



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des PM, vom 10. November 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg vom 8. Oktober 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.), ein polnischer Staatsbürger, beantragte die Gewährung der Familienbeihilfe für seinen im August 1990 geborenen Sohn, welcher ebenso wie die Ehefrau des Bw. in Polen lebt.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe mit folgender Begründung ab:

"Anspruch auf Familienbeihilfe (Differenzzahlung) besteht nur für Zeiträume, in denen im Bundesgebiet Einkünfte aufgrund einer Erwerbstätigkeit vorliegen. Ihre Tätigkeit wurde aufgrund des Gesamtbildes als nichtselbständige Tätigkeit eingestuft. Ohne Beschäftigungsbewilligung und ohne Beschäftigung bei einem Dienstgeber in Österreich liegen keine Einkünfte aufgrund einer Erwerbstätigkeit vor.

Mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für Ihr in Polen lebendes Kind."

Die dagegen eingebrachte Berufung wurde wie folgt begründet:

"Der Bescheid wird wegen unrichtiger (und nicht nachvollziehbarer) Tatsachenfeststellung, unrichtiger rechtlicher Beurteilung und den nachstehend angeführten Verfahrensmängeln in seinem gesamten Umfang angefochten und beantragt, dass die Berufungsbehörde in Abänderung der Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde die Familienbeihilfe für meinen Sohn JM, geb. am 1990 für den Zeitraum ab Juli 2004 bis laufend bewilligen möge.

Zur unrichtigen Tatsachenfeststellung:

Die Tatsachenfeststellung der erstinstanzlichen Behörde erschöpft sich in dem (in Wahrheit keine Feststellungen sondern bereits einen Akt der „Beurteilung“ bildenden) Satz: „Ihre Tätigkeit wurde aufgrund des Gesamtbildes als nichtselbständige Tätigkeit eingestuft.“

Wie die erstinstanzliche Behörde zu dieser - in Anbetracht meiner vorliegenden Buchhaltung aus den Jahren 2004 bis 2007 absurden - Annahme gelangen kann, bleibt völlig dunkel. Tatsache ist, dass die Behörde offenbar *in Folge* meines Familienbeihilfeantrages bereits richtig für die Jahre 2004 bis 2006 ausgestellten Einkommenssteuerbescheide ohne Begründung aufgehoben und nachträglich die - nunmehr offenbar „gewünschte“ - Beurteilung als „nichtselbständige Tätigkeit“ bescheidmäßig verkündet hat. Alle diese Bescheide sind schon insoweit rechtswidrig, als ihnen keinerlei Ermittlungsverfahren oder Erkenntnisse der Behörde vorangegangen sind, sondern die „Umdeutung“ meiner Einkünfte offenbar lediglich in Hinblick darauf erfolgte, meinen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe abweisen zu können.

- Ich habe, seit ich im 2004 nach Österreich gekommen bin, Aufträge für *verschiedene Auftraggeber*, und zwar insbesondere (aber nicht ausschließlich) für die Firmen A angenommen und ausgeführt. Ich *hatte* dabei, soweit mir dies organisatorisch möglich war, auch *gleichzeitig* mehrere Aufträge und Auftraggeber und oblag die Koordination der Arbeiten und die Einhaltung der Termine ausschließlich mir. Ich war dabei weder irgendwie in die Organisation meiner Auftraggeber eingebunden, diese erteilten mir lediglich einzelne, abgegrenzte Aufträge, die ich innerhalb der Terminvorgaben nach eigenem Ermessen zu erledigen hatte. Ich arbeite mit z.B. natürlich auch mit eigenem Werkzeug!
- Meine Aufträge erhalte ich, indem ich Angebote lege, von denen einige von den Adressaten angenommen werden (sodass der Auftrag zustande kommt), andere eben nicht, wie das im Wirtschaftsleben üblich ist.

- Meine Entgelte erhalte ich nach ordnungsgemäßigem Abschluss der Arbeiten und Rechnungslegung vom jeweiligen Auftraggeber, auch das scheint mir in gewisser Weise schon zivilrechtlich vorgegeben und zwingend logisch erforderlich.
- Selbstverständlich besteht keiner meiner Auftraggeber darauf, dass ich irgendwelche Arbeiten persönlich erledige.
- Ebenso bin ich nicht weisungsgebunden.
- Ich habe auch keine Dienstzeiten einzuhalten.
- Sämtliche in meiner Firma verwendeten Arbeitsmittel und Arbeitsmaterialien kaufe ich normalerweise persönlich ein.
- Natürlich hafte ich im Rahmen der normalen abgeschlossenen zivilrechtlichen Verträge (üblicher Weise durch die einschlägigen ÖNormen definiert) für die Qualität meiner Arbeit.
- Ich zahle natürlich auch Sozialversicherungsbeiträge und zwar an die SVA der gewerblichen Wirtschaft.

