



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., 1020 T.gasse, (nunmehr: xxxx, 1020 Wien), vom 7. April 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22, vertreten durch Herbert Pablee, vom 18. März 2008 betreffend die Familienbeihilfe ab dem 1. Mai 2007 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) ist polnischer Staatsbürger, er beantragte am 26. Juli 2007 für seine Kinder F., geboren am xxxx ab dem 1. Oktober 2005 und für N., geboren am yyyy, ab dem 1. Mai 2007 die Familienbeihilfe.

Der Bw. ist am 16. September 2005 nach Österreich eingereist und seit dem 1. Oktober 2005 als selbständiger Erwerbstätiger bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert (vgl. Versicherungsdatenauszug vom 5. Juni 2008).

Die Ehegattin des Bw., H. T., hat seit dem September 2006 im Inland einen Hauptwohnsitz.

Die Abgabenbehörde erster Instanz ersuchte den Bw. schriftlich am 5. Juni 2008 um Vorlage folgender Unterlagen:

1. amtlich bestätigte Formulare E 411 und E 401,
2. eine Arbeitserlaubnis sowie einen Befreiungsschein für den Zeitraum ab dem Jahr 2005,
3. Einkommensteuerbescheide ab dem Jahr 2005,
4. einen Nachweis einer leistungspflichtigen in- oder ausländischen Krankenversicherung,

-
- 5. einen Nachweis ausreichender Existenzmittel,
 - 6. Einnahmen/Ausgabenrechnungen oder Bilanzen/Jahresabschlüsse mit Gewinn- und Verlustrechnungen seit Beginn der selbständigen Tätigkeit in Österreich,
 - 7. einen Nachweis über die Höhe der erhaltenen Beträge in Form von eigenhändig unterfertigten Bestätigungen,
 - 8. Honorarnoten sowie Bankauszüge,
 - 9. eine Aufstellung der durchschnittlichen monatlichen Lebenskosten und die Art ihrer Finanzierung,
 - 10. Werkverträge,
 - 11. Mietverträge und
 - 12. Gewerbeschein in Kopie;

Nach dem Akteninhalt hat der Bw. dem Finanzamt folgende Unterlagen übermittelt:

Eine Bestätigung vom 15. April 2008, wonach F. seit dem 4. September 2006 einen Internationalen Privatkindergarten in Wien besucht habe.

Einer beglaubigt aus dem Polnischen übersetzten Bestätigung des Gemeindezentrums für Sozialhilfe in xxx ist zu entnehmen, dass Frau H. T. seit dem 1. Jänner 2005 aus G. keine Familienleistungen bekommen und diese auch nicht für den Zeitraum 2006 bis 2008 beantragt habe.

Aus weiteren Versicherungsbestätigungen ergibt sich, dass sowohl Frau H. T. als auch die beiden Söhne nach dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz krankenversichert sind.

Der Bw. übermittelte überdies Nachweise seiner Berechtigung zur Ausübung folgender Gewerbe: „*Abdichten gegen Feuchtigkeit und Druckwasser*“, „*Schwarzdecker*“, „*Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit*“, „*Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilteile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen*“ und „*Verschließen von Bauwerksfugen mittels plastischer und dauerelastischer Kunststoffmassen und Kunststoffprofilen*“ am Standort seiner Wohnadresse in W., T.gasse.

Ein Herr S.Z. wohnhaft in W., T.gasse, habe an besagter Adresse als Hauptmieter dem Bw. und seiner Familie Unterkunft gegeben.

Seit dem 4. September 2009 ist der Bw. samt seiner Familie in der xxxx hauptwohnsitzgemeldet.

Der Bw. gab an, im Zeitraum 11/2005 bis 12/2005 Einnahmen in Höhe von 4.391,00 € erzielt, jedoch keine Ausgaben getätigt zu haben. In den Jahren 2006 und 2007 sowie in den

Monaten Jänner bis August 2008 habe er ein Einkommen im Ausmaß von 6.188,62 € (2006), von 11.957,56 € (2007) und von 9.499,10 € (1-8/2008) erwirtschaftet.

Zur Untermauerung seines Vorbringens legte der Bw. von ihm ausgestellte Rechnungen aus dem Jahre 2005 an einen Auftraggeber sowie aus dem Jahre 2008 an drei verschiedene Auftraggeber vor.

Fakturen über die erklärten Einnahmen der Jahre 2006 und 2007 wurden nicht übermittelt.

