



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 24. November 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf vom 24. Oktober 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Jänner bis Dezember 2007 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) ist polnischer Staatsbürger. Mit am 4. März 2008 eingereichten Eingaben beantragte er die Zuerkennung der Familienbeihilfe für seine drei minderjährigen Kinder Z. (geboren 1995), P. (geboren 1996) und D. (geboren 1998) ab dem Jahr 2007. Zum Datum seiner Einreise nach Österreich und seinem bisherigen Wohnsitzstaat machte er in den Anträgen keine Angaben.

Der Bw. gab an, seit 1994 verheiratet zu sein; die nicht dauernd von ihm getrennt lebende Ehegattin sei Hausfrau. Als seinen Wohnort nannte er eine Adresse im 3. Wiener Gemeindebezirk, als Familienwohnt, an dem die Kinder ständig wohnten, wurde eine Adresse (T.) in Polen angeführt. Die Kindererziehung erfolge in einem Haushalt gemeinsam mit dem anderen Elternteil (der Ehegattin des Bw.); der Bw. finanziere monatlich die überwiegenden Kosten. Die Kinder seien Schüler und besuchten im Schuljahr 2007/2008 die sechste bzw. fünfte bzw. dritte Klasse der öffentlichen Grundschule an dem Ort T. in Polen. Zu seinem Beruf machte der Bw. die Angabe: „*Selbständig.*“

Den Anträgen waren beigelegt

- drei Bescheinigungen der Schule in polnischer Sprache und beglaubigte Übersetzungen über den Schulbesuch der Kinder,
- eine Bescheinigung des Gemeindezentrums der Sozialhilfe in L. (Polen) in polnischer Sprache samt beglaubigter Übersetzung, dass die in T. (Polen) wohnhafte Ehegattin des Bw. im Jahre 2007 keine Familienbeihilfe bezogen habe,
- eine Anmeldebescheinigung des Gemeindeamtes in L. (Polen), ausgestellt auf Grund des Meldungsbuches des Einwohnerregisters, ebenfalls im polnischen Original samt beglaubigter Übersetzung, dass die Ehegattin des Bw. gemeinsam mit ihren zwei Töchtern und ihrem Sohn an der angegebenen Adresse des Familienwohntes in Polen wohnten.

Laut dem im Akt befindlichen Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung vom 8. April 2008 war der Bw. „von 01.05.2006 bis laufend“ als „gewerbl. selbständig Erwerbstätiger“ bei der „SVA d. gewerblichen Wirtschaft, Lst. Wien“ gemeldet.

Nach erfolgter Vorladung des Bw. zur Vorsprache im Finanzamt zu dem Zweck „Steuernummer neu, Antrag auf Familienbeihilfe“, wobei der Bw. in der Vorladung insbesondere zur Mitnahme von Honorarnoten, Rechnungen, Belegen, Werk- bzw. Arbeitsverträgen aufgefordert wurde, beantwortete der Bw. den Fragenkatalog betreffend Gewerbescheine EU-Ausländer bzw. zur Selbständigkeit von EU-Ausländern folgendermaßen: Er verstehe die deutsche Sprache und könne diese lesen. Er sei im Mai 2006 zum Zweck der „Arbeit“ nach Österreich gekommen. In Österreich habe er ein Gewerbe angemeldet um arbeiten zu können. Bei den Behördenwegen sei ihm niemand behilflich gewesen. Bei der Frage nach seinen Auftraggebern verwies er auf Rechnungen, ohne Name, Anschrift oder Ansprechperson der Auftraggeber im Fragenkatalog zu nennen. Die vertraglichen Leistungen habe er selbst festgelegt. Den Fragenkomplex betreffend einen schriftlichen Vertrag ließ er unbeantwortet, führte aber an, dass es keine mündlichen oder schriftlichen Zusatzvereinbarungen gebe.

