



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., in W., vom 22. Februar 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf vom 24. Jänner 2007 betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für den Zeitraum September 2004 bis Mai 2005 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Über am 6. September 2005 eingebrachten Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe wurde dem Berufungswerber (Bw.), einem polnischen Staatsbürger, Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für seinen am 18. September 2002 in Krakau, Polen, geborenen Sohn von Juni 2005 bis April 2007 gewährt (vgl. Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe vom 1. Dezember 2006, Aktenseite 2).

In diesem Antrag wird das Datum der Einreise des Bw. nach Österreich mit 8. November 2004, das seiner Ehegattin und seines Kindes mit 11. Mai 2005 angegeben. Als Staatsbürgerschaft sowie bisheriger Wohnsitzstaat wird jeweils Polen genannt.

Diesem Antrag sind neben Bestätigungen aus dem Zentralen Melderegister beglaubigte Übersetzungen aus dem Polnischen der Kurzabschriften der Heiratsurkunde des Bw. und seiner Gattin sowie der Geburtsurkunde des Kindes des Bw., drei e-card-Kopien, Kopien der Reisepässe des Bw. und seines Kindes sowie eine Kopie der Identity card der Gattin des Bw. beigeheftet.

Mit beim Finanzamt am 13. Dezember 2006 eingegangener Eingabe ersuchte der Bw. um „Überprüfung und Korrektur des Anspruches auf Familienbeihilfe ab September 2004“ und gab an, er sei ab September 2004 selbständig, und als EU-Bürger habe er grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen für sein Kind.

Nach der Meldebestätigung des Zentralen Melderegisters war der Bw. an der eingangs genannten Adresse in Wien ... ab 16. September 2004 gemeldet (von 16. September bis 8. November 2004 Nebenwohnsitz; ab 8. November 2004 Hauptwohnsitz).

Betreffend die Gattin und das Kind des Bw. bestehen Hauptwohnsitzmeldungen an der nämlichen Adresse ab 11. Mai 2005.

Der Eingabe des Bw. beigeschlossen waren zwei auf den Bw. als Gewerbeinhaber lautende Auszüge aus dem Gewerberegister betreffend die am 17. September 2004 angemeldeten Gewerbe *„Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit“* und *„Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilstücke oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen, unter Ausschluss jeder an einen Befähigungsnachweis gebundenen Tätigkeit“*, wobei als Standort die Adresse der Hauptwohnsitzmeldung des Bw. ausgewiesen ist (Auszüge aus dem Gewerberegister jeweils vom 20. September 2004)

Nach dem Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung vom 13. September 2005 war der Bw. von 1. September 2004 bis laufend als *„gewerbl. selbständig Erwerbstätiger SVA d. g. W., Lst. Wien“* gemeldet.

Im Akt befinden sich zwei Formblätter „Europäische Gemeinschaften, Verordnungen über soziale Sicherheit, EWR, VO 1408/71 und 574/72“, und zwar E 401 (Familienstandsbescheinigung für die Gewährung von Familienleistungen) und E 411 (Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen (Kindergeld) in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen), in welchen von der polnischen Behörde mit Datum 31. Oktober 2006 u.a. bescheinigt wird, dass die Gattin des Bw. in der Zeit von 1. Juli 2002 bis weiterhin eine berufliche Tätigkeit ausgeübt (oder sich in gleichgestellten Verhältnissen befunden) hat, der Wohnort des Kindes des Bw. in S. (Polen) war und von der Gattin des Bw. in der Zeit von 1. September 2004 bis 31. November (gemeint: Oktober) 2006 kein Antrag auf Familienleistungen gestellt wurde.

Aktenkundig ist auch eine Bestätigung eines Kindergartens in Wien vom 22. August 2005, in welcher der Besuch des Kindergartens durch den Sohn des Bw. bestätigt wird.

Aus vom Bw. im November 2004 und im Jahr 2006 beantworteten Fragenkatalogen betreffend Gewerbescheine EU-Ausländer bzw. zur Selbständigkeit von EU-Ausländern geht u.a. hervor,

dass der Bw. im September 2004 wegen Arbeitssuche nach Österreich gekommen sei und aus diesem Grund in Österreich die Gewerbe angemeldet habe, wobei ihm ein Buchhalter behilflich gewesen sei. In Polen besitze er keinen Gewerbeschein. Die Anmeldung zur Sozialversicherung in Österreich sei erfolgt; laut Fragenbeantwortung 2004 sei er in seinem Herkunftsland sozialversichert für Bauern. In seinem Herkunftsland zahle er keine Steuern. Im Jahr 2004 unterblieben Angaben zur Frage nach Auftraggebern, im Jahr 2006 nannte der Bw. die Firmen St. K. und J. F., jeweils unter Angabe der genauen Adresse, mit welchen er vertraglich *„diverse Arbeiten lt. Gewerbeberechtigung auf diversen Baustellen“* vereinbart habe.

