



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., yy, xxx, vom 10. Oktober 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/22/21 vom 10. September 2007 betreffend die Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. August 2004 bis 31. Dezember 2005 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw) ist polnischer Staatsbürger und übt seit seiner Einreise nach Österreich am 12. August 2004 an seinem Zweitwohnsitz im Inland Verspachtelungstätigkeiten aus. Seine Ehegattin und seine beiden Kinder leben am Familienwohnsitz in Polen leben. Der Bw. besitzt einen Gewerbeschein für die Tätigkeiten "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenden Tätigkeit" und „Montage von mobilen Trennwänden.....“

Im Akt befinden sich bezüglich des Streitzeitraumes ein Werkvertrag, abgeschlossen zwischen dem Bw. und dem Bauunternehmen „H.“ sowie ein Rahmenwerkvertrag mit dem Montagebauunternehmer „F.I.“.

Vertragsinhalt des Rahmenwerkvertrages:

„1) Werkleistungsvereinbarung

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die ihm vom Auftraggeber übergebenen Bauarbeiten, die gewerbsmäßig erbracht werden sollten, jeweils an den mit dem Kunden vereinbarten

Baustellen durchzuführen. Der Auftragnehmer ist bei der Durchführung der von ihm übernommenen Tätigkeit in Zeiteinteilung, Dauer und Gestaltung des Tätigkeitsablaufes an keinerlei Weisungen des Auftraggebers gebunden. Der Auftragnehmer hat nur den Auftrag zum vereinbarten Abschlusszeitpunkt zu vollenden und dem Auftraggeber über die positive Erledigung der Verteilung in Kenntnis zu setzen.

2) Dienstort

Der Auftragnehmer ist an keinen Dienstort gebunden.

3) Konkurrenzverbot

Während der Dauer der vereinbarten Tätigkeit unterliegt der Auftragnehmer keinem Konkurrenzverbot. Er ist berechtigt, Aufträge für ähnliche geartete Tätigkeiten auch von anderen Auftraggebern anzunehmen und für diese auszuführen.

4) Honorar

Für die ordnungsgemäße Durchführung der vereinbarten Leistungen erhält der Auftragnehmer ein Honorar, dessen Höhe dem jeweils gültigen Preis-Leistungsverzeichnis zu entnehmen ist. Bei nichtordnungsgemäßer Leistungserbringung erfolgt der im Preis-Leistungsverzeichnis vereinbarte Abzug. Die Abrechnung und Zahlung erfolgt jeweils für die Leistung eines Kalendermonats und wird mittels Banküberweisung im Folgemonat durchgeführt. Die Vertragspartner kommen überein, dass die monatliche Abrechnung durch Erstellung einer Gutschrift seitens des Auftraggebers erfolgt. Das Banküberweisungsformular wird so ausgefüllt, dass alle für die Buchhaltung des Vertragspartners notwendigen Daten aufscheinen und dadurch die separate Ausstellung eines Gutschriftbeleges nicht notwendig ist. Das Banküberweisungsformular ist somit gleichzeitig der Gutschriftsbeleg. Eine Honoraraufstellung wird dem Auftragnehmer ausgehändigt oder zugesandt. Der Auftragnehmer hat allfällige Änderungen im Namen, in der Anschrift oder der Bankverbindung sofort schriftlich zu melden, damit der Gutschriftsbeleg ordnungsgemäß erstellt werden kann. Nachteile aus Unterlassung solcher Meldungen gehen zu Lasten des Auftragnehmers.

5) Abgaben und Sozialversicherung

Da es sich bei gegenständlicher Vereinbarung um einen Werkvertrag handelt, unterliegt die Versteuerung des Honorars dem Auftragnehmer. Für die Abfuhr von Sozialversicherungsbeiträgen bzw. den Abschluss einer eventuellen Pflichtversicherung hat der Auftragnehmer selbst zu sorgen.

6) Vertretungsbefugnis

Der Auftragnehmer ist berechtigt, geeignete Vertreter oder Gehilfen zu beauftragen. Aus administrativen Gründen hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber die Tatsache der Vertretung und die Person des Vertreters mitzuteilen. Für den Fall, dass sich der Auftragnehmer bei der Erfüllung des Vertrages zu Gänze oder auch nur teilweise eine Vertretung oder einen Gehilfen beauftragt entsteht zwischen diesen Dritten und dem Auftraggeber kein Vertragsverhältnis.

7) Weisungsfreiheit

Ein Weisungsrecht des Bestellers gegenüber dem Auftragnehmer besteht mit Ausnahme von sachlichen Weisungen nicht.

8) Betriebsmittel

Auftragnehmer besitzt eigene Betriebsmittel – alle Werkzeuge, die er für seine selbstständige Tätigkeit als Einzelunternehmer, entsprechend der Gewerbeberechtigung und grundsätzlich eigenes Material braucht. Auf ausdrückliches Verlangen des Kunden bzw. Auftraggebers,

wegen einheitlichen Aussehen des Werkobjektes und Großmengenpreisrabatte, das zu verarbeitenden Material zum Beispiel Spachtelmasse wird dann vom Kunden bzw. Auftraggeber zur Verfügung gestellt.

9) Beendigung des Werkvertrages

Die Aufkündigung des Vertrages kann sowohl vom Auftraggeber als auch vom Auftragnehmer mit einer dreitägigen Frist (Werktage) erfolgen. Bei nicht ordnungsgemäßer Durchführung von vereinbarten Leistungen kann der Auftraggeber das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung aufheben. In diesem Fall stehen dem Auftragnehmer lediglich Endgeltungsansprüche für bereits geleistete Leistungen zu.

