



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des SW, vom 30. Mai 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling vom 4. Mai 2012 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Ausgleichszahlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw.) ist polnischer Staatsbürger und in Österreich als Hausbetreuer (Reinigung und Instandhaltung) tätig.

Das Finanzamt wies seinen Antrag auf Ausgleichszahlung (Familienbeihilfe) vom 16. Dezember 2009 mittels Abweisungsbescheid vom 4. Mai 2011 ab.

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

"Ich bin mir sicher, dass dem Referenten ein grober Verwechslungsfehler unterlaufen ist. Verwechslung von Person oder hat er überhaupt meinen Werkvertrag und Fragekatalog nicht gelesen, wozu er amtlich verpflichtet ist. Anders kann man nicht erklären, warum Hr. Referent Standard Muster „Begründung“ vom Computer abgeschrieben hat, was überhaupt nicht zu meiner Person passt, was man leicht feststellen kann, wenn man meinen Werkvertrag, Rechnungen und andere Unterlagen gelesen hat.

So gesehen hat dieser Abweisungsbescheid gar keine Begründung. Es wurde mir kein einziger konkreter Vorwurf gestellt, sondern allgemeine Information über § 47

Einkommensteuergesetz. Was das mit meiner Person zu tun hat, weiß ich nicht und der zuständige Referent wahrscheinlich auch nicht.

Ich werde trotzdem zeigen dass ich sehr wohl ein selbständiger Einzelunternehmer bin.

1. Ich bin im vierten Jahr als Unternehmer tätig.
2. Ich besitze behördlich ausgestellten Gewerbeschein.
3. Ich zahle selbst alle Abgaben (WKO, SVA, Steuern, Magistratsabgaben usw.)
4. Ich persönlich entscheide, ob ich den Auftrag annehme oder nicht (Preisverhandlungen). Weiters übernehme ich das Geld für meine Auftragsleistung.
5. Ich habe eigene Betriebsmittel – Werkzeuge.
6. Es gibt keinen konkreten Arbeitsort, am welchem ich einzufinden habe. Es gibt vielmehr verschiedene Orte, wo das Werk zu verrichten ist.
7. Es gibt keine Arbeitszeit vorgeben, weder hinsichtlich bestimmter Wochentage oder bestimmter Arbeitszeiten, wann ich den Auftrag durchzuführen habe. Es gibt selbstverständlich eine Frist, binnen welcher das Werk zu erfüllen ist - mit Auftragsgeber vereinbart. Sollte die Auftragsarbeit nicht fristgerecht fertig werden, gerät der Werkunternehmer in Verzug. Es besteht die Gefahr von Schadensersatzpflichten, Pönalzahlungen und Minderung des Werklohnes.
8. Ich kann den Auftrag grundsätzlich verrichten lassen in einer von mir bestimmte Vertretung. Vorausgesetzt dabei, dass die vereinbarte Qualität erbracht wird und innerhalb der vereinbarten Frist die Fertigstellung erfolgt.
9. Ich kann auch für andere Auftraggeber tätig sein - kein Konkurrenzverbot.
10. Ich, als selbständiger Werkunternehmer habe natürlich die Haftung im Rahmen der Gewährleistung zu tragen - gegenüber d. Auftragsgeber. Dies bestimmt sich ebenso nach dem Werkvertragsrecht.
11. Es gibt keine organisatorische Eingliederung. Ich kann meine Arbeitsmittel aufbewahren wo ich will (Standort, Kofferraum des PKW, usw.) Es gibt keine gemeinsame Örtlichkeit von wo aus gestartet wird, um die Arbeit zu verrichten und wohin zurückgekehrt wird.
10. Ich bin keinesfalls weisungsunterworfen! Natürlich hat Kunde bzw. Auftraggeber darauf zu achten, dass die Qualität und auch die Frist gegenüber ihren eigenen Auftraggeber eingehalten wird, da ansonsten der Auftraggeber gegenüber eigenen Vertragspartner vertragsbrüchig wird und mit Gewährleistung oder Nichterfüllungsansprüchen konfrontiert wäre und daher auch keinen Werklohnanspruch hätte. Aus diesem Grund hat der Auftraggeber darauf zu achten, dass die Aufträge seitens der beauftragten Subunternehmer Frist und qualitätsgerecht nach den vereinbarten Qualitätsstandards erbracht werden. Bei solcher Überprüfung handelt es sich dabei lediglich um sachliche Überprüfungen. Sollten in diesem Rahmen Vorgaben erteilt werden, handelt es sich dabei um sachliche Vorgaben.

