



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., W., yyy, vom 16. Dezember 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22, vom 18. November 2010 betreffend Familienbeihilfe ab dem 1. März 2008 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) ist polnischer Staatsbürger, er hat in Österreich einen Zweitwohnsitz und ist im Inland berufstätig. Bescheinigt wurde, dass der Bw. sich gemäß §§ 51 bis 53 und 57 NAG als EWR-Bürger und „Selbständiger“ in Österreich aufhalte. Der Bw. beantragte für den Zeitraum ab dem 1. März 2008 für seine Tochter L., geb. am xxx, Familienbeihilfe. L. hält sich gemeinsam mit der Ehegattin des Bw. am Familienwohnsitz in Polen auf. Nach einer polnischen Schulbestätigung hat L. im Schuljahr 2009/2010 die vierte Klasse eines „ökonomischen Technikums“ besucht.

Laut Gewerberegisterauszug übt der Bw. an seinem inländischen Zweitwohnsitz das Gewerbe „*Heben, Senken und Befördern von Lasten mittels Einsatz von mechanischen oder maschinellen Einrichtungen unter Ausschluss der Beförderung mittels Kraftfahrzeugen*“ aus. Er war sozialversichert und hat im Zeitraum 2008 bis 2010 Sozialversicherungsbeiträge bezahlt.

### Verfahren vor dem Finanzamt

Das Finanzamt ersuchte den Bw., die Formulare E 411 und E 401 ab Antragstellung ausgefüllt vorzulegen, weiters eine Arbeitserlaubnis und einen Nachweis einer leistungspflichtigen in- oder ausländischen Krankenversicherung nachzureichen. Er wurde auch aufgefordert,

ausreichende Existenzmittel nachzuweisen sowie Einnahmen- und Ausgaben Rechnungen ab Beginn seiner Tätigkeit in Österreich samt den dazugehörigen Honorarnoten sowie Werkverträge und einen Mietvertrag in Kopie vorzulegen.

Der Bw. gab bekannt, monatlich € 502,54 für seinen Lebensunterhalt auszugeben und teilte der Behörde mit, dass er im Jahr 2008 Honorarnoten über seine Tätigkeit in Höhe von € 12.660,00 und für das Jahr 2009 € im Ausmaß von 12.230,00 gelegt habe.

Die polnische Behörde bestätigte, dass die Ehegattin des Bw. im Zeitraum ab 1. März 2008 bis laufend eine berufliche Tätigkeit in Polen ausübt und Familienleistungen in Höhe von 592 PLN bezogen habe. Darüber hinaus wird in dieser Bescheinigung festgehalten, dass sie ab dem 1. September 2008 bis laufend keinen Antrag auf Familienleistungen in Polen gestellt habe.

Das Finanzamt wies am 18. November 2010 den Antrag des Bw. auf Familienbeihilfe ab und führte darin begründend aus, dass für Staatsangehörige bestimmter EU/EWR-Staaten die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) weiter gelten würden. Der Bw. habe demnach innerhalb der siebenjährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt. Stehen solche Staatsangehörige unter Umgehung des AuslBG in Österreich trotzdem in einem Arbeitsverhältnis, könne nicht vom Vorliegen einer Beschäftigung im Sinne der genannten EU-Verordnung ausgegangen werden. In einem solchen Fall sei daher der Anspruch auf österreichische Familienleistungen für diese Person ausgeschlossen.

Gemäß § 47 EStG liegt ein Arbeitsverhältnis dann vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet, der Arbeitnehmer unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.

Ein Arbeitsverhältnis liege demnach insbesondere dann vor, wenn der Arbeitgeber sein persönliches Weisungsrecht hinsichtlich der Art der Ausführung der Arbeit, der Zweckmäßigkeit des Einsatzes der Arbeitsmittel, der zeitlichen Koordination der zu verrichtenden Tätigkeiten, der Vorgabe des Arbeitsortes und der Arbeitszeit ausübt. Dabei ist nach gängiger Rechtsprechung bei der Beurteilung, ob ein steuerlich als Arbeitsverhältnis einzustufendes Vertragsverhältnis besteht, vom tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt der Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern auszugehen. Maßgebend sind ausschließlich die objektiven Umstände, auch wenn formale Voraussetzungen (zB Gewerbeschein) für eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegen.