Angesichts dieser Umstände ist die Behauptung, ich sei wirtschaftlich in Wahrheit ein Dienstnehmer schlicht unverständlich und aus dem Akteninhalt nicht ableitbar.

All dies (aus meinem Steuerakt für das Finanzamt unzweifelhaft Ersichtliche) hätte dazu führen müssen, dass die erstinstanzliche Behörde andere, insbesondere „genauere“ Feststellungen zu meiner unternehmerischen Tätigkeit hätte treffen müssen.

Ich behalte mir in diesem Zusammenhang eine Beschwerde an die Europäische Kommission ausdrücklich vor, da die Bearbeitung des Falles durch das Finanzamt erster Instanz die Annahme nahe legt, dass, allenfalls auf Grund einer rechtswidrigen Weisung, der wahre Sachverhalt nicht einmal im Ansatz ermittelt wird und sämtliche selbständige Gewerbetreibenden aus den neuen Mitgliedsstaaten *automatisch* als „illegale Arbeitnehmer“ festgestellt werden, was zweifellos auf einen geradezu skandalösen, systematischen Verstoß gegen die von der erstinstanzlichen Behörde selbst genannte Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 durch absichtlich rechtsmissbräuchlich falsche Ermittlung des Sachverhaltes hindeutet.

In concreto begehre ich die Feststellung, dass ich ein Gewerbetreibender im Sinne der Verordnung (EWG) 1408/71 bin, da ich in den Jahren 2004 bis 2007 (und laufend) ein selbständiges Unternehmen geleitet habe.

Zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung:

Die erstinstanzliche Behörde hat in Wahrheit keinen Sachverhalt festgestellt, sondern ausschließlich (quasi in Vorwegnahme der rechtlichen Beurteilung des gar nicht ermittelten Sachverhaltes) von vorneherein erklärt, ich sei als „Arbeitnehmer“ zu betrachten.

Dabei übersieht die erstinstanzliche Behörde nebst den bereits oben in der Tatsachenrüge vorgebrachten Umständen insbesondere, dass zur Auslegung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 der *europarechtliche Arbeitnehmerbegriff* und nicht die Wunschvorstellung einer österreichischen Verwaltungsbehörde oder Politik heranzuziehen ist. Der europarechtliche Arbeitnehmerbegriff wird vom Europäischen Gerichtshof und nicht von einem österreichischen Finanzamt definiert.

Darüber hinaus ist aber jede österreichische Behörde (auch die erstinstanzliche Behörde) gehalten, den dem Rechtsbestand der österreichischen Rechtsordnung angehörenden Bestimmungen verfassungskonform auszulegen. Zum Bestand des österreichischen Verfassungsrechts gehört seit Österreichs Beitritt zur Europäischen Union insbesondere auch das primäre und sekundäre Europäische Recht, hier insbesondere der EG-Vertrag.

Zu Art. 43 EGV existiert (anders als zu Art. 39 EGV) kein wirksamer Vorbehalt der Republik Österreich, sodass Art. 43 EGV gegenüber Angehörigen sämtlicher Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, insbesondere daher auch polnischen Staatsangehörigen unmittelbar anwendbar ist.

Die Frage, ob die Beschäftigung eines Niedergelassenen aus einem anderen Mitgliedsstaat unter Art. 39 EGV (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) oder Art. 43 EGV (Niederlassungsfreiheit) zu subsumieren ist, ist eine rein nach europarechtlichen Kriterien zu entscheidende Frage, da sie nicht die Anwendung österreichischer Gesetze, sondern die Anwendung des EG-Vertrages selbst betrifft.

Allfällige von österreichischen Gerichtshöfen zur Frage „arbeitnehmerähnlicher Beschäftigungsverhältnisse“ ergangene Judikate sind daher hinsichtlich dieser Frage völlig belanglos.

Der Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass eine eindeutige Zuordnung jedes Rechtsverhältnisses entweder zu Art. 39 EGV oder zu Art. 43 EGV möglich ist. Eine Grauzone, wie sie die österreichische Verwaltung evidenter Maßen praktiziert, existiert daher europarechtlich nicht. Weiters geht der Gerichtshof in ständiger Judikatur davon aus, dass primäres Unterscheidungsmerkmal zwischen einer unselbständigen, Art. 39 EGV unterfallenden Tätigkeit und einer selbständigen, Art. 43 EGV unterliegenden Tätigkeit die (förmliche) Weisungsgebundenheit einerseits oder Weisungsfreiheit andererseits ist.

