



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., 1120 Wien, O-Gasse, vom 27. Juni 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf, vom 31. Mai 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. August 2004 bis 31. Dezember 2004 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (=Bw.) beantragte im Jahr 2005 Familienbeihilfe für seinen im Jahr 2003 geborenen Sohn ab 01.08.2004. Sowohl der Bw. als auch seine Gattin und der Sohn besitzen lt. seinen Angaben die polnische Staatsbürgerschaft. Der Bw. ist in Österreich seit 2002 gemeldet, seine Gattin und sein Sohn erst seit 11.10.2004. Die Gattin gab hinsichtlich der Familienbeihilfe eine Verzichtserklärung ab. Der Sohn besucht seit 01.02.2005 eine Kinderkrippe der MA 11A. Neben einer Heiratsurkunde wurde auch ein Mietvertrag vorgelegt, wonach eine Kleinwohnung ab 01.08.2005 angemietet wurde. Kopien der Sozialversicherungskarten des Bw. und seiner Familienangehörigen wurden ebenfalls in Kopie vorgelegt.

Das Finanzamt forderte den Bw. auf, bekannt zu geben, aus welchen Mitteln der Lebensunterhalt seiner Familie im Antragszeitraum bestritten worden sei und bei welchem Finanzamt er besteuert werde. Der „Fragenkatalog Gewerbescheine EU-Ausländer“ sei

vollständig ausgefüllt zurück zu senden und eine Einnahmen-Ausgabenrechnung oder Bilanz über seine Einkünfte sei vorzulegen.

Ferner seien Bestätigungen der ausländischen Behörden bis wann und für welche Kinder ausländische Familienbeihilfen in Polen bezogen worden seien bzw. die Gründe für den Nichtbezug solcher Beihilfen vorzulegen. Ebenso sei eine Dokumentation seines Niederlassungsrechtes durch die Fremdenbehörde (Anmeldebescheinigung bzw. Lichtbildausweis für EWR-Bürger) vorzulegen und sei bekannt zu geben, wo sich der Familienwohnsitz bis zur Einreise nach Österreich befunden habe; eine Abmeldebestätigung sei vorzulegen.

Der Bw. teilte dem Finanzamt mit, er habe vom zuständigen Finanzamt trotz mehrmaliger Antragstellung bis heute noch keine Steuernummer erhalten. Er lebe ständig mit seiner Familie an der angeführten Adresse im 12. Bezirk. Die Einkommensteuererklärung für 2005 habe er schon abgegeben. Nach den übersetzten Bestätigungen aus Polen wurde der Bw. von seiner bisherigen Adresse per 02.05.2006 abgemeldet und scheint seine Gattin seit 03.03.2005 im dortigen Arbeitslosenregister nicht mehr auf.

Im „Fragenkatalog Gewerbescheine EU-Ausländer“ gab der Bw. an, im September 2002 nach Österreich gekommen zu sein um seit Juli 2004 zu arbeiten. Bei Behördenwegen sei ihm die namentlich genannte Dolmetscherin behilflich gewesen, welche auch die Steuererklärungen ausgefüllt habe. Er nannte Name bzw. Firma und Adresse seines Auftraggebers. Zu Aufträgen komme er durch (Anmerkung: nicht namentlich genannte) Bekannte. Sein Entgelt zahle ihm der Auftraggeber aus.

Er schulde nicht die Arbeitskraft sondern „Leistung“ und könne sich nicht vertreten lassen. Die Frage nach der Weisungsgebundenheit bejahte der Bw. Er habe keine fixen Dienstzeiten und kaufe sich seine Arbeitsmittel selber. Arbeitsmittel und Arbeitsmaterialien würden ihm vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Für fehlerhafte Arbeiten hafte er. Er zahle die Sozialversicherungsbeiträge selbst an die SVA. Er habe keinen Urlaubsanspruch.

