



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw. gegen den Bescheid des Finanzamtes X. betreffend Familienbeihilfe - Gewährung einer Differenzzahlung - für Jänner bis Dezember 2005 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Eingabe vom 20. März 2006 beantragte der Berufungswerber (Bw.) die Gewährung der Familienbeihilfe für seine im Juli 1986 und Februar 1988 geborenen Kinder ab 1. Jänner 2005 bis 31. Dezember 2005 mit folgenden Angaben:

Angaben zur antragstellenden Person	
Staatsbürgerschaft	Polen
Beruf	Selbständig
Wohnort	Wien ...
Angaben zum Ehepartner	
Familien- und Vorname	...
Staatsbürgerschaft	Polen
Beruf	Buchhalterin
Dienstgeber	in Polen
Kinder	
Familien- und Vorname	... A...
Staatsbürgerschaft	polnische
Tätigkeit des Kindes	Schüler / Student

Familien- und Vorname	... M...
Staatsbürgerschaft	polnische

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 Nebenwohnsitz in 1030 Wien seit 21. Jänner 2005 gemeldet war.

Bescheinigung Z. vom 10. Februar 2006 – samt Übersetzung aus dem Polnischen:

Das Zentrum für Sozialhilfe in ... bestätigt aufgrund der verfügbaren Dokumentation, dass (die Ehegattin des Bw.) in der Zeit vom 01.01.2005 bis 31.08.2005 Familienleistung bezog für die Kinder

- A... in der Gesamtsumme von 584,00 Zloty -x-

- M... in der Gesamtsumme von 584,00 Zloty -x-

In der Leistungsperiode vom 01.09.2005 bis weiterhin bezieht sie keine Familienleistung. -x-

Diese Bescheinigung wird herausgegeben, um man sich um die Familienleistung bewerben kann. -x-

Bescheinigung B. vom 10. Februar 2006 – samt Übersetzung aus dem Polnischen:

... Gruppe von Schulen in ... bestätigt, dass (der ältere Sohn des Bw.) im Schuljahr 2004/2005 Schüler der Klasse Dritte d. Allgemeinbildenden Lyzeums in hiesiger Gruppe von Schulen in ... war. Die Schule dauerte 3 Jahre und dieser Schüler hat die obige Schule nach dem Lehrplan im Juni 2005 abgeschlossen.

Bescheinigung B. vom 10. Februar 2006 – samt Übersetzung aus dem Polnischen:

... Gruppe von Schulen in ... bestätigt, dass (der jüngere Sohn des Bw.) im Schuljahr 2005/2006 Schüler der zweiten Klasse d. Allgemeinbildenden Lyzeums in hiesiger Gruppe von Schulen in ... ist. Die Schule dauert 3 Jahre und dieser Schüler wird die Schule nach dem Lehrplan im Juni 2007 abgeschlossen haben.

Wir teilen mit, dass der obige Schüler im Schuljahr 2004/2005 als Schüler die erste Klasse in hiesiger Gruppe von Schulen in ... besuchte.

Bescheinigung N. vom 15. Februar 2006 – samt Übersetzung aus dem Polnischen:

Ich bestätige hiermit, dass (der ältere Sohn des Bw.) am 22. September 2005 die Ordensformation im Noviziat der Priester des Allerheiligsten Herzens Jesu in ... angetreten hat.

Die einjährige kanonische Noviziatsperiode ist die obligatorische Zeit für alle Mitglieder der Vereinigung, dem philosophisch-theologischen Studium direkt vorhergehend, das auf die

Priesterweihe vorbereitet und stellt das Nullstadium im Verlauf des Studiums dar, welches insgesamt sieben Jahre dauert. Voraussichtlicher Studienabschluss – 30. Juni 2013.

Im Zuge des durchgeführten Verfahrens wurde ein Versicherungsdatenauszug der Sozialversicherung erstellt und verfügte das Finanzamt im Übrigen über die vom Bw. für die Jahre 2004 und 2005 eingereichten Umsatz- und Einkommensteuererklärungen und Unterlagen, die im Zusammenhang mit diesen Erklärungen stehen.