Wer seine Leistung formell weisungsfrei erbringt, ist daher nach -- zutreffender - Ansicht des Gerichtshofes jedenfalls selbständiger Werkunternehmer. Diese Unterscheidung passt - wie zufällig - auch mit der vom österreichischen Zivilrecht und Arbeitsrecht primär getroffenen Unterscheidung in Arbeitnehmer und selbständigen Werkunternehmer gut zusammen und differiert nur von den vom VwGH geschaffenen Rechtsansicht, es komme nicht auf die Weisungsfreiheit (und damit Willensfreiheit) des Beschäftigten, sondern lediglich darauf an, ob dieser wirtschaftlich abhängig vom Auftrag sei (wobei diese Theorie sowieso an dem Mangel gebricht, dass praktisch jeder auch tatsächlich ausschließlich selbständig werktätige Kleinunternehmer immer von der Summe der Aufträge seiner Auftraggeber wirtschaftlich abhängig ist und es gerade bei Kleinunternehmern nicht selten vorkommt, dass diese nur einen Auftraggeber - nicht selten den Staat - haben, sodass sie ganz offensichtlich und selbstverständlich von diesem wirtschaftlich abhängig sind, ohne deshalb in einem arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnis zu stehen).

Sollte sich die angerufene Behörde daher nicht ohnehin den - nach Ansicht des Berufungswerbers unter Berücksichtigung der bereits existierenden Judikatur des Europäischen Gerichtshofes zwingenden - Ausführungen des Berufungswerbers anschließen wird beantragt, dem Europäischen Gerichtshof nachstehende für den gegenständlichen Fall relevante Frage des Europarechts zur Beantwortung vorzulegen:

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 gewährt einen Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Die erstinstanzliche Behörde im gegenständlichen Rechtsstreit ist davon ausgegangen, dass beim gegenständlichen ungarischen (?) Staatsangehörigen in Wahrheit aus wirtschaftlicher Sicht ein Arbeitnehmerverhältnis vorliege (ohne dies in irgendeiner Weise zu begründen).

Der österreichische Verwaltungsgerichtshof hat zu ähnlichen Fällen in ständiger Judikatur entschieden, dass zur Frage, ob ein arbeitnehmer(-ähnliches) Verhältnis vorliegt, nicht die Rechtsnatur der Vertragsbeziehung zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Arbeitsempfänger entscheidend sei, sondern die wirtschaftliche Unselbständigkeit des Arbeitnehmerähnlichen, die darin zu erblicken sei, dass er unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig sei. Maßgebend sei dabei der Aspekt der wirtschaftlichen Unabhängigkeit. In dieser Hinsicht bedürfe es der Prüfung, ob das

konkrete Gesamtbild der Tätigkeit des Arbeitnehmerähnlichen so beschaffen sei, dass dieser trotz fehlender persönlicher Abhängigkeit nicht mehr in der Lage sei, seine Arbeitskraft, insoweit er durch das konkrete Rechtsverhältnis an der Verfügung über seine Arbeitskraft gehindert sei, anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen.

Die erstinstanzliche Behörde im vorliegenden Fall hat die Anwendung des Artikels 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 mit der Begründung abgelehnt, dass auf Grund des mit österreichischem BGBl I 2004/28 erklärten Vorbehalts hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger auch diese Bestimmung nicht anwendbar wäre, wenn die Tätigkeit des Antragstellers in Wahrheit einer wirtschaftlich unselbständigen Tätigkeit (auf welche Weise auch immer) gleich würde.

Dazu stellt sich der erkennenden Behörde folgende, dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegende Frage:

Ist Art. 43 EGV im Verhältnis zu Art. 39 EGV und im Zusammenhang mit Art. 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 dahingehend auszulegen, dass ein konkret in Österreich lebender und arbeitender Unionsbürger eindeutig einer dieser Bestimmungen zuzuordnen ist oder ist es dem österreichischen Gesetzgeber in Hinblick auf die zu Art. 39 EGV abgegebenen Vorbehalte erlaubt, Mischformen zu kreieren, die Rechtsverhältnisse, die eine eindeutige Zuordnung nicht ermöglichen, gänzlich dem Anwendungsbereich des (mit einem Vorbehalt behafteten) Art. 39 EGV zu verschieben.

Verstößt daher eine Bestimmung des österreichischen Rechts, bzw. eine Entscheidung einer österreichischen Behörde, die unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich dass eine wirtschaftlich und sozial einem Arbeitsverhältnis ähnlich gelagerte Situation vorliegt, insbesondere eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Dienstleistenden vom Dienstleister eintritt, die Nichtanwendung des Art. 73 der Richtlinie (EWG) Nr. 1408/71 auf einen in Österreich niedergelassenen Staatsbürgers eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union vorsieht, gegen geltendes Gemeinschaftsrecht, insbesondere Art 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 i.Z.m. Art. 43 EGV?

Zur Mangelhaftigkeit des Verfahrens:

Die erstinstanzliche Behörde ist aus gutem Grund gehalten, insbesondere abweisende Bescheide zu *begründen*. Wesentlicher Teil dieser Begründung ist die Offenlegung der

Überlegungen zur *Beweiswürdigung*, da nur diese die Sachverhaltsannahmen der erstinstanzlichen Behörde für den Betroffenen und auch für die nachfolgenden Instanzen transparent machen.

