



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des AB, W, vom 8. Juni 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf vom 24. Mai 2006 betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Juni 2004 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Eingabe vom 12. April 2006 beantragte der Berufungswerber (Bw) die Zuerkennung der Familienbeihilfe für seine in Polen aufhältigen Kinder WB, geb. 1995, und MB, geb. 1989, rückwirkend ab 1. Juni 2004.

Dem Antrag beigeschlossen waren neben anderen Unterlagen bzw. Dokumenten auch ein Auszug aus dem Gewerberегистер betreffend das Gewerbe „*Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit*“ (Gewerbeanmeldung 24.6.2004) und eine Bescheinigung des Gemeindeamtes für Sozialhilfe in K, dass das dortige Sozialamt keine Familienabgaben (Familienzuschlag) bezahlt.

Über Ersuchen des Finanzamtes wurden vom Bw. weiters mehrere inhaltlich gleichlautende schriftliche Aufträge seines Arbeitgebers, der Fa. OG (OG), St, betreffend die Durchführung von Bauhilfsarbeiten – Innenausbau, die bezughabenden Rechnungen des Bw. über die durchgeführten Arbeiten sowie die Einnahmen-Ausgaben-Rechnung 2005, die einen Gewinn iHv 7.230,55 € ausweist, vorgelegt.

Die Fakturen weisen als Leistungszeitraum jeweils einen Kalendermonat aus, der Rechnungsbetrag ist entweder als Pauschalbetrag ausgewiesen oder es erfolgt eine Verrechnung nach Stunden.

Mit Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf vom 24.5.2006 wurde der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Juni 2004 abgewiesen und begründend ausgeführt, dass gem. 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 zwar grundsätzlich Anspruch auf Familienleistung im "Beschäftigungsland" auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten, bestehe.

Die vom Bw. in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit stelle aber eine Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes dar. Auf Grund von umfangreichen Ermittlungen der Finanzverwaltung sei diese Tätigkeit als Dienstverhältnis zu beurteilen. Als neuer EU-Bürger habe der Bw. innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt. Die obige Verordnung sei daher nicht anwendbar.

In der gegen den Abweisungsbescheid erhobenen Berufung führte der Bw. aus, dass von „umfangreichen Ermittlungen“ der Finanzverwaltung keine Rede sein könne; ihm sei davon nichts bekannt.

Er habe seine selbständige Tätigkeit vor zwei Jahren legal und korrekt angefangen und völlig legal Gewerbescheine behördlich ausgestellt bekommen. Als selbständiger Unternehmer habe er zahlreiche Aufträge von privaten Kunden oder Unternehmen ausgeführt. Zwei Jahre hintereinander habe er Einkommensteuererklärungen abgegeben. Er stelle Rechnungen aus, habe Ausgaben, zahle regelmäßig SVA-Beiträge. Er empfinde es als persönliche Beleidigung, dass seine legale selbständige Tätigkeit als Unternehmer als „Umgehung“ des Ausländerbeschäftigungsgesetzes genannt werde. Er sei mehrmals von Finanzbeamten kontrolliert worden, während der Ausführung seiner Tätigkeit und auch im Finanzamt selbst. Alle Kontrollen hätten bestätigt, dass er Unternehmer sei.

In der Folge wurden vom Bw. im Rahmen einer persönlichen Vorsprache am 14. 9. 2006 im Finanzamt u.a. weitere vier Gewerberegisterauszüge (betreffend die Gewerbe „*Abdichter gegen Feuchtigkeit und Druckwasser, „Schwarzdecker“, „Verschließen von Bauwerksfugen mittels plastischer und dauerelastischer Kunststoffmassen und Kunststoffprofilen*“ sowie „*Aufstellen von mobilen Sichtschutzeinrichtungen für Toiletteanlagen, Umkleidekabinen und dergleichen durch einfaches Zusammenstecken oder Verschrauben fertig bezogener*

Bestandteile“), ein Fragebogen betreffend seine Tätigkeit, Bescheinigungen der Wiener Linien für den Vorsteuerabzug sowie weitere an die Fa. GO gerichtete Rechnungen vorgelegt.

