



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Senat 14

GZ. RV/1322-W/11

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des VN NN_g, geb. GebDat, Adresse, vom 26. August 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien BezFa2, vom 10. August 2010 betreffend Rückforderung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für den Zeitraum Mai 2010 bis August 2010 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

VN 2.VN NN_g, in der Folge mit Bw. bezeichnet, ist seit 7.11.2006 mit Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet. Seine Ehefrau, VNF_2.VNF_NN, ist ebenfalls ab diesem Zeitraum mit Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet. Am GebDatKd wurde der gemeinsame Sohn, VNK_2.VNK_NN in Wien geboren und ist seit 18.5.2010 mit Hauptwohnsitz bei den Eltern gemeldet. Für den Bw. wurde eine Anmeldebescheinigung aufgrund selbständiger Erwerbstätigkeit ausgestellt, für die Ehefrau und den Sohn Anmeldebescheinigungen als Ehegatte bzw. Verwandter in gerader absteigender Linie.

Aufgrund der vorgelegten Dokumente wurden für den Sohn des Bw. zunächst die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag ausbezahlt.

Am 6.8.2010 verfasste das Finanzamt Wien BezeichnBezirk ein Mitteilung an das Finanzamt Wien BezFa2, wonach aufgrund einer Anzeige der MA 35 hinsichtlich des Verdachts der Übertretung der Bestimmungen des AuslBG, durch die illegale Beschäftigung des Bw.

Folgendes erhoben wurde:

„Der poln. Stbg. NN_g VN 2.VN wurde am 29.7.2010, durch Organe des Finanzamtes BezeichnBezirk Team KIAB, an seiner Wohnadresse aufgesucht und dort angetroffen. Im Rahmen einer Niederschrift gab NN_g an, seit der Ausstellung seines Gewerbescheines, lautend auf „Abdichten von Fenstern und Türen gegen Zugluft unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenden Tätigkeit“, einzig für die „NFa "TätBezFa_g GmbH tätig gewesen zu sein.“

*Weiters legte er 10 Rechnungen, den Zeitraum 2.7.2009 bis 3.6.2010 umfassend, vor.
(Niederschrift und Rechnungen im Anhang).*

Eine steuerliche Veranlagung des NN_g konnte nicht festgestellt werden. Gewerbestandort und Wohnadresse des NN_g, sind ident. Eine betriebliche Infrastruktur war nicht vorhanden (kein PC, keine büroähnliche Einrichtung).

Da im Fall des NN_g von einer selbständigen Tätigkeit nicht auszugehen ist, wurden an das MBA Nr. Strafanträge iSd AuslBG und des ASVG, wegen der zumindest arbeitnehmerähnlichen und somit illegalen Beschäftigung des NN_g durch die „NFa "TätBezFa_g GmbH, an das MBA Nr. übermittelt ...“

Aufgrund der gegenständlichen Mitteilung forderte das Finanzamt mit Bescheid vom 10.8.2010 die für die Monate Mai 2010 bis August 2010 bezogene Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag zurück.

Gegen diesen Bescheid hat der Bw. Berufung erhoben und erklärt, er sei seit 14.7.2009 durchgehend selbständig erwerbstätig.

Laut Auszug aus dem Gewerberegister hat der Bw. am 14.7.2009 das Gewerbe des Abdichtens von Fenstern und Türen gegen Zugluft unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehalteten Tätigkeit angemeldet. Als Standort wurde die damalige Wohnadresse des Bw. angeführt.