Gegen diesen Abweisungsbescheid erhob der Bw. Berufung und führte darin aus, dass die Bescheidbegründung in keiner Weise darlege, aus welchem Grund ihm die beantragten Familienleistungen für seine Tochter nicht gewährt worden wären. Es würde nicht zutreffen, dass der Bw. in Österreich seine Tätigkeit im Rahmen eines Dienstverhältnisses ausgeübt

habe, da er tatsächlich am 18. Februar 2008 in Österreich einen Gewerbebetrieb begründet und gleich nach der Anmeldung des Gewerbebetriebes, die zuständige Landesdirektion der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft davon unterrichtet hätte. Darüber hinaus habe er laufend Sozialversicherungsbeiträge bezahlt, weiters beim zuständigen Wohnsitzfinanzamt innerhalb eines Monats nach Anmeldung des Gewerbebetriebes um eine Steuernummer angesucht, sowie die entsprechenden Steuererklärungen für die Wirtschaftsjahre 2008 und 2009 abgegeben. Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Gewerbebetriebes würden demnach vorliegen. Der Bw. übe eine nachhaltige selbständige Betätigung aus, die mit Gewinnabsicht unternommen werde. Er sei in keinem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis zu seinen Auftraggebern gestanden und wäre auch nicht in den geschäftlichen Organismus der Auftraggeber eingegliedert gewesen. Der Bw. wies auch darauf hin, dass er mehrere Auftraggeber gehabt habe. Darüber hinaus habe er allein das Unternehmerrisiko getragen und für die Gewährleistung gehaftet. Die Arbeitszeit, der Arbeitsvorgang und die Arbeitsqualität wären nicht vom Auftraggeber kontrolliert worden und es wäre jedenfalls eine Vertretung zulässig gewesen. Der Bw. habe bei seiner Arbeit ausschließlich ein eigenes Werkzeug verwendet. Er wies abschließend darauf hin, dass alle anderen Behörden seine Tätigkeit als Gewerbebetrieb und damit als selbständige Tätigkeit beurteilt hätten.

Aus dem Akteninhalt geht hervor, dass der Bw. seit Februar 2008 fast ausschließlich für das Unternehmen XY tätig geworden ist. Ein schriftlicher Vertrag mit dem genannten Unternehmen liegt nicht vor. Zu den Tätigkeiten des Bw. zählten unter anderem diverse Hilfsarbeiten, wie z.B. das Befördern von Material und Schutt. Aus den vorgelegten Rechnungen ist abzuleiten, dass der Bw. Pauschalbeträge fakturierte. Bei den Fakturen aus den Jahren 2008 und 2009 handelte es sich jeweils um viele kleinere Aufträge an unterschiedlichen Adressen, die der Bw. sodann auf einer Rechnung an ein Unternehmen zusammengefasst und an ein Unternehmen fakturiert hatte.

Aus den Akten geht außerdem hervor, dass das Finanzamt auf Basis dieses Sachverhaltes gegen die handelsrechtlichen Geschäftsführer der genannten GmbH einen Strafantrag wegen Übertretung des AusIBG erhoben hat. Es wurde in der Folge auch eine Strafe wegen „illegaler Beschäftigung“ verhängt.

Der Bw. gab am 10. August 2010 überdies niederschriftlich zur Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit an, dass der Hauptauftraggeber, die XY, ihn angerufen hätte, wenn es Arbeiten gab. Schriftliche Verträge hätten nicht bestanden. Der Bw. verwies auch darauf hin, dass er über Bekannte anderen Auftraggebern vermittelt worden wäre. Wenn der Bw. einen Auftrag erhielt, habe er zunächst die Baustelle und die Arbeiten geprüft. Danach nannte sein

Auftraggeber einen „Preis“ und der Auftrag wäre zustandegekommen, wenn der Bw. damit einverstanden war.

