



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch die Vorsitzende HRätin Dr. Anna Maria Radschek und die weiteren Mitglieder HRätin Dr. Elfriede Murtinger, KomzLR. Ing. Josef Bitzinger und Hermann Greylinger über die Berufung des Bw , in Wohnadresse, vertreten durch Dr. Manfred C. Müllauer, Rechtsanwalt, 1040 Wien, Wohllebengasse 16, vom 22. Dezember 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes 2/20/21/22 vom 24. November 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab August 2004 bis einschließlich Dezember 2005 entschieden:

**Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.**

**Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.**

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw) beantragte im März 2005 Familienbeihilfe ab 1. August 2004 für seine drei minderjährigen Söhne Sohn1, geboren 1997, Sohn2, geboren 2000 und Sohn3, geboren 2002. Er gab in dem Antrag an, dass für die Kinder auch Anspruch auf eine ausländische Familienbeihilfe (Kindergeld) bestehe. Alle Kinder wohnten am Familienwohntort.

Der Bw ist polnischer Staatsbürger und hat seit dem Juli 2004 in Österreich ein Gewerbe angemeldet. Die Kinder leben mit der Kindesmutter und Gattin des Bw in Polen.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 24. November 2006 ab August 2004 ab. Begründend wurde ausgeführt, dass Österreich von der vertraglichen Möglichkeit, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken, Gebrauch gemacht

habe. Für die Dauer des Übergangsarrangements unterlägen die neuen EU-Staatsbürger daher weiterhin dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG). Für polnische Arbeitnehmer bestehe damit grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG. Nach Überprüfung der gewerblichen Tätigkeit des Bw vermittele diese das Gesamtbild einer unselbstständigen Tätigkeit als Dienstnehmer. Diese Tätigkeit sei daher als bewilligungspflichtige Beschäftigung nach dem AuslBG anzusehen. Mangels Bewilligung und damit mangels Rechtmäßigkeit der Beschäftigung bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung.

Gegen diesen Bescheid wurde Berufung erhoben. Der Bw führte darin aus, dass die Behörde zu Unrecht zu dem Ergebnis komme, dass er einer unselbstständigen Tätigkeit als Dienstnehmer nachgehe. Die Umstände, unter welchen er seine selbstständige Tätigkeit ausführe, seien nicht vollständig ermittelt worden. Er sei zu dem Ergebnis der behördlichen Ermittlungen auch nicht gehört worden. Er führe eine selbstständige Tätigkeit aus, er führe Aufträge für die Firma1, für die Firma2 und für Frau SH aus. Der Bescheid sei auch unvollständig begründet, da die Behörde keinerlei Hinweis dafür liefere, warum sie von einer unselbstständigen Tätigkeit ausgehe. Es werde daher beantragt, den Bescheid ersatzlos zu beheben und nach Durchführung weiterer Ermittlungen die Differenzbeträge bescheidmäßig zuzusprechen.

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

Der Unabhängige Finanzsenat ist bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt ausgegangen:

Der Bw ist polnischer Staatsbürger und seit 16. Juni 2004 in Österreich gemeldet. Seine Frau, mit der er in aufrechter Ehe lebt, lebt in Polen im Familienhaushalt mit den gemeinsamen minderjährigen Kindern Sohn1, Sohn2 und Sohn3. Sohn1 besucht die Schule in Polen (Bestätigung vom 14. Februar 2005 der Jan-Matejko-Grundschule AS 12). Die Tochter Tochter1 wurde 2007 geboren.

Der Bw meldete am 1. Juli 2004 in Österreich das freie Gewerbe „ Abdichten von Fenstern und Türen gegen Zugluft“ bei der Gewerbebehörde an. Er ist seit dem 1.7.2004 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.

Der Bw war im Jahr 2004 bei der Firma1 beschäftigt, worüber er mit sechs Rechnungen über den Leistungszeitraum Juli 2004 bis November 2004 abrechnete. Er erklärte Einnahmen aus Gewerbebetrieb in der Höhe von 5.920,00 Euro. Hinsichtlich Dezember 2004 und das Jahr 2005 liegen keine Arbeitsnachweise im Akt auf. Der Bw hat für das Jahr 2005 Einnahmen aus Gewerbebetrieb in der Höhe von 7.992,58 Euro erklärt.