Das Finanzamt erließ eine abweisende Berufungsverentscheidung und verwies begründend darauf, dass der Bw. aufgrund der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt gehabt habe. Es liege keine Beschäftigung im Sinne „der genannten EU-Verordnung“ vor, weshalb der Anspruch auf die österreichischen Familienleistungen ausgeschlossen sei. Bei der Beurteilung des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses sei vom tatsächlichen Gehalt der Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern auszugehen, auch wenn die formalen Voraussetzungen (zB Gewerbeschein) für eine selbständige Erwerbstätigkeit vorlägen. Die Abteilung KIAB des Finanzamtes für den Nr.Bezirk. Bezirk habe aufgrund einer Überprüfung festgestellt, dass der Bw. nicht selbständig erwerbstätig sei. Daher bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Der Bw. stellte einen Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte begründend aus, die Feststellung, er übe seine Tätigkeit nicht mehr gewerblich sondern im Rahmen eines Dienstverhältnisses aus, sei unrichtig und widerspreche dem Sachverhalt. Bei Ausführung der Aufträge, die der Bw. nach der Geburt seines Kindes von verschiedenen Auftraggebern bekommen habe, habe keine Weisungsgebundenheit bestanden. Die Auftraggeber hätten zwar verlangt, die Arbeiten innerhalb einer bestimmten Zeit zu erledigen, jedoch sei es dem Bw. überlassen gewesen, wann und wie er diesen Auftrag erledige. Die vom Bw. angebotenen Dienste seien vertraglich festgehalten worden. Nach Beendigung des Auftrages sei der Bw. auf Normeinhaltung und Qualität der ausgeführten Arbeiten vom jeweiligen Auftraggeber überprüft worden. Danach sei eine Rechnungslegung durch den Bw. erfolgt und die Überweisung des vertraglich vereinbarten Entgeltes durch den Auftraggeber. Der Bw. sei immer als selbständiger Unternehmer aufgetreten und habe Entscheidungen in Bezug auf die übertragenen Aufträge weisungsfrei getroffen. Der Bw. habe sich in keinem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis befunden. Er habe dem Auftraggeber nie seine Arbeitskraft geschuldet. Er zahlte laufend Beiträge an die SVA. Er müsse bei Ausführung der Arbeiten auf die Fristen und allgemeine Koordinierung der Arbeiten achtgeben. Für die von ihm bewohnte Wohnung besitze er einen schriftlichen Mietvertrag und bezahle regelmäßig Miete. Die Berufungsvorentscheidung sei ohne Überprüfung aller Merkmale seiner Tätigkeit erlassen worden.

Laut Versicherungsdatenauszug vom 16.5.2011 war der Bw. seit 1.7.2009 bis laufend als gewerblich selbständig Erwerbstätiger versichert. Von 2.5.2011 bis laufend war er als Arbeiter bei der NFa TätBezFa_g GMBH versichert.

Laut Niederschrift wurde der Bw. am 29.7.2010 von der KIAB gemäß § 26 AuslBG einvernommen. Dabei hat der Bw. Folgendes ausgesagt:

„Ich bin selbständig tätig und lege dafür einen Gewerbeschein über das Gewerbe „Abdichten von Fenstern und Türen gegen Zugluft unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit“ vor. Seit ich meinen Gewerbeschein habe, bin ich nur für die Firma NFa TätBezFa_g GmbH tätig. Ich bin über einen Kollegen mit der genannten Firma in Kontakt gekommen. Der Chef der Firma, namentlich Hr. GF, hat gesagt, ich kann für ihn arbeiten, aber nur, wen ich mir einen Gewerbeschein besorge. Hr. GF hat mir bezüglich Gewerbeschein geholfen und mir gesagt, dass ich zum Magistrat in die X_Gasse, PLZ Wien, gehen muss. Zwischen mir und Hr. GF gibt es nur eine mündliche Abmachung. Ich lege Rechnungen und Hr. GF bezahlt mich. Die Bezahlung richtet sich nach den Zeiträumen, wie lange ich für die Arbeit brauche. Hr. GF sagt mir, auf welche Baustelle ich fahren soll und was ich dort machen soll. Hr. GF kontrolliert auch meine Arbeit. Meine Arbeitszeit richtet sich nach den Vorgaben des Hr. GF. Wenn etwas schnell zu machen ist, dann muss ich schneller“

arbeiten. Wenn ich krank bin, dann sage ich das dem Hr. GF, genauso, wann ich Urlaub habe. Ich habe niemanden, der mich vertritt. Das Werkzeug ist meines. Silikon und Dichtband kaufe ich ein, kann aber keine Rechnungen vorlegen. Bevor ich mit Gewerbeschein in Österreich tätig war, habe ich hier noch nicht gearbeitet."

