



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des S, Spachtler, Wien, vertreten durch Dr. Johann Sommer, Rechtsanwalt, 1040 Wien, Mommsengasse 9/27, vom 14. Dezember 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22, vertreten durch Malecek, vom 7. Dezember 2007 betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum 2004 bis 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Antrag auf Gewährung der Differenzzahlungen

Am 25 Juni 2007 stellte der Berufungswerber (Bw.) einen Antrag auf Gewährung der Differenzzahlungen für Familienbeihilfe für seine drei Kinder K, geboren am 85, Studentin im dritten Studienjahr, C, geboren am 88 und M, geboren am 91, beginnend mit 9. Juli 2004.

Der Hauptwohnsitz des Bw. liegt im Polen, sein Nebenwohnsitz ist seit 9.7.2004 Wien.

Beigelegt war dem Antrag eine beglaubigte Übersetzung aus dem Polnischen, eine Immatrikulationsbescheinigung für K, dergemäß sie im Schuljahr 2006 und 2007 als ordentliche Studierende im dritten Studienjahr des fünfjährigen Vollzeitkurses mit angestrebtem Abschluss Magister Fachrichtung Jura studiert. Weiters wurde bestätigt, dass K auch im ersten und im zweiten Studienjahr an derselben Hochschule studiert hat.

Weiters eine Schulbescheinigung der Höheren Allgemeinbildenden Schule (Maria-Sklodowska Curie Allgemeines Lyzeum), dergemäß C in den Schuljahren 2004 bis 2007 Schülerin dieser Schule war und

eine Schulbesuchsbescheinigung des Juliusz-Slowacki Gymnasiums, demgemäß M in den Schuljahren 2004 bis 2007 das Gymnasium dieser Schule besuchte. Am 22. Juni 2007 beendete sie die Ausbildung an diesem Gymnasium.

Weiters gab der Bw. seine Steuernummer bekannt und legte einen Auszug aus dem Gewerberegister vom 9.7.2004 vor, demgemäß er das Gewerbe des Verspachtelns von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder, einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit und das Gewerbe Aufstellen von mobilen Sichtschutzeinrichtungen für Toiletteanlagen, Umkleidekabinen und dergleichen durch einfaches Zusammenstecken oder Verschrauben fertigbezogene Bestandteile innehat.

Aus dem Einkommensteuerbescheid des Jahres 2005 ist ersichtlich, dass der Bw. in diesem Jahr ein Einkommen von € 931,56 erwirtschaftet hat.

Bescheid vom 7.12.2007

Mit Bescheid vom 7.12.2007 wurde der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe (Differenzzahlung) abgewiesen und begründend ausgeführt:

"Mit dem EU-Erweiterungsanpassungsgesetz (Bundesgesetzblatt 2004/28) hat Österreich den Beitritt der neuen EU-Mitgliedstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Österreich kann Übergangsstimmungen hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit für die neuen EU-Bürger für maximal sieben Jahren einführen.

Neue EU-Bürger unterliegen (mit Ausnahme Maltas und Zypern) für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements bis 30.4.2011 weiterhin dem Ausländerbeschäftigungsgesetz. Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich eine Arbeitsbewilligungspflicht nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz.

Im vorliegenden Fall ist aus nachstehenden Erwägungen davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit des Antragstellers nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische unselbständige Beschäftigung als Hilfsarbeiter an einer Baustelle darstellt.

Die Leistungen werden vom Auftraggeber festgelegt. Der Arbeitsort wird vom Auftraggeber vorgegeben. Die Arbeitseinteilung erfolgt durch den Auftraggeber oder dem Polier der

Baustelle. Der Auftragnehmer wird hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität von seinem Auftraggeber kontrolliert. Der Auftragnehmer beschäftigt keine Arbeiter und bedient sich keiner Hilfskräfte. Das zu verarbeitende Material wird vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Das vom Auftragnehmer verwendete, selbst erworbene Werkzeug ist von geringer Bedeutung. Der Auftraggeber wird regelmäßig entlohnt. Eine Vertretung ist nicht vorgesehen.

Es ist daher davon auszugehen, dass der Antragsteller nur seine Arbeitskraft fürerspachtelungsarbeiten zur Verfügung stellt. Eine derartige Tätigkeit muss aber den Vorschriften des Ausländerbeschäftigungsgesetzes entsprechen und ist daher bewilligungspflichtig.

Sie haben demnach mangels einer selbständigen Tätigkeit, als auch mangels einer rechtmäßigen nichtselbständigen Tätigkeit keinen Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Gewährung einer Differenzzahlung für ein in Polen lebendes Kind."

