



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 29. April 2009 gegen die Bescheide des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf vom 9. April 2009 betreffend Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung für den Zeitraum März 2006 bis Dezember 2007 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) ist polnischer Staatsbürger und seit 9.3.2006 in Österreich aufhältig (als gewerblich selbständig Erwerbstätiger) und meldete am 13.3.2006 beim Magistrat der Stadt Wien das Gewerbe "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit" an. Für das Kalenderjahr 2006 beantragte er die Gewährung der Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung für die in Polen lebenden Kinder P., K. und P für den Zeitraum März bis Dezember 2006 und Jänner bis Dezember 2007.

Am 26.8.2008 wurde der Bw. vom Finanzamt aufgefordert folgende Unterlagen und Angaben vorzulegen bzw. bekannt zugeben:

- das Niederlassungsrecht durch die Fremdenbehörde mittels NAG-Karte, den Mietvertrag und Mitbewohner, die Steuernummer sowie Bilanz oder Einnahmen-Ausgaben-Rechnung,

Auftragsverträge und ausgestellte Rechnungen seit Beginn der gewerblichen selbständigen Tätigkeit, Belege über sämtliche Einnahmen,

- weiters Kopie eines Gewerbebescheides und Zulassungsscheines im Falle des Besitzes eines Kfz, beiliegenden „Fragekatalog Gewerbebescheine EU-Ausländer“, Formulare E 401 und E411 und Bestätigung der polnischen Behörde ab 3/2006, Jahreszeugnisse der Kinder
- Bekanntgabe der beruflichen Tätigkeit und Sozialversicherung der Ehegattin, Bank und Kontonummer.

Vorgelegt wurden die ausgefüllten Formulare, Meldedaten in Österreich, Heiratseintrag und Meldedaten in Polen, Schulbesuchsbestätigungen, Mietvertrag, Gewerbeberechtigung, Anmeldebescheinigung vom 24.6.2008 und Kopien der Einnahmen-Ausgabenrechnungen 2006 und 2007, sowie NAG-Titel bis 29.9.2008.

Der Antrag vom 11.8.2008 auf Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung wurde vom Finanzamt im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen,

dass für Staatsangehörige bestimmter EU/EWR-Staaten die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes weiter gelten. D.h. es besteht innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist kein freier Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt. Besteht unter Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes in Österreich trotzdem ein Arbeitsverhältnis, kann nicht vom Vorliegen einer Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der genannten EU-Verordnungen ausgegangen werden. In einem solchen Fall ist daher der Anspruch auf die österreichischen Familienleistungen ausgeschlossen.

Gemäß § 47 Einkommensteuergesetz liegt ein Arbeitsverhältnis dann *vor* wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet, der Arbeitnehmer unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.

Ein Arbeitsverhältnis liegt demnach insbesondere dann *vor*, wenn der Arbeitgeber sein persönliches Weisungsrecht hinsichtlich der Art der Ausführung der Arbeit, der Zweckmäßigkeit des Einsatzes der Arbeitsmittel der zeitlichen Koordination der zu verrichtenden Arbeiten der Vorgabe des Arbeitsortes und der Arbeitszeit ausübt.

Dabei ist nach gängiger Rechtsprechung bei der Beurteilung, ob ein steuerlich als Arbeitsverhältnis einzustufendes Vertragsverhältnis besteht, vom tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt der Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern auszugehen. Maßgebend sind ausschließlich die objektiven Umstände, auch wenn die formalen Voraussetzungen (z.B. Gewerbebeschein) für eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegen.

In der fristgerechten Berufung wendete der Bw. ein, dass es sich nur einen groben Verwechslungsfehler handeln könne oder die Werkverträge nicht genau gelesen wurden. Die selbständige Tätigkeit des Bw. als Einzelunternehmer sei nicht als unselbständige Beschäftigung einzureihen. Es gäbe keine Begründung bzw. würde nur allgemein über irgendeinen Arbeitnehmer der Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet geredet, welcher unter Leitung des Arbeitgebers und dessen Weisungen arbeitet. Daraus resultiere aber nur eine allgemeine Definition gemäß § 47 EStG über ein Arbeitsverhältnis.

Das Finanzamt bzw. zuständige Referent sei nicht im Bilde, was die Person des Bw. als selbständiger Unternehmer betrifft. Aus diesem Grund nehme der Bw. wie folgt Stellung zu diesen 3 Pseudo-Vorwürfen:

1. "Arbeitnehmer der Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet"

Betreffe nicht die Person des Bw., da mit dem Auftragsgeber (nicht Arbeitgeber) Werkverträge abgeschlossen worden wären, was ein Arbeitsverhältnis ausschließt. Im Werkvertrag sind alle Merkmale für die selbstständige Tätigkeit des Bw. als Einzelunternehmer beinhaltet.

2. "Unter der Leitung des Arbeitsgeber"

Der Bw. hätte keinen Arbeitgeber sondern nur Auftragsgeber. Die selbstständige Tätigkeit beinhaltet typische Merkmale eines Werkvertrages:

- legal ausgestellte Gewerbeberechtigungen (nach umfangreichen Beratungen in der Wirtschaftskammer Wien)
- zahle selber alle Abgaben
- eigene Betriebsmittel und Werkzeuge - **alle** die für die selbstständige Tätigkeit gebraucht werden
- es gäbe keinen konkreten Arbeitsort vielmehr verschiedene Orte, an dem das Werk zu verrichten sei
- es gäbe keine vorgegebene Arbeitszeit, weder hinsichtlich bestimmter Wochentage oder bestimmter Arbeitszeiten wann der Auftrag durchzuführen ist. Es gibt selbstverständlich eine Frist, binnen welcher das Werk zu erfüllen ist - mit Auftraggeber vereinbart.
- der Bw. könnte den Auftrag verrichten lassen in einer bestimmten Vertretung. Vorausgesetzt ist dabei, dass die vereinbarte Qualität erbracht und innerhalb der vereinbarten Frist die Fertigstellung erfolgt
- der Bw. könne auch für andere Auftraggeber tätig sein - kein Konkurrenzverbot
- der Bw. hätte als selbständiger Werkunternehmer natürlich die Haftung im Rahmen der Gewährleistung zu tragen - gegenüber dem Auftragsgeber. Dies bestimme sich nach dem Werkvertrag.
- es gäbe keine organisatorische Eingliederung, die Arbeitsmittel können vom Bw. aufbewahrt werden, z.B. Standort, Kofferraum des PKW, usw., es gäbe keine gemeinsame Örtlichkeit über den Start, um die Arbeit zu verrichten und wohin zurückgekehrt wird.

