



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch die Vorsitzende HRätin Dr. Anna Radschek und die weiteren Mitglieder HR Dr. Elfriede Murtinger, KomzLR. Ing. Josef Bitzinger und Hermann Greylinger über die Berufung des Bw, in Wohnadresse, vom 7. Juni 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 9. Mai 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Oktober 2004 nach der am 8. Juni 2011 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird – soweit damit über den Zeitraum Oktober 2004 bis Februar 2005 abgesprochen wird - aufgehoben.

Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen. Der angefochtene Bescheid bleibt – soweit damit über den Zeitraum ab März 2005 abgesprochen wird - unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Bw beantragte im März 2005 Familienbeihilfe für seine beiden minderjährigen Kinder Tochter¹, geboren 1996, und Sohn¹, geboren 1998.

Der Bw ist polnischer Staatsbürger und hat seit Oktober 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 9. Mai 2005 ab Oktober 2004 ab. Begründend wurde ausgeführt, dass die auf Basis des Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit des Bw als Dienstverhältnis zu beurteilen sei und einen Verstoß gegen das

Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) darstelle. Mangels eines freien Zuganges zum Arbeitsmarkt für eine Übergangsfrist von 7 Jahren sei die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 für den Bw daher nicht anzuwenden.

Gegen diesen Bescheid wurde Berufung erhoben. Der Bw brachte darin vor, dass er selbständig arbeite und kein Dienstverhältnis eingegangen sei. Er zahle auch seine Beiträge an jedes erforderliche Amt. Der Berufung beigelegt waren Kontoausdrucke, aus denen die Überweisungen an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft vom ersten Quartal 2005 bis zum 2. Quartal 2006 und eine weitere Überweisung vom November 2005 (AS 25 bis 32) ersichtlich waren.

Das Finanzamt entschied mit abweisender Berufungsvorentscheidung. Das Anmelden eines Gewerbescheines sei nicht gleichbedeutend mit der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit. Vielmehr sei eine Reihe von Kriterien zu erfüllen, die die ausgeübte Tätigkeit als Gewerbe untermauerten. Im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, dass die Tätigkeit nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt eine typische Beschäftigung als Hilfsarbeiter auf der Baustelle darstelle: Es gäbe nur eine mündliche Vereinbarung, die Arbeitseinteilung und der Arbeitseinsatz auf der Baustelle erfolge über Anordnung des Auftraggebers, der Bw könne sich nicht vertreten lassen, er beschäftige keine Arbeitnehmer, er müsse Krankheit und Urlaub melden, das Arbeitsmaterial werde von der Baufirma zur Verfügung gestellt, das eigene Werkzeug sei geringfügig. Daraus ergebe sich, dass der Bw wie ein Dienstnehmer seine Arbeitskraft und nicht ein Werk schulde und er dem Willen des Auftraggebers in gleicher Weise unterliege wie ein Dienstnehmer.

Der Bw beantragte die Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz. Er habe nicht gewusst, dass eine mündliche Auftragsvereinbarung nicht ausreichend sei. Er habe immer für Auftraggeber gearbeitet, die ihm Aufträge gegeben hätten. Aufgrund der Marktsituation könne er sich die Auftraggeber nicht aussuchen und auch keine Aufträge ablehnen. Das Abschlussdatum sowie Beginn- und Laufzeit habe der Bw immer persönlich mit dem Auftraggeber ausgemacht und den Inhalt des Auftrages genau besprochen. Auch der Auftraggeber habe es nicht als erforderlich angesehen, alles niederzuschreiben, weil das gang und gäbe sei. Durch die Annahme eines Auftrages träten der Bw und der Auftraggeber in ein Verhältnis der Zusammenarbeit. Dadurch müsse auch genau geregelt werden, wann was zu machen sei und wann er auf Urlaub fahre. Dass er vom Auftraggeber das Material beziehe, sei ganz normal, weil dieser das so wolle. Es stehe nirgends geschrieben, dass die ausführende Firma auch das Material liefern müsse. Das Werkzeug, das er besitze, sei völlig ausreichend. Er ersuche daher um nochmalige Überprüfung seiner Berufung.