Berufung vom 4.12.2007

Am 4.12.2007 wurde Berufung gegen den abweisenden Bescheid eingelegt und diese wie folgt begründet:

"Herr Fr hat schon alles kontrolliert und versprochen das Geld zu überweisen, aber er ist im Spital. Daher Frau Bo hat alles weitergeleitet. Wie ist besprochen mit Herrn Pr, das Geld sollte am 11.7. ausbezahlt sein. Zuerst ist Information gekommen, dass die Dokumente sind verschwunden. Später sind gefunden 401, 411, ist den alle Unterlagen sind da, aber statt Geld ist Abweisung gekommen. Ich bin nicht einverstanden mit folgenden Punkten:

1. Die Leistungen wurden zwischen Auftraggeber und mir ausgesprochen und fertig gestellt.
2. Aufgrund unserer Zusammenarbeit haben wir gemeinsam die Arbeitsort fertig gestellt, was ist zu tun und vorläufige Beendigung mit Terminen und Bezahlung.
3. Arbeitszeit habe ich selbst bestimmt. Natürlich musste ich mich mit den Terminen rechnen.
4. Ich kontrolliere selbst meine Arbeit, sonst kommt zu Verspätungen und kostet Geld.
5. Der Auftragnehmer ist als einzelne Firma gemeldet und hat **kein Recht andere Arbeiter zu beschäftigen**.
6. Arbeitsmaterial: Meistens bekommen ich vom Auftragsgeber, weil die Kunde glauben, dass ihr Material ist besser.

7. **Mein Werkzeug hat keine Bedeutung**, aber ich kaufe alles in Polen und brauche ich nicht so viel (Spachtelkübel, Messgerät und andere Kleinigkeiten).

8. Meine Entlohnung bekomme ich nach fertig beendeter Arbeit. Ab und zu nach zwei Wochen oder drei Wochen oder länger, konkret wie groß ist die Arbeit.

9. Am Anfang habe ich gemeinsam mit Auftraggebern meine Entlohnung vereinbart, was scheint auf dem Vertrag.

10. Ich habe **keine Vertretung** und soll ich auch keine haben.

Außer diesen Punkten betone ich, dass ich bin ein von wenige Zahlende volles Versicherung. Ich habe keine Nichtbetriebspausen. Ich habe vier Kinder und ich muss schwer arbeiten, das alles zu besorgen. Ich bitte um eine positive Bescheiderledigung."

Beigelegt war der Berufung weiters ein Hauptmietvertrag für die Wohnung in Wien 20, Raffaelgasse 4 (abgeschlossen am 27.7.2005), demgemäß der Bw. monatlich € 309,90 Miete zu bezahlen hat.

Gleichzeitig übersendete der Bw. eine Vollmacht für Frau Ch, dass diese alles für ihn erledigen kann und zum Empfang der Unterlagen berechtigt ist, gab jedoch deren Adresse nicht an.

Rechnungen des Jahres 2004

Den der Berufung beigelegten Rechnungen ist zu entnehmen, dass der Bw. in den Monaten September, Oktober, November, Dezember 2004 ausschließlich für die B-OEG gearbeitet hat. Durchgeführt wurden jeweils diverse Arbeiten, wobei jedoch kein genauer Zeitraum, wann diese Arbeiten durchgeführt wurden, angegeben ist und auch keine Angaben darüber enthalten sind, wie lange diese Arbeiten jeweils in Anspruch genommen haben.

Rechnungen des Jahres 2005:

Die Arbeiten, der in folgenden Monaten ausgestellten Rechnungen, Februar (Decken und Wände im Abstellraum Küche und Raum neben Küche grundieren, nachspachteln und ausmalen), März (Abbrechen alten Parketts, Abschlagen von Fliesen, Schuttentsorgung); April, Mai (Fliesen verlegen); Juni, August, September, Oktober wurden ebenfalls ausschließlich für die Firma B-OEG ausgeführt und enthalten ebenfalls weder eine genaue Aufstellung, wann diese Arbeiten durchgeführt wurden, noch eine Anführung der Arbeitszeiten.

Beigelegt war der Berufung weiters ein Konvolut von Auftragsschreiben der Fa. B-OEG, denen gemäß die Firma den Bw. beauftragt, jeweils an einer bestimmten Adresse bestimmte

Arbeiten durchzuführen. Für den gesamten Auftrag wurde ein Nettopauschalbetrag vereinbart und weiters ausbedungen, dass jede Abänderung dieses Auftrages insbesondere nachträglich vereinbarte Bauänderungen der Schriftform bedürfen und der Auftragnehmer bestätigt für angeführte Leistungen eine gültige Gewerbeberechtigung und Haftpflichtversicherung zu besitzen und keine weiteren Subunternehmer hierfür zu beauftragen.

Gemäß Einkommensteuerbescheid 2005 betrug das Einkommen des Jahres 2005 € 12.430,16.

