



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des SP, vom 23. Oktober 2008 gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg vom 8. Oktober 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Ausgleichszahlung vom 19. September 2008 entschieden:

Der Berufung wird hinsichtlich des Zeitraums März bis Mai 2006 und Jänner bis September 2007 stattgegeben. Hinsichtlich des Zeitraums Oktober 2004 bis Februar 2006, Juni bis Dezember 2006 und November bis Dezember 2007 wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) ist polnischer Staatsbürger und in Österreich als Verspachtler (von bereits montierten Gipskartonplatten) tätig. Im Jahr 2004 war er als Spachtler bei der Fa. PMKEG vollbeschäftigt nichtselbständig tätig. Für die Jahre 2005 und 2006 erfolgte noch keine Veranlagung. Im Jahr 2007 wurden vom Finanzamt Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit (Einkünfte ohne inländischen Steuerabzug) in Höhe von Euro 10.149,42 angesetzt. Die Einkommensteuer für das Jahr 2007 wurde mit 0,00 festgesetzt.

Das Finanzamt wies seinen Antrag auf Gewährung der Differenzzahlung (Familienbeihilfe) vom 19. September 2008 mittels Abweisungsbescheiden vom 8. Oktober 2008 mit folgender Begründung ab:

"Anspruch auf Familienbeihilfe (Differenzzahlung) besteht nur für Zeiträume, in denen im Bundesgebiet Einkünfte aufgrund einer Erwerbstätigkeit vorliegen. Ihre Tätigkeit wurde aufgrund des Gesamtbildes als nichtselbständige Tätigkeit eingestuft. Ohne Beschäftigungsbewilligung und ohne Beschäftigung bei einem Dienstgeber in Österreich liegen keine Einkünfte aufgrund einer Erwerbstätigkeit vor.

Mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für Ihre in Polen lebenden Kinder."

Dagegen brachte der Bw. eine Berufung mit folgender Begründung ein:

"Abweisungsbescheid hat **KEINE** Begründung. Es wurden keine Konkreten Vorwürfe gegen mich gestellt. Es gibt keinen Grund die Familienbeihilfe für meine Kinder nicht auszubezahlen. Ich habe mit Nichtselbständigkeit nichts zu tun. Es muss sich hier um einen klaren Irrtum seitens des Referenten (leider aus unbekannten Gründen gibt er seine Name nicht an) handeln.

Kein einziger Vorwurf, nur "*Gesamtbild* des Ganzen." Ich werde trotzdem zeigen dass o.g. "Gesamtbild" sehr wohl eine selbständige Tätigkeit als Einzelunternehmer bestätigt.

1. Ich bin im **Fünften Jahr** als Unternehmer tätig.
2. **Ich zahle selbst alle Abgaben** (WKO, SVA, Steuern, Magistratsabgaben und usw.)
3. **Ich habe eigene Betriebsmittel** (Werkzeuge, Kleinmaterial, usw.) außer lediglich das zu verarbeitende Material (Spachtelmasse) wurde von Kunden bzw. Auftraggeber, auf ausdrückliches Verlangen wegen einheitlichem Aussehen des Objektes und Großmengenpreis zur Verfügung gestellt. Dies wurde auch bei Vereinbarung der Höhe des Werklohnes entsprechend berücksichtigt.
4. Es gibt **keinen konkreten Arbeitsort**, am welchem ich einzufinden habe. Es gibt vielmehr verschiedene Orte, wo das Werk zu verrichten ist.
5. Es gibt **keine Arbeitszeit vorgeben**, weder hinsichtlich bestimmter Wochentage oder bestimmter Arbeitszeiten wann ich den Auftrag durchzuführen habe. Es gibt selbstverständlich eine Frist, binnen welcher das Werk zu erfüllen ist - mit Auftragsgeber vereinbart. Sollte die Auftragsarbeit nicht fristgerecht fertig werden, gerät der Werkunternehmer in Verzug. Es besteht die Gefahr von Schadensersatzpflichten, Pönalzahlungen und Minderung des Werklohnes.
6. Ich kann den Auftrag grundsätzlich verrichten lassen in einer von **mir bestimmte Vertretung**. Vorausgesetzt dabei, das die vereinbarte Qualität erbracht wird und innerhalb der vereinbarten Frist die Fertigstellung erfolgt.
7. Ich kann auch für andere Auftraggeber tätig sein - **kein Konkurrenzverbot**.

