



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, in WohnadresseÖ, vom 14. Dezember 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 4/5/10 vom 19. November 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Jänner 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw) beantragte im Juli 2007 Familienbeihilfe ab 1. Jänner 2006 für seine drei minderjährigen Kinder Tochter1, geboren 1998, Sohn1, geboren 1999 und Tochter2, geboren 2005. Alle Kinder wohnten am Familienwohntort.

Der Bw ist polnischer Staatsbürger und hat seit dem Jahr 2005 in Österreich ein Gewerbe angemeldet. Die Kinder leben mit der Kindesmutter und Gattin des Bw in Polen.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 19. November 2007 ab Jänner 2006 ab. Da kein Nachweis einer rechtmäßigen Beschäftigung erbracht worden sei, könne nicht von einer Beschäftigung im Sinne der [Verordnung \(EWG\) Nr. 1408/71](#) ausgegangen werden. Familienbeihilfe könne daher nicht zuerkannt werden.

Gegen diesen Bescheid wurde Berufung erhoben. Der Bw führte darin aus, dass er einer Beschäftigung auf Grund eines gültigen Gewerbescheines nachgehe. Mit diesen Einkünften

decke er seinen und den Lebensunterhalt der Familie. Als EU-Bürger habe er Anspruch auf Familienbeihilfe für seine im Ausland lebenden Kinder.

Das Finanzamt versuchte zu ermitteln, welche Art der Tätigkeit der Bw genau ausführte. Der Bw konnte jedoch vom Ermittlungsorgan des Finanzamtes nicht angetroffen werden. Eine Einvernahme war daher nicht möglich. Das Finanzamt entschied daher mit abweisender Berufungsvorentscheidung.

Der Bw stellte den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz. Er halte sich seit über einem Jahr ständig im Salzburgerland auf, wo er der selbstständigen Tätigkeit nachgehe. Daher sei er in Wien nicht anzutreffen gewesen. Der Bw erziele aus seiner gewerblichen Tätigkeit im Jahr 2006 Einkünfte von 16.000 Euro und im Jahr 2007 von 21.000 Euro. Er übe diese Tätigkeit nun ohne Unterbrechung seit drei Jahren aus.

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

Über Vorhalt des Unabhängigen Finanzsenates gab der Bw bekannt:

Er habe seine berufliche Tätigkeit in Österreich im Jänner 2005 begonnen, welche im Gewerbeschein „Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten“ hieß. Ab September 2006 habe sich der Bw mit Schweißarbeiten, insbesondere mit Schrägschleifen von Verbindungsstücken beschäftigt. Er sei hauptsächlich Unterauftragnehmer eines Auftraggebers, ab und zu bekomme er auch Aufträge von anderen Kunden. Er bespreche mit seinem Auftraggeber, welche Tätigkeiten auszuführen seien und wie das Endprodukt aussehen solle. Seine Entlohnung bekomme er monatlich auf sein Konto ausbezahlt. Er habe sonst keine andere Einkommensquelle. Die Materialien, Geräte und Schutzkleidung bekomme er von seinem Auftraggeber, er besitze aber auch eigene Geräte und Werkzeuge. Er werde weder hinsichtlich Arbeitszeit noch hinsichtlich Arbeitsqualität kontrolliert. Der Bw informiere seinen Auftraggeber, dass er krank oder auf Urlaub sei. Er habe keine Mitarbeiter. Dem Schreiben waren die Auszüge aus dem Gewerberegister, die Zahlungsbelege an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Auszüge aus dem Zentralen Melderegister und der Bescheid über die Erteilung einer Umsatzsteueridentifikationsnummer beigelegt.

Zahlreiche wesentliche Fragen des Vorhalts blieben unbeantwortet, wie:

die Frage nach einer Beschäftigungsbewilligung, einem Befreiungsschein oder einer Freizügigkeitsbestätigung,
die Frage nach dem Auftraggeber,

die Bekanntgabe der Baustellen,
die Frage nach der Regelung betreffend eine allfällige Vertretungsbefugnis,
wer die Höhe des Entgelts bestimmt
wer das Haftungs- und Gewährleistungsrisiko trägt und
in wessen Namen die Arbeit ausgeführt wird.

Über die Berufung wurde erwogen:

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

Der Bw ist polnischer Staatsbürger und seit Jänner 2005 in Österreich gemeldet. Seine Frau, mit der er in aufrechter Ehe lebt, lebt in Polen im Familienhaushalt mit den gemeinsamen minderjährigen Kindern Tochter¹, Sohn¹ und Tochter². Tochter¹ und Sohn¹ besuchen die Schule in Polen (Bestätigung vom 27. Februar 2007 der Grundschule in polnischer Schulort, AS 10 und 12). Für den Zeitraum vom 1. September 2005 bis zum 31.8.2006 liegt eine Bestätigung vor, dass die Gattin des Bw in Polen Familienbeihilfe bezogen hat (AS 17).

Der Bw meldete im Jänner 2005 in Österreich das freie Gewerbe „Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten“ bei der Gewerbebehörde an. Er ist seit dem 1.1.2005 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert (Versicherungsdatenauszug AS 22). Mangels entsprechender Aufträge änderte er ab September 2006 das Gewerbe auf „einfache Vorbereitungsarbeiten für durch Befugte durchzuführende Schweißarbeiten, insbesondere Schrägschleifen von Verbindungsstücken“ (Beilage Vorhaltsbeantwortung).