Darüber hinaus gehende Vorgaben, wann konkret Aufträge erbracht, welche Dienstleistungen einzuhalten sind oder welche Arbeitsorte oder Arbeitskleidung oder Arbeitsgerätschaften zu verwenden sind, gibt es nicht. Es gibt auch keinerlei Weisungsunterworfenheit. Es fanden daher natürlich eine Art Nachschauen über den Fortgang der Arbeiten, wobei es jedoch nur um eine Sachliche Kontrolle, nicht aber um eine persönliche Kontrolle ging. Es gibt, wie bereits erwähnt, keine disziplinarische Abhängigkeit. Es gibt auch keine Weisungsunterworfenheit. Es gibt lediglich Vorgaben hinsichtlich der Qualität und des Termins, die aber für Werkverträge typisch sind.

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

14. Im selben Finanzamt hat man nach umfangreichen Untersuchungen mir eine Steuernummer vergeben – 000/0000 und auch meine Einkommenssteuer Erklärungen anerkannt.

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

In der Begründung des Abweisungsbescheides vom 04 Mai 2011 hat man mir keinen einzigen Vorwurf gestellt.

Wie ich aber in 14 Punkten meiner Begründung dargestellt habe, spricht die Gesamtbetrachtung (bzw. "Gesamtbild") deutlich für mich!!!

Alle behördlichen Instanzen haben das bestätigt – auch das Finanzamt Mödling durch Vergabe einer Steuernummer.

Erst nachdem ich Familienbeihilfe in Antrag gestellt habe, versucht jemand, (wer? – Abweisungsbescheid nicht unterschrieben), der vielleicht nicht dementsprechend informiert bzw. geschult ist, ohne Begründung meine Selbständigkeit in Frage zu stellen. Dieser anonyme ReferentIn hat seine Entscheidung getroffen, ohne jegliche Ermittlungen durchzuführen!!!

Im selben Finanzamt wurde schon d. Überprüfung meine selbständige Tätigkeit durchgeführt und auch meine Selbständigkeit festgestellt, das hat aber d. Referent offensichtlich (absichtlich?) übersehen oder einfach nicht gelesen (zu viel Mühe?)

Das ist wahrscheinlich auch der Grund, warum d. Referent keinen einzigen Vorwurf gestellt hat.

Ich habe also immer meine Pflichten gegenüber der Republik Österreich erfüllt. Habe ich denn

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

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

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

Der Bw. ist polnischer Staatsbürger und seit 29. Mai 2008 in Österreich gemeldet. Seine Frau, mit der er in aufrechter Ehe lebt, lebt in Polen im Familienhaushalt mit den vier gemeinsamen Töchtern. Der Bw. meldete am 4. April 2008 in Österreich das Gewerbe "Anbieten von Hausbetreuungstätigkeiten als persönliche Dienste an nicht öffentlichen Orten" an. Er war vom 1.4.2008 bis 30.4.2011 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert. Der Bw. erklärte für das Jahr 2008 Einkünfte aus Gewerbebetrieb in der Höhe von € 7.289,87, für 2009 € 10.692,66 und für 2010 € 8.081,48.

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

Der Bw. hat im Fragebogen angegeben, dass er keine schriftlichen Werkverträge abgeschlossen hat. Der Standort des Gewerbes ist die Wohnung, in der der Bw. wohnte. Der Bw. kann nur ein bisschen deutsch sprechen und lesen. Im Internet (im Firmenverzeichnis der Wirtschaftskammer) scheint beim Bw. nur seine frühere Adresse, jedoch keine Telefonnummer auf.

