



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 12. März 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 18. Februar 2010 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung von Differenzzahlungen für den Zeitraum Jänner 2005 bis Dezember 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Antrag vom 14. März 2007 beehrte der Antragsteller die Anerkennung von Familienbeihilfe ab Jänner 2005 für seinen Sohn S. (S.).

Mit Bescheid vom 18. Februar 2010 wurde der Antrag auf Differenzzahlung für den Zeitraum Jänner 2005 bis Dezember 2006 betreffend das Kind S. abgewiesen, da die notwendigen Unterlagen für die Erledigung des Antrages (ausgenommen der Gewerbeschein) nicht nachgereicht worden seien.

Mit rechtzeitig eingebrachter **Berufung** führte der Antragsteller (Berufungswerber) aus, dass alle Bestätigungen rechtzeitig in einem dicken Umschlag in der Box im Infocenter eingeworfen worden seien.

Wenn dieselben Unterlagen erneut benötigt würden, sei er gerne bereit, diese abermals dem Finanzamt nachzureichen.

Folgende Unterlagen liegen im Akt auf:

E 401, Familienstandbescheinigung für die Gewährung von Familienleistungen;

E 411, Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen hinsichtlich des Zeitraumes Jänner 2005 bis Dezember 2005 und Jänner 2006 bis Dezember 2006;

Bestätigung des Gemeindesozialhilfsamtes in Polen vom 6. März 2007, dass der Bw. in den Jahren 2005 und 2006 keine Familienleistungen bezogen habe;

Bestätigung des Schulverbandes der Berufs- und Allgemeinschulen vom 6. März 2007 über die Aufnahme des Sohnes des Bw. für das Schuljahr 2005/2006 in die Schule in Polen;

Wohnortbestätigung der Ehefrau des Bw. in Polen;

Wohnortbestätigung des Bw. über die Anmeldung in der Nebenwohnung in Polen in der Zeit vom 9. Februar 2007 bis 9. Februar 2017;

Mietvertrag vom 29. März 2007 über die Anmietung der Wohnung in 1200 Wien, Wallensteinstraße 28/8 ab April 2007;

Gewerbeschein vom 28. Oktober 2004 betreffend das Gewerbe Ankündigungsunternehmen, Tag der Gewerbeanmeldung: 18. Oktober 2004;

Gewerbeschein vom 28. Oktober 2004 betreffend das Gewerbe Heben, Senken, Tragen und Befördern von Lasten mit und ohne Einsatz von mechanischen oder maschinellen Einrichtungen unter Ausschluss der Beförderung mittels Kraftfahrzeugen, Tag der Gewerbeanmeldung: 18. Oktober 2004;

Verständigungen des magistratischen Bezirksamtes für den 20. Bezirk in Wien über die Löschung der Gewerbeberechtigung beider oben angeführter Gewerbe im Gewerberegister;

diverse Einzahlungsbelege an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft über Sozialversicherungsbeiträge betreffend die Jahre 2007, 2008 und 2009;

diverse Rechnungen betreffend die Jahre 2007, 2008 und 2009, die der Bw. an MS. und eine Rechnung, die der Bw. an GJ. betreffend das Jahr 2009 gelegt hat.

In einer **Niederschrift** vom 8. September 2010 gab der Bw. an, dass er Plakatierer sei und seit der Gewerbeanmeldung im Oktober 2004 für MS. arbeite.

Seit 19. Juni 2009 verfüge der Bw. über die EU-Freizügigkeit.

Der Arbeitsablauf stelle sich laut Angaben des Bw. in folgender Weise dar: MS. erhalte die Bögen von der Fa.G. und verteile die Bögen und den Kleber an die Plakatierer. Der Bw. sei pro Bogen bezahlt und für die Arbeiten „Abreißen und Abschälen“ der alten Bögen sei ein

Stundenlohn vereinbart worden. Die Zeiten für das „Abreißen und Abschälen“ der alten Bögen seien vom Bw. auf einen Zettel aufgeschrieben und am Ende des Monats zusammengerechnet worden; die aufgeschriebenen Zeiten seien mit dem vereinbarten Stundenlohn multipliziert worden und ergebe dies den Pauschalpreis auf den einzelnen Rechnungen. Der Bw. arbeite an den Plakatwänden alleine und transportiere in seinem Privatauto die Bögen und den Kleber.

