



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, W.,W-Gasse, vertreten durch Bonafide Treuhand- und Revisions GmbH, 1090 Wien, Berggasse 10, vom 13. Juli 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 18. Juni 2007 betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum Februar 2005 bis Dezember 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Bw beantragte im Jänner 2006 Familienbeihilfe für seine im Folgenden angeführten Kinder Familienbeihilfe ab Februar 2005:

Kind1	geb. am xx.xx..1986
Kind2	geb. am yy.yy..1988
Kind3	geb. am zz.zz..1989
Kind4	geb. am nn.nn..1990
Kind5	geb. am vv.vv..1991

Außerdem stellte er Anträge auf Gewährung einer Differenzzahlung für das Kalenderjahr 2005 und das Kalenderjahr 2006.

Der Bw ist slowakischer Staatsbürger und hat seit Februar 2005 in Österreich folgende Gewerbe angemeldet:

- 1.erspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit
2. Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profiteile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen.

Die Kinder leben mit der Kindesmutter und Gattin des Bw in der Slowakei. Der Bw bezog in der Slowakei von Jänner 2005 bis Juni 2006 Kinderbeihilfe für fünf Kinder in Höhe von 2.700,00 Sk monatlich, von Juli bis Dezember 2006 Kinderbeihilfe für 4 Kinder in Höhe von 2.160,00 Sk monatlich.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 16. Juni 2007 für den Zeitraum ab Februar 2005 bis Dezember 2006 ab. Begründend wurde ausgeführt, dass sich die Tätigkeit des Bw nicht als selbständige, sondern als typische unselbständige Beschäftigung darstelle, eine solche Tätigkeit aber den Vorschriften des Ausländerbeschäftigungsgesetzes entsprechen müsse. Da er jedoch die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme nicht nachgewiesen habe, folge daraus, dass er in Österreich eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer nicht ausüben könne und daher die Verordnung Nr. 1408/71 nicht anwendbar sei. Er habe daher mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung keinen Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Gewährung einer Differenzzahlung für seine in der Slowakei lebenden Kinder.

Gegen diesen Bescheid wurde fristgerecht Berufung erhoben. Der Bw brachte darin vor, er übe seit 1. Februar 2005 eine selbständige gewerbsmäßige Tätigkeit für mehrere Auftraggeber aus, er zahle laufend seine Sozialversicherungsbeiträge, habe beim Finanzamt um eine Steuernummer angesucht und für die Jahre 2005 und 2006 auch Steuererklärungen abgegeben. Auch sonst erfülle seine Tätigkeit alle Kriterien einer selbständigen Erwerbstätigkeit.

Das Finanzamt entschied mit abweisender Berufungsvorentscheidung. Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl 2004/28, habe Österreich den Beitritt der neuen EU-Mitgliedstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Neue EU-Bürger unterlägen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements bis 30. April 2011

weiterhin dem Ausländerbeschäftigungsgesetz. Für slowakische Arbeitnehmer bestehe daher grundsätzlich Arbeitsbewilligungspflicht nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz.

Die vom Bw. ausgeübte Tätigkeit stelle eine typische unselbständige Beschäftigung als Arbeitnehmer auf Baustellen dar, da seine Leistungen vom Auftraggeber festgelegt würden, der Arbeitsort vom Auftraggeber vorgegeben werde, die Arbeitszeit, der Arbeitsfortgang und die Arbeitsqualität vom Auftraggeber kontrolliert würden. Er beschäftige keine Arbeitnehmer und bediene sich keiner Hilfskraft. Das zu verarbeitende Material werde vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt, das verwendete, selbst erworbene Werkzeug sei von geringer Bedeutung. Er werde regelmäßig entlohnt und eine Vertretungsmöglichkeit sei nicht vorgesehen.

Es bestehe daher kein Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. kein Anspruch auf Gewährung einer Differenzzahlung für seine in der Slowakei lebenden Kinder.