Rechnungen des Jahres 2006

Weiters legte der Bw. Rechnungen und Auftragsschreiben der Fa. B-OEG für die Monate Februar, März und Juni, der Fa M-KEG für Mai und Juli und der Fa. K-GmbH für die Monate August bis Oktober vor. Die Auftragscheine letztgenannter Firma wurden sowohl in deutscher wie auch in polnischer Sprache ausgestellt und enthalten neben der Adresse des Bauvorhabens und der beauftragten Arbeit (Verspachtelungsarbeiten) die Festsetzung eines Fertigungstermines und die Bestimmung, dass die durch Terminverlust entstandenen Kosten dem Auftragnehmer weiter verrechnet werden.

Gemäß dem Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2006 verdiente der Bw. im Jahr 2006 € 12.091,46.

Berufungsvorentscheidung

Am 6.2.2008 erließ das Finanzamt eine Berufungsvorentscheidung und führte in dieser begründend aus:

"Wie bereits mittels Abweisungsbescheid vom 7.12.2007 (dargelegt) hat Österreich den Beitritt der neuen EU-Mitgliedstaaten mit dem EU-Erweiterungsanpassungsgesetz BGBl. 2004/28 umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Österreich kann Übergangsbestimmungen hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Arbeitnehmerdienstleistungsfreiheit für die neuen EU-Staatsbürger für maximal sieben Jahre einführen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements bis 30.4.2011 weiterhin dem Ausländerbeschäftigungsgesetz. Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Arbeitsbewilligungspflicht nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz.

Im vorliegenden Fall ist aus nachstehenden Erwägungen davon auszugehen, dass sich Ihre Tätigkeit nicht als selbständige, sondern vielmehr als typische unselbständige Beschäftigung als Arbeitnehmer von Baustellen darstellt. Ihre Leistungen (durchzuführende Arbeiten) werden

vom Auftraggeber festgelegt. Der Arbeitsort wird vom Auftraggeber vorgegeben. Die Arbeitseinteilung erfolgt durch den Auftraggeber. Sie werden als Auftragnehmer hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität von ihrem Auftraggeber kontrolliert. Sie beschäftigen keine Arbeiter und bedienen sich keiner Hilfskraft. Das zu verarbeitende Material wird vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Das von Ihnen verwendete, selbst erworbene Werkzeug ist von geringer Bedeutung. Sie werden regelmäßig entlohnt. Eine Vertretungsmöglichkeit ist nicht vorgesehen. Es ist daher davon auszugehen, dass Sie nur eine Arbeitskraft fürerspachtelungsarbeiten darstellen. Eine derartige Tätigkeit muss aber den Vorschriften des Ausländerbeschäftigungsgesetzes entsprechen und ist daher bewilligungspflichtig. Sie haben demnach mangels einer selbständigen Tätigkeit, auch mangels einer rechtmäßig nichtselbständigen Beschäftigung keinen Anspruch auf Gewährung der Differenzzahlung für Ihre in Polen lebenden Kinder und die Abweisung der Differenzzahlungen für die Kalenderjahre 2004, 2005 und 2006 bestand somit zu Recht. Ihrem Berufungsbegehren konnte somit nicht entsprochen werden.

Vorlageantrag

Am 29.2.2008 brachte der Bw. einen Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde II. Instanz ein und führte im Wesentlichen aus:

„Sowohl der erstinstanzliche Bescheid als auch die Berufungs(vor)entscheidung leiden an wesentlichen Begründungsmängeln, da nur allgemeine Standardsätze verwendet werden und nicht auf den konkreten Fall eingegangen wird. Demnach ist der Bescheid nicht überprüfungs-fähig und somit schon allein aus diesem Grund aufzuheben. Tatsächlich enthalten die beiden Bescheide überhaupt keine Begründung, sondern nur Feststellungen. So hätte die Behörde begründen müssen, durch welche Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens es zu diesen Feststellungen kommt. Die Feststellungen der Behörde sind dem Bw. nicht nachvollziehbar. Die Behörde stellt zwar fest, dass der Bw. einer unselbständigen Beschäftigung nachgeht, versäumt jedoch den Arbeitgeber des Bw. zu nennen.“

Der Bw. verfügt über zwei Gewerbescheine des magistratischen Bezirksamtes für den 5. Bezirk, jeweils vom 13.7.2007. Selbst die gegenständliche Behörde gehe von einer selbständigen Tätigkeit aus, da laut Einkommensteuerbescheid 2006 Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von € 12.091,46 ausgewiesen sind. Weiters bezahle der Bw. laufend Sozialversicherungsbeiträge bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Außerdem würden einige Rechnungen exemplarisch vorgelegt, aus denen verschiedene Auftraggeber ersichtlich sind. Hätte die Behörde diese Ermittlungen durchgeführt, wäre sie zu dem Ergebnis gekommen, dass der Bw. natürlich einer selbständigen Tätigkeit nachgeht. Der

Bw. schuldet seinem Auftraggeber einen bestimmten Erfolg, woraus sich schon daraus allein eine selbständige Tätigkeit erschließen lässt.