Der Bw. habe im Jahre 2008 über ein monatliches Einkommen in Höhe von 1.187,39 € verfügt, wobei ihm nach Abzug der monatlichen Fixkosten für Wohnen (100,00 €), Energie (60,00 €) und Kindergartenkosten (78,72 €) ein Geldbetrag im Ausmaß von 948,67 € für Nahrungsmittel, Bekleidung, Kosmetikartikel usw. verblieben wäre.

Zu den einzelnen ausgestellten Rechnungen ist anzumerken, dass die erbrachten Leistungen nicht aufgeschlüsselt, sondern allgemein beschrieben und dafür Pauschalpreise verrechnet wurden. Es gibt weder Stundenaufzeichnungen noch Abrechnungen nach Quadratmetern.

Der Leistungszeitraum betrug mindestens einen Monat.

Die verrechneten Leistungen sind zB wie folgt beschrieben worden:

Gipskartonarbeiten (Rechnung Nr. 5, vom 17.12.2005), Demontage diverser Einrichtungsgegenstände, Zerlegen, Verpacken (Rechnung Nr. 6, vom 30.12.2005), diverse Aushilfsarbeiten, Herstellen von Gipskartondecken, Spachtelarbeiten, Verschießen von Bauwerksfugen (Rechnung Nr. 8, vom 4.9.2008), Rigidipsdeckenmontage (Rechnung vom 29.4.2008), Montage von Unterkonstruktionen (Rechnung vom 10.3.2008), Verputzarbeiten, Malerarbeiten (Rechnung vom 20.1.2008).

Aus den Einnahmen- und Ausgabenrechnungen des Bw. gehen folgende Materialausgaben hervor:

Für das Jahr 2005 habe der Bw. gar keine Ausgaben getätigt, für 2006 lediglich Büromaterialkosten in Höhe von 38,61 €. Von den Ausgaben des Jahres 2007 in einer Gesamthöhe von 4.972,44 € wären lediglich 497,95 € auf Materialaufwendungen entfallen.

Der Materialeinkauf für Jänner bis August 2008 habe 265,52 € betragen, während die übrigen Ausgaben in diesem Jahr für zB „A1, SVA, WKO, xbank und Wiener Linien“ ein Gesamtausmaß von 2.931,18 € erreicht hätten.

Mit dem streitgegenständlichen Abweisungsbescheid hat das Finanzamt lediglich die Voraussetzungen des Anspruches auf Familienbeihilfe für N. T. ab dem Monat Mai 2007 überprüft und verneint.

Aus den Begründungsausführungen dieses Bescheides geht hervor, dass gemäß § 2 FLAG 1967 für EU-Bürger unter anderem dann Anspruch auf Familienbeihilfe bestünde, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet hätten. Als Nachweis dafür

würden ausreichende Existenzmittel und eine leistungspflichtige Krankenversicherung für die gesamte Familie, die alle Risiken abdecke, dienen. Diese Anspruchsvoraussetzungen habe der Bw. nicht erfüllt und sei deshalb sein Antrag auf Familienbeihilfe abzuweisen gewesen.

Der Bw. erhob gegen diesen Bescheid Berufung und führte begründend aus, dass er sich bereits seit dem 1. September 2005 rechtmäßig und ununterbrochen in Österreich niedergelassen habe und seit Oktober 2005 als Selbständiger erwerbstätig sei. Er verwies in diesem Zusammenhang auf ein Gewerberegister, MBA2- 104966F02/1; Reg.Zl.: 104966F02, somit sei er auf Grund der Richtlinie des Parlaments und des Rates der EU 2004/38/EG, als EU Bürger zur Niederlassung in Österreich berechtigt gewesen.

Ein Recht auf Niederlassung nach dem Artikel 7 der oben genannten EU-Richtlinie hätten Unionsbürger und ihre Familienangehörigen insbesondere, wenn sie Arbeitnehmer oder Selbständige im Aufnahmemitgliedstaat seien. Nach Artikel 8 Abs. 4 dieser Richtlinie könne kein fester Betrag für Existenzmittel als ausreichend festgelegt werden.

