



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des D. Bw., Montage von mobilen Trennwänden, 1120 Wien, X.Gasse 18/15, vom 7. Juli 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf, vom 9. Juni 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. Juli 2005 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) beantragte Familienbeihilfe für ein am 1. Juli 2005 geborenes Kind. In der Erklärung gab der Bw. als Datum der Einreise nach Österreich den 16.11.2004 an. Als Wohnort nannte er eine Adresse im 12. Wiener Gemeindebezirk, als Familienwohntort wird eine Adresse in Polen angeführt. Die Gattin sei arbeitslos. Laut Melderegisterabfrage handle es sich bei der Wiener Wohnung um einen Nebenwohnsitz. Aus dem aktenkundigen Daten aus dem Zentralen Melderegister ist ersichtlich, dass der Bw. zuvor (ab 21. April 2004 bis 22. Februar 2005) an 2 weiteren Adressen im 16. Wiener Gemeindebezirk gemeldet war. Beim ersten Unterkunftgeber handelt es sich um eine Fa. M K.

Laut einem Auszug aus dem Gewerbeverzeichnis wurde für den Bw. folgendes Gewerbe eingetragen:

„Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilstücke oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen.“

Als Tag der Gewerbeanmeldung wird der 27.07.2004 angegeben. In den Akten befinden sich eine Geburtsurkunde und eine Heiratsurkunde samt Übersetzung und Bestätigungen polnischer Behörden, wonach die Gattin Arbeitslosengeld aber keine Familienbeihilfe bezieht.

An den Bw. erging ein Ergänzungsvorhalt (vom 3. Mai 2006). Darin wurde der Bw. ersucht,

1. Finanzamt und Steuernummer, falls er veranlagt werde, bekannt zu geben und Einnahmen-Ausgabenrechnungen, Kopien der Auftragsverträge und entsprechende Einnahmenbelege sowie Beitragsnachweise zur österreichischen Pflichtversicherung vorzulegen,
2. den beiliegenden „Fragenkatalog „Gewerbescheine EU-Ausländer“ vollständig ausgefüllt einzusenden,
3. die Kopie des Zulassungsscheines im Falle des Besitzes eines KFZ einzusenden,
4. die Kopie des Mietvertrages vorzulegen und anzugeben, wer sonst noch in der Wohnung wohnt,
5. die Formulare Einkommensteuer 401 und Einkommensteuer 411 von der zuständigen Behörde im Heimatland bestätigen zu lassen,
6. die berufliche Tätigkeit der Ehegattin ab Antragstellung bekannt zu geben und
7. weiters bekannt zu geben, ob die Gattin auch im Heimatland sozialversichert ist.

Der Bw. beantwortete den Vorhalt wie folgt:

zu Punkt 1.: Der Bw. übersandte dem Finanzamt die Kopie der ersten Seite seiner Einkommensteuererklärung für 2005.

zu Punkt 2.: Der Bw. legte den großteils (händisch) ausgefüllten „Fragenkatalog Gewerbescheine EU-Ausländer“ vor.

zu Punkt 3.: Diesbezüglich gab er an, kein KFZ zu besitzen.

zu Punkt 4.: Der Bw. gab an, unter der Adresse X.Gasse 18/25 bei CZ kostenlos wohnen zu können und schloss eine handschriftliche Bestätigung des/der Quartiergebers/Quartiergeberin bei. (Anmerkung: In der Erklärung wird dagegen die Nr. 15 angeführt. Der/die Quartiergeber/Quartiergeberin ist bzw. war, wie eine Einsicht des UFS in die zentralen Datenbanken der Finanzverwaltung und in den Zentralen Melderegister ergab, in Österreich niemals aufrecht gemeldet und auch nie steuerlich erfasst, wobei verschiedene Schreibweisen den Abfragen zu Grunde gelegt wurden.)

zu Punkt 5. Es wurde der Fragenkatalog „Gewerbescheine EU-Ausländer“ vorgelegt:

zu Punkt 6.: Der Bw. gab an, dass seine Gattin arbeitslos sei.

zu Punkt 7.: Er bejahte die Frage, ob er oder die Gattin im Heimatland sozialversichert ist.