Der Bericht des Erhebungsdienstes (AS 62 bis 70) bezüglich der Art der Tätigkeit des Bw brachte folgendes Ergebnis:

Der Bw hat keine Arbeits- oder Werkverträge. Die Wohnung, in der der Bw wohnt, wird von der Firma1 angemietet und diese lässt den Bw dort wohnen. An dieser Adresse wohnt er mit weiteren Arbeitskollegen in Wohngemeinschaft, die Miete wird aufgeteilt (AS 49). Die Miete wird vom Bw direkt an die Hausverwaltung gezahlt. Die Buchhaltungsunterlagen befinden sich bei FrauBM in GasseJ. Der Bw konnte gut deutsch sprechen. Den Fragebogen füllte Herr FH von der Firma1 aus. Telefonisch ist der Bw unter einer Handynummer erreichbar.

Der Bw gab zu den Fragen des Erhebungsdienstes am 15.2.2007 an:

Der Bw übt seine Beschäftigung ab 2004 in W und Umgebung aus. Eine Eintragung ins Firmenbuch ist nicht erfolgt. Der Bw ist gelernter Maurer und Fliesenleger. Der Standort des Gewerbes ist an der Wohnadresse des Bw. Einen eigenen Telefonanschluss am Standort gibt es nicht. Zu den Aufträgen kommt er durch die Firma1. Er hat zwei bis drei Kunden pro Monat. Die Arbeitsmittel (Werkzeug und Material) werden von der jeweiligen Firma zur Verfügung gestellt. Die jeweilige Firma bestimmt, wo, wie und wie lange der Bw seine Arbeit ausführen soll und kontrolliert auch die Arbeitszeit, den Arbeitsfortgang und die Arbeitsqualität. Krankheit oder Urlaub meldet der Bw der Firma1. Der Bw kann sich nicht vertreten lassen. Er hat auch keine Mitarbeiter. Sein Entgelt beträgt ca. 800 bis 1000 Euro und wird von der Firma1 ausbezahlt. Über dieses Entgelt legt der Bw Honorarnoten.

Neben diesen Einkünften bezieht der Bw keine weiteren Einkünfte. Er hat mit keinen anderen Auftraggebern Verträge abgeschlossen.

Bei Ausübung seiner Tätigkeit im Jahr 2006 führte der Bw auch Aufträge aus, die er von einem Besteller bekam. Der Bw legte einen Auftrag eines Auftraggebers Firma2 (AS 42, Auftrag vom 15.3.2006) vor. Dieser hatte folgenden Inhalt:

*„Ich beauftrage Herrn Bw mit Durchführung diverse Bauarbeiten bzw. Abdichtung und Reparaturen von Fenster, Zargen und Türen auf der Baustelle Gasse2 und Gasse1. Leistungszeitraum ist März, April, Mai. Abgerechnet wird auf Pauschalbasis im Wege einer Barzahlung nach Abschluss der Arbeiten.“*

Ein weiterer Auftrag desselben Auftraggebers war gleichlautend und unterschied sich nur im Leistungszeitraum (ab Mitte September 2006) und hinsichtlich der angegebenen Baustelle (Baustelle Gasse3, AS 41, Auftrag vom 21.8.2006).

Der Bw legt Rechnungen, in denen er die geleistete Stundenzahl für einen Zeitraum zu einem Stundensatz von 20 Euro (gegenüber Firma1 AS 54 bis 59 und gegenüber SH AS 76 bis 79)

oder einen Pauschalbetrag über den Leistungszeitraum (Monate März, April, Mai, Juni, Juli und August 2006) abrechnet (gegenüber Auftraggeber Firma2 AS 37 bis 38).

Seit dem 22. Juni 2009 ist der Bw im Besitz einer EU-Freizügigkeitsbestätigung, die dem Bw das Recht auf freien Arbeitsmarktzugang einräumt. Seit Juli 2009 ist der Bw bei der Auftraggeberin SH als Dienstnehmer beschäftigt.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt und ist insoweit nicht strittig.

Dieser Sachverhalt wird rechtlich wie folgt gewürdigt:

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung 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.

§ 3 Abs. 2 leg. cit zufolge 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 hält sich erst seit dem Juni 2004 in Österreich auf. Ein Aufenthalt von mindestens 60 Monaten im Sinne des § 3 Abs. 2 FLAG 1967 ist damit nicht gegeben. Es ist daher der Anspruch auf Familienbeihilfe nach § 3 Abs. 1 FLAG 1967 zu prüfen.

Diesbezüglich fällt der Bw nach dem äußeren Erscheinungsbild einer selbständigen Gewerbetätigkeit nach dem ausdrücklichen Wortlaut nicht unter die Bestimmung, da § 3 Abs. 1 FLAG 1967 eine nichtselbstständige Tätigkeit voraussetzt.

