



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 6. September 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien X. vom 3. August 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab September 2004 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Eingabe vom 17. November 2005, beim Finanzamt eingelangt am 28. November 2005 beantragte der Berufungswerber (Bw.) die Zuerkennung der Familienbeihilfe für seine in Polen lebenden minderjährigen Söhne Y. und Z. rückwirkend ab September 2004.

Dem Antrag beigegeben waren folgende Unterlagen:

- Meldebestätigung des Bw.
- gekürzte Abschrift der Heiratsurkunde des Bw.
- gekürzte Abschrift der Geburtsurkunde des Y.
- gekürzte Abschrift der Geburtsurkunde des Z.
- zwei Auszüge aus dem Gewerberegister betreffend die Gewerbe "Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertigbezogener Profileile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen" und "Verschließen von Bauwerksfugen mittels plastischer

und dauerelastischer Kunststoffmatten und Kunststoffprofilen" (Gewerbeanmeldung jeweils am 8. September 2004).

Im Zuge einer Niederschrift vom 31. Juli 2007 führte der Bw. aus, dass seine Tätigkeit laut den vorliegenden Gewerbescheinen nicht sein erlernter Beruf sei, sondern dass er diese Tätigkeit erst in Österreich gelernt habe.

Der Standort seines Gewerbes sei die Wohnadresse und bewahre er die Belege in der Wohnung auf. Ein Kassabuch oder Bankbuch sei nicht gekauft worden. Wenn Ware (Silikon) gekauft worden sei, dann habe der Bw. darüber Rechnungen. Zur Ausübung seines Gewerbes habe er nur Silikon und Silikonspritzen benötigt.

Hinsichtlich seiner Aufträge stehe der Bw. mit einer Firma in Verbindung, die meistens ihn anrufe und manchmal rufe auch er an. Hierbei handle es sich um die Firma K.GmbH und arbeite er nur für diese Firma. Aufträge seien zumeist mündlich übernommen worden, manchmal auch schriftlich, wobei eine Kopie eines Auftragsschreibens dem Finanzamt vorgelegt wurde.

Die vertraglichen Leistungen habe der Vorarbeiter der Firma K.GmbH festgelegt und die Arbeiten, den Arbeitsfortgang bzw. die Arbeitsqualität kontrolliert. Wenn der Bw. einen Termin nicht einhalten habe können, weil er zum Beispiel krank oder auf Urlaub gewesen sei, habe er dies dem Vorarbeiter der Firma K.GmbH gemeldet. Auch habe der Vorarbeiter bestimmt, wo, wie und wie lange er seine Arbeiten ausführen solle. Silikon und Material sei von der Firma K.GmbH bereitgestellt worden, durch andere Personen könne er sich nicht vertreten lassen und Mitarbeiter habe er keine.

Sein Entgelt sei immer ein Pauschalentgelt gewesen, wobei nach der Arbeit die Rechnung ausgestellt worden sei und der Bw. das Geld vom Vorarbeiter bekommen habe. Manchmal habe er auch ein Akonto bekommen und manchmal sei das Entgelt auf ein Bankkonto überwiesen worden.

Außer den gegenständlichen Einkünften beziehe der Bw. keine anderen Einkünfte. Seine Gattin sei bis zum Jahr 2005 noch in Polen bei seinem Bruder in der Landwirtschaft tätig gewesen. Derzeit erziele sie in Polen keine Einkünfte.

Ebenso erhalte der Bw. weder aus Polen noch aus Österreich Beihilfen.

Mit Bescheid vom 3. August 2007 wurde der Antrag auf Familienbeihilfe ab September 2004 abgewiesen und begründend ausgeführt, dass in Anwendung der EU-Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und 574/72 derjenige Staat zur Zahlung der Familienleistungen verpflichtet sei, in dem ein Elternteil selbständig oder nicht selbständig erwerbstätig sei und zwar auch dann,

wenn die Familie ständig in einem anderen Vertragsstaat lebe. Arbeiten beide Elternteile in verschiedenen Staaten, sei der Staat vorrangig zur Leistung verpflichtet, in dem sich der Familienwohnsitz befände.