3. "dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist"

Der Bw. sei keinesfalls weisungsunterworfen. Natürlich habe der Auftragsgeber darauf zu achten, dass die Qualität und auch die Frist gegenüber ihren eigenen Auftraggeber eingehalten wird, da ansonsten der Auftragsgeber gegenüber ihren eigenen Vertragspartnern vertragsbrüchig werden und mit Gewährleistung oder Nichterfüllungsansprüchen konfrontiert wären und daher auch keinen Werklohnanspruch hätten. Aus diesem Grund habe der Auftragsgeber darauf zu achten, dass die Aufträge seitens der beauftragten Subunternehmer Frist und qualitätsgerecht nach den vereinbarten Qualitätsstandards erbracht werden. Bei solcher Überprüfung handelt es sich dabei lediglich um sachliche Überprüfungen. Sollten in diesem Rahmen Vorgaben erteilt werden, handelt es sich dabei um sachliche Vorgaben.

Darüber hinaus gehende Vorgaben, wann konkret Aufträge erbracht, welche Dienstleistungen einzuhalten sind oder welche Arbeitsorte oder Arbeitskleidung oder Arbeitsgerätschaften zu verwenden sind, gibt es nicht. Es fand daher natürlich eine Art Nachschau über den Fortgang der Arbeiten statt, wobei es jedoch nur um eine sachliche Kontrolle, nicht aber um eine persönliche Kontrolle ging. Es gibt, wie bereits erwähnt, keine disziplinarische Abhängigkeit. Es gibt lediglich Vorgaben hinsichtlich der Qualität und des Termins, die für Werkverträge typisch.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes komme es bei der Abgrenzung zwischen Dienstnähmerekenshaft einerseits und Werkvertrag andererseits auf **eine**

Gesamtbetrachtung der einzelnen Merkmale, wie dargelegt an. Bei Gesamtbetrachtung der einzelnen Merkmale sehe man jedoch klar und deutlich, dass **die überwiegende Anzahl der Merkmale für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit als Unternehmer spricht**.

Der Bw. hätte also immer seine Pflichten gegenüber der Republik Österreich erfüllt. Haben die Kinder des Bw. daher kein Recht etwas zu bekommen. Die EU soll irgendwann eine Art von Europäische Familie sein. Darum hätte die EU eine Verordnung (EWG) NR.1408/71 über Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren **Familienangehörigen** eingeführt. Laut dieser Verordnung hätte der Bw. Anspruch auf Familienleistungen bzw. -beihilfe. In der Praxis versuche man diese Verordnung mit einer Doppelmoral zu **umgehen**. Offiziell und amtlich vergibt man Gewerbescheine und verpflichtet selbständige Unternehmer zur Zahlung verschiedener Abgaben (WKO Grundumlage, SVA Beiträge, Magistratsabgaben, Steuern und so weiter). Wenn aber ein Unternehmer aus einem EU-Gebiet einen Antrag auf zustehende Familienbeihilfe stellt, wird dieser verweigert. Wie soll also in Zukunft unsere Europäische Familie funktionieren, wenn das Heute schon für Probleme sorgt? Es sei Faktum, dass seit 2004 die Arbeitslosigkeit zurückgehe, trotz EU-Beitritt von Polen und anderen Neuen EU-Ländern. Statt „schwarzarbeiten“ haben tausende Neue EU-Bürger die legale Selbständigkeit gewählt und Firmen gegründet wie der Bw. auch als Einzelunternehmer. Dadurch fließen in die Staatskassen Millionen Euro an Abgaben. Wenn die Kinder erwachsen werden, 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 doch in diesem Sinne verfasst.

Im Rahmen eines Ergänzungsvorhaltes führte der Bw. zu den einzelnen Punkten aus,
- dass er kein Kfz besitze und die Kinder in Polen sich befinden würden. Da jedoch der Bw. als selbständiger Unternehmer im Ausland tätig sei, stünde keine Familienbeihilfe in Polen zu. Kleider würden in Polen gekauft, Verkehrsmittel und Fahrrad zum Teil in Österreich.

Werkzeuge und Betriebsmittel wären schon vor der Tätigkeit in Österreich in Polen gekauft worden, daher keine Rechnungen mehr vorhanden sein.

- Über die bestehende Pflicht einer Anmeldebescheinigung hätte der Bw. erst im Juni 2008 erfahren und sofort den Antrag gestellt, auf Grund der Verspätung hätte auch eine Geldstrafe gezahlt werden müssen.

Das Finanzamt gab der Berufung mittels abweisender Berufungsvorentscheidung nicht Folge:

„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 Mitgliedsstaates unterliegt, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnen.

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl.Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 3 Abs. 2 FLAG 1967 besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 3 Absatz 1 und 2 Familienlastenausgleichsgesetz in Verbindung mit Artikel 12 EG-Vertrag besteht für EU/EWR-Staatsangehörige, auf die (unter Berücksichtigung der Verordnung Nr. 1408/1971) die österreichischen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit anzuwenden sind, Anspruch auf Familienleistungen, wenn sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich befindet.

EU/EWR-Bürger, die ihre Freizügigkeit in Anspruch genommen haben (d.h. nach Österreich eingereist sind) und sich länger als drei Monate hier aufhalten, sind Österreichern in Bezug auf den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich nur dann gleichgestellt, wenn sie

1. unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind und
2. über ausreichende Existenzmittel und
3. über eine ausreichende Krankenversicherung für sich und ihre Familienangehörigen verfügen.

1. Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich

Nach den von Ihnen übermittelten Unterlagen haben sich sowohl Ihre Gattin als auch Ihre Kinder im Jahr 2006 in Polen aufgehalten.

Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 regelt, welcher Mitgliedsstaat für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet ist. Sind die Elternteile in verschiedenen Mitgliedsstaaten erwerbstätig, was in Ihrem Fall gegeben ist, trifft die vorrangige Verpflichtung zur Gewährung der Familienleistungen jenen Mitgliedsstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen.

Sind die Familienleistungen im anderen Mitgliedsstaat höher, besteht dort gegebenenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages (Art. 76 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 iVm. Art. 10 der DVO 574/72). Wird in jenem Mitgliedsstaat, der vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet ist, kein Antrag gestellt, so kann der andere Mitgliedsstaat dennoch jene Leistungen, die bei Antragstellung gewährt worden wären, bei der Berechnung der Differenzzahlung berücksichtigen (Art. 76 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71).

Nachdem Sie nach den von Ihnen übermittelten Unterlagen in Polen in der Zeit von 1.3.2006 bis 31.8.2006 Familienleistungen bezogen haben und betreffend den Zeitraum 1.9.2006 bis 12.11.2008 keinen Antrag auf Familienleistungen eingebracht haben, steht Ihnen in Österreich von vornherein, wenn überhaupt, nur ein Anspruch auf Differenzzahlung zu. Diese Differenzzahlungen sind jährlich zu beantragen, weswegen mit diesem Bescheid nur über den Zeitraum März 2006 bis Dezember 2006 abgesprochen wird. Über den Zeitraum Jänner 2007 bis Dezember 2007 wird gesondert entschieden werden.

