



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des KP, 1170, vertreten durch Siart + Team Treuhand GmbH, 1160 Wien, Enenkelstr.26, vom 3. September 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 8/16/17, vertreten durch Amtsdirektor Eckhard Mold, vom 3. August 2007 betreffend Familienbeihilfe 2004 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Mit Eingabe vom 9.11.2005, beantragte der Berufungswerber (Bw.) für den Zeitraum ab Juni 2004 die Zuerkennung der Familienbeihilfe für seine in Polen lebenden minderjährigen Kinder K und J.

Einer behördlichen Abfrage beim Zentralen Melderegister zufolge war der Bw. im berufsgegenständlichen Zeitraum vom 22.4.2004 – 29.5.2006 in 1150, und seit dem 29.5.2006 in 1170 gemeldet.

Dem Antrag beigegeben waren folgende Unterlagen:

- Eine Meldeamtsbestätigung
- gekürzte Abschrift der Heiratsurkunde des Bw.
- gekürzte Abschrift der Geburtsurkunde J
- gekürzte Abschrift der Geburtsurkunde K

ein Auszug aus dem Gewerberegister betreffend das Gewerbe "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit" mit dem Standort 1150 vom 17.6.2004.

Bestätigung des Gymnasiums in W, dass J die 3. Klasse nämlicher Schule besucht

Bestätigung der Universität KR, dass K Hörerin des 1. Jahres der Fakultät Kultur- und Filmwissenschaft (im Abendstudium) ist.

Eine Familienstandsbescheinigung, dergemäß die beiden Töchter im gemeinsamen Haushalt mit den Eltern wohnen und die Mutter während der Zeit vom 1.7.2004 bis 31.8.2006 (=Zeitpunkt der Ausstellung der Bescheinigung) berufstätig war, jedoch keinen Antrag auf Familienleistungen gestellt hat.

Aufgrund des Ersuchens des Finanzamtes vom 11.8.2006 gab der Bw. bekannt, dass seine Tochter deshalb das Abendstudium besuche, weil sie für das Tagesstudium keinen Platz erhalten habe. Der beigelegten Bestätigung vom 17.7.2006 ist zu entnehmen, dass sich K im 2. Studienjahr des Fernstudiums befindet. Bestätigungen über absolvierte Prüfungen wurden ebenfalls übermittelt.

Dem Ersuchen des Finanzamtes vom 5.9.2006 persönlich unter Mitnahme sämtlicher Auftragsbestätigungen, Werkverträge und Ausgangsrechnungen ab dem Jahr 2006, der Anmeldung zur Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft samt Zahlungsnachweis und dem Mietvertrag, d.a. vorzusprechen leistete der Bw. keine Folge.

Am 16.5.2007 übermittelte er jedoch einen Jahresabschluss und Steuererklärungen betreffend das Jahr 2006, demgemäß er **3.948,99 € Einkünfte** aus Gewerbebetrieb (ohne pauschalierte Einkünfte) bezogen hat. Der Erklärung ist weiters zu entnehmen, dass er u.a. 1216,46 € für Material, 1.150,- € für anteilige Miete und 156,75 € für Essen aufgewendet hat.

Für die Zeiträume 9.5. – 20.5 und 20.6. – 8.7.2005, 16.1. – 10.2 und 3.4. – 23. 6 2006 gingen beim Finanzamt Lohnzettel der Fa Z ein.

Dem Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung vom 14.7.2007 ist zu entnehmen, dass der Bw. vom 1.6.2004 bis 31.12.2005 als gewerblich selbständig Erwerbstätiger SVA d.GW. LSt Wien und seit 16.6.2004 KV-PfIVers § 2/1/1 - § 2/1/3 GSVG SachL SVA d gewerblichen Wirtschaft gemeldet ist:

Vom 1.2.2006 – 28.2.2006 gewerbl. selbständig Erwerbstätiger

Vom 1.4.2006 – 30.6.2006 gewerbl. selbständig Erwerbstätiger

Vom 1.5.2006 – 30.6.2006 nicht bezahlte Beiträge BSVG, GSVG, FSVG

Vom 1.11.2006 – 31.12.2006 gewerbl. selbständig Erwerbstätiger

Vom 1.11.2006 – 31.12.2006 nicht bezahlte Beiträge BSVG, GSVG, FSVG

Vom 1.2.2007 – laufend gewerbl. selbständig Erwerbstätiger

Vom 1.2.2007 – laufend nicht bezahlte Beiträge BSVG, GSVG, FSVG

Am 24.7.2007 ersuchte das FA den Bw zwecks Klärung seiner Tätigkeit sämtliche Aufzeichnungen betreffend seine Tätigkeit in den Jahren 2004, 2005 und 2007, sowie die Beschäftigungsbewilligung hinsichtlich der Tätigkeit bei der Fa Z vorzulegen.

Da der Bw. auch diesem Ersuchen nicht nachkam erließ das Finanzamt am 3.8.2007 einen abweisenden Bescheid betreffend die Familienbeihilfe ab Juni 2004 und führte darin begründend aus.

„In Anwendung der EU-Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und 574/72 ist derjenige Staat zur Zahlung der Familienleistungen verpflichtet, in dem ein Elternteil selbständig oder nichtselbständig erwerbstätig ist, und zwar auch dann, wenn die Familie ständig in einem anderen Vertragsstaat lebt. Arbeiten beide Elternteile in verschiedenen Staaten, ist der Staat vorrangig zur Leistung verpflichtet, in dem sich der Familienwohnsitz befindet,

Nach den Vorgaben des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes ist etwa die Ausübung einer selbständigen (gewerblichen) oder zulässigen unselbständigen Tätigkeit Grundlage für eine rechtmäßige Niederlassung in Österreich und damit iVm § 3 FLAG 1967 Basis des oa Anspruches auf Familienleistungen. Im gegenständlichen Fall wird der Beihilfenanspruch konkret aus der vorgeblich selbständigen bzw. gewerblichen Tätigkeit abgeleitet.

Für die Beurteilung der eingewandten Tätigkeit als eine nach den Vorgaben des § 2 Abs. 2 AusIBG bewilligungspflichtige oder nicht bewilligungspflichtige Beschäftigung ist inhaltlich der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform der Tätigkeit maßgebend. Das Faktum der Ausstellung eines Gewerbescheins legt nicht von vornherein fest, dass jede nach dem Ausstellungszeitpunkt ausgeübte Handlung oder Tätigkeit unabhängig von jenen Sachverhalten, an denen sich ebendiese Beschäftigung manifestiert gleichsam automatisch als unternehmerisch zu qualifizieren oder einer betrieblichen Sphäre zuzuordnen ist.

Zwecks Festlegung der für die Beurteilung Ihrer Tätigkeiten maßgeblichen Sachverhalte bzw. Abklärung, ob dafür nach den faktischen Umständen der Beschäftigung eine Berechtigung zur Arbeitsaufnahme erforderlich war (ist), wurde um Vorsprache ersucht, der jedoch nicht nachgekommen wurde, so dass nicht festgestellt werden konnte, dass eine den Beihilfenanspruch begründende Beschäftigung vorliegt.

Gegen diesen Bescheid brachte der Bw. am 4.9.2007 durch seine steuerliche Vertretung **Berufung** ein. Er beantrage die Aufhebung des angefochtenen Bescheides sowie die

Zuerkennung der Familienbeihilfe für seine beiden Kinder J und K ab Juni 2004. Im Falle der Vorlage des Rechtsmittels beantrage er die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung vor dem gesamten Berufungssenat.

Der Berufung beigelegt war ein Konvolut von Rechnungen. Empfänger waren die Firmen U, Z, BS, M und C.

Am 12.12.2007 übermittelte die steuerliche Vertretung des Bw. dem Finanzamt einen **Schriftsatz**, in dem er erklärte, dass die in den Jahren 2004 – 2007 gelegten Rechnungen und eine Aufzeichnung der Einnahmen schon vorgelegt worden seien. Eine Aufzeichnung der Ausgaben sei nicht erforderlich, da von der Regelung des Pauschales gem. § 17 Abs. 1 EStG 1988 Gebrauch gemacht werde. Der Bw. habe keine Dienstnehmer beschäftigt, es lägen weder schriftliche Auftragsbestätigungen noch Werkverträge vor. Da es sich um ein selbständiges Unternehmen handle, wäre eine Beschäftigungsbewilligung nicht erforderlich.