Aufgrund des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes sei die Ausübung einer selbständigen (gewerblichen) oder zulässigen unselbständigen Tätigkeit Grundlage für eine rechtmäßige Niederlassung in Österreich und damit in Verbindung mit § 3 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 Basis des oben angeführten Anspruches auf Familienleistungen.

Im gegenständlichen Fall werde der Beihilfenanspruch aus der vorgeblich selbständigen bzw. gewerblichen Tätigkeit abgeleitet, wobei jedoch für die Beurteilung der eingewandten Tätigkeit als eine nach den Vorgaben des § 2 Abs. 2 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) bewilligungspflichtige oder nicht bewilligungspflichtige Beschäftigung inhaltlich der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform der Tätigkeit maßgebend sei. Die Ausstellung eines Gewerbescheines lege nicht von vornherein fest, dass jede nach dem Ausstellungszeitpunkt ausgeübte Tätigkeit unabhängig von jenen Sachverhalten, an denen sich eben diese Beschäftigung manifestiere, gleichsam automatisch als unternehmerisch zu qualifizieren oder einer betrieblichen Sphäre zuzuordnen sei.

Laut den Angaben des Bw. (Niederschrift vom 31. Juli 2007) seien die meisten Aufträge mündlich erfolgt. Der mit der Firma K.GmbH vorgelegte schriftliche Vertrag lege in Bezug auf die Tätigkeit des Bw. nur eine abstrakte Verpflichtung auf diverse Bauvorhaben diverse Arbeiten durchzuführen fest. Sowohl der Arbeitsort als auch der Arbeitsumfang sei vom jeweiligen Vertragspartner meistens durch dessen Vorarbeiter vorgegeben gewesen und auch der Arbeitsfortgang und die Arbeitsqualität seien vom Vorarbeiter vor Ort einer Beurteilung und Kontrolle unterworfen gewesen. Auch die wesentlichen Baumaterialien seien vom Vertragspartner zur Verfügung gestellt worden.

Eine über die bloße Arbeitsverrichtung hinausgehende Leistung, die auch diesbezüglich erforderliche Materialien beinhalten, sei nicht vereinbart bzw. angeboten worden. Als ausschließlich mögliches Risikogebiet ergebe sich eine allfällige Bemängelung der Arbeitsqualität oder des Arbeitsumfanges durch den Vorarbeiter mit der Konsequenz, die erforderlichen Ausbesserungen oder Vervollständigungen nach den Vorgaben des Vorarbeiters durchführen zu müssen. Ein aufgrund nachvollziehbarer Verträge feststellbares und folglich auch durchsetzbares Haftungs- und Gewährleistungsrisiko ergebe sich demnach nur für den Vertragspartner des Bw.

Aus dem Gesamtbild der vorgebrachten Umstände sei der Bw. dem jeweiligen Willen des Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen gewesen, wie dies bei einem Dienstnehmer der

Fall sei. Daraus ergebe sich eine volle Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Vertragspartners des Bw. Auch nach den Angaben des Bw. könne er sich bei Erbringung seiner Arbeit nicht vertreten lassen.

Als Folge dieser Eingliederung verbleibe auch kein eigenes unternehmerische Tätigkeit kennzeichnendes Unternehmerwagnis. Der Bw. stelle daher nur seine Arbeitskraft (Arbeitsleistung) zur Verfügung, sodass auch der Besitz eines Gewerbescheines und die Anmeldung zur Sozialversicherung der selbständigen Erwerbstätigen daran nichts ändere.

Seine Tätigkeit sei demnach nicht als selbständige Tätigkeit zu beurteilen.

Eine erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungsbewilligung) sei nicht nachgewiesen und damit eine rechtmäßige Beschäftigung in Österreich als Arbeitnehmer nicht festgestellt worden. Insoweit läge kein Beihilfenanspruch vor.