Die erstinstanzliche Behörde hat offensichtlich keinen Akt der Beweiswürdigung gesetzt, diesen jedenfalls in den Bescheid in keiner Weise einfließen lassen. Sie hat bei ihrer Feststellung des Sachverhaltes (sofern von einer solchen überhaupt gesprochen werden kann) den gesamten Akteninhalt, aber auch den gesamten bei der erstinstanzlichen Behörde erliegenden Steuerakt des Berufungswerbers völlig ignoriert.

Schon aus diesem Grund ist das erstinstanzliche Verfahren mit einem wesentlichen Verfahrensmangel behaftet: Nicht nur wurde mir kein Recht auf Gehör zuteil, indem ich die - allerdings nicht einmal aus dem Bescheid klar erkennbaren - Annahmen der Behörde hätte entkräften können, sondern ist insbesondere der Bescheid selbst so mangelhaft verfasst, dass nicht einmal im Ansatz erkennbar ist, wie die erstinstanzliche Behörde zu ihren (unrichtigen) Annahmen gelangt ist.

Aus all diesen Gründen stelle ich den

Berufungsantrag,

die Berufsbehörde möge den bekämpften Bescheid dahingehend abändern, dass mir die beantragte Familienbeihilfe zugestanden wird, in eventu die oben bezeichnete Frage des Europarechts an den Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorlegen."

Weiters Folge gab der Bw. zum Vorlagebericht folgende Stellungnahme ab:

"Die erstinstanzliche Behörde reduziert die Berufungsausführungen offenbar darauf, dass ihrer Ansicht nach ein Anspruch auf Familienbeihilfe nicht bestehe, weil meine Tätigkeit als diejenige eines nichtselbständigen Arbeitnehmers einzustufen sei und deshalb - falls ich die Ausführungen richtig deute, keine Erwerbstätigkeit vorgelegen sei.

Abgesehen davon, dass, wie die erstinstanzliche Behörde richtig erkennt, schon diese Einstufung als „nichtselbständiger Arbeitnehmer" nicht richtig ist (dazu verweise ich auf die ausführlichen Berufungsausführungen), verkennt die erstinstanzliche Behörde aber erneut, dass ein (im Rahmen der Rechtsrüge zu behandelndes) noch viel gravierenderes Problem vorliegt, welches hier nochmals herausgestrichen werden soll:

Die erstinstanzliche Behörde argumentiert, dass mir Rechte aus der Verordnung (EWG) Nr.1408/71, insbesondere die in deren Artikel 73 normierten Rechte deshalb nicht zustehen sollen, weil die von mir in Österreich ausgeübte (selbständige) Tätigkeit, *auf Grund derer ich*

der Pflichtversicherung bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft nach dem GSVG unterliege, „in Wahrheit“, also - wie sich die Behörde ausdrückt - ihrem wirtschaftlichen Gehalt nach eine unselbständige Tätigkeit sei.

Jedenfalls hinsichtlich der Anwendbarkeit der genannten Verordnung irrt die erstinstanzliche Behörde aber schon über die Relevanz dieses Vorwurfes: Welcher Art die von mir ausgeübte Tätigkeit ist, ja sogar ob diese - nach Ansicht der erstinstanzlichen Behörde - legal oder illegal ist, ist für die Frage der Anwendbarkeit der gegenständlichen Verordnung, die hinsichtlich ihres Anwendungsbereiches *ausschließlich* auf die Unterworfenheit unter die Pflichtversicherung in der Sozialversicherung abstellt, *völlig irrelevant*.

Abgesehen davon, dass ein - behaupteter und von mir ohnehin bestrittener - Verstoß gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz die *von mir unstreitig ausgeübte Erwerbstätigkeit* höchstens zu einer unselbständigen oder unzulässigen, keinesfalls aber, wie sich die erstinstanzliche Behörde ausdrückt, zu „keiner“ Erwerbstätigkeit machen kann, gebietet Art. 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 die *Gleichbehandlung aller Personen, für die diese Verordnung gilt mit den Staatsangehörigen des Mitgliedsstaates*. Dies gilt, zumal besondere Bestimmungen dieser Verordnung in concreto nichts anderes vorsehen, insbesondere auch für Familienbeihilfeleistungen i.S.d. Art. 1 lit. f Z ii der Verordnung, um welche es sich im gegenständlichen Fall zweifelsfrei handelt.

Die gegenständliche Verordnung gilt nach deren Art. 2 für *sämtliche* Arbeitnehmer und Selbständigen, sowie Studierende, für welche die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedsstaates gelten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates sind, sowie für deren Familienangehörigen und Hinterbliebenen. Bislang unstreitig ist, dass ich als polnischer Staatsbürger Staatsangehöriger eines Mitgliedsstaates bin, sowie dass die österreichischen Rechtsvorschriften auf meine Tätigkeit grundsätzlich anzuwenden sind, weil diese Tätigkeit von mir ausschließlich in Österreich ausgeübt wird und ich in Österreich wohnhaft bin.

