

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag. Helga Hochrieser in der Beschwerdesache des Bf., Adr., gegen den Bescheid des Finanzamts Baden Mödling vom 7.9.2011 betreffend Abweisung des Antrags vom 27.5.2011 auf Ausgleichszahlung (Familienbeihilfe) zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) ist polnischer Staatsbürger und in Österreich als Hausbetreuer (Hausreinigung und Wartung) tätig.

Das Finanzamt wies seinen Antrag auf Ausgleichszahlung (Familienbeihilfe) vom 27. 5. 2011 mittels Abweisungsbescheid vom 7. September 2011 ab.

Dagegen brachte der Vertreter des Bw. eine Berufung mit folgender Begründung ein:

"Unser Mandant beantragte am 14.11.2008 bei der Bezirkshauptmannschaft Baden die Ausstellung eines Gewerbescheines, da ihm von einer Hausverwaltung in Baden die Hausbetreuung von einigen Miethäusern angeboten wurde. Da er auf Grund seiner Ausbildung in Polen die entsprechenden Qualifikationen (hatte in Polen eine Reinigungs-und Wartungsfirma) nachweisen konnte, wurde ihm unter der Kennzahl BN ein Gewerbeschein ausgestellt. Er wird ab diesem Zeitpunkt beim zuständigen Finanzamt unter der St.Nr. 00 steuerlich geführt und bezahlt ab 2009 die entsprechenden Einkommensteuern. Außerdem wurde er ebenfalls ab November 2008 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft angemeldet und entrichtet ab diesem Zeitpunkt die auf sein steuerpflichtiges Jahreseinkommen entfallenden Pflichtbeiträge. Wir haben am 16.5.2011 einen Antrag auf Ausgleichszahlung zur Familienbeihilfe für seine Tochter K. eingereicht und haben die erforderlichen Formulare E 401 bzw. E 411 mit einer übersetzten Schulbestätigung für die Tochter ebenfalls beigebracht. Bei einer persönlichen Vorsprache unseres Mandanten im Juli d.J. wurde

ihm mitgeteilt, das er mit einer positiven Erledigung des Antrages in den nächsten drei Wochen rechnen könne. Unser Mandant hat weder das Ausländerbeschäftigungsgesetz, wie im Bescheid sehr allgemein dargestellt, umgangen, noch sind die im § 47 EStG 1988 angeführten Bestimmungen auf ihn anzuwenden. Vielmehr sind die Bestimmungen des § 23 EStG für ihn zutreffend, da er zweifelsfrei Einkünfte aus gewerblicher Tätigkeit bezieht. Dieser rechtlich Tatbestand wurde vom Finanzamt Baden/Mödling auch anerkannt, da er für das Jahr 2009 mit diesen Einkünften veranlagt wurde. Wir ersuchen daher auf Grund der Tatsache, dass unter Mandant seit November 2008 steuer- und sozialversicherungsrechtlich voll integriert wurde und seinen Verpflichtungen ab diesem Zeitpunkt in voller Höhe nachgekommen ist, die Berufung stattgebend zu erledigen."

Das Bundesfinanzgericht ist bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt ausgegangen:

Der Bw. ist polnischer Staatsbürger und seit 24.11. 2008 mit Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet. Seine Frau, mit der er in aufrechter Ehe lebt, lebt in Polen im Familienhaushalt mit der gemeinsamen Tochter K.. Der Bw. meldete am 25.11.2008 in Österreich das Gewerbe "Hausbetreuung (Reinigungs-Wartungstätigkeiten)" an.

Er war vom 1.1.2008 bis laufend (Stand 23.7.2011) bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert. Der Bw. erklärte für das Jahr 2009 Einkünfte aus Gewerbebetrieb in der Höhe von € 14.421,07, für 2010 in der Höhe von € 12.505,05.

