



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des L K, 1120 Wien, X-Gasse59, vom 5. Februar 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf, vertreten durch Mag. Patric FLAMENT, vom 17. Jänner 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. April 2005 bis 31. Dezember 2006 entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber ist polnischer Staatsbürger. Er kam Mitte des Jahres 2004 nach Österreich. Die Gattin und die 3 minderjährigen Söhne sind in Polen wohnhaft. Am 14.07.2004 meldete er das Gewerbe „Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit“ an. Lt. den im Zuge des Vorhaltsverfahrens vorgelegten Unterlagen erzielte er aus diesem Gewerbe erst ab dem Jahr 2005 Einnahmen. Im Jahr 2004 bis einschließlich März 2005 erzielte er Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit aus einer Anstellung bei einem Bauunternehmen in Wien, von dem er später auch Einnahmen aus Gewerbebetrieb erklärte. Er erzielte auch von weiteren Auftragsgebern Einnahmen. Aus den von ihm zumeist monatlich gelegten Rechnungen gehen nur die abgerechneten Quadratmeter an verspachtelten Gipskartonplatten sowie Preis/m² und die Rechnungssumme hervor. Unbestritten ist, dass der Bw. weder für seine Tätigkeit im Rahmen des angemeldeten Gewerbes noch für die Zeit seiner Arbeitnehmertätigkeit für das Bauunternehmen in Wien eine Arbeitsbewilligung nach § 32a des

Ausländerbeschäftigungsgesetzes besaß. Lt. Erhebungen des Finanzamtes wurden der Arbeitgeber bzw. die Auftragsgeber des Bw. wiederholt wegen Verstößen gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz bestraft.

Aus einem dem Bw. übermittelten und von ihm ausgefüllt retournierten **Fragebogen** geht Folgendes hervor:

Der Bw. ist im Mai 2004 nach Österreich gekommen „um offiziell arbeiten zu können“. Amtswege habe er alleine erledigt. Als Auftraggeber gab er ein Innenausbauunternehmen in Wien an. Ansprechperson sei der „Chef“. Schriftliche Verträge gebe es nicht. Er komme durch – nicht genannte - „Bekannte“ zu Aufträgen. Der jeweilige Auftraggeber zahle ihm die Honorare aus.

Er schulde nicht die Arbeitskraft, sondern die Leistung und könne sich nicht vertreten lassen.

Er sei nicht weisungsgebunden sondern arbeite selbständig.

Angesprochen auf das Vorliegen von fixen Dienstzeiten verneinte er solche und gab an, er könne kommen und gehen wann er wolle.

Die Arbeitskleidung und das benötigte Werkzeug gehöre ihm. Hingegen werde das zu verarbeitende Material vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt.

Für fehlerhafte Arbeiten hafte ausschließlich er selbst. Er führe die Sozialversicherungsbeiträge regelmäßig ab und nehme sich frei, wenn er zu seiner Familie in Polen fahren will oder wenn es keine Aufträge gibt.

Belege über die Sozialversicherungszahlungen sowie Einnahmenausgabenrechnungen liegen in Kopie in den Akten auf.

Der vom Bw. vorgelegte Mietvertrag lautet nicht auf den Bw. Auch allfällige Mitbewohner (Untermieter) wurden vom Bw. nicht genannt. Eine Kopie des Zulassungsscheines eines KFZ wurde nicht vorgelegt, sondern nur auf das Vorhandensein eines nicht näher genannten Fahrzeuges mit – ebenfalls nicht genannter – polnischen Zulassungsnummer hingewiesen.

Lt. Aktenlage wurde dem Bw. für den Zeitraum 01.07.2004 bis 31.03.2005 – dem Zeitraum, während dem er bei einem Wiener Bauunternehmen als Arbeiter lt. Sozialversicherungsauszug beschäftigt war – eine Differenzzahlung gewährt.

Der **Antrag auf Gewährung von Differenzzahlungen** für die Zeit ab 01.04.2005 wurde dagegen mit Bescheid vom 17.01.2008 mit folgender Begründung **abgewiesen**:

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

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedsstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten 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.