Der Bw. verwies in seinen Ausführungen außerdem auf § 53 Abs. 1 der Durchführungsrichtlinien zum FLAG 1967 (BGBl. Nr. 376/1967, in der Fassung BGBl. I 168/2006). Danach sei eine Gleichstellung von EWR/EU Staatsbürgern normiert worden, wofür Artikel 12 des EG Vertrages die Grundlage biete. Dies habe sowohl für die Soziale Sicherheit als auch für die Familienleistungen zu gelten. Dieser Gesichtspunkt sei im Zusammenhang mit aufenthaltsrechtlichen Vorschriften zu sehen.

Im Ergebnis würde der Bw. die Anspruchsvoraussetzungen im vollen Ausmaß erfüllen. Zum Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet führte der Bw. aus, dass er und seine Familie diesen durch ihren ständigen Aufenthalt in Österreich hätten. Sein ältester Sohn besuche einen privaten Kindergarten in Österreich, sein zweiter Sohn wurde in W geboren.

Der Bw. gab weiters an, dass seine Familie im Inland krankenversichert sei und er durch seine Erwerbstätigkeit ein monatliches Einkommen in Höhe von ca. 1.300,00 € bis 1.400,00 € erzielen würde.

Abschließend führte der Bw. aus, dass er bereits im Jahre 2005 für seinen Sohn F. einen Antrag auf Familienbeihilfe gestellt, jedoch keinen Bescheid erhalten habe. Daher habe er am 26. Juli 2007 die Familienbeihilfe für seine beiden Söhne beantragt, das Finanzamt habe im gegenständlichen Abweisungsbescheid ein falsches Datum der Antragstellung und darüber hinaus verabsäumt über seinen ältesten Sohn F. zu entscheiden.

Die K.I.A.B. (Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung) hat in einem Schriftsatz vom 13. Jänner 2009 zum vorliegenden Sachverhalt ausgeführt, dass der Bw. im Ergebnis eher eine arbeitnehmerähnliche Beschäftigung ausüben würde.

Aus den Begründungsausführungen der abweisenden Berufungsvorentscheidung geht hervor, dass mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz Österreich den Beitritt der neuen EU-Mitgliedstaaten umgesetzt und von den vertraglichen Möglichkeiten Gebrauch gemacht habe, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Österreich habe diesbezüglich Übergangsbestimmungen für maximal sieben Jahre einführen können. Danach würden EU-Bürger für die Dauer der Anwendung dieser Übergangsbestimmung bis zum 30. April 2011 weiterhin dem Ausländerbeschäftigungsgesetz unterliegen. Für polnische Arbeitnehmer bestehet daher grundsätzlich Arbeitsbewilligungspflicht nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz.

Die Abgabenbehörde erster Instanz stützte ihre Begründungsausführungen in der Berufungsvorentscheidung überdies auf folgende von der K.I.A.B. angeführte Gründe, die in ihrer Gesamtheit darlegen würden, dass der Bw. zumindest in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis gestanden wäre:

Es würden keine Werkverträge vorliegen, es gebe keine genaue Definition der Aufträge und keine Honorarabschlüsse. Das Entgelt werde zum Teil pauschal abgerechnet. Die Tätigkeiten hätten Arbeiten betroffen, die üblicherweise im Rahmen eines Arbeitsvertrages erbracht werden, sodass sie mit jenen eines (Hilfs-) Arbeiters zu vergleichen wären.

Somit könne eine Beschäftigung, die nach der allgemeinen Lebenserfahrung üblicherweise als ein Dienstverhältnis zu beurteilen sei, nicht durch formelle Gestaltungen wie zB einen Gewerbeschein für „Verspachteln“, eine Mitgliedschaft bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft und eine beim Finanzamt eingereichte Einkommensteuererklärung in eine selbständige Tätigkeit umgedeutet werden. Daher stünde der in Rede stehende Anspruch auf Familienbeihilfe mangels selbständiger Tätigkeit und einer rechtmäßigen nichtselbständigen Tätigkeit nicht zu.

Über die Berufung wurde erwogen:

Der Unabhängige Finanzsenat geht im konkreten Fall von folgendem erwiesenen Sachverhalt aus.

Der Bw. ist ein polnischer Staatsbürger und hat seit September 2005 in Österreich einen Hauptwohnsitz. Seine Ehegattin H. T. und die beiden Söhne leben ebenfalls im Bundesgebiet und sind hauptwohnsitzgemeldet.

Der Bw. besitzt im Inland Gewerbescheine für folgende Tätigkeiten: „*Abdichten gegen Feuchtigkeit und Druckwasser*“, „*Schwarzdecker*“, „*Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen*

Tätigkeit", „Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilteile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen“ und „Verschließen von Bauwerksfugen mittels plastischer und dauerelastischer Kunststoffmassen und Kunststoffprofilen“ am Standort seiner damaligen Wohnadresse in W. , T.gasse.