Strittig ist nach Ansicht der Finanzbehörde lediglich die Qualifizierung meiner Tätigkeit als selbständige oder unselbständige Tätigkeit. *Diese ist aber für die Anwendbarkeit der gegenständlichen Verordnung* - ungeachtet des bereits dargestellten und noch darzustellenden Rechtsirrtums der Finanzbehörde hinsichtlich der Qualifikation meiner Tätigkeit - *völlig unbeachtlich!*

Der Begriff der „Arbeitnehmer oder Selbständigen“ ist in Art. 1 lit. a der Verordnung *durch Legaldefinition festgelegt*. Es besteht daher keinerlei Raum für eine von dieser Legaldefinition abweichende Auslegung dieses Begriffes.

Arbeitnehmer oder Selbständiger ist danach 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.

Unstrittig ist bislang, dass ich - ob nach Ansicht der Finanzbehörde richtiger Weise oder nicht ist in diesem Zusammenhang völlig irrelevant - bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft (pflicht-)versichert bin. Dies ergibt sich allein bereits aus der Tatsache, dass ich in Österreich Gewerbeinhaber bin. Selbst wenn ich - der völlig verfehlten Beurteilung der erstinstanzlichen Behörde folgend - beim Versuch im Rahmen meines Gewerbes tätig zu sein, und zwar unter Verletzung welcher Vorschriften auch immer, in Wahrheit ein Arbeitsverhältnis begründet haben sollte (was für sich absurd - aber eben die Annahme der erstinstanzlichen Behörde ist) würde dies nichts daran ändern, dass ich zu Recht bei der GSVG pflichtversichert bin. Eine solche Versicherung ergibt sich nämlich schon allein aus der Tatsache der Gewerbeausübung, eines konkreten Erfolges in Form einer messbaren Anzahl von Aufträgen, welche von der erkennenden Finanzbehörde - was auch immer man dazu tun sollen müsste - auch als solche anerkannt werden, bedarf es dabei nicht.

Ebenso ist für die Anwendung der Verordnung schon nach deren Wortlaut völlig irrelevant, ob erstens eine Tätigkeit als selbständige oder unselbständige Tätigkeit eingestuft wird und zweitens eine allfällig unselbständige Tätigkeit erlaubt war oder nicht. Relevant ist allein, ob die Tätigkeit zu einer Pflichtversicherung geführt hat oder nicht, was unbestreitbar der Fall war (selbst eine nach dem AusIBG verbotene Tätigkeit - wenn man der wirren Argumentation der erstinstanzlichen Behörde so weit folgen wollte - hätte nach §4 Abs. 1 ASVG eine Versicherungspflicht zur Folge!)

Die von der erstinstanzlichen Behörde als Begründung für die Nichtzuerkennung der Familienbeihilfe ins Treffen geführten (ohnehin unrichtigen) Feststellungen, ich hätte keine selbständige Tätigkeit ausgeübt, beziehungsweise eine ausgeübte unselbständige Tätigkeit wäre rechtswidrig gewesen, sind daher in doppelter Weise irrelevant. Zum einen weil es nicht auf die Tätigkeit, sondern auf die (Pflicht-)versicherung ankommt, die unstreitig vorlag und zum anderen, weil selbst eine unberechtigt ausgeübte Tätigkeit (diesfalls gern. §4 Abs. 1 ASVG) zu einer solchen Versicherung geführt hätte, also selbst im letzten, von der Behörde angenommenen Fall eine Pflichtversicherung vorgelegen hätte.

Sollte sich die angerufene Behörde daher nicht ohnehin den - nach Ansicht des Berufungswerbers unter Berücksichtigung der bereits existierenden Judikatur des Europäischen Gerichtshofes zwingenden - Ausführungen des Berufungswerbers anschließen

wird beantragt, dem Europäischen Gerichtshof nachstehend für den gegenständlichen Fall relevante Frage des Europarechts zur Beantwortung vorzulegen:

Artikel 3 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 verlangt die Gleichbehandlung von Personen, die dieser Verordnung unterliegen, mit eigenen Staatsangehörigen. Gemäß Artikel 2 der genannten Verordnung unterliegen dieser sämtliche Arbeitnehmer und Selbständigen, sowie 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.

Die erstinstanzliche Behörde im gegenständlichen Rechtsstreit ist davon ausgegangen, dass beim gegenständlichen polnischen Staatsangehörigen in Wahrheit aus wirtschaftlicher Sicht ein Arbeitnehmerverhältnis an Stelle der von ihm (sozialversicherungsrechtlich und steuerlich deklarierten Selbständigkeit) vorliege. Der polnische Staatsangehörige war auf Grund des Bestehens einer Gewerbeberechtigung im fraglichen Zeitraum bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert in der Pensions-, Kranken- und Unfallversicherung.