Die von Ihnen in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit war nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Abs 2 Einkommensteuergesetz (EStG) zu beurteilen und wäre daher nach dem AuslBG bewilligungspflichtig.

Da Sie die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme nicht nachgewiesen haben, üben Sie in Österreich weder eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer aus, noch kann von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71 ausgegangen werden.

Die obige Verordnung (EWG) ist in Ihrem Fall nicht anwendbar.“

Der Bw. erhob **Berufung:**

„Die Verordnungen der Europäischen Union zur Systeme der sozialen Sicherheit betreffen nicht nur Arbeitnehmer, aber sehr wohl auch die selbständig Tätigen. Mein Gewerbeschein wurde von österreichischer Behörde ausgestellt, mit der Gewerbeberechtigung sind etliche Kosten und Ausgaben wie Steuer, Sozialversicherungsbeiträge, Grundumlage gebunden, die ich auch laufend als Selbständiger zu leisten habe.

Die Art meiner Tätigkeit entspricht auf keinem Fall Dienstnehmertätigkeit. Ich habe im Jahr 2005 3 Auftraggeber gehabt (siehe Kopien Rechnung in der Beilage). Ich bin nicht weisungsgebunden, ich verfüge frei über meine Zeit, Urlaub etc.

Im Jahr 2006 war ich weiter für die Firma V Bau GmbH tätig (siehe Rechnungen). Ich wurde laufend mit den Arbeiten beauftragt, und auch die Zahlungen seitens der Firma V werden laufend getätigt, was in der Bau-Branche immer weniger üblich ist. Da diese Zusammenarbeit für mich sehr zufriedenstellend ist, habe ich nicht nötig nach anderen Auftraggebern zu suchen.

Für mich ist unverständlich warum für das Jahr 2005 die Familienbeihilfe für 3 Monate zuerkannt wurde. In nächsten Monaten des Jahres hat sich weder die Art meiner Tätigkeit, noch meine familiäre Zustände geändert.

Ich verfüge laufend über Aufträge und stelle auch laufend Rechnungen aus. Ich habe mich 2 mal um Erteilung einer Steuernummer bemüht, ich habe meine Einnahmen beim Finanzamt in Form Einnahmen-Ausgabenrechnungen jedes Jahr deklariert.

Ich weiß wirklich nicht mehr, welche „Beweise“ sollte ich dem Finanzamt vorlegen. Ich ersuche das Finanzamt um Zuerkennung der Familienbeihilfe für den Zeitraum: April 2005 bis Dezember 2006.“

(Der Bw. schloss Rechnungskopien bei.) In den Akten liegt ein den Bw. betreffender Sozialversicherungsauszug auf. Laut einem handschriftlichen Vermerk, besaß der Arbeitgeber des Bw. für 2004 /2005 keine arbeitsmarktbehördliche Bewilligung. Aus diesem Grund wurde die Familienbeihilfe bzw. Differenzbeträge auch für den Zeitraum (Juli 2004 bis März 2005) bescheidmäßig zurück gefordert.

Das Finanzamt wies die **Berufung** als **unbegründet** ab:

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

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

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedsstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Für

Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten wird im

§ 32a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AusIBG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs 2 lit 1 AusIBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer des Übergangsarrangements (d.h. bis maximal 30.04.2011) weiterhin dem AusIBG.

1. Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland

Nach den von Ihnen vorgelegten Unterlagen leben Ihre Ehefrau und Ihre Kinder in Polen, weswegen davon ausgegangen wird, dass ein Lebensmittelpunkt in Österreich nicht vorliegt. Gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 besteht daher für Ihre Kinder kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

2. Legale Ausübung einer nichtselbständigen Tätigkeit im Inland

Sie haben am 14.07.2004 das Gewerbe „Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit“ angemeldet.