Beigelegt war ein Aktenvermerk demgemäß der Bw. eine Bohrmaschine, Mischer, div. Leitern, Spachteln und Kellen selbst angeschafft habe. Er arbeite für verschiedene Auftraggeber. Aufgrund seiner geringen finanziellen Mittel würden seine Auftraggeber jedoch das benötigte Material vorfinanzieren. Im Jahre 2007 habe der Bw. infolge einer Erkrankung einige Monate nicht gearbeitet. Die restlichen Rechnungen für 2007 würden noch erstellt werden.

In der Folge wechselte der Bw. seine steuerliche Vertretung und teilte sein nunmehriger steuerlicher Vertreter Hr. Mag. Siart am 21.1.2008 dem Finanzamt mit, dass seiner Ansicht nach zweifelsfrei eine gewerbliche Tätigkeit vorliege.

In einem Rückruf vom 22.1.2008 teilte der Vertreter des Finanzamtes Hrn. Mag. Siart mit, dass für die Jahre 2004, 2005 und 2006 Lohnzettel der Fa Z als Ergebnis einer GPLA-Prüfung beim Finanzamt aufliegen würden. Hr. Mag. Siart wendete ein, dass mit dieser Firma Werkverträge abgeschlossen worden seien.

Gemäß der am 21.2.2008 erteilten Auskunft der Fa. U wurden die zu erbringenden Leistungen in einem Vertrag festgelegt und wären die Arbeiten durch den Bw. selbständig zu erbringen, wobei diese jedoch, ebenso wie der Arbeitsfortgang bzw. die Arbeitsqualität vom Baustellenleiter kontrolliert würden. Einen Krankheitsfall habe es bis dato nicht gegeben. Die Rekrutierung der Handwerker erfolge über Hörensagen.

Hr. T von der Fa. CT teilte anlässlich eines Telefongesprächs vom 21.2.2008 mit, dass die „Gewerbetreibenden“ über Hörensagen angestellt würden. Es würden nur mündliche Vereinbarungen getroffen, dahingehend, dass im Haus XY von xx bis xx bestimmte Arbeiten zu erbringen seien. Der „Gewerbetreibende“ fahre in der Folge zu der Adresse und bekomme dort seine Arbeit zugewiesen. Die Bezahlung erfolge entweder pauschal oder nach Stunden.

Ein Aussuchen der Arbeitszeit sei beschränkt – vergleichbar mit Gleitzeit - möglich. Der „Gewerbetreibende“ könne sich im Krankheitsfall vertreten lassen, wenn nicht, führe der Arbeitgeber die Arbeiten selbst durch.

Den vorgelegten Rechnungen ist zu entnehmen, dass immer ein Pauschalentgelt ausgewiesen wurde, wobei die Rechnung nach Abschluss der jeweiligen Arbeit ausgestellt worden sei und der Bw. das Geld in bar bekommen habe.

Eine über die bloße Arbeitsverrichtung hinausgehende Leistung, die auch diesbezüglich erforderliche Materialien beinhaltete, konnte nicht festgestellt werden.

Am 12.3. 2008 wurde der Bw. ersucht nähere Auskünfte bezüglich seiner Arbeitsverhältnisse zu machen, sowie bekannt zu geben welche Tätigkeit er während der Zeiten in denen er nicht versichert war entfaltet, bzw. an welchem Ort er sich während dieser Zeit aufgehalten habe und seine Angaben zu belegen. Darüber hinaus sollte er angeben wovon er seinen Lebensunterhalt bestritten habe, ob seine Tochter K neben dem Abend/Fernstudium gearbeitet habe und ob seine Gattin nach wie vor beschäftigt sei.

Nach Bekanntgabe, dass der Bw. nunmehr steuerlich vertreten sei, wurde o.a. Vorhalt an den ausgewiesenen Vertreter zugestellt.