2. Erwerbstätigkeit, Existenzmittel, Krankenversicherung, Anmeldebescheinigung

Wie oben ausgeführt, sind EU/EWR-Bürger, die ihre Freizügigkeit in Anspruch genommen haben (d.h. nach Österreich eingereist sind) und sich länger als drei Monate hier aufhalten, Österreichern in Bezug auf den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich nur dann gleichgestellt, wenn sie unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind und über ausreichende Existenzmittel und über eine ausreichende Krankenversicherung für sich und ihre Familienangehörigen verfügen.

Bei einer Einreise ab dem 1.1.2006 ist darüber hinaus eine Anmeldebescheinigung erforderlich.

2.1. Erwerbstätigkeit

Mit Ergänzungsersuchen vom 18.9.2009 wurden Sie unter anderem aufgefordert dem Finanzamt sämtliche Auftragsschreiben bzw. Verträge mitsamt sämtlichen entsprechenden Einnahmenbelegen betreffend die Jahre 2006 und 2007 und eine Aufstellung Ihrer Lebenserhaltungskosten für die Jahre 2006 und 2007 (insbesondere beinhaltend Miete/ Betriebskosten/ Strom/ Telefon/ Aufwendungen für Verkehrsmittel/ Nahrung/ Kleidung/ ..) zu übermitteln.

Darüber hinaus wurden Sie aufgefordert/ zu den Umständen/ dass in Ihren "Einnahmen-Ausgabenrechnungen" für 2006 und 2007 Aufwendungen für Werkzeug/ Baumaterial/ etc. nicht aufscheinen/ obwohl Sie in Ihrer Berufung angegeben/ dass Sie über "eigene Betriebsmittel und Werkzeuge" verfügen und dass die Sie betreffende "Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger/-innen und Schweizer Bürger/-innen" das Datum 24.6.2008 aufweist/ obwohl in Ihren Anträgen auf Zuerkennung von Familienbeihilfe angeführt ist/ dass Sie seit März 2006 in Österreich tätig sein/ eine Stellungnahme abzugeben.

Außerdem wurden Sie in dem oben angeführten Ergänzungsersuchen darüber informiert/ dass Polen vordergründig zur Gewährung von Familienleistungen zuständig ist/ weil sich Ihre Kinder nach Ihren eigenen Angaben dauernd in Polen aufhalten und dass Differenzzahlungen jährlich zu beantragen und im Falle der Zuerkennung dieser Zahlungen ist deren Höhe jährlich neu zu berechnen sind/ da die vorrangigen ausländischen Familienleistungen zu berücksichtigen sind. Aus diesem Grund wird daher seitens des Finanzamtes über Ihre Ansprüche in den Jahren 2006 und 2007 jeweils gesondert entschieden werden.

Am 15.10.2009 langte im Finanzamt ein Antwortschreiben ein/ dem "Rechnungen" betreffend die Jahre 2006 und 2007/ eine Jahresabrechnung für Strom und Gas und eine Mietzinsaufstellung für 7/2009 beigelegt worden sind.

In Ihrer Stellungnahme haben sie unter anderem ausgeführt/ dass Sie Werkzeuge und Betriebsmittel bereits "vorher" in Polen gekauft hätten und dass Sie auf Grund der verspäteten Beantragung der "Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger/-innen und Schweizer Bürger/-innen" eine Strafe bezahlt hätten/ womit Ihrer Ansicht nach Ihr legaler Aufenthalt seit März 2006 (amtlich) bestätigt worden wäre.

Bei der Beurteilung von abgabenrechtlichen Fragen ist im österreichischen Recht der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgeblich.

ad 2006: Aus den von Ihnen übermittelten Unterlagen betreffend das Jahr 2006 ist ersichtlich, dass Sie das gesamte Jahr lediglich für ein und dasselbe Unternehmen tätig gewesen sind.

ad 2007: Aus den von Ihnen übermittelten Unterlagen betreffend das Jahr 2007 ist ersichtlich, dass Sie bis Juni 2006 ausschließlich für jenes Unternehmen tätig gewesen sind, wie im Jahre 2006. In der Zeit von Juni bis September 2007, Juli bis Oktober 2007 und November bis Dezember 2007 haben Sie „Rechnungen“ jeweils eines weiteren Unternehmens vorgelegt, wobei festzuhalten ist, dass in diesen Rechnungen die Beträge nur pauschal monatlich oder für mehrere Monate abgerechnet wurden und dass aus den vorgelegten Unterlagen nicht ersichtlich ist, worin der Leistungsgegenstand bei den einzelnen Tätigkeiten bestanden hat – teilweise wurden in einer Rechnung (z.B. Rechnung 8/2007) sogar mehrere Bauvorhaben abgerechnet.

Darüber hinaus haben Sie nach Ihren eigenen Angaben Ihre Werkzeuge und Ihre Betriebsmittel "schon vorher" in Polen gekauft. Dieses Vorbringen dass Sie die Betriebsmittel in Polen gekauft hätten ist nicht glaubwürdig oder nachvollziehbar. Da Sie nach Ihren eigenen Angaben über kein Auto verfügen, hätten Sie Ihre Betriebsmittel (z.B. Spachtelmasse/ Rigipsplatten/ ...) beispielsweise mit dem Zug aus Polen importieren müssen. Auch ist für das Finanzamt nicht nachvollziehbar, wie Sie diese Betriebsmittel und das Werkzeug auf die Baustelle verbracht haben.

Das Finanzamt geht daher auf Grund des vorliegenden Sachverhaltes (Tätigkeit für ein einziges Unternehmen; kein Nachweis des Verwendens eigener Betriebsmittel, weswegen davon ausgegangen wird, dass Sie Betriebsmittel des Unternehmers verwendet haben; Verrechnung der Tätigkeiten pauschal, wobei der Tätigkeitszeitraum zwischen einem und drei Monate umfasst; bei dieser Verrechnungspraxis kann von einer Abrechnung eines erstellten Werkes nicht ausgegangen werden) davon aus/ dass die von Ihnen im Jahr 2006 und auch 2007 ausgeübte Tätigkeit nach deren wahren wirtschaftlichen Gehalt als bewilligungspflichtige nichtselbständige Tätigkeit anzusehen ist.

Die von Ihnen in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit war daher nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Einkommensteuergesetz (EStG) zu beurteilen und wäre daher nach dem AuslBG bewilligungspflichtig. Es kann daher im verfahrensgegenständlichen Zeitraum von März 2006 bis Dezember 2006 weder von einer rechtmäßigen Beschäftigung als Arbeitnehmer noch von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ausgegangen werden. Die obige Verordnung (EWG) war in dem oben angeführten Zeitraum auf Ihren Sachverhalt nicht anwendbar, weswegen der Antrag auf Differenzzahlung für P., P und K. für den Zeitraum März 2006 bis Dezember 2006 schon aus diesem Grund abzuweisen war.