Er wohne an der eingangs genannten Adresse im 3. Bezirk; zu der Wohnung sei er über Bekannte gekommen und wohne mit diesen zusammen in der Wohnung.

(Anm.: Der Name der Bekannten gleicht dem Ledigennamen [Geschlechtsnamen laut Abschrift der Heiratsurkunde] der Ehegattin des Bw. Ebenso scheinen laut Behördenabfrage aus dem Zentralen Melderegister als Unterkunftgeber an der genannten Adresse Personen mit diesem Namen auf.).

Miete müsse er keine zahlen.

Als Standort seines Gewerbes scheint in vier Gewerbescheinen (sh. dazu unten) die Wohnadresse auf.

Das Werkzeug stelle der Kunde zur Verfügung.

Der Bw. kaufe keine Arbeitsmaterialien ein.

Auf welcher Baustelle er arbeiten solle, sage ihm der Auftraggeber.

Der Bw. habe keine Mitarbeiter.

Bezüglich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität werde er vom Auftraggeber kontrolliert, müsse sich aber bei Arbeitsbeginn und Arbeitende nicht melden, könne gehen und kommen wann er wolle, müsse nicht melden, wenn er krank sei oder auf Urlaub gehe. Bei der Arbeit könne er sich durch keine andere Person vertreten lassen.

Das Entgelt bekomme er meistens pauschal. Es werde mit Rechnung abgerechnet. Es werde vom Kunden ausbezahlt. Er trage das Haftungs- und Gewährleistungsrisiko. Er habe bereits Honorarnoten gelegt. Er beziehe keine anderen Einkünfte. In seinem Herkunftsland zahle er null Steuer und sei dort auch nicht sozialversichert. Die Anmeldung bei der Sozialversicherung in Österreich sei bereits erfolgt. In seinem Herkunftsland besitze er keinen entsprechenden Gewerbeschein.

Beigeschlossen waren die Rechnungen 001/2006 vom 12. September 2006 bis 012 vom 8. März 2008; außerdem Abfragen aus dem Zentralen Gewerberegister über die vier vom Bw. mit 29. Mai 2006 angemeldeten Gewerbe (sh. dazu unten im Erwägungsteil).

Über Ersuchen wurden Erklärungen (E 1, U 1, E 1a) 2006 und 2007 am 2. Mai 2008 eingereicht.

Am 22. Oktober 2008 langten beim Finanzamt die ausgefüllten Formblätter E 411 (Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen (Kindergeld) in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen) und E 401 (Familienstandsbescheinigung für die Gewährung von Familienleistungen) von der polnischen Behörde ein.

Mit Bescheid vom 24. Oktober 2008 wies das Finanzamt die Anträge auf Familienbeihilfe für die drei Kinder des Bw. für den Zeitraum von Jänner bis Dezember 2007 ab. Trotz Aufforderung habe der Bw. die abverlangten Unterlagen nicht eingebracht.

Die gegen diesen Bescheid eingebrachte Berufung wurde wie folgt begründet:

Die geforderten Unterlagen seien erst am 10. Oktober 2008 von der polnischen Institution weiter geleitet worden. Leider sei es ihm nicht möglich gewesen das Ganze zu beschleunigen, da es ja Amtswege seien und die brauchten ihre Zeit.

Mit Ergänzungsvorhalt vom 23. Februar 2009 verlangte das Finanzamt vom Bw. die Vorlage folgender Nachweise:

Beschäftigungsbewilligung oder Arbeitserlaubnis oder Befreiungsschein für das Jahr 2007, Geburtsurkunde der Kinder sowie Heiratsurkunde des Bw.