Aus einem vom Bw. beantworteten Fragenkatalog betreffend Gewerbescheine EU-Ausländer geht u.a. hervor, dass der Bw. im Juli 2004 nach Österreich gekommen ist, und zwar "wegen Arbeit". In Polen hatte der Bw. kein Gewerbe angemeldet. Die deutsche Sprache konnte der Bw. teilweise verstehen und auch teilweise lesen (Fragenkatalog iVm dem Schreiben vom 23. Februar 2007).

In der Folge wohnte der Bw. zusammen mit seiner Schwester und dem Schwager in deren Wohnung.

Auf Grund von im Juli 2004 vorgenommenen Gewerbeanmeldungen wurden im Gewerberegister für den Bw. das Gewerbe *"Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit"* sowie das Gewerbe *"Aufstellen von mobilen Sichtschutzeinrichtungen für Toilettenanlagen, Umkleidekabinen und dergleichen durch einfaches Zusammenstecken oder Verschrauben fertig bezogener Bestandteile"* eingetragen (Gewerbeanmeldungen jeweils am 22. Juni 2004).

Die Einnahmen- Ausgabenrechnung des Bw. für das Jahr 2005 weist nachstehende Positionen aus:

Basispauschalierung

Umsatz (netto)	17.184,72 €
Gewerbliche Sozialversicherungsbeiträge	- 1.643,61 €
12% Betriebsausgabenpauschale	- 2.062,16 €
Gewinn	13.478,95 €

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die beiden Kinder mit nachstehender Begründung ab:

"Mangels Vorliegen einer rechtmäßigen Beschäftigung im Bundesgebiet nach den österreichischen Rechtsvorschriften kann auch nicht von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (welche die Grundlage für den Familienbeihilfenanspruch darstellt) ausgegangen werden."

Die Berufung wurde mit folgender Begründung eingebracht:

"Es ist wahr, dass ich im Jahr 2005 keine Beschäftigungsbewilligung hatte. Ich bin aber seit dem 22.07.2004 selbständig tätig, zahle meine Sozialversicherung und lege meine Einkommensteuererklärungen.

Laut EWG-Verordnung 1408/71 Titel I, Allgemeine Vorschriften, Artikel 1

Begriffsbestimmungen wird der Begriff 'Arbeitnehmer' als jene Person im Punkt (ii) die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, definiert.

Die selbständige Tätigkeit gehört also zu einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung EWG Nr. 1408/71.

Ich ersuche höflich mein Antrag auf Differenzzahlung wohlwollend zu prüfen und mir diese zu gewähren."

Über die Berufung wurde erwogen:

Aus den vom Bw. vorgelegten oben wiedergegebenen Bescheinigungen ergibt sich, dass - wovon auch das Finanzamt bei der Bescheiderlassung ausging - die beiden Kinder des Bw. nicht in Österreich lebten. Vielmehr lebten die Ehegattin und die beiden Söhne ständig in Polen. Die Ehegattin, eine Buchhalterin, arbeitete in Polen, die Söhne besuchten polnische Schulen, der ältere Sohn bereitete sich ab Ende September auf das philosophisch-theologischen Studium vor.

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

Der persönliche Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 ist in Artikel 2 definiert. Gemäß Artikel 2 Absatz 1 gilt die - als unmittelbares Recht anzuwendende - Verordnung Nr. 1408/71 insbesondere für "Arbeitnehmer und Selbständige, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten".

Gemäß Art 3 der VO (EWG) Nr. 1408/71 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nicht anderes vorsehen.

Eine Leistung wie die Familienbeihilfe nach dem österreichischen FLAG ist eine Familienleistung iSv Art 4 Abs. 1 lit h der VO (EWG) Nr. 1408/71.

Da der Bw. als polnischer Staatsangehöriger infolge des Beitritts Polens zur Europäischen Union vom persönlichen Geltungsbereich der genannten Verordnung erfasst ist, besteht somit grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten.

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Österreich kann Übergangsbestimmungen hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit für die neuen EU-Bürger für maximal sieben Jahre einführen. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten (mit Ausnahme Maltas und Zyperns) wird im § 32a Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs. 2 lit 1 AuslBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (dh bis maximal 30.4.2011) weiterhin dem AuslBG.

Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 28/2004, lauten:

"Begriffsbestimmungen

§ 2 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 Rechtsprechung (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 Baustellen-Arbeiter bzw. Baustellen-Hilfsarbeiter darstellt:

Der Bw. wohnte an der näher bezeichneten Wiener Anschrift – *die vom Bw. zugleich auch als der Standort seines Gewerbes angegeben wurde* – gemeinsam mit seiner Schwester und dem Schwager; Miete musste der Bw. nicht bezahlen.

Der Bw., er bezeichnet im Schreiben vom Februar 2007 seine "Deutschkenntnisse in Schreiben und Lesen" mit "teilweise", gelangte im Juli 2004 an die Baugesellschaft S. KEG. In der Folge war die S. KEG immer wieder "Auftraggeber" des Bw.

Die Beziehung zur S. KEG gestaltete sich wie folgt:

Erklärung des Subunternehmers vom 3. August 2004:

Betrifft: Ausländerbeschäftigung - Arbeitnehmervorschriften

Da bekanntlich strenge gesetzliche Maßnahmen im Zusammenhang mit der illegalen Beschäftigung von Ausländern bestehen, verpflichtet sich der Subunternehmer (der Bw.), alle arbeitsrechtlichen Bestimmungen und Gesetzesvorschriften, insbesondere jene über die Ausländerbeschäftigung sowie die Dienstnehmervorschriften genauestens einzuhalten.

a) Der Subunternehmer nimmt zur Kenntnis, dass bei Verstoß gegen diese Vorschriften der Auftraggeber zum sofortigen Vertragsrücktritt berechtigt ist.

b) Der Subunternehmer haftet bei Nichteinhaltung der Vorschriften für alle daraus entstandenen Nachteile / Schäden einschließlich Folgeschäden.

c) Der Subunternehmer verpflichtet sich, den Auftraggeber diesbezüglich schad- und klaglos zu halten.

d) Der Subunternehmer bestätigt, dass sämtliche Entgeltansprüche seiner Dienstnehmer durch ihn erfüllt werden und dass die Beitragspflicht zur Sozialversicherung gegenüber der Gebietskrankenkasse ebenfalls durch ihn erfüllt wird.

Subunternehmerverträge vom 3. August 2004 / Dezember 2004

Abgeschlossen zwischen der (Baugesellschaft S. KEG) als AG und (dem Bw.) als Subunternehmer.

Wir beauftragen Sie gemäß beiliegenden Auftragsbedingungen für nachstehendes Bauvorhaben:

BHV: B...gasse, C...gasse, 1... Wien / ... Hauptstraße ..., 1... Wien

LZ: Von August 2004 bis laufend / Von Dezember 2004 bis laufend

Der Subunternehmer wird mit folgenden Arbeiten beauftragt:

Hilfsarbeiten auf diversen Baustellen in Wien und Umgebung

Grundlage dieses Auftrages sind die beigelegten Allgemeinen Vertragsbedingungen des Auftraggebers.

Der Auftragnehmer erklärt mit seiner Unterschrift, dass er mit diesen Bedingungen zur Gänze einverstanden ist.

Allgemeine Vertragsbedingungen des Auftraggebers zur Vergabe von Werkleistungen

Der Auftraggeber behält sich das Recht vor, Teile eines Auftrages unter gewissen Bedingungen selbst auszuführen. Die Vergabe der von Ihnen erstandenen Arbeiten an Dritte, bzw. Subunternehmer durch Ihre Firma ist nicht gestattet. In Sonderfällen ist unsere ausdrückliche, schriftliche Genehmigung erforderlich.

Der Auftragnehmer führt die Ihm übertragenen Arbeiten nur im Namen der ... S KEG aus und gewährt Kundenschutz auf drei Jahre. Ihre Firma tritt nach außen hin nur nach ausdrücklicher Genehmigung durch uns als Subunternehmer in Erscheinung.

Verhandlungen mit dem Bauherren erfolgen ausschließlich durch uns.

Ihre Firma ist an die ... S. KEG oder deren Vertreter bezüglich des herzustellenden Gewerkes weisungsgebunden und ist verpflichtet, nach Aufforderung der ... S. KEG die Anzahl Ihrer Monteure zu verstärken.