10) Gewährleistung/Haftung

Auftragsnehmer hat im Verhältnis zum Auftragsgeber die Haftung im Rahmen der Gewährleistung zu tragen, das bestimmt sich nach dem Werkvertragsrecht.

11) Sonstiges

Es wird festgehalten, dass arbeitsrechtliche Bestimmungen auf das vorliegende Vertragsverhältnis keine Anwendung finden. Der Auftragnehmer bestätigt, alle Angaben gewissenhaft und wahrheitsgetreu gemacht zu haben und verpflichtet sich, allfällige Änderungen des Auftraggebers umgehend zu melden. Beitragsnachzahlungen, die dem Auftraggeber aufgrund unrichtiger Angaben des Auftragnehmers erwachsen, sind dem Auftraggeber über Aufforderung umgehend zu ersetzen. Der Auftragnehmer verpflichtet sich gegenüber dem Auftraggeber, diesen schad- und klaglos zu halten, sofern von Dritten Forderungen (z.B. Steuern, Versicherungen, Abgaben) gegenüber dem Auftragnehmer an den Auftraggeber herangetragen werden. Der Auftragnehmer hat für die gegebenenfalls notwendige Gewerbeberechtigung Sorge zu tragen."

Verfahren vor dem Finanzamt

Bei einer schriftlichen Einvernahme am 26. Juni 2007 vor dem Finanzamt gab der Bw. bekannt, dass er seit dem August 2004 in Österreich arbeitet. Er sei für Tätigkeiten als Schlosser und für solche im Baugewerbe qualifiziert und habe sein Gewerbe in Österreich an seiner Wohnadresse angemeldet. Der Bw. bewahrt Belege und Arbeitsmittel, die seine Tätigkeit in Österreich betreffen in der Wohnung und im Auto auf. Er verfügt über ein Mobiltelefon und gab an, dass er als Arbeitsmittel Bohrer, Hammer und Spachtel verwende. Er betreue pro Monat eines der oben genannten Unternehmen als Kunden, mit dem er die erwähnten Werkverträge vereinbart habe. Die ausgeübte Tätigkeit sei dabei hauptsächlich das Verspachteln gewesen, wobei der Auftraggeber die vertraglichen Leistungen festgelegt und die Arbeitszeit, den Arbeitsvorgang und die Arbeitsqualität erst nach Fertigstellung überprüft habe. Der Bw. gab an, dass er im Krankheitsfall das Unternehmen benachrichtigen müsse. Dieses bestimmte auch, wie lange seine Arbeitszeit dauerte. Werkzeug und Arbeitsmaterial wären vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt worden. Das Haftungs- und Gewährleistungsrisiko trage der Bw. selbst. Die Frage, ob er sich durch eine andere Person bei seiner Arbeit vertreten lassen könne, blieb unbeantwortet. Er gab außerdem bekannt, keine

Mitarbeiter zu haben. Das Entgelt habe er pauschal abhängig von der Raumgröße berechnet. Nach Fertigstellung erhält der Bw. sein Entgelt in bar, teilweise auch auf sein Konto.

Das Finanzamt wies den Antrag des Bw. auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für den Zeitraum ab August 2004 als unbegründet ab. Österreich habe nämlich mit dem EU-Erweiterungsanpassungsgesetz den Beitritt der neuen EU-Mitgliedstaaten (darunter auch Polen) umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Österreich könne Übergangsbestimmungen hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit für die neuen EU-Bürger für maximal sieben Jahre einführen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements bis 30. April 2011 weiterhin dem Ausländerbeschäftigungsgesetz. Für polnische Arbeitnehmer bestehe daher nach wie vor grundsätzlich eine Arbeitsbewilligungspflicht nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz. Im konkreten Fall ist davon auszugehen, dass die Tätigkeit des Bw. nicht als selbständige, sondern als eine typische unselbständige Beschäftigung als Hilfsarbeiter an einer Baustelle zu beurteilen sei. Das Finanzamt begründete seine Ansicht damit, dass die durchzuführenden Arbeiten vom Auftraggeber festgelegt, der Arbeitsort, die Arbeitsteilung vom Auftraggeber vorgegeben worden wären und außerdem der Auftragnehmer bezüglich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität von seinem Auftraggeber kontrolliert worden sei. Dazu komme, dass der Bw. keine Arbeiter und auch keine Hilfskräfte beschäftigt habe. Das zu verarbeitende Material werde vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Das vom Bw. verwendete, selbst erworbene Werkzeug ist von geringer Bedeutung. Der Bw. werde regelmäßig entlohnt, eine Vertretung ist nicht vorgesehen gewesen. Aus all diesen Gründen ging das Finanzamt davon aus, dass der Bw. nur seine Arbeitskraft für Verspachtelungsarbeiten und die Montage von mobilen Trennwänden zur Verfügung gestellt habe. Eine derartige Tätigkeit muss aber nach den Vorschriften des Ausländerbeschäftigungsgesetzes bewilligt werden. Da eine solche Bewilligung nicht vorliegt, war im konkreten Fall davon auszugehen, dass der Bw. auch keine rechtmäßige nichtselbständige Tätigkeit ausgeübt habe und deshalb seinem Antrag auf Zuerkennung der beantragten Differenzzahlung für seine Kinder in Polen nicht stattzugeben gewesen wäre.