Der an den Bw. gerichtete eingeschriebene Brief wurde durch die Post an die Abgabenbehörde zweiter Instanz retourniert. Eine Befragung des zuständigen Zustellorgans ergab, dass für den Bw ein Nachsendeauftrag nach Niederösterreich bestanden habe, dieser jedoch abgelaufen sei. An den Bw. gerichtete Schriftstücke würden nicht regelmäßig behoben. Es würde eine Vielzahl von Namen ausländischer Mitbürger an dieser Abgabestelle angeführt sein.

Am 15.5.2008 teilte der steuerliche Vertreter des Bw. u.a. mit, dass im Berufungsverfahren der Fa. Z entschieden worden sei und die Bescheide aufgehoben worden seien.

Die Unternehmensunterlagen des Bw. würden an dessen Wohnsitz aufbewahrt werden. Dieser beschäftige keine Arbeitnehmer.

Der Bw. habe in Polen Geschichte studiert und sei dort als Lehrer tätig gewesen. Er sei durchgehend bei der SVA pflichtversichert und habe sich nur während einer Krankheit in Polen aufgehalten. Seinen Lebensunterhalt bestreite er aus eigenen Einkünften und aus der Unterstützung seiner **in Polen lebenden Gattin, die in einem aufrechten Dienstverhältnis stehe.**

Am 19.5.2008 übermittelte der steuerliche Vertreter Übersetzungen der Universität Ja, denengemäß K, die Aufnahmeprüfung nicht positiv absolviert habe und deshalb nur zum Fernstudium zugelassen worden sei.

Am 23.9.2008 bot der UFS dem Bw. Gelegenheit zu Stellungnahme, dass er an der von ihm als Hauptwohnsitz angegebenen Adresse 1150 völlig unbekannt sei und bei der nunmehrigen Adresse Wien 1170 dem Hausbesorger unbekannt sei. Den Angaben des Hauseigentümers zufolge sei die Wohnung top 15 während der Zusammenlegung mit top 16 unbewohnbar gewesen. Die Bauarbeiten im Haus seien von der Fa. SW durchgeführt worden und dürfte diese einen Hrn. KP beschäftigt haben. Der Firmeninhaber habe sich auch bei ihm erkundigt, ob er Hrn KP kurzfristig anmelden dürfe und hätte dieser in der nunmehrigen Hauswartwohnung top 4 gewohnt. Der UFS hätte jedoch nicht feststellen können, dass der Bw. jemals für die Fa. S gearbeitet habe und hat dies der Bw. auch nicht angegeben.

Weiters ersuchte der UFS den steuerlichen Vertreter des Bw. einen Nachweis zu erbringen, dass der Bw. in Polen keiner Beschäftigung nachgehe.

In Beantwortung dieses Schreibens teilte der Bw. lediglich mit, dass er unter der angeführten Adresse weiterhin aufrecht gemeldet sei. Dass er von den anderen Hausbewohnern nur gelegentlich gesehen worden sei liege an den geänderten Lebensgewohnheiten der heutigen Zeit, lasse jedoch nicht den Schluss zu, dass er nicht in Österreich aufhältig sei.

Einen Nachweis, dass er in Polen keiner Beschäftigung nachgehe brachte er nicht bei.

Mit Schreiben vom 2.10.2008 zog der steuerliche Vertreter des Bw. seinen Antrag auf Abhaltung einer mündlichen Berufungsverhandlung vor dem gesamten Berufungssenat zurück.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Der Bw. stellte den Antrag auf Familienbeihilfe im Juni 2004. Aufgrund der vorgelegten Unterlagen und der Angaben des Bw. wurde festgestellt, dass sowohl die Gattin, als auch die Kinder des Bw. in Polen leben und seine Gattin ab dem 1.7.2004 bis dato in Polen als Lehrerin arbeitet.

Da die Gattin des Bw, wie oben festgestellt, in Polen arbeitet und wohnt hat diese einen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Die Gewerbeanmeldung des Bw. erfolgte am 16. 6 2004, der Standort des Gewerbes ist 1150.

Gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß Art. 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern iVm der Durchführungsverordnung (EWG)

Nr. 574/72 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnen.

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

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

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

Da der Bw. als polnischer Staatsangehöriger infolge des Beitritts Polens zur Europäischen Union mit 1. Mai 2004 vom persönlichen Geltungsbereich der genannten Verordnung erfasst ist, besteht somit grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten.