In den Akten liegen eine **2005** abgeschlossene „Vereinbarung“ mit einer erst **ab 2005** steuerlich erfassten Fa. SM, Innenausbau, 10X0 Wien, als Auftraggeber mit dem Bw. als Auftragnehmer über daserspachteln von Gipskartonplatten vor.

Ein konkreter Auftrag wird darin nicht erwähnt.

„I

Der Auftragnehmer verfügt über die Gewerbeberechtigung: „Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit“.

Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer laufende diesbezügliche Tätigkeiten für den Auftraggeber unter Beilage der jeweiligen entsprechenden Ausführungsbeschreibungen durchzuführen.

## II

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die ihm übertragenen Aufgabengebiete sorgfältig und unter Einhaltung des vorgegebenen Zeitplanes mit einer Überschreitungsmöglichkeit von 10 Werktagen und unter Beachtung aller mit dem Auftrag zusammenhängenden Auflagen und Rechtsnormen zu leisten.

Der Auftragnehmer verpflichtet sich weiters, den Auftraggeber laufend über den Fortschritt bzw. den Stand der von ihm durchgeführten Arbeiten zu unterrichten.

## III

Die für den jeweiligen Auftrag erforderlichen Materialien stellt der Auftraggeber dem Auftragnehmer jeweils so zeitgerecht zur Verfügung, daß der Auftragnehmer seine Arbeiten ohne unnötigen Aufschub erbringen kann.

## IV

Der Auftragnehmer hat dafür Sorge zu tragen, daß im Zuge der jeweiligen Auftragsdurchführung alle Maßnahmen zu setzen sind, daß Verschmutzungen oder Beschädigungen seines Arbeitsbereiches vermieden werden bzw. nach der jeweiligen Beendigung eines Arbeitsbereiches entsprechende Reinigungsmaßnahmen und Instandsetzungsmaßnahmen gesetzt werden.

Das Entgelt für seine erbrachten Leistungen wird jeweils individuell nach vorheriger Absprache vereinbart werden; jedenfalls richtet sich das Entgelt nach den verspachtelten Quadratmetern von Gipskartonplatten und ähnlichen montierten Trennwänden. Für Nebenleistungen, die der Auftragnehmer im Zusammenhang mit den Hauptleistungen erbringt sind separate Entgelte, die ebenfalls jeweils im Vorhinein zu vereinbaren sind durch den Auftraggeber zu entrichten

Dieses Entgelt ist durch Ausstellung und Vorlage einer den Normen entsprechenden Rechnung unter Beilage stichhältiger Arbeitsaufzeichnungen dem Auftraggeber jeweils bekanntzugeben. Der Auftragnehmer kann derartige Rechnungen auch auf mehrere Teilrechnungen je nach Fortschritt seiner Leistungen verteilen.

## VI

Diese Vereinbarung wird zunächst auf die Dauer von drei Jahren abgeschlossen. Sie verlängert sich jeweils um weitere drei Jahre falls nicht einer der Vertragspartner diese Vereinbarung drei Monate vor der jeweiligen dreijährigen Dauer nachweisbar aufkündigt. Jedenfalls steht beiden Vertragspartnern das Recht zu diese Vereinbarung jederzeit unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist aufzulösen.

## VII

Anzuführen ist, daß der Auftragnehmer in keinem Dienstverhältnis steht, somit seine Einkünfte selbst zu versteuern hat, dafür zu sorgen hat, daß er bei der Selbständigenversicherungsanstalt ordnungsgemäß versichert ist und auch diese Beiträge selbst zu begleichen hat. Der Auftragnehmer kann somit seine Arbeitszeit selbst einteilen, hat aber dabei darauf zu achten, daß die ihm übertragenen Aufgaben schnellstens und im Rahmen der Zeitvorgabe des Auftraggebers erfüllt werden.