Die Erhebungen des Finanzamtes bezüglich der Art der Tätigkeit des Bw brachten folgendes Ergebnis:

Der Bw. hat im Fragebogen angegeben, dass er keine schriftlichen Werkverträge abgeschlossen hat. Der Standort des Gewerbes ist die Wohnung, in der der Bw. wohnte. Der Bw. versteht nur sehr wenig Deutsch und kann die deutsche Sprache nur wenig lesen. Im Internet (Firmeninformation) scheint beim Bw. nur seine frühere Adresse, jedoch keine Telefonnummer auf.

Der Sachverhalt wurde vom Finanzamt Baden Mödling in der Stellungnahme vom 12.8.2011 festgehalten. Demgemäß stellt der Bf. seinem Arbeitgeber nur seine Arbeitskraft zur Verfügung.

Dieser Sachverhalt wird wie folgt rechtlich gewürdigt:

Der Bw hält sich seit November 2008 in Österreich auf. Es ist daher der Anspruch auf Familienbeihilfe nach § 3 Abs. 1 FLAG 1967 zu prüfen.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt es bei der Beurteilung einer Tätigkeit nicht darauf an, in welches äußere Erscheinungsbild eine Tätigkeit gekleidet wurde, sondern darauf, wie diese Tätigkeit nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt einzustufen ist (vgl. VwGH 19.9.2007, 2007/13/0071).

Der Anspruch auf Familienbeihilfe muss demnach in einem ersten Schritt dahingehend überprüft werden, wie die Betätigung des Bw. nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt einzustufen ist.

Zur Prüfung der Qualifikation einer Tätigkeit ist das Einkommensteuergesetz heranzuziehen (vgl. VwGH 29.9.2010, 2008/13/0160 mit weiteren Verweisen). Demzufolge ist bei der Beantwortung der Frage, ob die Voraussetzungen einer Beschäftigung bei einem Dienstgeber erfüllt ist, daran anzuknüpfen, ob ein Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG 1988 gegeben ist.

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 dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.

Selbständigkeit liegt dagegen vor, wenn der Betrieb auf eigene Rechnung und Gefahr und unter eigener Verantwortung betrieben wird und der Steuerpflichtige das Unternehmerwagnis trägt.

Der Begriff des Dienstverhältnisses ist durch § 47 EStG nicht abschließend definiert, sondern wird als Typusbegriff durch eine Vielzahl von Merkmalen bestimmt, die nicht alle in gleicher Intensität ausgeprägt sein müssen (VfGH 1.3.2001, G 109/00).

Der Legaldefinition des § 47 Abs. 2 EStG 1988 sind zwei Kriterien zu entnehmen, die für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprechen, nämlich die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber und die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers.

#### Weisungsgebundenheit:

Die persönlichen Weisungen sind auf den zweckmäßigen Einsatz der Arbeitskraft, auf die zeitliche Koordination der zu verrichtenden Arbeiten oder die Vorgabe des Arbeitsortes gerichtet. Charakteristisch dafür ist, dass der Arbeitnehmer nicht die Ausführung einzelner Arbeiten verspricht, sondern seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt.

Nicht jede Unterordnung unter den Willen eines anderen hat die Arbeitnehmereigenschaft zur Folge, weil auch der einen Werkvertrag erfüllende Unternehmer in aller Regel hinsichtlich seiner Tätigkeit zur Einhaltung bestimmter Weisungen seines Auftraggebers verpflichtet sein wird, ohne dadurch seine Selbstständigkeit zu verlieren. Dieses sachliche Weisungsrecht ist auf den Arbeitserfolg gerichtet, während das für die Arbeitnehmereigenschaft sprechende persönliche Weisungsrecht einen Zustand wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit erfordert und ist durch eine weit reichende Ausschaltung der eigenen Bestimmungsfreiheit gekennzeichnet.