Dem „Fragenkatalog Gewerbescheine EU-Ausländer“ sind folgende Angaben des Bw. zu entnehmen:

1. Er sei 2004 nach Österreich gekommen.
2. „Wegen Aufträgen“ habe er in Österreich ein Gewerbe angemeldet.
3. Bei Behördenwegen sei ihm niemand behilflich gewesen.
4. Er habe mehrere Auftraggeber. (Anmerkung: Der Bw. nannte deren Namen und Adressen jedoch nicht. Er legte bloß 7 Rechnungen an ein einziges Unternehmen – eine Fa. Zi. GmbH - in Kopie vor.)
5. Er sei über persönliche Empfehlungen zu Aufträgen gekommen.
6. „Kunden und Auftraggeber“, die er weder mit Namen, Firma noch Adresse nannte, zahlten sein Entgelt.
7. Ein Beratungsbüro habe seine Steuererklärung erstellt und dafür € 30,00 erhalten. Eine Kopie der Honorarnote schloss der Bw. an.
8. Die Frage, ob er seine Arbeitskraft schulde, verneinte er. Er könne sich vertreten lassen. Er sei nicht weisungsgebunden. Er habe keine fixen Dienstzeiten. Die Arbeitskleidung stelle er selbst zur Verfügung. Arbeitsmittel und Arbeitsmaterialien stellten je nach Wunsch die Kunden oder er selbst zur Verfügung. Für die Arbeiten hafte er selbst. Die Sozialversicherung zahle er selbst. (Zahlungsbelege schloss er bei.) Er habe keinen Urlaubsanspruch.

Das Finanzamt wies den Antrag vom 12.04.2006 auf Gewährung von Familienbeihilfe für das am 1.7.2005 geborene Kind „ab Juli 2005 bis laufend“ mit folgender Begründung ab.

„Gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Wanderarbeiter und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 besteht grundsätzlich Anspruch für Familienleistung im „Beschäftigungsland“ auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten.“

Die von Ihnen in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit stellt eine Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes dar. Aufgrund von umfangreichen Ermittlungen der Finanzverwaltung war diese Tätigkeit als Dienstverhältnis zu beurteilen. Als neuer EU-Bürger haben Sie innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt. Die obige Verordnung ist in Ihrem Fall nicht anwendbar.“

Der Bw. erhob Berufung:

„Der Abweisungsbescheid ist in allen Punkten falsch. Zuerst von „umfangreichen Ermittlungen der Finanzverwaltung“ kann keine Rede sein. Mir ist davon nichts bekannt. Ich habe meine selbständige Tätigkeit vor 1 Jahren legal und korrekt angefangen. Ich habe völlig legal Gewerbescheine behördlich ausgestellt bekommen. Als selbständiger Unternehmer habe zahlreiche Aufträge von privaten Kunden oder Unternehmen ausgeführt. Habe Einkommensteuererklärung abgegeben. Ich stelle Rechnungen aus. Habe Ausgaben. Zahle regelmäßig SVA-Beiträge! Ich empfinde das als persönliche Beleidigung, dass meine legale selbständige Tätigkeit als Unternehmer von Referenten als „Umgehung“ des Ausländerbeschäftigungsgesetzes genannt ist. Ich war mehrmals, von Finanzbeamten kontrolliert – während Ausführung meine Tätigkeit und auch im Finanzamt selbst. Alle Kontrolle haben bestätigt, dass ich ein Unternehmer bin. Ich bitte Sie daher um ein Termin – zweck – Feststellung der wahren Wirtschaftlichkeit nach zu weisen. Aus o.g. Gründen bitte dass meine Berufung stattgegeben wird und ich für mein Kind zustehende Familienbeihilfe (rückwirkend ab 2004) laut EWG Nr. 574/72 bekomme. Ich bitte um einen Termin, um alle Unterlagen und Nachweise Ihnen zu Verfügung zu stellen.“

Aus einem handschriftlichen Vermerk der Sachbearbeiterin auf der Berufungsschrift geht hervor, dass der Bw. anlässlich seiner Vorsprache beim Finanzamt am 14.09.2006 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe auf „ab Geburt des Kindes“ korrigierte.

Im Zuge einer Abfrage von Daten der KIAB (= **K**ontrolle **i**llegaler **A**usländer**b**eschäftigung) wurde festgestellt, dass der Bw. im Zuge einer am **16.07.2004** erfolgten Kontrolle in 1010 Wien, R.Gasse durch namentlich genannte Erhebungsorgane des Zollamtes Wien die illegale Beschäftigung ausländischer Staatsbürger durch K M , dem ehemaligen Quartiergeber des Bw. festgestellt wurde. Diese wurden in Arbeitskleidung bei Trockenbauarbeiten (Montieren von Gipskartonwänden und Verspachtelungsarbeiten) arbeitend angetroffen. Einer der angetroffenen Arbeiter war der Bw., welcher damals als Adresse 1160 Wien G-Gasse ebenso wie ein weiterer Arbeiter namens D T angab. (Anmerkung: Der Ledigename der Gattin des Bw. wird in der Heiratsurkunde ebenfalls mit D angegeben.) Die vom Bw. durchgeführte Tätigkeit wurde mit „Deckenmontage im 5. Stock“, Dauer/Ausmaß der Beschäftigung: seit 01.05.2004, 5 Tage á 8 Stunden, Entlohnung 2.300 Zloty angegeben.