Herr GF hat bei seiner Beschuldigteneinvernahme ausgesagt, dass die Tätigkeit des Bw. selbständig auf Basis von dessen Gewerbeschein erfolge. Der Bw. habe keinen Vertrag unterschrieben, es sei ihm jedoch die Rahmenvereinbarung der „NFa“ TätBezFa_g GmbH übermittelt worden. Eine Kontrolle des Bw. erfolge nur dahingehend, ob die Arbeitsleistung eine entsprechende Qualität aufweise. Der Bw. erhalte keine genauen Anweisungen bezüglich der selbständigen Arbeit. Ungefähr einmal monatlich erfolge die Bezahlung. Das Material werde teilweise vom Bw. und teilweise vom Beschuldigten zur Verfügung gestellt. Das Werkzeug werde vom Bw. gestellt. Der Bw. begebe sich selbständig zu den Arbeitsstätten mit seinem eigenen Pkw. Die Arbeitszeit könne der Bw. sich selbst einteilen, er müsse lediglich den vorgegebenen Fertigstellungstermin einhalten. Der Bw. erfahre telefonisch von den einzelnen Bauvorhaben, auf denen er tätig sein solle. Er habe zu melden, falls er den Auftrag nicht annehme, aber nicht in Bezug auf eine dienstnehmerähnliche Abwesenheit bei Krankheit oder Urlaub.

Vorgelegt wurde eine „Rahmenvereinbarung für Subunternehmer“ vom 20.7.2009.

Das Finanzamt Wien BezirchnBezirk gab in dem Strafverfahren der MBA Nr. eine Stellungnahme ab und führte aus, es komme für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis bzw. arbeitnehmerähnliches Verhältnis vorliege, darauf an, ob der ausländische Staatsbürger bei Erfüllung der konkreten Vereinbarung mit seinem Vertragspartner seine Arbeitsleistung als Unternehmer oder als Dienstnehmer oder wie eine arbeitnehmerähnliche Person erbringe. Die Frage, ob jemand „beschäftigt“ im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG sei oder nicht, sei nicht nach dem äußerem Erscheinungsbild sondern nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach § 2 Abs. 4 erster Satz unabhängig davon zu lösen, ob jemand ein Gewerbe angemeldet habe oder nicht.

Beim Verschließen von Bauwerksfugen mittels plastischer und dauerelastischer Kunststoffmassen bzw. Kunststoff-profilen unter Ausschluss jeder an einen Befähigungsnachweis gebundenen Tätigkeit bzw. beim Reinigen einer Wand zwecks anschließendem Befestigen von Holzplatten mittels plastischer und dauerelastischer Kunststoffmasse handle es sich nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt (§ 2 Abs. 4 AuslBG) um Hilfsarbeiten bzw. einfache manipulative Tätigkeiten. Wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen werde, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten (wie dies bei Hilfsarbeiten auf einer Baustelle der Fall sei), dann sei die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen.

Gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG gelte als Beschäftigung die Verwendung a) in einem Arbeitsverhältnis, b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis. Arbeitnehmerähnliche Verhältnisse lägen bei Personen vor, die ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen seien. Kennzeichnend sei für die arbeitnehmerähnliche Person die trotz größerer persönlicher Selbständigkeit wirksame (*gemeint vermutlich: wirtschaftliche*) Unselbständigkeit.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshof seien typische Merkmale wirtschaftlicher Unselbständigkeit die Verrichtung der Tätigkeit nicht in einem Betrieb oder einer Betriebsstätte des Verpflichteten, sondern in einem Betrieb des Unternehmers, eine gewisse Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit, die Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistung, Beschränkungen der Entscheidungsfreiheit des Verpflichteten hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit (Weisungsgebundenheit), die Berichterstattungspflicht, die Arbeit mit Arbeitsmitteln des Unternehmers, das Ausüben der Tätigkeit für einen oder eine geringe Anzahl, nicht aber für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer, die vertragliche Einschränkung der Tätigkeit des Verpflichteten in Bezug auf andere Personen (Unternehmerbindung, Konkurrenzverbot), die Entgeltlichkeit und die Frage, wem die Arbeitsleistung zu Gute komme. Bei der Beurteilung müssten nicht alle Kriterien, welche möglicherweise zur Bestimmung der wirtschaftlichen Unselbständigkeit relevant sein könnten, verwirklicht sein, sie müssten in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl, Stärke und Gewicht bewertet werden. Bei der Beurteilung des konkreten und genau erhobenen Sachverhaltes gehe es darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliege oder nicht. Das Fehlen des einen oder anderen Merkmals müsse daher nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale würden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein, ihre Bewertung erfolge nach den Regeln des beweglichen Systems, indem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen sei, dass man berücksichtige, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen werde. Das bedeute nichts anderes, als dass das Fehlen oder eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmals durch ein besonders ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden könne.