Der Bw war im Jahr 2006 neben anderen Auftraggebern im Wesentlichen bei einem Auftraggeber beschäftigt, wofür er monatlich entlohnt wurde. Honorarnoten wurden trotz Aufforderung nicht vorgelegt. Wer die Höhe des Entgelts bestimmte, gab der Bw nicht bekannt.

Den Auftraggeber gab der Bw trotz Vorhalt nicht bekannt.

Der Bw hat keine schriftlichen Arbeits- oder Werkverträge, die Arbeitsaufträge werden mündlich vereinbart.

Die Arbeitsmittel (Werkzeug und Material) werden vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Krankheit oder Urlaub meldet der Bw dem Auftraggeber. Der Bw hat keine Mitarbeiter.

Neben diesen Einkünften bezieht der Bw keine wesentlichen weiteren Einkünfte. Er hat nur ab und zu mit anderen Auftraggebern Verträge abgeschlossen.

Der Bw gab weiters nicht bekannt, wer das Haftungs- und Gewährleistungsrisiko tragen muss, auf welchen und auf wessen Baustellen er arbeitete, ob er sich vertreten lassen kann und in wessen Namen die vereinbarten Arbeiten ausgeführt werden.

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

Dieser Sachverhalt wird rechtlich wie folgt gewürdigt:

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. 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.

Polen ist als Mitglied der Europäischen Union Vertragspartner des Übereinkommens über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Der Bw als polnischer Staatsbürger ist daher EWR-Bürger.

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 [Ausländerbeschäftigungsgesetz](#) ([AuslBG](#)) 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 vollständige Gleichstellung von polnischen Staatsangehörigen mit österreichischen Staatsbürgern ist für den Übergangszeitraum damit nicht erfolgt.

Um also festzustellen, ob im vorliegenden Fall für den Bw von einer Gleichstellung auszugehen ist oder ob der Bw als Arbeitnehmer anzusehen ist und daher keine Gleichstellung gegeben ist, ist die Frage zu beantworten, ob der Bw als Arbeitnehmer im Sinne des Gemeinschaftsrechtes anzusehen ist.

In der 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.

Es ist daher in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die Betätigung des Bw nach Gemeinschaftsrecht und nach [AuslBG](#) in einem Arbeitsverhältnis oder einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis erfolgt.

[§ 2 Abs. 2 AuslBG](#) idF [BGBl. I Nr. 101/2005](#) (gültig ab 1.1.2006) bestimmt, dass als Beschäftigung die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis (lit. a) oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis gilt (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](#) idF [BGBl. I Nr. 101/2005](#), gültig ab 1.1.2006).

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.

Die nationale Regelung des Vorbehaltes gegenüber dem neuen Mitgliedsland Polen erfolgte ebenfalls mittels einer Regelung im [AuslBG](#). Gestützt auf die 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 die Auslegung [des 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 im Wesentlichen eines Auftraggebers 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 der Bw seinen Auftrag ausführen soll und der Bw im Wesentlichen nur einen Auftraggeber hat, ist dies ein deutliches Indiz für ein Unterordnungsverhältnis, wie es üblicherweise für Arbeitnehmer gegeben ist. Der Bw wird auch laufend monatlich entlohnt.

Der Bw hat weiters angegeben, dass er Krankheit und Urlaub dem Auftraggeber meldet. Ob er sich bei seinen Arbeiten vertreten lassen kann, hat der Bw nicht bekannt gegeben.

Den Unternehmensstandort hat der Bw ebenfalls nicht angegeben.

Insgesamt ist der Bw die Beantwortung des Vorhaltes in wesentlichen Punkten schuldig geblieben. Da der Bw eine Beihilfe begehrt, welche nur auf Antrag gewährt wird, läge es am Bw, ausführlich seine Anspruchsvoraussetzungen darzulegen und durch entsprechende Belege zu untermauern. Der Bw ist seiner Mitwirkungspflicht nicht hinreichend nachgekommen, obwohl er im Vorhalt darauf hingewiesen wurde, dass im Falle der Nichtbeantwortung auf Grund der allgemeinen Erfahrung von einem arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnis ausgegangen werden müsse.

Der Unabhängige Finanzsenat geht daher davon aus, dass es sich bei der selbstständigen Tätigkeit des Bw ebenso um ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis handelt wie bei vielen seiner Landsleute, die ähnliche Gewerbe wie der Bw angemeldet haben, und dass die

Beantwortung der wesentlichen Fragen im Vorhalt unterblieb, um sowohl sein Arbeitsverhältnis als auch seinen Auftraggeber vor einer Überprüfung durch die Finanzbehörde zu schützen.

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. Vielmehr ist aufgrund der aus den vorliegenden Indizien erkennbaren Tätigkeit und der unterlassenen Mitwirkung in weiten Bereichen, die für eine Abgrenzung erforderlich wären, davon auszugehen, dass sich der Bw den Anordnungen seines Auftraggebers unterordnen musste.

Es ergibt sich daher, dass der Bw nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt 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.

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.

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.

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.

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 damit 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](#).

Somit ist nach den österreichischen Rechtsvorschriften ein Anspruch auf Familienbeihilfe für den Bw für seine Kinder in Polen ebenso zu verneinen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 25. Juli 2011