Der Bw beantragte die Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz. In seinem Fall liege ein Gewerbebetrieb vor, er sei an keine Weisungen des Auftraggebers gebunden, sei persönlich von niemandem abhängig und sei in den geschäftlichen Organismus der Auftraggeber nicht eingegliedert. Das Unternehmerrisiko werde ausschließlich von ihm getragen, er selbst hafte für Gewährleistung. Er werde hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität nicht kontrolliert. Bei Verhinderung wäre eine Vertretung zulässig, sei aber bis jetzt nicht praktiziert worden. Er verwende ausschließlich eigenes Werkzeug und zu einem Großteil eigene Arbeitsmittel. Am Standort seines Gewerbebetriebes verfüge er über ein Büro und eine Möglichkeit zur Aufbewahrung seiner Arbeitsmittel und des Arbeitsmaterials. Er müsse sich durch aktive Geschäftsanbahnung um ausreichende und entsprechende Aufträge kümmern.

Im Akt befand sich ein ausgefüllter Fragebogen und eine mit dem Bw aufgenommene Niederschrift, in denen dieser – zum Teil in Widerspruch zu seinem bisherigen Vorbringen – ergänzend angab, er unterliege keiner Kontrolle hinsichtlich Arbeitszeit, er müsse Beginn und Ende seiner Arbeitszeit sowie Urlaub und Krankheit nicht melden, die zu erbringenden Leistungen würden gemeinsam mit dem Auftraggeber festgelegt, der Auftraggeber gebe vor, auf welcher Baustelle die Arbeiten zu verrichten sei, dieser stelle auch das Arbeitsmaterial bei und am Ende der Arbeiten finde eine Kontrolle durch den Auftraggeber statt.

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

Über die Berufung wurde erwogen:

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

Der Bw ist slowakischer Staatsbürger und seit Dezember 2004 in Österreich gemeldet. Seine Frau, mit der er in aufrechter Ehe lebt, lebt in der Slowakei im Familienhaushalt mit den gemeinsamen Kindern Kind1, geb. am xx.xx. 1986, Kind2, geb. am yy.yy. 1988, Kind3, geb. am zz.zz. 1989, Kind4, geb. am nn.nn. 1990, und Kind5, geb. am vv.vv. 1991.

Der Bw stellte im März 2006 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Februar 2005 für seine Kinder. Im März 2006 und im März 2007 brachte er Anträge auf Gewährung einer Differenzzahlung für das Kalenderjahr 2005 und 2006 für seine Kinder beim Finanzamt ein.

Der Bw meldete am 1. Februar 2005 folgende Gewerbe bei der Gewerbebehörde an:

- 1.erspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit
2. Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profileile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen.

Er ist seit dem 1.2.2005 bis zum 31.1.2010 bei der Sozialversicherungsgesellschaft der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.

Seit Februar 2005 erzielt der Bw Einnahmen aus dieser Tätigkeit. Insgesamt legte der Bw im Jahr 2005 12 Honorarnoten, zehn davon an die Firma H.. Auch im Jahr 2006 wurde der Bw hauptsächlich für die Firma H. tätig. Vom 26.1.2010 bis 31.3.2011 ist der Bw bei der Firma H. als Arbeiter nichtselbständig tätig. Die Abrechnung erfolgt jeweils am Ende jedes Monats nach geleisteten Arbeitsstunden. Die abgerechneten Leistungen werden in bar bezahlt. Monatlich erhält der Bw ca 1.100 Euro. Der Bw hat keine Dienstnehmer.

Das Baumaterial wird zum Großteil vom jeweiligen Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Sein Auftraggeber sagt dem Bw an, auf welcher Baustelle er arbeiten soll. Nach Beendigung der Arbeit erfolgt eine Kontrolle durch den Auftraggeber. Er muss Arbeitsbeginn und Arbeitsende nicht melden, auch Abwesenheit wegen Krankheit und Urlaub „normal“ nicht. Der Bw kann sich bei seiner Arbeit theoretisch (laut eigener Aussage) vertreten lassen. Auf Grund der vom

Bw. zu verrichtenden Arbeiten, die ihrer Natur nach einer bestimmten zeitlichen Abfolge unterliegen, ist der Bw de facto in seiner Einteilung der Arbeitszeit nicht frei.