Im Akt befand sich der Bericht des Erhebungsdienstes samt den erhobenen Unterlagen.

Das Finanzamt legte die Berufung zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

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

Der Bw ist polnischer Staatsbürger und seit September 2004 in Österreich gemeldet. Seine Frau, mit der er in aufrechter Ehe lebt, lebt in Polen im Familienhaushalt mit den gemeinsamen minderjährigen Kindern Tochter¹, geboren 1996 und Sohn¹, geboren 1998.

Der Bw hat im März 2005 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine beiden Kinder Tochter¹ und Sohn¹ eingebracht. Für welchen Zeitraum die Familienbeihilfe beantragt wurde, blieb im Formular unausgefüllt.

Der Bw meldete im Oktober 2004 das freie Gewerbe „Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilmteile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen“ bei der Gewerbebehörde an. Er ist seit dem 1.10.2004 bis zum 30.6.2006 bei der Sozialversicherungsgesellschaft der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.

Seit Oktober 2004 erzielt der Bw Einnahmen aus dieser Tätigkeit. Sein einziger Auftraggeber ist sein Schwager, SW. Die Abrechnung erfolgt in Pauschalbeträgen. Bis zur Erhebung durch das Finanzamt im Februar 2006 erfolgten die Aufträge nur mündlich. Die abgerechneten Leistungen werden teilweise in bar bezahlt, teilweise auf ein Konto bei der Erste Bank überwiesen. Es werden keine buchhalterischen Aufzeichnungen geführt, sondern nur Rechnungen erstellt. Die Wohnadresse ist die Geschäftsadresse. An dieser ist kein Büro eingerichtet. Der Bw hat weder Dienstnehmer noch ein Firmenauto.

Das Baumaterial wird von der jeweiligen Baufirma zur Verfügung gestellt. Sein Schwager und Auftraggeber sagt dem Bw an, auf welcher Baustelle und wo er auf der Baustelle arbeiten soll und welche Arbeiten er dort ausführen soll. Hinsichtlich Arbeitsfortgang und Qualität wird er von seinem Schwager kontrolliert. Er muss Arbeitsbeginn und Arbeitsende nicht melden, jedoch Abwesenheit wegen Krankheit und Urlaub. Der Bw kann sich bei seiner Arbeit nicht vertreten lassen.

Der Bw wohnt an der Adresse mit seinem Schwager und zwei weiteren Landsleuten. Der Schwager ist Hauptmieter. Die Miete wird aufgeteilt. Der Bw zahlt die Miete an seinen Schwager.

Der Bw erklärte Einnahmen für das Jahr 2004 (ab Oktober 2004) in der Höhe von 4.400 Euro und für das Jahr 2005 in der Höhe von 12.200 Euro.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, den im Akt aufliegenden Rechnungskopien, der Gewerbeanmeldung und insbesondere aus dem Vorbringen des Bw im Rahmen der Berufung und aus seinen Angaben gegenüber dem Erhebungsdienst des Finanzamtes und ist insoweit nicht strittig.

Dieser Sachverhalt wird rechtlich wie folgt gewürdigt:

Zeitraum ab Oktober 2004 bis Februar 2005:

Gemäß § 10 Abs. 1 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe nur auf Antrag gewährt.

Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden (§ 10 Abs. 2 FLAG 1967).

Die Familienbeihilfe wird nach § 10 Abs. 3 FLAG 1967 höchstens fünf Jahre rückwirkend vom Beginn der Antragstellung gewährt.

Die Frage, ob für einen bestimmten Anspruchszeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist an Hand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum ist der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind kann somit von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (VwGH 25.3.2010, 2009/16/0119).