Am 14.09.2006 wurde der Bw. zu seiner Tätigkeit einvernommen. Der der deutschen Sprache offenbar nicht bzw. nicht ausreichend mächtige Bw. erschien mit einem Dolmetscher. Über Befragen gab der Bw. an, derzeit für die Firma L I Zi. , einem Verwandten, tätig zu sein. Der Kontakt sei durch Verwandte hergestellt worden, seine Ansprechperson sei L I Zi. . Sein Auftrag umfasse Montage und Vergipsen von Wänden. Die Frage nach der Auftragssumme bzw. nach seinem Entgelt beantwortete der Bw. mit „vereinbarte Gesamtwert d. Auftrages – nach Rechnungsstellung – Auszahlung“.

Das Material kaufe er selbst in Polen und verrechne es dem Auftraggeber. Das Werkzeug (Bohrmaschine Schleifmaschine elektr. Säge etc.) stelle er selbst zur Verfügung.

Die Frage wer die Bauaufsicht durchführe und wie oft dies erfolge beantwortete der Bw. mit „ich selber, nach Beendigung Kunde prüft d. Qualität.“

Auf die Frage, auf welche Weise er mit dem Auftraggeber abrechne gab er an: „Rechnung – Geld auf Bankkonto“

Die Frage ob er bereits Abrechnungen getätigt habe und wenn ja, in welcher Höhe, bejahte er und verwies auf seine Einkommensteuererklärung.

Die Arbeitskleidung habe er selber in Polen gekauft.

Zur Frage nach seinen Arbeitszeiten gab er an: „Nach Bedarf mit Koordinierung mit Facharbeiter“. Er bejahte die Frage, ob er kommen und gehen könne, wann er wolle.

Bei der derzeitigen Adresse (12., X.Gasse 18/25) handle es sich um eine Wohnung und kein Büro. Die Wohnung werde allein bewohnt. Die Abrechnung und z.B. Berufung wird von der Fa. S. in 4. Y-Gasse durchgeführt. (Anmerkung: Der Familienname des Dolmetschers lautet lt der aktenkundigen Kopie seines Führerscheines ebenfalls A.). Dem Erhebungsorgan wurden Kopien seiner monatlichen Rechnungen (von Februar bis Dezember 2005, ausgenommen August) an L I Zi. GmbH, T.Gasse 8/3/32 über „Diverse Bauhilfsarbeiten“ und „Montagearbeiten – Pauschale“ (Z. und St.) ausgefolgt. Die Rechnungsbeträge bewegen sich zwischen € 924,00 (März 2005) und 1.635,50. Umsatzsteuer wurde unter Hinweis auf die Kleinunternehmerregelung gem. § 6 Abs. 1Z. 27 UStG 1994 nicht in Rechnung gestellt. Weiters wurden diverse Kopien der Einkommensteuererklärung für 2005 samt Einnahmen-Ausgabenrechnung und von diversen Ausgaben ausgefolgt. Abgesehen von der März- und Aprilrechnung weisen die monatlichen Rechnungsbeträge nur eine relativ geringe Schwankungsbreite auf.

Als Ausgaben wurden neben den Sozialversicherungsbeiträgen samt Grundumlage, nur die Kosten von Wochenkarten, Telefonwertkarten, sowie pauschal angesetzte Kosten, wie „Spesen-Do und pauschalisierte Familienheimfahrten angeführt.

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung als unbegründet ab:

„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 in Verbindung mit 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.

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedsstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten wird im

§ 32a Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AusIBG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs. 2 lit 1 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.

Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des AusIBG lauten:

"Begriffsbestimmungen

§ 2 (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.

(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.

§ 3 (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 die Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt. "

Gemäß § 47 (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 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.

Die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus ist im Sinne einer Abhängigkeit vom Auftraggeber zu verstehen. 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.

Eine Entlohnung, die sich ausschließlich am wirtschaftlichen Erfolg bzw. Arbeitsergebnis orientiert, 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.

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

Es gibt keinen schriftlichen Werkvertrag zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber

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 bzw. nach Maßgabe des jeweiligen Baufortschrittes

Aus den vorgelegten Abrechnungen geht hervor, dass ausschließlich Bauhilfsarbeiten getätigt werden

Der Auftragnehmer beschäftigt seinerseits keine Arbeitnehmer, bzw. bedient sich bei der Ausführung der Arbeiten keiner Hilfskräfte

Das zu verarbeitende Material wird vom Auftraggeber zu Verfügung gestellt bzw. wird direkt an diesen verrechnet

Das verwendete, selbst erworbene Werkzeug (Schleifmaschine, Bohrmaschine, etc.) ist geringfügig

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden Sachverhaltes und aufgrund der am 14.09.2006 erfolgten Sachverhaltserhebungen geht nach Ansicht des Finanzamtes eindeutig hervor, dass

Sie nicht ein Werk, sondern - wie ein Dienstnehmer - Ihre Arbeitskraft schulden bzw. dass Sie dem Willen des Auftraggebers in gleicherweise unterworfen sind, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall ist.