8. Ich, als selbständiger Werkunternehmer **habe natürlich die Haftung** im Rahmen der Gewährleistung zu tragen - gegenüber d. Auftragsgeber. Dies bestimmt sich ebenso nach dem Werkvertragsrecht.

9. Es gibt **keine organisatorische Eingliederung**. Ich kann meine Arbeitsmittel aufbewahren wo ich will (Standort, Kofferraum des PKW, usw.) Es gibt keine gemeinsame Örtlichkeit von wo aus gestartet wird, um die Arbeit zu verrichten und wohin zurückgekehrt wird.

10. Ich bin **keinesfalls weisungsunterworfen!** Natürlich hat Kunde bzw. Auftraggeber darauf zu achten, dass die Qualität und auch die Frist gegenüber ihren eigenen Auftraggeber eingehalten wird, da ansonsten Kunde bzw. Auftraggeber gegenüber eigenen Vertragspartner vertragsbrüchig wird und mit Gewährleistung oder Nichterfüllungsansprüchen konfrontiert wäre und daher auch keinen Werklohnanspruch hätte. Aus diesem Grund hat der Kunde bzw. Auftraggeber darauf zu achten, dass die Aufträge seitens der beauftragten Subunternehmer Frist und qualitätsgerecht nach den vereinbarten Qualitätsstandards erbracht werden. Bei solcher Überprüfung handelt es sich dabei lediglich um *sachliche Überprüfungen*. Sollten in diesem Rahmen Vorgaben erteilt werden, handelt es sich dabei um *sachliche Vorgaben*. Darüber hinaus gehende Vorgaben, wann konkret Aufträge erbracht, welche Dienstleistungen einzuhalten sind oder welche Arbeitsorte oder Arbeitskleidung oder Arbeitsgerätschaften zu verwenden sind, *gibt es nicht*. Es gibt auch *keinerlei Weisungsunterworfenheit*. Es fanden daher natürlich eine Art Nachschauen über den Fortgang der Arbeiten, wobei es jedoch nur um eine *Sachliche Kontrolle*, nicht aber um eine *persönliche Kontrolle* ging. Es gibt, wie bereits erwähnt, keine disziplinarische Abhängigkeit. Es gibt auch keine Weisungsunterworfenheit. Es gibt lediglich Vorgaben hinsichtlich der Qualität und des Termins, die aber für Werkverträge typisch sind.

11. Ich war schon mehrmals von KIAB während meiner Tätigkeit kontrolliert (Baustelle) worden und Kontrolleure haben nie meine selbständige Tätigkeit in Frage gestellt. Im Gegenteil, man hat mich weiter meine Tätigkeit ausüben lassen!!!

12. **Gesamtbetrachtung** (oder "Gesamtbild").

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt es bei der Abgrenzung zwischen Dienstnehmereigenschaft einerseits und Werkvertrag andererseits auf eine Gesamtbetrachtung der einzelnen Merkmale, wie dargelegt an. Bei einer Gesamtbetrachtung der einzelnen Merkmale sieht man jedoch **klar und deutlich**, dass die überwiegende Anzahl der Merkmale **für das Vorliegen eines Werkvertrages spricht**.

In der "Begründung" des Abweisungsbescheides von 8. Oktober 2008 hat man mir *keinen einzigen* Vorwurf gestellt, nur von "Gesamtbild" geschrieben.

Wie ich aber in 12 Punkten meiner Begründung dargestellt habe, spricht die

Gesamtbetrachtung (bzw. "Gesamtbild") deutlich für mich!!!