Für die Zeit von Dezember 2004 bis Februar 2005 haben Sie nach den von Ihnen vorgelegten Unterlagen ausschließlich von der „Firma M Innenausbau S. I , Y-Straße, Wien“ Aufträge übernommen. Festgehalten wird an dieser Stelle, dass aus Ihrem Sozialversicherungsauszug zu entnehmen ist, dass Sie in der Zeit von 01.07.2004 bis 31.03.2005 als Arbeiter bei S. I gemeldet waren und dass von diesem für Sie auch Sozialversicherungsbeiträge abgeführt worden sind. Festgehalten wird weiters, dass für diese Zeit und für diese Tätigkeit keine arbeitsmarktbehördliche Bewilligung vorlag. Unter Zugrundelegung dieses Sachverhaltes wird weiters festgehalten, dass ein Anspruch auf Differenzzahlung für K D, K Ms und K Kr für den Zeitraum 01.07.2004 bis 31.03.2005 nicht bestanden hat und diese Beihilfen daher zu Unrecht ausbezahlt worden sind.

In der Zeit von Juli 2005 bis August 2005 waren Sie nach den von Ihnen übermittelten Unterlagen ausschließlich für ein anderes Unternehmen, A H Innenausbau, 0000 N tätig. Festgehalten wird, dass die von Ihnen erbrachten Leistungen ausschließlich monatlich pauschal abgerechnet worden sind.

Für die Zeit von September 2005 bis November 2006 waren Sie nach den von Ihnen übermittelten Unterlagen wiederum ausschließlich für ein einziges Unternehmen, die V Baugesellschaft mbH, ebenfalls in 0000 N tätig. Festgehalten wird auch hier, dass die von Ihnen erbrachten Leistungen ausschließlich monatlich pauschal abgerechnet worden sind.

Angemerkt wird an dieser Stelle, dass die vorliegenden Vertragskonstruktionen bei der Mehrzahl der genannten Unternehmen wiederholt durch die KIAB (Kontrolle der illegalen Arbeitnehmerbeschäftigung) kontrolliert wurden.

Darüber hinaus haben Sie selber dem Finanzamt gegenüber unter anderem angegeben, dass Sie Ihre „Leistung“ (und nicht wie bei einem Werkvertrag sonst üblich einen Erfolg) schulden, dass Sie sich nicht vertreten lassen können und dass Ihnen das Material „überwiegend vom Auftraggeber“ zur Verfügung gestellt wird.

Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs 2 AusIBG vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgeblich. Maßgeblich sind dabei weder die Bezeichnung noch subjektive Gesichtspunkte, sondern ausschließlich die objektiven Umstände. Ob eine unselbständige oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, ist danach zu beurteilen, ob eine Tätigkeit in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit und unter Weisungsgebundenheit ausgeführt wird.

Auf Grund der pauschalen monatlichen Abrechnung, der vorliegenden wirtschaftlichen Abhängigkeit von jeweils nur einem einzigen „Auftraggeber“ und der Tatsache, dass Sie bereits in der Zeit von 01.07.2004 bis 31.03.2005 als Arbeiter bei S. I sozialversichert und damit unselbständig tätig waren, ohne dass für diese Tätigkeit eine arbeitsmarktbehördliche Bewilligung vorlag, sowie auf Grund Ihrer eigenen Angaben (Sie schulden eine „Leistung“ und keinen Erfolg, Sie können sich nicht vertreten lassen; das von Ihnen verwendete Material stammt „überwiegend vom Auftraggeber“) ist klar ersichtlich, dass Sie für die jeweilige Firma als Arbeitnehmer tätig geworden sind.

Die von Ihnen in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit war nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Einkommensteuergesetz (EStG) zu beurteilen und wäre daher nach dem AusIBG bewilligungspflichtig. Es kann daher für den Zeitraum von April 2005 bis Dezember 2006 weder von einer rechtmäßigen Beschäftigung als Arbeitnehmer noch von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ausgegangen werden. Die obige Verordnung (EWG) war in dem oben angeführten Zeitraum auf Ihren Sachverhalt nicht anwendbar.“

Der Bw. stellte daraufhin einen **Antrag auf Vorlage** seiner Berufung an die Abgabenbehörde **2. Instanz** und führte darin aus:

„Der Bescheid wird insbesondere wegen 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 meine Kindern K D , K Ms und K Kr für den Zeitraum April 2005 bis Dezember 2006 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: „Die von Ihnen in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit war nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Abs. 2 Einkommenssteuergesetzes (EstG) zu beurteilen und wäre daher nach dem AuslBG bewilligungspflichtig.