Der Bw. gab zu den Fragen bei der Nachschau vom 22.11.1010 an:

Der Bw. ist im April 2008 nach Österreich gekommen. Der Standort des Gewerbes ist an der früheren Wohnadresse des Bw. Der Bw. besitzt nur einen Handyanschluss. Die Fa. K (größtenteils) und die Fa. R (sporadisch) sagt ihm, wo er arbeiten soll. Der Bw. kann sich vertreten lassen. Er kann kommen und gehen, wann er will. Er hat keine ständigen Mitarbeiter. Sein Entgelt ist ein Monatspauschale. Rechnungen werden von ihm zu Hause am Computer je nach erledigter Arbeit ausgestellt. Es gibt keine Stundenlisten oder andere Aufzeichnungen bis zum Zeitpunkt der Befragung. Neben diesen Einkünften bezieht der Bw. keine weiteren Einkünfte.

Der Bw. legte Rechnungen (Hauservice – Reinigung und Instandhaltung) betreffend das Jahr 2009 an die Fa. KGmbH sowie eine einzige Rechnung an die Fa. RKEG, vor.

Es sind keine betrieblichen Strukturen (wie Büros, Lager oder Ähnliches) vorhanden. Die ausgeführten Arbeiten beschränken sich auf Hausbetreuungstätigkeiten. Die Fa. K vermittelt ihm die Kunden (größtenteils Privatpersonen), wo er das Hauservice dort durchführt. Die Verrechnung mit den Kunden erfolgt über die Hauptauftraggeber (meistens Fa. K). Die Abrechnungen des Bw. erfolgen in nahezu regelmäßigen Abständen. Ein Leistungszeitraum schließt meistens nahtlos an den nächsten Leistungszeitraum an. Die ausgestellten Rechnungen weisen keine Umsatzsteuer aus. Die Rechnungen sehen gleich aus.

Laut Versicherungsdatenauszug vom 21. September 2011 war der Bw. vom 1.4.2008 bis 30.4.2011 als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger bei der Sozialversicherung gemeldet. Ab 5.5.2001 bis dato ist er als Arbeiter bei der K.GmbH. gemeldet.

Dieser Sachverhalt wird wie folgt rechtlich gewürdigt:

Der Bw hält sich seit April 2008 in Österreich auf. Es ist daher der Anspruch auf Familienbeihilfe nach § 3 Abs. 1 FLAG 1967 zu prüfen.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt es 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. nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt einzustufen ist.

Zur Prüfung der Qualifikation einer Tätigkeit ist das Einkommensteuergesetz heranzuziehen (vgl. VfGH 29.9.2010, 2008/13/0160 mit weiteren Verweisen). Demzufolge ist bei der Beantwortung der Frage, ob die Voraussetzungen einer Beschäftigung bei einem Dienstgeber erfüllt ist, daran anzuknüpfen, ob ein Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG 1988 gegeben ist.

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

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

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

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

Weisungsgebundenheit:

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

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

Eingliederung in den geschäftlichen Organismus:

Eine Eingliederung in den organisatorischen Geschäftsbetrieb zeigt sich unter anderem in der Vorgabe des Arbeitsortes und die unmittelbare Einbindung der Tätigkeit in betriebliche Abläufe des Arbeitgebers. Eine Eingliederung beinhaltet die Unterwerfung unter die betrieblichen Ordnungsvorschriften, wie beispielsweise die Regelung der Arbeitszeit, der Arbeitspause, Überwachung der Arbeit durch Aufsichtspersonen und eine disziplinierte Verantwortlichkeit. Die Planung und Vorbereitung der Tätigkeit übernimmt der Arbeitgeber.

Es gibt Fälle, in denen beide Kriterien noch keine klare Abgrenzung zwischen einer selbstständig und einer nichtselbstständig ausgeübten Tätigkeit ermöglichen. Der Verwaltungsgerichtshof zeigt in ständiger Rechtsprechung weitere Kriterien auf, die für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprechen. Dazu gehört insbesondere das Fehlen des für eine selbstständige Tätigkeit typischen Unternehmerrisikos, das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen einer Vertretungsbefugnis sowie laufende Lohnzahlungen. Auch diese Kriterien sind in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen.