Es ist daher davon auszugehen, dass Sie Ihrem Arbeitgeber nur Ihre Arbeitskraft (für Bauhilfsarbeiten) zur Verfügung gestellt haben. Inwieweit sich die Art dieser Tätigkeit von jener eines Hilfsarbeiters eines mit solchen Arbeiten befassten Unternehmens unterscheiden sollte, ist an Hand des vorliegenden Sachverhaltes nicht zu erkennen.

Der Umstand, dass Sie einen Gewerbeschein besitzen, dass Sie sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet haben und dass Sie beim zuständigen Finanzamt um Vergabe einer Steuernummer angesucht haben, vermag daran nichts zu ändern. Denn eine solche nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeutende Beschäftigung wird auch nicht dadurch zu einer selbständigen Tätigkeit, dass die Formalvoraussetzungen vorliegen, sind doch nach gängiger Rechtssprechung für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung als Dienstverhältnis nicht die vertraglichen Abmachungen maßgebend, sondern stets das tatsächlich verwirklichte Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit, wobei auch der im Wirtschaftsleben üblichen Gestaltungsweise Gewicht beizumessen ist (vgl. VwGH vom 25. 10. 94, 90/14/0184 und vom 20. 12. 2000, 99/13/0223).

Es ist somit davon auszugehen, dass Ihre Beschäftigung nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist.

Eine solche Tätigkeit muss aber den oben zitierten Vorschriften des AusIBG entsprechen, dh. dass es sich dabei um eine - bewilligungspflichtige - Beschäftigung im Sinne des § 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 2 AusIBG handelt.

Da Sie die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungsbewilligung) nicht nachgewiesen haben, folgt daraus, dass Sie in Österreich eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer nicht ausüben und auch nicht von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71 ausgegangen werden kann.

Aus diesem Grund besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Gewährung einer Differenzzahlung für Ihr in Polen lebendes Kind.

Der Bw. erhob Berufung gegen die Berufungsvorentscheidung, die das Finanzamt sinngemäß als Vorlageantrag umdeutete:

„Ich, Bw. D,, geboren 12. 12. XXXX, berufe gegen Berufungsvorentscheidung vom 30.10.2006 und bitte noch einmal um Anerkennung meines Einspruchs auf Familienbeihilfe für mein Kind.

Begründung

Ich bin selbständiger Unternehmer in der Baubranche. Vermutung von Referentin R, dass ich als typische unselbständige Beschäftigung als Hilfsarbeiter nachgehe ist absolut falsch und mit nichts begründet.

Viel mehr lässt sich aus seiner „Begründung“ vermuten, dass Frau R keine Ahnung von der Baubranche hat - keine Ausbildung und keine Praxis, einfach nichts.

Ich im Gegenteil habe die Berufsschule und mehrere Kurse beendet und habe eine langjährige Praxis in der Baubranche.

Auch, dass die Finanzbehörde über 2 Jahre (!!!) gebraucht hat um zur Vorentscheidung zu kommen, lässt vermuten, dass es sich hier schlicht und einfach um eine Diskriminierung meiner Person handelt.

Höchstwahrscheinlich wegen Anweisung „von oben“ will das Finanzamt mir zustehende Familiebeihilfe nicht gewähren.

Ich bin schon mehrmals als selbständiger überprüft worden und bis jetzt hat mir niemand was vorgeworfen.

Eine Kontrolle von KIAB auf der Baustelle wo ich tätig war hatte keine Einwände, was meine selbständige Tätigkeit betrifft, gehabt.

Erst als ich mir zustehende Familiebeihilfe beantragt habe, will plötzlich Frau R mich als „unselbständiger“ sehen und hat er neun „Gründe“ erfunden um mir Geld nicht auszuzahlen.

Erster Grund: „Es gibt keinen schriftlichen Werkvertrag zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber“

Ich habe Verträge, (anbei)

Zweiter Grund: „einziger Auftraggeber“

Ich bin selbständiger Einzelunternehmer, was bedeutet, dass ich allein arbeite. Ich habe genug Aufträge von einem Auftraggeber. Habe keine Zeit noch mehr Aufträge von anderen zu erledigen. Ich muss mich auch einmal ausschlafen können.

Dritter Grund: „Arbeitsort wird von Auftraggeber vorgegeben“

Das ist einfach lächerlich. Es ist doch selbstverständlich, dass wenn ich einen Auftrag bekomme, steht im Auftrag auch die Adresse wo man sich wünscht das ich dort meine Tätigkeit ausübe. Auch sie, Frau R, wenn sie zum Beispiel einen Installateur Firma beauftragen, geben sie „Arbeitsort“ (Adresse) vor. Heißt das, dass die Installateur Firma nicht selbständig ist, weil sie Arbeitsort vorgegeben haben? Bitte um Entschuldigung, aber das ist wirklich grotesk, was Sie da sich ausgedacht haben.

