden von Ge... | 1.150 € |
| für [blank] | |
| 20.09.07 Kleinuntermeher | |

Kassa-Eingang Nr. 07 2007 vom 29. September 2007:

| | |
|---------------------------------|-------|
| Eingenommen wurden von Ge... | 550 € |
| für [blank] | |
| 20.09.07 Kleinuntermeher | |

Kassa-Eingang Nr. 08 2007 vom 28. August 2007:

| | |
|---------------------------------|--------|
| Eingenommen wurden von Ge... | 2100 € |
| für [blank] | |
| 28.08 07 Kleinuntermeher | |

Kassa-Eingang Nr. 09. 2007 vom 03. Juni 2007:

| | |
|---------------------------------|--------|
| Eingenommen wurden von Ge... | 2500 € |
| für [blank] | |
| 03.06.07 Kleinuntermeher | |

Kassa-Eingang Nr. 10 / 2007 vom 20. Dezember 2007:

| | |
|--|---------|
| Eingenommen wurden von Wi... | 100,- € |
| für Glühbirnen und Fassungen tauschen im diverse Stiegenhäuser im November 2007 | |
| 20.12.2007 Kein untermeher | |

Kassa-Eingang Nr. 11 / 2007 vom 20. Dezember 2007:

| | |
|--|---------|
| Eingenommen wurden von Wi... | 550,- € |
| Demontage Elektroinstalationen der Holzverbauwände im ...gasse, ... | |
| 20.12.2007 Kein untermeher | |

Jahr 2008:

Für das Jahr 2008 erklärte der Bw. Einnahmen in Höhe von € 7.800,00.

Dieser Betrag setzt sich nach den 6 vorgelegten Belegen "Kassa-Eingang" wie folgt zusammen (Rechnungen wurden nicht vorgelegt):

Kassa-Eingang Nr. 12 / 2008 vom 27. August 2008:

| | |
|---|---------|
| Eingenommen wurden von Wi... | 900,- € |
| Lampen, Glühbirnen und Fasungen tauschen in diversen Stiegenhäuser von März bis August 2008 | |
| 27.08.08 Klein Unternehmer | |

Kassa-Eingang Nr. 13 / 2008 vom 28. August 2008:

| | |
|---|---------|
| Eingenommen wurden von Wi... | 750,- € |
| Demontage der Lampen, Verkabelung und Elektroleitungen in ... | |
| 28.08.08 Kleinunternehmer | |

Kassa-Eingang Nr. 14 / 2008 vom 28. August 2008:

| | |
|---|---------|
| Eingenommen wurden von Wi... | 300,- € |
| demontage Lampen, elektroanlagen im Lokal-Keller in ... | |
| 28.08.08 Klein Unternehmer | |

Kassa-Eingang Nr. 15 / 2008 vom 28. August 2008:

| | |
|--|---------|
| Eingenommen wurden von Wi... | 250,- € |
| Demontage von Scheinwerfer, Lampen und Elektroanlagen in Lokal ... | |
| 28.08.08 Klein Unternehmer | |

Kassa-Eingang Nr. 16 / 2008 vom 29. Oktober 2008:

| | |
|------------------------------|--------|
| Eingenommen wurden von Ge... | 4500 € |
| für [blank] | |
| 29.10.2008 Kleinunternehmer | |

Kassa-Eingang Nr. 17 / 2008 vom 10. November 2008:

| | |
|------------------------------|--------|
| Eingenommen wurden von Ge... | 1100 € |
| für [blank] | |
| 10.11.2008 Kleinunternehmer | |

Für das Halbjahr 2006 ist aus den vorgelegten Rechnungen 1 Auftraggeber ersichtlich, für das Jahr 2007 2 Auftraggeber (die Einnahmen vom zweiten Auftraggeber betrugen € 650), und für das Jahr 2008 2 Auftraggeber, wobei es sich bei den 2 Auftraggebern der Jahre 2007 und 2008 um dieselben handelte.

Zu den Rechnungen ist festzuhalten:

Die Rechnungen des Jahr 2006 beziehen sich in zeitlicher Hinsicht auf Monate (Juli, August, September und Oktober) und wurden dem Inhalt der Rechnungen folgend idente Tätigkeiten

ausgeführt, nämlich diverse Elektroverkabelungsarbeiten an zwei Bauvorhaben. Der Bw. erhielt monatlich in etwa gleichbleibende Beträge (im Juli war die Gewerbeanmeldung am 13. Juli erfolgt). Nicht erkennbar ist, wie die Beträge ermittelt wurde. Die Rechnungen enthalten keinen diesbezüglichen Hinweis, bezug habende Unterlagen, wie insbesondere (Rahmen)Verträge, wurden nicht abgeschlossen.