Auch diese Fakturen enthalten entweder einen pauschalen Rechnungsbetrag oder eine Abrechnung nach Stunden und weisen als Leistungszeitraum jeweils einen Kalendermonat aus.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 30. Oktober 2006 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen und unter Verweis auf die maßgeblichen Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und des Ausländerbeschäftigungsgesetzes sowie nach allgemeinen rechtlichen Ausführungen zur gesetzlichen Regelung des § 47 Abs. 2 EStG 1988 zusammenfassend ausgeführt:

Im vorliegenden Fall sei 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 Auftragnehmer wird nur für einen einzigen Auftraggeber tätig
- Arbeitsort (Baustelle) wird vom Arbeitgeber vorgegeben
- Arbeitseinteilung und Arbeitseinsatz auf der Baustelle erfolgen über Anordnung des Auftraggebers
- Der Auftragnehmer besitzt vier verschiedene Gewerbescheine für nichtqualifizierte Tätigkeiten am Bau
- Aus den vorgelegten Abrechnungen geht hervor, dass ausschließlich Bauhilfsarbeiten getätigigt werden
- Der Auftragnehmer seinerseits beschäftigt keine Arbeitnehmer, bzw. bedient sich bei der Ausführung der Arbeiten keiner Hilfskräfte
- Das zu verarbeitende Material wird vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt bzw. notwendiges Kleinmaterial direkt an diesen verrechnet
- Das verwendete, selbst erworbene Werkzeug (Schleifmaschine, Wasserwaage etc.) ist geringfügig
- Der Auftragnehmer wird von seinem Auftraggeber stundenweise entlohnt oder „pauschal“ monatlich

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden Sachverhaltes und auf Grund der am 14.9.2006 erfolgten Erhebungen gehe eindeutig hervor, dass der Bw. nicht ein Werk, sondern - wie ein

Dienstnehmer - seine Arbeitskraft schulde bzw. dass der Bw. dem Willen des Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen sei, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall ist.

Es sei daher davon auszugehen, dass der Bw. seinem Arbeitgeber nur seine Arbeitskraft (für Bauhilfsarbeiten) zur Verfügung gestellt habe. Inwieweit sich die Art dieser Tätigkeit von jener eines Hilfsarbeiters eines mit solchen Arbeiten befassten Unternehmens unterscheiden sollte, sei an Hand des vorliegenden Sachverhaltes nicht zu erkennen.

Der Umstand, dass der Bw. einen Gewerbeschein besitzt, dass er sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet hat und dass er beim zuständigen Finanzamt um Vergabe einer Steuernummer angesucht hat, vermöge daran nichts zu ändern. Denn eine solche nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeutende Beschäftigung werde 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. VwGH vom 25. Oktober 1994, 90/14/0184, und vom 20.12.2000, 99/13/0223).

Es sei somit davon auszugehen, dass die Beschäftigung des Bw. nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist.

Eine solche Tätigkeit müsse 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 habe, folge daraus, dass er in Österreich eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer nicht ausübe und auch nicht von einer Beschäftigung iSd VO (EWG) Nr. 1408/71 ausgegangen werden könne.

Aus diesem Grund bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe für die beiden in Polen lebenden Kinder.

Im Vorlageantrag wurde vom Bw. der Argumentation des Finanzamtes wie folgt entgegengehalten:

- „einziger Auftraggeber“:

Er sei selbständiger Einzelunternehmer und arbeite alleine. Er hätte genug Aufträge von einem Arbeitgeber und keine Zeit, Aufträge von anderen zu erledigen

- „Arbeitsort wird vom Auftraggeber vorgegeben“:

Es sei doch selbstverständlich, dass im Zuge der Auftragsvergabe auch die Adresse, wo die Tätigkeit ausgeübt werden soll, bekannt gegeben werde. Wird zum Beispiel eine Installationsfirma beauftragt, werde auch der „Arbeitsort“ (Adresse) vorgegeben

- „Arbeitseinteilung und Arbeitseinsatz erfolgen über Anordnung des Auftraggebers“:

Diese Feststellung sei unrichtig. Er habe im Zuge des letzten Gespräches mit dem Finanzamt deutlich gesagt, dass er seine Arbeit selbst einteile, nachdem ihm der Kunde (oder Auftraggeber) seine Wünsche erklärt habe. Einem Installateur oder Elektriker müsse man auch sagen, was er reparieren soll und dann würde dieser die Arbeit selbstständig machen

- „Gewerbescheine“:

Er besitze nicht vier sondern fünf Gewerbescheine. Alle seien völlig legal von der zuständigen Behörde (Magistrat der Stadt Wien) ausgestellt. Wortlaut und Tätigkeiten dieser Gewerbescheine würden von Fachleuten verschiedener Behörden festgelegt und als völlig normale selbstständige Tätigkeiten offiziell bestätigt