Berufungsvorbringen

Gegen diesen Abweisungsbescheid er hob der Bw. Berufung und führte aus, dass im konkreten Fall ein grober Verwechslungsfehler vorliegen würde. Entweder liege eine Verwechslung von Personen vor, oder es wären die vorgelegten Werkverträge und die schriftliche Fragenbeantwortung nicht gelesen worden. Anders könne sich der Bw. eine solche Begründung im oben genannten Abweisungsbescheid nicht erklären. Aus den vorgelegten

Werkverträgen, den Rechnungen und anderen Unterlagen würde sich ergeben, dass nicht der Auftraggeber die Leistungen festgelegt habe, sondern der Kunde und der Bw. selbst. Der Auftraggeber habe nur eine Art Vermittlerrolle übernommen. Aus dem Werkvertrag gehe hervor, dass der Auftragnehmer an keinen Dienstort gebunden ist. Dies bedeute, dass der Bw. keinen konkreten Arbeitsort hat, an dem er sich einzufinden bzw. an dem er zurückkehren müsste. Es gebe lediglich den Ort, an dem das auftragsgemäße Werk zu verrichten ist. Dieser Ort sei aber kein Arbeitsort im Sinne eines Dienstverhältnisses. Auch werde keine Arbeitszeit vorgegeben, es gebe lediglich eine Frist innerhalb derer das Werk vereinbarungsgemäß zu beenden sei. Sollte die Auftragsarbeit nicht fristgerecht fertig werden, gerät der Werkunternehmer in Verzug. Es bestehe diesfalls die Gefahr von Schadenersatzpflichten, Pönalzahlungen und Minderungen des Werklohnes. Der Bw. gab weiters an, dass er keinesfalls weisungsunterworfen gewesen wäre. Natürlich hat der Kunde bzw. der Auftraggeber darauf zu achten, dass die Qualität und auch die Frist gegenüber ihrem eigenen Auftraggeber eingehalten werde, da ansonsten Kunde bzw. Auftraggeber gegenüber den eigenen Vertragspartnern vertragsbrüchig werden und folglich mit Gewährleistung oder Nichterfüllungsansprüchen konfrontiert wären. In diesem Fall hätte der Auftragnehmer keinen Anspruch auf einen Werklohn. Diese Überprüfungen seien lediglich sachliche Prüfungen gewesen. Der Bw. unterliege keinen persönlichen Weisungen. Eine allfällige Nachschau über den Fortgang der Arbeiten würde demzufolge lediglich eine sachliche Kontrolle und keine persönliche Kontrolle darstellen. Es gäbe keine disziplinäre Abhängigkeit und keine Weisungsgebundenheit. Zur Feststellung des Finanzamtes, dass der Bw. keine Arbeitnehmer beschäftigt habe, führte dieser aus, Einzelunternehmer zu sein, allein zu arbeiten und aus diesem Grund müsse er niemanden beschäftigen. Tausende Einzelunternehmer in Österreich würden allein arbeiten, wie z.B. Trafikanten, Schuster, Schlüsseldienste, Busunternehmer, Floristen, Dachdecker usw. Es gebe zwar auch Gesellschaften (Firmen, aber eine überwiegende Mehrheit der Unternehmen arbeite allein. Aufträge würden im Falle einer Mithilfe an andere Einzelunternehmen erteilt werden. Dasselbe könne auch der Bw. machen, wenn er Hilfe benötigt. Zum Vorwurf, dass der Bw. eigene Werkzeuge von geringer Bedeutung verwende, entgegnete er, dass es sich dabei um vollständige Werkzeuge handeln würde, die in dieser Branche in der Art verwendet werden. Es geht dabei um Bohrmaschinen, Kreissägen, Mischmaschinen, verschiedene Spachtel und Kellen, um Leiter, Behälter, Schraubenzieher, Hammer, Wasserwaagen, Zangen und andere Kleinwerkzeuge.

Andere Werkzeuge die in dieser Branche nötig sind, gibt es nicht. Der Bw. habe natürlich als Kleinunternehmer keine Kräne und Betonmischer. Das kleinere Material wie zB Netze, Kanten, Abdichtungsmassen wäre vom Bw., während lediglich das zu verarbeitende Material, wie z.B. die Spachtelmasse vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt worden wäre, da ein einheitliches

Aussehen des Objektes gewährleistet werden müsse und auch ein Großmengenpreis für alle Subunternehmen zur Verfügung gestellt werde. Dies wäre auch bei der Vereinbarung der Höhe des Werklohnes entsprechend berücksichtigt worden.

Aus den vorgelegten Rechnungen ergebe sich, dass Ausstellungsdaten und Leistungszeiten nicht regelmäßig gewesen wären. Der Bw. verwies zur Unterstützung dieses Vorbringens auch auf die vorgelegten Werkverträge.

Dass eine Vertretung nicht vorgesehen wäre, stehe ebenso in Widerspruch zum Punkt 6 des Werkvertrages, in dem ausdrücklich festgehalten wird, dass der Bw. berechtigt sei, geeignete Vertreter oder Gehilfen zu beauftragen. Dadurch werde insgesamt gesehen eindeutig nachgewiesen, dass er selbständiger Einzelunternehmer sei und als Unternehmer tätig geworden sei. Der Bw. zahle selbst alle Abgaben, darunter auch Steuern und habe eigene Betriebsmittel. Es gebe keinen konkreten Arbeitsort, keine konkrete vorgegebene Arbeitszeit und der Bw. könne seinen Auftrag durch andere Personen, die ihn vertreten, ausführen lassen. Er könne auch für andere Auftraggeber tätig werden, es bestehe kein Konkurrenzverbot.

