



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 4. Oktober 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes XY. vom 11. September 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Ausgleichszahlung ab März 2005 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit der beim Finanzamt am 9. März 2005 eingereichten Eingabe beantragte der Antragsteller (ASt.) die Anerkennung der Familienbeihilfe für seine in Polen lebenden vier Kinder.

Mit Bescheid vom 11. September 2007 wurde der Antrag abgewiesen und begründend ausgeführt, dass der Antragsteller keine selbständige Tätigkeit ausübe. Mangels einer rechtmäßigen nichtselbständigen Tätigkeit habe er keinen Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Gewährung einer Differenzzahlung für seine in Polen lebenden Kinder.

Mit dem EU-Erweiterungsanpassungsgesetz, BGBl. 2004/28 habe Österreich den Beitritt der neuen EU-Mitgliedstaaten umgesetzt und die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger eingeschränkt. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements bis 30. April 2011 dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, sodass für polnische Arbeitnehmer grundsätzlich Arbeitsbewilligungspflicht nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz bestehe.

Im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit des ASt. nicht als selbständige, sondern als unselbständige Beschäftigung eines Hilfsarbeiters auf einer Baustelle darstelle, weil die Leistungen (durchzuführenden Arbeiten) vom Auftraggeber festgelegt würden, der Arbeitsort vom Auftraggeber vorgegeben sei, die Arbeitseinteilung durch den Auftraggeber oder des Poliers erfolge, der ASt. hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität von seinem Auftraggeber kontrolliert werde, der ASt. keine Arbeiter beschäftige und sich keiner Hilfskräfte bediene, der Auftraggeber das zu verarbeitende Material zur Verfügung stelle, das vom ASt. verwendete Werkzeug von geringer Bedeutung sei, der ASt. regelmäßig Akontozahlungen erhalte, eine Vertretung nicht vorgesehen sei, nur ein Auftraggeber vorhanden sei. Daher sei davon auszugehen, dass der ASt. nur seine Arbeitskraft zur Verfügung stelle. Da eine derartige Tätigkeit den Vorschriften der Ausländerbeschäftigungsgesetze entsprechen müsse und bewilligungspflichtig sei und die vorliegende Betätigung weder dem Ausländerbeschäftigungsgesetz entspreche und auch keine Arbeitsbewilligung ab März 2005 vorgelegt worden sei, stelle diese Tätigkeit keine rechtmäßige nichtselbständige Tätigkeit dar. Der ASt. habe demnach keinen Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Gewährung einer Differenzzahlung für seine in Polen lebenden Kinder.

In der rechtzeitig eingebrachten **Berufung** wurde vorgebracht, dass der Vorwurf, der Berufungswerber (Bw.) umgehe das Ausländerbeschäftigungsgesetz, nicht zutreffe, da es selbstverständlich sei, dass der Auftraggeber dem Antragsteller (= Bw.) den Auftrag gebe und somit festlege, welche Leistungen der Antragsteller auszuüben habe. Der Arbeitsort ergebe sich konkludent aus den Werkverträgen und sei somit immer dort, wo die Arbeit auszuführen sei.

Nicht zutreffend sei, dass die Arbeitseinteilung durch den Auftraggeber oder Polier erfolge, denn es gebe keine Arbeitseinteilung; der Antragsteller führe die Aufgaben aus, für die er bezahlt und engagiert worden sei.

Auch sei nicht zutreffend, dass der Arbeitgeber den Antragsteller hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität kontrolliere, denn es sei dem Antragsteller (Auftragnehmer) freigestellt, wann er die Arbeit verrichte, solange sie im vertraglich ausgemachten Rahmen durchgeführt werde.

Hinsichtlich des Vorbringens, der Antragsteller (Auftragnehmer) beschäftige keine Arbeiter und bediene sich keiner Hilfsarbeiter, wendete der Bw. ein, dass die Auftragslage zur Zeit sehr dürrig sei und er sich aus diesem Grund noch keinen Arbeiter oder Hilfsarbeiter leisten könne. Wenn er unter Termindruck stehe, arbeite er häufig mit Subunternehmen zusammen, um die Termine einhalten zu können.

Hinsichtlich des zu verarbeitenden Materials, welches vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt worden sei, sei diese Tatsache absolut kein Beweis dafür, dass der Auftragnehmer seine Tätigkeit gemäß dem Ausländerbeschäftigungsgesetz ausübe. Denn ein Generalauftragsgeber erwerbe auch die zu verarbeitenden Materialien für die gesamte Baustelle um durch größere Abnahmemengen größere Rabatte als ein Kleinunternehmer zu erzielen.

