



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des S, Spachtler, 1120, vom 14. Dezember 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22, vertreten durch Malecek, vom 7. Dezember 2007 betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum 2004 bis 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Antrag auf Gewährung der Differenzzahlungen

Am 25. Juni 2007 stellte der Berufungswerber (Bw.) einen Antrag auf Gewährung der Differenzzahlungen für Familienbeihilfe für seine drei Kinder K, geboren am 1985, Studentin im dritten Studienjahr, C, geboren am 1988 und M, geboren am 1991, beginnend mit 9. Juli 2004.

Der Hauptwohnsitz des Bw. liegt in Polen, sein Nebenwohnsitz ist seit 9.7.2004 Wien.

Beigelegt war dem Antrag in beglaubigter Übersetzung aus dem Polnischen, eine Immatrikulationsbescheinigung für K, dergemäß sie im Schuljahr 2006 und 2007 als ordentliche Studierende im dritten Studienjahr des fünfjährigen Vollzeitkurses mit

angestrebtem Abschluss Magister Fachrichtung Jura studiert. Weiters wurde bestätigt, dass K. auch im ersten und im zweiten Studienjahr an derselben Hochschule studiert hat;

eine Schulbescheinigung der Höheren Allgemeinbildenden Schule (Maria-Sklodowska Curie Allgemeines Lyzeum), dergemäß C in den Schuljahren 2004 bis 2007 Schülerin dieser Schule war und

eine Schulbesuchsbescheinigung des Juliusz-Slowacki Gymnasiums, dergemäß M in den Schuljahren 2004 bis 2007 das Gymnasium dieser Schule besuchte. Am 22. Juni 2007 beendete sie die Ausbildung an diesem Gymnasium.

Weiters gab der Bw. seine Steuernummer bekannt und legte zwei Auszüge aus dem Gewerberegister vom 9.7.2004 vor, demgemäß er das Gewerbe des Verspachtelns von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder, einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit und das Gewerbe Aufstellen von mobilen Sichtschutzeinrichtungen für Toiletteanlagen, Umkleidekabinen und dergleichen durch einfaches Zusammenstecken oder Verschrauben fertigbezogene Bestandteile innehalt.

Aus dem Einkommensteuerbescheid des Jahres 2005 ist ersichtlich, dass der Bw. in diesem Jahr ein Einkommen von € 931,56 erwirtschaftet hat.

Bescheid vom 7.12.2007

Mit Bescheid vom 7.12.2007 wurde der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe (Differenzzahlung) abgewiesen und begründend ausgeführt:

"Mit dem EU-Erweiterungsanpassungsgesetz (Bundesgesetzblatt 2004/28) hat Österreich den Beitritt der neuen EU-Mitgliedstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Österreich kann Übergangsstimmungen hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit für die neuen EU-Bürger für maximal sieben Jahren einführen.

Neue EU-Bürger unterliegen (mit Ausnahme Maltas und Zypern) für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements bis 30.4.2011 weiterhin dem AuslBG. Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich eine Arbeitsbewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Im vorliegenden Fall ist aus nachstehenden Erwägungen davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit des Antragstellers nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische unselbständige Beschäftigung als Hilfsarbeiter an einer Baustelle darstellt.

Die Leistungen werden vom Auftraggeber festgelegt. Der Arbeitsort wird vom Auftraggeber vorgegeben. Die Arbeitseinteilung erfolgt durch den Auftraggeber oder dem Polier der Baustelle. Der Auftragnehmer wird hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität von seinem Auftraggeber kontrolliert. Der Auftragnehmer beschäftigt keine Arbeiter und bedient sich keiner Hilfskräfte. Das zu verarbeitende Material wird vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Das vom Auftragnehmer verwendete, selbst erworbene Werkzeug ist von geringer Bedeutung. Der Auftraggeber wird regelmäßig entlohnt. Eine Vertretung ist nicht vorgesehen.

Es ist daher davon auszugehen, dass der Antragsteller nur seine Arbeitskraft für Verspachtelungsarbeiten zur Verfügung stellt. Eine derartige Tätigkeit muss aber den Vorschriften des AusIBG entsprechen und ist daher bewilligungspflichtig.

Sie haben demnach mangels einer selbständigen Tätigkeit, als auch mangels einer rechtmäßigen nichtselbständigen Tätigkeit keinen Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Gewährung einer Differenzzahlung für ein in Polen lebendes Kind."

Berufung vom 4.12.2007

Am 4.12.2007 wurde Berufung gegen den abweisenden Bescheid eingelegt und diese wie folgt begründet:

"Herr F hat schon alles kontrolliert und versprochen das Geld zu überweisen, aber er ist im Spital. Daher Frau B hat alles weitergeleitet. Wie ist besprochen mit Herrn P, das Geld sollte am 11.7. ausbezahlt sein. Zuerst ist Information gekommen, dass die Dokumente sind verschwunden. Später sind gefunden 401, 411, ist den alle Unterlagen sind da, aber statt Geld ist Abweisung gekommen. Ich bin nicht einverstanden mit folgenden Punkten:

1. Die Leistungen wurden zwischen Auftraggeber und mir ausgesprochen und fertig gestellt.
2. Aufgrund unserer Zusammenarbeit haben wir gemeinsam die Arbeitsort fertig gestellt, was ist zu tun und vorläufige Beendigung mit Terminen und Bezahlung.
3. Arbeitszeit habe ich selbst bestimmt. Natürlich musste ich mich mit den Terminen rechnen.
4. Ich kontrolliere selbst meine Arbeit, sonst kommt zu Verspätungen und kostet Geld.
5. Der Auftragnehmer ist als einzelne Firma gemeldet und hat kein Recht andere Arbeiter zu beschäftigen.
6. Arbeitsmaterial: Meistens bekommen ich vom Auftragsgeber, weil die Kunde glauben, dass ihr Material ist besser.

7. Mein Werkzeug hat keine Bedeutung, aber ich kaufe alles in Polen und brauche ich nicht so viel (Spachtelkübel, Messgerät und andere Kleinigkeiten).

8. Meine Entlohnung bekomme ich nach fertig beendeter Arbeit. Ab und zu nach zwei Wochen oder drei Wochen oder länger, konkret wie groß ist die Arbeit.

9. Am Anfang habe ich gemeinsam mit Auftraggebern meine Entlohnung vereinbart, was scheint auf dem Vertrag.

10. Ich habe keine Vertretung und soll ich auch keine haben.

Außer diesen Punkten betone ich, dass ich bin ein von wenigen Zahlende volles Versicherung. Ich habe keine Nichtbetriebspausen. Ich habe vier Kinder und ich muss schwer arbeiten, das alles zu besorgen. Ich bitte um eine positive Bescheiderledigung."