Berufungsvorentscheidung

Das Finanzamt erließ am 18. November 2010 eine abweisende Berufungsvorentscheidung und nahm darin unter anderem auf den Bericht der Abteilung KIAB vom 15. November 2010 mit folgendem Inhalt Bezug:

„Im konkreten Fall ist die gegenständliche Konstellation nicht nur nach dem äußeren Erscheinungsbild, sondern nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt zu beurteilen. Nach der Judikatur sind einfache, manipulative Tätigkeiten, welche in einem unmittelbaren Zeitablauf erbracht werden, nicht als Werk zu betrachten. Die vorgelegten Werkverträge zeigen deutlich auf, dass die Tätigkeit des Bw. einer arbeitnehmerähnlichen Beschäftigung nahekommt, da kein unterscheidbares Werk feststellbar war. Es fehlt eindeutig an der konkreten Abgrenzung der Werke. Nach VwGH kann auch ein Werkvertrag nicht über einfache, bloß mengenmäßig bestimmte Arbeiten abgeschlossen werden, d.h., dass ein Werkvertrag dann nicht vorliegt, wenn wesentliche Werkvertragsbestandteile fehlen. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn im mündlichen Rahmenvertrag lediglich die Erbringung von "Leistungen und Regiearbeiten" laut Absprache geregelt wird und die Abrechnung der Leistung nach der Anzahl der vom Auftragnehmer geleisteten Quadratmeter erfolgt ist. (VwGH 10.3.1999, 97/09/0209). Da der Bw. keine Beschäftigungsbewilligung vorgelegt hat, war daher die Berufung abzuweisen.“

Im Vorlageantrag wiederholte der Bw. im Wesentlichen sein Berufungsvorbringen und ersuchte um Gewährung der Differenzzahlungen für seine beiden Kinder.

Über Vorhalt legte der Bw. betreffend den Streitzeitraum eine Rechnung vom 1.9.2005 an H. über den Leistungszeitraum Juni bis Juli 2005 vor. Leistungsgegenstand war das Verspachteln und das Nachverspachteln von Platten. Der Rechnungsbetrag hat 3.005,40 € betragen und wurde bar bezahlt. Eine weitere Rechnung vom 12.5.2005 an F.I. über den Leistungszeitraum März bis April 2005 betraf das Ausschneiden für Fenster, das Abtragen von Bauschutt, Verspachtelungen und das Abschleifen von Platten. Der Rechnungsbetrag in Höhe von 1.296,00 € wurde bar bezahlt. Die Rechnungen vom 5.3.2005 und vom 2.2.2005 über die Montage bzw. Ausbesserungen von Glaselementen und das Verspachteln von Platten haben den Zeitraum Februar 2005 und Jänner 2005 betroffen. Der Rechnungsbetrag betrug 1.290,00 € und 1.302,00 €. Bezuglich des Jahres 2004 hat der Bw. keine Verträge und keine Rechnungen vorgelegt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Im vorliegenden Fall richtet sich die Berufung gegen den Abweisungsbescheid für den Zeitraumes ab 1. August 2004. Die Entscheidung über die Gewährung einer Familienbeihilfe ist ein zeitraumbezogener Abspruch, der anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum, das ist der Monat, zu treffen ist. Im konkreten Fall legt der angefochtene Bescheid keinen Endzeitpunkt für den Zeitraum fest, sodass der Ausspruch des Finanzamtes für jenen Zeitraum gilt, für den die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse keine Änderung erfahren haben, jedenfalls aber bis zum Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides. Eine solche Änderung der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse trat im Berufungsfall jedenfalls ab 1.1.2006 mit der Einführung des Fremdenrechtspaketes 2005, BGBl 2005/100, ein. Das Finanzamt hat auch für diesen Zeitraum die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse des vorliegenden Falles geprüft und am 1. September 2009 bezüglich des Familienbeihilfenanspruches ab 1.1.2006 einen rechtskräftigen Abweisungsbescheid erlassen. Daraus folgt, dass streitgegenständlich der Anspruch auf Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. August 2004 bis 31. Dezember 2005 ist:

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.

Im vorliegenden Fall ist der § 3 Abs 1 FLAG in der Fassung bis Ende 2005 anzuwenden, wonach die Voraussetzung des Vorliegens einer Beschäftigung bei einem Dienstgeber nach dem Begriff des Dienstverhältnisses im Sinne des § 47 Abs 2 EStG 1988 zu beurteilen ist (VwGH 7. 6. 2001, 98/15/0025). Überdies ist das Vorliegen einer bewilligungspflichtigen Beschäftigung nach den ausländerbeschäftigungsrechtlichen Bestimmungen (§ 2 AuslBG) zu prüfen (VwGH 29.9.2010, 2008/13/0160). Diesbezüglich bestimmt § 1 Abs 2 lit I AuslBG, dass die Bestimmungen des AuslBG auf EWR-Bürger nicht anzuwenden sind. Der Bw. ist zwar seit dem Beitritt Polens zur EU am 1.5. 2004 als polnischer Staatsbürger EWR-Bürger. Für Staatsangehörige der mit 1.5.2004 der Union neu beigetretenen Staaten wird jedoch in § 32a Abs 1 AulsBG, 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 somit weiterhin dem AuslBG.

EU/EWR-Bürgern stand hingegen schon vor dem 1.1.2006 Familienbeihilfe zu, wenn sie als Selbständige in den Anwendungsbereich der VO 1408/71 fielen (VwGH 29.9.2010, 2008/13/0160).

§ 3 Abs. 2 FLAG 1967 zufolge gilt Abs. 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Der Bw hält sich erst seit dem August 2004 in Österreich auf. Ein Aufenthalt von mindestens 60 Monaten im Sinne des [§ 3 Abs. 2 FLAG 1967](#) ist demnach nicht gegeben. Ob ein Anspruch auf Familienbeihilfe dennoch zu bejahen ist, ist bei Vorliegen einer im Inland ausgeübten nichtselbständigen Tätigkeit nach [§ 3 Abs. 1 FLAG 1967](#) zu beurteilen, im Falle einer selbständigen Tätigkeit kommt der § 3 Abs 1 FLAG jedoch nicht zur Anwendung.