Der Bw., seine Ehegattin sowie die beiden Kinder sind bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.

Feststeht auch, dass der Bw. im Jahre 2005 für ein Unternehmen, in den Jahren 2007 und 2008 für drei Unternehmen verschiedene einfache Hilfsarbeiten im Baugewerbe, wie Verspachtelungsarbeiten, Verschließen von Baufugen und Verputzarbeiten entgeltlich erbrachte und darüber lediglich in den Jahren 2005 und 2008 Rechnungen legte. Darin beschrieb er die Leistungen allgemein und rechnete sie pauschal ab. Es fehlt eine Aufschlüsselung dieser Tätigkeiten nach der Anzahl der Stunden bzw. nach Quadratmeterpreisen.

Es besteht weder eine Arbeitserlaubnis noch existieren Werkverträge.

Der Einnahmen- und Ausgabenrechnung sind keine Ausgaben für die Beschäftigung anderer Arbeitskräfte zu entnehmen.

Festzuhalten ist außerdem, dass der Bw. für das Jahr 2005 gar keine Materialausgaben tätigte, für 2006 lediglich Büromaterialkosten in Höhe von 38,61 €, für 2007 entfielen von den gesamten Ausgaben in Höhe von 4.972,44 € lediglich 497,95 € auf Materialaufwendungen. Der Materialeinkauf für den Zeitraum Jänner bis August 2008 betrug 265,52 €, während die übrigen Ausgaben in diesem Jahr zB für „A1, SVA, WKO, xbank und Wiener Linien“ ein Gesamtausmaß von 2.931,18 € erreichten.

Dieser unstrittige Sachverhalt ergibt sich aus den vom Bw. über Vorhalt übermittelten Unterlagen, den Versicherungsbestätigungen, dem Versicherungsdatenauszug, den beim Finanzamt vorgelegten Einnahmen- und Ausgabenrechnungen sowie den Steuererklärungen und den vom Bw. ausgestellten Rechnungen über oben dargelegte Bauarbeiten.

In rechtlicher Hinsicht ist dazu für den streitgegenständlichen Zeitraum ab dem Mai 2007 auszuführen:

Eingangs ist festzustellen, dass das Finanzamt in seinem Bescheid vom 18. März 2008 lediglich über den Antrag des Bw. auf Familienbeihilfe für N. T. ab dem 1. Mai 2007 abgesprochen hat. Damit ist der Umfang der Entscheidungspflicht des Unabhängigen Finanzsenates klar abgegrenzt und ist dieser über andere Ansprüche nicht zur Entscheidung berufen.

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG in der ab 1. Jänner 2006 geltenden Fassung (BGBI. I Nr. 100/2005)

haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBI. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§ 8 NAG regelt die verschiedenen Aufenthaltstitel, § 9 NAG iVm mit § 53 NAG die Ausstellung einer Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger. Eine solche ist gemäß der letztgenannten Bestimmung dann auszustellen, wenn die Voraussetzungen gem. der §§ 51 NAG (Angehörigeneigenschaft) oder 52 NAG vorliegen. Demnach ist von der zuständigen Behörde das Vorliegen einer Krankenversicherung und ausreichender Existenzmittel zu prüfen. Zu beachten ist aber in diesem Zusammenhang die Übergangsbestimmung des § 81 Abs. 4 NAG, wonach für EWR-Bürger, die bereits vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen und gemeldet sind, die aufrechte Meldung nach dem Meldegesetz 1991 die Anmeldebescheinigung ersetzt.

EWR Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen und sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, sind zufolge § 51 NAG zur Niederlassung berechtigt, wenn sie

- a) in Österreich Arbeitnehmer oder Selbstständiger sind;
- b) für sich und seine Familienangehörigen über eine ausreichende Krankenversicherung verfügen und nachweisen, dass sie über ausreichende Existenzmittel zur Besteitung ihres Lebensunterhaltes verfügen, sodass sie während ihres Aufenthaltes keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen, oder
- c) eine Ausbildung bei einer rechtlich anerkannten privaten oder öffentlichen Schule oder Bildungseinrichtung absolvieren und die Voraussetzungen der Z 2 erfüllen.