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

Der Anspruch auf Familienbeihilfe muss demnach in einem ersten Schritt dahingehend überprüft werden, wie die Betätigung des Bw im Zeitraum von August 2004 bis Dezember 2005 nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt einzustufen ist.

Aus der Wortfolge „Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit“ ergibt sich, dass zur Prüfung der Qualifikation einer Tätigkeit das Einkommensteuergesetz heranzuziehen ist (vgl. VwGH 29.9.2010, 2008/13/0160 mit weiteren Verweisen). Demzufolge ist bei der Beantwortung der Frage, ob die Voraussetzungen einer Beschäftigung bei einem Dienstgeber erfüllt sind, daran anzuknüpfen, ob ein Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG 1988 gegeben ist.

Gemäß § 47 Abs. 2 EStG 1988 liegt ein Dienstverhältnis vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet. Dies ist der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.

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

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

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

Weisungsgebundenheit:

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

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

Eingliederung in den geschäftlichen Organismus:

Eine Eingliederung in den organisatorischen Geschäftsbetrieb zeigt sich unter anderem in der Vorgabe des Arbeitsortes und die unmittelbare Einbindung der Tätigkeit in betriebliche

Abläufe des Arbeitgebers. Eine Eingliederung beinhaltet die Unterwerfung unter die betrieblichen Ordnungsvorschriften, wie beispielsweise die Regelung der Arbeitszeit, der Arbeitspause, Überwachung der Arbeit durch Aufsichtspersonen und eine diszipliniäre Verantwortlichkeit. Die Planung und Vorbereitung der Tätigkeit übernimmt der Arbeitgeber.

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

Unternehmerwagnis:

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

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

Vertretungsbefugnis:

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

Lohnzahlung:

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

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

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

Für den vorliegenden Fall ergeben sich damit nachstehende Überlegungen:

Weisungsgebundenheit:

Nach den Angaben des Bw bestimmt der Auftraggeber, wo, wie und wie lange der Bw seine Arbeit ausführen soll. Er schuldet damit nicht ein bestimmtes Werk, sondern stellt seine Arbeitskraft zur Verfügung. Der Bw muss dem Auftraggeber auch Krankheit oder Urlaub melden. Auch dies spricht dafür, dass der Bw nicht in Eigenständigkeit einen bestimmten Arbeitserfolg schuldet, sondern seine persönliche Arbeitskraft. Durch die Vorgaben seitens des Auftraggebers hinsichtlich des Ortes und der Zeit der auszuführenden Tätigkeiten wird die persönliche Bestimmungsfreiheit des Bw weitgehend ausgeschaltet.

Das Fehlen der Weisungsfreiheit ergibt sich auch aus dem Umstand, dass eine Kontrolle vor Ort erfolgt und zwar sowohl hinsichtlich der Anwesenheit als auch hinsichtlich der erbrachten Arbeitsleistung. (Arbeitszeit, Arbeitsfortschritt, Qualität).

Eine derartige unmittelbare und persönliche Kontrolle und Weisung des Auftraggebers ist nach den Erfahrungen des Alltags gegenüber einem selbstständigen Unternehmer nicht vorstellbar.

Aus dem gegenüber dem Erhebungsdienst ausgefüllten Fragebogen und den Abrechnungen des Bw geht hervor, dass der Bw. für einen längeren Zeitraum ausschließlich für einen Auftraggeber, nämlich die Firma Firma1 tätig war. Für ein Dienstverhältnis ist die Tätigkeit für einen einzigen Auftraggeber kennzeichnend.

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

Eingliederung in den geschäftlichen Organismus:

Wie bereits weiter oben ausgeführt war der Bw de facto an bestimmte vorgegebene Arbeitszeiten gebunden. Er musste Abwesenheitszeiten wie Krankheit oder Urlaub seinem Auftraggeber melden. Die Arbeiten an den einzelnen Baustellen wurden von der ausführende

Firma eingeteilt und koordiniert. Der Bw arbeitete regelmäßig an verschiedenen Baustellen der Firma Firma1. Es hatte daher regelmäßig eine Arbeitsverteilung stattzufinden. Diese wurde - wie aus den Angaben des Bw deutlich erkennbar ist - ausschließlich von der Auftraggeberseite und nicht vom Bw selbst vorgenommen. Insgesamt spricht dieses Gesamtbild der verwirklichten Verhältnisse für eine Eingliederung des Bw in den geschäftlichen Organismus des Auftraggebers.