Die niederschriftliche gemachten Angaben des anlassgebenden Ausländers NN_g VN 2.VN ließen keinen anderen Schluss zu, als den seiner vollkommenen wirtschaftlichen Abhängigkeit in Bezug auf die NFa TätBezFa_g GmbH. Für das Finanzamt Wien Bezirksamt bestünden keine Zweifel darüber, dass NN_g, entgegen den Bestimmungen des Ausländerbeschäfti-

gungsgesetzes, durch den genannten Betrieb in zumindest arbeitnehmerähnlicher Weise beschäftigt worden sei und der Beschuldigte dies, als der zur Vertretung nach außen Berufene, zu verantworten habe.

Mit Straferkenntnis des Magistratischen Bezirksamtes für den Nr.. Bezirk vom 15.11.2010 wurde über Herrn GF eine Strafe verhängt wegen der Verletzung des § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Ziffer 1 lit. a AuslBG als verantwortliches Organ der „NFa“ TätBez_Fa GmbH wegen der Beschäftigung des Bw. auf diversen Bauvorhaben. Dafür sei weder eine Beschäftigungsbewilligung für die Beschäftigung noch eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt worden noch eine Anzeigebestätigung oder eine EU-Entsendebestätigung ausgestellt worden und habe der Bw. auch keine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder eine „Niederlassungsbewilligung-unbeschränkt“ oder Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-EG“ oder Niederlassungsnachweis besessen. Das Finanzamt Wien BezeichnBezirk habe in seiner Stellungnahme erwogen, dass Herr NN_g im gegenständlichen Fall in vollkommener wirtschaftlicher Abhängigkeit von der „NFa“ TätBezFa_g GmbH gearbeitet habe und somit zumindest ein arbeitnehmerähnliches Beschäftigungsverhältnis vorgelegen sei. Der Beschuldigte sei mittels Verständigung vom Ergebnis der Beweisaufnahme von der Stellungnahme des Finanzamtes in Kenntnis gesetzt worden und habe dazu keine weitere Stellungnahme abgegeben. Das Magistratische Bezirksamt für den Nr.. Bezirk schloss sich den Ausführungen des Finanzamtes inhaltlich an und erachtete die im Spruch angeführte Übertretung als erwiesen.

Mit einem weiteren Straferkenntnis vom 15.11.2010 wurde über Herrn GF eine Strafe verhängt wegen Unterlassung der Anmeldung des Bw. als nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person beim zuständigen Krankenversicherungsträger.

Der Bw. hat in der Folge bei seiner Einvernahme vor dem Unabhängigen Finanzsenat ausgeführt, dass er seit Mai (2011) durchgehend bei der Firma NFa TätBezFa_g GmbH als Arbeiter beschäftigt sei. Er gab weiters bekannt, dass er zunächst von der Firma, welche ihn ursprünglich beschäftigt hat, wegen der Probleme, die Herr GF bekommen hat, nicht mehr beschäftigt worden sei. Er habe sich über seine Kontakte und über das Internet um neue Aufträge bemüht und sei auch für verschiedene Firmen tätig geworden. Vorgelegt wurden Rechnungen für den Zeitraum vom Mai 2010 bis November 2010. Bei der Tätigkeit für diese Firmen habe er dieselbe Tätigkeit durchgeführt, wie für die erste Firma. Sein Gewerbe laute nur auf Isolierung von Fenstern und Türen. Das Material sei von den Firmen beigestellt worden. Der Bw. hätte es nicht selbst bezahlen können. Es sei zu teuer. Die Aufträge seien in der Form abgelaufen, dass er zuerst gefragt wurde, wie lange er für diese Arbeit brauche. Er habe eine Pauschale kassiert. Er könne sich an die konkrete Tätigkeit nicht mehr erinnern. Es seien

verschiedene Baustellen gewesen. Der Bw. hätte auch noch andere Aufträge übernommen, habe aber nicht mehr Aufträge bekommen.

Den vorgelegten Rechnungen ist zu entnehmen, dass Pauschalen verrechnet wurden. Rechnungen wurden entweder an die NFa TätBezFa_g GmbH gelegt oder an Personal-leasingfirmen.