Die erstinstanzliche Behörde möchte einerseits aus der (hier völlig irrelevanten) Tatsache, dass ich im Jahr 2004 unselbständig beschäftigt war, ableiten, dass ich auch im hier gegenständlichen Zeitraum keine selbständige Beschäftigung ausgeübt haben kann, obwohl meiner Ansicht nach die Frage, welche Beschäftigung ich vor dem gegenständlichen Zeitraum meiner Selbständigkeit ausgeübt habe, nicht (auch nicht nach § 47 EStG) für die Beurteilung meiner Tätigkeit seit diesem Zeitpunkt herangezogen werden kann.

Im übrigen möchte die belangte Behörde die Arbeitnehmereigenschaft ausschließlich aus dem Umstand schließen, dass ich im Wesentlichen gleichzeitig immer nur für einen Auftraggeber gearbeitet habe. Sie übersieht dabei aber, dass es nicht darauf ankommt, für wieviele Auftraggeber ein Unternehmer arbeitet (in vielen Fällen arbeiten Unternehmen nur für einen größeren Auftraggeber!), sondern ob die Beauftragung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit erfolgte. Auch auf die von der erstinstanzlichen Behörde auf Seite 3 der Berufungsvorentscheidung angeführten Umstände kommt es daher nicht an, sondern ausschließlich darauf, ob ich die Freiheit besessen hätte, auch für andere Auftraggeber zu arbeiten, was jedenfalls der Fall war.

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

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 im fraglichen Zeitraum ein (nicht unerfolgreiches) 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 Umstände 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 polnischen Staatsangehörigen in Wahrheit aus wirtschaftlicher Sicht ein Arbeitnehmerverhältnis vorliege.

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, beziehungsweise 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?

Darüber hinaus irrt die erstinstanzliche Behörde nach Ansicht des Antragstellers generell, wenn sie die Geltung des Art. 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 in Verbindung mit der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/722 davon abhängig machen möchte, ob die Beschäftigung des Antragstellers in Österreich als eine zulässige selbständige oder

gegebenenfalls auch unselbständige Beschäftigung anerkannt wird. Nach Ansicht des Antragstellers ist diese - europarechtliche und daher ebenfalls alleine vom Europäischen Gerichtshof verbindlich auszulegende - Norm dahingehend auszulegen, dass jeder Staatsbürger eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union, egal ob er nun nach nationalen Rechtsvorschriften zulässig oder unzulässig tätig war, Anspruch auf Anwendung des Artikels 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

Der Antragsteller beantragt daher, dem Europäischen Gerichtshof weiters nachstehende für den gegenständlichen Fall relevante Frage des Europarechts zur Beantwortung vorzulegen:

Ist Art. 73 der Richtlinie (EWG) Nr. 1407/71 dahingehend auszulegen, dass die darin dem in Österreich niedergelassenen Staatsbürger eines Mitgliedsstaates eingeräumten Rechte diesem unabhängig von der Frage zustehen, ob die Beschäftigung des Staatsbürgers des Mitgliedsstaates nach innerstaatlichem österreichischen Recht als (zulässige) selbständige Beschäftigung oder als (unzulässige - weil bewilligungslose) unselbständige Beschäftigung aufgefasst wird oder kann der Staatsbürger des Mitgliedsstaates dann keine Rechte aus Art. 73 der Richtlinie (EWG) Nr. 1408/71 ableiten, wenn er nach österreichischem nationalen Recht mangels Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz unzulässig unselbständig beschäftigt wurde?

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

Das Finanzamt **legte** darauf die **Berufung dem UFS zur Entscheidung vor**.

Der Bw. gab zu dem ihm anlässlich der Vorlage an den UFS übersandten Vorlagebericht enthaltenen Streitpunkten eine **Äußerung** ab.

Das **Finanzamt** gab zur **Äußerung** des Bw. wiederum eine **Stellungnahme** ab. Weiters legte es dem UFS Ablichtungen über Anzeigen, Bescheide und Berufungsentscheidungen des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien im Zusammenhang mit Übertretungen der Auftragsgeber/Dienstgeber des Bw. vor. Konkrete, den Bw. selbst betreffende Feststellungen gehen aus den vorgelegten Unterlagen jedoch nicht hervor. Der UFS nahm daher von einem Vorhalt der Unterlagen in anonymisierter Form Abstand.