#### Unternehmerwagnis:

Der Bw rechnete zum Teil mit einem bestimmten Stundensatz, zum Teil mit pauschalen Beträgen ab. Aus den Abrechnungen ist nicht erkennbar, wie der Bw zu den jeweiligen Beträgen gelangte. Es zeigt sich dabei, dass er monatlich etwa 800 bis 1000 Euro an Einnahmen erzielte, wie er selbst angegeben hat. Den Bw trafen damit keine ins Gewicht fallenden Einnahmensschwankungen

Da der Bw den Vorgaben seines Auftraggebers folgen musste, ist nicht erkennbar, dass der Bw den Erfolg seiner Tätigkeit durch eigenes Verhalten beeinflussen konnte. Da das Material von der jeweiligen ausführenden Firma zur Verfügung gestellt wurde, trafen den Bw auch keine Ausgaben. Der Bw konnte daher auch nicht durch Steuerung der Kostenseite seine Einnahmen beeinflussen. Insgesamt ist das Vorliegen eines Unternehmerwagnisses für den Bw daher zu verneinen.

#### Vertretungsbefugnis:

Der Bw hat angegeben, dass er sich nicht vertreten lassen kann. Dies ist ein klares Indiz für ein Dienstverhältnis.

#### Lohnzahlung:

Im vorliegenden Fall rechnete der Bw, wie sich aus den vorliegenden Abrechnungen ergibt, etwa in Monatsabständen ab. Die Rechnungen wurden entweder gegen Monatsende oder den darauf folgenden Monatsanfang gelegt. Die abgerechneten Beträge bewegten sich zwischen 840 und 1.190 Euro. Lediglich im Monat Dezember 2004 erfolgte noch eine zweite Abrechnung gegen Mitte des Monats für den Vormonat November. Der Bw wurde damit von Juli bis November fortlaufend mit einem in etwa gleich bleibenden Betrag entlohnt. Auch dieser Umstand spricht für ein Dienstverhältnis.

Nach Würdigung aller einzelnen Elemente der Betätigung des Bw ergibt sich daher, dass die Merkmale für ein Dienstverhältnis gegenüber den Merkmalen für eine Selbständigkeit überwiegen. Es ist daher davon auszugehen, dass der Bw nach dem wirtschaftlichen Gehalt des tatsächlichen Geschehens im Sinne des § 47 EStG 1988 iVm § 25 EStG 1988 in einem Dienstverhältnis beschäftigt wurde. Dem steht auch nicht entgegen, dass hinsichtlich der



Entlohnung im Monat November 2004 in Abweichung der laufenden Abrechnung eine weitere Abrechnung erfolgte, da es auf das Überwiegen ankommt. Insgesamt spricht das Ergebnis der Prüfung der einzelnen Merkmale zur Unterscheidung für ein Dienstverhältnis, da der Bw gegenüber seinem Auftraggeber weisungsgebunden war, in den geschäftlichen Organismus eingegliedert war, keine Vertretungsbefugnis hatte, ihn kein Unternehmerwagnis traf und seine Entlohnung im wesentlichen laufend und etwa gleich bleibend erfolgte.

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

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

Um einen Anspruch auf Familienbeihilfe zu begründen, darf diese Beschäftigung nicht gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstoßen (§ 3 Abs. 1 letzter Satz FLAG 1967).

Die Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer im Bundesgebiet sind im AuslBG geregelt.

Dabei erhebt sich die Frage, ob die Bestimmungen des AuslBG auch für den Bw anzuwenden sind, denn nach § 1 Abs. 2 lit. I AuslBG ist dieses Gesetz auf EWR-Bürger nicht anzuwenden. Polen ist als Mitglied der Europäischen Union Vertragspartner des Übereinkommens über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Der Bw als polnischer Staatsbürger ist daher EWR-Bürger. Für Staatsangehörige der mit 1. Mai 2004 der Europäischen Union neu beigetretenen Staaten wird jedoch diesbezüglich in § 32a Abs. 1 AuslBG normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger nach § 1 Abs. 2 lit. I AuslBG fallen.

Polnische Staatsangehörige unterliegen daher weiter dem AuslBG.

Es ist daher in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die Betätigung des Bw gegen Vorschriften des AuslBG verstößt.