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl. I Nr. 28/2004, hat Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Österreich kann Übergangsbestimmungen hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit für die neuen EU-Bürger für maximal sieben Jahre einführen. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten (mit Ausnahme Maltas und Zyperns) wird im § 32a Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs. 2 lit. I AuslBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (dh bis maximal 30. April 2011) weiterhin dem AuslBG.

Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

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

"Begriffsbestimmungen

§ 2 Abs. 2: Als Beschäftigung gilt die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,
- c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,
- d) nach den Bestimmungen des § 18 oder
- e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

Abs. 4: Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern

§ 3 Abs. 2: Ein Ausländer darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, eine Beschäftigung nur antreten und ausüben, wenn für ihn eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn er eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt."

Gemäß § 47 Abs. 2 EStG 1988 liegt ein Dienstverhältnis vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet.

Dies ist der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht, oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist. Nach gängiger Rechtssprechung (VwGH 19.12.1990, 89/13/0131; VwGH 20.12.2000, 99/13/0223; VwGH 24.9.2003, 2000/13/0182) ist bei der Beurteilung, ob ein steuerliches Dienstverhältnis besteht, vom tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt der Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern auszugehen. Maßgebend sind weder die Bezeichnung noch subjektive Gesichtspunkte, sondern ausschließlich die objektiven Umstände (VwGH 18.10. 1989, 88/13/0185).

Das sachliche Weisungsrecht ist auf den Arbeitserfolg gerichtet, während das für die Arbeitnehmereigenschaft sprechende persönliche Weisungsrecht einen Zustand wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit fordert. Die persönlichen Weisungen sind auf den zweckmäßigen Einsatz der Arbeitskraft gerichtet und dafür charakteristisch, dass der Arbeitnehmer nicht die Ausführung einzelner Arbeiten verspricht, sondern seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt (VwGH 21.12.1993, 90/14/0103; VwGH 23.5.2000, 97/14/0167; VwGH 20.12.2000, 99/13/0223). So nimmt das persönliche Weisungsrecht des Arbeitgebers etwa auf die Art der Ausführung der Arbeit, die Zweckmäßigkeit des Einsatzes der Arbeitsmittel, die



zeitliche Koordination der zu verrichtenden Arbeiten, die Vorgabe des Arbeitsortes usw. Einfluss.

Die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus ist im Sinne einer Abhängigkeit vom Auftraggeber zu verstehen (VwGH 21.12.1993, 90/14/0103). Sie zeigt sich u.a. in der Vorgabe von Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsmittel durch den Auftraggeber sowie die unmittelbare Einbindung der Tätigkeit in betriebliche Abläufe des Arbeitgebers. Ein Tätigwerden nach den jeweiligen zeitlichen Gegebenheiten bringt eine Eingliederung in den Unternehmensorganismus zum Ausdruck, was dem Vorliegen eines Werkverhältnisses zuwider läuft (VwGH 15.9.1999, 97/13/0164).

Eine Entlohnung, die sich ausschließlich am wirtschaftlichen Erfolg bzw. Arbeitsergebnis orientiert (Akkordlohn, Provisionen), ist für einen Arbeitnehmer eher selten, kommt aber im Wirtschaftsleben vor. Sie begründet dann kein Unternehmerwagnis, wenn die mit der Tätigkeit verbundenen Kosten unmittelbar vom Auftraggeber getragen werden, und wenn diesem gegenüber ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis besteht (VwGH 9.11.1994, 93/13/0310).

Das an sich für eine selbständig ausgeübte Tätigkeit sprechende Merkmal des Unternehmerrisikos kann in gewissem Maße auch auf Dienstverhältnisse zutreffen, etwa wenn der Arbeitnehmer in Form von Provisionen oder Umsatzbeteiligungen am wirtschaftlichen Erfolg seines Arbeitgebers beteiligt ist (VwGH 25.10.1994, 90/14/0184).

Eine Kontrolle des Auftraggebers hinsichtlich Art, Ort und Zeit der Beschäftigung spricht für Nichtselbständigkeit.