Unternehmerwagnis:

Dieses besteht darin, dass der Leistungserbringer die Möglichkeit hat, im Rahmen seiner Tätigkeit sowohl die Einnahmen- als auch die Ausgabenseite maßgeblich zu beeinflussen und solcherart den finanziellen Erfolg seiner Tätigkeit weitgehend zu gestalten. Hängt der Erfolg einer Tätigkeit von der persönlichen Tüchtigkeit, vom Fleiß, von der Ausdauer und der persönlichen Geschicklichkeit sowie von den Zufälligkeiten des Wirtschaftslebens ab, und muss ein Steuerpflichtiger für die mit seiner Tätigkeit verbundenen Aufwendungen selbst aufkommen, sprechen diese Umstände für ein Unternehmerwagnis.

Wesentlich ist weiters, ob den Steuerpflichtigen tatsächlich das Wagnis ins Gewicht fallender Einnahmenschwankungen trifft und dass sich Erfolg und Misserfolg einer Tätigkeit unmittelbar auf die Höhe der Einkünfte auswirken.

Vertretungsbefugnis:

Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber seine Leistung persönlich zu erbringen und kann sich nicht vertreten lassen. Kann sich dagegen ein Auftragnehmer generell - und nicht nur im Einvernehmen mit dem Auftraggeber und nur bei seiner Verhinderung - vertreten lassen und steht das Bestimmungsrecht darüber nicht dem Auftraggeber zu sondern im Belieben des Auftragnehmers, dann ist dies ein Indiz für die Selbstständigkeit der Tätigkeit.

Lohnzahlung:

Kennzeichnend für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses ist weiters, dass der Verpflichtung des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft laufend zur Verfügung zu stellen, die Verpflichtung des Arbeitgebers gegenübersteht, dem Arbeitnehmer einen vom Erfolg unabhängigen Lohn zu bezahlen (vgl. VwGH 19.9.2007, 2007/13/0071).

Werden daher fortlaufende, im Wesentlichen gleich bleibende Arbeiten mit einem fortlaufenden, gleich bleibenden Betrag entlohnt, spricht dieser Umstand für ein Dienstverhältnis.

Maßgebend für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung als Dienstverhältnis oder selbstständige Tätigkeit wird daher stets das Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit sein. Unter den dargestellten Gesichtspunkten ist das Gesamtbild der Tätigkeit darauf zu untersuchen, ob die Merkmale der Selbstständigkeit oder jene der Unselbstständigkeit überwiegen.

Für den vorliegenden Fall ergeben sich damit nachstehende Überlegungen:

Weisungsgebundenheit:

Nach den Angaben des Bw. sagt ihm der Auftraggeber, wo 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 und durch die Vorgaben der Kunden hinsichtlich der durchzuführenden Arbeiten wird die persönliche Bestimmungsfreiheit des Bw. weitgehend ausgeschaltet.

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:

Insgesamt spricht das Gesamtbild der verwirklichten Verhältnisse für eine Eingliederung des Bw. in den geschäftlichen Organismus des Auftraggebers.

Unternehmerwagnis:

Der Bw rechnete mit einem Monatspauschale ab. Es zeigt sich dabei, dass er meistens 1000 Euro an Einnahmen erzielte und dass die Abrechnungszeiträume meistens nahtlos aneinander anschlossen, wie dies bei einem selbständigen Unternehmer nicht üblich ist. Den Bw trafen damit keine ins Gewicht fallenden Einnahmensschwankungen

Es liegen keine schriftlichen Werkverträge vor.

Da der Bw. den Vorgaben seiner Auftraggeber folgen musste, ist nicht erkennbar, dass der Bw den Erfolg seiner Tätigkeit durch eigenes Verhalten beeinflussen konnte. Insgesamt ist das Vorliegen eines Unternehmerwagnisses für den Bw. daher zu verneinen.

Vertretungsbefugnis:

Der Bw. hat angegeben, dass er sich vertreten lassen kann. Es ist aber auch bei einer nichtselbständigen Tätigkeit üblich, dass der Arbeitnehmer im Falle seiner Verhinderung durch andere Arbeitnehmer vertreten wird.

Lohnzahlung:



Im vorliegenden Fall rechnete der Bw., wie sich aus den vorliegenden Abrechnungen ergibt, etwa in Monatsabständen mit einer Monatspauschale ab. Die Rechnungen lauteten überwiegend auf 1.000 Euro und die Abrechnungszeiträume schlossen meistens nahtlos aneinander an. Auch dieser Umstand spricht für ein Dienstverhältnis.