- „.....ausschließlich Bauhilfsarbeiten getätigten werden“:

Er dürfe nur die in seinen Gewerbescheinen umschriebenen Tätigkeiten durchführen

- „Auftragnehmer beschäftigt keine Arbeitnehmer bzw. Hilfskräfte“:

Seit wann sei ein selbständiger Unternehmer in Österreich verpflichtet, Arbeitnehmer bzw. Hilfskräfte zu beschäftigen? Er sei Einzelunternehmer, arbeite alleine und müsse niemanden beschäftigen. Auch andere Einzelunternehmer in Österreich würden alleine arbeiten. Manche würden zwar auch Firmen (Gesellschaften) gründen, aber eine überwiegende Mehrheit arbeite alleine. Wenn sie Hilfe brauchen, würden Aufträge an andere Einzelunternehmer erteilt.

- „Material“:

Ein Haus werde nach den Wünschen des Kunden gebaut, dieser bestimme, welches Material er wünscht – nicht die ausführende Firma und schon gar nicht Klein- oder Einzelunternehmer. Großobjekte müssten das gleiche Aussehen haben und alle Firmen und Unternehmer, die auf dieser Baustelle arbeiten, müssten das akzeptieren. Es könne nicht jeder Subunternehmer mit eigenem Zement, eigener Spachtel oder eigenen Farben arbeiten. Es gebe aber auch (kleine) Baustellen, wo er eigenes Material einarbeite

- „Werkzeug“:

Jeder Handwerker besitze eigenes Werkzeug, meist sehr wenig. Er besitze sehr viele: Bohrmaschine, Schleifmaschine, Silikonpistolen, Stichsägen, Wasserwaage, Leiter, Schraubenzieher, Hammer, Spachteln, Messgeräte und andere Kleinwerkzeuge. Auch ein Schuster, Maler, Tapezierer etc. verwende nur ein paar Kleinwerkzeuge und niemand würde daran zweifeln, dass es genug sei.

- „Entlohnung pauschal oder stundenweise“:

Laut Gewerbeordnung gebe es keine andere erlaubte Entlohnung als für Regiestunden oder pauschal fürs Werk. Er sei kein Beamter, daher müsse er Rechnungen ausstellen mit der Art der Entlohnung

Weiters wurde vom Bw. eingewendet, dass die EU irgendwann eine Art von Europäischer Familie sein soll. Darum habe die EU die VO (EWG) Nr. 1408/77 eingeführt. Laut dieser VO habe er Anspruch auf Familienleistungen (Familienbeihilfe). In der Praxis versuche man jedoch alles, um diese VO zu umgehen. Offiziell und amtlich würden Gewerbescheine vergeben und selbständige Unternehmer zur Zahlung verschiedener Abgaben verpflichtet. Statt „schwarz“ zu arbeiten, hätten tausende Neue EU-Bürger offiziell und legal die Selbständigkeit gewählt, wodurch Millionen an Euro in die Staatskassen fließen. Die Gewährung der beantragten Familienbeihilfe werde aber den Unternehmern aus einem EU-Neuland verweigert. Will man eine Familie sein, müsse man sich doch zuerst um die Kinder (Zukunft) kümmern. Diese EU-VO sei in diesem Sinne verfasst worden. Jeder Euro Familienbeihilfe sei für eine gemeinsame europäische Zukunft – Kinder bestimmt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Der Bw. erbringt für die Fa. GO (Auftraggeber) diverse Bauhilfsarbeiten (Montage von Trennwänden, Verspachtelungsarbeiten etc.). Er besitzt insgesamt fünf Gewerbescheine für

nicht qualifizierte Tätigkeiten am Bau. Die durchgeführten Arbeiten werden entweder pauschal oder nach Stunden abgerechnet, der Abrechnungszeitraum umfasst jeweils einen Kalendermonat. Die mit dem Auftraggeber abgeschlossenen Verträge sind vollkommen gleichlautende schriftliche Auftragserteilungen betreffend die Durchführung von Bauhilfsarbeiten – Innenausbau. Der Bw. verfügt über diverses Kleinwerkzeug (Wasserwaage, Schraubenzieher, Stichsäge etc.) sowie eine Schleif- und eine Bohrmaschine und beschäftigt keine Mitarbeiter. Laut Angaben des Bw. hat er keine fixen Arbeitszeiten (diese „werden mit anderen Arbeitern abgesprochen“) und auch keinen Urlaubsanspruch. Das zu verarbeitende Material wird vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt bzw. notwendiges Kleinmaterial direkt an diesen verrechnet. Der Standort seines Gewerbes ist ident mit der Wohnadresse, wo dem Bw. von der Vermieterin ein Zimmer zur Verfügung gestellt wird.

