



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Christian Lenneis und die weiteren Mitglieder Hofräatin Mag. Helga Hochrieser, Felicitas Seebach und Mag. Belinda Maria Eder im Beisein der Schriftführerin Ingrid Pavlik über die Berufung des L, vertreten durch Dr. Heinz Edelmann, 1060 Wien, Windmühlgasse 30, vom 14. Februar 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 9., 18., und 19. Bezirk und Klosterneuburg vom 25. Jänner 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Ausgleichszahlung für das Jahr 2005 nach der am 8. September 2011 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (=Bw.) stellte Ende Juli 2006 einen Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung/Differenzzahlung für das Kalenderjahr 2005 für seine beiden am 1994 und am 1996 geborenen, bei ihrer Mutter (= Gattin des Bw.) in Polen lebenden, namentlich genannten Kinder. Aus den im Akt aufliegenden Formularen E 401 (Familienstandsbescheinigung für die Gewährung von Familienleistungen) und E 411 (Anfrage betreffend Anspruch auf Familienleistungen (Kindergeld) in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen), geht hervor, dass die Gattin des Bw. vom 1.8.2005 bis laufend keine berufliche Tätigkeit ausgeübt und in dieser Zeit Familienleistungen von insgesamt 86 PLN monatlich bezogen habe.

Laut Auszug aus dem Zentralen Melderegister ist der Bw. in Österreich, und zwar in Wien, ab 13.6.2005 bis laufend gemeldet. Am 1.8. 2005 meldete der Bw. das Gewerbe "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten ausgenommen jener einem reglementierten Gewerbe vorbehalteten Tätigkeit" sowie als weiteres Gewerbe "Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilteile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen" an.

Das Finanzamt richtete an den Bw. folgenden Ergänzungsvorhalt:

"Ergänzungspunkte:

Nachweis über den rechtmäßigen Aufenthalt (z.B.: NAG-Karte mit Aufenthaltstitel) von Ihnen (Aufenthaltsbescheinigung für EU-Bürger), Bekanntgabe Ihrer Steuernummer, Einkommensnachweis von Ihnen, Bekanntgabe Ihrer Kontonummer, Schulbestätigung von J und A.

Der Rechtsanwalt des Bw. führte in einer Äußerung vom 29. Dezember 2006 dazu aus, dass der Bw. nicht in unselbständiger Erwerbstätigkeit stehe. Der Bw. sei selbständig. Verwiesen werde dabei auf die schon vorgelegten Unterlagen und Aussagen. Der Bw. sei daher auch nicht in der Lage, eine Arbeitserlaubnis und eine Dienstgeberbestätigung (Beschäftigungszeiten) vorzulegen.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung für das Kalenderjahr 2005 für die beiden Kinder des Bw. ab:

"Gemäß Artikel 76 der Verordnung betreffend den Bereich der Familienleistungen/Familienbeihilfen im Europäischen Wirtschaftsraum, besteht für Arbeitnehmer oder Selbständige nach den Rechtsvorschriften des "Beschäftigungslandes", in dem sich das Kind ständig aufhält, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften dieses Staates. Ihre Gattin ist in Polen erwerbstätig und Ihre Kinder halten sich ständig in Polen (Beschäftigungsland der Gattin) auf. Eine allfällige Differenzzahlung kann jährlich nach Ablauf des Kalenderjahres beantragt werden. Anspruch auf Differenzzahlung besteht jedoch nur für Zeiträume, in denen im Bundesgebiet Einkünfte auf Grund einer Erwerbstätigkeit vorliegen. Ihre Tätigkeit wurde aufgrund des Gesamtbildes als nichtselbständige Tätigkeit eingestuft. Da Ihnen keine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde und Sie bei keinem Dienstgeber in Österreich beschäftigt sind, haben Sie keine Einkünfte auf Grund einer Erwerbstätigkeit. Obiger Antrag war daher abzuweisen."