Des Weiteren habe der Bw. (Auftragnehmer) jedes Jahr mit MS. (Auftraggeber) eine als Werkvertrag bezeichnete Vereinbarung abgeschlossen, worin für eine 1/1 Bogen Plakatfläche € 0,30 und für eventuelle Abschälungen € 19,00/Stunde vereinbart worden seien. Für den Fall, dass der Bw. nicht in der Lage sei, die Arbeiten selbst zu erledigen, könne er nach Absprache mit dem Auftraggeber, jederzeit eigene Arbeitnehmer bzw. Subunternehmer für die Arbeitsleistung beauftragen. Der Bw. habe selbst auf eigene Rechnung die notwendigen Betriebs- und Hilfsmittel, wie z.B. Walzen und Leitern bereitzustellen. Die notwendigen Materialien (Plakate und Leim) stelle der Auftraggeber zur Verfügung. Nach Abgabe eines Klebeberichtes und der damit verbundenen Erklärung einer ordnungsgemäßen Durchführung verpflichtete sich der Auftraggeber, die Rechnung innerhalb 14 Tage zu begleichen.

Mit **Berufungsvorentscheidung** wies die Amtspartei die Berufung als unbegründet ab und führte hiezu aus, dass der Bw. lt. eigenen Angaben von 2004 bis 2009 beim Auftraggeber als Plakatierer gearbeitet habe. Die Bögen der Fa.G. seien durch den Auftraggeber an die Plakatierer verteilt und der Kleber sei zur Verfügung gestellt worden. Abschälarbeiten seien stundenweise abgerechnet worden, wobei pro aufgeklebten Bogen der Bw. € 0,30 erhalten habe. Daraus sei ersichtlich, dass eine konkrete Abgrenzung von Werken, wie sie selbständige Personen ausführen, fehle.

Mangels unterscheidbaren Auftragswerken ergäbe sich, dass die Plakatiertätigkeit des Bw. sowohl nach dem Abgabenrecht als auch nach der im Ausländerbeschäftigungsgesetz gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise eine arbeitnehmerähnliche Beschäftigung sei. Es handle sich hierbei um eine Scheinselbstständigkeit. Der Bw. sei kein Arbeitnehmer im Sinne der VO 1408/71.

Diese Tätigkeiten unterlägen der Bewilligungspflicht nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und sei der Bw. der Vorlage einer diesbezüglichen Bewilligungspflicht für den Zeitraum 2005 und 2006 nicht nachgekommen. Daher seien die Voraussetzungen für den Bezug von Familienleistungen für den in Polen lebenden Sohn S. nicht erfüllt worden.

Im rechtzeitig eingebrachten **Vorlageantrag** brachte der Bw. vor, dass die Beurteilung seiner Tätigkeit für den Auftraggeber als eine Tätigkeit im Rahmen eines Dienstverhältnisses unrichtig sei.

Die Feststellung, dass der Bw. gegenüber dem Auftraggeber bezüglich des herzustellenden Gewerkes weisungsgebunden sei, widerspräche den Tatsachen, da bei der Ausführung der Aufträge keine Weisungsgebundenheit bestanden habe. Der Auftraggeber habe lediglich vom Bw. verlangt, dass die Arbeiten innerhalb bestimmter Zeit vertragsgemäß ausgeführt würden. Während dieser Zeit sei dem Bw. frei überlassen worden, wann und wie er diesen Auftrag erledige. Nach Beendigung des Auftrages sei der Bw. als Ausführender in Bezug auf die Normeinhaltung und Qualität der ausgeführten Arbeiten von seinem Auftraggeber überprüft worden. Danach habe er Rechnung gelegt und das vertraglich vereinbarte Entgelt vom Auftraggeber überwiesen bekommen.