Gleiches gilt betreffend die Jahre 2007 und 2008 mit nachstehender Maßgabe: Abgesehen von den beiden letzten Belegen enthalten die Belege Angaben weder in zeitlicher Hinsicht noch zur erbrachten (abgerechneten) Arbeit. Dementsprechend blieb auch die Ermittlung der Beträge im Dunkeln. Zum höheren Betrag des Kassa-Einganges Nr. 01.2007 vom 15. Februar 2007 ist zu bemerken, dass der davor liegende Eingang jener vom Ende Oktober war und somit dem höheren Betrag ein über viermonatiger Zeitraum gegenübersteht. Verteilt auf drei bis vier Monate ergeben sich Beträge in der Höhe jener der Monate Juli, August, September und Oktober des Vorjahres.

Werden Bau(hilfs)arbeiten erbracht und aus dieser Tätigkeit mangels sonstiger Betätigung lediglich Einnahmen in Höhe von monatlich bis zu etwa € 1.500 erzielt, so ist vorweg zu sagen, dass eine solche Betätigung nicht - wie vom Bw. angegeben - auf *eine selbständige Tätigkeit als Gewerbetreibender* schließen lässt. Besondere Bedeutung ist zur Bestätigung des eben Ausgeführten Folgendem beizumessen: Gegen die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit spricht der Inhalt der Einnahmen/Ausgaben-Rechnungen:

Zeitraum Juli bis Dezember 2006 (Beträge in €):

| | |
|--|----------|
| Einnahmen | 5.427,00 |
| Ausgaben | |
| Grundumlage/ Gebühren/ Postspesen | 47,50 |
| Sozialversicherungsbeiträge | 829,50 |
| Telefon | 180,00 |
| Fahrtspesen | 162,00 |
| Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben | 4.208,00 |

Zeitraum 1. Jänner bis 31. Dezember 2007 (Beträge in €):

| | |
|--|-----------|
| Einnahmen | 13.325,00 |
| Ausgaben | |
| Fahrtspesen | 374,00 |
| Telefon | 340,00 |
| Grundumlage | 95,00 |
| Buchhaltung | 120,00 |
| gesetzliche Pflichtbeiträge | 1.711,93 |
| Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben | 10.684,07 |

Zeitraum 1. Jänner bis 31. Dezember 2008 (Beträge in €):

| | |
|-------------|----------|
| Einnahmen | 7.800,00 |
| Ausgaben | |
| Fahrtspesen | 490,00 |

| | |
|--|----------|
| Telefon | 60,00 |
| Grundumlage | 95,00 |
| Buchhaltung | 120,00 |
| gesetzliche Pflichtbeiträge | 1.700,64 |
| Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben | 5.334,36 |

In dem Zusammenhang sei erwähnt, dass für den Zeitraum 2006 bis 2008 betreffend den Bw. vom Finanzamt keine Einkünfte erfasst wurden (aktuelle Abfrage im Abgabensinformationssystem).

Die (Kassa)Belege der Jahre 2007 und 2008 wurden, von einzelnen Ausnahmen abgesehen, derart gestaltet, dass weder die tatsächlich erbrachten Arbeiten (Leistung) noch der Umfang der Arbeiten (Leistungen) ersichtlich ist, im Jahr 2006 ist nur die Art der erbrachten Arbeiten ersichtlich. Betreffend die Tätigkeit wurde immer ein Pauschale berechnet.

Das vom Bw. zur Verrichtung seiner Tätigkeit benötigte und verwendete, selbst erworbene Werkzeug (Schraubenzieher, Bohrmaschine, Zange usw.) ist geringfügig; das Werkzeug gehört ihm, es ist sein Eigentum (Schreiben vom 12. März 2009).

Laut der Angabe des Bw. im Schreiben vom 12. März 2009 sei das installierte (verlegte) Material überwiegend von dem jeweiligen Auftraggeber beigestellt und natürlich bezahlt worden. Keine der drei Einnahmen/Ausgaben-Rechnungen weist diesbezüglich eine Position aus.

Über Arbeitsort und Arbeitszeit bestimmte der Bw. selber, "soweit das im Rahmen des Auftrages und der Fertigstellungsfristen möglich ist." (Schreiben vom 12. März 2009).

Auf welcher Baustelle der Bw. arbeiten soll, entschied "sich auf Grund des bereits erteilten Auftrages. Über die Frage, wo ich auf der Baustelle arbeiten soll und welche Arbeiten dort zum ausführen gibt entscheide ich selber, jedoch unter Berücksichtigung von einem gesamtem Arbeitsplan, der für die bestimmte Baustelle bei Beginn der Arbeiten erstellt wurde." (Schreiben vom 12. März 2009).