Im Akt befindet sich auch eine Rechnung (04/2010) vom 12. Mai 2010 an einen weiteren Auftraggeber, J.O. über Malerei- und Anstricharbeiten. Der Bw. gab dazu an, für den Transport des Materials, der Gipsplatten und Konstruktionsprofile zuständig gewesen zu sein. Die Höhe des Entgelts wäre nach der Anzahl der zu transportierenden Platten und der Entfernung des Transportweges berechnet worden und auch davon abhängig gewesen, ob händisch oder über einen Aufzug transportiert werden musste. Zu den anderen im Akt befindlichen Rechnungen gab der Bw. an, über kleine Aufträge abgerechnet zu haben, die er in den genannten Fakturen an einen Unternehmer in einer Summe zusammengefasst habe. Es handelte sich dabei hauptsächlich um den Transport von Material.

Eine Aufstellung von Fakturen an Bauunternehmen über Materialtransportleistungen in den Jahren 2008 und 2009 befindet sich im Finanzamtsakt (Seite 100). Daraus ist im Wesentlichen Folgendes zu entnehmen:

Jahr 2008:

Der Bw. legte jeweils einmal im Monat Rechnungen an die XY. Darüber hinaus fakturierte er am 27. August 2008 an O.P. und am 1. September 2008 an T.M. diverse Hilfsarbeiten in Höhe von 200,00 € und 230,00 €

Jahr 2009:

Der Bw. richtete acht Rechnungen an die XY, drei Rechnungen an die M.I., jeweils eine an O.P. und an S.O. sowie zwei Fakturen an K.. Dabei hat der Bw. zum Teil zweimal im Monat, von April bis Juli 2009 einmal monatlich und stets pauschal über diverse Hilfsarbeiten abgerechnet.

Jahr 2010:

Im Akt befinden sich sechs Rechnungen über diverse Hilfsarbeiten an die XY adressiert. Der Bw. verfügte über keine gesondert angemieteten Büroräumlichkeiten, sondern führte seine Buchhaltung und sonstigen geschäftlichen Arbeiten in seiner Wohnung aus. Feststehe, dass er alleine arbeitet, der Bw. ging davon aus, dass er als Angestellter zu viel Geld kosten würde und mit einem Gewerbeschein rascher eine Arbeit in Österreich bekommen habe. Klar sei ihm gewesen, dass er im Falle einer Anstellung in einem Betrieb Arbeitspapiere gebraucht hätte.

In der Berufungsvorentscheidung verwies das Finanzamt auf das oben dargestellte Strafverfahren und kommt im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu dem Schluss, dass der Bw. in Österreich ab Februar 2008 nicht selbständig tätig gewesen, sondern unter Umgehung des AuslBG in einem Arbeitsverhältnis gestanden wäre. Das Finanzamt verwies in der Berufungsvorentscheidung außerdem auf die Tatsache, dass über die XY wegen illegaler

Beschäftigung - unter anderem des Bw. - eine Strafe verhängt worden sei. Eine solche Tätigkeit wäre somit gemäß § 2 iVm § 3 Abs. 2 AuslBG bewilligungspflichtig gewesen. Da der Bw. die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme nicht nachgewiesen habe, übte er in Österreich keine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer aus. Es könne daher auch nicht von einer Beschäftigung im Sinne der oben genannten EU-Verordnungen ausgegangen werden, sodass ein Anspruch des Bw. auf Familienbeihilfe bzw. auf Differenzzahlung für sein in Polen lebendes Kind versagt werden musste.

Im Vorlageantrag verwies der Bw. erneut auf die bestehende Gewerbeberechtigung und den Umstand, dass das Finanzamt im Einkommensteuerbescheid vom 8. Juni 2011 von Einkünften aus Gewerbebetrieb ausgegangen sei und solcherart das Vorliegen eines Gewerbebetriebes bestätigt habe.