Beigelegt war der Berufung weiters ein Hauptmietvertrag für die Wohnung in 1120 (abgeschlossen am 27.7.2005), demgemäß der Bw. monatlich € 309,90 Miete zu bezahlen hat.

Gleichzeitig übersendete der Bw. eine Vollmacht für Frau C. A., dass diese alles für ihn erledigen kann und zum Empfang der Unterlagen berechtigt ist, gab jedoch deren Adresse nicht an.

Rechnungen des Jahres 2004

Den der Berufung beigelegten Rechnungen ist zu entnehmen, dass der Bw. in den Monaten September, Oktober, November, Dezember 2004 ausschließlich für die B-OHG gearbeitet hat. Durchgeführt wurden jeweils diverse Arbeiten, wobei jedoch kein genauer Zeitraum, wann diese Arbeiten durchgeführt wurden, angegeben ist und auch keine Angaben darüber enthalten sind, wie lange diese Arbeiten jeweils in Anspruch genommen haben.

Rechnungen des Jahres 2005:

Die Arbeiten, der in folgenden Monaten ausgestellten Rechnungen, Februar (Decken und Wände im Abstellraum Küche und Raum neben Küche grundieren, nachspachteln und ausmalen), März (Abbrechen alten Parketts, Abschlagen von Fliesen, Schuttentsorgung); April, Mai (Fliesen verlegen) [wobei diese Arbeiten nicht von der Gewerbeberechtigung umfasst sind]; Juni, August, September, Oktober wurden ebenfalls ausschließlich für die Firma B-OHG ausgeführt und enthalten ebenfalls weder eine genaue Aufstellung, wann diese Arbeiten durchgeführt wurden, noch eine Anführung der Arbeitszeiten.

Beigelegt war der Berufung weiters ein Konvolut von Auftragsschreiben der Fa. B-OHG, denen gemäß die Firma den Bw. beauftragt, jeweils an einer bestimmten Adresse bestimmte Arbeiten durchzuführen. Für den gesamten Auftrag wurde ein Nettopauschalbetrag vereinbart und weiters ausbedungen, dass jede Abänderung dieses Auftrages insbesondere nachträglich vereinbarte Bauänderungen der Schriftform bedürfen und der Auftragnehmer bestätigt für angeführte Leistungen eine gültige Gewerbeberechtigung und Haftpflichtversicherung zu besitzen und keine weiteren Subunternehmer hierfür zu beauftragen.

Gemäß Einkommensteuerbescheid 2005 betrug das Einkommen des Jahres 2005 € 12.430,16.

Rechnungen des Jahres 2006

Weiters legte der Bw. Rechnungen und Auftragsschreiben der Fa. B-OHG für die Monate Februar, März und Juni, der Fa M-KEG für Mai und Juli und der Fa. K-GmbH für die Monate August bis Oktober vor. Die Auftragscheine letztgenannter Firma wurden sowohl in deutscher wie auch in polnischer Sprache ausgestellt und enthalten neben der Adresse des Bauvorhabens und der beauftragten Arbeit (Verspachtelungsarbeiten) die Festsetzung eines Fertigungstermines und die Bestimmung, dass die durch Terminverlust entstandenen Kosten dem Auftragnehmer weiter verrechnet werden.

Gemäß dem Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2006 verdiente der Bw. im Jahr 2006 € 12.091,46.

Berufungsvorentscheidung

Am 6.2.2008 erließ das Finanzamt eine Berufungsvorentscheidung und führte in dieser begründend aus:

"Wie bereits mittels Abweisungsbescheid vom 7.12.2007 (dargelegt) hat Österreich den Beitritt der neuen EU-Mitgliedstaaten mit dem EU-Erweiterungsanpassungsgesetz BGBI. 2004/28 umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Österreich kann Übergangsbestimmungen hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Arbeitnehmerdienstleistungsfreiheit für die neuen EU-Staatsbürger für maximal sieben Jahre einführen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements bis 30.4.2011 weiterhin dem AuslBG. Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Arbeitsbewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Im vorliegenden Fall ist aus nachstehenden Erwägungen davon auszugehen, dass sich Ihre Tätigkeit nicht als selbständige, sondern vielmehr als typische unselbständige Beschäftigung als Arbeitnehmer an Baustellen darstellt. Ihre Leistungen (durchzuführende Arbeiten) werden

vom Auftraggeber festgelegt. Der Arbeitsort wird vom Auftraggeber vorgegeben. Die Arbeitseinteilung erfolgt durch den Auftraggeber. Sie werden als Auftragnehmer hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität von ihrem Auftraggeber kontrolliert. Sie beschäftigen keine Arbeiter und bedienen sich keiner Hilfskraft. Das zu verarbeitende Material wird vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Das von Ihnen verwendete, selbst erworbene Werkzeug ist von geringer Bedeutung. Sie werden regelmäßig entlohnt. Eine Vertretungsmöglichkeit ist nicht vorgesehen. Es ist daher davon auszugehen, dass Sie nur eine Arbeitskraft für Verspachtelungsarbeiten darstellen. Eine derartige Tätigkeit muss aber den Vorschriften des AuslBG entsprechen und ist daher bewilligungspflichtig. Sie haben demnach mangels einer selbständigen Tätigkeit, auch mangels einer rechtmäßig nichtselbständigen Beschäftigung keinen Anspruch auf Gewährung der Differenzzahlung für Ihre in Polen lebenden Kinder und die Abweisung der Differenzzahlungen für die Kalenderjahre 2004, 2005 und 2006 bestand somit zu Recht. Ihrem Berufungsbegehrten konnte somit nicht entsprochen werden.

Vorlageantrag

Am 29.2.2008 brachte der Bw. einen Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde II. Instanz ein und führte im Wesentlichen aus:

„Sowohl der erstinstanzliche Bescheid als auch die Berufungsvorentscheidung leiden an wesentlichen Begründungsmängeln, da nur allgemeine Standardsätze verwendet werden und nicht auf den konkreten Fall eingegangen wird. Demnach ist der Bescheid nicht überprüfungsfähig und somit schon allein aus diesem Grund aufzuheben. Tatsächlich enthalten die beiden Bescheide überhaupt keine Begründung, sondern nur Feststellungen. So hätte die Behörde begründen müssen, durch welche Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens es zu diesen Feststellungen kommt. Die Feststellungen der Behörde sind dem Bw. nicht nachvollziehbar. Die Behörde stellt zwar fest, dass der Bw. einer unselbständigen Beschäftigung nachgeht, versäumt jedoch den Arbeitgeber des Bw. zu nennen.“

Der Bw. verfügt über zwei Gewerbescheine des magistratischen Bezirksamtes für den 5. Bezirk, jeweils vom 13.7.2007. Selbst die gegenständliche Behörde gehe von einer selbständigen Tätigkeit aus, da laut Einkommensteuerbescheid 2006 Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von € 12.091,46 ausgewiesen sind. Weiters bezahle der Bw. laufend Sozialversicherungsbeiträge bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Außerdem würden einige Rechnungen exemplarisch vorgelegt, aus denen verschiedene Auftraggeber ersichtlich seien. Hätte die Behörde diese Ermittlungen durchgeführt, wäre sie zu dem Ergebnis gekommen, dass der Bw. natürlich einer selbständigen Tätigkeit nachgehe.