Arbeitsbeginn auf der Baustelle ist um 7.00 Uhr früh, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wurde. Sollten grobe disziplinar Verstöße oder mangelhafte Leistungen vorliegen, muss das Personal auf Aufforderung der ... S. KEG sofort ausgewechselt werden.

Die Arbeitsplätze sind täglich, jedoch mindestens einmal wöchentlich zu säubern und nach Fertigstellung besenrein zu übergeben. Die Baustelle ist laufend von Schutt zu räumen. Bei Nichteinhaltung werden Ihnen die Räumungskosten belastet.

Sie haften für jeden bei der Ausführung Ihrer Arbeiten entstehenden Schaden.

Vereinbarte Ausführungstermine sind unbedingt einzuhalten.

Die Verrechnung erfolgt zu den vereinbarten Einheitspreisen. Die vereinbarten Einheitspreise sind FIXPREISE bis Bauende.

Aufgrund des 2. Abgabenänderungsgesetzes 2002 geht gemäß § 19 Abs. 1a UStG die Steuerschuld auf ... S. KAG über, d.h. dass Sie haben in Ihren Rechnungen darauf hinzuweisen haben und Ihre Rechnungen ohne Mwst auszustellen sind. Weiters ist Ihre und unsere UID-Nr. auf allen Rechnungen anzuführen.

Als Gerichtsstand wird Wien vereinbart.

Die Rechnungen an die S. KEG beinhalten - abgesehen von den Namen und Anschriften - nachstehende Angaben:

Rechnung vom 24. August 2004:

Wie vereinbart erlaube ich mir folgende Rechnung zu stellen:

BVH: M...gasse, 1... Wien und F...str 1... Wien

LZ: 09.08.04 - 20.08.04

Regiearbeiten a € 6,00	54 Std. x € 6,00	€ 324,00
------------------------	------------------	----------

Rechnung vom 18. Oktober 2004:

Wie vereinbart erlaube ich mir folgende Rechnung zu stellen:

BVH: B...gasse, C...g., 1... Wien

LZ: 21.09.04 - 08.10.04

Regiearbeiten a € 8,00	126 Std. x € 8,00	€ 1008,00
	Abzüglich 3% Skonto	€ 30,24
	Endsumme	€ 977,76

Rechnung vom 31. Jänner 2005

BVH: ... Hauptstraße ... 1... Wien

LZ: Januar 2005

Post 1) Montagearbeiten, Abdekarbeiten, Säuberung,erspachtelungen von Mauerwerk Lt.

Pauschalangeben

Pauschal		1032-
	Rechnungssumme	1032-

Rechnung vom 28. Februar 2005

BVH: ... Hauptstraße ... 1... Wien

LZ: Februar 2005

Post 1) Montagearbeiten, Abdekarbeiten, Säuberung,erspachtelungen von Mauerwerk Lt.

Pauschalangeben

Pauschal		1320-
	Rechnungssumme	1320-

Im April 2005 war der Bw. für eine Bauträger-Gesellschaft tätig:

Beauftragung

Wir, die ... Bauträger Gesellschaft m.b.H., beauftragen (den Bw.), geb. ..., mit der Durchführung von Spachtelarbeiten auf unserer Baustelle:

..., ...gasse ...

Die Tätigkeiten sind bis zum voraussichtlichen BAUENDE der Reihenhausanlage (Juni 2005) beauftragt.

Rechnung vom 30. April 2005

..., ...gasse ...

LZR: April 2005

Post 1) Montagearbeiten, Abdeckarbeiten, Säuberung,erspachtelungen von Mauerwerk Lt.

Pauschalangaben

Pauschal		1386-
	Rechnungssumme	1386-

Ab April 2005 war der Bw. für eine Bau & HandelsgmbH tätig:

Rechnung vom 4. Mai 2005

Betrifft: Div. BVH in 2., 8. und 9. Bezirk

LZR: April 2005

Pos 1) Montagearbeiten, Abdeckarbeiten, Säuberung,erspachtelungen von Mauerwerk

Lt. Pauschalangaben

Pauschal		1950,--
	Rechnungssumme	1950,--

Rechnung vom 6. Juni 2005

Betrifft: Div. BVH in 2., 8. und 9. Bezirk

LZR: Mai 2005

Pos 1) Montagearbeiten, Abdeckarbeiten, Säuberung,erspachtelungen von Mauerwerk

Lt. Pauschalangaben

Pauschal		1577,32
	Rechnungssumme	1577,32

Rechnung vom 1. Juli 2005

Betrifft: Div. BVH in 2., 8. und 9. Bezirk

LZR: Juni 2005

Pos 1) Montagearbeiten, Abdeckarbeiten, Säuberung,erspachtelungen von Mauerwerk

Lt. Pauschalangaben

Pauschal		1855,67
	Rechnungssumme	1855,67

Rechnung vom 5. August 2005

Betrifft: Div. BVH in 2., 8. und 9. Bezirk

LZR: Juli 2005

Pos 1) Montagearbeiten, Abdeckarbeiten, Säuberung,erspachtelungen von Mauerwerk

Lt. Pauschalangaben

Pauschal		1948,46
	Rechnungssumme	1948,46

Rechnung vom 3. Oktober 2005

Betrifft: Div. BVH in 2., 8. und 9. Bezirk

LZR: August – September 2005

Pos 1) Montagearbeiten, Abdekarbeiten, Säuberung,erspachtelungen von Mauerwerk

Lt. Pauschalangaben

Pauschal		1818,56
	Rechnungssumme	1818,56

Rechnung vom 2. November 2005

Betrifft: Div. BVH in 2., 8. und 9. Bezirk

LZR: Oktober 2005

Pos 1) Montagearbeiten, Abdekarbeiten, Säuberung,erspachtelungen von Mauerwerk

Lt. Pauschalangaben

Pauschal		1623,71
	Rechnungssumme	1623,71

Rechnung vom 2. Dezember 2005

Betrifft: Div. BVH in 2., 8. u. 9. Bezirk

LZR: November 2005

Pos 1) Montagearbeiten, Abdekarbeiten, Säuberung,erspachtelungen von Mauerwerk

Lt. Pauschalangabe

Pauschal		1.845,--
	Rechnungssumme	1.845,--

Rechnung vom 22. Dezember 2005

Betrifft: Div. BVH in 2., 8. u. 9. Bezirk

LZR: April 2005

Pos 1) Montagearbeiten, Abdekarbeiten, Säuberung,erspachtelungen von Mauerwerk

Lt. Pauschalangabe

Pauschal		828,--
	Rechnungssumme	828,--

Zusammenfassend stellte sich die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit des Bw. wie folgt dar:

- Als Standort der angemeldeten Gewerbe und als Betriebsort fungierte die Wohnung, in welcher der Bw. Mitbewohner der von seiner Schwester bzw. dem Schwager angemieteten Wohnung war

- Der Bw. wurde in den Jahren 2004 und 2005 im Wesentlichen nacheinander für drei Auftraggeber tätig (im April 2005 für die Bauträger-Gesellschaft und die Bau & HandelsgmbH)
- Die vertraglichen Leistungen zwischen der S. KEG und dem Bw. wurden (einseitig) vom Auftraggeber festgelegt
- Dem im Jahr 2004 unterschriebenen schriftlichen Vertrag standen die damals eingeschränkten Deutschkenntnisse des Bw. gegenüber
- Die Vergabe der vom Bw. erstandenen Arbeiten an Dritte bzw. Subunternehmer war nicht gestattet
- Der Bw. konnte nach außen hin nur nach ausdrücklicher Genehmigung durch den Auftraggeber als Subunternehmer in Erscheinung treten
- Verhandlungen mit dem Bauherrn erfolgten ausschließlich durch den Auftraggeber
- Arbeitsbeginn auf der Baustelle war um 7.00 Uhr früh, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wurde
- Arbeitsort (Baustelle) wurde vom Auftraggeber vorgegeben
- Das Arbeitsmaterial wurde vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt
- Arbeitseinteilung und Arbeitseinsatz auf der Baustelle erfolgten über Anordnung des Auftraggebers bzw. des jeweiligen Poliers der Baustelle
- Der Bw. wurde hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität von seinem Auftraggeber kontrolliert, wenngleich er kommen und gehen konnte, wann er wollte
- Der Bw. seinerseits beschäftigte keine Arbeitnehmer bzw. bediente sich bei der Ausführung der Arbeiten keiner Hilfskräfte
- Abwesenheiten, etwa wegen Krankheit, musste der Bw. melden
- Der Bw. konnte sich durch eine andere Person bei der Arbeit nicht vertreten lassen
- Das vom Bw. verwendete, selbst erworbene Werkzeug ist als geringfügig einzustufen
- Die Abrechnungen erfolgten mittels Rechnungen
- Abgerechnet wurde im Wesentlichen monatlich und fielen die oben wiedergegebenen Beträge – in weitgehend etwa gleicher (monatlicher) Höhe – an
- Mit Rechnung bspw. vom 24. August 2004 wurden betreffend den Zeitraum vom 9. bis 20. August 2004 54 Stunden Regiearbeiten á € 6,00 = € 324,00 abgerechnet, mit