#### Eingliederung in den geschäftlichen Organismus:

Eine Eingliederung in den organisatorischen Geschäftsbetrieb zeigt sich unter anderem in der Vorgabe des Arbeitsortes und die unmittelbare Einbindung der Tätigkeit in betriebliche Abläufe des Arbeitgebers. Eine Eingliederung beinhaltet die Unterwerfung unter die betrieblichen Ordnungsvorschriften, wie beispielsweise die Regelung der Arbeitszeit, der Arbeitspause, Überwachung der Arbeit durch Aufsichtspersonen und eine disziplinäre Verantwortlichkeit. Die Planung und Vorbereitung der Tätigkeit übernimmt der Arbeitgeber.

Es gibt Fälle, in denen beide Kriterien noch keine klare Abgrenzung zwischen einer selbstständig und einer nichtselbstständig ausgeübten Tätigkeit ermöglichen. Der Verwaltungsgerichtshof zeigt in ständiger Rechtsprechung weitere Kriterien auf, die für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprechen. Dazu gehört insbesondere das Fehlen des für eine selbstständige Tätigkeit typischen Unternehmerrisikos, das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen einer Vertretungsbefugnis sowie laufende Lohnzahlungen. Auch diese Kriterien sind in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen.

#### Unternehmerwagnis:

Dieses besteht darin, dass der Leistungserbringer die Möglichkeit hat, im Rahmen seiner Tätigkeit sowohl die Einnahmen- als auch die Ausgabenseite maßgeblich zu beeinflussen und solcherart den finanziellen Erfolg seiner Tätigkeit weitgehend zu gestalten. Hängt der Erfolg einer Tätigkeit von der persönlichen Tüchtigkeit, vom Fleiß, von der Ausdauer und der persönlichen Geschicklichkeit sowie von den Zufälligkeiten des Wirtschaftslebens ab, und muss ein Steuerpflichtiger für die mit seiner Tätigkeit verbundenen Aufwendungen selbst aufkommen, sprechen diese Umstände für ein Unternehmerwagnis.

Wesentlich ist weiters, ob den Steuerpflichtigen tatsächlich das Wagnis ins Gewicht fallender Einnahmenschwankungen trifft und dass sich Erfolg und Misserfolg einer Tätigkeit unmittelbar auf die Höhe der Einkünfte auswirken.

#### Vertretungsbefugnis:

Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber seine Leistung persönlich zu erbringen und kann sich nicht vertreten lassen. Kann sich dagegen ein Auftragnehmer generell - und nicht nur im Einvernehmen mit dem Auftraggeber und nur bei seiner Verhinderung - vertreten lassen und steht das Bestimmungsrecht darüber nicht dem Auftraggeber zu sondern im Belieben des Auftragnehmers, dann ist dies ein Indiz für die Selbstständigkeit der Tätigkeit.

#### Lohnzahlung:

Kennzeichnend für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses ist weiters, dass der Verpflichtung des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft laufend zur Verfügung zu stellen, die Verpflichtung des Arbeitgebers gegenübersteht, dem Arbeitnehmer einen vom Erfolg unabhängigen Lohn zu bezahlen (vgl. VwGH 19.9.2007, 2007/13/0071).

Werden daher fortlaufende, im Wesentlichen gleich bleibende Arbeiten mit einem fortlaufenden, gleich bleibenden Betrag entlohnt, spricht dieser Umstand für ein Dienstverhältnis.

Maßgebend für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung als Dienstverhältnis oder selbstständige Tätigkeit wird daher stets das Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit sein. Unter den dargestellten Gesichtspunkten ist das Gesamtbild der Tätigkeit darauf zu untersuchen, ob die Merkmale der Selbstständigkeit oder jene der Unselbstständigkeit überwiegen.

Für den vorliegenden Fall ergeben sich damit nachstehende Überlegungen:

#### Weisungsgebundenheit:

Nach den Angaben des Bw. sagt ihm der Auftraggeber (Herr P.), wo der Bw. seine Arbeit ausführen soll und welche Arbeiten er durchführen soll. Er schuldet damit nicht ein bestimmtes Werk, sondern stellt seine Arbeitskraft zur Verfügung. Durch die Vorgaben seitens des Auftraggebers hinsichtlich des Ortes der auszuführenden Tätigkeiten und durch die Vorgaben der Kunden hinsichtlich der durchzuführenden Arbeiten wird die persönliche Bestimmungsfreiheit des Bw. weitgehend ausgeschaltet.