§ 2 Abs. 2 AuslBG idF BGBl. I Nr. 133/2003 (gültig bis 31.12.2005) bestimmt, dass als Beschäftigung die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis (lit. a) oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis gilt, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird (lit. b). Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 leg. cit. vorliegt, ist nach Abs. 4 leg. cit. der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Ein Ausländer darf, soweit in diesem Bundesgesetz nichts anderes bestimmt ist, eine Beschäftigung nur antreten und ausüben, wenn für ihn eine Beschäftigungsbewilligung, (eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung) erteilt ist oder wenn er eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt. Der Ausländer hat die entsprechende Bewilligung an seiner Arbeitsstelle zur Einsichtnahme bereit zu halten (§ 3 Abs. 6 AuslBG).

Für die Aufnahme einer Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis oder einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis besteht demnach für Staatsangehörige der Republik Polen bis zum 1. Mai 2011 eine Bewilligungspflicht nach AuslBG.

Es ist daher in weiterer Folge zu klären, wann die Beschäftigung als Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis im Sinne des AuslBG gilt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis (VwGH 29.9.2010, 2008/13/0160) in einem dem vorliegenden Fall ähnlich gelagerten Fall - in dem zitierten Erkenntnis war die Einordnung der Tätigkeit der Bw als Reinigungskraft als selbstständige Tätigkeit oder im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses strittig - ausgesprochen, dass ein Verstoß der Beschäftigung gegen das AuslBG nach den in der Rechtsprechung zum § 2 Abs. 2 und 4 AuslBG entwickelten Kriterien zu erfolgen habe. Er verwies diesbezüglich neben weiteren Verweisen auf das Erkenntnis VwGH 8.8.2008, 2008/09/0163.

In dieser Entscheidung (VwGH 8.8.2008, 2008/09/0163) hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass als Arbeitnehmer im Sinne des Art. 39 EG jede Person anzusehen ist, die tatsächliche und effektive Tätigkeiten ausübt, wobei solche Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach dieser Rechtsprechung darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Eine Tätigkeit, die jemand nicht im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses ausübt, ist als selbstständige Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 43 EG anzusehen.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt es somit hinsichtlich der Merkmale zur Abgrenzung von selbstständiger zu unselbstständiger Tätigkeit allein auf das Unterordnungsverhältnis an und es besteht diesbezüglich nach der Rechtsprechung kein Unterschied zwischen Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht. Dieser Standpunkt wurde vom Verwaltungsgerichtshof in der angeführten als auch in zahlreichen weiteren Entscheidungen zur Auslegung des § 3 AuslBG vertreten.

Die nationale Regelung des Vorbehaltes gegenüber dem neuen Mitgliedsland Polen erfolgte ebenfalls mittels einer Regelung im AuslBG. Gestützt auf diese einschlägige Judikatur und die Übereinstimmung mit der gemeinschaftsrechtlichen Auslegung ist die Beurteilung der vorliegenden Beschäftigung als arbeitnehmerähnlich oder selbstständig daher danach zu treffen, ob ein Unterordnungsverhältnis gegeben ist. Nach § 2 Abs. 4 AuslBG idF BGBl. I Nr. 133/2003 ist dabei auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt der Beschäftigung abzustellen. Die äußere Erscheinungsform der Beschäftigung ist nicht maßgebend (vgl. VwGH 15.5.2009, 2008/09/0121 und VwGH 25.2.2004, 2001/09/0195).

Die Betätigung des Bw ist daher im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtliche Regelung und in weiterer Folge im Hinblick auf das Vorliegen eines Verstoßes gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetzes dahingehend zu prüfen, ob ein Unterordnungsverhältnis gegeben ist und es sich um damit eine bewilligungspflichtige Tätigkeit im Sinne des AuslBG handelt.

Im vorliegenden Fall hat der Bw unstrittig über Auftrag seines Auftraggebers auf den zugewiesenen Baustellen die aufgetragenen Arbeiten ausgeführt. Er tat dies seiner äußeren Erscheinungsform (Auftrag, Rechnungslegung, Sozialversicherung für Selbstständige, Gewerbeanmeldung) nach in Erfüllung eines erteilten Auftrages als selbstständiger Unternehmer.

Er hat seinen eigenen Angaben zufolge ausschließlich mit Material gearbeitet, das vom jeweiligen Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurde. Da der jeweilige Auftraggeber bestimmt, wie und wo und wie lange der Bw seinen Auftrag ausführen soll, ist dies ein deutliches Indiz für ein Unterordnungsverhältnis, wie es üblicherweise für Arbeitnehmer gegeben ist. Indem die ausführende Firma auch den Arbeitsfortgang und die Arbeitsqualität kontrolliert, untersteht der Bw nach der tatsächlichen Gestaltung des Auftrages auch der Fachaufsicht des Auftraggebers. Der Bw hat daher sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch in fachlicher Hinsicht die Vorgaben des Auftraggebers auszuführen gehabt und hatte keine eigenständige Gestaltungsfreiheit zur Ausführung seiner Aufträge.