Das Finanzamt hat in einer Stellungnahme zu den übermittelten Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens ausgeführt, der Bw. sei ohne Vorliegen einer entsprechenden Bewilligung unselbstständig erwerbstätig gewesen. Die „NFa“ TätBezFa_g Ges.m.b.H. habe mit 2.2.2011 einen Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für den Bw. eingebracht, der allerdings mit Bescheid vom 9.3.2011 abgewiesen worden sei. Der Bw. sei mit dem ersten Arbeitstag nach der Arbeitsmarkttöffnung (2. Mai 2011), durch welche eine arbeitsmarktbehördliche Berechtigung für polnische Arbeitnehmer nicht mehr erforderlich gewesen sei, umgehend zur gesetzlichen Pflichtversicherung gemäß ASVG als Dienstnehmer angemeldet worden. Da für die Zeit davor die Anmeldebescheinigung auf eine tatsächlich nicht vorliegende selbständige Erwerbstätigkeit gestützt wurde und eine Anmeldebescheinigung als Arbeitnehmer mangels arbeitsmarktbehördlicher Berechtigung gemäß § 3 Abs. 1 AusIBG nicht ausgestellt worden wäre, liege kein rechtmäßiger Aufenthalt des Bw. im Sinne der §§ 8 und 9 NAG vor. Er habe deshalb wegen Nichterfüllung der in § 3 Abs. 1 FamLAG geregelten tatbestandlichen Voraussetzung keinen Anspruch auf Familienbeihilfe für seinen Sohn. Abschließend führte das Finanzamt aus, der Bw. sei wenigstens in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis gemäß § 2 Abs. 2 lit. b AusIBG beschäftigt worden, ohne dass für ihn die nach § 3 Abs. 1 AusBG gebotene arbeitsmarktbehördliche Berechtigung vorgelegen wäre. Er habe somit im Bundesgebiet eine illegale unselbstständige Erwerbstätigkeit im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt und daher auch nicht das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht gemäß §§ 8 und 9 NAG genossen. Die ausgestellte Anmeldebescheinigung (Selbständige) habe auf falschen Angaben beruht und hätte für sein Beschäftigungsverhältnis keine Wirkung entfalten können. Deshalb bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe für den Sohn des Bw..

Die Stellungnahme des Finanzamtes wurde dem Bw. übermittelt. Dieser hat dazu keine Stellungnahme abgegeben.

Über die Berufung wurde erwogen:

Strittig ist gegenständlich, ob der Bw. im Zeitraum von Mai 2010 bis August 2010 die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag zu Unrecht bezogen hat. Während der Bw. die Auffassung vertritt, er habe einen Anspruch auf die entsprechenden Leistungen, weil er sich

als selbständig Erwerbstätiger rechtmäßig in Österreich aufgehalten habe, vertritt das Finanzamt die Auffassung, der Bw. habe sich in einem unerlaubten, zumindest arbeitnehmerähnlichen Verhältnis befunden, weshalb dem Bw. kein Aufenthaltsrecht zukomme. Da dieser nicht aufenthaltsberechtigt im Sinne des NAG sei, habe dieser keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG), 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.

Gemäß § 9 Abs. 1 Z 1 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) wird zur Dokumentation des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts für mehr als drei Monate auf Antrag eine „Anmeldebescheinigung“ (§ 53) für EWR-Bürger ausgestellt, die sich länger als drei Monate in Österreich aufhalten.

Gemäß § 51 Abs. 1 NAG sind auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie EWR-Bürger zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt, wenn sie

1. in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständige sind;
2. für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen, so dass sie während ihres Aufenthalts weder Sozialhilfeleistungen noch die Ausgleichszulage in Anspruch nehmen müssen, oder
3. als Hauptzweck ihres Aufenthalts eine Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung bei einer öffentlichen Schule oder einer rechtlich anerkannten Privatschule oder Bildungseinrichtung absolvieren und die Voraussetzungen der Z 2 erfüllen.

Gemäß § 52 Abs. 1 NAG sind auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie EWR-Bürger, die Angehörige von gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern (§§ 51 und 53a) sind, zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt, wenn sie

1. Ehegatte oder eingetragener Partner sind;
2. Verwandter des EWR-Bürgers, seines Ehegatten oder eingetragenen Partners in gerader absteigender Linie bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres und darüber hinaus sind, sofern ihnen von diesen Unterhalt tatsächlich gewährt wird. ...