Wenn ein Auftragnehmer sich bei seiner Arbeitsleistung vertreten lassen kann und das Bestimmungsrecht darüber nicht dem Auftraggeber zusteht, sondern im Belieben des Auftragnehmers liegt, ist in der Regel ein Werkvertragsverhältnis anzunehmen (VwGH 16.2.1994, 92/13/0149; VwGH 23.5.2000, 97/14/0167). Allerdings ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise darauf Bedacht zu nehmen, dass es sich bei der Vertretungsmöglichkeit nicht bloß um eine formale Vereinbarung, sondern um eine der üblichen Gestaltung im Wirtschaftsleben entsprechende tatsächliche Vertretungsmöglichkeit handeln muss (VwGH 5.10.1994, 92/15/0230).

Es kommt nicht darauf an, wie eine Tätigkeit bezeichnet wird, bzw. wie sich die äußere Erscheinungsform der Betätigung darstellt, sondern darauf, welche Betätigung nach dem wirtschaftlichen Gehalt vorliegt. Es ist somit das Gesamtbild der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse ausschlaggebend.

Im vorliegenden Fall ist aus nachstehenden Erwägungen davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit des Bw. nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische unselbständige Beschäftigung als Hilfsarbeiter auf einer Baustelle darstellt:

Standort des Gewerbes ist ein ehemaliger Wohnsitz des Bw., der auch anderen ausländischen Bürgern als Wohnsitz dient. Eine Ummeldung an eine andere Adresse, anlässlich der Abmeldung des Bw. von dieser Anschrift, erfolgte nicht.

Das dem angemeldeten Gewerbe eine Betriebsstruktur zugrunde liegt ist nicht zu erkennen. Aus dem Inhalt der Einnahmen/Ausgaben-Rechnung 2006 ist zu schließen, dass der Bw. keine Arbeitnehmer beschäftigte und sich bei den Arbeiten nicht vertreten ließ. Diesbezügliche Behauptungen hat er auch nie aufgestellt.

Bezüglich der Werkverträge wird festgehalten, dass der Bw. am 12.12.2007 mitteilte, dass keine vorlägen. Am 21.1.2008 teilte der neue steuerliche Vertreter hingegen mit, dass mit der Fa. Z ein Subunternehmervertrag abgeschlossen worden sei. Am 2.4.2008 wurde letztlich ein Werkvertrag, datiert mit 2.5.2005 mit der angeführten Fa. für den Zeitraum 2.5.2005 – 14.5.2005 vorgelegt, sowie 2 Subverträge mit der Fa. U vom 18.10.2006 für Arbeiten vom 23.10.2006 – 27.11.2006 und vom 8.1.2007 für Arbeiten vom 10.1.2007 bis 15.2.2007 wobei ein Vertrag auf die Adresse 3002, und andere diverse Baustellen lautete.

Den vorgelegten Subverträgen ist nicht zu entnehmen inwieweit die geforderten Voraussetzungen für ein selbständiges Unternehmen des Bw. erfüllt sind. So enthalten die beiden zuletzt angeführten lediglich einen Zeitraum und in einem Fall die Adresse des Bauprojekts.

Auch den vom Bw. nachgereichten Leistungsdokumentationen sind keine Hinweise dahingehend zu entnehmen inwieweit die Arbeit als „selbständig“ zu qualifizieren sind.

Nachfolgende Rechnungen wurden vom Bw. vorgelegt.

Arbeiten	Rechnungsdatum /Postleitzahl	Leistungszeitraum
Bauschutt und Parkett entsorgen	11.11.04	keiner
Verspachteln von Gipskartonplatten	5.11.04	keiner
Pauschale Verspachteln	21.12.05 – Sportplatz	keiner
Pauschale Verspachteln	21.12.05 –1170	keiner

Stiegenhaus Spachteln	23.10.05 –1180	keiner
Pauschale Verspachteln	14.10.05 –1030	keiner
Pauschale Verspachteln	9.9.05 –1210	keiner
Pauschale Verspachteln	22.8.05 –1120	keiner
Regiestunden 22x60	keines –1230	keiner
Verspachteln	keines - Wien 23	keiner
Regiestunden 22 x 30	10.1.05 - Wien 14	keiner
Pauschale Verspachteln	22.12.06	keiner
Pauschale Verspachteln	27.11.06	keiner
Pauschale Verspachteln	29.6.06 – 2391	keiner
Pauschale Verspachteln	8.6.06 – 2391	keiner
Pauschale Verspachteln	19.5.06 – 2391	keiner
Pauschale Verspachteln	28.4.06 – 2340	keiner
Pauschale Verspachteln	23.2.06 – 3130	keiner

Festzuhalten ist somit, dass keine der Rechnungen einen Leistungszeitraum beinhaltet.