Neben mehreren vom Bw. für das Jahr 2006 an die Firmen J.F. und St.K. ausgestellten Rechnungen (die als Leistungsverzeichnis *„GK Montage Pauschale“* oder *„Abbrucharbeiten“* oder *„Spachtelung“* enthalten) und einem mit der Firma St. K. am 3. April 2006 geschlossenen *„Werkvertrag“*, in dem sich der Bw. verpflichtet, als Werk *„diverse Arbeiten laut Gewerbeberechtigung auf diversen Baustellen“* herzustellen, liegen auch die an eine Firma W.K.I GmbH&Co KEG ausgestellten Rechnungen Nr. 1 und Nr. 2 vom 15. März und 30. Juni 2005 vor, die als Leistungsinhalt *„Bauhilfsarbeiten (Spachteln, Isolierung, Schwarzdeckung etc.)“* ausweisen und die Verrechnungsbeträge netto € 2.300,00 und € 2.150,00 enthalten. Außer den Einkünften aus dem Werkvertrag beziehe er laut den Fragenbeantwortungen keine Einkünfte.

Zu der Wohnung in Wien ... gelangte er durch Vermittlung seines Schwagers, die er anfangs mit diesem bewohnte, laut Fragenbeantwortung 2006 zusätzlich auch mit Frau und Kind. Die an den Schwager zu zahlende Miete betrage € 120,00 im Monat. Diese Wohnung sei der Standort seines Gewerbes.

Das Werkzeug - Spachtel, Kelle, Schrauber (Bohrmaschine) - gehöre ihm, das Arbeitsmaterial besorge er bei kleineren Baustellen selbst, bei größeren der Auftraggeber (laut Fragenbeantwortung 2006).

Auf welcher Baustelle und wo auf dieser Baustelle er arbeiten bzw. welche Arbeiten er ausüben solle, sage ihm der Auftraggeber.

Mitarbeiter habe der Bw. keine, bei seiner Tätigkeit habe er sich nicht durch andere Personen vertreten lassen können.

Bezüglich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität werde er laut Fragenbeantwortung 2004 vom Auftraggeber kontrolliert, laut Fragenbeantwortung 2006 nicht; bei Arbeitsbeginn und Arbeitsende müsse er sich laut Fragenbeantwortung 2004 nicht melden, laut Fragenbeantwortung 2006 gebe es bei Projektbeginn eine Besprechung mit dem Auftraggeber bzw. Architekten, Kunden.

Laut Fragenbeantwortung 2004 könne er nicht kommen und gehen wann er wolle, laut Fragenbeantwortung 2006 schon, aber der Termin müsse eingehalten werden.

Krankenstands- und Urlaubsmeldungen gebe es laut Fragenbeantwortung 2004 nicht, laut Fragenbeantwortung 2006 komme es auf die Lage des Projektes an. Das Entgelt sei von Projekt zu Projekt verschieden, abgerechnet werde immer in bar, ausbezahlt werde nach Projektende bzw. Kontrolle vom Auftraggeber. Der Bw. trage das Haftungs- und Gewährleistungsrisiko.

In den Steuererklärungen für die Jahre 2004 und 2005 werden Umsätze bzw. Betriebseinnahmen in Höhe von € 2.090,00 bzw. € 8.630,00 erklärt, als Einkünfte aus Gewerbebetrieb werden € 1.364,56 bzw. € 6.788,82. Die Betriebsausgaben bestehen aus Sozialversicherungsabgaben (€ 629,44 für 2004 und € 1.661,18 für 2005), weiters € 96,00 Steuerberatungskosten 2004 und € 180,00 Gebühren und Abgaben 2005.

Mit Bescheid vom 24. Jänner 2007 wies das Finanzamt den Antrag des Bw. auf Gewährung der Familienbeihilfe/Differenzzahlung für dessen Kind mit folgender Begründung ab:

„Gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der Sozialen Sicherheit auf Wanderarbeiter und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 besteht grundsätzlich Anspruch 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.“

In der Berufung gegen den Abweisungsbescheid begehrte der Bw. nochmals, den Familienbeihilfenanspruch für sein Kind anzuerkennen und führte aus, er sei seit 2004 selbständiger Unternehmer, in seinem Fall handle es sich nicht um eine bewilligungspflichtige Beschäftigung nach dem AuslBG. Von umfangreichen Ermittlungen der Finanzverwaltung sei ihm nichts bekannt, er sei von keinen Ermittlungen verständigt worden.