Bis heute hat keine Behörde oder Amt, mir irgendwelche Vorwürfe, in Betracht auf meine selbständige Tätigkeit als Einzelunternehmer gemacht. Erst nachdem ich Familienbeihilfe in Antrag gestellt habe, versucht jemand, der vielleicht ***nicht dementsprechend informiert bzw. geschult ist, ohne Begründung meine Selbständigkeit in Frage zu stellen.***

Ich habe also immer meine Pflichten gegenüber der Republik Österreich erfüllt. Habe ich denn keine Rechte für meine Kinder etwas zu bekommen. Haben Sie Herr Referent keine Kinder? Ich habe zwei, und es wächst, kostet immer mehr. Es wird einmal groß und Steuerzahler. EU-Bürger sind meine Kinder schon jetzt. Aber in ihren Augen, Herr Referent, EU-Bürger zweiter Kategorie - so genannte "neue" EU-Bürger. Die EU soll irgendwann eine Art von Europäische Familie sein. Darum hat die EU eine Verordnung (EWG) NR.1408/7 über Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren *Familienangehörigen*, eingeführt. Laut dieser Verordnung habe ich Anspruch auf Familienleistungen - Familienbeihilfe. In der Praxis versucht man alles um diese Verordnung mit einer Doppelmoral zu *umgehen*.

Offiziell und amtlich vergibt man Gewerbescheine. Verpflichtet Selbständige Unternehmer zur Zahlung verschiedener Abgaben (WKO Grundumlage, SVA Beiträge, Magistratsabgaben, Steuern und so weiter). Wenn aber ein Unternehmer aus einem EU-Neuland ist und einen Antrag auf zustehende Familienbeihilfe stellt, wird ihm diese verweigert. Mit Argumentation das er ins "Gesamtbild" nicht passt (was auch immer es bedeutet). Wie soll also in Zukunft unsere Europäische Familie funktionieren, wenn das Heute schon für Probleme sorgt? Es ist doch ein Faktum das seit 2004 Arbeitslosigkeit zurückgeht, trotz EU-Beitritt von Polen und anderen Neuen EU-Ländern. Statt schwarzarbeiten haben tausende Neue EU-Bürger offiziell, legale Selbständigkeit gewählt und Firmen gegründet und auch Einzelunternehmer wie ich. Dadurch fließen in die Staatskassen Millionen Euro an Abgaben. Wenn ich einen kleinen Teil davon in Form von mir zustehenden Kinderbeihilfen für meine zwei Kinder bekomme, ist das doch vollkommen in Ordnung. Meine Kinder werden erwachsen. Ob sie dann in der EU bleiben? Woher nehmen wir denn zukünftige Steuerzahler und Facharbeiter? Aus Asien, Afrika oder Südamerika? Wir sind doch Nachbarn. Wenn man eine Familie sein will, muss man sich doch zuerst um die Kinder (Zukunft) kümmern. Diese EU Verordnung wurde in diesem Sinne verfasst. Jeder Euro Familienbeihilfe ist für unsere gemeinsame *europäische* Zukunft - Kinder bestimmt. Darum bitte ich meine ausführliche Begründung als ausreichend zu betrachten und meinen Kindern aufgrund der EU Gesetze zustehende Familienbeihilfen zu gewähren."

Der Unabhängige Finanzsenat erließ am 6. Mai 2009 eine abweisende Berufungsentscheidung (RV/3428-W/08), welche mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes Zl. 2009/16/0242 vom 21. Oktober 2010 wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben wurde.

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

Der Bw ist polnischer Staatsbürger und seit 28. September 2004 in Österreich gemeldet. Seine Frau, mit der er in aufrechter Ehe lebt, lebt in Polen im Familienhaushalt mit den gemeinsamen Kindern, geb. am 1984, 1993 und 1995. Der Bw meldete am 1. Oktober 2004 in Österreich das freie Gewerbe das Gewerbe "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten ausgenommen jener einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit" und „Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profiltrichter 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 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert.