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

Im konkreten Fall wird folgender Sachverhalt als erwiesen angenommen:

Der Bw. ist polnischer Staatsbürger und hat in Österreich einen Zweitwohnsitz. Seine Ehegattin lebt gemeinsam mit der Tochter (geboren am xxx) im Familienhaushalt in Polen. Der Bw. beantragte für den Zeitraum ab 1. März 2008 Familienbeihilfe für sein Kind. Er besitzt einen Gewerbeschein für die Ausübung des Gewerbes „*Heben, Senken und Befördern von Lasten mittels Einsatz von mechanischen oder maschinellen Einrichtungen unter Ausschluss der Beförderung mittels Kraftfahrzeugen*“. Zu seinen Tätigkeiten zählen somit diverse Hilfsarbeiten, wie zB der Transport von Material und das Wegräumen von Schutt. Er ist seit dem 1. Februar 2008 bis zum 31.12.2010 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft angemeldet gewesen und hat für diesen Zeitraum seine Versicherungsbeiträge bezahlt.

Aus der beschriebenen Tätigkeit erklärte der Bw. Einkünfte in Höhe von 12.660,00 € (2008), 12.230,00 € (2009) und 8.698,19 € (2010). Ausgaben im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit waren Pflichtbeiträge an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft in Höhe von 1.558,92 € (2008), 1.751,00 € (2009) und 2.731,20 € (2010) sowie übrige Ausgaben in Höhe von 118,00 € (2008), 160,00 € (2009) und 210,00 € (2010).

Der Bw. hat in sämtlichen Rechnungen die erbrachten Leistungen nicht genau umschrieben, sondern diese überwiegend als diverse Hilfsarbeiten bezeichnet und in unterschiedlicher Höhe abgerechnet. Zweifelsfrei war in den streitgegenständlichen Jahren Hauptauftraggeber das Unternehmen XY, für das der Bw. die in Rede stehenden Leistungen erbracht hatte und das

infolge „illegaler Beschäftigung“ wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes verurteilt worden war.

Aus der obengenannten Aufstellung von Fakturen an Bauunternehmen ergibt sich im Wesentlichen, dass regelmäßig nur monatlich und über pauschal über diverse Hilfsarbeitern abgerechnet wurde.

Aus den Bautagesberichten und den sich in den Akten befindlichen Rechnungen ist ersichtlich gewesen, dass der Bw. im Jahre 2010 immer an derselben Baustelle in Wien tätig geworden ist.

#### Rechtliche Würdigung:

Gemäß § 3 Abs 1 FLAG 1967 in der seit dem 1.1.2006 geltenden Fassung 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.

Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG 2005 rechtmäßig in Österreich aufhalten (§ 3 Abs 2 FLAG).

Der Bw. besitzt eine Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger, denen das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht zukommt (§§ 51 und 52) und die sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten. Im Zusammenhang mit dem § 3 Abs 1 und 2 FLAG 1967 ist § 53 FLAG 1967 bezüglich der Gleichstellung von EWR-Bürgern zu beachten. Eine solche ist grundsätzlich anzunehmen, vorausgesetzt Staatsangehörige von Vertragsparteien des EWR halten sich rechtmäßig in Österreich auf und die entsprechenden unionsrechtlichen Regelungen sind anwendbar (*Aigner/Wanke* in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 3 Rz 165). Art 45 Abs 1 AEUV lautet in diesem Zusammenhang, dass innerhalb der Union die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu gewährleisten ist. Maßgebend im Bereich der Freizügigkeit und der Familienleistungen sind die VO 1408/71 (Wanderarbeiter), VO 883/2004 (Soziale Sicherheit) und die RL 2004/38/EG (Freizügigkeitsrichtlinie) (*Aigner/Wanke* in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 3 Rz 61).

Somit gilt, dass vorrangig das Unionsrecht auch für Bürger aus den Mitgliedstaaten der EU oder des EWR maßgebend ist.