Der österreichische Verwaltungsgerichtshof hat zu ähnlichen Fällen in ständiger Judikatur entschieden, dass zur Frage, ob ein arbeitnehmer(-ähnliches) Verhältnis vorliegt, nicht die Rechtsnatur der Vertragsbeziehung zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Arbeitsempfänger entscheidend sei, sondern die wirtschaftliche Unselbständigkeit des Arbeitnehmerähnlichen, die darin zu erblicken sei, dass er unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig sei. Maßgebend sei dabei der Aspekt der wirtschaftlichen Unabhängigkeit. In dieser Hinsicht bedürfe es der Prüfung, ob das konkrete Gesamtbild der Tätigkeit des Arbeitnehmerähnlichen so beschaffen sei, dass dieser trotz fehlender persönlicher Abhängigkeit nicht mehr in der Lage sei, seine Arbeitskraft, insoweit er durch das konkrete Rechtsverhältnis an der Verfügung über seine Arbeitskraft gehindert sei, anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen.

Die erstinstanzliche Behörde im vorliegenden Fall hat die unter Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 denn polnischen Staatsangehörigen zustehende

Familienbeihilfeleistung in Form der Differenzzahlung (und Gewährung des Kinderabsetzbetrages) gemäß Artikel 73 der Verordnung mit der Begründung verweigert, dass ein bewilligungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorgelegen hätte und eine entsprechende Bewilligung nicht erteilt worden sei.

Dazu stellt sich der erkennenden Behörde folgende, dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegende Frage:

Ist der in Art. 1 lit. a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 definierte Begriff des „Arbeitnehmers“ oder „Selbständigen“ in Zusammenhang mit den Artikeln 2 und 3 der Verordnung hinsichtlich der Frage der Anwendbarkeit der Verordnung und insbesondere deren Artikels 73 so auszulegen, dass Personen, die in Wahrheit (wirtschaftlich gesehen) ein Beschäftigungsverhältnis ausüben, welches unter Anwendung der Bestimmungen des Österreichischen Ausländerbeschäftigungsgesetzes bewilligungspflichtig und ohne Bewilligung daher unzulässig wäre, ungeachtet des Bestehens einer Pflichtversicherung in der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft aus dem Anwendungsbereich der gegenständlichen Verordnung und insbesondere deren Artikel 73 herausfallen?

Verstößt daher eine Bestimmung des österreichischen Rechts, bzw. eine Entscheidung einer österreichischen Behörde, die unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich dass eine wirtschaftlich und sozial einem Arbeitsverhältnis ähnlich gelagerte Situation vorliegt, insbesondere eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Dienstleistenden vom Dienstleister eintritt, die Nichtanwendung des Artikel 73 der Richtlinie (EWG) Nr. 1408/71 auf einen in Österreich niedergelassenen Staatsbürgers eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union vorsieht, gegen geltendes Gemeinschaftsrecht, insbesondere Art. 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71?

Ich halte in jedem Fall sämtliche Berufungsanträge, die nunmehr ausdrücklich auch auf die oben stehenden Gründe gestützt werden, aufrecht."

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) in der bis 31. Dezember 2005 geltenden Fassung (BGBl 1977/646) 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 Abs. 2 der zitierten Bestimmungen gilt Abs. 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Der Bw. hielt sich vom 22.6.04 bis 19.5.06 sowie vom 22.8.06 bis dato in Österreich auf. Ein ständiger 60-monatiger Aufenthalt im Bundesgebiet war somit nicht gegeben.

Dementsprechend kommt die obige Ausnahmeregelung nach Abs. 2 der zitierten Gesetzesstelle nicht zum Tragen.

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG in der ab 1. Jänner 2006 geltenden Fassung (BGBl. I Nr. 168/2006) haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, 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 Abs. 2 dieser Bestimmung besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

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 1.5.2004 (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 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".

Eine Leistung wie die Familienbeihilfe nach dem österreichischen

Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 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. 4. 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 VO (EWG) Nr. 1408/71 nicht anwendbar sei: Als neuer EU-Bürger habe der Bw. innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt. Die vom Bw. in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit stelle eine Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes dar. Aufgrund von umfangreichen Ermittlungen der Finanzverwaltung sei die Tätigkeit des Bw. als Dienstverhältnis zu beurteilen.

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."

Gemäß § 47 Abs. 2 EStG 1988 liegt ein Dienstverhältnis vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet.

Dies ist der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht, oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist. Nach gängiger 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 steuerliches Dienstverhältnis besteht, vom tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt der Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern auszugehen. Maßgebend sind weder die Bezeichnung noch subjektive Gesichtspunkte, sondern ausschließlich die objektiven Umstände (VwGH 18.10.1989, 88/13/0185).