Der Bw . erklärte für das Jahr 2007 Einkünfte aus Gewerbebetrieb in der Höhe von 10.149,42 Euro, wobei er Einnahmen in Höhe von 15.005,81 Euro und Ausgaben in Höhe von 4.856,39 Euro erklärte. Die Aufwendungen setzen sich folgendermaßen zusammen:

Reise- und Fahrtspesen inkl. Kilometergeld und Diäten: 1.437,50 Euro

Tatsächliche KFZ-Kosten: 547,60 Euro

Zinsen und ähnliche Aufwendungen: 25,20 Euro

Eigene Pflichtversicherungsbeiträge: 2.743,44 Euro

USt: 102,65 Euro

Für das Jahr 2008 erklärte er Einnahmen von 15.050,00 und Ausgaben von 5.067,02 Euro, somit einen Gewinn von 9.982,98 Euro. Die Ausgaben waren wie folgt:

Reise- und Fahrtspesen inkl. Kilometergeld und Diäten: 1.437,50 Euro

Tatsächliche KFZ-Kosten: 585,42 Euro

Werbe- und Repräsentationsaufwendungen, Spenden, Trinkgelder: 170,00 Euro

Zinsen und ähnliche Aufwendungen: 48 Euro

Eigene Pflichtversicherungsbeiträge: 2.678,40 Euro

Übrige und/oder pauschale Aufwendungen: 150 Euro

Die Erhebungen des Finanzamtes bezüglich der Art der Tätigkeit des Bw brachten folgendes Ergebnis:

Der Bw. hat im Fragebogen keine Auftraggeber angegeben, mit denen er Arbeits- oder Werkverträge abgeschlossen hat. Der Standort des Gewerbes ist die Wohnung, in der der Bw. wohnt. Dort wohnt er mit Familienangehörigen zusammen. Der Bw. konnte schlecht deutsch sprechen und lesen. Im Internet (Firmen ABC und im Firmenverzeichnis der Wirtschaftskammer) scheint beim Bw. nur die Adresse, jedoch keine Telefonnummer auf.

Der Bw. gab zu den Fragen des Erhebungsdienstes an:

Der Bw. ist 2004 nach Österreich gekommen. Der Standort des Gewerbes ist an der Wohnadresse des Bw. Der Bw. kann kommen und gehen, wann er will. Der Bw. kann sich vertreten lassen. Er hat auch keine Mitarbeiter. Sein Entgelt wird im Auftrag vereinbart, nach Beendigung des Werkes macht er eine Abrechnung und schreibt die Rechnung. Neben diesen Einkünften bezieht der Bw. keine weiteren Einkünfte.

Der Bw. legte einen Werkvertrag mit der Fa. X., Wien, vom 1.2.2006 über Trockenbauarbeiten im Bauvorhaben XXX, Wien vor, welche als Leistungsposition nur Folgendes enthielt: „1 Regiestunde zu EP 12,07“. Weiters legte er Rechnungen über stundenmäßig abgerechnete Regiearbeiten bei diesem Bauvorhaben für die Fa. A. Trockenbau WKEG, Wien vor sowie einen Subunternehmervertrag mit der AKKEG, betreffend Trockenbauarbeiten (Regiearbeiten/Spachtelung) beim selben Bauvorhaben. Die genannten Unterlagen betreffen somit alle dasselbe Bauvorhaben, wobei der Auftraggeber unter verschiedenen Firmennamen aufgetreten ist.

Weiters legte der Bw. Rechnungen (Spachtelung Gk-Elemente) an die BgmbH sowie einen Auftrag über Trockenbauarbeiten (Leistungen auf Aufmaß- bzw. Stundenbasis (EUR 18,70/Stunde) dieser Firma vor. Alle bisher genannten Unterlagen betrafen das Jahr 2006.

Für das Jahr 2007 legte er weitere Rechnungen für die Fa. A.GmbH betreffend Bauvorhaben K. Ygasse sowie Subunternehmerverträge betreffend diese Bauvorhaben mit dieser Firma vor.