2.2. ausreichende Existenzmittel, ausreichende Krankenversicherung

ad 2006: Sie haben dem Finanzamt Ihre Einnahmen im Jahr 2006 mit € 6.200,- und Ihre Ausgaben mit € 967,75 (hierbei handelt es sich ausschließlich um Sozialversicherungsbeiträge) bekannt gegeben. Berücksichtigt man, dass sie im Jahr 2006 nach Ihren eigenen Angaben 10 Monate (März bis Dezember 2006) in Österreich gearbeitet haben und dass allein Ihre Aufwendungen für Miete, Energie und Telefon nach Ihren eigenen Angaben monatlich €

221,83 betragen, errechnet sich ein Ihnen monatlich zur Verfügung stehender Betrag von € 301,40.

ad 2007: Sie haben dem Finanzamt Ihre Einnahmen im Jahr 2007 mit € 13.478,- und Ihre Ausgaben mit € 2.239,60 (hierbei handelt es sich ausschließlich um Sozialversicherungsbeiträge) bekannt gegeben. Berücksichtigt man, dass sie im Jahr 2007 das ganze Jahr in Österreich gearbeitet haben und dass allein Ihre Aufwendungen für Miete, Energie und Telefon nach Ihren eigenen Angaben monatlich € 221,83 betragen, errechnet sich ein Ihnen monatlich zur Verfügung stehender Betrag von € 714,70.

Von diesem Betrag sind weiters die Kosten für Verkehrsmittel, Kleidung, Nahrung, Produkte des täglichen Bedarfes, usw. in Abzug zu bringen, wobei an dieser Stelle festgehalten wird, dass Ihr Vorbringen, dass Sie Kleidung und Nahrung in Polen besorgen als nicht glaubwürdig angesehen wird. Selbst für den Fall, dass dies zutreffen würde, wären von Ihnen einerseits die Kosten dieser Anschaffungen und andererseits die Aufwendungen für die regelmäßigen Fahrten nach Polen bei der Haushaltsrechnung von Ihrem Einkommen in Abzug zu bringen gewesen.

Zusammenfassend ist an dieser Stelle festzuhalten, dass bei einem monatlichen Betrag von € 301,40 (wobei von diesem Betrag noch die Kosten für Fahrten nach Polen, Verkehrsmittel innerhalb Österreichs, Kleidung, Nahrung, Produkte des täglichen Bedarfes, angeblich von Ihnen angeschaffte Betriebsmittel etc. in Abzug zu bringen sind) bei einer fünfköpfigen Familie nicht von ausreichenden Existenzmitteln ausgegangen werden kann, weswegen Ihr Antrag auf Differenzzahlung auch aus diesem Grund abzuweisen war.

2.3. Anmeldebescheinigung

Wie oben bereits ausgeführt, haben Sie nach Ihren eigenen Angaben mit Ihrer Tätigkeit in Österreich bereits im März 2006 begonnen und weist auch das Zentrale Melderegister eine Meldung ab März 2006 in Österreich aus. Wie oben ebenfalls ausgeführt, weist Ihre "Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger/-innen und Schweizer Bürger/-innen" das Datum 24.6.2008 auf.

Zu ihrem Vorbringen, dass mit einer angeblich von Ihnen beglichenen Geldstrafe Ihr legaler Aufenthalt seit März 2006 (amtlich) bestätigt worden wäre, wird seitens des Finanzamtes festgehalten, dass die Strafe eine Sanktion wegen einer Gesetzesübertretung darstellt. Das Bezahlen dieser Geldstrafe bewirkt jedoch keinesfalls, dass Ihnen rückwirkend ein legaler Aufenthalt in Österreich bescheinigt oder bestätigt wird.

Eine "Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger/-innen und Schweizer Bürger/-innen" mit Datum 24.06.2008 bestätigt entgegen Ihrem Vorbringen lediglich, dass mit diesem Datum die Voraussetzungen für die Ausstellung dieser Bescheinigung vorgelegen haben.

3. Zusammenfassung

Sie haben Sohin in den Jahren 2006 und 2007 ohne die erforderliche arbeitsmarktbehördliche Bewilligung eine bewilligungspflichtige nichtselbständige Tätigkeit in Österreich ausgeübt und sie haben im Jahr 2006 darüber hinaus nicht über die erforderlichen ausreichenden Existenzmittel verfügt, weswegen Ihrem Antrag auf Zuerkennung von Differenzzahlung für Ihre Kinder für den Zeitraum März 2006 bis Dezember 2006 sowie Jänner bis Dezember 2007 nicht Folge gegeben werden konnte."

Der Bw. beantragte die Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz mit der ergänzenden Begründung, dass der Bw. als einfacher Handwerker selbständiger Gewerbetreibender sei und versuche sein Leben irgendwie zu meistern um sich selbst und seine Familie zu erhalten.

Der Bw. kenne sein Handwerk, habe eine Berufsschule absolviert und viele Jahre Praxis in Polen und in Österreich hinter sich. Er wisse nicht ob er ein guter, sehr guter oder schlechter Handwerker sei, das müssten die Kunden bzw. Auftraggeber entscheiden. Er müsse jedoch diese Aufträge durchführen. Zwei Haushalte - Wien und Polen - und Pendelfahrten, Begriffe wie Freizeit und Urlaub seien unbekannt. Der Bw. sei schon sehr glücklich, wenn er Weihnachten und Ostern mit der Familie zusammen sein könne. Auch hätte er in Österreich viele Bekannte und Freunde.

Der Bw. sei nicht Richter, Anwalt oder Notar und wäre gezwungen gewesen Geld für Beratung zu bezahlen. Als Begründung der Berufung gegen die Berufungsvorentscheidung würde der Reihe nach zu allen Punkten Stellung genommen:

Ad Pkt. 1 Mittelpunkt des Lebensinteresses in Österreich

Es sei nicht wahr, dass der Bw. keinen Antrag gestellt habe, sondern Auszahlung der Familienbeihilfe in Polen wurde gestrichen, weil dieser nur in Österreich (für polnische Behörde -Ausland) Einkommen beziehe. Mein Antrag wurde abgelehnt bzw. nicht angenommen.

Ad Pkt. 2.1. Erwerbstätigkeit

In der Berufung wären mehrere (mehr als 101) Merkmale aufgelistet worden, die die selbstständige Tätigkeit als Einzelunternehmer begründen und beweisen würden.