Originale samt beglaubigter Übersetzung langten am 10. März 2009 ein:

drei Auszüge aus dem Geburteneintrag der Kinder des Bw.;

drei Schulbesuchsbestätigungen für das Schuljahr 2008/09 (eine je Kind);

drei Meldebescheinigungen vom ständigen Aufenthalt (eine für jedes Kind des Bw.);

abgekürzte Abschrift der Heiratsurkunde;

Bescheinigung der Kasse der Landwirtschaftlichen Sozialversicherung für die Ehegattin des Bw.;

Bescheinigung des Gemeindezentrums der Sozialhilfe in L. (Polen) über den Bezug von Familienbeihilfe für die Kinder (bis 31. August 2006);

weitere vier Auszüge aus dem Gewerbeverzeichnis betreffend den Bw. (sh. dazu unten im Erwägungsteil).

Die abweisende Berufungsvorentscheidung wurde wie folgt begründet:

„Für Staatsangehörige bestimmter EU/EWR-Staaten gelten die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes weiter. Sie haben innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt.

Stehen solche Staatsangehörige unter Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes in Österreich in einem 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. Gewerbebescheinigung) für eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegen. Gemäß den Erhebungen des Finanzamtes war Ihre Tätigkeit als nichtselbständig einzustufen. Mangels Vorliegens einer rechtmäßigen Beschäftigung im Bundesgebiet nach den österreichischen Rechtsvorschriften kann daher nicht von einer Beschäftigung im Sinne der

Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (welche die Grundlage für den Familienbeihilfenanspruch darstellt) ausgegangen werden.“

In dem in der Folge eingebrachten Vorlageantrag wurde ausgeführt, der Bw. betreibe seit 2006 ein Gewerbe, welches durch das Finanzamt als nichtselbständige Erwerbstätigkeit bewertet worden sei. Der Bw. ersuche um nochmalige Überprüfung.

Aus Mitteilungen des Finanzamtes Gänserndorf Mistelbach geht Folgendes hervor:

Das Finanzamt Gänserndorf Mistelbach teilte dem Finanzamt 3/11 Schwechat Gerasdorf mittels Begleitschreiben vom 30. Dezember 2008 und vom 06. Februar 2009 Folgendes mit:

„Am 10.12.2008 wurde eine Kontrolle in ...A.,K.gasse, durchgeführt.

Hierbei wurde der polnische Staatsbürger, (Bw.), bei Planierungsarbeiten für einen Parkplatz gemeinsam mit Herrn L... Wolfgang angetroffen.

Im Zuge der Kontrolle gab (der Bw.) an, in Österreich selbständig erwerbstätig zu sein und legte auch 4 Gewerbescheine vor (siehe Beilage).

Weiters wurde (der Bw.) aufgefordert, dem Finanzamt Gänserndorf Mistelbach diverse Rechnungen aus dem letzten Jahr vorzulegen, um seine Selbständigkeit zu überprüfen.

Diese Rechnungen liegen auch bei.

Der polnische Staatsbürger besitzt in Österreich keine Steuernummer.“

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

Wie aus den vom Bw. vorgelegten Bescheinigungen in Übereinstimmung mit den Angaben in seinen Anträgen hervorgeht, lebten die drei minderjährigen Kinder des Bw. zu keiner Zeit in Österreich, sondern mit ihrer Mutter - der Ehegattin des Bw. - am gemeinsamen Familienwohnsitz in Polen und besuchten dort die Grundschule.

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

Gemäß Art. 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern iVm der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

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

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

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

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

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

Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung der Novellen BGBl. I Nr. 101/2005 bzw. BGBl. I Nr. 99/2006, lauten:

#### „Begriffsbestimmungen

§ 2 Abs. 2: Als Beschäftigung gilt die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,
- c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,
- d) nach den Bestimmungen des § 18 oder

e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

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

#### Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern

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

Gemäß § 47 Abs. 2 EStG 1988 liegt ein Dienstverhältnis vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet. Dies ist der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist. Nach gängiger Rechtssprechung (VwGH 19.12.1990, 89/13/0131; VwGH 20.12.2000, 99/13/0223; VwGH 24.9.2003, 2000/13/0182) ist bei der Beurteilung, ob ein steuerliches Dienstverhältnis besteht, vom tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt der Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern auszugehen. Maßgebend sind weder die Bezeichnung noch subjektive Gesichtspunkte, sondern ausschließlich die objektiven Umstände (VwGH 18.10.1989, 88/13/0185).