Die Unterscheidung, ob eine Tätigkeit selbständig oder nichtselbständig ausgeübt wird, ist nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht anhand der von den Vertragspartnern gewählten Bezeichnung als Dienstvertrag oder als Werkvertrag vorzunehmen. Vielmehr sind die tatsächlich verwirklichten vertraglichen Vereinbarungen entscheidend (VwGH 19.9.2007, 2007/13/0071, VwGH 29.7.2010, 2007/15/0223).

Rechtliche Beurteilung nach EStG 1988:

Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist zu würdigen, ob der Bw. Verspachtelungsarbeiten und die anderen in den Rechnungen bezeichneten Hilfsarbeiten im Rahmen eines Dienstverhältnisses iSd § 47 Abs 2 EStG 1988 und eines Beschäftigungsverhältnisses iSd § 2 AuslBG erbracht oder diese tatsächlich als Selbständiger auf Basis eines Werkvertrages ausgeführt hat.

Nach § 47 Abs. 2 EStG 1988 sprechen die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber und die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses. In Fällen, in denen beide Kriterien noch keine klare Abgrenzung zwischen einer selbständig und einer nichtselbständig ausgeübten Tätigkeit ermöglichen, ist nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auf weitere Abgrenzungskriterien (wie etwa auf das Fehlen eines Unternehmerrisikos) Bedacht zu nehmen (VwGH 10.11.2004, 2003/13/0018). Das für eine selbständige Tätigkeit typische Unternehmerrisiko 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. Kennzeichnend für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses ist, 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 14.6.1988, 88/14/0024).

Unter Weisungsgebundenheit ist stets eine persönliche Weisungsgebundenheit zu verstehen, die auf den zweckmäßigen Einsatz der Arbeitskraft gerichtet ist. Der Arbeitnehmer stellt dabei seine Arbeitskraft zur Verfügung und verspricht nicht die Ausführung einzelner Arbeiten (VwGH 20.12.00, 99/13/0223). Er ist in diesem Fall wirtschaftlich und persönlich vom Arbeitgeber abhängig.

Im konkreten Fall bestimmt letztlich der Auftraggeber auf welcher Baustelle der Bw. seine Arbeiten auszuführen hatte. Der Bw. bestätigte diese Feststellung selbst, indem er am 26. Juni 2007 vor der Abgabenbehörde erster Instanz niederschriftlich angab, dass „die Firma“ bestimmte, wo, wie und wie lange er seine Arbeit ausführen soll. Damit steht aber fest, dass der Bw. bezüglich des Arbeitsortes in seiner persönlichen Entscheidungsfreiheit weitgehend eingeschränkt ist. Eine Kontrolle der Arbeit durch den Auftraggeber erfolgte im Nachhinein. Auch das ist ein Umstand, der das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses nicht ausschließt. Dazu kommt, dass der Bw. wenige Auftraggeber hatte und überdies selbst angab, pro Monat nur einen Auftraggeber zu haben. Diese Merkmale sprechen klar für ein Dienstverhältnis mit dem Auftraggeber. Das Berufungsvorbringen, wonach der Kunde und nicht der Auftraggeber die Leistungen festgelegt habe und insofern der Auftraggeber nur vermittelt hätte, steht in Widerspruch zur Werkleistungsvereinbarung (Punkt 1 des Rahmenwerkvertrages), die zumindest formell zwischen dem Bw. und dem Auftraggeber abgeschlossen wurde und den Inhalt der zu erbringenden Werkleistungen festlegte. Daraus kann keineswegs auf das Vorliegen eines direkten Auftragsverhältnisses zwischen dem Kunden des Auftraggebers und dem Bw. abgeleitet werden, zumal der Bw. außerdem seine Arbeitsleistungen dem Auftraggeber pauschal in Rechnung stellte.

Eine freie Zeiteinteilung war im konkreten Fall schon deshalb nicht anzunehmen, da grundsätzlich die vom Bw. ausgeführten Verspachtelungen in einer zeitlichen Abfolge mit anderen Arbeiten auf der Baustelle zu erbringen waren und das Bestehen einer freien Einteilung der Arbeitszeit den Erfahrungen des täglichen Lebens widersprechen würde. Infolge eigener Angaben des Bw. war davon auszugehen, dass er an einen bestimmten vom Auftraggeber zugewiesenen Arbeitsort und damit ebenso an eine angeordnete Arbeitszeit gebunden war, zumal Verspachtelungsarbeiten als Hilfsarbeiten mit anderen Leistungen zusammenhängen und solcherart innerhalb eines vorgegebenen Rahmens zu erbringen sind. Der Arbeitgeber hat auch die Planung und Vorbereitung sowie die Kontrolle der Tätigkeit im Rahmen des Gesamtbauprojektes übernommen, weshalb eine organisatorische Eingliederung des Bw. in den Betrieb des Auftraggebers ebenso zu bejahen war.

Aus diesen Ausführungen folgt, dass schon diese beiden Kriterien das Vorliegen eines Dienstverhältnisses darlegen. Ein solches ist auch dann anzunehmen, wenn ein Unternehmerrisiko fehlt, keine Vertretungsbefugnis gegeben ist sowie Lohnzahlungen laufend erfolgen.

Unternehmerrisiko nimmt der Steuerpflichtige auf sich, wenn er die Höhe der Einnahmen durch besonderen Arbeitseinsatz, Tüchtigkeit beeinflussen sowie Aufträge ablehnen kann und für seine Ausgaben selbst aufzukommen hat, sie also vom Auftraggeber nicht ersetzt werden.