Wenn die belangte Behörde in ihrem Bescheid festhält, dass ihre Leistungen (durchzuführende Arbeiten) vom Auftraggeber festgelegt werden, so ist dazu zu sagen, dass natürlich der Auftraggeber den Auftragnehmer zur Erbringung einer bestimmten Leistung beauftragt. Es entspricht der Natur der Sache, dass im Zuge der Beauftragung einer bestimmten Leistung natürlich indirekt ein Arbeitsort festgelegt wird. Die Arbeitszeit bestimmt der Bw. natürlich selbst, jedoch muss er sich an bestimmte Fertigstellungstermine halten. Dass sich der Auftraggeber natürlich über Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität informiert, liegt auch in der Natur der Sache. Warum die Tatsache, dass der Bw. keine Arbeiter und auch keine Hilfskraft beschäftigt ein Indiz für die nichtselbständige Tätigkeit darstellen soll, ist nicht ersichtlich. Warum das vom Bw. selbst erworbene Werkzeug nur von geringer Bedeutung sein soll, ist nicht nachvollziehbar.

Als Beweis werde beantragt:

., Einvernahme des Bw. wobei ein Dolmetsch für die polnische Sprache benötigt wird.

., Zeuge So

., 2 Auszüge aus dem Gewerberegister vom 13.7.2007

Es werde daher der Antrag gestellt, die Bescheide aufzuheben und derart abzuändern, dass dem Antrag des Bw. auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine drei Kinder für den Zeitraum von Juli 2004 bis Dezember 2006 vollinhaltlich stattgegeben wird."

In Polen besaß der Bw. keinen Gewerbeschein als Spachtler.

Die Gattin des Bw. ist ebenfalls polnische Staatsangehörige und arbeitet als Lehrerin.

Über die Berufung wurde erwogen:

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 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 in der unmittelbaren 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 Arbeiter auf einer Baustelle darstellt:

Der über nicht ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügende Bw. reiste im Juli 2004 nach Österreich ein. In den Jahren 2004 bis 2006 war die B-OEG "Auftraggeber" des Bw. Erst ab Mitte des Jahres 2006 arbeitete der Bw. auch für andere Auftraggeber (Fa M-KEG im Mai und Juli und Fa. K-GmbH für die Monate August bis Oktober). Der Bw. stand daher – mangels einer Vielzahl von Auftraggebern – in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis zu seinem Auftraggeber/Auftraggebern.

Wenn der Bw. im Vorlageantrag vorbringt, für verschiedene Auftraggeber gearbeitet zu haben ist diesbezüglich festzuhalten, dass seitens des UFS nur die Jahre 2004 bis 2006 der Entscheidung zugrunde zu legen sind, ein Grossteil der exemplarisch angeführten „Rechnungen“ aber nach diesem Zeitraum ist, wie auch aus dem eben gesagten hervorgeht.

In den berufsgegenständlichen Jahren erzielte der Bw. nachfolgende Einkünfte:

September – Dezember 2004

Einnahmen gesamt		7.300,00 €
Ausgaben (Personenversicherung)		902,58 €
Ergebnis		6397,42 €

01.01. - 31.12.2005

Einnahmen (Pauschalzahlungen)		14.970,00
Ausgaben (Personenversicherung)		1.654,84
Ergebnis		13.315,16

01.01. - 31.12.2006

Einnahmen (Pauschalzahlungen)		15.665,00
Ausgaben (Personenversicherung)		1.693,74
Ergebnis		13.971,26

Für die Ausübung seiner Tätigkeit benötigte der Bw. an Werkzeug nur Kleinmaterial, das er in Polen besorgt und dessen Wert nach seinen eigenen Angaben geringfügig ist.

Das zu verarbeitende Arbeitsmaterial wurde dem Bw. von seinem Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Die B-OEG, ebenso wie die anderen Auftraggeber legten die zu erbringenden Leistungen fest und teilten den Bw. mit auf welcher Baustelle und wo auf dieser Baustelle er

zu arbeiten hatte bzw. welche Arbeiten er ausführen sollte.

Der Bw. hatte keine Mitarbeiter und wurde dies auch vertraglich untersagt, wie er selbst bekannt gab.

Das Entgelt wurde immer als Pauschale abgerechnet. Die Auszahlung erfolgte jeweils nach Beendigung der durchgeführten Arbeiten.

Festgestellt wird, dass die vom Bw. gelegten Einnahmen- Ausgabenrechnungen keine einzige der Vielzahl an Betriebsausgabenpositionen aufweisen, wie sie üblicherweise im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit anfallen (bspw. die Kosten eines betriebsbereiten Standortes, Fahrt/Transportkosten, Werbe/Akquisitionskosten, Personalkosten, Telefonkosten) .

Die dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Arbeitskraft betraferspachtelungsarbeiten ebenso wie andere Arbeiten, für die er keinen Gewerbeschein verfügte (z.B. Verfließungen), also Arbeiten, wie sie in gleicher Weise üblicherweise im Rahmen eines Arbeitsvertrages verrichtet werden. Inwieweit sich die Art seiner Tätigkeit von jener eines (Hilfs)Arbeiters, eines mit solchen Arbeiten befassten Unternehmens, unterscheiden sollte, ist an Hand des vorliegenden Sachverhaltes nicht zu erkennen.