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

Die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus ist im Sinne einer Abhängigkeit vom Auftraggeber zu verstehen (VwGH 21.12.1993, 90/14/0103). Sie zeigt sich u.a. in der Vorgabe von Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsmittel durch den Auftraggeber sowie die unmittelbare

Einbindung der Tätigkeit in betriebliche Abläufe des Arbeitgebers. Ein Tätigwerden nach den jeweiligen zeitlichen Gegebenheiten bringt eine Eingliederung in den Unternehmensorganismus zum Ausdruck, was dem Vorliegen eines Werkverhältnisses zuwider läuft (VwGH 15.9.1999, 97/13/0164).

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

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

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

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

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

Im Mai 2006 meldete der Bw. an einer Anschrift im 3. Wiener Gemeindebezirk einen Wohnsitz an (ZMR-Abfrage). An der angegebenen Wohnadresse, an welcher der Bw. mit Bekannten (laut Fragenbeantwortung betreffend Gewerbescheine EU-Ausländer bzw. zur Selbständigkeit von EU-Ausländern; aus dem Ledigennamen seiner Ehegattin zu schließen handelte es sich bei seinen Unterkunftgebern anzunehmenderweise um seinen Schwager bzw. seine



Schwägerin) lebte und wofür er keine Miete zahlen musste, wurde vom Bw. zugleich auch der Standort seiner Gewerbe angemeldet.

Bei den Gewerben handelte es sich um Folgende (vgl. die Auszüge aus dem Gewerberegister):

- Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit;
- Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilteile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen;
- Verschließen von Bauwerksfugen mittels plastischer und dauerelastischer Kunststoffmassen und Kunststoffprofilen;
- Abdichter gegen Feuchtigkeit und Druckwasser.

Nach dem Fragenkatalog zur Selbständigkeit von EU-Ausländern wurden zur Frage nach dem Abschluss von (schriftlichen) Verträgen und nach Auftraggebern keine Angaben gemacht; schriftliche Verträge für den Berufszeitraum liegen nicht vor.

Die Rechnungen enthalten hinsichtlich der im Streitzeitraum abgerechneten (Pauschal)Beträge folgende Angaben:

1. Juli 2007

Pos. 1 Arbeiten diverse Spachtel und Ausbesserungsarbeiten und Mitarbeiten durchgef.  
Pauschalbetrag von € 970,00

15. Juli 2007

Pos. 1 Arbeiten Mitarbeiten bei diversen Umbauarbeiten im Innen- und Außenbereich  
Gesamtbetrag pauschal € 1.075,00

28. Juli 2007

Pos. 1 Arbeiten Mithilfe bei diversen Spachtel- und Umbauarbeiten  
Pauschalbetrag von € 398,00

17. August 2007

Pos. 1 Arbeiten Mitarbeiten bei Innen- und Außenarbeiten, Abdichtungsarbeiten  
Pauschalbetrag € 1.240,00

8. September 2007

Pos. 1 Arbeiten Mitarbeit bei diversen Spachtelarbeiten sowie Abdichtungsarbeiten  
Pauschalbetrag von € 650,00

11. November 2007

Pos. 1 Arbeiten Mitarbeiten bei Außen- und Innenarbeiten Pauschalbetrag von € 2.600,00

18. Dezember 2007

Pos. 1 Arbeiten Mitarbeiten bei diversen Innenarbeiten und Spachtelarbeiten  
Pauschalbetrag von € 1.100,00

Für das Jahr 2007 sind aus den vorgelegten Rechnungen 2 Auftraggeber ersichtlich, Firma L. und Familie H.