Die einzige Einschränkung seiner Selbständigkeit bei Ausführung der Aufträge sei darin bestanden, dass dem Bw. für die Durchführung der Plakatierungsarbeiten die von der Fa.G. bestimmten Zeiten ausdrücklich auferlegt worden seien. Diese Auflage sei vertraglich festgehalten worden und habe sich der Bw. streng daran halten müssen, da dies die Wünsche der Kunden gewesen seien. Bei den vom Auftraggeber erhaltenen Arbeiten habe es sich sehr oft um kurzfristige Ausführungstermine gehandelt und sei der Bw. seit Beginn seiner Tätigkeit immer als selbständiger Unternehmer aufgetreten.

Alle Entscheidungen in Bezug auf die dem Bw. übertragenen Aufträge habe dieser alleine und weisungsfrei getroffen.

Wie jeder andere Unternehmer habe er bei der Ausführung der Arbeiten auf die Fristen und allgemeine Koordinierung der Arbeiten Acht zu nehmen und niemals sei der Bw. in seiner Entscheidungsfreiheit als selbständiger Unternehmer durch Weisungen des Auftraggebers eingeschränkt worden. Der Bw. sei nämlich schon seit dem Jahr 1995 als selbständiger Unternehmer in Österreich tätig und widerspreche die Feststellung, dass er keine unternehmerische Tätigkeit ausübe, dem wahren Sachverhalt seiner seit Jahren ausgeübten Tätigkeit.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt liegt der Entscheidung zu Grunde:

Der Bw ist polnischer Staatsbürger und hatte von Dezember 2000 bis Oktober 2004 einen Nebenwohnsitz in Österreich. Ab Oktober 2004 ist der Bw. mit Hauptwohnsitz in Österreich

gemeldet. Seine Frau, mit der er in aufrechter Ehe lebt, lebt in Polen im Familienhaushalt mit dem gemeinsamen Sohn S., geboren im September 1989. Der Sohn S. besucht die Schule in Polen.

Der Bw meldete am 18. Oktober 2004 in Österreich zwei Gewerbe an: einerseits das Ankündigungsunternehmen und andererseits das Heben, Senken, Tragen und Befördern von Lasten mit und ohne Einsatz von mechanischen oder maschinellen Einrichtungen unter Ausschluss der Beförderung mittels Kraftfahrzeugen.

Diese Gewerbeberechtigungen wurden mit 2. September 2009 im Gewerberegister gelöscht.

Aus dem Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung ist zu entnehmen, dass der Bw. in der Zeit vom Jänner 2000 bis Oktober 2004 als freier Dienstnehmer gem. § 4 Abs. 4 ASVG, in der Zeit vom September 2003 bis Oktober 2004 als Arbeiter und in der Zeit vom Oktober 2004 bis August 2009 als selbständig Erwerbstätiger pflichtversichert war.

Im Jahr 2005 erklärte der Bw. Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von € 10.040,14 und im Jahr 2006 in Höhe von € 10.164,74.

Neben diesen Einkünften bezieht der Bw keine weiteren Einkünfte.

Betreffend die Jahre 2005 und 2006 liegen keine Rechnungen vor.

Die Rechnungen betreffend die Jahre 2007, 2008 und 2009 weisen folgenden Inhalt auf:

In einer Position sind das Pauschale für die Plakatierungsarbeiten und in der anderen Position die Anzahl der geklebten Bögen und der Preis pro Bogen ausgewiesen.

Leistungszeitraum ist keiner angeführt.

Seit dem 19. Juni 2009 ist der Bw. im Besitz einer EU-Freizügigkeitsbestätigung, die dem Bw. das Recht auf freien Arbeitsmarktzugang einräumt.

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

Dieser Sachverhalt wird rechtlich wie folgt gewürdigt:

Zeitraum Jänner 2005 bis Dezember 2005

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen

Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.

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

Der Bw. ist zwar seit Dezember 2000 in Österreich mit einem Nebenwohnsitz gemeldet, doch kommt dieser Meldung im Zusammenhang mit den Angaben des Bw. in seinem Antrag vom 14. März 2007 auf Zuerkennung von Familienbeihilfe, dass sein Familienwohnsitz in Polen liegt, insoweit eine Indizwirkung zu, als der Unabhängige Finanzsenat (UFS) zur Ansicht gelangt, dass sich der Bw. seit Dezember 2000 nicht ständig in Österreich aufgehalten hat. Da somit ein Aufenthalt von mindestens 60 Monaten im Sinne des § 3 Abs. 2 FLAG 1967 nicht gegeben ist, ist der Anspruch auf Familienbeihilfe nach § 3 Abs. 1 FLAG 1967 zu prüfen.