Angaben darüber, ob er bei der Ausübung seiner Tätigkeit hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsqualität und Arbeitsfortgang von seinem Auftraggeber kontrolliert wurde und diesem Arbeitsbeginn und Arbeitsende bzw. Erkrankungen zu melden hatte tätigte der Bw. nicht. Lediglich in der Berufung gab der Bw an: „Ich kontrolliere selbst meine Arbeit, sonst kommt es zu Verspätungen und kostet Geld.“ Diesen Feststellungn kommt jedoch keine entscheidende Bedeutung zu, weil er in hohem Ausmaß von der B-OEG und der K-GmbH, die als "Auftraggeber" diese Regelungen vereinbarten, wirtschaftlich abhängig war.

Gem. § 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.

Der Begriff des Dienstverhältnisses ist durch § 47 EStG jedoch nicht abschließend definiert, sondern wird als Typusbegriff durch eine Vielzahl von Merkmalen bestimmt, die nicht alle in gleicher Intensität vorhanden sein müssen (VfGH 1. 3. 2001, G109/00).

Der Legaldefinition des § 47 Abs. 2 EStG 1988 sind zwei Kriterien zu entnehmen, die für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprechen, nämlich die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber und die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers.

In jenen Fällen, in denen beide Kriterien noch keine klare Abgrenzung zwischen einer selbständig und einer nichtselbständig ausgeübten Tätigkeit ermöglichen, ist nach ständiger

Rechtsprechung des VwGH (vgl. z.B. Erkenntnis vom 19. 9. 2007, 2007/13/0071; 10.11.2004, 2003/13/0018) auf weitere Abgrenzungskriterien Bedacht zu nehmen, wozu insbesondere das Fehlen eines Unternehmerrisikos zählt. Das für eine selbständige Tätigkeit typische Unternehmerrisiko besteht darin, dass der Leistungserbringer die Möglichkeit hat, im Rahmen seiner Tätigkeit sowohl die Einnahmen- als auch die Ausgabenseite maßgeblich zu beeinflussen und damit den finanziellen Erfolg seiner Tätigkeit weitgehend zu gestalten. Hingegen ist für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses kennzeichnend, dass der Arbeitnehmer verpflichtet ist, dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen und demgegenüber der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen vom Erfolg unabhängigen Lohn zu bezahlen hat.

Mit einem Werkvertrag iSd § 1151 ABGB wird grundsätzlich die Verpflichtung zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, d.h. zur Herstellung eines Werkes als eine in sich geschlossene Einheit, in der Regel bis zu einem bestimmten Termin, vereinbart. Die zu erbringende Leistung wird im Werkvertrag selbst konkretisiert und individualisiert. Ein Werkvertrag stellt ein Zielschuldverhältnis dar, dem keine auf Dauer angelegte Leistungserbringung zu Grunde liegt. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet.

Den aus den Jahren 2004 bis 2007 vorliegenden "Aufträgen" mit den Firmen B-OEG, K-GmbH sind der ähnliche, wenig konkretisierte Inhalte und die Gestaltung gemeinsam. Neben dem Namen der Vertragspartner enthalten sie jeweils eine Objekt-(Baustellen)adresse. Die Arbeiten sind i.a. mit "Verspachtung" bezeichnet. In keinem Fall ist der tatsächliche Umfang des Auftrages bzw. die konkrete Leistung, d.h. eine Angabe über das zu erbringende "Werk", enthalten. Als Auftragswerte finden sich Pauschalbeträge. Hinsichtlich der Abrechnungsform sind i.a. keine Angaben enthalten. Hinsichtlich der Termine ist nur ein Zeitrahmen enthalten. Vereinbarungen hinsichtlich Haftung oder Pönale (mit Ausnahme der Auftragserteilung der Fa .K-GmbH) sind keine enthalten.

Die von Firmen B-OEG, K-GmbH an den Bw. gerichteten Rechnungen sind sowohl in ihrem äußeren Erscheinungsbild als auch im Inhalt nahezu identisch. Die Rechnungen enthalten eine einzelne Baustellenadresse und haben i.a. keinen Leistungszeitraum angegeben und wurden grundsätzlich monatlich ausgestellt. Konkrete Angaben zur erbrachten Leistung sind nur rudimentär enthalten. Hauptsächlich erfolgt die Angabe eines Pauschalbetrages.

Festgehalten wird, dass den "Aufträgen" jegliche präzise Angaben über das zu erbringende "Werk" fehlen (z.B. Angabe der Quadratmeter). Des Weiteren fehlen konkrete Angaben, die

auf eine Gesamtheit, ein einheitliches Werk schließen lassen. Damit liegen aber die für einen Werkvertrag maßgeblichen Eigenschaften und Inhalte nicht vor.