Der Bw. erhob dagegen Berufung mit folgender Begründung:

"Die Behörde erster Instanz begründet ihren Bescheid damit, dass gem. Art 76 der Verordnung betreffend den Bereich der Familienleistungen/Familienbeihilfe im Europäischen Wirtschaftsraum (in der Folge Verordnung genannt) für Arbeitnehmer oder Selbständige nach

den Rechtsvorschriften des Beschäftigungslandes, in dem sich das Kind ständig aufhält, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften dieses Staates bestehe. Die Ehegattin des Berufungswerbers sei in Polen erwerbstätig und die Kinder hielten sich ständig in Polen auf. Ein allfälliger Differenzbetrag könne jährlich nach Ablauf des Kalenderjahres beantragt werden. Ansprüche auf Differenzzahlungen bestünden jedoch nur für Zeiträume, in denen im Bundesgebiet Einkünfte aufgrund einer Erwerbstätigkeit vorliegen.

Die Tätigkeit des Berufungswerbers sei aufgrund des Gesamtbildes als nichtselbständige Tätigkeit einzustufen. Da dem Berufungswerber keine Beschäftigungsbewilligung erteilt worden und der Berufungswerber bei keinem Dienstgeber in Österreich beschäftigt sei, sei der Antrag mangels Einkünfte im Grunde einer Erwerbstätigkeit abzuweisen.

Vorerst ist zu sagen, dass der Bescheid in keiner Weise ordnungsgemäß im Sinne des Gesetzes begründet ist. Unter Angabe der europarechtlichen Norm des Art 76 der Verordnung erschöpft sich die Begründung letzten Endes in der Behauptung, dass die Tätigkeit des Berufungswerbers aufgrund des "Gesamtbildes" als nichtselbständige Tätigkeit eingestuft worden sei. Dies stellt eine bloße Behauptung dar. Irgendwelche Ausführungen wie dieses "Gesamtbild" aussieht und insbesondere zustande gekommen ist, muss der Berufungswerber vermissen.

Aufgrund dieses schweren Begründungsmangels ist der Bescheid schon aus diesem Grunde der Kassation verfallen.

Im Übrigen steht diese Behauptung schon im Gegensatz zur Aktenlage. Verwiesen wird auf den im Behördenakt erliegenden Fragenkatalog zur Selbständigkeit von EU-Ausländern vom 17.10.2006, denen die Merkmale einer Selbständigkeit nach österreichischem Recht zweifelsfrei zu entnehmen sind:

Der Berufungswerber verfügt über eine Gewerbeberechtigung (2005), der Berufungswerber steht im Vertragsverhältnis mit unterschiedlichen Auftraggebern (Kunden), es gibt verschiedene Baustellen - wegen verschiedener Auftraggeber -, der Berufungswerber verwendet daher Werkzeuge, über die er allein verfügt und die er für die Ausübung des Gewerbes braucht, er verwendet daher eigene Betriebsmittel, etc.

Ausdrücklich verwiesen wird darauf, dass der vorgenannte Fragenkatalog ausdrücklich - schon in der Überschrift - die Selbständigkeit von EU-Ausländern betrifft und daher Grundlage für die Beurteilung der Selbständigkeit darstellt. Es ist daher völlig unverständlich, wie die Behörde erster Instanz auf Grundlage dieses Fragenkataloges, der, wie gesagt, Grundlage für die behördliche Entscheidung sein muss, zur Schlussfolgerung einer Unselbständigkeit des Berufungswerbers gelangen kann.

Schon aus diesem Grunde und bei entsprechender Feststellung im Bescheid wäre daher dem Antrag Folge zu geben gewesen.