Diesbezüglich fällt der Bw. nach dem äußeren Erscheinungsbild einer selbständigen Gewerbetätigkeit nach dem ausdrücklichen Wortlaut nicht unter die Bestimmung, da § 3 Abs. 1 FLAG 1967 eine nichtselbstständige Tätigkeit voraussetzt.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt es jedoch bei der Beurteilung einer Tätigkeit nicht darauf an, in welches äußere Erscheinungsbild eine Tätigkeit gekleidet wurde, sondern darauf, wie diese Tätigkeit nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt einzustufen ist (vgl. VwGH 19.9.2007, 2007/13/0071).

Der Anspruch auf Familienbeihilfe muss demnach in einem ersten Schritt dahingehend überprüft werden, wie die Betätigung des Bw. im Zeitraum von Jänner 2005 bis Dezember 2005 nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt einzustufen ist.

Aus der Wortfolge "Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit" ergibt sich, dass zur Prüfung der Qualifikation einer Tätigkeit das Einkommensteuergesetz heranzuziehen ist (vgl. VwGH 29.9.2010, 2008/13/0160 mit weiteren Verweisen). Demzufolge ist bei der Beantwortung der Frage, ob die Voraussetzungen einer Beschäftigung bei einem Dienstgeber erfüllt sind, daran anzuknüpfen, ob ein Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Abs. 2 EStG 1988 gegeben ist.

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

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

Der Begriff des Dienstverhältnisses ist durch § 47 EStG 1988 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.

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.

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 disziplinarische 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.

Das Unternehmerwagnis 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.

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.

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).

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:

Der Bw. bringt zwar vor, dass er an keine Weisungen des Auftraggebers gebunden gewesen sei, doch ebenso gibt er an, dass die Zeiten für die Durchführung der Plakatierungsarbeiten vorbestimmt gewesen seien; diese seien von der Fa.G. ausdrücklich auferlegt worden (siehe Vorlageantrag). Damit schuldet aber der Bw. nicht ein bestimmtes Werk, sondern stellt seine Arbeitskraft zur Verfügung.

Auch ist aus der mit MS. abgeschlossenen und als Werkvertrag bezeichneten Vereinbarung nicht ersichtlich, welches bestimmte Werk erstellt wird. Dies spricht dafür, dass der Bw. nicht in Eigenständigkeit einen bestimmten Arbeitserfolg schuldet, sondern seine persönliche Arbeitskraft.

Durch die Vorgaben seitens der Fa.G. hinsichtlich der Zeit der auszuführenden Tätigkeiten wird die persönliche Bestimmungsfreiheit des Bw. weitgehend ausgeschaltet.

Aus der Niederschrift vom 8. September 2010 geht hervor, dass der Bw. für einen längeren Zeitraum ausschließlich für einen Auftraggeber, nämlich für MS. tätig war. Eine Tätigkeit für einen einzigen Auftraggeber ist auch kennzeichnend für ein Dienstverhältnis.

Aus den vorgelegten Rechnungen für die Jahre 2007, 2008 und 2009, die nach Ansicht des UFS auch für den streitgegenständlichen Zeitraum eine Indizwirkung besitzen, da der Bw. in der Niederschrift vom 8. September 2010 selbst angegeben hat, dass er die Vorlage für seine Rechnungen von Kollegen erhalten hat, die früher für diese Firmen gearbeitet haben, ist ersichtlich, dass der Bw. zum Teil mit einem bestimmten Stundensatz, zum Teil mit pauschalen Beträgen abrechnet. Es zeigt sich dabei, dass er monatlich zwischen etwa € 1.000,00 bis € 1.800,00 an Einnahmen erzielte. Dem Bw. trafen damit keine ins Gewicht fallenden Einnahmensschwankungen. Da er den Vorgaben seines Auftraggebers folgen musste, ist nicht erkennbar, dass der Bw. den Erfolg seiner Tätigkeit durch eigenes Verhalten beeinflussen konnte. Da das Material (Plakatbögen und Kleber) von seinem Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurde, trafen den Bw. auch nur gewisse persönliche Werbungskosten, wie z.B. SV-Beiträge, Fahrtkosten. Der Bw. konnte somit nicht durch Steuerung der Kostenseite seine Einnahmen wesentlich beeinflussen. Insgesamt ist das Vorliegen eines Unternehmerwagnisses für den Bw. daher zu verneinen.