Der Bw. beschäftigte in allen drei Jahren keine Mitarbeiter, als Grund nannte er begrenzte Auftragslage. Im Übrigen gab der Bw. an: "Seit Beginn meiner Tätigkeit als selbständiger Unternehmer habe ich fast ständig Arbeit gehabt. Wenn es keine Aufträge gab, bin ich dann nach Polen zu meiner Familie hingefahren. Aber diese Zeiträume waren nicht sehr lang." (Schreiben vom 12. März 2009).

In den drei Jahren der Ausübung der Tätigkeit gab es keine Vereinbarungen über Vertretungen (Schreiben vom 12. März 2009).

Laut den eigenen Angaben des Bw. sei seine Arbeitsleistung nicht kontrolliert worden. Er habe jedes Mal einen Auftrag zum Ausführen bekommen. Nach Beendigung der Arbeit sei die Arbeitsleistung dann immer von dem jeweiligen Besteller vor Bezahlung überprüft worden.

Wie oben bereits ausgeführt, war der Bw. monatelang (Fa. K.) bzw. jahrelang (Ge. und Wi.) für dieselben Personen tätig. Somit waren die Modalitäten der Arbeit (Arbeitsweise) und der daraus resultierende bzw. zu erwartende Arbeitserfolg den Beteiligten alsbald bekannt. Verrichtete der Bw. die Arbeiten in der von ihm beschriebenen Art und Weise, gewissenhaft, ehrlich und korrekt, fiel das Erfordernis von Kontrollen der Arbeitsleistung innerhalb kurzer Zeit weg.

Zu Leistungsstörungen auf Grund von Gewährleistungsansprüche kam es nie ("Ich bin bei Ausübung der mir anvertrauten Aufträge gewissenhaft, ehrlich und korrekt." Schreiben vom 12. März 2009).

Abschließend sei in dem Zusammenhang der Vollständigkeit halber bemerkt, dass der Bw. in Polen niemals ein Gewerbe angemeldet hatte.

Aus dem Gesamtbild der Verhältnisse des vorliegenden ermittelten Sachverhaltes, insbesondere an Hand des Antwortschreibens vom 12. März 2009 sowie der Rechnungen bzw. der Kassabelege, geht in Verbindung mit dem Inhalt der Einnahmen/Ausgaben-Rechnungen eindeutig hervor, dass der Bw. in Wahrheit über keinen Gewerbebetrieb mit entsprechenden Betriebsmitteln verfügte, sondern lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung stellte und dadurch dem Willen seiner wenigen Auftraggeber/Arbeitgeber in gleicher Weise unterworfen war, wie dies bei einem Dienstgeber der Fall gewesen wäre. Die vom Bw. gelegten Einnahmen/Ausgaben-Rechnungen weisen keine einzige der Vielzahl an Betriebsausgabenpositionen, wie sie im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit anfallen (bspw. die Kosten eines betriebsbereiten Standortes, entsprechende Fahrt/Transportkosten, Werbe/Akquisitionsaufwand, Personalkosten) aus.

Die dem Arbeitgeber (Auftraggeber) zur Verfügung gestellte Arbeitskraft betraf, soweit offen gelegt, im Wesentlichen Elektroverkabelungsarbeiten u. dgl., also Arbeiten, wie sie in gleicher Weise üblicherweise im Rahmen eines Arbeitsvertrages verrichtet werden. Inwieweit sich die Art der Tätigkeit von jener eines (Hilfs)Arbeiters eines mit solchen Arbeiten befassten Unternehmens unterscheiden sollte, ist anhand des vorliegenden Sachverhaltes - insbesondere unter Bedachtnahme auf die Ausgaben laut Einnahmen/Ausgaben-Rechnungen - 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, kann ein entsprechendes Gewicht nicht beigemessen werden, weil er im Hinblick darauf, dass er in den Jahren 2006 bis 2008 nur die oben angeführten (wenigen) Arbeitgeber hatte, in hohem Ausmaß von dem jeweiligen Auftraggeber wirtschaftlich anhängig war.

In dieses Bild fügt sich, wie oben bereits festgehalten, ein, dass es in den drei Jahren der Ausübung der Tätigkeit keine Vereinbarungen über Vertretungen gab und es dem Inhalt der

Einnahmen/Ausgaben-Rechnungen folgend zu Vertretungen auch tatsächlich nicht gekommen war und der Bw. im Übrigen auch keine Mitarbeiter beschäftigte.

Die Umstände, dass der Bw. einen Gewerbeschein besitzt und dass er sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet 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., Elektroverkabelungsarbeiten, 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 für sein in Polen lebendes Kind.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 1. April 2009