## VIII

In diese Vereinbarung wurde alles aufgenommen, was dem Willen der Parteien entspricht. Etwaige mündliche Vereinbarungen verlieren mit Unterfertigung dieser Vereinbarung der Vertragsparteien ihre Rechtswirksamkeit. Sollten einzelne Bestimmungen dieser Vereinbarung rechtsunwirksam sein oder werden bleiben die übrigen rechtswirksamen Bestimmungen davon unberührt.

Vielmehr sind in einem solchen Falle die rechtsunwirksamen Bestimmungen durch rechtswirksame und dem Zweck und Ziel dieser Vereinbarung entsprechende Bestimmungen zu ersetzen. Gegenseitige Benachrichtigungen sind an die zuletzt bekanntgegebenen Adressen der Vertragspartner in Schriftform zu erstellen. Etwaige Meinungsverschiedenheiten sind möglichst in Güte zu regeln, ist eine gütliche Einigung nicht möglich wird als Gerichtsstand das zuständige sachliche Gericht des Auftraggebers vereinbart."

In einer weiteren aktenkundigen mit „Werkvertrag-Arbeitsdurchführung“ bezeichneten Vereinbarung vom 19.04.2006 mit einer X-Bau GmbH, 1XX0 Wien, wird immerhin der Ort (D) - wenn auch hier nicht die genaue Adresse - der Erbringung der Leistung und das Entgelt für die Spachtelungsarbeiten (1,50 €/m<sup>2</sup>) angeführt: „Übergang der Steuerschuld gem. § 19 Abs. 1A UStG 1994.

Arbeitswerkzeug wird durch den Auftragnehmer beigestellt. Der Auftragnehmer bestätigt über eine Geweberechtigung zur Verfügung ist verpflichtet für die Sozialversicherung sowie für die Versteuerung der gelegten Rechnungen selbst Vorsorge zu treffen."

In den Akten liegen 5 jeweils monatlich gelegte Rechnungen an eine Fa. XY-Trockenausbau, Wien 1YY0, von Jänner bis Mai 2005, 2 Rechnungen an eine Fa. K aus 09/2005 und 04/2006, 2 Rechnungen an eine Z Bau GmbH aus 11/ und 12/2005, 3 Rechnungen an eine Fa. Tbau R GmbH, N.Ö., von August und Oktober 2005 und je eine Rechnung an eine AW 1YZ0 Wien vom Juni 2005 und eine an die Fa. I, N.Ö., vom Mai 2005 auf.

Die Rechnungen weisen als Leistung entweder „Div. Gipskartonarbeiten“, „Spachtelarbeiten“, „Decke“, „Verspachteln v. GKW“, „Regie“, F-90 Schacht, „Fensterleibungen“, „Trockenputz“ und „MF-Decke“ neben einer groben Ortsangabe auf. Neben den meist in KW (=Kalenderwochen) angegebenen Leistungszeitraum werden die jeweiligen Leistungen nach Ausmaß und Preis pro m<sup>2</sup> oder pro Stunde („Regiearbeiten“) abgerechnet.

Für das Jahr **2004** wurden **weder Rechnungen noch Werkverträge** oder ähnliche Vereinbarungen **vorgelegt**.

Seitens des Finanzamtes wurden Unterlagen über die Ergebnisse einer 2007 erfolgten KIAB-Kontrolle nachgereicht, bei der u.a. auch der Bw. auf einer Baustelle in Niederösterreich beim **Montieren** (Anmerkung: und somit nicht nur beim durch die Gewerbeberechtigung gedeckten **Verspachteln** von) Gipskartonplatten angetroffen wurde, was zu einer Strafanzeige wegen des Verstoßes gegen die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes führte.

Aus der über die KIAB-Kontrolle aufgenommenen Niederschrift mit dem Bw. ergibt sich Folgendes:

„Am 24.04.2007 gegen 11:30 Uhr wurde eine Kontrolle durch das Finanzamt Gänserndorf Mistelbach/Team KIAB auf der Baustelle der Wohnhausanlage in N.Ö. durchgeführt. Hierbei wurden Sie gemeinsam mit dem polnischen Staatsbürger W, geb. am 00.00.1970, bei der Montage von Gipskartonplatten auf die Profile angetroffen. Was sagen Sie dazu?