"Werkzeuge" und "Rechnungen":

Der Bw. sei ein Unternehmer und müsse auf die Kosten achten, um nicht mehr auszugeben als eingenommen würde. Darum wären schon Werkzeuge gekauft worden vor Beginn der Tätigkeit in Wien. Werkzeuge würden in Polen um 50 bis 70% weniger kosten.

Die Werkzeuge wären mit eigenem Auto aus Polen hergebracht worden, dieses Auto würde jedoch von der Ehegattin in Polen (3 Kinder) benützt, wo das Verkehrsnetz nicht so perfekt ausgebaut sei wie in Wien.

Der Bw. benütze das Kfz nur wenn es unbedingt gebraucht würde (z.B. Transport). In W. würde für den täglichen Gebrauch kein Auto benötigt – dies sei zu teuer. In der Baubranche komme es sehr oft vor, dass Kunden bzw. Auftraggeber mit Bezahlung zögern bzw. nicht alles oder auch gar nichts zahlen. Diese Plage sei eine bekannte Tatsache.

Darum verlange der Bw. auch Anzahlungen und stelle pauschale Rechnungen. Er arbeite nicht stundenweise sondern liefere ein Werk, dessen Wert vorher mit dem Kunden bzw. dem Auftragsgeber ausgehandelt worden wäre. Ein Werk dauere manchmal mehrere Wochen oder

gar Monate. Ich brauche aber Geld für meine täglichen Ausgaben für das Leben und für meine Familie und vereinbare daher immer einen Gesamtpreis (also Pauschal), unabhängig wieviel Zeit dafür gebraucht würde. Der Bw. sei jedoch kein Stundenlohnarbeiter.

Der Pauschalpreis sei doch völlig normal für abgesprochene Verträge. Bei Kauf eines Eisenbahntickets zahle der Bw. auch von W. nach B. immer die gleichen Preise - unabhängig davon wie lange wirklich diese Reise dauert oder wie viele Kilometer es sind. Preis ist eben festgelegt. Beim Friseur zahle ich auch z.B. € 16 (pauschal) unabhängig davon wie lange der Haarschnitt benötigen würde.

Auch ein bekannter Malermeister würde von den Kunden fixe Pauschalpreise z.B. Küche ausmalen € 400, Zimmer bis 20m² € 500, Zimmer zwischen 20-30m² € 700, usw. verlangen.

Wenn ein Auftrag mehr Zeit in Anspruch nehme, wie z.B. bei "Tätigkeitszeitraum zwischen einem und drei Monate", stelle der Bw. eine Endrechnung diese Zeitspanne umfassend.

Im Jahr 2006 wäre der Bw. nur ca. halbes Jahr tätig gewesen, da er als neuer Unternehmer nicht sofort viele Kunden gehabt hätte. Er wäre froh gewesen, für den Anfang einen Auftraggeber gefunden zu haben. Im nächsten Jahr 2007 hätte er schon mehrere Auftraggeber gehabt und sei dies als positives Signal zu bewerten.

Das Finanzamt hätte die ersten Monate anfänglicher Tätigkeit herausgerissen in der es nur einen Auftraggeber gegeben hätte und als Beweis für die "nichtselbstständige" Tätigkeit gefunden.

Mehrere Merkmale die der Bw. aufgelistet hätte wären nicht berücksichtigt worden, trotzdem nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bei der Abgrenzung zwischen Dienstunternehmereigenschaft einerseits und Werkvertrag andererseits es auf eine Gesamtbetrachtung ankommt.

Ad Pkt. 2.2 Ausreichende Existenzmittel, ausreichende Krankenversicherung

Der Vorwurf zu wenig zu verdienen um die Kosten zu decken, stehe überhaupt nicht zur Diskussion. Es sei allgemein bekannt, dass Unternehmer in ersten Jahren sogar Verluste haben können und am Anfang die Kosten oft höher sind als die Einnahmen.

Der Bw. hätte nach den ersten Monaten auch nicht gewusst, ob er einen Gewinn erzielen wird oder nach Polen wieder zurückkehren muss. Er habe die Familiensparnisse (ca. € 18.000) riskiert und es letztendlich geschafft. Der Bw. habe nun mehrere Kunden und der Gewinn würde mit jedem Jahr größer.

Anfang 2006 wäre es sehr schwer gewesen, jedoch Dank Sparsamkeit und Ersparnissen der Bw. existieren können. Dass die Kleidung und Nahrung in Polen besorgt würden, sei doch eine allgemein bekannte Tatsache.

In Österreich würden mehr als 100.000 Polen leben und ebenso nach Polen aus verschiedensten Anlässen – wie Familientreffen, Feiertage, Urlaub, Hilfe bei Ernte usw. fahren. Jeder Pole kaufe Kleidung und Nahrung auch in Polen, da es 3 -4 Mal billiger sei.

Der Bw. sei (bis heute) zwischen den Aufträgen oder Auftragsunterbrechungen immer in Polen, manchmal auch ein paar Wochen (z.B. Ernte Hilfe - 3 Wochen). Im Jahre 2006 wäre der Bw. nicht volle 10 Monate in Österreich gewesen, sondern ca. 6 Monate. Aus diesem Grund und dank Ersparnissen wäre der schwere Anfang überstanden worden.

Das Argument "nicht von ausreichenden Existenzmitteln ausgegangen werden kann" und der „Antrag auf Differenzzahlung aus diesem Grund abzuweisen war" sei daher nicht nachvollziehbar. Das Finanzamt hätte sich auch nicht über die finanzielle Lage erkundigt. Die Ehegattin arbeitet in Polen, die Eltern hätten eine Landwirtschaft und würden der Familie helfen. Der Bw. hätte ca. € 18.000 Ersparnisse (keine Kredite, Bargeld), es sei kein Leben in Luxus aber ausreichend. Der Bw. schätze dass mindestens die Hälfte der polnischen Bevölkerung weniger zum Leben hätte, jedoch trotzdem existieren würde.

Ad Pkt. 2.3. Anmeldebescheinigung

Dem Bw. wäre amtlich bestätigt worden, völlig legal in Österreich zu leben. Im Jahre 2006 wäre die Information nicht ausreichend gewesen. Die Anmeldebescheinigungspflicht wäre nicht bekannt gewesen, jedoch nach Erhalt der Information sofort und freiwillig in MA 35 gefahren und nach genauer Überprüfung eine Anmeldebescheinigung bewilligt worden. Wegen dieser Verspätung hätte der Bw. die niedrigste Strafe bekommen, € 50. Diese Angelegenheit sei somit positiv erledigt.

Der Bw. hätte der MA 35 alle Rechnungen gezeigt, über die Einnahmen/Ausgaben auch genaue Auskunft gegeben und vollkommen akzeptiert worden. Der Aufenthalt in Österreich sei somit vollkommen legal und amtlich bestätigt worden.

