



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten, 1000 Wien, F.Straße, vom 28. Oktober 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf, vom 21. September 2006 betreffend Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung für 2005 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (=Bw.) stellte Ende Juni 2006 den Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung/Differenzzahlung für das Jahr 2005 für seine beiden am 04.04.2003 und am 20.01.2005 geborenen, bei ihrer Mutter (=Gattin des Bw.) in der Slowakei lebenden, namentlich genannten Töchter. Aus den im Akt aufliegenden Formularen E 401 (Familienstandsbescheinigung für die Gewährung von Familienleistungen) und Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen (Kindergeld), E 411, in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen, geht hervor, dass die Gattin in einem nicht näher eingegrenzten Zeitraum keine berufliche Tätigkeit ausgeübt und deshalb keinen Anspruch auf Familienleistungen gehabt habe.

Lt. Auszug aus dem Zentralen Melderegister ist der Bw. in Österreich, und zwar in Wien, ab 31.08.2005 bis laufend gemeldet.

Am selben Tag meldete der Bw. das Gewerbe „Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilmteile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in

einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen. Am 11.04.2006 meldete der Bw. als weiteres Gewerbe das „Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit“ an. Das Finanzamt richtete an den Bw. folgenden Ergänzungsvorhalt:

„Ergänzungspunkte:

Bekanntgabe von Finanzamt und Steuernummer (unter der Sie veranlagt werden), Einnahmen-Ausgabenrechnung, Kopien der Auftragsverträge und entsprechender Einnahmenbelege, Beitragsnachweise zur österreichischen Pflichtversicherung

Beiliegenden „Fragenkatalog Gewerbescheine EU-Ausländer“ bitte vollständig ausfüllen und mitschicken.

Kopie des Zulassungsscheines, falls Sie ein KFZ besitzen.

Kopie des Mietvertrages und Bekanntgabe, wer sonst noch in dieser Wohnung wohnt (Name, Geburtsdatum, Verwandtschaftsverhältnis).

Bekanntgabe der beruflichen Tätigkeit der Ehegattin ab Antragstellung.

Bekanntgabe, ob Sie oder die Ehegattin (auch) in Heimatland sozialversichert sind.

Der Bw. legte Auszüge vor, wonach er bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft seit August 2005 versichert ist. Im Akt liegen Ablichtungen der Geburtsurkunden der Kinder, der Heiratsurkunde samt Übersetzungen auf. Weiters liegen Ablichtungen von 3 Karten auf, bei denen es sich offensichtlich um slowakische Sozialversicherungskarten („E-Cards“) von Frau und Kindern handelt.

Aus dem rückgelangten „Fragenkatalog Gewerbescheine EU-Ausländer“ geht hervor, dass der Bw. am 20.07.2005 nach Österreich gekommen sei. Wegen der besseren Arbeitsmöglichkeiten und des besseren Verdienstes habe er sein Gewerbe in Österreich angemeldet. Bei den Behördenwegen sei ihm ein namentlich genannter Freund unentgeltlich behilflich gewesen.

Zu Aufträgen komme er über „AVIZO“ bzw. „aus der Werbung in der Slowakei“. (Anmerkung: Bei „Avizo“ dürfte es sich um die Internetplattform www.avizo.sk handeln, auf der es unter anderem auch Stellenangebote in der Slowakei gibt.)

Seine Honorare erhalte er von einer Firma B. KEG, 1200 Wien, D.Straße. Seine dortige Ansprechperson sei A. B. .

Bei der Abfassung der Steuererklärung habe ihm ein mit Firma und Adresse genanntes Unternehmen gegen ein Honorar von 20 € geholfen.

Die Frage, ob er seine Arbeitskraft schulde, verneinte der Bw.

Er könne sich vertreten lassen. Die Frage nach der Weisungsgebundenheit ließ er unbeantwortet. Fixe Dienstzeiten habe er nicht. Seine Arbeitskleidung und die Arbeitsmittel stelle er selber zur Verfügung, die Arbeitsmaterialien die Firma. Die Firma hafte für fehlerhafte Arbeiten. Die Sozialversicherung zahle er selber. Er habe keinen Urlaubsanspruch bzw. sei ein solcher Urlaub unbezahlt.