Wenn der Bw. vorbringt, er habe sich jederzeit durch einen Subunternehmer vertreten lassen können, dann ist darauf hinzuweisen, dass eine Vertretungsbefugnis nur nach Rücksprache mit dem Auftraggeber möglich gewesen wäre (siehe Werkvertrag, 1. Seite, 6. Absatz). Damit ist aber dem Bw. eine freie Vertretungsregelung wie ein selbständig Erwerbstätiger verwehrt, sodass von einem Vorliegen eines Dienstverhältnisses auszugehen ist.

Im gegenständlichen Fall rechnete der Bw, wie sich aus den vorgelegten Rechnungen ergibt, in Monatsabständen ab. Die Rechnungen wurden großteils jeden Monat um die Monatsmitte gelegt, sodass auch der Umstand der fortlaufenden Entlohnung für ein Dienstverhältnis spricht.

Nach Würdigung aller einzelnen Elemente der Betätigung des Bw. ergibt sich daher, dass die Merkmale für ein Dienstverhältnis gegenüber den Merkmalen für eine Selbständigkeit überwiegen. Es ist daher davon auszugehen, dass der Bw. nach dem wirtschaftlichen Gehalt des tatsächlichen Geschehens im Sinne des § 47 EStG 1988 iVm § 25 EStG 1988 in einem Dienstverhältnis beschäftigt wurde.

Insgesamt spricht das Ergebnis der Prüfung der einzelnen Merkmale zur Unterscheidung für ein Dienstverhältnis, da der Bw. gegenüber seinem Auftraggeber weisungsgebunden war, eine gewisse Eingliederung des Bw. in den geschäftlichen Organismus des Auftraggebers vorhanden war, keine Vertretungsbefugnis hatte, ihn kein Unternehmerwagnis traf und seine Entlohnung im wesentlichen fortlaufend erfolgte.

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

Die Voraussetzung einer nichtselbstständigen Beschäftigung, wie dies § 3 Abs. 1 FLAG 1967 fordert, ist damit erfüllt.

Um einen Anspruch auf Familienbeihilfe zu begründen, darf diese Beschäftigung nicht gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstoßen (§ 3 Abs. 1 letzter Satz FLAG 1967).

Die Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer im Bundesgebiet sind im Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) geregelt.

Dabei erhebt sich die Frage, ob die Bestimmungen des AuslBG auch für den Bw. anzuwenden sind, denn nach § 1 Abs. 2 lit. I AuslBG ist dieses Gesetz auf EWR-Bürger nicht anzuwenden. Polen ist als Mitglied der Europäischen Union Vertragspartner des Übereinkommens über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Der Bw. als polnischer Staatsbürger ist daher EWR-Bürger. Für Staatsangehörige der mit 1. Mai 2004 der Europäischen Union neu beigetretenen Staaten wird jedoch diesbezüglich in § 32 a 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 AuslBG dahingehend zu prüfen, ob ein Unterordnungsverhältnis gegeben ist und es sich damit um eine bewilligungspflichtige Tätigkeit im Sinne des AuslBG handelt.

Im vorliegenden Fall hat der Bw. unstrittig über Auftrag seines Auftraggebers Plakatierungsarbeiten in dem von der Fa.G. vorgeschriebenen Zeitraum durchgeführt. Er tat dies seiner äußeren Erscheinungsform (Auftrag, Rechnungslegung, Sozialversicherung für Selbstständige, Gewerbeanmeldung) nach in Erfüllung eines erteilten Auftrages als selbstständiger Unternehmer.