Der Bw. hat ein solches Risiko nicht übernommen, da er losgelöst von seinen Aufträgen keine wesentlichen Ausgaben tragen musste und er überdies gegenüber dem Finanzamt niederschriftlich bekanntgab, dass die „Firma“ das Arbeitsmaterial zur Verfügung gestellt hat. Nach den Ausführungen in der Berufung hat der Auftraggeber lediglich das zu verarbeitende Material, wie zB die Spachtelmasse bereitgestellt, um dadurch ein einheitliches Aussehen des Objektes zu gewährleisten und dabei die Kosten bei Vereinbarung des Werklohnes berücksichtigt. Dass der Bw. tatsächlich für die Kosten dieser Materialien selbst aufzukommen hatte, hatte er nicht nachgewiesen. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass den Bw. keine bedeutenden Ausgaben getroffen haben, zumal seine Wohnung Unternehmensstandort war und er damit weder über eine eigene Betriebsstätte noch über eigene Betriebsmittel verfügte und somit auch nicht durch Steuerung der Kostenseite seine Einnahmen beeinflusst hat, was allerdings für das Bestehen eines Unternehmerrisikos maßgebend ist.

Dazu kommt, dass generell monatlich ein Pauschalbetrag abgerechnet wurde. Der Bw. wendet gegen die Feststellung des Finanzamtes, er sei regelmäßig entlohnt worden den Punkt 4 des Werkvertrages und die vorgelegten Rechnungen ein. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die über Vorhalt vorgelegten Rechnungen aus dem Jahre 2005 eine regelmäßige Entlohnung bescheinigen und diese überdies in den vorgelegten Verträgen und den eigenen Angaben des

Bw. Deckung findet. Erwiesen ist somit, dass der Bw. laufend entlohnt worden ist und dieser Umstand für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses spricht.

Allein die Vereinbarung einer allgemeinen Vertretungsbefugnis schließt die persönliche Abhängigkeit und die Dienstnehmereigenschaft nicht aus. Vielmehr kommt es darauf an, dass das Vertretungsrecht tatsächlich genutzt wird oder bei objektiver Betrachtung eine solche Nutzung zu erwarten ist. Im konkreten Fall hat der Bw. eine tatsächliche Vertretung seiner Verspachtelungsarbeiten nicht nachgewiesen, weshalb die Vereinbarung einer solchen im vorgelegten Werkvertrag allein kein Argument für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit ist.

Der Bw. stützt sich demgegenüber auf den Rahmenwerkvertrag und darauf, dass in diesem anderes, als das Finanzamt in seiner Berufungsvorentscheidung festhielt, vereinbart wurde. Diesem Einwand ist jedoch die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu entgegnen, wonach es nicht auf die Bezeichnung der Verträge, sondern auf die verwirklichten vertraglichen Vereinbarungen und das tatsächlich verwirklichte Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit ankommt (VwGH 19.9.2007, 2007/13/0071). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die schriftlich konkret zur streitgegenständlichen Tätigkeit festgehaltenen Aussagen des Bw. auf Basis eines Fragenkataloges nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates im Vergleich zu den vertraglich festgelegten Vertragspunkten die wesentlich höhere Beweiskraft dafür besitzen, in welcher Art die Verspachtelungstätigkeit und die anderen Arbeiten tatsächlich realisiert wurden. Dies auch deshalb, da der gegenständliche Rahmenwerkvertrag allgemein für jede Arbeit auf Basis eines Werkvertrages gelten kann ohne ausdrücklich zur konkreten Verspachtelungsarbeit und zu den anderen Hilfsarbeiten des Bw. Bezug zu nehmen.

Nach dem Gesamtbild der zu beurteilenden Tätigkeit überwiegen jedenfalls die Merkmale eines Dienstverhältnisses und sind die als Hilfsarbeiten zu bezeichnenden Leistungen des Bw. nicht im Rahmen eines selbständigen Auftragsverhältnisses erbracht worden.

Rechtliche Beurteilung nach AuslBG:

§ 2 Abs 2 AuslBG, BGBI I Nr. 133/2003, bestimmt, dass als Beschäftigung die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis gilt, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird (lit a und b). Ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs 2 dieser Bestimmung vorliegt, ist nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht nach der äußeren Erscheinungsform des Sachverhaltes zu beurteilen (Abs 4).

Maßgebend für die Einordnung einer Tätigkeit als Beschäftigung ist, dass diese in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Auf die zivilrechtliche

Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zustande kam, ob diesem im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung, Mängel anhaften, oder welche vertraglichen Bezeichnungen die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (VwGH 30.9.2010, 2010/09/0150).

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Arbeitnehmerähnlichkeit dann anzunehmen, wenn zwar die für ein Arbeitsverhältnis charakteristische persönliche Abhängigkeit fehlt, die Rechtsbeziehung zum Auftraggeber einer solchen aber wegen der wirtschaftlichen Unselbständigkeit ähnlich ist, weil die Kriterien fremdbestimmter Arbeit in einem gewissen Umfang gegeben sind. Dabei hat der Umstand, dass die betreffende Person in ihrer Entschlussfähigkeit bezüglich ihrer Tätigkeit auf ein Minimum beschränkt ist, maßgebende Bedeutung. Typisch für eine arbeitnehmerähnliche Stellung ist, wenn die Tätigkeit im Betrieb des Auftraggebers, regelmäßig und für eine längere Dauer erbracht wird. Bei Verrichtung der Tätigkeit stehen die persönliche Leistungspflicht, die alleinige Entscheidungsbefugnis im Vordergrund. Weitere Kriterien für die arbeitnehmerähnliche Tätigkeit sind die Berichterstattungspflicht, Arbeit mit Arbeitsmitteln des Auftraggebers, Arbeit nur für einen oder nur eine geringe Zahl von Auftraggebern. Demgegenüber spricht für eine unternehmerische Tätigkeit, wenn der Arbeitende das entsprechende wirtschaftliche Risiko tragen will, indem er z.B. losgelöst vom konkreten Auftrag spezifische Betriebsmittel anschafft, werbend am Markt auftritt, auch sonst über eine gewisse unternehmerische Infrastruktur verfügt und seine Spesen in die dem Auftraggeber verrechneten Honorare selbst einkalkuliert, wie dies bei einer Pauschalabgeltung in der Regel der Fall ist (vgl VwGH 25.2.2010, 2009/09/0287, 0288). Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt es somit hinsichtlich der Merkmale zur Abgrenzung von selbständiger zu unselbständiger Tätigkeit allein auf das Unterordnungsverhältnis an und es besteht diesbezüglich kein Unterschied zwischen Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht (VwGH 8.8.2008, 2008/09/0163). Eine Tätigkeit, die jemand nicht im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses ausübt, ist als selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne des Art 43 EGV zu beurteilen (VwGH 15.9.2011, 2011/09/0052).