§ 53 FLAG bestimmt, dass Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des EWR nach Maßgabe der

gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Polen ist auf Grund seines Beitritts zum EG-Vertrag mit Wirksamkeit vom 1. Mai 2004 Mitglied der Europäischen Union. Damit genießen mit dem Beitritt alle polnischen Staatsangehörige (Unternehmen) grundsätzlich die gleichen Rechte wie die Angehörigen der der EU bereits angehörenden Staaten, was insbesondere für das Recht auf Arbeitnehmer- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 39 ff und 49 ff EGV) gilt. Die Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit laut Anhang XII Punkt II, Freizügigkeit (Polen) der Liste nach Art 24 der Beitrittsakte schränken in ihren Z. 2 bis 14 dieses grundsätzliche Recht auf Freizügigkeit aber - zeitlich gestaffelt (2 plus 3 plus 2 Jahre) – ein (vgl. VwGH 15.9.2011, 2011/09/0052). Die österreichische innerstaatliche Regelung findet sich in § 32a des AuslBG. Für Staatsangehörige von Polen endet demnach die Übergangsfrist nach Ablauf der sieben Jahre endgültig am 20.4.2011. Während dieser Übergangsfrist bedarf die Ausübung einer nichtselbständigen Tätigkeit einer Arbeitserlaubnis. Dies bedeutet, dass der Bw. als polnischer Staatsbürger bezüglich der Ausübung einer nichtselbständigen Tätigkeit im Streitzeitraum weiterhin unter die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes fällt.

Daraus ist jedenfalls auch abzuleiten, dass dem Bw. bis 30.4.2011 durch § 32 a AuslBG keine unbeschränkte Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit eingeräumt wurde. Für ihn gilt demnach kein freier Zugang zum Arbeitsmarkt und damit verbunden sind auch seine Rechte zur sozialen Absicherung.

In der Präambel zu VO 1408/71 ist unter anderem ausgeführt, dass diese Vorschriften der Koordinierung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften bezüglich Sozialversicherungssysteme dienen. Die Verordnung regelt die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer, Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Union zu- und abwandern. Aus Punkt 2 des Berichts der Kommission über die Anwendung der im Beitrittsvertrag 2003 festgelegten Übergangsregelung ergibt sich, dass EU Wanderarbeiter und ihre Familien einen Anspruch auf Gleichbehandlung nicht nur in Bezug auf Beschäftigung, sondern auch auf dem öffentlichen Wohnungsmarkt, bei Steuervergünstigungen und Sozialleistungen haben (Art 39 EGV). Einschränkungen im Bereich des Zugangs zum Arbeitsmarkt können lediglich das Recht auf Aufnahme einer Beschäftigung begrenzen. Sobald ein Arbeitnehmer Zugang zum Arbeitsmarkt eines bestimmten Mitgliedstaates hat, gelten die Gemeinschaftsbestimmungen bezüglich der Gleichbehandlung beim Arbeitsentgelt und auch beim Zugang zu Vergünstigungen im sozialen und steuerlichen Bereich. Dies bedeutet, dass rechtmäßig beschäftigte Arbeitnehmer keinerlei Diskriminierung ausgesetzt sein dürfen.

Der oben genannten VO 1408/71 muss sohin jene Bedeutung beigemessen werden, dass eine Gleichbehandlung von Unionsbürgern mit Inländern nur bei Anknüpfung an eine erlaubte

Beschäftigung und der daraus resultierenden Versicherungspflicht gegeben ist. Dies ergibt sich aus dem Gesamtinhalt der Regelung zur Freizügigkeit der Wanderarbeiter an die die Rechtsakte der Sozialpolitik regelmäßig anknüpfen. Diese fordern ausdrücklich eine „rechtmäßige“ Arbeit in einen Mitgliedstaat (vgl. Nummer 2 zweiter Absatz des Anhang V der Liste zu Art 24 der Beitrittsakte).

Würden unrechtmäßig beschäftigte Personen in den Anwendungsbereich der VO 1408/71 fallen, wären entgegen den Ausnahmen von der Freizügigkeit beschäftigte Personen jenen gleichgestellt, die sich rechtsgutetru verhalten. Der genannten Verordnung kann jedoch ein solches Ziel auf Basis einer zulässigen Einschränkung der Freizügigkeit von Arbeitnehmern nicht unterstellt werden.