Unabhängig davon ist der Rechtsstandpunkt der Behörde erster Instanz aus folgendem Grunde irrig:

Gemäß Art 73 der Verordnung hat ein Arbeitnehmer oder Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates unterliegt, vorbehaltlich der Bestimmungen des Anhanges VI (der Verordnung), für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates (sohin der Republik Österreich), als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten. Die Umschreibung des Begriffes Arbeitnehmer oder Selbständiger ist nicht nach nationalem (österreichischen) Recht vorzunehmen, sondern nach EU-Recht. Für die Anwendung der Verordnung gelten damit dessen Begriffsbestimmungen in Art 1 der Verordnung. Die Begriffsbestimmung von Arbeitnehmer oder Selbständiger (lit. a) lässt jedweden Hinweis auf die tatsächliche Erwerbstätigkeit vermissen. Es wird insbesondere keine Differenzierung zwischen Arbeitnehmer oder Selbständiger getroffen. Einzig und allein wird auf das Bestehen von Versicherungen im Rahmen der sozialen Sicherheit Bezug genommen. Wenn nun die Behörde auf Art 76 der Verordnung Bezug nimmt, so betrifft diese Bestimmung nur die Prioritäten für den Fall von Kumulierung von Ansprüchen, nicht jedoch die Berechtigung der Ansprüche als solche. Die grundsätzliche Berechtigung ergibt sich aus dem oben erwähnten Art 73 der Verordnung. Hier ist von einer tatsächlichen Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht die Rede. Folglich ist es auch unmaßgeblich, ob der Berufungswerber bei der Annahme einer nichtselbständigen Tätigkeit durch die Behörde erster Instanz über eine Beschäftigungsbewilligung verfügt, da eine solche nur bei tatsächlicher Ausübung einer unselbständigen Tätigkeit erforderlich wäre.

Eine Differenzierung zwischen unselbständiger und selbständiger Tätigkeit ist darüber hinaus auch nach österreichischem Recht, d.h. bei der Familienbeihilfe, auch nicht von Relevanz. Nach § 2 Familienlastenausgleichsgesetz haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet ihren Wohnsitz oder einen gewöhnlichen Aufenthalt haben für minder- oder volljährige Kinder unter den weiter im Gesetz genannten Bedingungen, unabhängig davon, ob eine selbständige oder unselbständige Tätigkeit vorliegt, nach welcher Norm diese auch beurteilt werden möge (Steuerrecht, Arbeitsrecht oder Sozialversicherungsrecht) und daher auch unabhängig von der Einkunftsart nach dem Einkommenssteuergesetz. Es würde daher eine Diskriminierung im Sinne des Gemeinschaftsrechtes darstellen, wenn die Familienleistungen differenziert für Arbeitnehmer und Selbständige gewährt würden. Schließlich und endlich hat auch eine Person, die keinerlei Einkünfte erzielt, Anspruch auf Familienbeihilfe sowohl nach österreichischem Recht als auch Arbeitslose nach EU-Recht (Art 74 der Verordnung).

Zusammenfassend kann gesagt werden:

Der Berufungswerber ist nach seiner Ansicht Selbständiger nach österreichischem Recht (selbständiger Erwerbstätiger mit Einkünften aus Gewerbebetrieb im Sinne des Einkommenssteuergesetzes) und auch nach EU-Recht. Aber auch dann, wenn er Nichtselbständiger nach österreichischem Recht wäre, wäre dies für seine Anspruchsberechtigung nicht schädlich, da eine Differenzierung zwischen Unselbständigen und Selbständigen bei Überprüfung der Anspruchsgrundlagen nach der Umschreibung der Verordnung nicht vorzunehmen ist."

Der Unabhängige Finanzsenat wies die Berufung mit Berufungsentscheidung RV/0752-W/07 vom 17.12. 2007 ab. Diese Berufungsentscheidung wurde vom Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis Zl.2008/13/0023 vom 29.9.2010 wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben.

Über die Berufung wurde erwogen:

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

Der Bw ist polnischer Staatsbürger und seit 13. Juni 2005 in Österreich gemeldet. Seine Frau, mit der er in aufrechter Ehe lebt, lebt in Polen im Familienhaushalt mit den gemeinsamen beiden minderjährigen Kindern. Der Bw meldete am 1. August 2005 in Österreich das freie Gewerbe das Gewerbe "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten ausgenommen jener einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit" sowie als weiteres Gewerbe "Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilteile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen" bei der Gewerbebehörde an. Er ist seit dem 1.8.2005 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.