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

Die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus ist im Sinne einer Abhängigkeit vom Auftraggeber zu verstehen (VwGH 21.12.1993, 90/14/0103). Sie zeigt sich u.a. in der Vorgabe von Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsmittel durch den Auftraggeber sowie die unmittelbare Einbindung der Tätigkeit in betriebliche Abläufe des Arbeitgebers. Ein Tätigwerden nach den jeweiligen zeitlichen Gegebenheiten bringt eine Eingliederung in den Unternehmensorganismus zum Ausdruck, was dem Vorliegen eines Werkverhältnisses zuwider läuft (VwGH 15.9.1999, 97/13/0164).

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

Das an sich für eine selbständig ausgeübte Tätigkeit sprechende Merkmal des Unternehmerrisikos kann in gewissem Maße auch auf Dienstverhältnisse zutreffen, etwa wenn

der Arbeitnehmer in Form von Provisionen oder Umsatzbeteiligungen am wirtschaftlichen Erfolg seines Arbeitgebers beteiligt ist (VwGH 25.10.1994, 90/14/0184).

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

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

Aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes ist dem Finanzamt zuzustimmen, dass die Beschäftigung des Bw. nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist und dass der Bw. nur seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt hat.

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Der Bw. kam im Jahr 2004 nach Österreich, um Arbeit zu finden. Er wohnte zunächst in einer Wohnung in der F.g.; diese Wohnadresse wurde vom Bw. zugleich auch als der Standort seines Gewerbes angegeben. Aufgrund einer im Juni 2004 vom Bw. vorgenommenen Gewerbeanmeldung wurde im Gewerberegister für den Bw. das Gewerbe "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit" eingetragen (Gewerbeanmeldung vom 24. Juni 2004). In der Folge übersiedelte der Bw. in eine Wohnung in der K.str. (gemeldet seit 22. August 2006). An dieser angegebenen Wohnadresse - *die vom Bw. wiederum zugleich auch als der Standort seines Gewerbes angegeben wird* - wohnt der Bw. Ein schriftlicher Mietvertrag für seine Wiener Wohnung existiert (laut Schreiben des Bw. vom 16. Jänner 2009) nicht. Er hat zwei Zimmer der Wohnung von seinem Schwager in Untermiete übernommen. Darüber gibt es lediglich eine mündliche Absprache. Die Größe der gesamten Wohnung ist ca. 80 m², die Größe der ihm zur Verfügung stehenden Räumlichkeiten etwa 20 m². Die Gattin des Bw. ist ebenfalls polnische Staatsangehörige und lebt mit dem Sohn des Bw., welcher noch zur Schule geht, in Polen, ist nicht erwerbstätig (Hausfrau) und sorgt für die pflegebedürftige Schwiegermutter des Bw.

Die Referentin des Unabhängigen Finanzsenats nahm im Herold-Telefonbuch unter Eingabe des Familiennamens des Bw. eine Telefonnummernsuche vor, die ergebnislos verlief. Dies bedeutet, dass ein potentieller Auftraggeber keine Möglichkeit hat, mit dem Bw. telefonisch,

per Fax oder Internet (Homepage) in Kontakt zu treten, ein Umstand, der bei einem österreichischen Unternehmen der Bauindustrie völlig undenkbar erscheint.

Die vom Bw. in den Steuererklärungen angegebenen Daten weisen keinerlei Positionen auf, die auf den Besitz bzw. die Miete (Leasing) von Lagerräumlichkeiten, Lastkraftwagen, Baumaschinen etc., wie sie auch bei einem kleinen österreichischen Bauunternehmen stets vorhanden sind, hindeuten. Dies wurde vom Bw. auch nicht behauptet.

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden Sachverhaltes geht hervor, dass der Bw. in Wahrheit *über keinen Gewerbebetrieb mit entsprechenden Betriebsmitteln verfügte*, sondern lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung stellte. Dadurch war er dem Willen seines Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall gewesen wäre. Die dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Arbeitskraft betraf Bauhilfstätigkeiten, also eine Arbeit, wie sie in gleicher Weise üblicherweise im Rahmen eines Arbeitsvertrages verrichtet wird. Inwieweit sich die Art seiner Tätigkeit von jener eines (Hilfs)Arbeiters eines mit solchen Arbeiten Befassten unterscheiden sollte, ist an Hand des vorliegenden Sachverhaltes nicht zu erkennen.

Die Umstände, dass der Bw. einen Gewerbeschein besitzt, dass er sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet hat und dass er beim zuständigen Finanzamt eine Einkommensteuererklärung mit Einkünften aus selbständiger Arbeit (gemeint: Einkünften aus Gewerbebetrieb) abgegeben hat, vermögen daran nichts zu ändern. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass es nicht darauf ankommt, in welche Form die Dienstleistungen gekleidet wurden, sondern auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt, der die Erbringung von Dienstleistungen durch den Bw. ergeben hat, welche typischerweise in einem Abhängigkeitsverhältnis erbracht werden.