Für den Berufungsfall gilt demnach, dass die VO 1408/71 keine Anwendung findet. Aufgrund der einschränkenden Bestimmungen zur Freizügigkeit fehlt es in der Folge auch an einer Gleichstellung mit österreichischen Staatsbürgern im Sinne des § 53 Abs 1 FLAG 1967, sodass die Anwendung dieser Bestimmung auf Grund der Regelungen des Beitrittsvertrages 2003 für den Bw. zu verneinen ist.

#### Rechtliche Beurteilung der streitgegenständlichen Tätigkeit:

Aus nachfolgenden Gründen ist die Tätigkeit des Bw. als nichtselbständig zu beurteilen:  
 § 2 Abs 2 AuslBG, BGBl I Nr. 78/2007, bestimmt, dass als Beschäftigung die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis gilt (lit a und b). Ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs 2 dieser Bestimmung vorliegt, ist nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht nach der äußeren Erscheinungsform des Sachverhaltes zu beurteilen (Abs 4).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gilt als Beschäftigung iSd § 2 Abs 2 AuslBG die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis. Maßgebend für die Einordnung unter den Begriff Beschäftigung ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird (VwGH 15.9.2011, 2009/09/0139).

Der Bw. vertritt die Auffassung, dass er die gegenständlichen Transportleistungen auf Grund einer Gewerbeberechtigung ausgeübt habe und schon allein deshalb selbständig tätig geworden wäre. Außerdem habe er Einkommensteuererklärungen abgegeben und das Finanzamt in der Folge eine gewerbliche Tätigkeit anerkannt.

Dem ist jedoch zu entgegnen, dass der Bw. seine Behauptung, unternehmerisch tätig geworden zu sein und die vertraglichen Werkvertragsvereinbarungen verwirklicht zu haben nicht nachgewiesen hat. Vorgelegte Fakturen enthielten neben pauschalierten Rechnungssummen lediglich Baustellenadressen. Welche Arbeiten tatsächlich ausgeführt wurden, war den Fakturen nicht genau zu entnehmen. Die Leistungen mancher Rechnungen

waren allgemein als „diverse Hilfsarbeiten“ bezeichnet worden, sodass sich daraus kein konkreter Leistungsinhalt ergab. Festzustellen war ebenso wenig, dass der Bw. ein abgrenzbares Werk, eine individualisierte und konkretisierte Werkleistung gegen Entgelt hergestellt hat. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass sich der Bw. zu einer Arbeitsleistung zu vereinbarten Einheitspreisen verpflichtet hat. Schon aus dieser Sicht blieb sein Vorbringen, er habe bei Erbringung der in Rede stehenden Hilfsarbeiten die Haftung und die Gewährleistung selbst zu tragen gehabt, ohne Erfolg, zumal solche zivilrechtlichen Verpflichtungen die Herstellung eines gewährleistungtauglichen Werkes zur Voraussetzung haben. Daher kann der Bw. auch nicht erfolgreich einwenden, dass er bei Ausführung von Hilfsarbeiten ein Unternehmerrisiko und ein wirtschaftliches Risiko getragen hat.

Weiterer Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses war, dass der Bw. im Jahre 2008 fast ausschließlich für einen Auftraggeber, nämlich die XY tätig geworden ist. Im Jahre 2009 legte er acht von fünfzehn Rechnungen und im Jahre 2010 sämtliche Rechnungen der XY. Die jeweiligen Arbeiten sind außerdem regelmäßig für eine längere Dauer erbracht worden, was typisch für eine arbeitnehmerähnliche Stellung war.