Vor dem Hintergrund dieser rechtlichen Ausführungen sind die konkreten Bauarbeiten als nichtselbständige Tätigkeit zu beurteilen.

Der Bw. bringt zwar vor, der Gewerbeschein und darüber hinaus die vorgelegten vertraglichen Vereinbarungen würden bestätigen, dass er im Streitzeitraum als selbständiger Unternehmer tätig geworden wäre. Auch in diesem Zusammenhang sind die Angaben des Bw. gegenüber dem Finanzamt hervorzuheben, wonach er im Streitzeitraum für zwei Auftraggeber gearbeitet hat. Der Auftraggeber kontrollierte die Arbeitszeit, den Arbeitsfortgang und die Arbeitsqualität

nach der Fertigstellung. Er legte zudem die vertraglichen Leistungen fest und stellte Arbeitsmaterialien zur Verfügung. Im Krankheitsfall hatte der Bw. den Auftraggeber zu verständigen. Die Abrechnungen erfolgten regelmäßig monatlich.

Demgegenüber ergibt sich aus dem vorliegenden Rahmenwerkvertrag kein konkreter Inhalt der Bauarbeiten bezogen auf die Art, den Ort und den Umfang. Damit zeigen diese Verträge auch kein für das Vorliegen eines Werkvertrages und für die Abgrenzung eines konkreten Werkes entscheidendes Merkmal auf. Der Bw. stützt sich somit ohne Erfolg auf sein Vorbringen, er hätte für einen "gewährleistungstauglichen" Erfolg bezüglich seiner Hilfsarbeiten einstehen müssen, zumal eine solche Haftung nur bei tatsächlich ausgeführten werkvertraglichen Leistungen, zu denen Verspachtelungsarbeiten hingegen nicht zählen, entstehen kann.

Schon aus diesen Gründen ist im Sinne des AuslBG und entgegen den Berufungsausführungen von einer Beschäftigung des Bw. auszugehen, zumal auf Grund der Aktenlage und den Gesamtumständen des Berufungsfalles auch keine atypischen Anhaltspunkte der zu beurteilenden Bauarbeiten erkennbar waren, die das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit begründet hätten. Das gegenständliche Berufungsvorbringen, das sich lediglich auf den Inhalt der vorgelegten Rahmenwerkverträge beschränkt und diesen nur wiedergibt, ohne im Einzelnen nachzuweisen, dass der Inhalt auch tatsächlich verwirklicht wurde, rechtfertigt für sich allein nicht von einer selbständigen Tätigkeit auszugehen. Auch bei der Beurteilung der gegenständlichen Betätigung nach dem AuslBG kommt dem Umstand, dass es sich um Hilfsarbeiten bzw. einfache manipulative Tätigkeiten handelt, gewichtige Bedeutung zu. Nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt und unabhängig davon in welcher äußerer bzw. formellen Form diese Hilfsarbeiten vereinbart werden, stellen sie unselbständige Arbeiten dar, zumal sie grundsätzlich in einem zeitlichen Zusammenhang mit anderen Arbeiten zu erbringen sind (vgl. VwGH 15.9.2011, 2011/09/0052). Schon aus diesem Grund muss eine freie Zeiteinteilung, da eine solche unter diesen Voraussetzungen den Erfahrungen des täglichen Lebens widerspricht, verneint werden. Wie bereits ausgeführt, bestimmt der Auftraggeber die Baustelle, was auch ein deutliches Indiz für eine Unterordnung ist, die üblicherweise auf einen Arbeitnehmer zutrifft. Die mangelnde freie Zeiteinteilung und die Tatsache, dass kein individuell bestimmtes und abgrenzbares Werk vorliegt und der Auftraggeber den Bw. nach Fertigstellung der Arbeiten kontrollierte, zeigen deutlich auf, dass der Bw. bezüglich der Ausführung der übernommenen Aufträge keine Gestaltungsfreiheit vergleichbar mit einem selbständigen Unternehmer gehabt hatte.

Daraus folgt, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt der in Rede stehenden Verspachtelungsarbeiten und zum Teil Montagearbeiten, anders als nach der äußerer

Gestaltung durch den Gewerbeschein und die beiden Verträge keine selbständige sondern eine nicht selbständige Tätigkeit war, die einer Genehmigung nach dem AuslBG bedurft hätte. Eine solche Genehmigung lag jedoch nicht vor, weshalb nach § 3 Abs 1 FLAG kein Anspruch auf Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. August 2004 bis 31. Dezember 2005 bestanden hat.