Betreffend die geringe Bedeutung des selbst erworbenen Werkzeuges führte der Bw. aus, dass die Amtspartei nicht wisse, wie sein Unternehmen funktioniere bzw. arbeite.

Betreffend die Akontozahlungen sei dies im Baugewerbe gängig, da manche Baustellen nicht innerhalb einer Woche fertig gestellt worden seien und daher Akontozahlungen für den Antragsteller überlebenswichtig seien.

Hinsichtlich einer Vertretung sei dies gesetzlich nicht vorgesehen. Der Antragsteller arbeite selbständig und wenn er krank sei oder auf Urlaub fahre, sei das sein Problem.

Derzeit habe der Bw. nur einen Auftraggeber, weil die wirtschaftliche Situation im Allgemeinen nicht gut sei.

Mit **Berufungsvorentscheidung** wurde die Berufung abgewiesen und begründend ausgeführt, dass die Abteilung KIAB den Sachverhalt geprüft und laut Bericht vom 25. Oktober 2010 festgestellt habe, dass aufgrund mehrfacher Verstöße nach der Gewerbeordnung eine scheinselbständige Tätigkeit vorliege.

Im rechtzeitig eingebrachten **Vorlageantrag** wurde begründend ausgeführt, dass der angefochtene Bescheid bzw. die Berufungsvorentscheidung infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften rechtswidrig sei.

Der Bericht der KIAB vom 25. Oktober 2010 sei dem Bw. nicht zu Gehör gebracht worden. Er habe nicht gewusst, dass seitens der KIAB Überprüfungen gemacht worden seien, da er von der KIAB nicht kontaktiert worden sei. Er habe auch keine Möglichkeit zur persönlichen Anhörung und Vorlage der Beweise gehabt. Die Verletzung des Grundsatzes des Parteiengehörs bedeute einen Verfahrensmangel und sei der angefochtene Bescheid sohin inhaltlich rechtswidrig.

Bei vollständiger Ermittlung des Sachverhaltes hätte die Amtspartei zum Ergebnis kommen müssen, dass im vorliegenden Fall eine selbständige Tätigkeit des Bw. vorliege.

Die Berufung wurde dem **unabhängigen Finanzsenat** (UFS) zur Entscheidung vorgelegt.

Mit Vorhalt vom 24. März 2011 wurde dem Bw. das Ermittlungsergebnis der KIAB (Finanzpolizei) zwecks Parteiengehörs zur Stellungnahme übermittelt.

Mit Vorhalt vom 10. Mai 2011 wurde der Bw. ersucht, seine Tätigkeit im Sinne des § 23 EStG 1988 als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr durch Vorlage entsprechender Beweismittel (z.B. Kostenvoranschläge, Werbemaßnahmen) unter Beweis zu stellen.

Beide Vorhalte wurden nachweislich durch Hinterlegung beim zuständigen Postamt zugestellt, jedoch nicht beantwortet.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt wird als erwiesen angenommen:

Der Bw. ist polnischer Staatsbürger und seit Juni 2004 durchgehend in Österreich gemeldet. Seine Frau, mit der er in aufrechter Ehe lebt, lebt in Polen im Familienhaushalt mit den gemeinsamen Kindern A. , geboren am tt.mm.1991, B. , geboren am tt.mm.1999, C. , geb am tt.mm.1999 und D. , geboren am tt.mm.1995.

Der Bw. brachte für seine vier Kinder im März 2005 einen Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe ein.

Folgende Gewerbe meldete der Bw. bei der Gewerbebehörde an:

Schwarzdecker;

verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit;

Abdichter gegen Feuchtigkeit und Druckwasser;

abdichten von Fenster und Türen gegen Zugluft unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit;

verschließen von Bauwerksfugen mittels plastischer und dauerelastischer Kunststoffmassen und Kunststoffprofilen;

aufstellen von mobilen Sichtschutzeinrichtungen für Toiletteanlagen, Umkleidekabinen und dergleichen durch einfaches Zusammenstecken oder Verschrauben fertig bezogener Bestandteile.

Der Bw. führte auch Arbeiten durch, die außerhalb der ihm eingeräumten Gewerbeberechtigungen lagen (siehe KIAB-Bericht).

Er war vom 1. Juli 2004 bis zum 31. Dezember 2009 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.