In der Berufungsvorentscheidung (5 Seiten) würden somit 4 Vorwürfe dargestellt:

- "in Polen keine Antrag gestellt" – dies sei eine Lüge. Der Bw. hätte sehr wohl einen Antrag gestellt, aber wegen Erwerbstätigkeit in Österreich wurde mein Antrag abgelehnt.

- "Werkzeuge nicht in Polen gekauft haben könne, weil der Bw. diese nicht nach Österreich hätte transportieren können" - Auch völlig falsch da die Werkzeuge schon vorher in Polen gekauft und mit eigenem Auto nach Österreich gebracht wurden.
- "2006 nur ein Auftragsgeber" - Wie vom Bw. bereits erwähnt, war dies zu Beginn der Tätigkeit, jetzt jedoch schon mehrere Auftraggeber.
- "zu wenig Einkommen" - Alle Anfang ist schwer. Der Bw. hätte jederzeit (auch Heute) genug Finanzmittel um die Existenz zu erhalten.

Diese 4 Vorwürfe wären falsch. Auch gibt es keine Stellungnahme gegenüber der überwiegenden Anzahl der Merkmale, die für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit als Unternehmer sprechen wie z.B:

- Legal ausgestellte Gewerbescheine
- Bereits im viertem (in 6 Wochen fünften) Jahr als Einzelunternehmer tätig
- An keinen konkreten Arbeitsort gebunden
- Keinen Arbeitszeiten unterlegen
- Sich bei Auftragsgebundenheit vertreten lassen zu können
- Unterliege keinem Konkurrenzverbot
- Im Rahmen der Gewährleistung ein Haftisiko trage
- In keiner organisatorischen Eingliederung eingebunden
- Keinesfalls weisungsunterworfen (Weisungsfreiheit)
- Unterliege nicht der Kontrolle des Auftragsgeber usw.

Die Gesamtbetrachtung der einzelnen Merkmale würde klar und deutlich für das Vorliegen eines Werkvertrages sprechen, jedoch wäre dazu nicht Stellung genommen worden.

Entscheidend bei der Beurteilung des Vorliegens einer selbständigen oder unselbständigen Tätigkeit sei das Gesamtbild, wobei sich die Behörde ein genaues Bild über die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit zu verschaffen hätte (Doralt EStG" RZ 25 zu § 47). Nach Lehre (Doralt EStG, § 47) und nach Rechtsprechung (VwGH 20.12.2000, 99/13/0223) würde dabei als wesentliche Abgrenzungsmerkmale die etwaige:

- Weisungsgebundenheit gegenüber dem Auftraggeber
- Die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Auftraggebers und
- Das Unternehmerrisiko (Unternehmerwagnis)

herangezogen.

Die Behörde hätte hinsichtlich dieser drei Abgrenzungsmerkmale keine bzw. keine ausreichenden Ermittlungen durchgeführt. Somit wurde unterlassen den Sachverhalt ausreichend zu erheben und vollständig zu ermitteln sowie die notwendigen Beweise aufzunehmen, obwohl sie hierzu von Amtswegen verpflichtet gewesen wären (§ 115 BAO).

Bei vollständiger Ermittlung der entscheidungswesentlichen Tatsachen, hätte das Finanzamt zum Ergebnis kommen müssen, dass im vorliegenden Fall die **Merkmale einer selbständigen Tätigkeit erfüllt sind und aus dem Gesamtbild eindeutig eine selbständige Tätigkeit gegeben ist.**

Die Begründung der Berufungsvorentscheidung stütze sich auf unbewiesenen Behauptungen (Werkzeuge nicht in Polen gekauft, weil Transportschwierigkeiten), auch sei nicht anerkannt worden, dass ein Pole in Polen Kleidung und Nahrung kaufen darf, selbst wenn es drei Mal billiger sei. Es handle sich somit um eine Scheinbegründung.

Unter Außerachtlassung der Ermittlungstätigkeit in entscheidungswesentlichen Punkten bzw. in dadurch bedingtem Unterlassen der Durchführung eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens sei dem Finanzamt eine Benachteiligung der Person des Bw. aus unsachlichen Gründen und damit ein an Willkür grenzendes Verhalten vorzuwerfen.

Aus den genannten Gründen liegen somit wesentliche Verfahrensfehler vor und wäre bei gesetzeskonformen Verhalten für die Kinder ein günstigeres Ergebnis erlangt worden.

Über die Berufung wurde erwogen:

Der Unabhängige Finanzsenat geht im konkreten Fall von folgendem erwiesenen Sachverhalt aus.

Der Bw. ist ein polnischer Staatsbürger und hat seit 9.3.2006 in Österreich seinen Hauptwohnsitz. Seine Ehegattin und die Kinder leben in Polen.

Der Bw. besitzt im Inland einen Gewerbeschein für folgender Tätigkeit: "*Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit*", am Standort seiner Wohnadresse in Adr.Bw. und ist bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.

Feststeht auch, dass der Bw. im Jahre 2006 für ein Unternehmen, im Jahre 2007 für vier Unternehmen Hilfsarbeiten im Baugewerbe für Verspachtelungsarbeiten entgeltlich erbrachte und darüber auch Arbeitsaufträge existieren und Rechnungen gelegt wurden. Darin beschrieb er die Leistungen allgemein und rechnete sie pauschal ab. Es fehlt eine Angabe des Wertes

wie Anzahl der Räume und Ausmaß nach Quadratmeterfläche. Es besteht keine Arbeitserlaubnis.

Festzuhalten ist weiters, dass der Bw. für die Jahre 2006 und 2007 gar keine Materialausgaben und dergleichen tätigte, für 2007 lediglich eine Honorarrechnung S. KEG in Höhe von € 100,- und Fahrscheine in Höhe von € 339,50.

Dieser unstrittige Sachverhalt ergibt sich aus den vom Bw. über Vorhalt übermittelten Unterlagen, den Versicherungsbestätigungen, dem Versicherungsdatenauszug, den beim Finanzamt vorgelegten Einnahmen- und Ausgabenrechnungen sowie den Steuererklärungen und den vom Bw. ausgestellten Rechnungen über oben dargelegte Bauarbeiten.

In rechtlicher Hinsicht ist dazu für den streitgegenständlichen Zeitraum ab dem März 2006 auszuführen:

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung (BGBl. I Nr. 100/2005) haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§ 8 NAG regelt die verschiedenen Aufenthaltstitel, § 9 NAG iVm mit § 53 NAG die Ausstellung einer Anmeldebescheinigung für EWR- Bürger. Eine solche ist gemäß der letztgenannten Bestimmung dann auszustellen, wenn die Voraussetzungen gem. der §§ 51 NAG (Angehörigeneigenschaft) oder 52 NAG vorliegen. Demnach ist von der zuständigen Behörde das Vorliegen einer Krankenversicherung und ausreichender Existenzmittel zu prüfen. Zu beachten ist aber in diesem Zusammenhang die Übergangsbestimmung des § 81 Abs. 4 NAG, wonach für EWR-Bürger, die bereits vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen und gemeldet sind, die aufrechte Meldung nach dem Meldegesetz 1991 die Anmeldebescheinigung ersetzt.