Der Bw wohnt an der Adresse W.,W-Gasse, mit seiner ältesten Tochter. Er bezahlt keine Miete.

Der Bw erklärte Einnahmen für das Jahr 2005 (ab Februar 2005) in der Höhe von 11.920 Euro und für das Jahr 2006 in der Höhe von 13.360 Euro.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, den im Akt aufliegenden Rechnungskopien, den Gewerbeanmeldungen und insbesondere aus dem Vorbringen des Bw im Rahmen der Berufung und aus seinen Angaben gegenüber dem Erhebungsdienst des Finanzamtes und ist insoweit nicht strittig.

Dieser Sachverhalt wird rechtlich wie folgt gewürdigt:

Zeitraum ab Februar 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 hält sich erst seit dem Dezember 2004 in Österreich auf. Ein Aufenthalt von mindestens 60 Monaten im Sinne des [§ 3 Abs. 2 FLAG 1967](#) ist damit nicht gegeben. Es ist daher der Anspruch auf Familienbeihilfe nach [§ 3 Abs. 1 FLAG 1967](#) zu prüfen.

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

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

Der Anspruch auf Familienbeihilfe muss demnach in einem ersten Schritt dahingehend überprüft werden, wie die Betätigung des Bw im Zeitraum von Februar 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 nicht abschließend definiert, sondern wird als Typusbegriff durch eine Vielzahl von Merkmalen bestimmt, die nicht alle in gleicher Intensität ausgeprägt sein müssen (VfGH 1.3.2001, [G 109/00](#)).

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

Weisungsgebundenheit:

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

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

Eingliederung in den geschäftlichen Organismus:

Eine Eingliederung in den organisatorischen Geschäftsbetrieb zeigt sich unter anderem in der Vorgabe des Arbeitsortes und 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 bestimmt der Auftraggeber, wo der Bw seine Arbeit ausführen soll. Durch die Vorgaben seitens des Auftraggebers hinsichtlich des Ortes der auszuführenden Tätigkeit wird die persönliche Bestimmungsfreiheit des Bw weitgehend ausgeschaltet.

Das Fehlen der Weisungsfreiheit ergibt sich auch aus dem Umstand, dass hinsichtlich der erbrachten Arbeitsleistung eine Kontrolle vor Ort erfolgt.

Aus dem gegenüber dem Erhebungsdienst ausgefüllten Fragebogen und den Abrechnungen des Bw geht hervor, dass der Bw im Wesentlichen ausschließlich für einen Auftraggeber, nämlich für die Firma H. tätig war. Für ein Dienstverhältnis ist die Tätigkeit für einen einzigen Auftraggeber kennzeichnend.

Zu der Tatsache, dass der Bw seinen Angaben zu Folge bestimmte Beginn- und Endzeiten nicht vorgegeben gewesen seien und Urlaub und Krankenstand von ihm nicht zu melden gewesen seien, ist anzumerken, dass es sich bei den vom Bw durchgeführten Arbeiten laut den von ihm vorgelegten Honorarnoten entweder um daserspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten oder um die Montage von mobilen Trennwänden gehandelt hat, um Arbeiten also, die ihrer Natur nach einer bestimmten zeitlichen Abfolge unterliegen und daher eine völlig beliebige Zeiteinteilung – wie sie der Bw behauptet – nicht den Erfahrungen des täglichen Lebens entspricht.

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:

Wie bereits weiter oben ausgeführt, musste der Bw zwar Arbeitsbeginn oder Arbeitsende nicht melden, war aber de facto im Hinblick auf den jeweiligen Arbeitsfortschritt und die zeitliche Abfolge der zu verrichtenden Arbeiten auf den einzelnen Baustellen der allgemeinen Lebenserfahrung nach sicher an bestimmte Arbeitszeiten gebunden. Die Arbeiten an den einzelnen Baustellen wurden gemeinsam mit dem Auftraggeber festgelegt. Die Baustelle, auf der der Bw seine Leistungen zu erbringen hat, wurde vom Auftraggeber bestimmt. Insgesamt spricht dieses Gesamtbild der verwirklichten Verhältnisse für eine Eingliederung des Bw in den geschäftlichen Organismus des Auftraggebers.