Gemäß § 53 Abs. 1 NAG haben EWR-Bürger, denen das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht zukommt (§§ 51 und 52), wenn sie sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, dies binnen vier Monaten ab Einreise der Behörde anzuzeigen. Bei Vorliegen der Voraussetzungen (§§ 51 und 52) ist von der Behörde auf Antrag eine Anmeldebescheinigung auszustellen.

Zur Bestimmung des § 51 Z 1 NAG hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 9.9.2009, 2007/08/335, u.a. Folgendes ausgeführt:

„§ 51 Z. 1 NAG dient nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers der Umsetzung der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (im Folgenden: UnionsbürgerRL), insbesondere der Umsetzung des Art. 7 Abs. 1 der angeführten Richtlinie (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. Juni 2009, Zl. 2008/18/0763, mwN).

Art. 7 UnionsbürgerRL lautet auszugsweise:

"Artikel 7

Recht auf Aufenthalt für mehr als drei Monate

(1) Jeder Unionsbürger hat das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von über drei Monaten, wenn er

a) Arbeitnehmer oder Selbstständiger im Aufnahmemitgliedstaat ist oder"

...

„Das in § 51 NAG genannte Niederlassungsrecht ist somit unmittelbar im Gemeinschaftsrecht begründet und wird daher innerstaatlich nicht verliehen, sondern nur dokumentiert (vgl. das zitierte hg. Erkenntnis vom 4. Juni 2009, mwN).

Das in Art. 7 Abs. 1 lit. a der UnionsbürgerRL verbürgte Aufenthaltsrecht von Arbeitnehmern in einem anderen Mitgliedstaat steht in einem untrennbarer Zusammenhang mit der Grundfreiheit der Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach Art. 39 EG. Diese gibt Arbeitnehmern u.a. das Recht, sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben (vgl. auch dazu das bereits zitierte Erkenntnis vom 4. Juni 2009).

3. Die Arbeitnehmerfreiheit von (unter anderem) polnischen Staatsangehörigen in Österreich erfuhr allerdings durch die "Akte über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge" (BGBl. III Nr. 20/2004; in der Folge: Beitrittsakte 2003), die einen integralen Bestandteil des Beitrittsvertrages zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und den genannten Staaten bilden, für eine Übergangsfrist von maximal sieben Jahren ab dem Zeitpunkt des Beitritts am 1. Mai 2004 eine maßgebliche Beschränkung (vgl. zu den

im Wesentlichen gleichlautenden Bestimmungen in der "Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Bulgarien und Rumäniens und die Anpassungen der Verträge, auf denen die Europäische Union beruht", BGBl. III Nr. 185/2006, das schon zitierte hg. Erkenntnis vom 4. Juni 2009, mwN).

Punkt 2. Freizügigkeit des gemäß Art. 24 der Beitrittsakte 2003 die Übergangsbestimmungen für die Republik Polen beinhaltenden Anhang XII der Beitrittsakte 2003 (BGBl. III Nr. 20/2004) lautet auszugsweise:

"1. Hinsichtlich der Freizügigkeit von Arbeitnehmern und der Dienstleistungsfreiheit mit vorübergehender Entsendung von Arbeitskräften im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 96/71/EG gelten Artikel 39 und Artikel 49 Absatz 1 des EG-Vertrags zwischen Polen einerseits und Belgien, der Tschechischen Republik, Dänemark, Deutschland, Estland, Griechenland, Spanien, Frankreich, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Ungarn, den Niederlanden, Österreich, Portugal, Slowenien, der Slowakei, Finnland, Schweden und dem Vereinigten Königreich andererseits in vollem Umfang nur vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen der Nummern 2 bis 14.

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

...

„9. Soweit bestimmte Vorschriften der Richtlinie 68/360/EWG nicht von den Vorschriften der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 getrennt werden können, deren Anwendung gemäß den Nummern 2 bis 5 und 7 und 8 aufgeschoben wird, können Polen und die derzeitigen Mitgliedstaaten in dem Maße, wie es für die Anwendung der Nummern 2 bis 5 und 7 und 8 erforderlich ist, von diesen Vorschriften abweichen.

...“

Im ersten Teil der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 finden sich in Titel I (Art. 1 bis 6) Regelungen über den Zugang zur Beschäftigung, in Titel II (Art. 7 bis 12) solche über die Ausübung der Beschäftigung und die Gleichbehandlung (siehe dazu unten 2.3.).