Eine Einnahmen-Ausgabenrechnung für 2005, in der lediglich Einnahmen aus 2 Rechnungen an die oben genannte Firma B KEG und als Ausgaben Sozialversicherungsbeiträge und Gewerbegebühren aufscheinen, wurde in Kopie vorgelegt.

Aus der ersten der beiden Rechnungen (vom 27.10.2005) ist als Leistung ein Bauvorhaben in 1070 Wien, Y.Gasse im Leistungszeitraum September und Oktober 2005 zu ersehen. Verrechnet wurden nicht näher bezeichnetete und nicht aufgeschlüsselte „Arbeiten im Stiegenbereich und Geschäft“ zu einem Betrag von € 1.650,00. Aus der Rechnung vom 26.11.2005 geht als Leistungsort: 1030 Wien, K.Gasse, als Leistungszeitraum: November 2005 hervor. Verrechnet wurden „Bauhilfsarbeiten, Montage von mobilen Trennwänden“. Der Rechnungsbetrag wurde mit € 1.450,00 angegeben. Der Bw. legte Ablichtungen der Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge, eine Bestätigung des Bürgermeisters der Slowakischen Wohngemeinde, dass die Gattin mit ihren beiden Kindern im Haushalt des Bw. auf Dauer ihren Wohnsitz habe samt einer nicht beglaubigten Übersetzung vor. Auch ein - nicht übersetztes - Schreiben mit dem handschriftlichen Vermerk „Versicherung von der Frau“ wurde angeschlossen.

Das Finanzamt wies den Antrag um Gewährung einer Differenzzahlung für das Jahr 2005 für die beiden Kinder des Bw. 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 (kurz: AuslBG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs. 2 lit. 1 AuslBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der

Anwendung des Übergangsarrangements (d.h. bis maximal 30.04.20011) weiterhin dem AuslBG.

Die von Ihnen in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit war nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Einkommensteuer (=EStG) zu beurteilen und wäre daher nach dem AuslBG bewilligungspflichtig. Da Sie die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme nicht nachgewiesen haben, üben Sie in Österreich weder eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer aus, noch kann von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71 ausgegangen werden. Die obige Verordnung (EWG) ist in Ihrem Fall nicht anwendbar.“

Der Bw. erhob Berufung:

„Die vom Finanzamt zitierte Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 sowie 572/72 wurde durch Verordnung Nr. 883/2004 abgelöst. In dieser Sicht kann sich das Finanzamt auf keine Verordnung berufen, die schon verabschiedet wurden.

Die Verordnung der Europäischen Union zur Systeme der soziale Sicherheit betreffen nicht nur Arbeitnehmer, aber auch selbständige Tätigkeit.

Da das Finanzamt der Meinung ist, dass meine selbständige Tätigkeit eine Umgehung des Ausl.Gesetzes darstellt, teile ich dem Finanzamt mit, dass nach der Gesetzeslage selbständige Tätigkeit nicht dem Aus.B.Gesetz unterliegt, somit kann die Art meiner Tätigkeit nicht das Gesetz, welchem diese gar nicht unterliegt, umgehen.

Meine legale Gewerbeschein wurde von österreichischer Behörde ausgestellt, mit der Gewerbeberechtigung sind etliche Kosten und Ausgaben wie Steuer, Sozialversicherungsbeiträge, Grundumlage gebunden, die ich auch laufend (legal!) zu leisten habe.

Da die „umfangreichen Ermittlungen“ des Finanzamtes bestimmt auf Rechtslage basieren, wäre hier die Frage zu beantworten welche Rechtslage führte zur Anerkennung der Familienbeihilfe für Selbständige.