Im vorliegenden Fall wurde vom Bw das im Antragsvordruck vorgesehene Feld, ab wann die Familienbeihilfe beantragt wird, nicht ausgefüllt. Damit hat der Bw die Möglichkeit einer rückwirkenden Beantragung nicht ausgeschöpft. Es ist daher davon auszugehen, dass die Familienbeihilfe vom Tag der Antragstellung an begehrt wurde. Der Zeitraum, über den das Finanzamt somit absprechen durfte, begann damit im März 2005. Für vor diesem Zeitraum gelegene Monate fehlte dem Finanzamt mangels eines vorliegenden Antrages die Befugnis, darüber abzusprechen. Der Bescheid war daher, soweit er über die Monate ab Oktober 2004 bis Februar 2005 abgesprochen hat, aufzuheben.

Zeitraum ab März 2005 bis Dezember 2005:

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 September 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 Oktober 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 durch eine weit reichende Ausschaltung der eigenen Bestimmungsfreiheit gekennzeichnet ist.

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 disziplinierte 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 und wie 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 ausschließlich für einen Auftraggeber, nämlich für SW 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, musste der Bw zwar Arbeitsbeginn oder Arbeitsende nicht melden, war aber de facto im Hinblick auf den jeweiligen Arbeitsfortschritt auf den einzelnen Baustellen doch an bestimmte Arbeitszeiten gebunden. Er musste Abwesenheitszeiten wie Krankheit oder Urlaub seinem Auftraggeber melden. Die Arbeiten an den einzelnen Baustellen wurden von seinem Auftraggeber oder vom jeweiligen Baubeauftragten eingeteilt und koordiniert. Der Bw arbeitete regelmäßig an verschiedenen Baustellen des Auftraggebers. 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 mit pauschalen Beträgen ab. Aus den Abrechnungen ist nicht erkennbar, wie der Bw zu den jeweiligen pauschalen Beträgen gelangte. Es zeigt sich dabei, dass er in etwa monatlich abrechnete. Die Monatsbeträge betrugen zwischen 700 Euro bis 1.500 Euro.

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 abgesehen von einer Abrechnung, die gegen Monatsmitte erfolgte, zum Monatsende gelegt. Im Monat Mai erfolgte eine zusätzliche Abrechnung zur Monatsmitte. Die abgerechneten Beträge bewegten sich zwischen 700 und 1.500 Euro. Der Bw wurde damit fortlaufend 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 Höhe der Entlohnung saisonale Schwankungen erkennbar sind, die der saisonalen Abhängigkeit der Auftragslage der Baubranche entspricht, da es auf das Überwiegen der Merkmale 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, sich nicht vertreten lassen konnte, ihn kein wirkliches Unternehmerwagnis traf und seine Entlohnung im wesentlichen laufend erfolgte.

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

Die Voraussetzung einer nichtselbständigen 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 idF BGBl. I Nr. 28/2004 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 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 (§ 3 Abs. 2 AuslBG idF BGBl. I Nr. 126/2002). Der Ausländer hat die entsprechende Bewilligung an seiner Arbeitsstelle zur Einsichtnahme bereit zu halten (§ 3 Abs. 6 AuslBG idF BGBl. I Nr. 126/2002).

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 dem 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 Beschwerdeführerin 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 sowohl 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 bewohnte der Bw neben anderen Mitbewohnern mit seinem Auftraggeber, wodurch der Bw auch hinsichtlich seiner Wohnsituation von seinem Auftraggeber abhängig ist. Der Bw musste die Miete an seinen Auftraggeber zahlen.

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 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 Anhanges 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.

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 Ausländerbeschäftigungsgesetzes 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.

Feizügigkeit 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.