Der Bw . erklärte für das Jahr 2005 Einkünfte aus Gewerbebetrieb in der Höhe von 3.756,50 Euro, wobei er Einnahmen in Höhe von 4.500,00 Euro und Aufwendungen in Höhe von 743,50 Euro erklärte. Die Aufwendungen setzen sich lediglich zusammen aus 60,00 Euro Grundumlage Wirtschaftskammer und 683,50 Euro Sozialversicherung.

Die Erhebungen des Finanzamtes (im Jahr 2006) bezüglich der Art der Tätigkeit des Bw brachten folgendes Ergebnis:

Der Bw hat keine Arbeits- oder Werkverträge. Die Wohnung, in der der Bw wohnt, gehört seiner Schwägerin. Er beteiligt sich an den Kosten. Der Bw. versteht die deutsche Sprache kaum und kann nicht lesen und schreiben. Die Beantwortung des Fragebogens erfolgte unter Mitwirkung (Übersetzung und Buchstabieren) von Herrn X. 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 am 17.10.2006 an:

„Der Bw übt seine Beschäftigung ab Juli 2005 in Österreich aus. Der Bw ist gelernter Elektromonteur. Der Standort des Gewerbes ist an der Wohnadresse des Bw. Einen eigenen Telefonanschluss am Standort gibt es nicht. Zu den Aufträgen kommt er durch Bekannte: seine Schwägerin (Reinigungsfirma) und Bazar. Die Arbeitsmittel (Werkzeug und Material) werden von dem jeweiligen Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Der jeweilige Auftraggeber bestimmt, wo, wie und wie lange der Bw seine Arbeit ausführen soll und kontrolliert auch die Arbeitszeit, den Arbeitsfortgang und die Arbeitsqualität. Krankheit oder Urlaub meldet der Bw dem Auftraggeber. Der Bw. muss sich bei Arbeitsbeginn und Arbeitsende melden. Der Bw kann sich nicht vertreten lassen. Er hat auch keine Mitarbeiter. Sein Entgelt beträgt pro m² 4 Euro. Er wird nach Arbeitsende bar vom Auftraggeber bezahlt. Über dieses Entgelt legt der Bw. Rechnungen.“

Neben diesen Einkünften bezieht der Bw keine weiteren Einkünfte.“

Der Bw legt Rechnungen, in denen er die Arbeitszeit für Verspachtelungen auf verschiedenen Baustellen pauschal abrechnet, ohne jedoch genau anzuführen, wieviele Stunden er an den einzelnen Tagen gearbeitet hat. Alle Rechnungen wurden von einer einzigen Person geschrieben, jedoch nicht vom Bw. selbst.

Der Erhebungsdienst stellte fest, dass keine betrieblichen Strukturen (wie Büros, Lager oder Ähnliches) vorhanden sind. Die ausgeführten Arbeiten beschränken sich auf einfache Bauhilfstatigkeiten. 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 und werden mit einer identen Handschrift ausgestellt, jedoch nicht vom Bw.

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 dem Juni 2005 ständig 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 August 2005 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 disziplinäre 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 mit pauschalen Beträgen ab. Aus den Abrechnungen ist nicht erkennbar, wie der Bw zu den jeweiligen Beträgen gelangte. 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:

Die Abrechnungen des Bw. erfolgten im Wesentlichen laufend und etwa gleich bleibend, wenn auch an verschiedene Auftraggeber.

Nach Würdigung dieser 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 verstößen (§ 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 Auftraggebers 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 Betriebstätte 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 bedurfte hätte, eine solche Genehmigung aber nicht vorlag, hat die Beschäftigung des Bw zweifellos gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößen. 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.

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 Ausländerbeschäftigungsgesetz 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 BeitriffsV 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 Zusammenhangs 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 AusIBG 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,

BGBI. I Nr. 142/2000 ist damit auf Grund der Regelungen der BeitrittsV 2003 für den Bw nicht gegeben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 8. September 2011