Ich bin seit einem Monat auf dieser Baustelle beschäftigt. Ich habe den Auftrag von der Firma E Bau GmbH erhalten, welche den Auftrag von der Firma B. aus P erhalten hat. Mein Kollege ist genauso lange auf der Baustelle wie ich. Wir arbeiten immer gemeinsam. Ich arbeite nicht nur für die Firma E Bau GmbH, sondern auch für andere Firmen. Ich werde laut vorgelegten Werkvertrag bezahlt. Das sind 1,50 € pro m<sup>2</sup>. Ich weiß nicht, wer der Chef der Firma E Bau GmbH ist. Den Werkvertrag habe ich in Wien bei der Firma E Bau abgeschlossen. Mit wem ich den Vertrag abgeschlossen habe, weiß ich allerdings nicht. Das Material wird vermutlich von der Firma B. geliefert. Ich weiß nicht, ob jemand von der Firma E vorbeikommt. Ich habe einen Bauplan vom Polier bekommen. Wie dieser heißt, weiß ich nicht. Ich bekomme das Geld von der Firma E Bau GmbH bar ausbezahlt. Da kommt jemand entweder auf die Baustelle

oder wir treffen uns in Wien und gibt uns das Geld. Ich schreibe eine Rechnung für meine Tätigkeiten, welche ich zu Hause habe. Ich schreibe die Rechnungen selber nach m<sup>2</sup>. Chef kommen mit Vorarbeiter und kontrollieren wieviele m<sup>2</sup> ich und Kollege gemacht haben.

Den Gewerbeschein habe ich mir selbst in Wien geholt, weil ich keine Arbeitspapiere bekommen habe, weil es so viele Arbeitslose gibt. Es ist eine Katastrophe.

Auf die Frage, was im Werkvertrag genau steht, kann ich dies nicht beantworten, weil ich nicht weiß, was das bedeutet. Ich bin der deutschen Sprache mächtig. Mir wurde die Niederschrift vorgelesen und ich habe alles vollinhaltlich verstanden.“

Eine Suche des UFS mit dem Namen des Bw. im (Internet)Herold-Telefonbuch ergab auf den sog. „Gelben Seiten“, wo Unternehmen gegliedert nach Branchen erfasst sind, keinerlei Treffer. Lediglich im allgemeinen Telefonbuchteil scheint der Bw. unter seiner Wohnadresse – ohne jeden Zusatz auf seine berufliche Tätigkeit auf.

Aus der Zentralen Datenbank der Finanzverwaltung ist zu ersehen, dass am zuständigen Finanzamt nicht schon, wie vom Bw. behauptet, für 2005 Erklärungen eingereicht wurden, sondern erstmals für das Jahr 2006. Entgegen den Berufungsausführungen erhielt er sehr wohl eine Steuernummer zugeteilt und ergingen auch Abgabenbescheide für die Jahre ab 2006.

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

Strittig ist der Anspruch auf **Familienbeihilfe** für ein minderjähriges, in Österreich seit 11.10.2004 gemeldetes Kind eines polnischen Staatsbürgers für den **Zeitraum August bis Dezember 2004**.

Der Bw. war nach Lösung einer Gewerbeberechtigung für daserspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten und für die Montage mobiler Trennwände (Anmerkung: somit **keine Berechtigung** für die **Montage** von **Gipskartonplatten!**) zumindest in den Jahren ab 2005 für verschiedene Auftraggeber auf Baustellen mit verschiedenen Trockenbauarbeiten (Montage underspachteln von Gipskartonplatten, von Fensterleibungen, Schachtausbau etc.) und sonstigen, nicht näher dargelegten Arbeiten auf Baustellen (Regiearbeiten) zumeist gemeinsam mit einem polnischen Arbeitskollegen beschäftigt.