Der Bw hat weiters angegeben, dass er Krankheit und Urlaub dem Auftraggeber melden muss und sich bei seinen Arbeiten nicht vertreten lassen kann. Er war somit verpflichtet, seine persönliche Arbeitskraft einzusetzen, was ein weiterer Hinweis darauf ist, dass er wie ein Dienstnehmer behandelt wurde.

Als Unternehmensstandort hat der Bw seine Wohnung angegeben, die er sich mit Arbeitskollegen in Wohngemeinschaft teilte. Der Bw verfügte damit weder über eine eigene Betriebsstätte noch über wesentliche eigene Betriebsmittel.

Diese Wohnung wurde dem Bw von seinem Auftraggeber zur Verfügung gestellt, wodurch der Bw auch hinsichtlich seiner Wohnsituation von seinem Auftraggeber abhängig ist. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass der Bw von Arbeitskollegen spricht. Wäre er nach seiner äußeren Darstellung tatsächlich Unternehmer, so hätte er keine Arbeitskollegen, sondern seine „Kollegen“ wären dann als selbstständige Unternehmer Konkurrenten oder als tatsächliche Arbeitnehmer keine Kollegen.

Da der wahre wirtschaftliche Gehalt der Betätigung somit ein anderer war, als sich aus den äußeren Erscheinungsformen ergeben hätte, kann die Beurteilung der Betätigung des Bw nicht auf die nicht verwirklichten äußeren Erscheinungsformen gestützt werden. Nach dem Gesamtbild der verwirklichten Verhältnisse findet sich kein Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit. Vielmehr ist aufgrund der Tätigkeit, wie sie tatsächlich ausgeführt wurde, davon auszugehen, dass sich der Bw den Anordnungen seines Auftraggebers unterordnen musste.

Nach Würdigung aller einzelnen Elemente der Betätigung des Bw ergibt sich daher, dass der Bw nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt des tatsächlichen Geschehens auf Grund der gegebenen Unterordnung im Sinne des AuslBG in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt wurde. Die äußere Gestaltung diente demnach nur der Verschleierung des Beschäftigungsverhältnisses und ist als Umgehungshandlung einzustufen.

Im Hinblick darauf, dass der Bw nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt auf Grund der gegebenen Unterordnung im Sinne des AuslBG in einem zumindest arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt wurde, die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis aber einer Genehmigung nach dem AuslBG bedurft hätte, eine solche Genehmigung aber nicht vorlag, hat die Beschäftigung des Bw zweifellos gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstoßen. Es kann damit aus der Bestimmung des § 3 Abs. 1 FLAG 1967 kein Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe abgeleitet werden.

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 1967 idF des Budgetbegleitgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 142/2000 sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Wie bereits oben ausgeführt ist Polen Vertragspartner des Übereinkommens über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Der Bw als polnischer Staatsbürger ist daher soweit es

sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, im FLAG 1967 den österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt.

Es ist daher zu prüfen, was sich aus dem Übereinkommen betreffend den europäischen Wirtschaftsraum für Angehörige der Republik Polen und insbesondere ob sich eine Gleichstellung ergibt.

Gemeinschaftsrechtliche Regelung:

Mit Beschluss des Rates der Europäischen Union vom 14. April 2003 wurde dem Aufnahmeantrag der Republik Polen stattgegeben und die Republik Polen in die Europäische Union aufgenommen.

Der Beitrittsvertrag trat mit 1. Mai 2004 in Kraft. Die Beitrittsakte, die die Bedingungen dieses Beitritts beinhaltet, bildet einen Teil des Beitrittsvertrages.

Gemäß Artikel 1 Abs. 2 der Beitrittsakte 2003 (BeitrittsV 2003) sind die Aufnahmebedingungen und die aufgrund der Aufnahme erforderlichen Anpassungen der die Union begründenden Verträge in der dem Vertrag beigefügten Akte festgelegt, wobei die Bestimmungen der Akte Bestandteil des Vertrages sind.