Der Bw. schulde seinem Auftraggeber einen bestimmten Erfolg, woraus sich eine selbständige Tätigkeit erschließen lasse.

"Wenn die belangte Behörde in ihrem Bescheid festhält, dass ihre Leistungen (durchzuführende Arbeiten) vom Auftraggeber festgelegt werden, so ist dazu zu sagen, dass natürlich der Auftraggeber den Auftragnehmer zur Erbringung einer bestimmten Leistung beauftragt. Es entspricht der Natur der Sache, dass im Zuge der Beauftragung einer bestimmten Leistung natürlich indirekt ein Arbeitsort festgelegt wird. Die Arbeitszeit bestimmt der Bw. natürlich selbst, jedoch muss er sich an bestimmte Fertigstellungstermine halten. Dass sich der Auftraggeber natürlich über Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität informiert, liegt auch in der Natur der Sache. Warum die Tatsache, dass der Bw. keine Arbeiter und auch keine Hilfskraft beschäftigt ein Indiz für die nichtselbständige Tätigkeit darstellen soll, ist nicht ersichtlich. Warum das vom Bw. selbst erworbene Werkzeug nur von geringer Bedeutung sein soll, ist nicht nachvollziehbar.

Als Beweis werde beantragt:

-Einvernahme des Bw. wobei ein Dolmetsch für die polnische Sprache benötigt wird.

-Zeuge H.S.

-2 Auszüge aus dem Gewerberegister vom 13.7.2007

Es werde daher der Antrag gestellt, die Bescheide aufzuheben und derart abzuändern, dass dem Antrag des Bw. auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine drei Kinder für den Zeitraum von Juli 2004 bis Dezember 2006 vollinhaltlich stattgegeben wird."

In Polen besaß der Bw. keinen Gewerbeschein als Spachtler.

Die Gattin des Bw. ist ebenfalls polnische Staatsangehörige und arbeitet als Lehrerin.

Berufungsentscheidung

Am 1. September 2010 erließ der Unabhängige Finanzsenat eine abweisende Berufungsentscheidung in der er zusammengefasst zu der Schlussfolgerung kam, dass die vom Berufungswerber ausgeübte Tätigkeit nicht als selbstständige Tätigkeit zu bewerten war, sondern vielmehr das Gesamtbild einer nichtselbstständigen Tätigkeit vermittelte, weshalb aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen des § 47 Abs 2 EStG das Vorliegen eines Dienstverhältnisses zu unterstellen sei. Da eine solche Tätigkeit aber den Vorschriften des AuslBG entsprechen müsste, läge eine bewilligungspflichtige Beschäftigung vor. Eine derartige Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungsbewilligung) habe der Bw. jedoch nicht inne gehabt. Mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbstständigen Beschäftigung habe der

Bw. somit keinen Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. auf Gewährung einer Differenzzahlung für seine in Polen lebenden Kinder.

Beschwerde an die Verwaltungsgerichtshof

Gegen diesen Bescheid erhab der Bw. am 25. Jänner 2011 Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit sowie Rechtswidrigkeit in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften. In dieser führe er aus:

"Keine Anwendbarkeit des § 47 EStG

Die belangte Behörde wies meine Berufung mit der Begründung ab, dass ich als polnischer Staatsbürger nach Artikel 73 der Verordnung (EWG) Nummer 1408/71 nur dann einen Anspruch auf Familienleistungen habe, wenn ich Arbeitnehmer oder Selbstständiger bin. Als Arbeitnehmer brauche ich zudem eine Arbeitsbewilligung iSd § 2 iVm § 3 Abs 2 AusIBG.

Um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass ich keiner selbständigen Tätigkeit nachgehe, hatte die belangte Behörde nach einer umfangreichen Darstellung von Rechtssätzen aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 47 Abs. 2 EStG 1988 eine Prüfung nach Maßstäben dieser Judikatur vorgenommen. Aus deren vermeintlichen Ergebnis hatte die belangte Behörde ohne weiteres geschlossen, es liege ein Verstoß gegen das AusIBG vor, da sich meine Tätigkeit ihrer Ansicht nach als unselbstständig darstellen würde und ich keine Arbeitsbewilligung iSd § 2 iVm § 3 Abs 2 AusIBG besitze.

Die belangte Behörde hat hier nicht berücksichtigt, dass es sich beim Begriff des Dienstverhältnisses iSd § 47 Abs. 2 EStG 1988 um einen eigenständigen Begriff des Steuerrechtes handelt.

Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung des VwGH hinsichtlich von Beschwerdefallen, die in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht meinem Beschwerdefall gleichen, steht der Ausschlussgrund eines Verstoßes der Beschäftigung gegen das AusIBG in keinem normativen Zusammenhang mit § 47 Abs. 2 EStG 1988 und der Rechtsprechung dazu.

Die belangte Behörde hätte daher die Prüfung, ob meine Tätigkeit als selbstständig oder als nichtselbstständig zu qualifizieren ist, nicht auf Grundlage von § 47 Abs. 2 EStG 1988 durchführen dürfen. Aufgrund dieser Prüfung hätte die belangte Behörde somit nicht zu dem Ergebnis gelangen dürfen, dass ein Verstoß gegen das AusIBG vorliegt, nämlich die Ausübung einer nichtselbstständigen Tätigkeit ohne Arbeitsbewilligung (§ 3 Abs 2 AusIBG). Die Vorgehensweise der belangten Behörde steht somit in Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des VwGH.

Die belangte Behörde hat hier die Rechtslage verkannt, weshalb der angefochtene Bescheid als inhaltlich rechtswidrig anzusehen ist.

Unmittelbare Anwendung der Verordnung (EWG) Nummer 1408/71

Die Annahme, dass die Zuerkennung der Familienbeihilfe im Sinne der Verordnung (EWG) Nummer 1408/71 eine Bewilligung nach dem AuslBG voraussetzt, ist weiters EU rechtswidrig.

Eine europäische Verordnung ist unmittelbar anwendbar und genießt den Vorrang vor dem nationalen Recht.

Artikel I a der Verordnung (EWG) Nummer 1408/71 definiert autonom die Begriffe "Arbeitnehmer" oder "Selbstständiger". Nach dessen Ziffer ist Arbeitnehmer oder Selbstständiger jede Person, die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbstständige oder einem Sondersystem für Beamten erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist.

Voraussetzung für die Zuerkennung von Familienbeihilfen in einem anderen Mitgliedstaat ist somit die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen.