Auf Grund von beim Verwaltungsgerichtshof mittlerweile anhängigen Verfahren von Berufungswerbern aus den ab 1. Mai 2004 der EU neu beigetretenen Staaten, bei denen die Ablehnung des Anspruches auf Familienbeihilfe/Differenzzahlung wegen eines angenommenen Verstoßes gegen die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes und die daraus abgeleitete Annahme der sog. Scheinselbstständigkeit strittig waren, setzte der **UFS** nach vorheriger Einräumung des Parteiengehöres das **Verfahren** gem. **§ 281 BAO** bis zur **Entscheidung des Gerichtshofes zur GZ. 2009/13/0097** aus. Laut der in der frei und kostenlos zugänglichen Datenbank der Finanzverwaltung „FinDok“ veröffentlichten Berufungsentscheidung (RV/3010-W/08 v. 15.04.2009) lag in den wesentlichen Sachverhaltspunkten Übereinstimmung mit dem vorliegenden Berufungsfall vor: Polnischer Staatsbürger, Kind in Polen wohnhaft, Gewerbeberechtigung „Verspachteln von fertig montierten Gipskartonplatten...“, Tätigwerden nur jeweils gleichzeitig für einen Auftraggeber.

In der Folge erging die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 29.09.2010, 2008/13/0160, in der der Gerichtshof über den strittigen Anspruch einer polnischen alleinerziehenden, in Österreich mit ihrem minderjährigen Kind lebenden Staatsbürgerin, die das Gewerbe „Hausbetreuung, bestehend in der Durchführung einfacher Reinigungstätigkeiten einschließlich objektbezogener einfacher Wartungstätigkeiten auf Grundlage von Werk- und freien Dienstverträgen, unter Ausschluss von Tätigkeiten reglementierter Gewerbe“ angemeldet hatte. Die in diesem Verfahren belangte Behörde war davon ausgegangen, dass die auf Grund des angemeldeten Gewerbes ausgeübte Tätigkeit nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt ein Dienstverhältnis im Sinne von

§ 47 Abs 2 EStG 1988 darstelle und darin – mangels Vorliegens einer Beschäftigungsbewilligung – eine Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes vorliege. **Mangels Rechtmäßigkeit der Beschäftigung**, komme die Verordnung (EWG) 1408/71 **nicht zur Anwendung**, weshalb der Bw. bis Ende 2005 mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen keine Familienbeihilfe zustehe. Für die Zeit ab 1.1.2006 sei weder für die Bw. noch für das bei ihr wohnende Kind ein Aufenthaltstitel gem. den §§ 8 und 9 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (kurz: NAG) vorgelegt worden. Die inländischen Wohnsitze der Bw. und ihres Kindes ab 1.1.2006 stellten keine geeigneten Beurteilungskriterien, die das Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe begründen würden, dar.

Der **Verwaltungsgerichtshof** führte in seinen **Entscheidungsgründen** u.a. wie folgt aus:

„Dass der Beschwerdeführerin der Anspruch auch nicht nach der unmittelbar anwendbaren Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zustehe, hat die belangte Behörde - erkennbar auch für den zuletzt genannten Zeitraum - auf denselben Grund gestützt, aus dem sie für den ersten der beiden Zeiträume auch die Erfüllung der Voraussetzungen des FLAG verneinte, nämlich auf die Annahme, die Beschäftigung der Beschwerdeführerin verstoße gegen das AuslBG.