Angehörige von freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern (§ 51 NAG), die selbst EWR-Bürger sind, sind gemäß § 53 Z 2 NAG neben anderen Genannten zur Niederlassung berechtigt, wenn sie Verwandter des EWR-Bürgers oder seines Ehegatten in gerader absteigender Linie bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres und darüber hinaus sind, sofern ihnen von diesen tatsächlich Unterhalt gewährt wird.

Daraus ergibt sich, dass ein rechtmäßiger Aufenthalt eines EU Bürgers in Österreich nur dann vorliegt, wenn dieser eine der oben genannten Voraussetzungen erfüllt.

Gleichermaßen ist jedoch für den Berufungsfall zu beachten, dass seit dem 1. Mai 2004, mit dem Beitritt Polens zur EU, auf polnische Staatsbürger die Verordnung (EWG) Nr. 1408 des

Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern idgF grundsätzlich und ungeachtet allenfalls entgegenstehender inländischer Rechtsvorschriften anwendbar ist.

Gemäß Art 3 der VO (EWG) Nr. 1408/71 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nicht anderes vorsehen.

Der persönliche Geltungsbereich der Verordnung Nr 1408/71 ist in Artikel 2 definiert. Gemäß Artikel 2 Absatz 1 gilt die - als unmittelbares Recht anzuwendende - Verordnung Nr 1408/71 insbesondere für "Arbeitnehmer und Selbständige, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten".

Eine Leistung wie die Familienbeihilfe nach dem österr FLAG ist eine Familienleistung iSv Art 4 Abs 1 lit h der VO (EWG) Nr 1408/71.

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Österreich kann Übergangsbestimmungen hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit für die neuen EU-Bürger für maximal sieben Jahre einführen. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten (mit Ausnahme Maltes und Zyperns) wird im § 32a Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AusIBG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs 2 lit 1 AusIBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (dh bis maximal 30. 4. 2011) weiterhin dem AusIBG.

Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AusIBG. Das Finanzamt hat den gegenständlichen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe mit der Begründung abgewiesen, dass die vom Bw. in Österreich ausgeübte Tätigkeit eine Umgehung des AusIBG darstelle.

Aus nachstehenden Erwägungen ist davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit des Bw. nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische unselbständige Beschäftigung als Hilfsarbeiter auf einer Baustelle darstellt.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung durch § 2 Abs. 2 AusIBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als

Beschäftigung gilt. Eine solche Beschäftigung ist der Bewilligungspflicht nach dem AusIBG unterworfen.

Für die Einordnung in den Begriff der Beschäftigung ist maßgebend, dass die zu beurteilende Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird.

Das Tatbestandsmerkmal der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit und nicht nach der äußeren Erscheinungsform des Sachverhaltes zu beurteilen (vgl. VwGH 23.5.2002, 2000/09/0190, VwGH 10.12.2009, 2009/09/0129).

Im Berufungsfall geht schon aus den vorgelegten Fakturen hervor, dass die in Rede stehenden Arbeiten, wie das „Verschließen von Bauwerksfugen“, „Spachtelarbeiten“, „Montage von Unterkonstruktionen“, „Zwischendeckenmontage“, „Verputzarbeiten“ sowie „diverse Aushilfsarbeiten“, als einfache Hilfsarbeiten zu beurteilen sind.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen, dass einfache Hilfsarbeiten, wie das Aufstellen von Zwischenwänden, Eisenverlegungsarbeiten bzw. Armierungsarbeiten oder Verspachtelungsarbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. VwGH 10.12.2009, 2009/09/0129, VwGH 21.10.1998, 96/09/0183, VwGH 7.11.1996, 95/09/0255, VwGH 13.2.1997, 95/09/0154)

Auch die gegenständlichen Arbeiten, wie Zerlegungs- und Verpackungsleistungen, Demontage diverser Einrichtungsgegenstände, Spachtelarbeiten, Gipskartonarbeiten stellen im Sinne oben erwähnter Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes einfache Hilfsarbeiten dar, die in einem unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssen. Sie sind daher ebenso nicht als selbständiges Werk zu beurteilen und können schon aus diesem Grund nicht allein Gegenstand eines Werkvertrages sein.

Dass der Bw. bei Durchführung der in Rede stehenden Arbeiten zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt verpflichtet wurde, war auch deshalb nicht anzunehmen, da er keine schriftlichen Unterlagen, wie Werkverträge, Stundenaufzeichnungen oder andere Geschäftsunterlagen vorlegen konnte, aus denen eine solche Verpflichtung ableitbar gewesen wäre.