In der rechtzeitig eingebrachten **Berufung** führte der Bw. aus, dass die Feststellungen des Finanzamtes, seine Tätigkeit in Österreich sei nicht als selbständige Tätigkeit einzustufen, nicht zutreffe, da er tatsächlich am 8. September 2004 in Österreich einen Gewerbebetrieb gegründet habe. Er habe nach der Anmeldung des Gewerbebetriebes seine Tätigkeit der zuständigen Sozialversicherung mitgeteilt und laufend Beiträge eingezahlt.

Innerhalb eines Monats habe er beim zuständigen Wohnsitzfinanzamt nach Anmeldung des Gewerbebetriebes um eine Steuernummer angesucht, sowie die entsprechenden Steuererklärungen für die Jahre 2005 und 2006 vorgelegt.

Ein Gewerbebetrieb liege vor, weil alle Kriterien, die für die selbständige Führung eines Gewerbebetriebes sprechen, samt Vorliegen einer betrieblichen Struktur (§ 28 und 29 BAO) bei ihm vorhanden seien.

Hinsichtlich seiner nachhaltigen selbständigen Tätigkeit, die mit Gewinnabsicht unternommen werde, sei er an keine Weisungen des Auftraggebers gebunden, er sei persönlich von niemandem abhängig und auch nicht in den geschäftlichen Organismus des Auftraggebers eingegliedert gewesen.

Das Unternehmerrisiko habe ausschließlich er getragen und hafte er auch für die Gewährleistung.

Kein Auftraggeber habe den Bw. hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität kontrolliert.

Bei Verhinderung wäre eine Vertretung zulässig gewesen, wobei der Bw. irrtümlich durch nicht perfekte Deutschkenntnisse in der Vorsprache am 31. Juli 2007 eine andere Ansicht vertreten habe.

Während der Arbeit verwende der Bw. ausschließlich sein eigenes Werkzeug und größtenteils seine eigenen Arbeitsmittel. Am Standort seines Gewerbebetriebes (Wohnadresse) verfüge er über eine Büroräumlichkeit und Aufbewahrungsmöglichkeit hinsichtlich der Arbeitsmittel und Arbeitsmaterialien.

Durch das aktive Geschäftsanbahnen habe er eine ausreichende Anzahl von Aufträgen und sei seine selbständige Tätigkeit von anderen Behörden anerkannt worden.

Die Berufung wurde ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung dem unabhängigen Finanzsenat (UFS) vorgelegt, da nach Ansicht der Amtspartei mit einer Beendigung des Berufungsverfahrens durch eine abschlägige erstinstanzliche Rechtsmittelerledigung nicht zu rechnen sei.

Über die Berufung wurde erwogen:

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

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

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 Mitgliedstaates gelten oder galten“.

Gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 1408/71 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen.

Eine Leistung wie die Familienbeihilfe nach dem österreichischen FLAG ist eine Familienleistung im Sinne von Artikel 4 Abs. 1 lit. h der Verordnung (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 § 32 a 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 max. 30. April 2011) weiterhin dem AuslBG.

Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Die für den vorliegenden Berufungsfall maßgeblichen Bestimmungen des AuslBG, BGBl.Nr. 218/1975, in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 28/2004 sind Folgende:

Gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG gilt als Beschäftigung die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht aufgrund 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 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, BGBl.Nr. 196/1988.

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

In § 3 Abs. 2 AuslBG sind die Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern geregelt, wonach ein Ausländer, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, eine Beschäftigung nur antreten und ausüben darf, 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.

Für die Beurteilung, ob ein steuerlich anzuerkennendes Dienstverhältnis bzw. eine nichtselbständige Tätigkeit vorliegt, ist die Bestimmung des

§ 47 Abs. 2 Einkommensteuergesetz (EStG) 1988 grundlegend. Danach liegt ein Dienstverhältnis dann vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet. Dies ist dann 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 ständiger Rechtsprechung (VwGH-Erkenntnis vom 19. Dezember 1990, Zl. 89/13/0131; VwGH-Erkenntnis vom 20. Dezember 2000, Zl. 99/13/0223; VwGH-Erkenntnis vom 24. September 2003, Zl. 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-Erkenntnis vom 18. Oktober 1989, Zl. 88/13/0185).