Er habe in Polen eine Berufsschule mit Erfolg absolviert und habe eine langjährige Berufspraxis. Im Jahr 2004 habe er in Österreich einen Gewerbeschein bekommen und befinde sich im vierten Jahr seiner selbständigen Tätigkeit als Einzelunternehmer.

Er zahle seit Jahren Abgaben und sei in der SVA für gewerbliche Wirtschaft sozialversichert. Er habe gültige Werkverträge und stelle Rechnungen für seine Leistungen aus.

Hinsichtlich des geltend gemachten Anspruches auf Familienleistungen für die Zeit von

September 2004 bis Mai 2005 wies der Bw. auf die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige hin.

Außerdem wies der Bw. auf die erfolgte Gewährung der Familienbeihilfe von Juli 2005 bis April 2007 hin. Er führe seit 2004 bis heute dieselbe Tätigkeit als selbständiger Unternehmer aus.

Die Berufung wurde der Abgabenbehörde zweiter Instanz ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung vorgelegt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Angesichts der Bescheinigung des Wohnortes des Sohnes des Bw. in S., Polen, im Formblatt E 411 (Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen (Kindergeld) in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen) im Zusammenhalt mit der Kindergartenbesuchsbestätigung von August 2005 ist jedenfalls für den Streitzeitraum (September 2004 bis Mai 2005) davon auszugehen, dass das Kind des Bw. noch nicht in Österreich gewohnt oder sich hier aufgehalten hat.

Der Bw. ist polnischer Staatsbürger (vgl. Reisepass, Auszüge aus dem Gewerberegister und eigene Angabe). Sein in Polen (Krakau) geborener Sohn ist ebenso polnischer Staatsbürger (vgl. Reisepass und eigene Angabe des Bw.) und lebte entsprechend den obigen Ausführungen seit seiner Geburt bis zum Frühjahr bzw. Sommer 2005, somit im Streitzeitraum (September 2004 bis Mai 2005), ständig in Polen. Der Bw. ist seit 8. November 2004 an der genannten Adresse als Hauptwohnsitz gemeldet, davor bestand seit 16. September 2004 eine Nebenwohnsitzmeldung. Die Gewerbebeanmeldungen erfolgten am 17. September 2004.

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 Hilfsarbeiter auf einer Baustelle darstellt:

Der Bw. meldete im September 2004 an der bezeichneten Wiener Anschrift einen Nebenwohnsitz an (ZMR-Abfrage). An der angegebenen Wohnadresse, an welcher der Bw. mit seinem Schwager lebte, wurde vom Bw. zugleich auch der Standort seines Gewerbes angemeldet. Nach Zuzug der Gattin und des Sohnes aus Polen lebten auch diese Personen in dieser Wohnung. Die Miete des Bw. beträgt € 120,00 pro Monat.

Nach dem Fragenkatalog 2004 wurden zur Frage nach dem Abschluss von Verträgen und nach Auftraggebern keine Angaben gemacht; schriftliche Werkverträge für den Zeitraum ab November 2004 bis Ende 2005 liegen nicht vor. Die zwei vorgelegten, im Jahr 2005 (und damit im Streitzeitraum) vom Bw. ausgestellten Rechnungen enthalten als Angabe des Leistungsinhaltes „Bauhilfsarbeiten (Isolierung, Schwarzdeckung etc.)“ bzw. „Bauhilfsarbeiten (Spachteln, Isolierung)“.

Für das Jahr 2005 ist aus den vorgelegten Rechnungen 1 Auftraggeber ersichtlich, für das Jahr 2006 sind auf Grund der Fragenbeantwortung sowie der vorliegenden Rechnungen 2 Auftraggeber aktenkundig, für die der Bw. Leistungen erbracht hat.

Zu den beiden Rechnungen im Jahr 2005 ist festzuhalten:

Die Rechnung mit der Rechnungsnummer 1 vom 15. März 2005 beinhaltet einen Leistungszeitraum „KW: 1“. Der Leistungsinhalt wurde angegeben mit „*Bauhilfsarbeiten (Isolierung, Schwarzdeckung etc.)*“. Nicht erkennbar ist, wie der Betrag in Höhe von € 2.300,00 (netto, gesamt) ermittelt wurde.