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. die bereits zitierten Erkenntnisse des VwGH vom 25.10.1994, 90/14/0184, und vom 20.12.2000, 99/13/0223).

Der Verwaltungsgerichtshof hat mehrfach die rechtliche Unmöglichkeit des Abschlusses von Werkverträgen über einfache manipulative Tätigkeiten ausgesprochen. Ein Werkvertrag muss auf einen bestimmten abgrenzbaren Erfolg abstellen und somit einen Maßstab erkennen lassen, nach welchem die Ordnungsgemäßheit der Erbringung des Werkes beurteilt werden kann. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das

Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten „Ziels“ auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. VwGH 2005/08/0082 vom 25. 4. 2007). Hingewiesen wird darauf, dass der Verwaltungsgerichtshof bereits im Erkenntnis vom 19. 9. 2007, 2007/13/0071, die Tätigkeit von polnischen „Spachtlern“ als Dienstverträge beurteilt hat.

Der höchstgerichtlichen Judikatur folgend spricht der Unabhängige Finanzsenat im Fall von Hilfsarbeiten, wie sie der Bw. ausgeführt hat (Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profileile, Verspachteln von Gipskartonplatten), nicht grundsätzlich von der rechtlichen Unmöglichkeit des Abschluss eines Werkvertrages, jedoch haben die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse im gegenständlichen Fall die Möglichkeit einer dahin gehenden rechtlichen Beurteilung der gegenständlichen „Vertragsverhältnisse“ nicht erkennen lassen. Auch wenn grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist, dass ein wiederkehrendes Tätigwerden auch im Rahmen einer „Kette“ kurzfristiger Werkverträge erfolgen kann, trifft dies gegenständlich nicht zu, da dann jeder einzelne dieser Verträge die Kriterien eines Werkvertrages erfüllen müsste.

Überdies kann auch ein nichtselbständig tätiger Arbeitnehmer im Rahmen von mehreren Dienstverhältnissen tätig werden, sodass die gegenständliche Tätigkeit von der belangten Behörde nach dem Gesamtbild der vorliegenden Verhältnisse als nichtselbständige Tätigkeit eingestuft wurde. Servicekräfte in einem Warenhaus stehen in einem Dienstverhältnis, wenn ihnen bereits vertragliche Vorgaben gemacht werden, die weitere konkrete Weisungen entbehrlich machen, und sie jedenfalls mittelbar durch die Leitung der jeweiligen Warenhäuser überwacht werden. Weiters waren die Verdienstmöglichkeiten der Servicekräfte vertraglich begrenzt; die ihnen offen stehende Möglichkeit, auch noch weitere Regalpflegearbeiten in dem gleichen oder in anderen Warenhäusern zu übernehmen, hätte nur zu weiteren Dienstverhältnissen geführt (BFH 20.11.08, VI R 4/06). Dies trifft nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenats ebenso auf die Tätigkeit von polnischen „Spachtlern“ zu, die auf mehreren Baustellen beschäftigt werden.

Es ist aufgrund des vorliegenden Sachverhalts davon auszugehen, dass der Bw. dem jeweiligen Auftraggeber seine Arbeitskraft schuldet und somit Dienstverhältnisse im Sinne der obigen Ausführungen vorliegen. Dafür sprechen auch folgende Tatsachen:

Der Standort des Gewerbes ist zugleich die Wohnadresse, es gibt kein Büro

Das Unternehmen tritt nach außen nicht in Erscheinung, die Vermittlung von Aufträgen erfolgt durch Mundpropaganda

Das verwendete Werkzeug ist geringfügig

Der Bw. hat keine Mitarbeiter

Zusammenfassend ist somit (in Übereinstimmung mit der Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts durch das Finanzamt) davon auszugehen, dass die Tätigkeit des Bw. (Bauhilfstätigkeit) nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige (arbeitnehmerähnliche) Tätigkeit zu qualifizieren ist und dass der Bw. nur seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt hat.

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

Da der Bw. trotz Aufforderung durch den Unabhängigen Finanzsenat und der diesbezüglichen Begründung seitens des Finanzamtes die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungsbewilligung) nicht nachgewiesen hat, folgt daraus, dass der Bw. in Österreich eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer im dargelegten Sinn nicht ausübt und auch nicht von einer Beschäftigung iSd VO (EWG) Nr. 1408/71 ausgegangen werden kann. Die VO (EWG) Nr. 1408/71 ist daher auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, weshalb auch auf die diesbezüglichen Ausführungen des Bw. nicht einzugehen ist und nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenats somit keine Veranlassung zu einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof besteht.

Der Bw. hat demnach mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung keinen Anspruch auf Familienbeihilfe, weshalb die Berufung als unbegründet abzuweisen war. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 17. Februar 2010