Vierter Grund: „Arbeitseinteilung und Arbeitseinsatz erfolgen über Anordnung des Auftraggebers"

Das stimmt nicht. Während dem letzten Gespräch im Finanzamt und in Anwesenheit meines Dolmetschers habe ich deutlich gesagt, dass ich selber meine Arbeit einteile, nachdem der Kunde (oder Auftraggeber) mir erklärt hat was er sich wünscht. Einem Installateur oder Elektriker sagen Sie doch auch was er reparieren soll. Dann macht er das selbständig. Genau das ist in meinem Fall. Ich lade Sie, Frau R , wenn sie wollen, auf die Baustelle ein wo ich tätig bin, damit sie sich überzeugen können dass ich selbstständig arbeite. Ihre Kollegen von KIAB haben das schon einmal gemacht.

Fünfter Grund: „... ausschließlich Bauhilfsarbeiten getätigt werden"

Ich darf nur Tätigkeiten durchführen, welche in meinen Gewerbescheinen beschrieben sind. In der Wirtschaftskammer gibt es sogar eine Bauhilfsgewerbe Innung (3, Rudolf Salinger Platz 1) wo Sie persönlich erfahren können, dass meine Tätigkeiten sehr wohl selbständige sind und zwar offiziell.

Sechster Grund: „Auftragsnehmer beschäftigt keine Arbeitnehmer beziehungsweise Hilfskräfte. "

Seit wann hat ein selbständiger Unternehmer in Österreich die PFLICHT Arbeitnehmer beziehungsweise Hilfskräfte zu beschäftigen? Ich habe bei Juristen in der Wirtschaftskammer nachgefragt. Diese haben nur mit dem Kopf geschüttelt über ihre Unwissenheit, Frau R . Es gibt keine Pflicht. Von wo beziehungsweise von wem haben sie diesen Unsinn genommen? Ich bin keine Firma. Ich bin Einzelunternehmer. Arbeite allein. Ich muss niemanden beschäftigen. Tausende Einzelunternehmer in Österreich arbeiten allein. Trafikanten, Schuster, Schlüsseldienste, Busunternehmer, Floristen, Dachdecker, Schriftsteller, Steinmetze, Gärtner, Sprachlehrer Taxiunternehmer, Installateure, Elektriker, Würstelstände, Maler, Sachverständige jeder Art, Handelsagenten und, und, und.... Manche gründen zwar auch Firmen (Gesellschaften), aber eine überwiegende Mehrheit arbeitet allein. Wenn diese Hilfe brauchen, machen sie das in Form von Aufträgen für andere Einzelunternehmer. Dasselbe kann ich auch machen, wenn ich Hilfe brauche.

Siebenter Grund: „Material... "

Jeder Mensch (mit gesundem Verstand) der wenigstens einmal auf einer Baustelle war, weiß davon Bescheid. Ein Haus ist gebaut nach Wunsch des Kunden. Kunde bestimmt welches Material er will - nicht ausführende Firmen und schon gar nicht Klein- und Einzelunternehmer. Großobjekte müssen einheitliches Aussehen haben. Alle Firmen und

Unternehmer die auf dieser Baustelle arbeiten, müssen das akzeptieren. Oder können Sie, Frau R , sich vorstellen, dass jeder Subunternehmer mit eigenem Zement, eigener Spachtel oder eigenen Farben arbeitet? Kunde will gleiche Qualität und Aussehen haben. Das ist nur möglich durch Großeinkauf mit Rabatten. Auch ich als Einzelunternehmer muss mich da anpassen oder bin weg mit meinem eigenen Zement oder Spachtelmasse. Auch bei Kleinkunden (zum Beispiel Wohnungsbesitzer) haben Kundenwünsche oberste Priorität (Gewerbeordnung bitte wenigstens einmal lesen). Das ist Pflicht für jeden!!! Soll ich also zum Beispiel eigene graue Spachtelmasse benützen, wenn der Kunde sich eine weiße wünscht? Es gibt aber auch Baustellen (klein) wo ich eigenes Material einarbeite.

Achter Grund: „Werkzeuge... "

Jeder Handwerker hat eigenes Werkzeug. Meistens sehr wenig. Ich habe aber sehr viele: Bohrmaschine, Schleifmaschine, Silikonpistolen, Stichsäge, Wasserwaage, Leiter, Schraubenzieher, Hammer, Spachteln, Messgeräte und andere Kleinwerkzeuge.

Das sind alle Werkzeuge die ich brauche. Was heißt hier ihr Kommentar „geringfügig?“ Soll ich vielleicht als Einzelunternehmer einen Kran oder Betonsilo besitzen? Ein Gläser verwendet nur ein paar Kleinwerkzeuge und niemand zweifelt, dass es genug sind. Schuster, Maler, Tapezierer, Gärtner und so weiter genauso. Was ist „nicht geringfügig“?