Die in Punkt 2 Nr. 9 des Anhangs zitierte Richtlinie 68/360/EWG wurde durch die UnionsbürgerRL aufgehoben und ersetzt (vgl. Art. 38 Abs. 2 und Erwägungsgrund 4 der UnionsbürgerRL; siehe dazu unten 1.5.).

Der österreichische Gesetzgeber hat von der Möglichkeit, den Zugang von (auch) polnischen Arbeitskräften zum österreichischen Arbeitsmarkt abweichend von den Art. 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 zu regeln, mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl. I Nr. 28/2004, Gebrauch gemacht und mit § 32a AuslBG "Übergangsbestimmungen zur EU-Erweiterung" erlassen:

Gemäß § 32a Abs. 1 AuslBG idF BGBl. I Nr. 101/2005 gelten für Staatsangehörige jener Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die am 1. Mai 2004 auf Grund des Beitrittsvertrages AbI. Nr. L 236 vom 23. September 2003, Seite 17, und Nr. C 227 E vom 23. September 2003, der Europäischen Union beigetreten sind (darunter auch Polen), die Ausnahmen aus dem Anwendungsbereich des AuslBG für EWR-Bürger gemäß § 1 Abs. 2 lit. l und m leg. cit. nicht, es sei denn, sie sind Ehegatten, Kinder, Eltern oder Schwiegereltern eines freizügigkeitsberechtigten Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR), der bereits vor In-Kraft-Treten des Beitrittsvertrages dem EWR angehörte, oder sie sind Ehegatten oder Kinder eines österreichischen Staatsbürgers oder eines Staatsangehörigen eines anderen EWR-Mitgliedstaates, der sein Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch nimmt.

§ 1 Abs. 1 und 2 AuslBG idF BGBl. I Nr. 157/2005 lauten auszugsweise:

"§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz regelt die Beschäftigung von Ausländern (§ 2) im Bundesgebiet.

(2) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind nicht anzuwenden auf

...

I) Freizügigkeitsberechtigte EWR-Bürger, deren drittstaatsangehörige Ehegatten und Kinder (einschließlich Adoptiv- und Stiefkinder), die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen der EWR-Bürger oder der Ehegatte Unterhalt gewährt, sowie drittstaatsangehörige Eltern des EWR-Bürgers und seines Ehegatten, denen der EWR-Bürger oder der Ehegatte Unterhalt gewährt, sofern sie zur Niederlassung nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 berechtigt sind;

m) EWR-Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch nehmen, deren drittstaatsangehörige Ehegatten und Kinder (einschließlich Adoptiv- und Stiefkinder) sowie die drittstaatsangehörigen Ehegatten und Kinder österreichischer Staatsbürger, sofern der Ehegatte bzw. das Kind zur Niederlassung nach dem NAG berechtigt ist."

Aufgrund der Einschränkung polnischer Staatsangehöriger in Bezug auf die Arbeitnehmerfreiheit bis einschließlich April 2011 ist es von wesentlicher Bedeutung, ob der Bw. im Berufungszeitraum selbstständig oder unselbstständig erwerbstätig war.

Gemäß § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" oder einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Gemäß § 3 Abs. 2 AuslBG darf ein Ausländer, 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 eine "Niederlassungsbewilligung – unbeschränkt" oder einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" oder einen Niederlassungsnachweis" besitzt.

Gemäß § 2 Abs. 1 AuslBG gilt als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

Gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG gilt als Beschäftigung die Verwendung
a) in einem Arbeitsverhältnis,
b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis ...

Gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Für eine selbständige Erwerbstätigkeit ist somit nicht die Erfüllung der Bedingungen des § 3 AuslBG erforderlich. In einem solchen Fall wäre das rechtsfeststellende Dokument der Anmeldebescheinigung zu Recht ausgestellt worden.

Im Falle einer unselbständigen Erwerbstätigkeit wurden hingegen die gesetzlichen Voraussetzungen des § 3 AuslBG unstrittig nicht erfüllt. In diesem Fall wäre die Anmeldebescheinigung lediglich aufgrund falscher Angaben des Bw. ausgestellt worden.

Aufgrund des durchgeföhrten Ermittlungsverfahrens ist davon auszugehen, dass der Bw. im Berufungszeitraum unselbständig erwerbstätig war.