Im vorliegenden Berufungsfall bringt der Bw. vor, dass er am 8. September 2004 in Österreich einen Gewerbebetrieb gegründet habe, dass er bei der zuständigen Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft diesen Gewerbebetrieb gemeldet habe, laufend Beiträge bezahlt habe, beim zuständigen Wohnsitzfinanzamt die Anmeldung des Gewerbes gemeldet und um eine Steuernummer angesucht habe. Für die Jahre 2005 und 2006 habe er Steuererklärungen abgegeben. Diesem Vorbringen wird entgegengehalten, dass es nicht darauf ankommt, wie die Tätigkeit bezeichnet wird bzw. wie sich die äußere Erscheinungsform der Betätigung darstellt, sondern darauf, welche Betätigung nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt vorliegt. Die äußere Erscheinungsform ist nicht maßgebend.

Soweit der Bw. vermeint, alle Kriterien für die selbständige Führung eines Gewerbebetriebes sowie das Vorliegen einer betrieblichen Struktur sprechen für das Vorliegen eines Gewerbebetriebes, ist auf die Niederschrift vom 31. Juli 2007 hinzuweisen und auszuführen, dass für die Abgrenzung, ob eine Tätigkeit selbständig oder unselbständig ist, das Gesamtbild der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse ausschlaggebend ist.

Soweit der Bw. das Vorliegen einer betrieblichen Struktur behauptet, ist zu bemerken, dass eine betriebliche Struktur im vorliegenden Berufungsfall nicht erkennbar ist. Der Standort seines "Gewerbes" sei an der Wohnadresse und die Belege bewahre er in der Wohnung auf, ein Kassabuch werde nicht geführt, lediglich die Rechnungen über den Wareneinkauf werden aufbewahrt. All diese Umstände hat ein Arbeitnehmer, der zum Beispiel Werbungskosten geltend macht, ebenfalls zu beachten.

Hinsichtlich des Vorbringens, dass der Bw. seine Betätigung nachhaltig selbständig und mit Gewinnabsicht ausübe, an keine Weisungen des Auftraggebers gebunden und damit persönlich unabhängig und nicht in den geschäftlichen Organismus des Auftraggebers eingegliedert sei, ist auszuführen, dass ein Gewerbebetrieb im Sinne des § 28 bzw. § 29 BAO nur dann vorliegt, wenn sämtliche vom Bw. aufgezählten Umstände (Selbständigkeit, Nachhaltigkeit, Gewinnabsicht, Beteiligung am wirtschaftlichen Verkehr) gegeben sind. Soweit der Bw. angibt, er sei an keine Weisungen des Auftraggebers gebunden, ist zu entgegnen, dass der Bw. selbst in der Niederschrift vom 31. Juli 2007 vorbringt, dass der Vorarbeiter der Firma K.GmbH bestimmt, wo, wie und wie lange er seine Arbeiten auszuführen hat. Dieses Weisungsrecht (persönliche Weisung) ist gerade typisch für die Arbeitnehmereigenschaft und ist auf den zweckmäßigen Einsatz der Arbeitskraft gerichtet. Charakteristisch dafür ist, dass der Arbeitnehmer nicht die Ausführung einzelner Arbeiten verspricht, sondern seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt (nochmals VwGH-Erkenntnis vom 20. Dezember 2000, Zl. 99/13/0223). Das persönliche Weisungsrecht des Arbeitgebers nimmt somit Einfluss auf zum Beispiel die Art der Ausführung der Arbeit, die Zweckmäßigkeit des Einsatzes der Arbeitsmittel, die zeitliche Koordination der zu verrichtenden Arbeiten, die Vorgabe des Arbeitsortes usw. Gerade diese Umstände liegen im gegenständlichen Fall vor, sodass sehr wohl von einer persönlichen Weisungsgebundenheit auszugehen ist.