Weiters legte er Rechnungen und einen Werkvertrag mit der Fa. L.GmbH, vor.

Für das Jahr 2004 legte er zwei Werkverträge mit der Fa. PMKEG sowie mehrere Rechnungen für diese Firma vor. Bei dieser Firma war er im Jahr 2004 nichtselbstständig tätig, jedoch nicht bei der Sozialversicherung angemeldet.

Es sind keine betrieblichen Strukturen (wie Büros, Lager oder Ähnliches) vorhanden. Die ausgeführten Arbeiten beschränken sich auf einfache Bauhilfstätigkeiten. Der Bw. arbeitet zumeist durchgängig für einen Auftraggeber. Die Abrechnungen erfolgen in nahezu

regelmäßigen Abständen. Die ausgestellten Rechnungen weisen keine Umsatzsteuer aus. Die Rechnungen sehen gleich aus.

Laut Versicherungsdatenauszug vom 5.7.2011 war der Bw. in der Zeit vom 1. März 2006 bis 24. Mai 2006 als Arbeiter bei der AKEG, vom 2.1.2007 bis 21.9.2007 bei der AGmbH und vom 15. 6. 2007 bis 15.7.2007 bei der LGmbH nichtselbständig tätig.

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

Dieser Sachverhalt wird rechtlich wie folgt gewürdigt:

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.

§ 3 Abs. 2 leg. cit zufolge gilt Abs. 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Der Bw hält sich erst seit 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 nichtselbstständiger 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 ist, daran anzuknüpfen, ob ein Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG 1988 gegeben ist.

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

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

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

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

Weisungsgebundenheit:

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

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

Eingliederung in den geschäftlichen Organismus:

Eine Eingliederung in den organisatorischen Geschäftsbetrieb zeigt sich unter anderem in der Vorgabe des Arbeitsortes und die unmittelbare Einbindung der Tätigkeit in betriebliche Abläufe des Arbeitgebers. Eine Eingliederung beinhaltet die Unterwerfung unter die betrieblichen Ordnungsvorschriften, wie beispielsweise die Regelung der Arbeitszeit, der Arbeitspause, Überwachung der Arbeit durch Aufsichtspersonen und eine 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, wie und wie lange der Bw seine Arbeit ausführen soll. Er schuldet damit nicht ein bestimmtes Werk, sondern stellt seine Arbeitskraft zur Verfügung. Der Bw muss dem Auftraggeber auch Krankheit oder Urlaub melden. Auch dies spricht dafür, dass der Bw nicht in Eigenständigkeit einen bestimmten Arbeitserfolg schuldet, sondern seine persönliche Arbeitskraft. Durch die Vorgaben seitens des Auftraggebers hinsichtlich des Ortes und der Zeit der auszuführenden Tätigkeiten wird die persönliche Bestimmungsfreiheit des Bw weitgehend ausgeschaltet.

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

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

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. Abwesenheitszeiten wie Krankheit oder Urlaub seinem Auftraggeber melden. Der Bw. konnte sich nicht vertreten lassen. Der Bw. musste sich bei Arbeitsbeginn und Arbeitsende melden. Insgesamt spricht dieses Gesamtbild der verwirklichten Verhältnisse für eine Eingliederung des Bw in den geschäftlichen Organismus des Auftraggebers.

Unternehmerwagnis:

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

Es liegen keine schriftlichen Werkverträge vor.

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

Vertretungsbefugnis:

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

Lohnzahlung:

Im vorliegenden Fall rechnete der Bw, wie sich aus den vorliegenden Abrechnungen ergibt, etwa in Monatsabständen ab. Die Rechnungen wurden entweder gegen Monatsende oder den darauf folgenden Monatsanfang gelegt. Die abgerechneten Beträge bewegten sich zwischen

840 und 1.190 Euro. Lediglich im Monat Dezember 2004 erfolgte noch eine zweite Abrechnung gegen Mitte des Monats für den Vormonat November. Der Bw wurde damit von Juli bis November fortlaufend mit einem in etwa gleich bleibenden Betrag entlohnt. Auch dieser Umstand spricht für ein Dienstverhältnis.