Da ich als EU-Bürger, wie das Gesetz vorsieht - gleichgestellt mit den anderen EU-Bürgern – auf keine Weise diskriminiert sein kann, ersuche ich das Finanzamt mir die Familienbeihilfe zu gewähren.“

Das Finanzamt gab der Berufung mittels Berufungsvorentscheidung keine Folge:

„Die von Ihnen zitierte Verordnung Nr. 883/2004 gilt gem. Artikel 91 erst ab dem Tag des Inkrafttretens der entsprechenden Durchführungsverordnung. Da eine solche

Durchführungsverordnung bis dato noch nicht in Kraft ist, kommen nach wie vor die Verordnung Nr. 1408/71 und die Durchführungsverordnung Nr. 574/72 zur Anwendung.

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 (AuslBG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs. 2 lit. 1 AuslBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (d.h. bis maximal 30. 4. 2011) weiterhin dem AuslBG. Für slowakische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des AuslBG 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. 9. 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, d.h. 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 Ihre in der Slowakei lebenden Kinder.“

Der Bw. erhob gegen die Berufungsentscheidung Berufung, die das Finanzamt nicht als unzulässig zurückwies sondern sinngemäß als Vorlageantrag umdeutete; dies mit folgender 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 soviel Zeit 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.

Zwei Kontrollen von KIAB auf drei Baustellen wo ich tätig war haben 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 acht „Gründe“ erfunden um mir Geld nicht auszuzahlen.

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

Stimmt nicht. Es gibt mehrere Verträge. (Kopien anbei)

Zweiter Grund: „Die zu erbringenden Leistungen werden vom Auftraggeber bestimmt“

Stimmt nicht. Ich bin keineswegs Weisungsgebunden. 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 zweimal gemacht.

Dritter 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....

Vierter 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 Spachtelmasse benutzen, wenn der Kunde sich eine weiße wünscht? Es gibt aber auch Baustellen (klein) wo ich eigenes Material einarbeite.

Fünfter 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. Ich habe trotzdem 3!

Sechster Grund: „Am ende des Monats ein Pauschalentgelt“

Laut Gewerbeordnung (bitte unbedingt lesen) gibt es keine andere erlaubte Entlohnung als für Regiestunden oder Pauschal fürs Werk. Ich bin kein Beamter. Ich muss Rechnungen ausstellen mit Art der Entlohnung und das mache ich. Oder wollen Sie mich Frau R. , zum „Schwarzgeldkassieren“ animieren?

Siebenter 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.

Achter Grund: „Keine Vertretungsmöglichkeiten“

Stimmt nicht. Ich kann mich sehr wohl vertreten lassen. Dass habe ich auch ausgesagt. Es ist nur bis heute nicht geschehen, da ich sehr gesund bin und auch vollbewusst meiner Verantwortung gegenüber Kunden bzw. Auftraggeber bin.

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

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 keine Rechte für meine Kinder etwas zu bekommen. Haben Sie Frau R. keine Kinder? Ich habe welche, und sie wachsen, kosten immer mehr. Sie werden einmal groß und Steuerzahler. EU-Bürger sind meine Kinder 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 Slowakei 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 meine Kinder bekomme, ist das doch vollkommen in Ordnung. Meine Kinder werden 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 meinen Kindern aufgrund der EU Gesetze zustehende Familienbeihilfen zu gewähren.“

Der Eingabe wurden die Kopien von 3 Werkverträgen aus dem Jahr 2006 angeschlossen:

Im 1. Vertrag mit der Fa. B KEG, 1200 Wien, vom 02.01.2006, wird unter Punkt 1 als Werk „Bauhilfsarbeiten, Montage von mobilen Trennwänden in 1030 Wien, L.Straße“ und unter Punkt 5 ein Honorar von € 1.500,00 festgehalten.

Im Vertrag mit einer Fa. W., 1030 Wien, L.Straße , vom 30.06.2006, wurde unter Punkt 1 als Werk und unter Punkt 5. als Honorar **nichts** eingetragen.

Im 3. Vertrag mit einer Fa. Rt. K., 1160 Wien, vom 29.08.2006, wird unter Punkt 1 als Werk lediglich die Adresse 1170 Wien, H.Straße und als Honorar € 950,00 angeführt.