Er hat im Wesentlichen mit Material gearbeitet, das vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurde. Da der Auftraggeber bestimmt, was und wann der Bw. seinen Auftrag ausführen soll, ist dies ein deutliches Indiz für ein Unterordnungsverhältnis, wie es üblicherweise für Arbeitnehmer gegeben ist. Der Bw. hat daher in zeitlicher Hinsicht die Vorgaben des Auftraggebers auszuführen gehabt.

Der Bw. hat weiters vorgebracht, dass er nach Absprache mit dem Auftraggeber, jederzeit eigene Arbeitnehmer bzw. Subunternehmer beauftragen habe können. Defacto hat er aber über seine Vertretungsbefugnis nicht eigenständig entscheiden können, ohne vorher seinen Auftraggeber darüber zu befragen. Damit war der Bw. verpflichtet, seine persönliche Arbeitskraft einzusetzen, was ein weiterer Hinweis darauf ist, dass er wie ein Dienstnehmer zu behandeln ist.

Als Unternehmensstandort hat der Bw. seine Wohnung angegeben. Damit verfügte er über keine eigene Betriebsstätte.

Da der wahre wirtschaftliche Gehalt der Betätigung somit ein anderer war, als sich aus den äußeren Erscheinungsformen ergeben hätte, kann die Beurteilung der Betätigung des Bw. nicht auf die nicht verwirklichten äußeren Erscheinungsformen gestützt werden. Nach dem Gesamtbild der verwirklichten Verhältnisse findet sich kein wesentlicher Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit. Vielmehr ist aufgrund der Tätigkeit, wie sie tatsächlich ausgeführt wurde, davon auszugehen, dass sich der Bw. den Anordnungen seines Auftraggebers unterordnen musste.

Nach Würdigung aller einzelnen Elemente der Betätigung des Bw. ergibt sich daher, dass der Bw. nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt des tatsächlichen Geschehens auf Grund der gegebenen Unterordnung im Sinne des AuslBG in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt wurde. Die äußere Gestaltung diente demnach nur der Verschleierung des Beschäftigungsverhältnisses und ist als Umgehungshandlung einzustufen.

Im Hinblick darauf, dass der Bw. nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt auf Grund der gegebenen Unterordnung im Sinne des AuslBG in einem zumindest arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt wurde, die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis aber einer Genehmigung nach dem AuslBG bedurft hätte, eine solche Genehmigung aber nicht vorlag, hat die Beschäftigung des Bw. zweifellos gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstoßen. Es kann damit aus der Bestimmung des § 3 Abs. 1 FLAG 1967 kein Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe abgeleitet werden.

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 1967 idF des Budgetbegleitgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 142/2000 sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

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

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

Gemeinschaftsrechtliche Regelung:

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

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

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

Im Dritten Teil der Beitrittsakte 2003 wird im Artikel 20 bestimmt, dass die im Anhang II angeführten Rechtsakte nach Maßgabe dieses Anhangs angepasst werden. Der Anhang II enthält die Liste der anzupassenden Rechtsakte. Unter Punkt 2. finden sich in diesem Anhang jene Rechtsakte, die die Freizügigkeit betreffen. Diesbezüglich wird unter Punkt A. Soziale Sicherheit die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der Sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, zur Anwendung auch für die am 1. Mai 2004 neu beigetretenen Mitgliedstaaten angeführt. Dies hat zur Folge, dass die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 für die ab 1. Mai 2004 neuen Mitgliedstaaten grundsätzlich unmittelbar Anwendung findet.

Im Vierten Teil regelt die Beitrittsakte 2003 Übergangsmaßnahmen mit begrenzter Geltungsdauer. Artikel 24 BeitrittsV 2003 bestimmt, dass die in den Anhängen V bis XIV zu dieser Akte aufgeführten Maßnahmen auf die neuen Mitgliedstaaten unter den in diesen Anhängen festgelegten Bedingungen Anwendung finden. Der Anhang XII regelt die Bedingungen für das Beitrittsland Polen.

Unter Punkt 2. im Anhang XII finden sich die Regelungen zur Freizügigkeit:

Diesbezüglich lautet die Regelung unter Nummer 1.: Hinsichtlich der Freizügigkeit von Arbeitnehmern gelten Artikel 39 und Artikel 49 Abs. 1 des EG-Vertrages zwischen Polen einerseits und Österreich andererseits in vollem Umfang nur vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen der Nummern 2 bis 14.