EWR Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen und sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, sind zufolge § 51 NAG zur Niederlassung berechtigt, wenn sie

a) in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständiger sind;

b) für sich und seine Familienangehörigen über eine ausreichende Krankenversicherung verfügen und nachweisen, dass sie über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes verfügen, sodass sie während ihres Aufenthaltes keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen, oder

c) eine Ausbildung bei einer rechtlich anerkannten privaten oder öffentlichen Schule oder Bildungseinrichtung absolvieren und die Voraussetzungen der Z 2 erfüllen.

Angehörige von freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern (§ 51 NAG), die selbst EWR-Bürger sind, sind gemäß § 53 Z 2 NAG neben anderen Genannten zur Niederlassung berechtigt, wenn sie Verwandter des EWR-Bürgers oder seines Ehegatten in gerader absteigender Linie bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres und darüber hinaus sind, sofern ihnen von diesen tatsächlich Unterhalt gewährt wird.

Daraus ergibt sich, dass ein rechtmäßiger Aufenthalt eines EU Bürgers in Österreich nur dann vorliegt, wenn dieser eine der oben genannten Voraussetzungen erfüllt.

Gleichermaßen ist jedoch für den Berufungsfall zu beachten, dass seit dem 1. Mai 2004, mit dem Beitritt Polens zur EU, auf polnische Staatsbürger die Verordnung (EWG) Nr. 1408 des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern idgF grundsätzlich und ungeachtet allenfalls entgegenstehender inländischer Rechtsvorschriften anwendbar ist.

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.

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

Eine Leistung wie die Familienbeihilfe nach dem österr. FLAG ist eine Familienleistung iSv Art 4 Abs 1 lit h der VO (EWG) Nr 1408/71. Da der Bw. als polnischer Staatsangehöriger in Folge des Beitrittes Polens zur europäischen Union vom persönlichen Geltungsbereich der genannten Verordnung erfasst ist, besteht somit grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten.

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Österreich kann Übergangsbestimmungen hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit für die neuen EU-Bürger für maximal sieben Jahre einführen. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten (mit Ausnahme Maltas und Zyperns) wird im § 32a Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs 2 lit 1 AuslBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (d.h. bis maximal 30. 4. 2011) weiterhin dem AuslBG.

Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Das Finanzamt hat den gegenständlichen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe mit der Begründung abgewiesen, dass die vom Bw. in Österreich ausgeübte Tätigkeit nicht als selbständige sondern nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als Dienstverhältnis iSd § 47 EStG zu beurteilen ist und damit nach dem AuslBG bewilligungspflichtig ist.

Aus nachstehenden Erwägungen ist davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit des Bw. nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische unselbständige Beschäftigung als (Hilfs)Arbeiter auf einer Baustelle darstellt.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als Beschäftigung gilt. Eine solche Beschäftigung ist der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfen.

Für die Einordnung in den Begriff der Beschäftigung ist maßgebend, dass die zu beurteilende Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Das Tatbestandsmerkmal der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit und nicht nach der äußeren Erscheinungsform des Sachverhaltes zu beurteilen (vgl. VwGH 23.5.2002, 2000/09/0190, VwGH 10.12.2009, 2009/09/0129).

Im Berufungsfall geht schon aus den vorgelegten Fakturen hervor, dass die in Rede stehenden Arbeiten, "Spachtelarbeiten" als einfache Hilfsarbeiten zu beurteilen sind.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen, dass einfache Hilfsarbeiten, wie das Aufstellen von Zwischenwänden, Eisenverlegungsarbeiten bzw. Armierungsarbeiten oder Verspachtelungsarbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen

Arbeitsablauf erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. VwGH 10.12.2009, 2009/09/0129, VwGH 21.10.1998, 96/09/0183, VwGH 7.11.1996, 95/09/0255, VwGH 13.2.1997, 95/09/0154)

Auch die gegenständlichen Arbeiten „Spachtelarbeiten an Gipskartonplatten“ stellen im Sinne oben erwähnter Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes einfache Hilfsarbeiten dar, die in einem unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssen. Sie sind daher ebenso nicht als selbständiges Werk zu beurteilen und können schon aus diesem Grund nicht allein Gegenstand eines Werkvertrages sein.

Im Zusammenhang mit dem Vorwurf des Finanzamtes bezüglich Unselbständigkeit, verwies der Bw. auf seine in Kopie vorgelegten schriftlichen Aufträge (**Werkverträge**).

Bei näherer Betrachtung der für das Jahr 2007 vorgelegten Aufträge fällt auf, dass sie als Leistung lediglich „Verspachteln“ unter der Position des vom Bw. zu erbringenden Werkes als Bezeichnung enthalten bzw. lediglich „Verspachteln von Gipskartonplatten“ angegeben wird, und keine Angaben über Größe und Ausmaß der Werkes. Es fehlt eine nähere Angabe der Leistung nach Quadratmeter oder Flächenausmaß. Angemerkt wird, dass für das Jahr 2006 **kein** Auftrag vorgelegt wurde.

Während in einem Auftrag vom 25.6.2007 das Honorar zudem als Tagespauschale in Höhe von € 130,- angegeben wird, ist in den übrigen Fällen je 1 Pauschalhonorar (z.B. € 1.000,- und € 3.500,-) angeführt.

Es ist offenkundig, dass 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 (z.B. Anzahl der Räume, usw.) der vom Bw. erbracht wurde oder nicht.

Auf Grund dieser Überlegungen geht der UFS davon aus, dass diese "Werkverträge" für die Erbringung der Leistungen durch den Bw. keine Bedeutung in Hinblick auf genaue Angaben über das zu verrichtende Arbeit hatten. Es stellt sich daher die Frage, ob die erbrachten (Hilfs)Arbeiten ein selbständiges Werk darstellen.

Der Bw. beharrt darauf, **keineswegs weisungsgebunden** gewesen zu sein, gibt jedoch bekannt, dass es natürlich eine Art Nachschauen über den Fortgang der Arbeiten gab, welche hätte jedoch nur in einer sachlichen Kontrolle bestanden hätte. Auf Grund dieser Angaben gelangt der UFS zur Überzeugung, dass eine Weisungsungebundenheit gegenüber dem jeweiligen Auftraggeber tatsächlich **nicht 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 AuslBG **bewilligungspflichtigen Tätigkeit** des Bw. sprechen und versucht diese an Hand von Merkmalen (Gewerbeschein, bereits langjährige Tätigkeit, keinen Arbeitszeiten unterlegen, Vertretungsmöglichkeit, Tragen des Haftungsrisikos, keine organisatorische Eingliederung) zu widerlegen.