Aufgrund dieser Umstände ist daher davon auszugehen, dass für den Bw. entgegen dem äußereren Erscheinungsbild Weisungsgebundenheit durch die tatsächliche Art der Ausführung der Tätigkeit gegeben ist.

#### Eingliederung in den geschäftlichen Organismus:

Insgesamt spricht das Gesamtbild der verwirklichten Verhältnisse für eine Eingliederung des Bw. in den geschäftlichen Organismus des Auftraggebers.

#### Unternehmerwagnis:

Der Bw. rechnete mit Gesamtrechnung (monatliche Pauschale) ab. Es zeigt sich dabei, dass er meistens ca. 2000 Euro pro Monat bekam und die Abrechnungszeiträume meistens nahtlos aneinander anschlossen, wie dies bei einem selbständigen Unternehmer nicht üblich ist. Den Bw. trafen damit keine ins Gewicht fallenden Einnahmenschwankungen.

Es liegen keine schriftlichen Werkverträge vor.

Da der Bw. den Vorgaben seines Auftraggebers folgen musste, ist nicht erkennbar, dass der Bw. den Erfolg seiner Tätigkeit durch eigenes Verhalten beeinflussen konnte. Insgesamt ist das Vorliegen eines Unternehmerwagnisses für den Bw. daher zu verneinen.

#### Vertretungsbefugnis:

Der Bw. hat angegeben, dass er sich nicht vertreten lassen kann.

#### Lohnzahlung:

Im vorliegenden Fall rechnete der Bw., wie sich aus den vorliegenden Abrechnungen ergibt, etwa in Monatsabständen mit einer Monatspauschale ab. Die Rechnungen lauteten überwiegend auf ca. 2.000 Euro und die Abrechnungszeiträume schlossen meistens nahtlos aneinander an. Auch dieser Umstand spricht für ein Dienstverhältnis.

Nach Würdigung aller einzelnen Elemente der Betätigung des Bw. ergibt sich daher, dass die Merkmale für ein Dienstverhältnis gegenüber den Merkmalen für eine Selbständigkeit überwiegen. Es ist daher davon auszugehen, dass der Bw. nach dem wirtschaftlichen Gehalt des tatsächlichen Geschehens im Sinne des § 47 EStG 1988 iVm § 25 EStG 1988 nichtselbständig beschäftigt wurde. Dem steht auch nicht entgegen, dass sich der Bw. eigene Arbeitsmittel verwendet hat, da es auf das Überwiegen ankommt. Insgesamt

spricht das Ergebnis der Prüfung der einzelnen Merkmale zur Unterscheidung für eine nichtselbständige Tätigkeit, da dem Bw gegenüber seinen Auftraggebern in Wahrheit weisungsgebunden war, ihn kein Unternehmerwagnis traf und seine Entlohnung im Wesentlichen laufend und etwa gleich bleibend erfolgte.

Die äußere Gestaltung in Form eines selbstständigen Gewerbebetriebes wurde nach dem tatsächlichen Geschehen nicht verwirklicht.

Die Voraussetzung einer nichtselbständigen Beschäftigung, wie dies § 3 Abs. 1 FLAG 1967 fordert, ist damit erfüllt.

Folgender Sachverhalt ist dem Familienbeihilfenakt zu entnehmen:

Der Bw. ist seit Juni 2011 verheiratet.

Das Kind K. wurde im September 1991 in Polen geboren.

Der Bw., seine Gattin und Tochter K. sind slowakische Staatsbürger.

Der Bw. wohnt in Österreich, seine Familie lebt in Polen.