Lediglich der Leistungsdokumentation ist zu entnehmen, wann der Kunde die Fertigstellung verlangte. Der Leistungsinhalt wurde i.a. mit *"Verspachteln"* angegeben.

Mit 2 Ausnahmen ist nicht erkennbar wie der Rechnungsbetrag ermittelt wurde, da immer nur Pauschalpreise verlangt wurden.

Werden Bauhilfsarbeiten erbracht und aus dieser Tätigkeit mangels sonstiger Betätigung lediglich Umsätze in Höhe von 4.768,80 € im Jahr 2004; 10.869,-€ im Jahr 2005 und 10.280,- € im Jahr 2006 (Einnahmen :3.948,99€) jährlich erzielt, so lässt eine solche Betätigung nicht - wie angegeben - auf *"eine selbständige Tätigkeit als Einzelunternehmer"* schließen.

Erst im Jahr 2006 kam es zu einer (nachfolgend jedoch stornierten) Meldung gemäß § 84 Abs. 1 EStG 1988 über den Betrag von € 3.253,66 ohne Lohnsteuerabzug in der Zeit von 1. bis 30. November 2006,

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

Bezüglich dieser Betätigungen ist zu sagen, dass ins Treffen geführt wurde, dass der Bw., Material selbst beschaffe. Mit diesem Vorbringen setzte sich der Bw. jedoch in Widerspruch zu den Einnahmen/Ausgaben-Rechnung des Jahres 2006, in welcher nur geringfügige Materialaufwendungen ausgewiesen sind; und dem Subunternehmervertrag mit der Fa Z, in dem Unter Pkt 6 festgehalten wird, dass die Erstanlieferung der Materialien durch die Firma erfolge.

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

Die vom Bw. zu erbringenden Leistungen wurden hinsichtlich Arbeitsort (auf welcher Baustelle er zu arbeiten hat), Arbeitseinsatz (wo auf der Baustelle er zu arbeiten hat) und Arbeitseinteilung (welche Arbeiten er ausüben solle) werden ausschließlich vom Auftraggeber festgelegt. Dass der Bw. sich diese aussuchen konnte wurde nie behauptet.

Feststellungen bezüglich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität konnten mangels Angaben des Bw. nicht getroffen werden. Lt. Auskunft der Fa U waren die die Arbeiten durch den Bw, selbstständig zu erbringen, wobei jedoch die zu erbringenden Leistungen festgelegt worden seien und Arbeitsfortgang und Qualität vom Baustellenleiter kontrolliert worden sei.

Der Auskunft der Fa. CT gemäß habe sich der Auftragnehmer an der angeführten Adresse zu melden und bekomme dort seine Arbeit zugewiesen. Eine freie Zeitauswahl sei nur im Rahmen von „Gleitzeit“ möglich.

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

Die dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Arbeitskraft betraferspachtelungsarbeiten. (aber auch andere Arbeiten), also Arbeiten, wie sie in gleicher Weise üblicherweise im Rahmen eines Arbeitsvertrages verrichtet werden. Inwieweit sich die Art der Tätigkeit von jener eines (Hilfs)Arbeiters, eines mit solchen Arbeiten befassten Unternehmens unterscheiden sollte, ist anhand des vorliegenden Sachverhaltes - insbesondere unter Bedachtnahme auf die Ausgaben laut Einnahmen/Ausgaben-Rechnung - nicht zu erkennen.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten:

Die vom Bw. zu erbringenden durchzuführenden Arbeiten werden ausschließlich vom Arbeitgeber vorgegeben

Arbeitsort (Baustelle) wird vom Arbeitgeber vorgegeben

Arbeitseinteilung und Arbeitsplatz auf der Baustelle erfolgen über Anordnung des Auftraggebers bzw. des jeweiligen Vorarbeiters der Baustelle

Der Bw. wird hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität vom Auftraggeber kontrolliert

Der Bw. beschäftigt seinerseits keine Arbeitnehmer und bedient sich bei der Ausführung der Arbeiten keiner Hilfskräfte

Der Bw. hat bei Krankheit oder Urlaub eine Meldung an den Auftraggeber zu verfassen.