Anspruch nach der VO 1408/71

Im Zusammenhang mit dem § 3 Abs 1 und 2 FLAG 1967 ist § 53 FLAG 1967 bezüglich der Gleichstellung von EWR-Bürgern zu beachten. Eine solche ist grundsätzlich anzunehmen, vorausgesetzt Staatsangehörige von Vertragsparteien des EWR halten sich rechtmäßig in Österreich auf und die entsprechenden unionsrechtlichen Regelungen sind anwendbar (*Aigner/Wanke* in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 3 Rz 165).

Art 45 Abs 1 AEUV lautet in diesem Zusammenhang, dass innerhalb der Union die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu gewährleisten ist. Maßgebend im Bereich der Freizügigkeit und der Familienleistungen sind die VO 1408/71 (Wanderarbeitnehmer), VO 883/2004 (Soziale Sicherheit) und die RL 2004/38/EG (Freizügigkeitsrichtlinie) (*Aigner/Wanke* in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 3 Rz 61).

Somit gilt, dass vorrangig das Unionsrecht auch für Bürger aus den Mitgliedstaaten der EU oder des EWR maßgebend ist.

§ 53 FLAG bestimmt, dass Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind. Hiebei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des EWR nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Polen ist auf Grund seines Beitritts zum EG-Vertrag mit Wirksamkeit vom 1. Mai 2004 Mitglied der Europäischen Union. Damit genießen mit dem Beitritt alle polnischen Staatsangehörige (Unternehmen) grundsätzlich die gleichen Rechte wie die Angehörigen der der EU bereits angehörenden Staaten, was insbesondere für das Recht auf Arbeitnehmer- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 39 ff und 49 ff EGV) gilt. Die Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit laut Anhang XII Punkt II, Freizügigkeit (Polen) der Liste nach Art 24 der Beitrittsakte schränken in ihren Z. 2 bis 14 dieses grundsätzliche Recht auf Freizügigkeit aber - zeitlich gestaffelt (2 plus 3 plus 2 Jahre) – ein (vgl. VwGH 15.9.2011, 2011/09/0052).

Die österreichische innerstaatliche Regelung findet sich in § 32a des AuslBG. Für Staatsangehörige von Polen endet demnach die Übergangsfrist nach Ablauf der sieben Jahre

endgültig am 30.4.2011. Während dieser Übergangsfrist bedarf die Ausübung einer nichtselbständigen Tätigkeit einer Arbeitserlaubnis. Dies bedeutet, dass der Bw. als polnischer Staatsbürger bezüglich der Ausübung einer nichtselbständigen Tätigkeit im Streitzeitraum weiterhin unter die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes fällt.

Daraus ist jedenfalls auch abzuleiten, dass dem Bw. bis 30.4.2011 durch § 32 a AuslBG keine unbeschränkte Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit eingeräumt wurde. Für ihn gilt demnach kein freier Zugang zum Arbeitsmarkt und damit verbunden sind auch seine Rechte zur sozialen Absicherung.

In der Präambel zu VO 1408/71 ist unter anderem ausgeführt, dass diese Vorschriften der Koordinierung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften bezüglich Sozialversicherungssysteme dienen. Die Verordnung regelt die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer, Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Union zu- und abwandern. Aus Punkt 2 des Berichts der Kommission über die Anwendung der im Beitrittsvertrag 2003 festgelegten Übergangsregelung ergibt sich, dass EU Wanderarbeiter und ihre Familien einen Anspruch auf Gleichbehandlung nicht nur in Bezug auf Beschäftigung, sondern auch auf dem öffentlichen Wohnungsmarkt, bei Steuervergünstigungen und Sozialleistungen haben (Art 39 EGV). Einschränkungen im Bereich des Zugangs zum Arbeitsmarkt können lediglich das Recht auf Aufnahme einer Beschäftigung begrenzen. Sobald ein Arbeitnehmer Zugang zum Arbeitsmarkt eines bestimmten Mitgliedstaates hat, gelten die Gemeinschaftsbestimmungen bezüglich der Gleichbehandlung beim Arbeitsentgelt und auch beim Zugang zu Vergünstigungen im sozialen und steuerlichen Bereich. Dies bedeutet, dass rechtmäßig beschäftigte Arbeitnehmer keinerlei Diskriminierung ausgesetzt sein dürfen.

Der oben genannten VO 1408/71 muss sohin jene Bedeutung beigemessen werden, dass eine Gleichbehandlung von Unionsbürgern mit Inländern nur bei Anknüpfung an eine erlaubte Beschäftigung und der daraus resultierenden Versicherungspflicht gegeben ist. Dies ergibt sich aus dem Gesamtinhalt der Regelung zur Freizügigkeit der Wanderarbeiter an die die Rechtsakte der Sozialpolitik regelmäßig anknüpfen. Diese fordern ausdrücklich eine „rechtmäßige“ Arbeit in einen Mitgliedstaat (vgl. Nummer 2 zweiter Absatz des Anhang V der Liste zu Art 24 der Beitrittsakte).

Würden unrechtmäßig beschäftigte Personen in den Anwendungsbereich der VO 1408/71 fallen, wären entgegen den Ausnahmen von der Freizügigkeit beschäftigte Personen jenen gleichgestellt, die sich rechtsgut verhalten. Der genannten Verordnung kann jedoch ein solches Ziel auf Basis einer zulässigen Einschränkung der Freizügigkeit von Arbeitnehmern nicht unterstellt werden.

Für den Berufungsfall gilt demnach, dass die VO 1408/71 keine Anwendung findet. Aufgrund der einschränkenden Bestimmungen zur Freizügigkeit fehlt es in der Folge auch an einer Gleichstellung mit österreichischen Staatsbürgern im Sinne des § 53 Abs 1 FLAG 1967, sodass die Anwendung dieser Bestimmung auf Grund der Regelungen des Beitrittsvertrages 2003 für den Bw. zu verneinen ist.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 23. Februar 2012