Der Bf. ist im Streitzeitraum der österreichischen Pflichtversicherung unterlegen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im einen polnischen Staatsbürger betreffenden Erkenntnis VwGH 22.2.2012, 2011/16/0236, Folgendes ausgeführt:

*"Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a des Familienlastenausgleichsgesetzes - FLAG haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.*

*Nach § 3 Abs. 1 FLAG in der im Beschwerdefall für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2005 maßgeblichen Fassung des Bundesgesetzes BGBI. Nr. 646/1977 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, 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 Bundesgebiet 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.*

*Nach § 3 Abs. 2 FLAG in der im Beschwerdefall für den Streitzeitraum bis zum 31. Dezember 2005 maßgeblichen Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBI. I Nr. 142/2004, gilt § 3 Abs. 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.*

*Nach § 3 Abs. 1 und 2 FLAG in der für den Streitzeitraum ab 1. Jänner 2006 maßgeblichen Fassung des Fremdenrechtspaktes 2005, BGBI. I Nr. 100, haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthalts gesetzes (NAG) rechtmäßig*

*in Österreich aufhalten, und für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann, wenn sich diese nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.*

*Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.*

*Nach Art. 1 Buchstabe a) Ziffer i) der im Beschwerdefall noch maßgeblichen Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABIEG Nr. L 149 vom 5. Juli 1971, (in der Folge Verordnung Nr. 1408/71) in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 1606/98 des Rates vom 29. Juni 1998, ABIEG Nr. L 209 vom 25. Juli 1998, gilt als Arbeitnehmer oder Selbständiger jede Person, die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige oder einem Sondersystem für Beamte erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist.*

*Nach Artikel 1 Buchstabe f) Ziffer i) der Verordnung Nr. 1408/71 in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 307/1999 des Rates vom 8. Februar 1999, ABIEG Nr. L 38 vom 12. Februar 1999, gilt als Familienangehöriger jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, oder in hier nicht interessierenden Fällen als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger angesehen wird; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbständigen oder dem Studierenden in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird.*

*Gemäß Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 in der erwähnten Fassung der Verordnung (EG) Nr. 307/1999 des Rates gilt die Verordnung Nr. 1408/71 für Arbeitnehmer und Selbständige sowie für Studierende, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.*

*Nach Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h) der Verordnung Nr. 1408/71 in der konsolidierten Fassung ABIEG Nr. L 28 vom 30. Jänner 1997 gilt die Verordnung für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die u.a. Familienleistungen betreffen.*

*Gemäß Art. 13 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 in der Fassung der erwähnten Verordnung (EG) Nr. 1606/98 unterliegen vorbehaltlich der Artikel 14c (Sonderregelungen*

*für Personen, die im Gebiet verschiedener Mitgliedstaaten gleichzeitig eine abhängige Beschäftigung und eine selbständige Tätigkeit ausüben) und 14f (Sonderregelung für in mehr als einem Mitgliedstaat tätige Beamte, die in einem dieser Staaten im Rahmen eines Sondersystems versichert sind) Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel (Art. 13 bis 17).*

Art. 13 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71 lautet:

*"(2) Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, gilt folgendes:*

- a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat;*
- b) eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt;*
- ....
- f) eine Person, die den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht weiterhin unterliegt, ohne dass die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gemäß einer der Vorschriften in den vorhergehenden Buchstaben oder einer der Ausnahmen bzw. Sonderregelungen der Artikel 14 bis 17 auf sie anwendbar würden, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sie wohnt, nach Maßgabe allein dieser Rechtsvorschriften."*

*Nach Art. 73 der Verordnung Nr. 1408/71 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, vorbehaltlich hier nicht interessierender Bestimmungen in Anhang VI, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staats, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.*

*Art. 76 der Verordnung Nr. 1408/71 stellt Prioritätsregeln für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Familienleistungen gemäß den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates und den Rechtsvorschriften des Staates auf, in dem die Familienangehörigen wohnen.*

*Der dritte Teil (Ständige Bestimmungen) Titel I (Anpassungen der Rechtsakte der Organe) der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge, ABIEU Nr. L 236 vom 23. September 2003, S.33 ff, (im Folgenden: Beitrittsakte)*

sieht in Art. 20 vor, dass die in Anhang II aufgeführten Rechtsakte nach Maßgabe jenes Anhangs angepasst werden.