Im Dritten Teil der Beitrittsakte 2003 wird im Artikel 20 bestimmt, dass die im Anhang II angeführten Rechtsakte nach Maßgabe dieses Anhangs angepasst werden. Der Anhang II enthält die Liste der anzupassenden Rechtsakte. Unter Punkt 2. finden sich in diesem Anhang jene Rechtsakte, die die Freizügigkeit betreffen. Diesbezüglich wird unter Punkt A. Soziale Sicherheit die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der Sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, zur Anwendung auch für die am 1. Mai 2004 neu beigetretenen Mitgliedstaaten angeführt. Dies hat zur Folge, dass die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 für die ab 1. Mai 2004 neuen Mitgliedstaaten grundsätzlich unmittelbar Anwendung findet.

Im Vierten Teil regelt die Beitrittsakte 2003 Übergangsmaßnahmen mit begrenzter Geltungsdauer. Artikel 24 BeitrittsV 2003 bestimmt, dass die in den Anhängen V bis XIV zu dieser Akte aufgeführten Maßnahmen auf die neuen Mitgliedstaaten unter den in diesen Anhängen festgelegten Bedingungen Anwendung finden. Der Anhang XII regelt die Bedingungen für das Beitrittsland Polen.

Unter Punkt 2. im Anhang XII finden sich die Regelungen zur Freizügigkeit:

Diesbezüglich lautet die Regelung unter Nummer 1.: Hinsichtlich der Freizügigkeit von Arbeitnehmern gelten Artikel 39 und Artikel 49 Abs. 1 des EG-Vertrages zwischen Polen einerseits und Österreich andererseits in vollem Umfang nur vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen der Nummern 2 bis 14.

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

Nummer 5 bestimmt, dass ein Mitgliedstaat, der am Ende des unter Nummer 2 genannten Zeitraumes von fünf Jahren nationale ..... Maßnahmen beibehält, diese im Falle schwerwiegender Störungen seines Arbeitsmarktes oder der Gefahr derartiger Störungen ..... bis zum Ende des Zeitraums von sieben Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden kann.

Durch diese Regelung gibt es in Bezug auf den freien Personenverkehr ein Übergangsarrangement, wonach jeder derzeitige Mitgliedstaat grundsätzlich die Möglichkeit hat, seine nationalen Regeln für die Zulassung von Arbeitskräften zum nationalen Arbeitsmarkt während einer Übergangsfrist von maximal sieben Jahren für die neuen EU-Bürger beizubehalten.

Nationale Regelung:

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl. I Nr. 28/2004, hat die Republik Österreich von der in der Beitrittsakte 2003 eingeräumten Möglichkeit, den Zugang zum Arbeitsmarkt für die neuen EU-Bürger einzuschränken, Gebrauch gemacht und die Einschränkungen auf nationaler gesetzlicher Ebene umgesetzt.

Die neuen EU-Bürger sind daher nicht vom Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetz ausgenommen und können daher nur nach dessen Regeln zu einer Beschäftigung zugelassen werden. Diese Einschränkung des freien Personenverkehrs für Angehörige der Republik Polen besteht bis zum 30. April 2011.

Unter Hinweis auf die dargestellte gemeinschaftsrechtliche Regelung betreffend den Beitritt der Republik Polen zur Europäischen Union kann zusammenfassend festgestellt werden, dass sich auf Grund der angeführten Rechtsgrundlagen betreffend die Mitgliedschaft der Republik

Polen in der Europäischen Union und der darin statuierten Aufnahmebedingungen, welche der österreichische Gesetzgeber auf bundesgesetzlicher Ebene durch das EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz umgesetzt hat, für Staatsangehörige der Republik Polen Folgendes ergibt:

Bis zum 30. April 2011 wurde den polnischen Staatsangehörigen Freiheit des Personenverkehrs und dabei insbesondere die Freizügigkeit von Arbeitnehmern nicht eingeräumt. Eine Gleichstellung von polnischen Staatsangehörigen mit österreichischen Staatsbürgern ist für den Übergangszeitraum damit nicht erfolgt.

Die Soziale Sicherheit ist ein wesentlicher Bestandteil der Freizügigkeit des Personenverkehrs. Dass die Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 unter Punkt 2. des Anhanges II zur BeitrittsV 2003 im Rahmen der Freizügigkeit geregelt ist, macht deutlich, dass die Verordnung nur im Zusammenhang mit Freizügigkeit zur Anwendung gelangen kann.