Das Finanzamt forderte den Bw. zur Vorlage diverser Unterlagen auf, unter anderem um überprüfen zu können, ob es sich bei der Tätigkeit um eine selbständig ausgeübte Tätigkeit oder – in der im Abgabenrecht gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung – um eine nichtselbständig ausgeübte Tätigkeit handelt.

Wie bereits im Sachverhalt dargelegt, wurden vom Bw. **für** das Jahr **2004** (August bis Dezember), über das der angefochtene Abweisungsbescheid abspricht, **keinerlei Verträge und Rechnungen vorgelegt**. Für 2004 wurden auch weder Abgabenerklärungen eingereicht, noch Einnahmen-Ausgabenrechnungen vorgelegt.

Der Unabhängige Finanzsenat (=UFS) kann daher mangels ihm vorgelegter Unterlagen, nur vermuten, dass die vom Bw. 2004 ausgeübte Tätigkeit ähnlich wie in den Folgejahren gestaltet war. Gegenteiliges hat auch der Bw. nicht vorgebracht.

Gem. § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (=FLAG 1967), BGBl. 376/1967 in der Fassung BGBl. I Nr. 142/2004, 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.

Bei Ausländern genügt demnach im Streitzeitraum ein inländischer Wohnsitz oder der gewöhnlicher Aufenthalt im Inland für den Anspruch auf die Familienbeihilfe nicht. Vielmehr bestand nur dann ein Anspruch, wenn die im § 3 FLAG 1967 angeführten qualifizierten Voraussetzungen vorlagen.

Nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut des § 3 Abs. 1 FLAG in der bis zum 31.12.2005 geltenden Fassung darf die Beschäftigung nicht gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstoßen. Maßgebend dafür ist das Ausländerbeschäftigungsgesetz (=AusIBG) BGBl. 218/1975, in der Fassung BGBl. I 28/2004.

Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern idgF ist auf polnische Staatsbürger seit 01.05.2004 (Beitritt Polens zur EU) grundsätzlich unmittelbar und ungeachtet allenfalls entgegenstehender inländischer Rechtsvorschriften anwendbar.

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

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

Nach Art. 3 der vom Finanzamt zitierten Verordnung kann aus dem dort definiertem Arbeitnehmerbegriff (=jede Person, die gegen ein oder mehrere Risiken pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist) abgeleitet werden, dass entgegen dem eindeutigen Wortlaut des § 3 Abs. 1 FLAG 1967 auch einem in Österreich selbständig tätigen EWR-Bürger Familienleistungen im Sinn von Artikel 4 Abs. 1 lit. h der zitierten VO grundsätzlich zustehen können.

Nach Artikel 73 der zitierten Verordnung stehen die Familienleistungen einem Wanderarbeiter auch für seine nicht im Beschäftigungsstaat ansässigen Familienmitglieder zu.

Eine Leistung wie die Familienbeihilfe nach dem österreichischen FLAG 1967 ist eine Familienleistung iSv Art 4 Abs 1 lit h der VO (EWG) Nr 1408/71.

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Österreich kann Übergangsbestimmungen hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit für die neuen EU-Bürger für maximal sieben Jahre einführen. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten (mit Ausnahme Maltas und Zyperns) wird im § 32a Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs 2 lit 1 AuslBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (d.h. bis maximal 30.04.2011) weiterhin dem AuslBG.

Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Das Finanzamt hat den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe mit der Begründung abgewiesen, dass die vom Bw. in Österreich **ausgeübte Tätigkeit eine Umgehung des AuslBG darstelle** und daher die VO (EWG) Nr. 1408/71 nicht anwendbar sei.