Die Gattin des Bw. ist in Polen als Lehrerin tätig und in Polen sozialversichert. Die Kinder gehen in Polen zur Schule.

Gem. 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 österr 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.

Wie vom Finanzamt bereits in der Berufungsvorentscheidung zutreffend dargelegt wurde, hat Österreich mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, den Beitritt der neuen Mitgliedsstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreiheit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten wird im § 32a Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AusIBG) festgelegt, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs. 2 lit. l und m AusIBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (d.h. bis maximal 30.04.2011) weiterhin dem AusIBG. Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AusIBG.

Auf die maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, die in der Berufungsvorentscheidung zitiert wurden, wird in diesem Zusammenhang verwiesen. Ebenso wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die allgemeinen rechtlichen Ausführungen zur Bestimmung des § 47 Abs. 2 EStG 1988 des Finanzamtes verwiesen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Legaldefinition des § 47 Abs. 2 EStG zwei Kriterien erhält, die für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprechen, nämlich die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber und die organisatorische und zeitliche Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers. Es gibt jedoch Fälle, in denen beide Kriterien noch keine klare Abgrenzung zwischen einer selbstständig und einer nichtselbstständig ausgeübten Tätigkeit ermöglichen. Bei Vorliegen von Merkmalen, die für die Selbstständigkeit sprechen, und solchen, die der Annahme der Selbstständigkeit entgegenstehen, ist auf das Überwiegen abzustellen.

Der Verwaltungsgerichtshof zeigt in ständiger Rechtsprechung weitere Kriterien auf, die für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprechen. Dazu gehört insbesondere das Fehlen des für eine selbstständige Tätigkeit typischen Unternehmerrisikos. Dieses besteht darin, dass der Leistungserbringer die Möglichkeit hat, im Rahmen seiner Tätigkeit sowohl die Einnahmen- als auch die Ausgabenseite maßgeblich zu beeinflussen und solcherart den finanziellen Erfolg seiner Tätigkeit weitgehend zu gestalten. Wesentlich ist, ob den Steuerpflichtigen tatsächlich das Wagnis ins Gewicht fallender Einnahmenschwankungen trifft.

Die Tatsache, dass das EStG eine selbstständige Begriffsbestimmung enthält, was als Dienstverhältnis anzusehen ist, kann dazu führen, dass derselbe Sachverhalt im Steuerrecht einerseits und im bürgerlichen Recht oder Sozialversicherungsrecht oder Ausländerbeschäftigungsgesetz andererseits unterschiedlich zu beurteilen ist. Die in anderen Rechtsgebieten verwendeten Begriffe des "Arbeitnehmers" sind für das Einkommensteuerrecht somit nicht maßgebend, sondern können allenfalls ein Indiz für die

steuerliche Arbeitnehmereigenschaft darstellen. Diese unterschiedlichen Ergebnisse erkannte der VfGH jedoch nicht als unsachlich (vgl. das Erkenntnis vom 8.6.1985, B 488/80).

Einkünfte aus Gewerbebetrieb nach § 23 EStG sind solche aus einer selbstständigen, nachhaltigen Betätigung, die mit Gewinnerzielungsabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn die Betätigung weder als Ausübung der Land- und Forstwirtschaft noch als selbstständige Arbeit anzusehen ist.

Nicht entscheidend sind die von den Vertragspartnern gewählten Bezeichnungen einer Vereinbarung als Dienst- oder Werkvertrag bzw. der Vertragswille der Parteien, da die Besteuerung immer den tatsächlichen Umständen entsprechen muss und für die Beurteilung der Inhalt einer Tätigkeit entscheidend ist.

Maßgebend für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung als Dienst- oder Werkverhältnis wird daher stets das Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit sein, wobei auch der im Wirtschaftsleben üblichen Gestaltungsweise und der Verkehrsauffassung Gewicht beizumessen sind. Unter den dargestellten Gesichtspunkten ist das Gesamtbild einer Tätigkeit darauf zu untersuchen, ob die Merkmale der Selbstständigkeit oder jene der Unselbstständigkeit überwiegen.