Damit übereinstimmend in der für den Streitzeitraum geltenden konsolidierten Fassung führt die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in ihrer Präambel aus:

*„Die Vorschriften zur Koordinierung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit gehören zur Freizügigkeit von Personen und sollen zur Verbesserung von deren Lebensstandard und Arbeitsbedingungen beitragen.*

*Freizügigkeit der Personen, die eines der Fundamente der Gemeinschaft darstellt, gilt sowohl für Arbeitnehmer im Rahmen der Freizügigkeit der Arbeitskräfte als auch für Selbstständige im Rahmen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs.“*

Wie sich damit auch aus der Präambel der Verordnung erschließt, gehören die Vorschriften der Verordnung zur Freizügigkeit der Personen. Die Verordnung selbst begründet diese Freizügigkeit nicht, sondern schafft damit nur Rahmenbedingungen, die die Inanspruchnahme des gewährten Rechtes auf Freizügigkeit, das eines der Fundamente der Gemeinschaft darstellt, erleichtern, ermöglichen und gewährleisten sollen.

Ob ein Recht auf Freizügigkeit und in welchem Ausmaß dieses tatsächlich eingeräumt wird, bestimmen im Einzelfall die konkreten vertraglichen Vereinbarungen für das jeweilige Mitgliedsland in der jeweiligen Beitrittsakte. Die Verordnung hingegen gestaltet ein allenfalls eingeräumtes Recht auf Freizügigkeit aus, indem sie Personen, die von der vertraglich eingeräumten Freizügigkeit Gebrauch machen, sozial absichert.

Die Frage der Anwendbarkeit der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 für den Anspruch auf Familienbeihilfe ist daher dahingehend zu beantworten, dass die Verordnung auf Grund des untrennbaren Zusammenhanges mit der Freizügigkeit nur dann zur Anwendung gelangt, wenn

Freizügigkeit eingeräumt ist. Wird in den jeweiligen vertraglichen Grundlagen Freizügigkeit nicht oder nur eingeschränkt eingeräumt, so kommt die Verordnung nicht bzw. im Bereich der Einschränkung nicht zur Anwendung. Auf Grund der einschränkenden Bestimmungen zur Freizügigkeit mangelt es in der Folge auch an einer Gleichstellung mit österreichischen Staatsbürgern.

Für den vorliegenden Fall bedeutet das:

Der Bw ist im Streitzeitraum in Österreich im Sinne des Gemeinschaftsrechts sowie im Sinne des AuslBG nach dem Gesamtbild des verwirklichten Geschehens als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen.

Mit der Beitrittsakte 2003 wurde den polnischen Staatsangehörigen Freizügigkeit nur hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit und der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs eingeräumt. Die Freizügigkeit von Arbeitnehmern und damit der Zugang zu Erwerbstätigkeiten des Arbeitsmarktes hat sich die Republik Österreich gegenüber polnischen Staatsangehörigen für die Übergangszeit von 7 Jahren vorbehalten.

Rechte aus dem Beitritt bzw. aus den in der Gemeinschaft gewährten Freiheiten können Angehörige der Republik Polen daher nur insoweit ziehen, als ihnen diese Rechte auch uneingeschränkt eingeräumt wurden. Für eine Beschäftigung als Arbeitnehmer wurde keine Freizügigkeit eingeräumt.

Da die Verordnung nur im Zusammenhang mit der Gewährung von Freizügigkeit zur Anwendung gelangt, und der Bw aufgrund seiner arbeitnehmerähnlichen Beschäftigung sich in einem der Freizügigkeit vorbehaltenen Bereich betätigte, fällt der Bw hinsichtlich des Anspruches auf Familienbeihilfe im Streitzeitraum mangels Freizügigkeit nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung. Eine Gleichstellung mit österreichischen Staatsangehörigen im Sinne des § 53 Abs. 1 FLAG 1967 idF des Budgetbegleitgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 142/2000 ist damit auf Grund der Regelungen der BeitrittsV 2003 für den Bw nicht gegeben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Abschließend zur Klarstellung:

Nach Vorlage der Berufung gegen den Bescheid betreffend Abweisung des Antrages auf Familienbeihilfe vom März 2005 ab August 2004 wurde am 16.9.2008 ein Antrag auf Gewährung der Ausgleichszahlung/Differenzzahlung für das Jahr 2006 eingebracht. Über diesen Antrag wurde mit Bescheid vom 15. 2.2011 entschieden. Einem Abspruch über die



Berufung gegen den Bescheid betreffend Abweisung des Antrages auf Familienbeihilfe ab August 2004 steht daher ab 2006 der neue Antrag auf Ausgleichszahlung/Differenzzahlung und der über den Antrag absprechende Bescheid vom 15.2.2011 entgegen. Der Spruchzeitraum war daher mit Dezember 2005 zu begrenzen.

Wien, am 8. Juni 2011