Bei der Beurteilung der Voraussetzungen dieser dem angefochtenen Bescheid somit in mehrfacher Hinsicht zugrunde liegenden Annahme hat die belangte Behörde jedoch die Rechtslage verkannt. Sie hat nach umfangreicher Darstellung von Rechtssätzen aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 47 Abs. 2 EStG 1988 eine - allerdings kursorische, auf zwei Teilaspekte beschränkte - Prüfung nach Maßstäben dieser Judikatur vorgenommen und aus deren vermeintlichem Ergebnis ohne weiteres geschlossen, es liege ein Verstoß gegen das AuslBG vor. Die belangte Behörde hat es dabei nicht nur versäumt, den Sachverhalt über die zwei erwähnten Teilaspekte hinaus einer umfassenden fallbezogenen Würdigung zu unterziehen. Sie hat vor allem nicht berücksichtigt, dass es sich beim Begriff des Dienstverhältnisses im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG 1988 um einen eigenständigen Begriff des Steuerrechtes handelt (vgl. dazu Doralt, EStG § 47 Tz 14 m.w.N.). An § 47 Abs. 2 EStG 1988 wäre anzuknüpfen gewesen, wenn es um die in § 3 Abs. 1 FLAG in der bis Ende 2005 anzuwendenden Fassung normierte Voraussetzung des Vorliegens einer Beschäftigung bei einem Dienstgeber gegangen wäre (vgl. zu dieser etwa das hg. Erkenntnis vom 7. Juni 2001, 98/15/0025, und im Zusammenhang mit der Verweisung in § 41 Abs. 2 FLAG das Erkenntnis vom 12. Mai 1978, ÖStZB 1978, 282). Diese den Ausschluss ausländischer Selbständiger bewirkende Voraussetzung ist auf EWR-Bürger aber nicht anwendbar, wovon wohl auch die belangte Behörde ausgegangen ist, sodass sich eine solche Prüfung hier erübrigte. Der von der belangten Behörde angenommene Ausschlussgrund eines Verstoßes der Beschäftigung

gegen das AuslBG steht in keinem normativen Zusammenhang mit § 47 Abs. 2 EStG 1988 und der Rechtsprechung dazu. Maßgeblich wäre insofern nur die Beurteilung nach den in der Rechtsprechung zu § 2 Abs. 2 und 4 AuslBG entwickelten Kriterien (vgl. zuletzt etwa die hg. Erkenntnisse vom 8. August 2008, 2008/09/0163, und vom 29. April 2010, 2009/09/0300), mit denen sich die belangte Behörde in ihrer Entscheidung aber nicht auseinandergesetzt hat. Soweit er sich auf die Annahme eines Verstoßes gegen das AuslBG stützt, ist der angefochtene Bescheid daher unabhängig davon, ob ein solcher Verstoß bedeuten würde, dass der Beschwerdeführerin die unmittelbare Anwendbarkeit der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht zugute kommt, inhaltlich rechtswidrig.

Für den Zeitraum ab Jänner 2006 kommt hinzu, dass für EWR-Bürger, die bereits vor dem 1. Jänner 2006 rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen und nach dem Meldegesetz 1991 gemeldet sind, gemäß der Übergangsbestimmung des § 81 Abs. 4 NAG ihre aufrechte Meldung nach dem Meldegesetz 1991 als Anmeldebescheinigung im Sinne des § 53 NAG und somit - gemäß § 53 Abs. 1 letzter Satz NAG in der bei Erlassung des angefochtenen Bescheides maßgeblichen Fassung - als Dokument zur Bescheinigung des Daueraufenthaltes des EWR-Bürgers gilt. Wenn die belangte Behörde der Aktenlage entsprechend festgestellt hat, die Beschwerdeführerin habe laut Zentralmelderegister zusammen mit ihrem Sohn seit dem 17. Jänner 2005 einen inländischen Hauptwohnsitz inne, so greift ihr Hinweis, die Beschwerdeführerin habe "keinen Aufenthaltstitel nach der neuen gesetzlichen Regelung nachweisen" können, daher im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG in der ab Jänner 2006 anzuwendenden Fassung zu kurz (vgl. in einem ähnlichen Zusammenhang schon das hg. Erkenntnis vom 11. März 2010, 2009/16/0116).

Der angefochtene Bescheid war aus den dargestellten Gründen gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben."

Im Erkenntnis GZ. 2009/13/0097 vom gleichen Tag, zu dem das vorliegende Berufungsverfahren ausgesetzt worden war, verwies der Gerichtshof gem. § 43 Abs 2 VwGG auf die Gründe des zuvor wieder gegebenen Erkenntnisses und führte aus, dass die angefochtenen Bescheide in der Frage der Prüfung der Anwendbarkeit der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 im Zusammenhang mit der Annahme eines Verstoßes gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz ebenfalls mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet seien.