Des weiteres konnte sich der Bw. (laut seiner Angabe) bei seiner Arbeit nicht vertreten lassen.

Bei den erbrachten Leistungen (i.a. Spachtlerarbeiten, tw. Abrissarbeiten) handelt es sich um einzelne manuelle Beiträge, die in dieser Form keine geschlossene Einheit darstellen; sodass deshalb von keiner Herstellung eines Werkes auszugehen ist. Die Tätigkeit "Verspachteln" von Gipskartonplatten umfasst einfache Hilfsarbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Ablauf mit von anderen Unternehmern (auf der Baustelle) zu erbringenden Dienstleistungen stehen. Nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt stellen diese Hilfsarbeiten bzw. einfachen manipulativen Tätigkeiten Dienstleistungen und somit kein selbständiges Werk dar. Sie können daher nicht den Inhalt und die Grundlage eines Werkvertrages bilden (vgl. VwGH 27.10.1999, 98/09/0033, 21.3.1995, 94/09/0163).

Insgesamt führt die Beurteilung der vorliegenden Vereinbarungen zum Schluss, dass diese nicht als Werkverträge zu qualifizieren sind. Die behauptete Selbständigkeit des Bw. wird mit diesen Vereinbarungen nicht schlüssig begründet.

Wie der VwGH in seiner ständigen Judikatur ausführt, ist es für das Bestehen eines Dienstverhältnisses nicht maßgebend welche Bezeichnung die Vertragspartner der Vereinbarung geben auf der die Tätigkeit beruht; z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag etc., entscheidend allein ist der wirtschaftliche Gehalt der Tätigkeit. Das Gesamtbild der Tätigkeit ist danach zu beurteilen, ob die Merkmale der Selbständigkeit oder jene der Unselbständigkeit überwiegen. Für diese Beurteilung sind insbesondere die Kriterien Weisungsgebundenheit und Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers sowie das Unternehmerwagnis heranzuziehen.

Weisungsgebundenheit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer verpflichtet ist, den Weisungen des Arbeitgebers zu folgen. Die damit in direktem Zusammenhang stehende persönliche Abhängigkeit und weitgehende Unterordnung führt zur Ausschaltung der eigenen Bestimmungsfreiheit. Das persönliche Weisungsrecht fordert somit einen Zustand wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit. Ein rein sachliches bzw. technisches Weisungsrecht, welches das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit nicht ausschließen würde, bezieht sich lediglich auf die im Rahmen eines Werkvertrages vereinbarte Werkleistung und somit nur auf den Arbeitserfolg. Wie schon oben ausgeführt, hat der Bw. keine eigenständigen Werke erbracht und stellen die getroffenen Vereinbarungen keine Werkverträge dar, sodass ein rein sachliches Weisungsrecht der Bw. auszuschließen ist.

Beurteilt man die Situation des Bw. als "Subunternehmer" so ergibt sich, dass beim *"Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit"* (so, das in den vorliegenden Auszügen aus dem Gewerberegister angeführte Gewerbe), und den ohne Gewerbeschein durchgeführten „Abbrucharbeiten“ nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt von Hilfsarbeiten auszugehen ist. Es handelt sich um einfache manipulative Tätigkeiten, wie sie auf Baustellen üblich sind, die keine besondere Ausbildung erfordern und bei denen der Gestaltungsspielraum des Ausführenden begrenzt ist. Aus den unpräzisen und wenigen Angaben in den vorliegenden "Aufträgen" ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei der Tätigkeit des "Spachtlers" um eine selbständige Tätigkeit handelt, sondern vielmehr um eine übliche unselbständige Beschäftigung, nämlich ein Dienstverhältnis als Hilfsarbeiter vorliegt.

Dass sich der Bw. seine Arbeitszeit selbst einteilen kann und die Durchführung der Arbeit nicht in jedem Moment kontrolliert wird, bzw. der Bw. angibt seine Arbeiten selbst zu kontrollieren, spricht zwar für eine gewisse Eigenverantwortlichkeit auch im Bezug auf die Arbeitseinteilung, es ist aber dennoch festzuhalten, dass im Gesamten eine weitgehende Unterordnung und Weisungsgebundenheit des Dienstnehmers vorliegt und eine derartige „Freiheit“ auch bei Arbeitnehmern durchaus vorkommt.

Den vorgelegten Unterlagen ("Aufträgen") sind keine Vereinbarungen über fixe Termine für den tatsächlichen Tätigkeitsbeginn bzw. (größtenteils) Fertigstellungstermin für den jeweiligen Auftrag (die Baustelle) zu entnehmen.