Entscheidungswesentlich ist gleichfalls, dass sich die Tätigkeit des Bw. auf diverse Hilfsarbeiten wie zB das Abtransportieren von Schutt beschränkt hat. Schon dieser Umstand begründet im Berufungsfall die Annahme, dass er in einem Beschäftigungsverhältnis stand. Auch der Verwaltungsgerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung zum AuslBG, dass Tätigkeiten als Bauhilfsarbeiter typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bilden (VwGH 23.5.2002, 2000/09/0190, VwGH 3.7.2000, 99/09/0057, VwGH 15.5.2008, 2008/09/0028). Solche einfachen manipulativen Arbeiten auf einer Baustelle deuten bereits nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf das Vorliegen eines Dienstverhältnisses hin und ist ein solches auch als erwiesen anzunehmen, wenn nicht weitere atypische Anhaltspunkte, wie zB das Vorliegen eines Unternehmerrisikos bestehen. Solche atypischen Merkmale waren im konkreten Fall keineswegs festzustellen, zumal es klar erwiesen ist, dass der Bw. mit der Ausführung von Hilfsarbeiten regelmäßig im zeitlichen Zusammenhang mit anderen Arbeiten tätig geworden ist. Nach allgemeiner Lebenserfahrung kann ein Bauhilfsarbeiter solche Arbeiten nicht in der Weise erbringen, dass er, wie ein selbständiger Unternehmer, dafür die Zeit frei bestimmen kann. Vielmehr ist er im jeweiligen Baustellenbetrieb untergeordnet. Diese Arbeiten werden somit ihrer Natur nach typischerweise in einem Abhängigkeitsverhältnis erbracht, das von einem fremdbestimmten Charakter und einer wirtschaftlichen Unselbständigkeit geprägt war (vgl. VwGH 23.11. 2005, 2004/09/0150). Dazu kommt, dass der Auftraggeber die Baustelle bestimmte, auf welcher der Bw. seine Arbeiten durchführen musste, was wiederum deutlich auf ein Unterordnungsverhältnis wie bei Arbeitnehmern hinweist.

Der Bw. gab außerdem an, nur das eigene Werkzeug verwendet zu haben. Aus den Einkommensteuererklärungen geht in diesem Zusammenhang hervor, dass Ausgaben für die Ausübung der gegenständlichen Hilfsarbeiten nach Abzug der Pflichtversicherungsbeiträge jährlich im geringen Ausmaß anfielen (ca. 100,00 bis 200,00 €). Aus diesem Grund war zugleich davon auszugehen war, dass der Bw. weder über wesentliche Betriebsmittel verfügte noch solche im Rahmen seiner Tätigkeit zur Verfügung stellte. Dies spricht allerdings gegen eine eigenständige unternehmerische Gestaltung und schließt auch das Vorliegen eines Unternehmerrisikos aus. Der Bw. hat demnach seine persönliche Arbeitskraft eingesetzt. Aus den Akten gehen überdies keine Anhaltspunkte hervor, dass der Bw. auch tatsächlich von einem Vertretungsrecht Gebrauch gemacht hat, was überdies für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses spricht.

Ausführungen in der Berufung, von niemandem abhängig und nicht in den geschäftlichen Organismus der Auftraggeber eingegliedert gewesen zu sein, vermögen für sich allein ohne geeignete Nachweise nicht darzulegen, dass Hilfsarbeiten, die ihrer Natur nach typischerweise in einem Abhängigkeitsverhältnis erbracht werden, im konkreten Fall tatsächlich selbstständig ausgeführt wurden. Dass der Bw. einen Gewerbeschein besitzt und das Finanzamt für die Jahre 2008 bis 2010 Einkommensteuerbescheide erlassen hat, ist die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes, auf den sich der Bw. gleichfalls gesondert nicht mit Erfolg stützen konnte. Da nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt die in Rede stehenden einfachen Hilfsarbeiten in einem Beschäftigungsverhältnis erbracht werden, sind sie vom Anwendungsbereich des AuslBG nicht ausgenommen.

Der Bw. hat für den Streitzeitraum keine Arbeitsbewilligung vorgelegt und übte demnach die in Rede stehende nichtselbständige Tätigkeit nicht rechtmäßig aus. Im Sinne obiger Ausführungen zum FLAG waren die VO 1408/71 und § 53 FLAG auf den Bw. nicht anwendbar, weshalb der in Streit stehende Anspruch auf Familienbeihilfe zu verneinen war.  
Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 17. Jänner 2012