Diese Einwendungen können an der Beurteilung der konkret zu beurteilenden Tätigkeit des nach seiner Angabe nach seit 2006 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. in Polen gekaufte Werkzeug kann allein nicht mit der Ausstattung auch nur eines Kleinbetriebes in der österreichischen Baubranche verglichen werden. Dazu ist anzumerken, dass lt. Angaben des Bw. in den vorgelegten Einnahmen-Ausgabenrechnungen keine Kosten für Werkzeuge, Baumaterial, Betriebsmittel aufscheinen, da diese bereits vor der Tätigkeit in Österreich in Polen gekauft worden wären und auch Rechnungen nicht mehr existieren würden.

Dazu ist weiters festzustellen, dass lt. Angaben des Bw. die Arbeitsmittel aufbewahrt werden wo er will (z.B. Standort, Kofferraum des Pkw, usw.) und auch keine gemeinsame Örtlichkeit als Ausgangspunkt, um die Arbeit zu verrichten und zurückzukehren gibt. Der Bw. besitzt somit auch kein Lager für die Werkzeuge und das von ihm benötigte Material. Auch gibt der Bw. an keinen Pkw zu besitzen bzw. nur die Ehegattin in Polen ein Kfz besitze. Diesbezüglich sind die Angaben des Bw. somit widersprüchlich, in welchen Pkw nun die Arbeitsmittel aufbewahrt wurden. Dass im gesamten Zeitraum 2006 und 2007 kein Lager für die Aufbewahrung von Betriebsmitteln und Material nötig gewesen wäre, ist nach Ansicht des UFS somit als unglaubwürdig zu beurteilen.

Weiters ist festzuhalten, dass auch die vorgelegten Mietabgaben hinsichtlich der Wohnadresse den Schluss zulassen, dass er mit einem anderen Mieter die Wohnung teilte, somit kein Firmensitz existierte.

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 Inhaltes der Einnahmen-Ausgabenrechnungen geht eindeutig hervor, dass der Bw., in den Jahren 2006 und 2007 in Wahrheit über keinen Gewerbebetrieb mit entsprechenden Betriebsmitteln verfügte, sondern lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung stellte. Die vom Bw. gelegte Einnahmen-Ausgabenrechnung für 2006 und 2007 weisen keine einzige bzw. nur eine der Vielzahl an Betriebsausgabenpositionen, wie sie im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig anfallen (z.B. die Kosten eines betriebsbereiten Standortes, Material und Betriebsmittel, Transportkosten, Werbe/Akquisitionskosten) auf.

Er war dem Willen seines jeweiligen Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall ist. Dies entspricht auch den Angaben über auszuführende Arbeiten z.B. betreffend Tagespauschale für „Verspachteln“ lt. Rechnung vom 25.6.2007.

Die dem Arbeitgeber gegenüber erbrachte Leistung betraf somit „Spachtelarbeiten“ als Bauhilfsarbeiten, 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.

Dafür, dass eine nichtselbständige Tätigkeit vorliegt spricht auch der Umstand, dass der Bw. seine Tätigkeit in der Regel für ein bis wenige Unternehmen ausgeübt hat, nicht aber für eine unbegrenzte, oftmals wechselnde Zahl von Auftraggebern, wie dies bei einer selbstständigen Tätigkeit der Fall wäre.

Die vorliegenden Rechnungen geben ebenso keine Anhaltspunkte, dass sich der Bw. zur Herstellung eines Werkes verpflichtet hat, zumal sie in keiner für selbständige Unternehmer üblichen Weise Aufschluss über Art und Umfang der Leistungen und der Zusammensetzung des Entgeltes geben.

Die verrichteten Leistungen wurden vielmehr pauschal verrechnet, sodass daraus jedenfalls weder eine auf Werkvertragsbasis erfolgsbezogene Entlohnung noch ein Interesse des angegebenen Bestellers bzw. eine Vertragsverpflichtung des Bw. in Bezug auf den Enderfolg einer ausbedungenen Leistung abzuleiten war.

Ebenso wenig war erkennbar, wie allein auf Basis der vorgelegten Rechnungen Sorgfaltsverletzungen im Falle einer mangelhaften Leistungsverrichtung zwischen dem Bw. und den angegebenen Leistungsempfängern zu beurteilen gewesen wären und war daher nicht davon auszugehen, dass der Bw. irgendein Haftungs- und Gewährleistungsrisiko zu tragen hatte.

Die vorstehenden Ausführungen sprechen somit insgesamt für das Vorliegen eines nichtselbständigen Dienstverhältnisses und vermag an dieser Beurteilung auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Bw. einen Gewerbeschein besitzt, er sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet und beim zuständigen Finanzamt die Steuererklärungen abgegeben hat.

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 ständiger 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 (VwGH 25.10.1994, 90/14/0184, VwGH 20.12.2000, 99/13/0223).

Daraus ergibt sich somit für den konkreten Fall, dass der Bw. die in Rede stehenden Leistungen im Rahmen einer unselbständigen Beschäftigung erbracht und keine Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit erzielt hat.

Eine solche Tätigkeit muss aber den Vorschriften des Ausländerbeschäftigungsgesetzes entsprechen, es handelt sich dabei um eine bewilligungspflichtige Beschäftigung iSd § 2 iVm § 3 Abs. 2 AuslBG.

Da der Bw. die erforderliche Arbeitsbewilligung jedoch nicht nachgewiesen hat, war er als Arbeitnehmer nicht rechtmäßig beschäftigt und besteht im Berufungsfall für eine Leistung wie die Familienbeihilfe nach dem österr. FLAG iSd Art 4 Abs. 1 lit h der VO (EWG) Nr. 1408/1 infolge Nichtanwendbarkeit dieser Verordnung kein Anspruch.

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

Angemerkt wird, dass die Abgabenbehörde von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln hat, die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind. Diese amtswegige Ermittlungspflicht tritt allerdings dann in den Hintergrund,

wenn die Behörde nur auf Antrag tätig wird (Ritz, BAO, § 115 Tz 11). Kommt dazu, dass der Bw. einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für einen Zeitraum gestellt hat, der mehrere Jahre zurückliegt, trifft sie zusätzlich eine erhöhte Behauptungs- und Mitwirkungspflicht, weswegen es ihre Aufgabe ist, das Vorliegen jener Umstände, auf die die Zuerkennung gestützt werden kann, einwandfrei und unter Ausschluss jeden Zweifels darzulegen (VwGH 31.03.2004, 2000/13/0073).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 9. Juli 2010