Laut den von ihm vorgelegten Honorarnoten arbeitete er für die Auftraggeberin:

X.GmbH

Das zu verarbeitende Material wurde zum Großteil von der Baufirma beigestellt. Dem Bw. wurde mitgeteilt, auf welcher Baustelle er welche Arbeiten zu erledigen hatte. Hinsichtlich Arbeitsfortgang und Qualität fand eine Kontrolle statt, nicht jedoch hinsichtlich der Arbeitszeit; er konnte sich seine Zeit frei einteilen. Üblicherweise wurde das Entgelt pauschal vereinbart, die abgerechneten Leistungen wurden teilweise bar bezahlt, teilweise auf das Konto des Bw. überwiesen.

Die Wohnadresse des Bw. ist seine Geschäftsadresse.

Der Bw. beschäftigte keine Dienstnehmer.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, den im Akt aufliegenden Rechnungskopien, der Gewerbeanmeldung, dem Versicherungsdatenauszug, den Angaben des Bw. und der Auftraggeber des Bw., aus den Daten der elektronischen Familienbeihilfendatenbank und ist insoweit unstrittig.

Rechtliche Würdigung:

Zeitraum vom März 2005 bis Dezember 2005:

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

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

Zum Zeitpunkt der Antragstellung hat sich der Bw. seit Juni 2004 ständig in Österreich aufgehalten. 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 Juni 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 sind, daran anzuknüpfen, ob ein Dienstverhältnis im Sinne des [§ 47 Abs. 2 EStG 1988](#) gegeben ist.

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

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

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

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

Weisungsgebundenheit:

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

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

Eingliederung in den geschäftlichen Organismus:

Eine Eingliederung in den organisatorischen Geschäftsbetrieb zeigt sich unter anderem in der Vorgabe des Arbeitsortes und der unmittelbaren 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:

Den Ermittlungen des Finanzamtes zu Folge bestimmt der Auftraggeber, wo und wie der Bw. seine Arbeit ausführen soll. Er schuldet damit nicht ein bestimmtes Werk, sondern stellt seine Arbeitskraft zur Verfügung. Durch die Vorgaben seitens des Auftraggebers hinsichtlich des Ortes der auszuführenden Tätigkeiten wird die persönliche Bestimmungsfreiheit des Bw. weitgehend ausgeschaltet.

Das Fehlen der Weisungsfreiheit ergibt sich auch aus dem Umstand, dass eine Kontrolle der erbrachten Arbeitsleistung hinsichtlich Arbeitsfortschritt und Qualität erfolgt.

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.

Unternehmerwagnis:

Der Bw. rechnete mit pauschalen Beträgen ab. Aus den Abrechnungen ist nicht erkennbar, wie der Bw zu den jeweiligen pauschalen Beträgen gelangte. Er erhielt laut eigenen Angaben Akontozahlungen.

Da das Material von der jeweiligen ausführenden Firma zur Verfügung gestellt wurde, trafen den Bw. auch - außer den Fahrtkosten - keine Ausgaben. Der Bw. konnte daher nicht durch Steuerung der Kostenseite seine Einnahmen beeinflussen.

Der Bw. wurde aufgefordert, seine im Sinne des § 23 EStG 1988 durchgeführte Tätigkeit dahingehend unter Beweis zu stellen, dass sich diese als eine Tätigkeit mit Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Der Bw. hat diesen Nachweis nicht erbracht, sodass insgesamt gesehen das Vorliegen eines Unternehmerrisikos nicht erkennbar ist.

Lohnzahlung:

Im vorliegenden Fall rechnete der Bw., wie sich aus den der Behörde vorliegenden Abrechnungen ergibt, in Form von Pauschalen ab. Eine fortlaufende Entlohnung ist den der Behörde zur Verfügung gestellten Unterlagen nicht zu entnehmen, Dies spricht zwar grundsätzlich gegen das Vorliegen eines Dienstverhältnisses, aber laut Auskunft des Bw. wurden Akontozahlungen geleistet.

Nach Würdigung aller einzelnen Elemente der Betätigung des Bw. ergibt sich daher, dass die Merkmale für ein Dienstverhältnis gegenüber den Merkmalen für eine Selbständigkeit überwiegen. Es ist daher davon auszugehen, dass der Bw. nach dem wirtschaftlichen Gehalt des tatsächlichen Geschehens im Sinne des [§ 47 EStG 1988](#) iVm [§ 25 EStG 1988](#) in einem Dienstverhältnis beschäftigt wurde. Dem steht auch nicht entgegen, dass sich der Bw. theoretisch vertreten lassen durfte, da einerseits davon in der Praxis kein Gebrauch gemacht wurde und es andererseits auf das Überwiegen der Merkmale ankommt. Insgesamt spricht das Ergebnis der Prüfung der einzelnen Merkmale zur Unterscheidung für ein Dienstverhältnis, da der Bw. gegenüber seinem Auftraggeber weisungsgebunden war und ihm kein Unternehmerrisiko traf.