Rechnung vom 18. Oktober 2004 betreffend den Zeitraum vom 21. September bis 8. Oktober 2004 126 Stunden Regiearbeiten á € 8,00 = € 1.008,00.

- Der Bw. besaß in Polen keinen entsprechenden Gewerbeschein

Mit diesen Umständen lässt sich der Inhalt der Umsatz- und Einkommensteuererklärungen in Einklang bringen:

Mit der Einkommensteuererklärung für 2004 wurden Einkünfte in Höhe von € 2.710,61 (vgl. die Kennzahlen 330 und 777) erklärt. In der Beilage zur Erklärung wurden Erträge/ Betriebseinnahmen - einschließlich Eigenverbrauch in Höhe von € 4.040,92 ausgewiesen.

Mit der Einkommensteuererklärung für 2005 wurden Einkünfte in Höhe von € 13.478,95 (vgl. die Kennzahl 330) erklärt. In der Beilage zur Erklärung wurden Erträge/ Betriebseinnahmen - einschließlich Eigenverbrauch in Höhe von € 17.184,72 ausgewiesen. Die Beilage 'Basispauschalierung' weist einen Umsatz in Höhe von € 17.184,72, gewerbliche Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von € 1.643,61 und 12% Betriebsausgabenpauschale in Höhe von € 2.062,16 und diesen Beträgen folgend einen 'Gewinn' in Höhe von € 13.478,95 aus. Dem Umsatz in Höhe von € 17.184,72 liegt bei einem Ansatz des Stundensatzes von € 8,00 ein errechneter Jahres-Arbeitseinsatz von 2.148 Arbeitsstunden zugrunde.

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden, insbesondere an Hand des Fragenkataloges und den Rechnungen ermittelten Sachverhaltes geht eindeutig hervor, dass der Bw. nicht ein Werk, sondern - wie ein Dienstnehmer - seine (mit € 6,00 bzw. € 8,00 pro Stunde abgegoltene) Arbeitskraft schuldete bzw. dass der Bw. dem Willen des Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen war, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall ist.

Demgemäß hat der Bw. seinem Arbeitgeber nur seine Arbeitskraft (für Hilfsarbeiten auf Baustellen) zur Verfügung gestellt. Inwieweit sich die Art seiner Tätigkeit von jener eines Hilfsarbeiters eines mit solchen Arbeiten befassten Unternehmens unterscheiden sollte, ist an Hand des vorliegenden Sachverhaltes nicht zu erkennen. Der Umstand, dass der Bw. zwei Gewerbescheine besitzt (Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit, Aufstellen von mobilen Sichtschutzeinrichtungen für Toilettenanlagen, Umkleidekabinen und dergleichen durch einfaches Zusammenstecken oder Verschrauben fertig bezogener Bestandteile), dass er sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet hat und dass er beim zuständigen Finanzamt um Vergabe einer Steuernummer angesucht hat, vermag daran nichts zu ändern. Denn eine solche nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeutende Beschäftigung wird auch nicht dadurch zu einer selbständigen Tätigkeit, dass die Formalvoraussetzungen vorliegen, sind doch nach gängiger Rechtssprechung 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).

Die Beschäftigung des Bw. (Hilfsarbeiten auf Baustellen) ist nach dem obigen Gesamtbild eindeutig nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren.

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

Da der Bw. unbestritten die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungsbewilligung) nicht hatte, 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 seine in Polen lebende Kinder.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden

Wien, am 1. März 2007