Über die Berufung wurde erwogen:

Obwohl sich der Sachverhalt im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes 2008/13/0160 nur teilweise mit dem des Erkenntnisses 2009/13/0097 deckt, wurde vom Gerichtshof dennoch gem. § 43 Abs. 2 VwGG auf dieses Erkenntnis verwiesen.

Im Gegensatz zum vorliegenden Berufungsfall konnte der dem Erkenntnis 2008/13/0160 zu Grunde liegende Sachverhalt wegen des Fehlens eines Bezuges zum EU-Ausland – sowohl die Bf. als auch ihr Kind lebten lt. dem Erkenntnis in Österreich und es gab offensichtlich in Polen weder einen Wohnsitz noch einen dort lebenden Partner – von vornherein nicht zur Anwendung der sogenannten Wanderarbeiterverordnung (EWG) 1408/71 führen.

Anders als in der Entscheidung vom 19.09.2007, 2007/13/0071, in der es um die **Heranziehung eines Auftragsgebers von polnischen Inhabern** des in Österreich angemeldeten Gewerbes **„Verspachteln von bereits fertig montierten Gipskartonplatten“ zur Haftung für Lohnsteuer** sowie Festsetzung von Dienstgeberbeitrag zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfe ging und in der der Gerichtshof die Beurteilung der **Auftragnehmer** im Wesentlichen nicht als (Sub)Unternehmer auf Basis von (mündlichen) Werkverträgen, sondern **als Dienstnehmer als zutreffend und mit der Rechtsprechung des EUGH übereinstimmend befand**, lehnte der Gerichtshof nunmehr die Beurteilung der (Un)Selbstständigkeit der Beschwerdeführer auf Grundlage von § 47 Abs. 2 EStG 1988 ab.

Eine Beurteilung hinsichtlich des Vorliegens einer **unerlaubten Tätigkeit** hätte vielmehr **nach den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes zu erfolgen gehabt**. Ob eine solche Beurteilung, die sich wie aus der vom Gerichtshof in diesem Zusammenhang zitierten Rechtsprechung vor allem auf die Unterordnung unter den Willen eines anderen richtet, für die Verweigerung der Anwendung der zitierten (EWG) Verordnung 1408/71 gereicht hätte, ließ er in der eingangs zitierten Entscheidung allerdings offen.

Fest steht, dass - vom aktenkundigen „Fragebogen“ abgesehen - keine weiteren den Bw. selbst betreffende Erhebungen erfolgt sind, die eine zuverlässige Beurteilung der konkreten Tätigkeit des Bw. nach den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes erlauben.

Der UFS geht davon aus, dass dem Verwaltungsgerichtshof die Art der Tätigkeit der Inhaber des Gewerbes **„Verspachteln von bereits fertig montierten Gipskartonplatten“** aus zahlreichen Entscheidungen zum Ausländerbeschäftigungsgesetz und zu Haftungsbescheiden hinsichtlich Lohnsteuer und Dienstgeberbeitrag (VwGH v. 19.09.2007, 2007/13/0071) ohnedies **bekannt ist** und sich mit dem Tätigkeitsbild des Bw. weitestgehend deckt.

Der UFS geht weiters davon aus, dass der Gerichtshof in der „**unerlaubten Tätigkeit**“ eines in Österreich tätigen Bürgers eines mit 1. Mai 2004 der EU beigetretenen Staates im Sinne des **Ausländerbeschäftigungsgesetzes** sowohl für die Rechtslage bis 31.12.2005 als auch für die Rechtslage danach **keinen Grund für die Verweigerung** von **Familienbeihilfe** bzw. von **Differenzzahlung** durch Nichtanwendung der VO (EWG) 1408/71 bzw. der später erlassenen VO (EG) 883/2004 erkennt.

Der Berufung war daher Folge zu geben und der Bescheid vom 17.01.2008 über die Abweisung des Antrages vom 11.10.2007 auf Differenzzahlung aufzuheben.

Wien, am 27. Juni 2011