Ich zahle laufend Sozialversicherungsbeiträge bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Dies wurde von der belangten Behörde auch festgestellt.

Ich bin somit gegen ein Risiko, das von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Selbstständige erfasst wird, pflichtversichert.

Nach der Verordnung gelte ich als Selbstständiger, weshalb die Verordnung unmittelbar auf mich anwendbar ist. Ich habe daher einen Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich für ein in Polen lebendes Kind.

Unrichtige Abwägung des § 47 EStG

Obwohl § 47 EStG in meinem Fall nicht anwendbar ist, hat die belangte Behörde in Anwendung dieser Bestimmung zu Unrecht erkannt, dass ich keine selbstständige sondern eine unselbstständige Tätigkeit ausübe. Dies im Wesentlichen deshalb, da meine Leistungen vom Auftraggeber festgelegt worden seien; der Arbeitsort vom Auftraggeber vorgegeben worden sei; die Arbeitseinteilung durch den Auftraggeber erfolgt sei; ich als Auftragnehmer hinsichtlich Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität vom Auftraggeber kontrolliert worden sei; ich mich nicht vertreten lassen könne; das zu verarbeitende Material vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt worden sei; das von mir erworbene Werkzeug von geringer Bedeutung sei und ich regelmäßige entlohnt worden sei.

Vorbehaltlich der Tatsache, dass eine Abwägung nach § 47 EStG nicht zu erfolgen hatte, hat die belangte Behörde eine falsche Abwägung durchgeführt, da folgende überwiegende Gründe für eine selbstständige Tätigkeit sprechen:

Weisungsgebundenheit

Voraussetzung für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses ist nach § 47 Abs 2 EStG die Weisungsgebundenheit. Der Arbeitnehmer muss verpflichtet sein, den Weisungen des Arbeitsgebers zu folgen. Das Fehlen einer Weisungsgebundenheit schließt das Vorliegen einer nichtselbstständigen Tätigkeit, und damit auch das Vorliegen eines Dienstverhältnisses, aus.

Ich konnte meine Arbeitszeiten stets frei einteilen. Ich war weder an etwaige Regelungen der Arbeitszeiten noch der Arbeitspausen der Auftraggeber gebunden. Weiters wurde ich von meinen Auftraggebern während der Durchführungen meiner Arbeiten auch nicht kontrolliert.

Ich war daher an keine Weisungen meiner Auftraggeber gebunden.

Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers

Ich wurde seit Beginn meiner Tätigkeit für mehrere Auftraggeber tätig, wodurch allein ich schon nicht in den geschäftlichen Organismus eines Auftraggebers eingebunden sein konnte. Diesbezüglich wurden von mir mehrfache Rechnungen vorgelegt, aus welchen sich verschiedene Auftraggeber ergeben. Viele Aufträge wurden mir mündlich erteilt. Von der Schriftform wurde abgesehen, da ich die Auftraggeber kannte und ein Vertrauensverhältnis bestand. Ich wurde ab dem Jahr 2004 für mehrere Auftraggeber tätig.

Selbst wenn ich - wie von der belangten Behörde unrichtig festgestellt - in den ersten zwei Jahren nur für einen Auftraggeber tätig gewesen wäre, hätte die belangte Behörde berücksichtigen müssen, dass im Laufe der Zeit weitere Auftraggeber dazu kamen. Diese Tatsache beweist, dass ich meine Dienste stets auch anderen Auftraggebern anbot. Dass ein Einzelunternehmer ein paar Jahre braucht um seinen Kundenstock zu erweitern, ist ein übliches Phänomen.

Weiters liegt es in der Natur der Sache, dass die Leistungen (die durchzuführenden Arbeiten) vom Auftraggeber festgelegt werden; ebenso entspricht es der Natur der Sache, dass im Zuge der Beauftragung einer bestimmten Leistung damit direkt auch der Arbeitsort festgelegt wird.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist ein Indiz gegen ein Dienstverhältnis, wenn der Steuerpflichtige den Betrieb des Arbeitgebers jederzeit ohne Angabe von Gründen verlassen kann.

Ich war an keine Arbeitszeiten gebunden und konnte im Rahmen meiner Dienstleistungserbringung die Baustelle jederzeit ohne Angabe von Gründen verlassen.

Ich war daher nicht in den geschäftlichen Organismus meiner Auftraggeber eingegliedert.

Weitere Merkmale

Ein weiteres Merkmal, das für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit spricht, ist das "Unternehmerwagnis". Hierzu hat die Judikatur u.a. folgende Merkmale als Indiz für das Vorliegen eines Unternehmerwagnisses ausjudiziert:

- Wenn der Erfolg einer Tätigkeit weitgehend von der persönlichen Tüchtigkeit, vom Fleiß, von der Ausdauer und der persönlichen Geschicklichkeit, sowie von der Zufälligkeit des Wirtschaftslebens abhängt und der Steuerpflichtige für die mit seiner Tätigkeit verbundenen Aufwendungen selbst aufkommen muss, sprechen diese Umstände für ein Unternehmerwagnis.

Meine Aufträge hängen insofern von meiner Tüchtigkeit, meinem Fleiß und meiner persönlichen Geschicklichkeit ab, als ich hierdurch an weitere Auftraggeber weiterempfohlen werde. Nachdem ich die deutsche Sprache nicht einwandfrei beherrsche, bekam ich meine Aufträge hauptsächlich durch "Mundpropaganda", also durch Weiterempfehlung aufgrund der Qualität meiner Leistung. Durch meine Geschicklichkeit, meine Tüchtigkeit und meinen Fleiß wurde ich an weitere Auftraggeber weiterempfohlen und konnte somit im Laufe der Zeit für mehrere Auftraggeber tätig werden und ein höheres Einkommen erzielen. Meine Tätigkeit hängt somit auch von der Zufälligkeit des Wirtschaftslebens ab, da es in dieser Branche üblich ist, durch Mundpropaganda an weitere Auftraggeber weiterempfohlen zu werden.

- Für ein Unternehmerwagnis spricht die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen und somit den Umfang des Tätigwerdens zu bestimmen.

Nachdem ich für mehrere Auftraggeber tätig war bzw. seit meiner Niederlassung in Österreich das Ziel verfolgte, für mehrere Auftraggeber tätig zu werden, konnte ich nur dann Aufträge annehmen, wenn ich auch zeitlich die Möglichkeit hatte, diese zu erfüllen. Meine Auftraggeber wussten, dass ich für mehrere Auftraggeber tätig war bzw. dieses Ziel verfolgte. Ich hatte somit die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen.

- Ansprüche auf Urlaubsgeld und auf zeitlich begrenzte Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder Absicherung bei Verletzungen sprechen gegen ein Unternehmensrisiko.