Zeitraum ab Jänner 2006:

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der seit 1.1.2006 geltenden Fassung 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 gemäß § 3 Abs. 2 FLAG 1967 für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

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

Für EWR-Bürger, die bereits vor dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen und nach dem Meldegesetz 1991 gemeldet sind, gilt gemäß der Übergangsbestimmung des § 81 Abs. 4 NAG ihre aufrechte Meldung nach dem Meldegesetz 1991 als Anmeldebescheinigung im Sinne des § 53 NAG und somit als Dokument zur Bescheinigung des Daueraufenthaltes des EWR-Bürgers.

Nachdem der Bw zum 1.1.2006 über eine aufrechte Meldung nach dem Meldegesetz verfügte, gilt dies als Anmeldebescheinigung im Sinne des § 53 NAG. Der Bw hält sich daher nach § 9 NAG rechtmäßig in Österreich auf. Er erfüllt daher die in § 3 Abs. 1 und 2 FLAG 1967 in der derzeit geltenden Fassung festgelegte Voraussetzung für die Gewährung der Familienbeihilfe.

Nach der Bestimmung des § 3 Abs. 2 FLAG 1967 in der derzeit geltenden Fassung ist jedoch auch ein rechtmäßiger Aufenthalt des Anspruch vermittelnden Kindes in Österreich Voraussetzung für den Bezug von Familienbeihilfe. Da die Kinder des Bw sich nicht in

Österreich aufhalten und in Österreich auch nicht gemeldet waren, besteht für sie kein Aufenthaltstitel nach dem NAG.

Nach den österreichischen Rechtsvorschriften ist ein Anspruch auf Familienbeihilfe für den Bw für seine Kinder in Polen somit zu verneinen.

Hinsichtlich der gemeinschaftsrechtlichen Frage der Gleichstellung der Staatsangehörigen der Republik Polen mit österreichischen Staatsangehörigen im Sinne des § 53 FLAG 1967 bzw. inwieweit den Staatsangehörigen der Republik Polen Freizügigkeit eingeräumt wurde, wird auch für den Zeitraum ab 1.1.2006 auf die diesbezüglichen Ausführungen für den Zeitraum ab März 2005 verwiesen.

Die Beurteilung, ob der Bw als Arbeitnehmer oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis in Österreich beschäftigt ist, hat nach den für den Zeitraum ab März 2005 dargestellten Grundsätzen zu erfolgen. Die Überprüfung hat jedoch auf der Grundlage des § 2 Abs. 2 AuslBG idF BGBl. I Nr. 101/2005 bzw. ab 1.1.2008 idF BGBl. I Nr. 78/2007 zu erfolgen. Diese Bestimmung hat in den geänderten Fassungen eine Änderung dahingehend erfahren, dass der § 2 Abs. 2 AuslBG idF BGBl. I Nr. 101/2005 bzw. ab 1.1.2008 idF BGBl. I Nr. 78/2007 nunmehr lautet, dass als Beschäftigung die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis (lit. a) oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis (lit. b) gilt. Aus dieser Änderung ergibt sich keine andere rechtliche Beurteilung für den Zeitraum ab dem 1.1.2006.

Da sich die Art der Betätigung des Bw ab 1.1.2006 nicht geändert hat und sich auch aus der geänderten Rechtslage keine andere rechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Bw ergibt, ist der Bw daher weiterhin als Arbeitnehmer einzustufen.

Die bereits oben zu § 53 FLAG 1967 ausgeführte fehlende Gleichstellung von Staatsangehörigen der Republik Polen mit österreichischen Staatsbürgern für den Zeitraum ab März 2005 auf Grund der eingeschränkten Freizügigkeit in der Beitrittsakte 2003 ist daher aus den gleichen Gründen auch für den Zeitraum ab 1.1.2006 gegeben. Es kommt mangels Gleichstellung auch für den Zeitraum ab 1.1.2006 die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht zur Anwendung. Es kann somit auch aus den Bestimmungen der Verordnung kein Anspruch auf Familienbeihilfe für den Bw hergeleitet werden.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 15. Juni 2011