Hinsichtlich des Verweises der steuerlichen Vertretung des Bw., dass im Berufungsverfahren der Fa Z die Tätigkeit des Bw. als gewerblich eingestuft worden sei, ist festzuhalten, dass diesbezügliche Feststellungen und Beurteilungen immer im jeweiligen Verfahren zu treffen sind und ergo dessen eine gegebenenfalls andere Beurteilung in einem anderen Verfahren für die gegenständliche Berufung ohne Bedeutung ist.

Aus dem Umstand, dass sich der Bw. zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet hat ist für den Bw. nichts zu gewinnen. (Auch hat das Finanzamt festgestellt, dass er zumindest im Jahr 2006 und 2007 keine Beiträge geleistet hat.).

Steuererklärungen hat der Bw. mangels überschreiten der Grenzen des § 42 Abs. 1 Z 3 EStG 1988 nicht gelegt.

Eine nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeutende Beschäftigung wird nicht dadurch zu einer selbständigen Tätigkeit, dass die Formalvoraussetzungen vorliegen, sind doch nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung als Dienstverhältnis nicht die vertraglichen Abmachungen maßgebend, sondern wie bereits ausgeführt, stets das tatsächlich verwirklichte Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit, wobei auch der im Wirtschaftsleben üblichen Gestaltungsweise Gewicht beizumessen ist (vgl. die bereits zitierten Erkenntnisse des VwGH vom 25.10.1994, 90/14/0184, und vom 20.12.2000, 99/13/0223).

Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass die Tätigkeit des Bw. - größtenteils Verspachteln von Gipskartonplatten - nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist.

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

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

Der Bw. hat demnach mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung keinen Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Gewährung einer Differenzzahlung für seine in Polen lebenden Kinder.

Es besteht daher kein Anspruch auf Familienbeihilfe

Über diese Feststellungen hinausgehend gelangte der UFS aufgrund der im ersten Teil der BE dargestellten Ermittlungsergebnisse des Finanzamtes an den vom Bw. als Hauptwohnsitz angegebenen Adressen, an denen dieser auch hauptgemeldet war/ist zu der Überzeugung, dass der Bw. seinen Hauptwohnsitz in Polen hat und sich in Österreich nur gelegentlich für kurzfristige Zeiträume, und zwar zur Arbeitsverrichtung, aufhalte. Dafür spricht auch die Tatsache, dass der Bw. keinen Nachweis erbringen konnte, dass er in Polen nicht beschäftigt war.

Für diese Annahme sprechen auch die geringfügigen Einkünfte des Bw., die nicht ausreichen um die Lebensführungskosten zu decken. So gibt der Bw. in der Vorhaltsbeantwortung vom 15.5.2008 an, dass er von der Unterstützung seiner in Polen lebenden Gattin lebe. Dies widerspricht aber jeglicher Lebenserfahrung, da die Lebenshaltungskosten in Österreich wesentlich höher sind als jene in Polen. Mag zwar eine kurzfristige Unterstützung denkbar sein, so ist demgegenüber eine langjährige als außerhalb jener Lebenserfahrung liegend zu qualifizieren.

Auch der lange Aufenthalt in Polen aufgrund einer Erkrankung spricht dafür, dass der Bw. bei seiner Familie lebt.

Der UFS gelangte somit zu der Überzeugung, dass sich der Bw. überwiegend in Polen aufhält.

Verfügt der Bw. jedoch über Wohnsitze in mehreren Staaten, ist derjenige Staat zu Zahlung der Familienbeihilfe verpflichtet, wo sich der Lebensmittelpunkt befindet. Dies ist nach reiflicher Überlegung im Berufungsfall Polen. Die Gewährung der Familienbeihilfe ist daher auch aus diesem Grund zu versagen.

Wien, am 19. Jänner 2009