Nach Würdigung aller einzelnen Elemente der Betätigung des Bw ergibt sich daher, dass die Merkmale für ein Dienstverhältnis gegenüber den Merkmalen für eine Selbständigkeit überwiegen. Es ist daher davon auszugehen, dass der Bw nach dem wirtschaftlichen Gehalt des tatsächlichen Geschehens im Sinne des § 47 EStG 1988 iVm § 25 EStG 1988 nichtselbständig beschäftigt wurde. Dem steht auch nicht entgegen, dass keine fortlaufende Lohnzahlung durch einen einzigen Dienstgeber erfolgte, da es auf das Überwiegen ankommt. Insgesamt spricht das Ergebnis der Prüfung der einzelnen Merkmale zur Unterscheidung für eine nichtselbständige Tätigkeit, da der Bw gegenüber seinen Auftraggebern gegenüber weisungsgebunden war, keine Vertretungsbefugnis hatte, ihn kein Unternehmerwagnis traf und seine Entlohnung im wesentlichen laufend und etwa gleich bleibend erfolgte.

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

Die Voraussetzung einer 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 normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger nach § 1 Abs. 2 lit. I AuslBG fallen.

Polnische Staatsangehörige unterliegen daher weiter dem AuslBG.

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

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

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

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

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

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

In dieser Entscheidung (VwGH 8.8.2008, 2008/09/0163) hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass als Arbeitnehmer im Sinne des Art. 39 EG jede Person anzusehen ist, die tatsächliche und effektive Tätigkeiten ausübt, wobei solche Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach dieser Rechtsprechung darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen

nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Eine Tätigkeit, die jemand nicht im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses ausübt, ist als selbstständige Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 43 EG anzusehen.

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

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

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

Im vorliegenden Fall hat der Bw unstrittig über Auftrag seiner Auftraggeber auf den 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 seiner Schwägerin in Wohngemeinschaft teilte. Der Bw verfügte damit weder über eine eigene Betriebsstätte noch über wesentliche eigene Betriebsmittel.

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. Hiebei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der

gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Wie bereits oben ausgeführt ist Polen Vertragspartner des Übereinkommens über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Der Bw als polnischer Staatsbürger ist daher soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, im FLAG 1967 den österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt.

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

Gemeinschaftsrechtliche Regelung:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nationale Regelung:

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

Die neuen EU-Bürger sind daher nicht vom Geltungsbereich des 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 Anhangs II zur BeitrittsV 2003 im Rahmen der Freizügigkeit geregelt ist, macht deutlich, dass die Verordnung nur im Zusammenhang mit Freizügigkeit zur Anwendung gelangen kann.

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

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

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

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

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

Die Frage der Anwendbarkeit der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 für den Anspruch auf Familienbeihilfe ist daher dahingehend zu beantworten, dass die Verordnung auf Grund des untrennbaren Zusammenhanges mit der Freizügigkeit nur dann zur Anwendung gelangt, wenn Freizügigkeit eingeräumt ist. Wird in den jeweiligen vertraglichen Grundlagen Freizügigkeit nicht oder nur eingeschränkt eingeräumt, so kommt die Verordnung nicht bzw. im Bereich der

Einschränkung nicht zur Anwendung. Auf Grund der einschränkenden Bestimmungen zur Freizügigkeit mangelt es in der Folge auch an einer Gleichstellung mit österreichischen Staatsbürgern.

Für den vorliegenden Fall bedeutet das:

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

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

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

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

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.

Für jene Zeiträume (März bis Mai 2006, Jänner bis September 2007), in denen der Bw. als Arbeiter bei der österreichischen Sozialversicherung gemeldet war, liegt aufgrund rechtmäßiger Beschäftigung ein Familienbeihilfenanspruch vor.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 6. Juli 2011