Es ist dem Finanzamt auf Grund des vorliegenden Sachverhaltes zuzustimmen, dass die Beschäftigung des Bw. (Verspachteln von Gipskartonplatten) nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist .

Aus nachstehenden Erwägungen ist davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit des Bw. nach ihrem **wahren wirtschaftlichen Gehalt** nicht als **selbständige**, sondern vielmehr als eine



**typische unselbständige Beschäftigung als Hilfsarbeiter** im Bau- bzw.

Baunebengewerbe darstellt:

Der Bw. hat nie behauptet, selbst Angestellte zu beschäftigen oder eine erforderliche Ausstattung für ein auch nur kleines Bauunternehmen (Büro, Lager, Transportmittel und Baumaschinen, Eintrag im Branchentelefonbuch) zu besitzen. Lediglich sein Werkzeug, das sich erfahrungsgemäß auf eine Bohrmaschine, Wasserwaage, Kübel und Spacheln im Wert von max. € 1.000,00 beschränkt bzw. seine Arbeitskleidung musste der Bw. lt. den beiden vorgelegten Verträgen beisteuern. In keinem der beiden Verträge wurde die Erbringung eines **näher konkretisierbaren Werkes** vereinbart, welches der Bw. in **freier Verantwortung und Zeiteinteilung** unter Ausnutzung von allfälligen Kosteneinsparungsmöglichkeiten durchführen hätte können.

Vielmehr waren er und auch sein Kollege **an die Weisungen** des Auftraggebers bzw. seines Poliers **gebunden** und wurden nach m<sup>2</sup> oder Laufmeter entlohnt.

Dass er sich jeweils bei der Durchführung der Arbeiten für seine Auftraggeber **vertreten** hätte **lassen** können, hat der Bw. **verneint**.

Inwieweit sich daher die Art seiner Tätigkeit von jener eines Hilfsarbeiters eines Bau- bzw. Baunebengewerbebetriebes unterscheiden sollte, ist an Hand des vorliegenden Sachverhaltes nicht zu erkennen. Der Umstand, dass der Bw. einen **Gewerbeschein** besitzt, dass er sich zur **Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen** angemeldet und beim zuständigen Finanzamt um Vergabe einer **Steuernummer** angesucht hat, vermag daran nichts zu ändern. Denn eine solche nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeutende Beschäftigung wird auch nicht dadurch zu einer selbständigen Tätigkeit, dass die Formalvoraussetzungen vorliegen; sind doch nach gängiger Rechtsprechung für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung als Dienstverhältnis nicht die vertraglichen Abmachungen maßgebend, sondern stets das tatsächlich verwirklichte Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit, wobei auch der im Wirtschaftsleben üblichen Gestaltungsweise Gewicht beizumessen ist (vgl. VwGH vom 25. Oktober 1994, 90/14/0184, und vom 20.12.2000, 99/13/0223).

Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass die Beschäftigung des Bw. (Verspachteln von Gipskartonplatten) **nicht** als **selbständige**, sondern als **nichtselbständige Tätigkeit** zu qualifizieren ist. In diesem Zusammenhang wird auf des Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnis vom 19.09.2007, 2007/13/0071 verwiesen, in dem es um die Haftung von Lohnsteuer für als nichtselbständig beurteilte Auftragnehmer ging, die ebenso wie der Bw. die Verspachtelung von Gipskartonwänden für ein Bauunternehmen durchführten.

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

Da der Bw. die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme lt. Angabe in der KIAB-Niederschrift wegen vermuteter Aussichtslosigkeit nicht einmal beantragt hat, folgt daraus, dass der Bw. in Österreich eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer im dargelegten Sinn nicht ausübte bzw. 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.

Da sohin die im § 3 Abs. 1 FLAG in der bis zum 31.12.2005 geltenden Fassung normierten, qualifizierten Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht erfüllt sind, war die Berufung betreffend den Zeitraum August 2004 bis Dezember 2004 aus diesem Grund als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 7. Juli 2009