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

Die Voraussetzung einer nichtselbstständigen 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 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) geregelt.

Dabei erhebt sich die Frage, ob die Bestimmungen des AuslBG auch für den Bw. anzuwenden sind, denn nach [§ 1 Abs. 2 lit. I AuslBG](#) ist dieses Gesetz auf EWR-Bürger nicht anzuwenden. Polen ist als Mitglied der Europäischen Union Vertragspartner des Übereinkommens über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Der Bw als polnischer Staatsbürger ist daher EWR-Bürger. Für Staatsangehörige der mit 1. Mai 2004 der Europäischen Union neu beigetretenen Staaten wird jedoch diesbezüglich in [§ 32a Abs. 1 AuslBG](#) idF [BGBl. I Nr. 28/2004](#) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger nach [§ 1 Abs. 2 lit. I AuslBG](#) fallen.

Polnische Staatsangehörige unterliegen daher weiter dem AuslBG.

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

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

Ein Ausländer darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, eine Beschäftigung nur antreten und ausüben, wenn für ihn eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt ([§ 3 Abs. 2 AuslBG](#) idF [BGBl. I Nr. 126/2002](#)). Der Ausländer hat die entsprechende Bewilligung an seiner Arbeitsstelle zur Einsichtnahme bereit zu halten ([§ 3 Abs. 6 AuslBG](#) idF [BGBl. I Nr. 126/2002](#)).

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

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

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

In dieser Entscheidung (VwGH 8.8.2008, [2008/09/0163](#)) hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass als Arbeitnehmer im Sinne des Art. 39 EG jede Person anzusehen ist, die tatsächliche und effektive Tätigkeiten ausübt, wobei solche Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach dieser Rechtsprechung darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Eine Tätigkeit, die jemand nicht im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses ausübt, ist als selbstständige Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 43 EG anzusehen.

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

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

äußere Erscheinungsform der Beschäftigung ist nicht maßgebend (vgl. VwGH 15.5.2009, [2008/09/0121](#) und VwGH 25.2.2004, [2001/09/0195](#)).

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

Im vorliegenden Fall hat der Bw. unstrittig über Auftrag seines Auftraggebers auf den zugewiesenen Baustellen die aufgetragenen Arbeiten ausgeführt. Er tat dies seiner äußeren Erscheinungsform (Auftrag, Rechnungslegung, Sozialversicherung für Selbstständige, Gewerbeanmeldung) nach in Erfüllung eines erteilten Auftrages als selbstständiger Unternehmer.

Er hat den Angaben seiner Auftraggeber zufolge 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.

Als Unternehmensstandort hat der Bw. seine Wohnung angegeben. Der Bw verfügte damit über keine eigene Betriebsstätte.

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 1967](#) 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 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.

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

Die neuen EU-Bürger sind daher nicht vom Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ausgenommen und können daher nur nach dessen Regeln zu einer Beschäftigung zugelassen werden. Diese Einschränkung des freien Personenverkehrs für Angehörige der Republik Polen besteht bis zum 30. April 2011.

Unter Hinweis auf die dargestellte gemeinschaftsrechtliche Regelung betreffend den Beitritt der Republik Polen zur Europäischen Union kann zusammenfassend festgestellt werden, dass sich auf Grund der angeführten Rechtsgrundlagen betreffend die Mitgliedschaft der Republik Polen in der Europäischen Union und der darin statuierten Aufnahmebedingungen, welche der österreichische Gesetzgeber auf bundesgesetzlicher Ebene durch das EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz umgesetzt hat, für Staatsangehörige der Republik Polen Folgendes ergibt:

Bis zum 30. April 2011 wurde den polnischen Staatsangehörigen Freiheit des Personenverkehrs und dabei insbesondere die Freizügigkeit von Arbeitnehmern nicht eingeräumt. Eine Gleichstellung von polnischen Staatsangehörigen mit österreichischen Staatsbürgern ist für den Übergangszeitraum damit nicht erfolgt.

Die Soziale Sicherheit ist ein wesentlicher Bestandteil der Freizügigkeit des Personenverkehrs. Dass die Anwendung der [Verordnung \(EWG\) Nr. 1408/71](#) unter Punkt 2. des Anhanges II zur BeitrittsV 2003 im Rahmen der Freizügigkeit geregelt ist, macht deutlich, dass die Verordnung nur im Zusammenhang mit Freizügigkeit zur Anwendung gelangen kann.

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

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

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 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 in Polen lebenden Kinder 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 Februar 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, sodass spruchgemäß zu entscheiden war.

Wien, am 10. August 2011