Nachdem ich selbstständig war, hatte ich zu keinem Zeitpunkt im Rahmen meiner Tätigkeit einen Anspruch auf Urlaubsgeld und auf zeitlich begrenzte Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder Absicherung bei Verletzung.

- Für ein Unternehmerrisiko spricht ebenfalls die Tatsache, dass der Steuerpflichtige kein fixes Gehalt bezieht.

Wie die belangte Behörde selbst festgestellt hat, habe ich zu keinen Zeitpunkt ein fixes Gehalt bezogen, sondern wurde mit meinen Auftraggebern ein Pauschalpreis für die Verrichtung meiner Arbeiten vereinbart. Hinsichtlich der Feststellung der Behörde, dass die von mir gelegten Einnahmen-Ausgabenrechnungen keine einzige der Vielzahl an Betriebsausgabenpositionen aufweisen, wie sie üblicherweise im Rahmen einer gewerberechtlichen Tätigkeit anfallen (Kosten eines betriebsbereiten Standortes, Fahr-/Transportkosten, Werbe-/Akquisitionskosten, Personalkosten, Telefonkosten) ist zu berücksichtigen, dass ich Einzelunternehmer bin und jeweils ein Pauschalpreis mit meinen Auftraggebern vereinbart wurde. Bei einem Einzelunternehmer, der Spachtelarbeiten verrichtet, fallen derartige Kosten typischerweise gerade nicht an.

- Der Steuerpflichtige trägt das Unternehmerrisiko dann, wenn er bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung keinen Anspruch auf Entgelt hat.

Ich hatte keinen Anspruch auf Entgelt bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung.

- Die belangte Behörde hat nicht berücksichtigt, dass das Unternehmerwagnis nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass der Steuerpflichtige die Tätigkeit für nur einen Auftraggeber ausübt, wobei das Tätigwerden für mehrere Auftraggeber für ein Unternehmerwagnis spricht.

Nachdem meine Geschäftsanbahnung auf Mundpropaganda basiert, hatte ich selbstverständlich in den ersten Jahren meiner Tätigkeit nur wenige Aufträge und auch zu Beginn nur einen Auftraggeber. Die Tatsache, dass sich im Laufe der Jahre die Anzahl meiner Auftraggeber erhöht hat, beweist, dass ich schon damals versucht habe, mehr Geschäfte anzubahnen. Dies ist mir letztendlich auch gelungen.

- Die belangte Behörde begründet das Vorliegen eines Dienstverhältnisses auch damit, dass ich mich bei der Durchführung meiner Tätigkeit nicht vertreten lassen konnte.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt dem Kriterium der Vertretungsbefugnis aber keine entscheidende Rolle zu, wenn die Art der Tätigkeit schon aus objektiven Gründen keine Vertretung zulässt.

Ich bin Einzelunternehmer und somit alleine in meinem Gewerbe tätig. Im Falle einer Vertretung würde ich kein Entgelt für meine Tätigkeit erhalten. Eine Vertretung ist daher aus objektiven Gründen nicht möglich.

- Seit Juli 2004 betreibe ich in Österreich das Gewerbe des "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschuss jeder, einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit" sowie das Gewerbe "Aufstellen von mobilen Sichtschutzeinrichtungen für Toilettenanlagen, Umkleidekabinen und dergleichen durch einfaches Zusammenstecken oder Verschrauben fertigbezogener Bestandteile".
- Die belangte Behörde hat selbst festgestellt, dass laut meinen Einkommensteuerbescheiden der Jahre 2004 bis 2006 Einkünfte aus meinem Gewerbebetrieb ausgewiesen sind.
- Die Bestimmung in den Auftragsschreiben, dass die durch Terminverlust entstandenen Kosten dem Auftragnehmer weiter verrechnet werden, spricht ebenfalls für ein Unternehmerwagnis.
- Schließlich ist nicht erkennbar, warum die Tatsache, dass mein Werkzeug nur von "untergeordneter Bedeutung"" sein soll, gegen meine Eigenschaft als Selbstständiger spricht. Es entspricht der Natur der Sache, dass ich kein teures Werkzeug benötige, um meine Tätigkeit auszuüben.

Aus den oben genannten Gründen und anhand der zitierten Judikatur hätte die belangte Behörde erkennen müssen, dass ich einer selbstständigen Tätigkeit nachgehe und somit keine Arbeitsbewilligung in Österreich nach dem AusIBG benötige. Aufgrund meiner Eigenschaft als Selbstständiger hätte die belangte Behörde weiters entscheiden müssen, dass die Verordnung (EWG) Nr. 1408171 in meinem Fall anwendbar ist und ich in Österreich einen Anspruch auf Familienleistung nach Art. 73 dieser Verordnung habe.

Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt ergänzungsbedürftig

Die Abwägung der belangten Behörde nach § 47 EStG wird gleichzeitig als Verfahrensmangel geltend gemacht, da der Sachverhalt in wesentlichen Punkten ergänzungsbedürftig ist.

Die belangte Behörde hätte alle Indizien prüfen müssen, welche für oder gegen ein Dienstverhältnis iSd § 47 EStG sprechen und somit folgende Punkte in den Sachverhalt aufnehmen müssen:

- Ich konnte meine Arbeitszeiten stets frei einteilen.
- Ich war weder an etwaige Regelungen der Arbeitszeiten noch der Arbeitspausen gebunden.

-
- Ich war ab dem Jahr 2004 für mehrere Auftraggeber tätig.
 - Ich wurde von meinen Auftraggebern während der Durchführungen meiner Arbeiten nicht kontrolliert.
 - Ich konnte im Rahmen meiner Dienstleistungserbringung die Baustelle jederzeit ohne Angabe von Gründen verlassen.
 - Ich bekam meine Aufträge hauptsächlich durch "Mundpropaganda", also durch Weiterempfehlung aufgrund der Qualität meiner Leistung. Ich hatte die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen.
 - Ich hatte zu keinem Zeitpunkt im Rahmen meiner Tätigkeit einen Anspruch auf Urlaubsgeld und auf zeitlich begrenzte Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder Absicherung bei Verletzung.
 - Ich hatte keinen Anspruch auf Entgelt bei unverschuldeten Unmöglichkeit der Leistung.
 - Genaue Angaben über Leistungszeitraum und die nähere Terminisierungen der Arbeiten wurden mit den Auftraggebern mündlich vereinbart.

Hätte die belangte Behörde diese wesentlichen Punkte im Sachverhalt aufgenommen, wäre sie zu der Erkenntnis gekommen, dass ich einer selbständigen Tätigkeit nachgehe. Durch diese Erkenntnis hätte die belangte Behörde entschieden, dass kein Verstoß gegen das AusIBG vorliegt und ich somit einen Anspruch auf Zuerkennung der Familienbeihilfe habe.