Für 2005 legte der Bw. dagegen keine Werkverträge vor. Es liegen bloß 2 Rechnungen an die Fa. B KEG, 1200 Wien, Dm.Straße in den Akten auf. In diesen Rechnungen werden „Bauhilfsarbeiten im Stiegenbereich und Geschäft“ und „Bauhilfsarbeiten – Montage von mobilen Trennwänden“ mit € 1.650,00 und 1.450,00 verrechnet. Laut der Einnahmen-Ausgabenrechnung sind dies die einzigen Einnahmen im Jahr 2005. An Ausgaben des Jahres 2005 für der Bw. nur die Gewerbegebühren an die Stadt Wien und die Sozialversicherungsbeiträge an.

Unter Bedachtnahme auf das Vorbringen des Bw., er sei bereits zweimal durch Organe der KIAB (**K**ontrolle **i**llegaler **A**usländer**b**eschäftigung) ohne Beanstandung kontrolliert worden, veranlasste der Referent eine Abfrage in der KIAB-Datenbank: Dabei ergab sich, dass der Bw. am 28. März 2007 um 14:00 Uhr auf einer näher genannten Baustelle in H., Oberösterreich, mit 3 polnischen Staatsbürgern bei Arbeiten für die Fa. Rt. K. betreten geworden ist. Im Gegensatz zur Behauptung des Bw., wonach seine Tätigkeit bei Kontrollen unbeanstandet geblieben sei, ging die KIAB auf Grund der Erhebungsergebnisse von einer wirtschaftlichen Unselbständigkeit der angetroffenen Personen aus und erstattete deshalb per 30.03.2007 an das zuständige Magistratische Bezirksamt einen Strafantrag wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes durch Rt. K. . Seitens der KIAB wurden dem Referenten ein anlässlich der Überprüfung mit dem Bw. aufgenommener Fragebogen zur Selbständigkeit von EU-Ausländern, ein Vermerk über vorgelegte Dokumente (Reisepass) und die Kopie eines Werkvertrages vom 28.03.2007 mit Rt. K. übermittelt. In diesem Vertrag wird unter Punkt 1 als Werk „Spachtler, Hilfsarbeiter N (HC) ausgewiesen. Unter Punkt 5 wurde keinerlei Honorar eingetragen.

Aus den im Fragebogen festgehaltenen Fragen und Antworten ergibt sich, dass der Bw. die deutsche Sprache nur „ganz wenig“ versteht und diese „nur wenig“ lesen kann. Er ist im August 2005 nach Österreich (kurz: Ö.) gekommen, um zu arbeiten und Geld zu verdienen. Die Frage, warum er in Ö. ein Gewerbe angemeldet habe, beantwortete der Bw. „habe bei uns Gewerbe, geht nicht ohne“. Ein nicht namentlich genannter Kollege habe ihm bei Behördenwegen kostenlos geholfen. Die Fa. K. sei sein Auftraggeber, Ansprechperson sei Herr K. . Außer mit der Fa. K. habe er mit einer in Wien ansässigen Fa. W. Verträge abgeschlossen. Den jeweils unterschriebenen Vertrag habe er verstanden. Als Tätigkeit sei Spachteln und Montage von Trennwänden vereinbart worden. Die Frage, seit wann er für seinen Auftraggeber arbeite, beantwortete er mit „1 Monat dieses Jahr“. Mündliche oder schriftliche Zusatzvereinbarungen gebe es nicht, was vereinbart worden sei, verstehe er nicht genau. Er arbeite auf Baustellen in der Fa. Straße und in der SC in Wien sowie im HC.. Die Frage nach der Dauer seiner Arbeit für K. konnte der Bw. nicht beantworten. Von Montag bis Freitag wohne er gemeinsam mit Polen in einer Wohnung in Haid. die Wohnmöglichkeit habe Rt. K. , der die Miete zahle, zur Verfügung gestellt. Der Standort seines Gewerbes befinde sich im 12. Wiener Gemeindebezirk. An Werkzeugen benötige er Spachtel, Leiter, Kübel und Bohrmaschine. Das Werkzeug stelle er selbst zur Verfügung, die Arbeitsmaterialien stammten von der Firma (K.). Hr. K. sage ihm, auf welcher Baustelle er arbeiten solle. Ebenso sage er ihm wo auf der Baustelle er arbeiten solle. Welche Arbeiten er durchführen solle, würden ihm die Monteure der Firma K. oder der Chef selbst sagen. Er selbst habe keine Mitarbeiter. Bezüglich der Arbeitszeit, des Arbeitsfortganges und der Arbeitsqualität werde er von Rt. K.