Was die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Auftraggebers angeht, zeigt sich diese in der Vorgabe von Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsmittel durch den Auftraggeber sowie die unmittelbare Einbindung der Tätigkeit in die betrieblichen Abläufe des Arbeitgebers. Ein Tätigwerden nach den jeweiligen zeitlichen Gegebenheiten des Auftraggebers bringt eine Eingliederung in den Unternehmensorganismus zum Ausdruck, was dem Vorliegen eines Werkverhältnisses zuwiderläuft (VwGH-Erkenntnis vom 15. September 1999, Zl. 97/13/0164). Insoweit trifft es also zu, dass der Bw. in den geschäftlichen Organismus des Auftraggebers eingegliedert ist.

Wenn der Bw. vorbringt, das Unternehmerrisiko sei ausschließlich von ihm getragen worden und für die Gewährleistung hafte er selbst, wird entgegengehalten, dass das für eine selbständig ausgeübte Tätigkeit sprechende Merkmal des Unternehmerrisikos in gewissem

Maße auch auf Dienstverhältnisse zutreffen kann, zum Beispiel wenn der Arbeitnehmer in Form von Provisionen oder Umsatzbeteiligungen am wirtschaftlichen Erfolg seines Arbeitgebers beteiligt ist (VwGH-Erkenntnis vom 25. Oktober 1994, ZI. 90/14/0184).

Hinsichtlich des Vorbringens des Bw., er trage ausschließlich das Unternehmerrisiko und hafte für die Gewährleistung, ist auf die Niederschrift vom 31. Juli 2007 hinzuweisen, worin der Bw. selbst angibt, dass ein Vorarbeiter die Arbeiten, den Arbeitsfortgang bzw. die Arbeitsqualität kontrolliert.

Soweit der Bw. in seiner Berufung jedoch vorbringt, kein Auftraggeber kontrolliere ihn hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität, widersprechen diese Angaben der Niederschrift vom 31. Juli 2007; ebenso hat der Bw. widersprüchliche Angaben hinsichtlich der Vertretung bei Verhinderung getätigt, da im Berufungsschriftsatz ausgeführt wird, eine Vertretung sei bei Verhinderung zulässig gewesen. Diese Angaben seien anlässlich der Vorsprache am 31. Juli 2007 deshalb irrtümlich entstanden, da der Bw. keine perfekten Deutschkenntnisse habe. Hiezu ist auszuführen, dass in der Niederschrift vom 31. Juli 2007 der Bw. eingangs befragt wurde, ob er Deutsch versteht. Dies hat der Bw. bejaht. Wenn nun der Bw. in der Berufung vorbringt, die Angaben seien irrtümlich entstanden, weil der Bw. keine perfekten Deutschkenntnisse hätte, ist zu bemerken, dass in einem Verwaltungsverfahren keine perfekten Deutschkenntnisse notwendig sind, um Auskunft über einen bestimmten Sachverhalt geben zu können. Den Ausführungen des Bw. in der Berufung wird keinen Glauben geschenkt. Es entspricht nämlich der Lebenserfahrung, dass die ersten Angaben in einem laufenden Verfahren der Wahrheit am Nächsten kommen (VwGH-Erkenntnis vom 20. April 2006, ZI. 2005/15/0147). Das diesbezügliche Vorbringen in der Berufung stellt sich auch aus einem weiteren Grund als Schutzbehauptung dar, denn im vorgelegten Vertrag für Subunternehmerleistungen zwischen der Firma K.GmbH und dem Bw. vom 16. Jänner 2006 ist der Bw. verpflichtet „alleine als Einzelperson die ihm übertragenen Arbeiten durchzuführen“. Eine vom Bw. vorgebrachte Vertretungsmöglichkeit ist demnach nicht vorgesehen.

Soweit der Bw. ausführt, er verwende ausschließlich sein eigenes Werkzeug und größtenteils seine eigenen Arbeitsmittel, ist wiederum auf die Niederschrift vom 31. Juli 2007 hinzuweisen, worin angegeben wurde, das Silikon und Material von der Firma K.GmbH komme. Auch dem bereits erwähnten Vertrag für Subunternehmerleistungen vom 16. Jänner 2006 ist zu entnehmen, dass sämtliches erforderliches Material vom Auftraggeber der K.GmbH beigestellt wird.