Die Rechnung mit der Rechnungsnummer 2 vom 30. Juni 2005 beinhaltet einen Leistungszeitraum „KW: 2“. Der Leistungsinhalt wurde angegeben mit „*Bauhilfsarbeiten (Spachteln, Isolierung)*“. Nicht erkennbar ist wiederum, wie der Betrag in Höhe von € 2.150,00 (netto, gesamt) ermittelt wurde.

Zumal nur zwei Rechnungen ausgestellt und damit übereinstimmend die Rechnungsnummern 1 und 2 vergeben wurden, war mit dem Leistungszeitraum tatsächlich keine Kalenderwoche gemeint, sondern bezüglich der ersten Rechnung der Zeitraum (vom Anfang Jänner 2005) bis 15. März 2005 und bezüglich der zweiten Rechnung der Zeitraum vom 16. März 2005 bis 30. Juni 2005.

Werden Bauhilfsarbeiten erbracht und aus dieser Tätigkeit mangels sonstiger Betätigung lediglich Einnahmen in Höhe von (€ 2.150,00 : 3,5 Monate =) monatlich € 614,29 erzielt, so lässt eine solche Betätigung nicht - wie angegeben - auf „*seine selbständige Tätigkeit als Einzelunternehmer*“ schließen. Besondere Bedeutung ist zur Bestätigung des eben

Ausgeführten Folgendem beizumessen: Gegen die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit spricht der Inhalt der Einnahmen/Ausgaben-Rechnungen:

Zeitraum 17. September bis 31. Dezember 2004 (Beträge in €):

Einnahmen	netto/brutto
Honorare	2.090,00
gesamt	2.090,00
Ausgaben	
Rechts- und Steuerberatung	96,00
Personenversicherung (ASVG, GSVG)	629,44
gesamt	725,44
Ergebnis	1.346,56

Zeitraum 1. Jänner bis 31. Dezember 2005 (Beträge in €):

Einnahmen	netto/brutto
Honorare	8.630,00
gesamt	8.630,00
Ausgaben	
Rechts- und Steuerberatung	180,00
Personenversicherung (ASVG, GSVG)	1.661,18
gesamt	1.841,18
Ergebnis	6.788,82

Für den Zeitraum 2003 bis 2005 wurden betreffend den Bw. vom Finanzamt keine Einkünfte erfasst (aktuelle Abfrage im Abgabensinformationssystem).

Erst im Jahr 2006 kam es zu einer (nachfolgend jedoch stornierten) Meldung gemäß § 84 Abs. 1 EStG 1988 über den Betrag von € 3.253,66 ohne Lohnsteuerabzug in der Zeit von 1. bis 30. November 2006, Arbeitgeber M.; der Name M scheint in den Fragebeantwortungen als Schwager des Bw. auf.

Außerdem stimmen die allgemein gehaltenen Bezeichnungen des Leistungsinhaltes in den Rechnungen „Isolierung“ und „Schwarzdeckung“ vom Inhalt der Tätigkeit her gesehen nicht mit dem Wortlaut der Gewerbeberechtigungen „Montage von mobilen Trennwänden...“ und „Verspachteln von ... Gipskartonplatten...“ überein.

Auf Grund des Berufungsvorbringens des Bw., er habe *„seit 2004 ununterbrochen dieselbe Tätigkeit“* ausgeführt, können auch die Belege für 2006 und die Beantwortung des Fragenkataloges 2006 zur Beurteilung herangezogen werden.

Bezüglich des Werkvertrages vom 3. April 2006 ist Folgendes zu sagen: Laut Punkt 1. des Werkvertrages verpflichtet sich der Auftragnehmer - der Bw. - *„nachstehendes Werk herzustellen: diverse Arbeiten laut Gewerbeberichtigung auf diverse Baustellen“*.

Laut Punkt 2. des Werkvertrages verpflichtete sich der Auftragnehmer für die Herstellung des vereinbarten Werkes eigene Betriebsmittel zu verwenden und die Kosten selbst zu tragen.

Dieser Vereinbarungsinhalt spiegelt sich in den oben wiedergegebenen Einnahmen/Ausgaben-Rechnungen nicht wieder.

Die Rechnungen des Jahres 2006 wurden derart gestaltet, dass weder die tatsächlich erbrachte Leistung (Montieren oder Verspachteln von Gipskartonwänden?) noch der Umfang von Leistungen ersichtlich ist.

Laut Punkt 4. des Werkvertrages konnte sich der Bw. jederzeit durch qualifizierte dritte Personen vertreten lassen und hatte er die Entlohnung dieser zu übernehmen. Hingegen konnte sich der Bw. nach seinen eigenen Angaben in den beiden Fragenkatalogen nicht durch eine andere Person bei seiner Arbeit vertreten lassen. Von entscheidender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass er sich dem Inhalt der Einnahmen/Ausgaben-Rechnungen folgend tatsächlich nicht vertreten ließ und im Übrigen auch keine Mitarbeiter beschäftigte.