kontrolliert. Er müsse sich bei Arbeitsbeginn und Ende bei dessen Mitarbeitern und auch bei K. melden. Die Frage, ob er kommen und gehen könne wann er wolle, verneinte der Bw. Auf die Frage, ob er sich im Falle von Krankheit oder Urlaub melden müsse gab er an: "muss ich sagen, K. nix kommen." Der Bw. gab an, nicht zu wissen, ob er sich vertreten lassen könne. Auf die Frage nach seinem Honorar gab der Bw. an: „z.B. Decke ca. € 2,00, Wände € 1,80.“ Auf die Frage, in welcher Form abgerechnet werde gab der Bw. an: „schreibe Rechnung, Kollegen helfen.“ Auf die Frage wann, wie und von wem ausbezahlt werde gab er an: "nach Arbeit wir schreiben Rechnung, auf Konto wir bekommen Geld." Das Haftungs- und Gewährleistungsrisiko trage die Fa. K. . Honorarnoten habe er bereits ausgestellt. Außer den Einkünften aus dem Werkvertrag beziehe er keine anderen Einkünfte. Auf die Frage, wie viel Steuer er in seinem Herkunftsland (Slowakei) zahle, gab er an: "Steuererklärung in Österreich gleiche in Slowakei."

In der Slowakei sei er nicht versichert, er sei dagegen in Österreich bei der Sozialversicherung angemeldet. In der Slowakei besitze er seit 4 Jahren einen entsprechenden Gewerbeschein.

Der Bw. wurde vom UFS aufgefordert, innerhalb einer Frist von 4 Wochen, den bzw. die Werkverträge mit der Fa. B. KEG über die von ihm durchgeführten Arbeiten sowie Kopien von sämtlichen von ihm in den Jahren 2006 und 2007 ausgestellten Rechnungen vorzulegen. Gleichzeitig wurden ihm der ausgefüllte Fragebogen (die Niederschrift) über die Ergebnisse und Aussagen bei der am 28. März 2007 erfolgten Überprüfung durch die KIAB zur Äußerung vorgehalten.

Der Bw. legte weder die verlangten Werkverträge und Rechnungskopien vor, noch äußerte er sich zu den ihm übersandten Unterlagen.

Abfragen beim Zentralen Melderegister ergaben, dass der Bw. ab 30.08.2005 bis 10.02.2006 im 15. und danach bis 02.05.2007 im 12. Wiener Gemeindebezirk jeweils bei polnischen Hauptmieterinnen offenbar in Untermiete wohnte.

Über die Berufung wurde erwogen:

Strittig ist die Abweisung eines Antrages auf Gewährung einer Differenzzahlung für das Jahr 2005 für 2 in den Jahren 2003 und 2005 geborene, in der Slowakei lebende Kinder.

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 slowakische 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 bzw. Differenzzahlung 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.

Eine solche Bewilligung ist vom Bw. unbestrittendermaßen nicht vorgelegt worden.

In seiner Begründung warf der Bw. dem Finanzamt vor, zu Unrecht die VO Nr. 1408/71 samt Durchführungsverordnung Nr. 574/72 statt der VO Nr. 883/2004 (Artikel 91) herangezogen zu haben.

Wie vom Finanzamt in der Berufungsvorentscheidung dazu ausgeführt, wurde für die VO Nr. 883/2004 bis dato noch keine Durchführungsverordnung erlassen. Das Finanzamt hat daher zu Recht die VO Nr. 1408/71 herangezogen.