Auch im folgenden Jahr war der Bw. für diese beiden tätig; für die Firma L. war der Bw. auch bereits im Jahr 2006 tätig.

Auf all diesen Rechnungen ist nicht erkennbar, wie (auf welche Art und Weise) die Pauschalbeträge ermittelt wurden.

Vorweg sei bemerkt:

Werden Bau(hilfs)arbeiten erbracht und aus dieser Tätigkeit mangels sonstiger Betätigung lediglich Einnahmen im gesamten Jahr in Höhe von € 8.033,00 erzielt, so lässt eine solche Betätigung nicht auf eine selbständige Tätigkeit als Einzelunternehmer schließen.

Besondere Bedeutung ist zur Bestätigung des eben Ausgeführten folgendem Umstand beizumessen: Gegen die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit spricht der Inhalt der Einnahmen/Ausgaben-Rechnung:

2007

Einnahmen netto/brutto

Honorare € 8.033,00

Ausgaben

eigene Pflichtversicherungsbeiträge € 1.677,36

übrige Aufwendungen € 100,00

Gewinn/Verlust € 6.255,64

Die Angaben des Bw., wonach

- er keine Arbeitsmaterialien einkauft,
  - das Werkzeug der „Kunde“ zur Verfügung stellt,
  - er keine Mitarbeiter hat und
  - er sich durch eine andere Person bei seiner Arbeit nicht vertreten lassen kann,
- spiegeln sich in den oben wiedergegebenen Einnahmen/Ausgaben-Rechnung wieder.

Sämtliche Rechnungen wurden derart gestaltet, dass der Umfang der Arbeiten nicht ersichtlich ist.

Laut den eigenen Angaben des Bw. konnte er sich bei seiner Arbeit nicht vertreten lassen und hatte er im Übrigen auch keine Mitarbeiter.

Im gesamten Jahr 2007 war der Bw., wie oben angeführt, für eine Firma und eine Familie tätig.

Bezüglich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität wurde der Bw. vom Auftraggeber kontrolliert; Arbeitsbeginn und Arbeitsende musste er nicht melden.

In Polen besaß der Bw. im Übrigen keinen entsprechenden Gewerbeschein.

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

Die dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Arbeitskraft betraf insbesondere Mitarbeiten (wie bspw. Spachtelarbeiten) bei Innen- und Außenarbeiten, also Arbeiten, wie sie in gleicher Weise üblicherweise im Rahmen eines Arbeitsvertrages verrichtet werden. Inwieweit sich die Art der Tätigkeit von jener eines (Hilfs)Arbeiters unterscheiden sollte, ist anhand des vorliegenden Sachverhaltes - insbesondere unter Bedachtnahme auf die Ausgaben laut Einnahmen/Ausgaben-Rechnung - nicht zu erkennen.

Die Umstände, dass der Bw. vier Gewerbescheine besitzt, dass er sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet hat und dass er letztlich Einkünfte aus Gewerbebetrieb erklärte, vermögen daran nichts zu ändern. Denn eine solche nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeutende Beschäftigung wird auch nicht dadurch zu einer selbständigen Tätigkeit, dass die Formalvoraussetzungen vorliegen, sind doch nach gängiger Rechtsprechung für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung als Dienstverhältnis nicht die eben angeführten Umstände 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., nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist.

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

Da der Bw. die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungsbewilligung) nicht nachgewiesen hat, folgt daraus, dass der Bw. in Österreich

eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer im dargelegten Sinn nicht ausübt und auch nicht von einer Beschäftigung iSd VO (EWG) Nr. 1408/71 ausgegangen werden kann.

Die VO (EWG) Nr. 1408/71 ist daher auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

Der Bw. hat demnach mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung keinen Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Gewährung einer Differenzzahlung für den Zeitraum, in dem seine Kinder in Polen gelebt haben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 21. Juli 2010