Aufgrund der monatlichen Abrechnungen ist vielmehr auf eine regelmäßige Beschäftigung des Bw. bei den als Auftraggebern angeführten Personen und somit auf Dienstverhältnisse zu schließen.

Dafür, dass Arbeitnehmerverhältnisse vorliegen spricht auch der Umstand, dass der Bw. seine Tätigkeit in der Regel für zwei bis drei Unternehmen ausgeübt hat, nicht aber für eine unbegrenzte, oftmals wechselnde Zahl von Auftraggebern, wie dies bei einer selbstständigen Tätigkeit der Fall wäre.

Die vorliegenden Rechnungen geben ebenso keine Anhaltspunkte, dass sich der Bw. zur Herstellung eines Werkes verpflichtet hat, zumal sie in keiner für selbständige Unternehmer üblichen Weise Aufschluss über Art und Umfang der Leistungen und der Zusammensetzung des Entgeltes geben.

Die verrichteten Leistungen wurden vielmehr pauschal verrechnet, sodass daraus jedenfalls weder eine auf Werkvertragsbasis erfolgsbezogene Entlohnung noch ein Interesse des angegebenen Bestellers bzw. eine Vertragsverpflichtung des Bw. in Bezug auf den Enderfolg einer ausbedungenen Leistung abzuleiten war.

Außerdem hat der Bw. nach den vorliegenden Unterlagen nur die erklärten Einnahmen des Jahres 2005 und 2008 fakturiert.

Ebenso wenig war erkennbar, wie allein auf Basis der vorgelegten Rechnungen Sorgfaltswidrigkeiten im Falle einer mangelhaften Leistungsverrichtung zwischen dem Bw. und den angegebenen Leistungsempfängern zu beurteilen gewesen wären und war daher nicht davon auszugehen, dass der Bw. irgendein Haftungs- und Gewährleistungsrisiko zu tragen hatte.

Der vom Bw. angegebene Materialeinsatz war keineswegs mit einer Ausstattung auch nur eines Kleinbetriebes in der österreichischen Baubranche zu vergleichen. Außerdem scheinen in der Einnahmen-Ausgabenrechnung keine Kosten für Transportgeräte bzw. auch keinerlei Abschreibung für Abnutzung auf.

Fehlende Ausgaben für die Beschäftigung anderer Arbeiter in der Einnahmen und Ausgaben Rechnung deuten klar darauf hin, dass sich der Bw. nicht vertreten ließ, obgleich dies im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit üblich ist.

Die vorstehenden Ausführungen sprechen somit insgesamt für das Vorliegen eines nichtselbständigen Dienstverhältnisses und vermag an dieser Beurteilung auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Bw. Gewerbescheine besitzt, er sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet und beim zuständigen Finanzamt die Steuererklärungen abgegeben hat.

Denn eine solche nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeutende Beschäftigung wird auch nicht dadurch zu einer selbständigen Tätigkeit, dass die Formalvoraussetzungen vorliegen; sind doch nach ständiger Rechtsprechung für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung als Dienstverhältnis nicht die vertraglichen Abmachungen maßgebend, sondern stets das tatsächlich verwirklichte Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit, wobei auch der im Wirtschaftsleben üblichen Gestaltungsweise Gewicht beizumessen ist (VwGH 25.10.1994, 90/14/0184, VwGH 20.12.2000, 99/13/0223).

Daraus ergibt sich somit für den konkreten Fall, dass der Bw. die in Rede stehenden Leistungen im Rahmen einer unselbständigen Beschäftigung erbracht und keine Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit erzielt hatte.

Eine solche Tätigkeit muss aber den Vorschriften des Ausländerbeschäftigungsgesetzes entsprechen, es handelt sich dabei um eine bewilligungspflichtige Beschäftigung iSd § 2 iVm § 3 Abs. 2 AusIBG. Da der Bw. die erforderliche Arbeitsbewilligung jedoch nicht nachgewiesen hat, war er als Arbeitnehmer nicht rechtmäßig beschäftigt und besteht im Berufungsfall für eine Leistung wie die Familienbeihilfe nach dem österr. FLAG iSd Art 4 Abs. 1 lit h der VO (EWG) Nr. 1408/1 infolge Nichtanwendbarkeit dieser Verordnung kein Anspruch.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 3. Februar 2010