Die Art der erbrachten Leistung ist grundsätzlich kein entscheidendes Abgrenzungskriterium zwischen selbstständiger und nichtselbstständiger Tätigkeit; zu prüfen und zu beurteilen ist alleine, wie die Tätigkeit tatsächlich ausgeübt wird (VwGH 10.4.1985, 83/13/0154).

Für den vorliegenden Fall ergeben sich damit folgende Überlegungen:

Dem Akteninhalt ist zu entnehmen, dass der Bw. ausschließlich für die Fa. GO, somit für einen einzigen Auftraggeber, nicht aber für eine unbegrenzte, oftmals wechselnde Zahl von Auftraggebern, wie dies bei einer typisch selbstständigen Tätigkeit der Fall wäre, tätig geworden ist. Zwar schließt das Tätigwerden für nur einen Auftraggeber das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit ebenso wenig von vornherein aus, wie eine nur kurz dauernde oder vorübergehende Beschäftigung ein Dienstverhältnis ausschließt. Im zu beurteilenden Fall spricht jedoch die Tätigkeit für einen einzigen Unternehmer – vor allem in Verbindung mit den nachstehenden Erwägungen – für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses.

Die vorgelegten „Aufträge“ enthalten keinerlei Angaben betreffend den tatsächlichen Umfang des Auftrages bzw. die konkrete Leistung, sie lauten lediglich auf die Übernahme von "Bauhilfsarbeiten - Innenausbau" ohne nähere Spezifikation. Als Auftragswerte finden sich Zirkaangaben (z.B. "Auftragswert ca. € 1.400,--" oder "ca. € 6.000,00"). Hinsichtlich der Abrechnungsform ist angeführt, dass die *"Abrechnung in Detail nach Beendigung aller Arbeiten"* erfolgen soll. Es sind keinerlei Termine angeführt, weder Angaben über den Beginn

der Tätigkeit noch Angaben über einen Fertigstellungstermin noch Angaben bezüglich einer Erfüllung der Arbeiten zu einer bestimmten Zeit oder in einer bestimmten Frist . Vereinbarungen hinsichtlich Haftung oder Pönale sind ebenfalls nicht enthalten. Aus den unpräzisen und wenigen Angaben in den vorliegenden "Aufträgen" ergeben sich daher keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei der Tätigkeit des Bw. um eine selbständige Tätigkeit handelt und nicht um eine übliche unselbständige Beschäftigung, nämlich ein Dienstverhältnis als Hilfsarbeiter.

Dazu kommt, dass die vom Bw. durchgeführten Arbeiten entweder mittels Pauschalbeträgen oder nach Stunden verrechnet wurden. Dem Vorbringen des Bw., dass nach der Gewerbeordnung keine andere Entlohnung als für Regiestunden oder pauschal fürs Werk erlaubt sei, wird entgegengehalten, dass keine einzelnen Werke abgerechnet wurden, die allenfalls unterschiedlich rasch oder geschickt zu erledigen gewesen wären, sondern es wurden – wie den vorgelegten Rechnungen zu entnehmen ist - jeweils monatlich "Bauhilfsarbeiten" in Rechnung gestellt.

Somit lassen weder die vorliegenden schriftlichen Aufträge noch die Rechnungen darauf schließen, dass der Bw. tatsächlich Einfluss auf die Gestaltung seiner Einnahmen nehmen konnte bzw. genommen hat. Es liegen keine Unterlagen, wie etwa eine Kalkulation der schließlich verrechneten Preise, vor.

Auf Grund des vorliegenden Sachverhaltes ist vielmehr davon auszugehen, dass der Bw. kein Unternehmerwagnis zu tragen hatte.

Beurteilt man die Tätigkeit des Bw. nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt, so ist davon auszugehen, dass es sich dabei in Wahrheit um sog. Hilfsarbeiten, nämlich einfache manipulative Tätigkeiten, wie sie auf Baustellen üblich sind, handelt, die keine besondere Ausbildung erfordern und bei denen der Gestaltungsspielraum des Ausführenden begrenzt ist. Dass der Bw. bei der Ausführung seiner Arbeiten an die in den Gewerbescheinen umschriebenen Tätigkeiten gebunden ist, vermag daran ebenso wenig zu ändern wie der Umstand, dass der Bw. insgesamt fünf Gewerbescheine besitzt.