Zwar hat der Bw. behauptet, selbständig erwerbstätig gewesen zu sein, doch widersprechen seine Angaben gegenüber der KIAB und vor dem Unabhängigen Finanzsenat den im Berufungsverfahren aufgestellten Angaben. Diese sind teilweise nicht in Einklang zu bringen.

So erklärte der Bw. beispielsweise gegenüber der KIAB, seit er seinen Gewebeschein habe, sei er nur für die Firma NFa TätBezFa_g GmbH tätig. Er sei über einen „Kollegen“ mit der genannten Firma in Kontakt gekommen. Die Bezahlung richte sich nach den Zeiträumen, wie lange er für die Arbeit brauche. Hr. GF sage ihm, auf welche Baustelle er fahren und was er dort machen solle. Seine Arbeitszeit richte sich nach den Vorgaben des Hr. GF. Wenn etwas schnell zu machen sei, dann müsse der Bw. schneller arbeiten. Wenn er krank sei, dann sage er das dem Hr. GF, genauso, wann er Urlaub habe. Er habe niemanden, der ihn vertrete. Das Werkzeug sei seines. Silikon und Dichtband kaufe er ein. Vor dem Unabhängigen Finanzsenat erklärte der Bw. hingegen, das Material sei von den Firmen beigestellt worden. Der Bw. hätte es nicht selbst bezahlen können. Es sei zu teuer.

Eine Entlohnung in Abhängigkeit von der Arbeitszeit in Verbindung mit einem Zwang zur rascheren Arbeit, wenn dies erforderlich ist, ist typisch für unselbstständig Erwerbstätige. Der Bw. hatte daher nach eigenen Angaben keinen Einfluss auf die Gestaltung seiner Arbeitszeit. Abwesenheiten musste er Herrn GF melden, was ebenfalls für eine unselbstständige Erwerbstätigkeit spricht. Der Bw. hat auch nicht selbstständig Aufträge akquiriert, sondern wurden ihm von Herrn GF die zu erledigenden Arbeiten zugewiesen. Das Material für die Arbeit wurde jeweils beigestellt.

Nachdem die Rechtmäßigkeit der Beschäftigung bei der NFa TätBezFa_g GmbH in Frage gestellt worden war, wollte Herr GF den Bw. nicht mehr beschäftigen, weshalb er versuchte, bei anderen Firmen Arbeit zu finden. Bei der Tätigkeit für diese Firmen hat der Bw. laut Aussage vor dem Unabhängigen Finanzsenat jedoch dieselbe Tätigkeit durchgeführt, wie für die erste Firma.

Gemäß den für den Berufungszeitraum vorgelegten Rechnungen handelte es sich bei den Firmen, für welche der Bw. in der Folge tätig wurde, ausschließlich um Personalleasingfirmen. Diese verleihen typischerweise unselbstständig erwerbstätige Personen.

Es wird davon ausgegangen, dass der Bw. beim Verfassen des Textes der Berufung und des Vorlageantrages von Personen beraten worden ist, die ihm in Kenntnis der entsprechenden rechtlichen Auswirkungen seiner Angaben dabei behilflich waren, diese so zu formulieren, dass sie nicht im Widerspruch zu der behaupteten selbständigen Erwerbstätigkeit stehen. Der unabhängige Finanzsenat geht davon aus, dass die vom Bw. persönlich vorgebrachten Angaben der Wahrheit näher kommen.

Aufgrund des Gesamtbildes, welches die vom Bw. getätigten Angaben vermitteln, wird jedoch davon ausgegangen, dass dieser in teils persönlicher, auf jeden Fall aber in völliger wirtschaftlicher Abhängigkeit zu den Beschäftigungsfirmen gestanden ist und daher zumindest arbeitnehmerähnlich beschäftigt war.

Da der Bw. die Voraussetzungen der §§ 2 und 3 AuslBG nicht erfüllt hat und somit nicht zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt war, welche er jedoch ausschließlich ausgeübt hat, hat sich dieser nicht rechtmäßig iSd § 9 NAG in Österreich aufzuhalten. Dies gilt auch für seinen Sohn, dessen Aufenthaltsrecht vom Aufenthaltsrecht des Bw. abgeleitet ist.

Mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 FLAG konnte der Berufung daher keine Folge gegeben werden.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 18. Jänner 2012