Alle acht Gründe, die meine „unselbständige Beschäftigung“ beweisen sollen sind einfach falsch oder böse konstruiert. Haben nur ein einziges Ziel - mir zustehende Kinderbeihilfe nicht zu gewähren. Einfach so!

Auch das ich mich im dritten selbstständigen Finanzjahr befinde (2004 bis 2006) und in ein Monat beginnt das vierte Jahr, zählt nur Frau R nicht. Das ich auch alle meine Abgaben allein und pünktlich zahle - zählt nicht. Das sind aber Tausende Euro die der Staat Österreich von mir bekommt. Habe ich denn kein Recht für mein Kind etwas zu bekommen. Haben Sie Frau R keine Kinder? Ich habe eins, und es wächst, kostet immer mehr. Es wird einmal groß und Steuerzahler. EU-Bürger ist mein Kind schon seit 3 Jahren. Aber in ihren Augen, Frau R , EU-Bürger zweiter Kategorie - so genannte „neue“ EU-Bürger. Die EU soll irgendwann eine Art von Europäische Familie sein. Darum hat die EU eine Verordnung (EWG) NR. 1408/7 über Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörigen eingeführt. Laut dieser Verordnung habe ich Anspruch auf Familienleistungen - Familiebeihilfen. In der Praxis versucht man alles um diese Verordnung mit einer Doppelmoral zu umgehen.

Offiziell und amtlich vergibt man Gewerbescheine. Verpflichtet Selbständige Unternehmer zur Zahlung verschiedener Abgaben (WKO Grundumlage, SVA Beiträge, Magistratsabgaben, Steuern und so weiter). Wenn aber ein Unternehmer aus einem EU-Neuland ist und einen Antrag auf zustehende Familienbeihilfe stellt, wird ihm diese verweigert. Mit Argumentation das er ins „gesamt Bild“ nicht passt, (was auch immer es bedeutet). Wie soll also in Zukunft unsere Europäische Familie funktionieren, wenn das heute schon für Probleme sorgt? Es ist doch ein Faktum das seit 2004 Arbeitslosigkeit zurückgeht, trotz EU-Beitritt von Polen und anderen Neuen EU-Ländern. Statt schwarzarbeiten haben tausende Neue EU-Bürger offiziell, legale Selbständigkeit gewählt und Firmen gegründet und auch Einzelunternehmer wie ich. Dadurch fließen in die Staatskassen Millionen Euro an Abgaben. Wenn ich einen kleinen Teil davon in Form von mir zustehenden Kinderbeihilfen für mein Kind bekomme, ist das doch vollkommen in Ordnung. Mein Kind wird erwachsen. Ob sie dann in der EU bleiben? Woher nehmen wir denn zukünftige Steuerzahler und Facharbeiter? Aus Asien, Afrika oder Südamerika? Wir sind doch Nachbarn. Wenn man eine Familie sein will, muss man sich doch zuerst um die Kinder (Zukunft) kümmern. Diese EU Verordnung wurde in diesem Sinne verfasst. Jeder Euro Familienbeihilfe ist für unsere gemeinsame europäische Zukunft - Kinder bestimmt. Darum bitte ich meine ausführliche Begründung als ausreichend zu betrachten und meinem Kind aufgrund der EU Gesetze zustehende Familienbeihilfen zu gewähren.“

Der Bw. schloss einen Werkvertrag (datiert mit 30. November 2004) zwischen ihm und der Firma Zi. L I , B.Gasse, an. In diesem mittels Textverarbeitung erstellten Schriftstück wurden Name bzw. Firma und jeweilige Adresse des Bw. (als Unternehmer) und des Bestellers (=Zi. L I) händisch eingetragen. Unter „Werklohn, Fälligkeit“ wurde statt der Höhe des Honorars in Euro anzuführen –wiederum handschriftlich - „laut Rechnungen“ eingefügt.

Aus der der Einkommensteuererklärung beiliegenden Einnahmen-Ausgabenrechnung sind an Ausgaben wie bereits erwähnt, nur Kosten für die Sozialversicherung samt Umlage, Kosten für Fahrkarten und Wochenkarten, Telefonwertkarte samt Starterset, pauschal angegebene Aufenthaltskosten und Familienheimfahrtkosten zu entnehmen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Strittig ist die Rechtmäßigkeit der Abweisung des Antrages um Gewährung von Familienbeihilfe für das am 01.07.2005 geborene, bei seiner Mutter in Polen lebende Kind.

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

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 in Verbindung mit der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 legt fest, dass 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 hat, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

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 Arbeitnehmerfreizügigkeit 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 1 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.

Auf Grund der oben angeführten Verordnungen ergibt sich, dass Familienbeihilfe entgegen der Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG grundsätzlich auch für sich ständig in einem der der Europäischen Gemeinschaft neu beigetretenen Mitgliedstaaten aufhaltende Kinder gewährt werden kann, wobei allerdings eine nichtselbständige Tätigkeit einer Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz erfordert.