Die Hinweise des Bw. dass die vom Finanzamt herangezogenen Bestimmungen für Selbständige wie ihn keine Geltung hätten, gehen ins Leere, weil § 32a Abs. 1 des AusIBG bestimmt, dass Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten nicht unter die

Ausnahmebestimmung für EWR-Bürger für die Dauer der Übergangsfrist (bis 30.04.2011) fallen. Nach der Gem. § 2 Abs. 4 AuslBG anzuwendenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise sind für die Beurteilung nicht die formellen Bezeichnungen, sondern der wahre wirtschaftliche Gehalt maßgeblich.

Das Finanzamt hat daher unter Bedachtnahme auf die Angaben des Bw. und die allgemeine wirtschaftliche Erfahrung die Tätigkeit des Bw. als eine unselbständige Tätigkeit beurteilt, in der Berufungsvorentscheidung die Gründe für diese Beurteilung dargestellt und daraus den Schluss gezogen, dass die Tätigkeit des Bw. der eines Hilfsarbeiters auf einer Baustelle entspricht; mit anderen Worten, dass er nicht ein Werk erbringe, sondern vielmehr wie ein Arbeitnehmer seine Arbeitskraft schulde und dass er dem Willen des Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen sei, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall ist. Der Umstand, dass er Gewerbescheine besitzt und die entsprechenden Beiträge und Abgaben entrichtet, könne an diesem Bild nichts ändern.

Im Zusammenhang mit dem Hinweis des Finanzamtes, es gebe keinen schriftlichen Werkvertrag, verwies der Bw. auf drei seinem Vorlageantrag („Berufung gegen Berufungsvorentscheidung“) angeschlossene Kopien von **Werkverträgen**.

Bei näherer Betrachtung dieser erst im Jahr 2006 unterzeichneten Schriftstücke fällt auf, dass sie unter der Position des vom Bw. zu erbringenden Werkes teils überhaupt nichts, teils nur den Ort der Leistung und nur im Werkvertrag mit der B KEG sowohl den Leistungsort als auch die Bezeichnung „Bauhilfsarbeiten, Montage von mobilen Trennwänden“ als Bezeichnung des Werkes enthalten.

Während in einem der Werkverträge das Honorar zur Gänze fehlt, ist in den beiden übrigen Fällen je 1 Pauschalhonorar (€ 950,00 und 1.500,00) angeführt. Für das Jahr 2005 wurde dagegen **kein** (mit der Fa. B KEG abgeschlossener) **Werkvertrag** vorgelegt.

Es ist offenkundig, alle diese „Verträge“ keine hinreichend exakte Beschreibung des Werkes aufweisen, die im Falle von Streitigkeiten zwischen den Vertragspartnern die Beurteilung ermöglichen könnten, ob, bzw. in welchem Umfang das Werk vom Bw. erbracht wurde oder nicht. Auch ist die Art der Ermittlung des Honorars für einen Dritten wegen der fehlenden Angaben in den „Werkverträgen“ nicht möglich.

Auf Grund dieser Überlegungen geht der UFS davon aus, dass diese „Werkverträge“ lediglich für die Vorlage im Berufungsverfahren angefertigt wurden und für die Erbringung der Leistungen durch den Bw. keinerlei Bedeutung hatten.

Der Bw. beharrt im Vorlageantrag darauf, **keineswegs weisungsgebunden** gewesen zu sein.

Während der Bw. die Frage nach seiner Weisungsgebundenheit im Fragebogen gewerbliche EU-Ausländer unbeantwortet ließ, ergibt sich aus dem im Zuge der KIAB-Kontrolle in H. /Oberösterreich ausgefüllten Fragebogen (siehe Punkte 28 – 41) folgendes Bild:

Sein Auftraggeber sage ihm, auf welcher Baustelle und wo er auf der jeweiligen Baustelle arbeiten müsse. Welche Arbeiten er verrichten müsse, werde ihm von den Monteuren der Fa. K. oder deren Chef gesagt. Er habe keine Mitarbeiter und werde bezüglich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität von Hrn. K. kontrolliert. Bei Arbeitsbeginn und –ende müsse er sich bei K. oder dessen Mitarbeitern melden. Die Frage ob er kommen könne, wann er wolle, verneinte der Bw. Er müsse melden wenn er krank sei oder auf Urlaub gehen wolle. Ob er sich vertreten lassen könne, konnte der Bw. nicht beantworten. An Entgelt bekomme er für (Anmerkung wohl pro m²) Decke € 2,00 und Wände € 1,80. Kollegen würden ihm beim Schreiben der Rechnung helfen. Das Haftungsrisiko trage die Fa. K. . Er beziehe neben den Werkvertrags Einkünften keine weiteren Einkünfte.