Nummer 2 bestimmt, dass abweichend von den Artikeln 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und bis zum Ende eines Zeitraumes von zwei Jahren nach dem Tag des Beitritts die Mitgliedstaaten nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Maßnahmen anwenden werden, um den Zugang polnischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln. Die Mitgliedstaaten können solche Maßnahmen bis zum Ende eines Zeitraumes von fünf Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden.

Nummer 5 bestimmt, dass ein Mitgliedstaat, der am Ende des unter Nummer 2 genannten Zeitraumes von fünf Jahren nationale Maßnahmen beibehält, diese im Falle schwerwiegender Störungen seines Arbeitsmarktes oder der Gefahr derartiger Störungen

bis zum Ende des Zeitraums von sieben Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden kann.

Durch diese Regelung gibt es in Bezug auf den freien Personenverkehr ein Übergangsarrangement, wonach jeder derzeitige Mitgliedstaat grundsätzlich die Möglichkeit hat, seine nationalen Regeln für die Zulassung von Arbeitskräften zum nationalen Arbeitsmarkt während einer Übergangsfrist von maximal sieben Jahren für die neuen EU-Bürger beizubehalten.

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 Ausländerbeschäftigungsgesetzes ausgenommen und können daher nur nach dessen Regeln zu einer Beschäftigung zugelassen werden. Diese Einschränkung des freien Personenverkehrs für Angehörige der Republik Polen besteht bis zum 30. April 2011.

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

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

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

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

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

Freizügigkeit der Personen, die eines der Fundamente der Gemeinschaft darstellt, gilt sowohl für Arbeitnehmer im Rahmen der Freizügigkeit der Arbeitskräfte als auch für Selbstständige im Rahmen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs."

Wie sich damit auch aus der Präambel der Verordnung erschließt, gehören die Vorschriften der Verordnung zur Freizügigkeit der Personen. Die Verordnung selbst begründet diese Freizügigkeit nicht, sondern schafft damit nur Rahmenbedingungen, die die Inanspruchnahme des gewährten Rechtes auf Freizügigkeit, das eines der Fundamente der Gemeinschaft darstellt, erleichtern, ermöglichen und gewährleisten sollen.

Ob ein Recht auf Freizügigkeit und in welchem Ausmaß dieses tatsächlich eingeräumt wird, bestimmen im Einzelfall die konkreten vertraglichen Vereinbarungen für das jeweilige Mitgliedsland in der jeweiligen Beitrittsakte. Die Verordnung hingegen gestaltet ein allenfalls eingeräumtes Recht auf Freizügigkeit aus, indem sie Personen, die von der vertraglich eingeräumten Freizügigkeit Gebrauch machen, sozial absichert.

Die Frage der Anwendbarkeit der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 für den Anspruch auf Familienbeihilfe ist daher dahingehend zu beantworten, dass die Verordnung auf Grund des untrennbaren Zusammenhanges mit der Freizügigkeit nur dann zur Anwendung gelangt, wenn Freizügigkeit eingeräumt ist. Wird in den jeweiligen vertraglichen Grundlagen Freizügigkeit nicht oder nur eingeschränkt eingeräumt, so kommt die Verordnung nicht bzw. im Bereich der Einschränkung nicht zur Anwendung. Auf Grund der einschränkenden Bestimmungen zur Freizügigkeit mangelt es in der Folge auch an einer Gleichstellung mit österreichischen Staatsbürgern.

Für den vorliegenden Fall bedeutet das:

Der Bw. ist im Streitzeitraum in Österreich im Sinne des Gemeinschaftsrechts sowie im Sinne des AuslBG nach dem Gesamtbild des verwirklichten Geschehens als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen.

Mit der Beitrittsakte 2003 wurde den polnischen Staatsangehörigen Freizügigkeit nur hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit und der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs eingeräumt. Die Freizügigkeit von Arbeitnehmern und damit der Zugang zu Erwerbstätigkeiten des Arbeitsmarktes hat sich die Republik Österreich gegenüber polnischen Staatsangehörigen für die Übergangszeit von 7 Jahren vorbehalten.