Zwischen dem Bw. und dem Finanzamt steht in Streit, ob die Tätigkeit des Bw. als nichtselbständige oder als selbständige Tätigkeit zu beurteilen ist.

Der Bw. gab im Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe an, am 16.11.2004 eingereist zu sein.

Aus den aktenkundigen Feststellungen des Zollamtes Wien und zwar aus dem Strafantrag an das zuständige Bezirksamt für den 15. Bezirk ergibt sich dagegen, dass der Bw. schon am 26.07.2004 im Rahmen einer Kontrolle durch Kontrollorgane der SEG (= **S**chnelle **E**ingreif**g**ruppe Bau) und KIAB gemeinsam mit anderen polnischen Staatsbürgern bei der Durchführung von Trockenbauarbeiten und Deckenmontagen auf einer Wiener Baustelle in Arbeitskleidung angetroffen wurden. Für keinen der angetroffenen Arbeiter – einschließlich dem Bw. – konnte eine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz vorgelegt werden.

Das Vorbringen des Bw., seine Tätigkeit sei bei wiederholten Kontrollen unbeanstandet geblieben, entspricht daher nicht den Tatsachen.

Der Bw. reagierte rasch: Er meldete laut dem aktenkundigen Auszug aus dem Gewerberegister schon am Folgetag das Gewerbe „Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profileile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen“ an.

Eine Meldung seiner Tätigkeit beim Finanzamt ist dagegen nicht aktenkundig (und existiert bis dato für ihn keine Steuernummer). Seine mit dem Vorlageantrag („Berufung gegen die Berufungsvorentscheidung“) vorgelegte Einkommensteuererklärung weist keinen Eingangsstempel auf. Aus der zentralen Datenbank der Finanzverwaltung ist weder ein Versand von Einkommensteuererklärungen noch ein Eingang von Einkommensteuererklärungen ersichtlich.

Ebenso erweist sich sein Berufungsvorbringen, er habe als selbständiger Unternehmer zahlreiche Aufträge von privaten Kunden oder Unternehmen ausgeführt, angesichts der Tatsache, dass er nach den im Berufungsverfahren vorgelegten Rechnungen und dem „Werkvertrag“ lediglich für ein einziges Unternehmen eines Verwandten, nämlich für die Fa. Zi. GmbH (nunmehr Einzelunternehmen), tätig wurde, als unzutreffend.

Sowohl die Rechnungen, in denen stets entweder „diverse Bauhilfsarbeiten“ oder „Montagearbeiten – Pauschale“ jeweils ca. für die Dauer eines Monats als Leistungsgegenstand aufscheinen, entspricht weder der allgemeinen wirtschaftlichen Erfahrung, wonach die konkreten Leistungen nachprüfbar verrechnet werden, noch den umsatzsteuerlichen Anforderungen des § 11 Abs. 1 Z. UStG 1994 (Angabe der Menge und handelsüblichen Bezeichnung der gelieferten Gegenstände oder Art und Umfang der sonstigen Leistung). Abgesehen von den im März und April ausgestellten Rechnungen weisen die übrigen Rechnungen auch nur relativ geringe Schwankungen auf.

Das Gleiche gilt auch für den erst im Berufungsverfahren vorgelegten Werkvertrag: Auch er enthält keine konkreten Angaben über Aufträge, keine Angaben über die Höhe und Art des Honorars und der Abrechnung desselben. Anstelle dessen wurde im Werkvertrag lediglich „laut Rechnungen“ handschriftlich vermerkt.

Im Vorlageantrag wendet sich der Bw. gegen die vom Finanzamt aufgezeigten Anhaltspunkte, die nach Auffassung des Finanzamtes in wirtschaftlicher Betrachtungsweise für das Vorliegen einer nichtselbständigen und damit nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz bewilligungspflichtigen Tätigkeit des Bw. sprechen und versucht diese an Hand von Beispielen zu relativieren bzw. zu widerlegen.

Dem Bw. ist zuzugestehen, dass in verschiedene Branchen Einzelunternehmen ohne Dienstnehmer, beispielsweise Versicherungsmakler oder Unternehmensberater, durchaus vorkommen. Dieser Umstand kann an der Beurteilung der konkret zu beurteilenden Tätigkeit des nach seiner Angabe nach seit Jahren in der Baubranche tätigen Pflichtigen nichts ändern: Ein Unternehmen der Baubranche setzt neben einem Firmenstandort und Angestellten noch eine Reihe von - zumindest geleasteten - Geräten, wie Baumaschinen, Gerüste, Sicherheitsausstattungen etc. voraus, um nachhaltig am Markt bestehen zu können.