Die seitens des Bw. dem Finanzamt übermittelte Einnahmen-Ausgaben-Rechnung für das Jahr 2005 enthält keine einzige der Vielzahl an Betriebsausgabenpositionen, wie sie im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit anfallen (bspw. Kosten eines betriebsbereiten Standortes, Fahrt/Transportkosten, Werbe/Akquisitionskosten, Personal/Materialkosten). Die geltend gemachten Betriebsausgaben beschränken sich – abgesehen von den Beiträgen der SVA und der Grundumlage der Wirtschaftskammer - auf die Aufwendungen für den Erwerb von Wochenkarten der ÖBB und Telefonkosten iHv 20,00 €.

Angesichts der genannten Umstände kann die vom Bw. behauptete Weisungsfreiheit bzw. organisatorische Selbständigkeit nur schwer nachvollzogen werden bzw. erscheint es in wirtschaftlicher Betrachtungsweise nur wenig wahrscheinlich, dass der Bw. – wie im Vorlageantrag eingewendet wird – tatsächlich 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, mag auch eine gewisse Eigenverantwortlichkeit im Bezug auf die Arbeitseinteilung durchaus gegeben gewesen sein. Dem Umstand, dass sich der Bw. laut seinen Angaben bei seiner Arbeit vertreten hätte lassen können, kann schon deswegen kein Gewicht beigemessen werden, weil diese Regelung, wie aus der Einnahmen- Ausgabenrechnung hervorgeht, tatsächlich nicht zum Tragen kam. Auch die für die Arbeit erforderlichen Materialien wurden – worauf schon das Finanzamt hingewiesen hat - vom Auftraggeber bzw. an der Baustelle zur Verfügung gestellt. Der Einwand, dass er kein eigenes Material verwenden dürfe, weil der Kunde (und nicht der Unternehmer) das Material bestimme und dieses deshalb zur Verfügung gestellt werde, ist ein weiterer Hinweis darauf, dass eine ausgabenseitige Beeinflussung der Einkünfte (etwa durch billigeren Materialeinkauf) für den Bw. gar nicht möglich war. Der Verwendung von eigenem Werkzeug, wie Wasserwaage, Schraubenzieher, Stichsäge, Schleif- oder Bohrmaschine kommt in diesem Zusammenhang keine entscheidende Bedeutung zu.

Dazu kommt, dass der Bw. keine eigenen Arbeitnehmer bzw. Hilfskräfte beschäftigt und dieser Umstand nach Auffassung des UFS insbesondere vor dem Hintergrund obiger Ausführungen bzw. im Zusammenhang mit den tatsächlichen Gegebenheiten ebenfalls für ein Dienstverhältnis spricht. Daran vermag auch der Einwand des Bw., dass die Beschäftigung eigener Arbeitskräfte nicht Voraussetzung für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit ist, nichts zu ändern, weil es eben auf das Gesamtbild des zu beurteilenden Sachverhaltes ankommt.

Aus diesem Gesamtbild ergibt sich für den vorliegenden Fall, dass jene Kriterien, die für die Annahme einer nicht selbständigen Tätigkeit und damit für ein Dienstverhältnis iSd § 47 EStG sprechen, überwiegen. Es ist daher davon auszugehen, dass der Bw. in Wahrheit über keinen Gewerbebetrieb mit entsprechenden Betriebsmitteln verfügt, sondern lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt und folglich dadurch in gleicher Weise dem Willen seines "Auftraggebers" unterworfen ist, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall wäre. Die dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Arbeitskraft betrifft Bauhilfsarbeiten, also Arbeiten wie sie in gleicher Weise üblicherweise im Rahmen eines Arbeitsvertrages verrichtet werden.

In Ansehung obiger Ausführungen kann daher der Schlussfolgerung des Finanzamtes, dass die Beschäftigung des Bw. nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu

qualifizieren ist und eine solche Tätigkeit den Vorschriften des AuslBG entsprechen muss, nicht mit Erfolg entgegengetreten werden.

Da es sich bei der Tätigkeit des Bw. um eine - bewilligungspflichtige - Beschäftigung iSd §§2 und 3 Abs. 2 AuslBG handelt und der Bw. die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme unbestritten ermaßen 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. Aus diesem Grund erübrigts sich auch eine weitere Auseinandersetzung sowohl mit dem Vorbringen des Bw. betreffend Sinn und Zweck der genannten Verordnung als auch hinsichtlich der allgemeinen rechtspolitischen Ausführungen zur Familienbeihilfe.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 4. Juni 2008