Rechte aus dem Beitritt bzw. aus den in der Gemeinschaft gewährten Freiheiten können Angehörige der Republik Polen daher nur insoweit ziehen, als ihnen diese Rechte auch uneingeschränkt eingeräumt wurden. Für eine Beschäftigung als Arbeitnehmer wurde keine Freizügigkeit eingeräumt.

Da die Verordnung nur im Zusammenhang mit der Gewährung von Freizügigkeit zur Anwendung gelangt, und sich der Bw. aufgrund seiner arbeitnehmerähnlichen Beschäftigung in einem der Freizügigkeit vorbehaltenen Bereich betätigte, fällt der Bw. hinsichtlich des Anspruches auf Familienbeihilfe im Streitzeitraum mangels Freizügigkeit nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung. Eine Gleichstellung mit österreichischen Staatsangehörigen im Sinne des § 53 Abs. 1 FLAG 1967 idF des Budgetbegleitgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 142/2000 ist damit auf Grund der Regelungen der BeitrittsV 2003 für den Bw. nicht gegeben.

Zeitraum Jänner 2006 bis Dezember 2006

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der seit 1. Jänner 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. Jänner 2006 über eine aufrechte Meldung nach dem Meldegesetz verfügte, gilt dies als Anmeldebescheinigung im Sinne des § 53 NAG. Der Bw. hält sich daher nach § 9 NAG rechtmäßig in Österreich auf. Er erfüllt daher die in § 3 Abs. 1 FLAG 1967 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 das Kind des Bw. (S.) sich nicht in Österreich aufhält und in Österreich auch nicht gemeldet war, besteht für S. kein Aufenthaltstitel nach dem NAG.

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

Hinsichtlich der gemeinschaftsrechtlichen Frage der Gleichstellung der Staatsangehörigen der Republik Polen mit österreichischen Staatsangehörigen im Sinne des § 53 FLAG 1967 bzw. inwieweit den Staatsangehörigen der Republik Polen Freizügigkeit eingeräumt wurde, wird auch für den Zeitraum Jänner 2006 bis Dezember 2006 auf die diesbezüglichen Ausführungen für den Zeitraum Jänner 2005 bis Dezember 2005 verwiesen.

Die Beurteilung, ob der Bw. als Arbeitnehmer oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis in Österreich beschäftigt ist, hat nach den für den Zeitraum Jänner 2005 bis Dezember 2005 dargestellten Grundsätzen zu erfolgen. Die Überprüfung hat jedoch auf der Grundlage des § 2 Abs. 2 AuslBG idF BGBl. I Nr. 101/2005 bzw. ab 1.1.2008 idF BGBl. I Nr. 78/2007 zu erfolgen. Diese Bestimmung hat in den geänderten Fassungen eine Änderung dahingehend erfahren, dass der § 2 Abs. 2 AuslBG idF BGBl. I Nr. 101/2005 bzw. ab 1.1.2008 idF BGBl. I Nr. 78/2007 nunmehr lautet, dass als Beschäftigung die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis (lit. a) oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis (lit. b) gilt. Aus dieser Änderung ergibt sich jedoch für den gegenständlichen Fall keine andere rechtliche Beurteilung für den Zeitraum Jänner 2006 bis Dezember 2006.

Da sich die Art der Betätigung des Bw. ab Jänner 2006 nicht geändert hat und sich auch aus der geänderten Rechtslage keine andere rechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Bw. ergibt, ist der Bw. daher weiterhin als Arbeitnehmer einzustufen.

Die bereits oben zu § 53 FLAG 1967 ausgeführte fehlende Gleichstellung von Staatsangehörigen der Republik Polen mit österreichischen Staatsbürgern für den Zeitraum Jänner 2005 bis Dezember 2005 auf Grund der eingeschränkten Freizügigkeit in der Beitrittsakte 2003 ist daher aus den gleichen Gründen auch für den Zeitraum Jänner 2006 bis Dezember 2006 gegeben. Es kommt mangels Gleichstellung auch für den Zeitraum Jänner 2006 bis Dezember 2006 die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht zur Anwendung und 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 18. August 2011