Aufhebung der Berufungsentscheidung

Mit Bescheid vom 24. Februar 2011 hob der Unabhängige Finanzsenat die von ihm erlassene Berufungsentscheidung vom 1. Mai 2010 betreffend Familienbeihilfe gemäß § 300 Abs 1 der Bundesabgabenordnung auf.

Vorhalt

Mit Schreiben vom 9. November 2011 ersuchte der Unabhängige Finanzsenat den Bw. nachfolgende Fragen zu beantworten und die angesprochenen Unterlagen vorzulegen:

- Nachweis der Unterhaltszahlungen an die Kinder (z.B. Banküberweisung von Österreich nach Polen, oder Zahlungseingang auf polnischem Konto)
- Nachweis des Einkommens der Gattin des Bw. in diesem Zeitraum
- Bekanntgabe / Nachweis der Lebenshaltungskosten in Österreich (Miete, Gas, Strom, Heizung, Kleidung)

- Nachweis des werbenden Auftrittens (z.B. Zeitungsannoncen)
- Bekanntgabe des Lebensmittelpunkts im Zeitraum 2004 bis 2006, da festgestellt wurde, dass der Bw. in diesem Zeitraum wegen Krankheit längere Zeit in Polen war.
- Bekanntgabe des Unternehmerrisikos
- Darlegung des Unterschieds zwischen der nunmehrigen nichtselbständigen Tätigkeit und der ehemaligen gewerblichen Tätigkeit.

Stellungnahme

In seiner Stellungnahme vom 22. November 2011 brachte der Bw. nachfolgendes vor:

- "zu den Unterhaltszahlungen gebe ich an, dass ich nach wie vor eine aufrechte Ehe führe und meinen Beitrag zum Familieneinkommen und Zuwendungen an meine Kinder bisher immer in bar übergeben habe. Da ich auch nicht alimentationspflichtig war oder bin, kann ich leider keine Kontobewegungen aus den Jahren 2004 bis 2006 nachweisen.
- den Einkommensnachweis meiner Frau für den ggst. Zeitraum finden Sie inklusive beglaubigter Übersetzung anbei.
- zu meinen Lebenshaltungskosten gebe ich bekannt, dass ich monatlich ca. € 1.250,00 bei der Firma Z verdiene, und finden Sie beiliegend meinen Mietvertrag, einige Belege über die Mietzahlungen und einige Belege der Zahlungen an Wien Energie.

Über Kleidung kann ich keine Belege nachweisen.

- Einen Nachweis über mein werbendes Auftreten kann ich nicht erbringen, da ich in meiner selbständigen Tätigkeit ausschließlich auf Empfehlungsbasis von Auftrag zu Auftrag gearbeitet hatte, und in dem Sinne keine Inserate oder Zeitungsannoncen schalten musste.
- mein Lebensmittelpunkt liegt seit 2004 in Österreich, und ich fahre an den Wochenenden zu meiner Familie nach Polen.

Es ist zwar richtig, dass ich im Jahr 2005 krank gewesen bin, jedoch nicht "längere Zeit" und schon gar nicht "in Polen". Ich befand mich vom 19.8.2005 bis 30.8.2005 im Wiener AKH (siehe beiliegende Bestätigung), und war danach maximal zwei Wochen im Krankenstand – und davon war ich auch nur eine Woche in Polen.

- mein Unternehmerrisiko bestand wie bei jedem selbständigen Ein-Personen-Unternehmen in der Erlangung von Aufträgen.

Mein Unternehmenszweck war das Verspachteln von bereits montierten Rigips-Platten für verschiedene Auftraggeber.(Gewerbeschein von Mai 2004 bis Ende 2008)

derzeit bin ich sowohl mit Verspachteln als auch als Maler und Anstreicher bei der Firma Z tätig. Fallweise helfe ich auch beim Bodenlegen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Strittig ist:

ob der Bw. Anspruch auf Familienbeihilfe hat

ob der Bw seine Tätigkeit legal in Österreich ausgeübt hat

ob eine gegebenenfalls illegale Tätigkeit den Anspruch auf Familienbeihilfe vermittelt

ob der Bw. überwiegend für den Lebensunterhalt seiner Kinder aufkam und seine Familie tatsächlich zumindest in Höhe der Familienbeihilfe unterstützte.

Gesetzestext, Allgemeine Ausführungen

§ 3 Abs. 1 FLAG, der für die Jahre 2004 und 2005 anzuwenden ist lautet:

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundegebiet beziehen; kein Anspruch besteht jedoch wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.

Abs. 2: Abs. 1 gilt nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten.....

Für das Jahr 2006 hat nachfolgende Fassung des § 3 Abs. 1 FLAG Gültigkeit:

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes ... rechtmäßig in Österreich aufhalten

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

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 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 Artikel 2 definiert. Gemäß Artikel 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 iSv 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 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 sohin weiterhin dem AuslBG.

Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

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

"Begriffsbestimmungen

§ 2 Abs. 2: Als Beschäftigung gilt die Verwendung

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

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

Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern

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

Ein Dienstverhältnis liegt vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet (vergl. auch § 47 Abs. 2 EStG 1988).

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 Rechtsprechung (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 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). Dies gilt sowohl hinsichtlich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes als auch hinsichtlich des Steuerrechts.

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 in der unmittelbaren 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. am 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).

Einordnung der Tätigkeit des Bw.

Im vorliegenden Fall ist aus nachstehenden Erwägungen davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit des Bw. nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbstständige, sondern vielmehr als typisch unselbstständige Beschäftigung als Arbeiter auf einer Baustelle darstellt.

1) Hinsichtlich der Beurteilung, ob es sich bei der Tätigkeit des Bw. um eine selbstständige oder nichtselbstständige Tätigkeit im Sinne des **Einkommensteuergesetzes** handelt wird auf die Ausführungen in der Berufungsentscheidung vom 1. September 2010 verwiesen.

2) Prüfung nach dem AusIBG

Nach dem AusIBG besteht das Wesen der Arbeitnehmerähnlichkeit darin, dass der Verpflichtete in seiner Entschlussfähigkeit auf ein Minimum beschränkt ist.

Ein für einen Arbeitnehmer ähnliches Verhältnis markantes Abhängigkeitsverhältnis ist dort anzunehmen, wo keine unternehmerische Eigeninitiative und kein unternehmerisches Erfolgsrisiko getragen wird. Im vorliegenden Fall besitzt der Bw. zwar formell eine Gewerbeberechtigung, tritt aber im Rechtsverkehr nahezu wie ein unselbstständiger Arbeitsnehmer auf. Er war grundsätzlich nur als "Subunternehmer" über Weiterempfehlung tätig und trat im Geschäftsleben nicht werbend auf, mit der Folge, dass er auch keine "Privat/Einzelaufträge" übernehmen konnte.