Anhang II (Liste nach Art. 20 der Beitrittsakte) Kapitel 2 (Freizügigkeit) Punkt A (Soziale Sicherheit) erwähnt die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 mit näher angeführten Anpassungen.

Der vierte Teil (Bestimmungen mit begrenzter Geltungsdauer) Titel I (Übergangsmaßnahmen) der Beitrittsakte sieht in Art. 24 vor, dass u.a. die in Anhang XII zu dieser Akte aufgeführten Maßnahmen auf die neuen Mitgliedstaaten unter den in diesen Anhängen festgelegten Bedingungen Anwendung finden.

Anhang XII der Beitrittsakte (Liste nach Art. 24 der Beitrittsakte: Polen) führt unter Kapitel 2 (Freizügigkeit) die Richtlinien 68/360/EWG des Rates und 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates an und sieht vor:

"1. Hinsichtlich der Freizügigkeit von Arbeitnehmern und der Dienstleistungsfähigkeit mit vorübergehender Entsendung von Arbeitskräften im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 96/71/EG gelten Artikel 39 und Artikel 49 Absatz 1 des EG-Vertrages zwischen Polen einerseits und ...., Österreich, .... andererseits in vollem Umfang nur vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen der Nummern 2 bis 14.

2. Abweichend von den Artikeln 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und bis zum Ende eines Zeitraums von zwei Jahren nach dem Tag des Beitritts werden die derzeitigen Mitgliedstaaten nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Maßnahmen anwenden, um den Zugang polnischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln. Die derzeitigen Mitgliedstaaten können solche Maßnahmen bis zum Ende eines Zeitraums von fünf Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden.

Polnische Staatsangehörige, die am Tag des Beitritts rechtmäßig in einem derzeitigen Mitgliedstaat arbeiten ....

....

5. Ein Mitgliedstaat, der am Ende des unter Nummer 2. genannten Zeitraums von fünf Jahren nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Maßnahmen beibehält, kann im Falle schwerwiegender Störungen seines Arbeitsmarktes oder der Gefahr derartiger Störungen nach entsprechender Mitteilung an die Kommission diese Maßnahmen bis zum Ende des Zeitraums von sieben Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden. Erfolgt keine derartige Mitteilung, so gelten die Artikel 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68.

....

13. Um tatsächlichen oder drohenden schwerwiegenden Störungen in bestimmten empfindlichen Dienstleistungssektoren auf ihren Arbeitsmärkten zu begegnen, die sich in bestimmten Gebieten aus der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen im

*Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 96/71/EG ergeben können, können Deutschland und Österreich, solange sie gemäß den vorstehend festgelegten Übergangsbestimmungen nationale Maßnahmen oder Maßnahmen aufgrund von bilateralen Vereinbarungen über die Freizügigkeit polnischer Arbeitnehmer anwenden, nach Unterrichtung der Kommission von Artikel 10 des EG-Vertrags abweichen, um .....*"

*Dem Beitrittsvertrag ist die Schlussakte angefügt, deren Titel III (Sonstige Erklärungen) Teil C (Gemeinsame Erklärungen der derzeitigen Mitgliedstaaten) Punkt 15. (Die Erklärung zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer: Polen), ABIEU Nr. L 236 vom 23. September 2003, Seite 977, lautet:*

*"Die EU weist auf das hohe Maß an Differenzierung und Flexibilität in der Regelung für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer hin. Die Mitgliedstaaten werden sich bemühen, polnischen Staatsangehörigen nach nationalem Recht verstärkt Zugang zum Arbeitsmarkt zu gewähren, um die Angleichung an den Besitzstand zu beschleunigen. Die Beschäftigungsmöglichkeiten für polnische Staatsangehörige in der EU sollten sich daher mit dem Beitritt Polens erheblich verbessern. Darüber hinaus werden die Mitgliedstaaten der EU die vorgeschlagene Regelung auf die bestmögliche Weise nutzen, um so rasch wie möglich zu einer vollständigen Anwendung des Besitzstands im Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu gelangen."*