Mit anderen Worten ist in den Rechnungen i.a. kein Leistungszeitraum angegeben und sind näheren Terminisierungen und Zeiträume nicht enthalten, sondern erfolgte die Rechnungslegung monatlich. Die Rechnungen sind mangels diesbezüglicher Angaben weder als Teil- noch als Schlussrechnungen zu qualifizieren und sagen nichts über einen fixierten Leistungszeitraum aus. Angaben darüber, dass der Bw. einer Baustelle oder einem Projekt konkret von einem bestimmten Tag an, in einer bestimmten Zeit ein bestimmtes "Werk" zu erbringen hatte konnten nicht festgestellt werden. Aufgrund der monatlichen Abrechnungen ist vielmehr auf eine regelmäßige Beschäftigung und somit auf ein Dienstverhältnis zu schließen, wie anhand der aufliegenden Rechnungen festgestellt werden konnte.

B-OEG - September- Dezember 2004, Februar 2005, - September 2005, Februar, März, Mai, Juni 2006,

K-GmbH - jeweils für die Monate Juli bis Oktober 2006

M-KEG - 10.4. 10.5.2006

Dafür, dass ein Dienstverhältnis vorliegt spricht hier auch der Umstand, dass der Bw. seine Tätigkeit jeweils nur für ein bestimmtes Unternehmen ausgeübt hat, nicht aber für eine unbegrenzte, oftmals wechselnde Zahl von Auftraggebern, wie dies bei einer selbstständigen Tätigkeit der Fall wäre.

Zum weiteren Kriterium der Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Auftraggebers ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass es sich bei den erbrachten Tätigkeiten, um keine Fixgeschäfte iSd § 919 ABGB handelt. Wie angeführt, sind in den "Aufträgen" teilweise keine Vereinbarungen bezüglich einer Erfüllung der Arbeiten zu einer bestimmten Zeit oder in einer bestimmten Frist, bzw. nur ein Endtermin enthalten. Die Vereinbarungen lauten lediglich auf die Übernahme von "Trockenbauarbeiten" oder "Bauhilfsarbeiten - Spachtelung" zu Pauschalpreisen ohne nähere Spezifizierung.

Aufgrund dessen, dass hier von Hilfsarbeiten ohne die Notwendigkeit spezieller Vorkenntnisse die Rede ist, dass der Bw. weder der deutschen Sprache ausreichend mächtig ist, noch vor seiner Ansässigkeit in Österreich Verbindungen zum österreichischen Markt hatte, wird das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit ausgeschlossen.

Diese genannten Umstände lassen es in wirtschaftlicher Betrachtungsweise wenig glaubwürdig erscheinen, dass der Bw. eigenständig in der Lage war auf den Ablauf (zeitlich, organisatorisch) der durchzuführenden Arbeiten an den jeweiligen Baustellen Einfluss zu nehmen und entsprechende Vereinbarungen zu treffen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass er im Rahmen der Auftragserfüllung als Dienstnehmer tätig wurde und der jeweilige Auftraggeber die Organisation der Arbeitsabläufe durchführte und auch die Einteilung der Arbeiten und Arbeiter vornahm. Auch die für die Arbeit erforderlichen Materialien wurden von dem Bw. an der Baustelle zur Verfügung gestellt. Die Verwendung von eigenem Arbeitsmaterial (wie Tucker, Spachteln, Kübel) ist dabei, wie der Bw. selbst angibt, nur von untergeordneter Bedeutung.

Wenn die Bw. vermeint er sei selbstständig tätig gewesen, dann stellt sich weiters die Frage nach der Unternehmereigenschaft und dem Unternehmerwagnis.

Wie bereits dargestellt, ist der Bw. polnischer Staatsbürger, der erst Mitte 2004 nach Österreich gekommen ist. Er ist der deutschen Sprache nur unzulänglich mächtig. Er nahm nicht am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teil. D.h. er bot ihre Tätigkeit nicht am Markt an, hatte keine betrieblichen Strukturen, kein Büro oder Lager und scheint im amtlichen Telefonbuch nicht auf.

Unter Unternehmerwagnis versteht man die Beeinflussbarkeit der Höhe der Einnahmen und der Ausgaben durch eigene Geschäftseinteilung, z. B. durch die Wahl der Mittel und durch geeignete Organisation des Betriebes.

Weder die vorliegenden schriftlichen Aufträge, noch die Rechnungen lassen darauf schließen, dass der Bw. Einfluss auf die Gestaltung seiner Einnahmen nehmen konnte. Es liegen keine Unterlagen über die Gestaltungsmöglichkeit vor (z.B. Kalkulation der schließlich verrechneten Preise seiner Tätigkeit). Es wurden keine einzelnen Werke abgerechnet, die allenfalls unterschiedlich rasch oder geschickt zu erledigen gewesen wären, sondern es wurden jeweils diverse Leistungen monatlich mittels Pauschalbeträgen verrechnet.