Wenn der Bw. vorbringt, er verfüge über einen Standort seines Gewerbebetriebes und über Aufbewahrungsmöglichkeiten für seine Arbeitsmittel und Arbeitsmaterialien, ist darauf

hinzuweisen, dass zwar der Betriebsstättenbegriff im § 29 BAO geregelt ist, die Betriebsstätte jedoch der Ausübung eines Betriebes oder wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes unmittelbar dienen muss. Für die Annahme einer Betriebsstätte ist eine Wohnung nicht ausreichend.

Schließlich bringt der Bw. vor, dass er sich durch das aktive Geschäftsanbahnen um eine ausreichende Anzahl von Aufträgen selbst gekümmert habe. Auch dieser Einwand verhilft der Berufung nicht zum Erfolg, da zur Abgrenzung einer selbständigen Tätigkeit von einer nicht selbständigen Tätigkeit das Tatbestandsmerkmal der Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr nicht bzw. weniger geeignet ist. Auch einem Angestellten, der in einem Jahr mehrere Dienstgeber hat, kann ein aktives Verhalten in der Arbeitswelt bestätigt werden und wird der Dienstnehmer dadurch nicht zu einem Gewerbetreibenden.

Im vorliegenden Fall ist daher davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit des Bw. nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typisch unselbständige Beschäftigung, nämlich als Hilfsarbeiter auf einer Baustelle, darstellt:

- Die vom Bw. zu erbringenden vertraglichen Leistungen (durchzuführenden Arbeiten) werden (ausschließlich) vom Auftraggeber festgelegt
- Arbeitsort (Baustelle) wird vom Arbeitgeber vorgegeben
- Arbeitseinteilung und Arbeitseinsatz auf der Baustelle erfolgen über Anordnung des Auftraggebers bzw. des jeweiligen Vorarbeiters der Baustelle
- Der Bw. wird hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität von einem Auftraggeber kontrolliert.
- Der Bw. beschäftigt seinerseits keine Arbeitnehmer bzw. bedient sich bei der Ausführung der Arbeiten keiner Hilfskräfte.
- Der Bw. hat bei Krankheit oder Urlaub eine Meldung an den Auftraggeber zu verfassen.
- Eine Vertretungsmöglichkeit ist nicht vorgesehen.

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden insbesondere an Hand des Fragenkataloges ermittelten Sachverhaltes geht nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates eindeutig hervor, dass der Bw. nicht ein Werk, sondern – wie ein Dienstnehmer – seine Arbeitskraft schuldet bzw. dass er den Willen des Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen ist, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall ist. Es ist daher davon auszugehen, dass der Bw. seinem Arbeitgeber nur seine Arbeitskraft (für das Montieren von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profileile oder Systemwände mit Anschlusskabel und für das Verschließen

von Bauwerksfugen mittels plastischer und dauerelastischer Kunststoffmassen) zur Verfügung gestellt hat. Inwieweit sich die Art dieser Tätigkeit von jener eines Hilfsarbeiters eines mit solchen Arbeiten befassten Unternehmens unterscheiden sollte, ist an Hand des vorliegenden Sachverhaltes nicht zu erkennen.

Zusammenfassend ist daher davon auszugehen, dass die Beschäftigung des Bw. (die Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profileile oder Systemwände mit Anschlusskabel und das Verschließen von Bauwerksfugen mittels plastischer und dauerelastischer Kunststoffmassen) nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist.

Eine solche Tätigkeit muss aber den oben zitierten Vorschriften des AuslBG entsprechen, dass heißt, es muss sich dabei um eine - bewilligungspflichtige - Beschäftigung im Sinne des § 2 AuslBG iVm § 3 Abs. 2 AuslBG handeln.

Da der Bw. die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungsbewilligung) nicht nachgewiesen hat, übt der Bw. in Österreich keine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer im dargelegten Sinn aus und ist auch nicht von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auszugehen. Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ist daher auf vorliegenden Fall nicht anwendbar.

Der Bw. hat mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung keinen Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Gewährung einer Differenzzahlung für seine in Polen lebenden Kinder, sodass spruchgemäß zu entscheiden war.

Wien, am 23. Jänner 2008