Auf Grund der Bezeichnung der mit „Bauhilfsarbeiten“ in den Rechnungen an die Fa. B KEG verrechneten Leistungen, vor allem aber auf Grund der Angaben gegenüber den KIAB-Organen in H. /Oberösterreich gelangte der UFS zur Überzeugung, dass eine **Weisungsgebundenheit** gegenüber dem jeweiligen Auftraggeber **sehr wohl gegeben** war.

Im Vorlageantrag wendet sich der Bw. gegen die weiteren vom Finanzamt aufgezeigten **Anhaltspunkte**, die nach Auffassung des Finanzamtes in **wirtschaftlicher Betrachtungsweise** für das **Vorliegen einer nichtselbständigen** und damit nach dem AusIBG **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 Dienstnehmern noch eine Reihe von - zumindest geleast - Geräten, wie Baumaschinen, Gerüste, Sicherheitsausstattungen, Büro- und Lagerräume etc. voraus, um nachhaltig am Markt bestehen zu können.

Das eigene vom Bw. im Fragebogen der KIAB angegebene Werkzeug (Spachtel, Leiter, Kübel, Bohrmaschine) 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. ergab, stellt die von ihm genannte Adresse bloß eine von einem Auftraggeber angemietete Privatwohnung in H. , Oberösterreich, die er mit anderen (polnischen) Auftragnehmern teilen muss, und keineswegs ein Büro dar. Er besitzt daher auch kein Lager für die Werkzeuge und das von ihm benötigte Material. Aber auch die Abfragen beim Zentralen Melderegister hinsichtlich der Wiener Adressen lassen den Schluss zu, dass er jeweils als Untermieter bei (polnischen) Hauptmieterinnen wohnte.

Wie eine Einsichtnahme in das elektronische Telefonregister der Fa. Herold ergab, scheint der Bw. weder im aktuellen Telefonbuch noch im Branchenregister der Telekom auf. Eine "Google-Abfrage" mit dem Namen 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 (Vorsprache am Finanzamt **mit Dolmetscher** laut eigener Angabe im Vorlageantrag, S. 1 unten) noch keine ausreichenden Deutschkenntnisse hatte, in Wahrheit über keinen Gewerbebetrieb mit entsprechenden Betriebsmitteln verfügte, sondern lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung stellte. Dies wird auch aus dem Umstand, dass er sich bei Ausstellung seiner Rechnungen von Kollegen helfen lassen müsse, besonders deutlich.

Er war dadurch dem Willen seines jeweils einzigen Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall ist. Die vom Bw. gelegte Einnahmen-Ausgabenrechnung für 2005 weist keine einzige der Vielzahl an Betriebsausgabenpositionen, wie sie im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig anfallen (z.B. die Kosten eines betriebsbereiten Standortes, Fahrt/Transportkosten, Werbe/Akquisitionskosten, Personalkosten) auf.

Die dem Arbeitgeber gegenüber erbrachte Leistung betraf Bauhilfsarbeiten und Montage von mobilen Trennwänden bzw. von Gipskartonplatten (= "Rigipsplatten"), 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.

Die Umstände, dass der Bw. einen oder mehrere Gewerbescheine besitzt und dass er sich bei der Sozialversicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft angemeldet hat und Versicherungsbeiträge leistet, können zu keiner anderen Beurteilung führen. Denn eine solche nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeutende Betätigung wird auch nicht dadurch zu einer selbständigen Tätigkeit, dass bestimmte Formalvoraussetzungen vorliegen; sind doch, worauf bereits hingewiesen wurde, 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. (Bauhilfsarbeiten, Verlegen von Gipskartonplatten usw.) 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 dass 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 der Slowakei lebende Kinder.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 25. Mai 2007