Auch ausgabenseitig konnte ebenfalls kein wesentliches Unternehmerrisiko festzustellen werden. So hat der Bw. lediglich seine Sozialversicherungsbeiträge bezahlt. Auch wenn er seine Fahrtkosten selbst zu tragen gehabt hätte (solche wurden nie geltend gemacht), so ist dies nicht als unüblich oder als ein Indiz für Selbständigkeit zu bewerten, da auch in gewöhnlichen Dienstverhältnissen beschäftigte Arbeitnehmer die Kosten für die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsplatz meist selbst zu tragen haben. Seine Aufwendungen für die Beistellung von Kleinwerkzeugen sind unwesentlich, wie der Bw. selbst angab.

Darüber hinaus konnte sich der Bw. nicht durch eine andere Person vertreten lassen sondern hatte die Arbeiten persönlich zu erbringen.

Der festgestellte Sachverhalt lässt nicht erkennen, dass der Bw. tatsächlich ein Unternehmerwagnis zu tragen hatte, weshalb nach Ansicht des UFS keine Unternehmereigenschaft vorliegt.

Dass der Bw. beim Magistratischen Bezirksamt gem. § 340 Abs. 1 GewO 1994 zwei Gewerbescheine (fürerspachtelungsarbeiten und für das Aufstellen von mobilen Sichtschutzeinrichtungen für Toiletten) hat eintragen lassen ist für die Beurteilung der Tätigkeit nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht maßgeblich.

Ebenso unbeachtlich ist dabei die Meldung der Beschäftigung bei der und Zahlungen an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, da es bei der steuerlichen Beurteilung einer Tätigkeit nicht darauf ankommt, in welches äußere Erscheinungsbild die Vertragspartner ihr Rechtsverhältnis gekleidet haben.

Auch das Ansuchen beim zuständigen Finanzamt um Vergabe einer Steuernummer und die Abgabe von Einkommensteuererklärungen, vermögen daran nichts zu ändern.

Denn eine solche nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeutende Beschäftigung wird nicht dadurch zu einer selbständigen Tätigkeit, dass die Formalvoraussetzungen vorliegen, sind doch nach gängiger Rechtsprechung für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung als Dienstverhältnis wie bereits ausgeführt 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).

Zum vorliegenden Sachverhalt wird, aufgrund der in der gesetzlichen Bestimmung des § 47 Abs. 2 EStG 1988 enthaltenen Kriterien, die für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprechen und bei Berücksichtigung der diesbezüglich in der ständigen Judikatur des VwGH enthaltenen weiteren Abgrenzungskriterien, zusammenfassend festgehalten.

Im Fall der Bw. ergibt die oben dargestellte Untersuchung und rechtliche Würdigung, dass der Bw. als weisungsgebunden und organisatorisch in das Unternehmen der Bw. eingegliedert zu qualifizieren sind. Es war auch nicht zu erkennen, dass der Bw. ein ins Gewicht fallendes Unternehmerwagnis zu tragen hatte.

Der hier zu beurteilenden Tätigkeiten des Bw. als "Spachtler" liegen keine Werkvertragsverhältnisse zugrunde, sodass mangels solcher Vertragsverhältnisse von keiner selbständigen Tätigkeit der "Spachtler" auszugehen wäre.

Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Bw. seine Arbeitskraft geschuldet hat und Dauerschuldverhältnisse vorgelegen sind.

Die Tätigkeit des Bw. (Verspachteln u.dgl.) war somit nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren.

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. über keine erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungsbewilligung) verfügt, (und dies möglicherweise mit der gewählten Gestaltung, nämlich durch die Vorgabe der Selbständigkeit, umgangen werden sollte) 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 lebenden Kinder.

Einvernahme des Bw. wobei ein Dolmetsch für die polnische Sprache benötigt wird.

Von der Einvernahme des Bw. unter Beiziehung eines Dolmetsches wurde abgesehen, da dieser den Sachverhalt bereits ausführlich in der Berufung und im Vorlageantrag dargelegt hat und diesem Vorbringen Glauben geschenkt wurde. Eine rechtliche Beurteilung des unstrittigen Sachverhalts steht ausschließlich dem UFS zu (*iura novit curia*).

Zeuge So

Hinsichtlich der Befragung des Zeugen So wird festgestellt, dass kein Beweisthema genannt wurde, so dass kein gültiger Antrag vorliegt. Aus den im Akt aufliegenden Unterlagen geht jedoch hervor, dass der Bw. erst im Jahr 2007 für dessen Unternehmen gearbeitet hat, also einem Zeitpunkt der außerhalb des Streitzeitraums liegt.

2 Auszüge aus dem Gewerberegister vom 13.7.2007

Die Beschaffung von Gewerberegistrauszügen aus dem Jahr 2007 unterblieb, da diese nichts über eine im Berufszeitraum gegebene Berechtigung aussagen und zudem Gewerbeberechtigungen aus dem Jahr 2004 im Akt aufliegen.

Die Entscheidung über die Berufungen war dementsprechend spruchgemäß zu treffen.

Wien, am 1. September 2010