Die Gewährleistungspflicht gegenüber dem Auftraggeber trug die jeweilige Firma für die der Bw. tätig war. Diese trat auch nach außen als Unternehmen auf (und nicht der Bw.). Der Bw. hatte ausschließlich seine Arbeitsleistung einzubringen und war seine Tätigkeit unmittelbar an die betrieblichen Abläufe des Arbeitgebers gebunden. Diese physische Tätigkeit konnte er nur deshalb entfalten, weil die Firma als Unternehmen gegenüber dem Auftraggeber fungierte. Aufgrund der vorgelegten Unterlagen ist ersichtlich, dass der Bw. in den Jahren 2004 bis 2007 nur Aufträge von den Firmen B-OHG, K-GmbH und M-KEG erhalten hat.

Aus der Tatsache, dass er in den Berufungsjahren nur für diese 3 Firmen tätig war, ist ersichtlich, dass eine längere Verbindung zu den jeweiligen Firmen bestand.

Der Bw. hat im Wesentlichen Rigips-Wände verspachtelt. Der Verwaltungsgerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung erkannt, dass die Tätigkeit als Bauhilfsarbeiter eine Tätigkeit ist, die typischer Weise den Inhalt eine Arbeitsverhältnisses oder eines arbeitsnehmerähnlichen

Verhältnisses bildet (vgl. z.B. Erkenntnis vom 23.5.2002, 2000/09/0190, Erkenntnis vom 3.7.2000, 99/09/0057, Erkenntnis vom 15.5.2008, 2008/09/0028).

Wenn der Bw. vorbringt, er habe Werkverträge abgeschlossen, ist dies diesbezüglich festzuhalten, dass ein Werkvertrag nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung (VwGH vom 15.5.2008, 2008/09/0028) nur dann vorliegt, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essentiell ist ein gewährleistungstauglicher Erfolg der Tätigkeit nach welchen die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, aber nicht erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages.

Aus dem vorgelegten Unterlagen des Bw. geht hervor, dass der Umfang des angeblichen herzustellenden Werkes nicht bestimmt war. Es erfolgten lediglich monatliche Pauschalabrechnungen für div. Arbeiten, die hauptsächlich im Verspachteln mit anschließenden Reinigungsarbeiten bestand. Eindeutig wird das Fehlen eines abgrenzbaren Werkes auch dadurch, dass keine konkret zu leistende Arbeit vereinbart wurde. Es lässt sich aus den vorgelegten Unterlagen nicht einmal entnehmen, ob es sich überhaupt - bei der behaupteten Vergabe an den Bw. als Subunternehmer - um ein, von der Auftragsfirma herzustellendes, abgrenzbares, unterscheidbares, gewährleistungstaugliches Werk handelt. Somit entspricht die Behauptung des Bestehens eines Werkvertrages zwischen der jeweiligen Firma und dem Bw. nicht den wahren wirtschaftlichen Gehalt.

Gem. dem AuslBG besteht bei der Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit zwischen Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichen Recht kein Unterschied, weil es allein auf das Unterordnungsverhältnis ankommt. Ein Unterordnungsverhältnis liegt aber nach den Feststellungen der belangten Behörde jedenfalls vor.

Wie der VwGH in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung, soweit es im Berufungsfall in Betracht kommt, durch § 2 Abs 2 AuslBG u.a. in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einen arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als Beschäftigung gilt. Maßgebend für die Einordnung in den genannten Tätigkeitsbegriff ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. So ist als Beschäftigungsverhältnis iSd. § 2

Abs 2 AuslBG ist u.a. auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen.

Aus den vom Bw. vorgelegten Unterlagen ist keine konkrete Beschreibung eines im Vorhinein abgrenzbaren Werkes zu erkennen.

Ein Werkvertrag liegt nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkrete Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die bereits im Vertrag genau umrissene Leistung zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmens sind auf das Endprodukt als solches gerichtet und nicht auf ein Teilprodukt. Für einen Werkvertrag essentiell ist ein gewährleistungstauglicher Erfolg der Tätigkeit, nach welchen die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, dass bei Erreichen eines angestrebten Ziels auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag. Aus den vom Bw. vorgelegten Unterlagen lässt sich nicht einmal entnehmen, ob es sich überhaupt um ein abgrenzbares unterscheidbares gewährleistungstaugliches Werk zu den von den jeweiligen Firmen herzustellenden Werk handelt. Es ist somit davon auszugehen, dass zwischen den jeweiligen Firmen und dem Bw. andererseits kein Werkvertrag nach dem klaren wirtschaftlichen Gehalt vorliegt. Auch aus dem Inhalt der im gegenständlichen Fall vorgelegten Rechnungen lässt sich keine inhaltliche Bestimmung eines konkreten Werkes entnehmen.

Liegt eine Verwendung (§ 2 Abs 2 AuslBG) in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zustande kam, ob diesem Mängel anhaften oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an. Zudem waren die Arbeiten des Bw. unwidersprochen im Zusammenhang mit den übrigen Arbeiten der auftraggebenden Firmen auf den gegenständlichen Baustellen zu verrichten.

Dass der Bw. beim Magistratischen Bezirksamt gem. § 340 Abs. 1 GewO 1994 zwei Gewerbescheine (Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss

jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit; Aufstellen von mobilen Sichtschutzeinrichtungen für Toiletteanlagen, Umkleidekabinen und dergleichen durch einfaches Zusammenstecken oder Verschrauben fertig bezogener Bestandteile) hat eintragen lassen ist für die Beurteilung der Tätigkeit nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht maßgeblich.

Ebenso unbeachtlich ist dabei die Meldung der Beschäftigung bei der und Zahlungen an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, da es weder bei der steuerrechtlichen noch bei der arbeitsrechtlichen Beurteilung einer Tätigkeit darauf ankommt, in welches äußere Erscheinungsbild die Vertragspartner ihr Rechtsverhältnis gekleidet haben.

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

Der VwGH hat in seiner Entscheidung vom 29.9.2010, 2008/13/0160 jedoch offen gelassen, ob seiner Ansicht nach ein Verstoß gegen das AuslBG dazu führt, dass die unmittelbare Anwendung der VO (EWG) 1408/71 dem "Schwarzarbeiter nicht zugute kommt.

Da der Bw. im Berufungszeitraum über keine erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungsbewilligung) verfügt, (und dies möglicherweise mit der gewählten Gestaltung, nämlich durch die Vorgabe der Selbständigkeit, umgangen werden sollte) folgt daraus, dass der Bw. in Österreich eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer im dargelegten Sinn nicht ausübt und auch nicht von einer Beschäftigung iSd VO (EWG) Nr. 1408/71 ausgegangen werden kann. Die VO (EWG) Nr. 1408/71 ist daher auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

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

Damit kann die Ansicht des Finanzamtes, dass die Behauptung des Bestehens der behaupteten Werkverträge nicht dem wahren wirtschaftlichen Gehalt entspreche, nicht als rechtswidrig angesehen werden.