In den Jahren 2004 bis 2006 war der Bw., wie oben angeführt, für drei Baufirmen tätig.

Bezüglich dieser Betätigungen ist zu sagen, dass ins Treffen geführt wurde, er, der Bw., beschaffe Material. Mit diesem Vorbringen setzte sich der Bw. jedoch in Widerspruch zu den Einnahmen/Ausgaben-Rechnung, in welchen keine solchen Ausgaben ausgewiesen sind; diese beinhalten nur die Positionen Sozialversicherung, Gebühr und Steuerberatung.

Das vom Bw. verwendete, selbst erworbene Werkzeug (Spachtel, Kelle, Schrauber) ist geringfügig.

Die vom Bw. zu erbringenden Leistungen wurden hinsichtlich Arbeitsort (auf welcher Baustelle er zu arbeiten hat), Arbeitseinsatz (wo auf der Baustelle er zu arbeiten hat) und Arbeitseinteilung (welche Arbeiten er ausüben sollte) werden ausschließlich vom Auftraggeber festgelegt.

Feststellungen bezüglich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität können nicht mit Sicherheit getroffen werden, weil die bezug habenden Angaben in den Fragebeantwortungen abweichend gemacht wurden.

Der Bw. besitzt im Übrigen in Polen keinen entsprechenden Gewerbeschein.

Aus dem Gesamtbild der Verhältnisse des vorliegenden ermittelten Sachverhaltes, insbesondere an Hand der Fragenkataloge sowie der Rechnungen (für den Streitzeitraum, aber auch der sonstigen vorgelegten Rechnungen) und des Werkvertrages, 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 seines Auftraggebers 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, Fahrt/Transportkosten, Werbe/Akquisitionsaufwand, Personalkosten) aus.

Die dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Arbeitskraft betraf Montage- und Verspachtelungsarbeiten u. dgl. (aber auch andere Arbeiten, bspw. Isolierung, Schwarzdeckung, Abbrucharbeiten), 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 (laut Fragenkatalog 2006; laut Fragenkatalog 2004 wurde er vom Auftraggeber kontrolliert), er diesem Arbeitbeginn und Arbeitsende nicht zu melden hatte bzw. es nur bei Projektbeginn eine Besprechung mit dem Auftraggeber Architekten bzw. Kunden gegeben hatte, er laut Fragenbeantwortung 2004 nicht kommen und gehen konnte, wann er wollte, laut Fragenbeantwortung 2006 dies bei Einhaltung des Termins schon konnte, er nicht melden musste, wenn er krank war oder auf Urlaub ging (laut Fragenkatalog 2004) bzw. es dabei auf die Lage des Projektes ankam (laut Fragenkatalog 2006), kann ein entsprechendes Gewicht nicht beigemessen werden, weil er im Hinblick darauf, dass er in den Jahren 2004 bis 2006 nur drei Arbeitgeber hatte, in hohem Ausmaß von dem jeweiligen Auftraggeber wirtschaftlich anhängig war.

In dieses Bild fügt sich, wie oben bereits festgehalten, ein, dass sich der Bw. nicht durch eine andere Person bei seiner Arbeit vertreten lassen konnte und dies dem Inhalt der Einnahmen/Ausgaben-Rechnungen folgend auch tatsächlich nicht tat.

Die Umstände, dass der Bw. zwei Gewerbescheine besitzt, dass er sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet hat und dass er beim zuständigen Wohnsitzfinanzamt Einkünfte aus Gewerbebetrieb erklärte, 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., Montage von Trennwänden,erspachteln von Gipskartonplatten u.dgl., nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist.

Eine solche (nichtselbständige) Tätigkeit muss aber den oben zitierten Vorschriften des AuslBG entsprechen, d.h. dass es sich dabei um eine - bewilligungspflichtige - Beschäftigung iSd § 2 iVm § 3 Abs. 2 AuslBG handelt.

Da der Bw. die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungsbewilligung) nicht nachgewiesen hat, folgt daraus, dass der Bw. in Österreich eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer im dargelegten Sinn nicht ausübt und auch nicht von einer Beschäftigung iSd VO (EWG) Nr. 1408/71 ausgegangen werden kann.

Die VO (EWG) Nr. 1408/71 ist daher auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

Der Bw. hat demnach mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung keinen Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Gewährung einer Differenzzahlung für den Zeitraum, in dem sein Kind in Polen gelebt hat.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 3. Juni 2008