Das eigene vom Bw. angeführte Werkzeug (Bohr- und Schleifmaschine, Wasserwaage, Silikonpistole Schraubenzieher Stichsäge) stellt einen geschätzten Wert von maximal € 1.000,00 dar und kann mit der Ausstattung auch nur eines Kleinbetriebes in der österreichischen Baubranche keineswegs verglichen werden. Ebenso wenig scheinen in der nachgereichten Einnahmen-Ausgabenrechnung irgendwelche Kosten für Transportgeräte bzw. auch keinerlei Abschreibung für Abnutzung auf.

Wie sich aus der Befragung des Bw. am Finanzamt ergab, stellt die von ihm genannte Adresse bloß eine Privatwohnung und keineswegs ein Büro dar, in der er lt. Auskunft der Mieterin, die weder steuerlich erfasst ist bzw. war und in Österreich unter diesem Namen nie aufrecht gemeldet war, angeblich kostenlos wohnen darf. Somit besitzt er auch kein Lager für die Werkzeuge und das von ihm benötigte Material.

Wie eine Einsichtnahme in das öffentliche Telefonregister der Fa. Herold ergab, scheint der Bw. mit seinem Wertkartentelefon (siehe Einnahmen-Ausgabenrechnung) weder im aktuellen Telefonbuch noch im Branchenregister der Telekom auf. Eine „Google-Abfrage“ nach dem Familiennamen des Bw. eingeschränkt auf Österreich brachte gleichfalls keine Ergebnisse. Für potenzielle Neukunden und Auftraggeber besteht daher keine Möglichkeit, den Bw. telefonische oder per Internet zu kontaktieren; ein für ein österreichisches Bauunternehmen nach Auffassung des UFS völlig undenkbarer Umstand.

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden, insbesondere an Hand des Fragenkataloges ermittelten Sachverhaltes geht in Verbindung mit dem Inhalt der Einnahmen-Ausgabenrechnungen eindeutig hervor, dass der Bw., der auch im Jahr 2006 noch über keine ausreichenden Deutschkenntnisse verfügte und sich deshalb bei seinen Vorsprachen am Finanzamt eines Dolmetschers bediente, in Wahrheit über keinen Gewerbebetrieb mit entsprechenden Betriebsmitteln verfügte, sondern lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung stellte. Er war dadurch dem Willen seines einzigen Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall ist. Die vom Bw. gelegten Einnahmen-Ausgabenrechnungen weisen keine einzige der Vielzahl an Betriebsausgabenpositionen, wie

sie im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit anfallen (z.B. die Kosten eines betriebsbereiten Standortes, Fahrt/Transportkosten, Werbe/Akquisitionskosten, Personalkosten) aus.

Die dem Arbeitgeber gegenüber erbrachte Leistung betraferspachtelungsarbeiten u. dgl., 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 - insbesondere unter Bedachtnahme auf die Ausgaben laut der Einnahmen- Ausgabenrechnung - nicht zu erkennen.

Den auf den Angaben des Bw. beruhenden Umständen, wonach der Bw. bei der Ausübung seiner Tätigkeit hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsqualität und Arbeitsfortgang von seinem Auftraggeber nicht kontrolliert werde, er diesem Arbeitsbeginn und Arbeitsende nicht zu melden habe, ebenso wenig, wenn er krank ist oder auf Urlaub gehen möchte, kann ein entsprechendes Gewicht nicht beigemessen werden, weil er in hohem Ausmaß von der Zi. GmbH, die als "Auftraggeber" diese Regelungen vereinbarte, wirtschaftlich abhängig war.

Dem Umstand, dass sich der Bw. laut seiner Angabe bei seiner Arbeit vertreten hätte lassen können, kann schon deswegen kein Gewicht beigemessen werden, weil diese Regelung, wie aus den Einnahmen- Ausgabenrechnungen hervorgeht, tatsächlich nicht zum Tragen kam.

Die Umstände, dass der Bw. einen Gewerbeschein besitzt, dass er sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet hat und anscheinend erst im Berufungsverfahren eine Einkommensteuererklärung für 2005 eingereicht hat, vermögen daran nichts zu ändern. Denn eine solche nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeutende Beschäftigung wird auch nicht dadurch zu einer selbständigen Tätigkeit, dass die Formalvoraussetzungen vorliegen; sind doch nach gängiger Rechtsprechung für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung als Dienstverhältnis nicht die vertraglichen Abmachungen maßgebend, sondern stets das tatsächlich verwirklichte Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit, wobei auch der im Wirtschaftsleben üblichen Gestaltungsweise Gewicht beizumessen ist (vgl. die bereits zitierten Erkenntnisse des VwGH vom 25.10.1994, 90/14/0184, und vom 20.12.2000, 99/13/0223).

Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass die Tätigkeit des Bw. (Verspachteln u. dgl.) nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist.

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

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

Der Bw. hat demnach mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung keinen Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Gewährung einer Differenzzahlung für sein in Polen lebendes Kind.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 13. April 2007