Für den Zeitraum ab dem 1. Jänner 2006

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichgesetz 1967 (FLAG 1967) in der seit 1.1.2006 geltenden Fassung nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Nach § 53 ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des EWR nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie sind EWR-Bürger zum Aufenthalt für mehr als drei Monate gemäß § 51 Abs.1 NAG berechtigt, wenn sie

1. in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständige sind;
2. für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen, ...

Weiters wird festgestellt, dass der Bw. - entgegen seiner Behauptung in der Stellungnahme vom 22.11.2011, dass sein Lebensmittelpunkt seit 2004 in Österreich liege - hier bis dato keinen Hauptwohnsitz, sondern nur einen Nebenwohnsitz innehalt, so dass der Lebensmittelpunkt des Bw. nach Ansicht der Behörde in Polen verblieb. Der Bw. verfügt somit nur über einen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich.

Gem § 81 Abs. 4 NAG gilt die aufrechte Meldung nach dem Meldegesetz 1991 als Anmeldebescheinigung iSd § 53 NAG und somit als Dokument zur Bescheinigung des Daueraufenthaltes des EWR-Bürgers. (Inwieweit die Niederlassung im Bundesgebiet rechtmäßig erfolgte konnte nicht eruiert werden und wird jedoch vermutet.)

Der Bw. hält sich, da er einen umfassenden Krankenversicherungsschutz hat, nach § 9 NAG rechtmäßig in Österreich auf, und erfüllt daher die in § 3 Abs. 1 und 2 FLAG 1967 in der derzeit geltenden Fassung festgelegten Voraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe.

Eine Beurteilung der vom Bw. tatsächlich ausgeübten Tätigkeit für das Jahr 2006 ist im Hinblick darauf, dass die zitierten gesetzlichen Bestimmungen des FLAG 1967 in der für das Berufungsjahr geltenden Fassung dieser keine Bedeutung beimessen, nicht erforderlich.

Prima vista hat der Bw. somit Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe.

Unterhaltsleistungen

Unabhängig von obigen Ausführungen ist als letzten Punkt noch zu überprüfen inwieweit der Bw. nach § 2 Abs 2 FLAG Anspruch auf Familienbeihilfe hat.

Gemäß dieser Gesetzesbestimmung hat nämlich eine Person nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn das Kind entweder zu ihrem Haushalt gehört, oder falls dies nicht der Fall ist, sie die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt.

Nach der Grundregel des § 140 ABGB haben nicht selbsterhaltungsfähige Kinder gegen ihre Eltern einen Anspruch auf angemessenen Unterhalt, zu dessen Deckung jeder Elternteil entsprechend seiner Leistungsfähigkeit anteilig beizutragen hat. Betreut ein Elternteil in dem von ihm geführten Haushalt das Kind, so leistet er damit idR seinen vollen Unterhaltsbeitrag.

Auch wenn der Bw. angibt in gemeinsamen Haushalt mit seiner Familie zu leben (vergl. diesbezüglich die widersprüchlichen Angaben des Bw.), hat er doch seinen tatsächlichen Aufenthalt in Österreich und führt somit nicht den Haushalt für seine Kinder, weshalb seine Unterhaltsleistung in monetärer Form zu erbringen ist.

Wenn der Bw. hinsichtlich seiner Unterhaltszahlungen angibt, dass er diese bisher immer in bar übergeben hab, da er nicht alimentationspflichtig sei und daher in den Jahren 2004 bis 2006 keine Kontobewegungen stattgefunden hätten, ist dem entgegen zu halten, dass diese Argumentation nach Ansicht der erkennenden Behörde eine Schutzbehauptung darstellt. Sind doch Überweisungen des geschuldeten Unterhalts vom Konto unabhängig davon möglich, ob eine gerichtliche Alimentationspflicht besteht und ist die Übergabe von monatlich 321,90 € aus u.a. Gründen nicht vorstellbar.

Wie aus den vor vorgelegten Unterlagen hervorgeht betrug der

monatliche Mietzins zw. 1.8.2005 und 31.7.2008	~ 310 €
Wien Energie monatl	~ 60 €
h.a. geschätzte monatl. Heizkosten	~ 60 €
h.a. geschätzte monatl. Lebensmittelkosten	~ 250 €
h.a. geschätzte Kleidungskosten	~ 20 €
h.a. geschätzte PKW Kosten (wegen Polenfahrten)	~ 100 €

Somit würde der Bw. ~ 800 € monatlich, bzw. ~ 9.600 € im Jahr für seinen Lebensunterhalt benötigen.

Seinen Einkommensteuererklärungen gemäß verdiente im

Halbjahr 2004	6.397,42 €
2005	12.490 €
2006	9.619,4 €
2007	6.397,42 €

Auch wenn man davon ausgehen würde, dass der Bw. aufgrund seines bescheidenen Einkommens tatsächlich weniger als die geschätzten Lebenshaltungskosten für seinen Unterhalt ausgab ist aus obigen Aufstellungen ersichtlich, dass er kaum in der Lage war einen finanziellen Beitrag zum Unterhalt seiner in Polen lebenden Kinder beizutragen.

Gemäß der Rechtsprechung des VwGH muss der Bw. jedoch zumindest in Höhe der Familienbeihilfe zum Unterhalt seiner Familie beitragen. Im berufungsgegenständlichen Fall wären dies in den Berufsjahren jeweils 321,90 € pro Monat. Dies wären immerhin 3.862,80 € im Jahr.

Selbst wenn man den Angaben des Bw. Glauben schenkt, dass er seiner Familie monatlich einen Geldbetrag bar übergeben hat, kann aufgrund des geringen Einkommens des Berufungswerbers nicht davon ausgegangen werden, dass er tatsächlich monatliche Unterhaltsleitungen in Höhe von mindestens 321,90 € geleistet hat.

Somit war die Berufung auch für das Jahr 2006 als unbegründet abzuweisen.

Beweisanträge vom Vorlageantrag vom 29.2.2008

Befragung des Bw.:

Der Bw. selbst kann nur als Partei, nicht aber als Zeuge aussagen. Zeuge ist nämlich nur eine an der Sache des Verwaltungsverfahrens nicht beteiligter Mensch.

Dem Bw. wurde im Verfahren bereits ausreichend Gelegenheit geboten sein Anliegen zu vertreten, weshalb von einer persönlichen Vernehmung abgesehen wurde.

Zeuge H.S.:

Da hinsichtlich des beantragten Zeugen weder ein Beweisthema genannt noch eine Adresse angeführt wurde unter welcher der Zeuge geladen werden kann handelt es sich um einen ungültigen Antrag auf Zeugenvernehmung, dem die Behörde keine Folge zu leisten hatte.

Wien, am 31. Jänner 2012