*Die Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 1408/71 im Beschwerdefall verneint die belangte Behörde mit der Begründung, die primärrechtlichen Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Beitritt Polens zur Europäischen Union erlaubten Österreich die Einschränkung der Freizügigkeit von Arbeitnehmern polnischer Staatsangehörigkeit.*

*Die Einschränkung der Freizügigkeit polnischer Staatsangehöriger ergibt sich aus Art. 24 und Anhang XII der Beitrittsakte. Gemäß Anhang XII Nr. 1 der Beitrittsakte wird die Freizügigkeit durch die Übergangsbestimmungen des Anhangs XII Nr. 2 bis 14 eingeschränkt. Die in Anhang XII aufgeführten Maßnahmen erwähnen die Verordnung Nr. 1408/71 nicht, sondern lediglich die Verordnung Nr. 1612/68 des Rates sowie die Richtlinien 68/360/EWG des Rates und 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates. Bereits deshalb ist nach dem klaren Wortlaut dieser unionsrechtlichen Vorschriften, an deren Auslegung der Verwaltungsgerichtshof insoweit keinen Zweifel hegt, die Anwendung der Verordnung Nr. 1408/71 durch die Beitrittsakte nicht eingeschränkt worden.*

*Auch die Verletzung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes vermag die Anwendung der Verordnung Nr. 1408/71 im Beschwerdefall nicht zu verhindern*

*Nach § 2 Abs. 1 Z 1 des Gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes - GSVG sind auf Grund dieses Bundesgesetzes, soweit es sich um natürliche Personen handelt, in der Krankenversicherung und in der Pensionsversicherung die Mitglieder der Kammern der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.*

*Nach § 2 Abs. 1 des Wirtschaftskammergesetzes 1998 sind alle physischen und juristischen Personen sowie sonstigen Rechtsträger, die Unternehmungen des*

Gewerbes, des Handwerks, der Industrie, des Bergbaues, des Handels, des Geld-, Kredit- und Versicherungswesens, des Verkehrs, des Nachrichtenverkehrs, des Rundfunks, des Tourismus und der Freizeitwirtschaft sowie sonstiger Dienstleistungen rechtmäßig selbstständig betreiben oder zu betreiben berechtigt sind, Mitglieder der Wirtschaftskammern und Fachorganisationen.

Das Unionsrecht stellt in der im Beschwerdefall noch maßgeblichen Verordnung Nr. 1408/71 darauf ab, dass die betreffende Person gegen eines der Risiken pflicht- oder freiwillig weiterversichert ist. § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG stellt bei der Pflichtversicherung u.a. auf die Mitgliedschaft zur Wirtschaftskammer ab. § 2 Wirtschaftskammergesetz wiederum sieht eine Kammermitgliedschaft einerseits bei rechtmäßigem Ausüben einer bestimmten Tätigkeit oder bei der Berechtigung zur Ausübung dieser Tätigkeit vor, wobei die tatsächliche Ausübung dieser Tätigkeit diesfalls nicht gefordert wird.