Ebenso weist die Tatsache, dass der Bw. ab 5. 5. 2011, somit seit Beginn der Freizügigkeit des Arbeitsmarktes für (u.a.) polnische Staatsbürger, bei der Fa. K. GmbH & Co.KG. als Arbeiter angemeldet ist, darauf hin, dass er in Wirklichkeit schon vorher und somit auch im Streitzeitraum nichtselbständig bei dieser Firma beschäftigt war.

Nach Würdigung aller einzelnen Elemente der Betätigung des Bw ergibt sich daher, dass die Merkmale für ein Dienstverhältnis gegenüber den Merkmalen für eine Selbständigkeit überwiegen. Es ist daher davon auszugehen, dass der Bw nach dem wirtschaftlichen Gehalt des tatsächlichen Geschehens im Sinne des § 47 EStG 1988 iVm § 25 EStG 1988 nichtselbständig beschäftigt wurde. Dem steht auch nicht entgegen, dass sich der Bw. vertreten lassen konnte und eigene Arbeitsmittel verwendet hat, da es auf das Überwiegen ankommt. Insgesamt spricht das Ergebnis der Prüfung der einzelnen Merkmale zur Unterscheidung für eine nichtselbständige Tätigkeit, da dem Bw gegenüber seinen Auftraggebern in Wahrheit weisungsgebunden war, 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.

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

Polnische Staatsangehörige unterliegen daher weiter dem AuslBG.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Da der jeweilige Auftraggeber bzw. Kunde bestimmt, wie und wo der Bw. seinen Auftrag ausführen soll, ist dies ein deutliches Indiz für ein Unterordnungsverhältnis, wie es üblicherweise für Arbeitnehmer gegeben ist. Der Bw. untersteht nach der tatsächlichen Gestaltung des Auftrages auch der Fachaufsicht des Auftraggebers. Obwohl sich der Bw. vertreten lassen konnte, musste er meistens seine persönliche Arbeitskraft einsetzen, da er keine Mitarbeiter hatte, was ein weiterer Hinweis darauf ist, dass er wie ein Dienstnehmer behandelt wurde.

Als Unternehmensstandort hat der Bw. seine Wohnung angegeben. 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 bedurft hätte, eine solche Genehmigung aber nicht vorlag, hat die Beschäftigung des Bw zweifellos gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstoßen. Es kann damit aus der Bestimmung des § 3 Abs. 1 FLAG 1967 kein Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe abgeleitet werden.

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG idF des Budgetbegleitgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 142/2000 sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

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

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

Gemeinschaftsrechtliche Regelung:

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

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

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

Im dritten Teil der Beitrittsakte 2003 wird im Artikel 20 bestimmt, dass die im Anhang II angeführten Rechtsakte nach Maßgabe dieses 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 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.

Streitzeitraum (Zeitraum ab Jänner 2006):

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der seit 1.1.2006 geltenden Fassung nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich



nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Anspruch auf Familienbeihilfe besteht gemäß § 3 Abs. 2 FLAG 1967 für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

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

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

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

Nach der Bestimmung des § 3 Abs. 2 FLAG 1967 in der derzeit geltenden Fassung ist jedoch auch ein rechtmäßiger Aufenthalt des Anspruch vermittelnden Kindes in Österreich Voraussetzung für den Bezug von Familienbeihilfe. Da die Kinder des Bw sich nicht in Österreich aufhalten und in Österreich auch nicht gemeldet waren, besteht für sie kein Aufenthaltstitel nach dem NAG.

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

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

Die Beurteilung, ob der Bw als Arbeitnehmer oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis in Österreich beschäftigt ist, hat nach den dargestellten Grundsätzen zu erfolgen. Die

Überprüfung hat jedoch auf der Grundlage des § 2 Abs. 2 AuslBG 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 der strittige Zeitraum im vorliegenden Fall der Zeitraum von April 2008 bis Dezember 2009 ist und sich auch aus der geänderten Rechtslage keine andere rechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Bw ergibt, ist der Bw daher als Arbeitnehmer einzustufen.

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

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 22. September 2011