Die belangte Behörde hat festgestellt, dass der Beschwerdeführer "Gewerbescheine gelöst" habe. Sohin wäre der Beschwerdeführer zur Ausübung solcher gewerblicher Tätigkeiten berechtigt und Mitglied der Kammer der gewerblichen Wirtschaft gewesen. Die Antwort der belangten Behörde auf die Vorfrage, der Beschwerdeführer sei "in der SVA" (gemeint: nach § 2 GSVG) pflichtversichert gewesen, erweist sich als insoweit folgerichtig. Dergestalt fiele der Beschwerdeführer aber als Selbständiger iSd Art. 1 Buchstabe a) Ziffer i) der Verordnung Nr. 1408/71 jedenfalls gemäß Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 in den Anwendungsbereich dieser Verordnung, auch ohne diese gewerbliche Tätigkeit ausgeübt zu haben (vgl. auch die Urteile des EuGH vom 24. Februar 2005 in der Rs. C-543/03 (Dodl und Oberholzenzer), Rn 31, und vom 10. März 2011 in der Rs. C-516/09 (Tanja Borger), Rn 28, und das hg. Erkenntnis vom 26. Jänner 2012, ZI. 2011/16/0260, sowie Aigner/Wanke, in Csaszar/Lenneis/Wanke, Familienlastenausgleichsgesetz, § 3, Rz 190 und 191).

Allfällige Überlegungen, auf einen nicht am "legalen" Arbeitsmarkt Tätigen wäre die Verordnung Nr. 1408/71 nicht anzuwenden (Csaszar, aaO, § 53 Rz 22; diesen Überlegungen aber entgegen tretend etwa Aigner/Wanke, aaO, § 3 Rz 190 bis 192, 195 und 196) oder ein solcher wäre kein abhängig Beschäftigter iSd Art. 13 Abs. 2 Buchstabe a) der Verordnung Nr. 1408/71, gingen im Beschwerdefall somit ins Leere.

Soweit Art. 13 Abs. 2 Buchstabe a) der Verordnung Nr. 1408/71 auf den Beschwerdeführer tatsächlich nicht anwendbar wäre und Art. 13 Abs. 2 Buchstabe b) dieser Verordnung die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit verlangt, käme im Beschwerdefall - wenn sowohl Art. 13 Abs. 2 Buchstabe a) als auch Buchstabe b) nicht heranzuziehen wären - Art. 13 Abs. 2 Buchstabe f) zum Tragen, denn die belangte Behörde hat einen Sachverhalt, dass der Beschwerdeführer im Streitzeitraum weiterhin den polnischen Rechtsvorschriften unterlegen wäre (etwa im Streitzeitraum in Polen abhängig beschäftigt gewesen oder eine selbständige Tätigkeit ausgeübt hätte) nicht festgestellt.

Deshalb ergibt sich aus den unstrittig vorgelegenen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 2 Abs. 1 und des Art. 13 Abs. 2 sowie des Art. 73 der Verordnung Nr. 1408/71, dass

*der Beschwerdeführer für den Streitzeitraum nach diesen unmittelbar anwendbaren unionsrechtlichen Bestimmungen Anspruch auf Familienbeihilfe für seine in Polen lebenden Kinder nach Maßgabe des Vorliegens der sonstigen Voraussetzungen (insb. Art. 1 Buchstabe f) Ziffer i) der Verordnung Nr. 1408/71 und § 2 Abs. 2 FLAG) und unter Berücksichtigung der allenfalls anzuwendenden Kumulierungsregelung des Art. 76 der Verordnung Nr. 1408/71 hat."*

Auch beim hier vorliegenden Fall ist durch Anhang XII die Anwendbarkeit der VO (EWG) Nr. 1408/71 (sowie auch der VO (EG) 883/2004 - in Kraft getreten ab Mai 2010) nicht eingeschränkt worden.

Ob eine sog. "*Scheinselbständigkeit*" vorliegt, hat der Gerichtshof als irrelevant angesehen, sondern bloß auf die aufrechte Pflichtversicherung abgestellt. Da eine Pflichtversicherung im hier vorliegenden Beschwerdefall während des Streitzeitraumes durchgehend vorgelegen ist, war somit der Beschwerde Folge zu geben und der angefochtene Bescheid aufzuheben.

### **Zulässigkeit einer Revision**

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da die relevante Rechtsfrage hinsichtlich einer sog. "*Scheinselbständigkeit*" durch die oben wiedergegebene Judikatur des VwGH nunmehr gelöst wurde.

Gegen dieses Erkenntnis ist daher keine (ordentliche) Revision zulässig.

Wien, am 13. April 2016