Unternehmerwagnis:

Der Bw rechnete mit pauschalen Beträgen ab. Aus einem Großteil der Abrechnungen ist ersichtlich, dass der Bw nach geleisteten Arbeitsstunden abrechnete. Er legte jeweils am Monatsende eine Honorarnote über die im abgelaufenen Monat geleisteten Arbeitsstunden. Die Monatsbeträge betrugen durchschnittlich rund 1.100 Euro.

Da der Bw den Vorgaben seines Auftraggebers folgen musste, ist nicht erkennbar, dass der Bw den Erfolg seiner Tätigkeit durch eigenes Verhalten beeinflussen konnte. Da das Material von der jeweiligen ausführenden Firma zur Verfügung gestellt wurde, trafen den Bw auch keine wesentlichen Ausgaben. Der Bw konnte daher auch nicht durch Steuerung der Kostenseite seine Einnahmen beeinflussen. Insgesamt ist das Vorliegen eines Unternehmerwagnisses für den Bw daher zu verneinen.

Vertretungsbefugnis:

Der Bw hat zwar angegeben, dass er sich vertreten lassen kann. Laut eigenen Angaben des Bw. hat er davon in der Praxis aber nie Gebrauch gemacht.

Lohnzahlung:

Im vorliegenden Fall rechnete der Bw, wie sich aus den vorliegenden Abrechnungen ergibt, in Monatsabständen ab. Die Rechnungen wurden regelmäßig zum Monatsende gelegt. Die abgerechneten Beträge bewegten sich im Schnitt der Jahre 2005 und 2006 um ca 1.100 Euro monatlich. Der Bw wurde damit fortlaufend entlohnt. Auch dieser Umstand spricht für ein Dienstverhältnis.

Nach Würdigung aller einzelnen Elemente der Betätigung des Bw ergibt sich daher, dass die Merkmale für ein Dienstverhältnis gegenüber den Merkmalen für eine Selbständigkeit überwiegen. Es ist daher davon auszugehen, dass der Bw nach dem wirtschaftlichen Gehalt des tatsächlichen Geschehens im Sinne des [§ 47 EStG 1988](#) iVm [§ 25 EStG 1988](#) in einem Dienstverhältnis beschäftigt wurde. Dem steht auch nicht entgegen, dass sich der Bw theoretisch bei Erbringung seiner Leistungen vertreten hätte lassen können, da es auf das Überwiegen der Merkmale ankommt. Insgesamt spricht das Ergebnis der Prüfung der einzelnen Merkmale zur Unterscheidung für ein Dienstverhältnis, da der Bw gegenüber seinem Auftraggeber weisungsgebunden war, in den geschäftlichen Organismus eingegliedert war, ihn kein wirkliches Unternehmerwagnis traf und seine Entlohnung laufend 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.

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 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. Die slowakische Republik ist als Mitglied der Europäischen Union Vertragspartner des Übereinkommens über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Der Bw als slowakischer Staatsbürger ist daher EWR-Bürger. Für Staatsangehörige der mit 1. Mai 2004 der

Europäischen Union neu beigetretenen Staaten wird jedoch diesbezüglich in [§ 32a Abs. 1 AuslBG](#) idF [BGBl. I Nr. 28/2004](#) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger nach [§ 1 Abs. 2 lit. I AuslBG](#) fallen.

Slowakische Staatsangehörige unterliegen daher weiter dem AuslBG.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Er hat seinen eigenen Angaben zufolge mit Material gearbeitet, das vom jeweiligen Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurde. Bei den vom Bw zu erbringenden Leistungen handelte es sich laut den der Behörde vorliegenden Honorarnoten entweder um das Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten oder um die Montage von mobilen Trennwänden, somit um Arbeiten, die in einem zeitlichen Zusammenhang mit anderen Arbeiten zu erbringen waren. Eine völlig beliebige Zeiteinteilung widerspricht daher in Anbetracht der vom Bw. zu erbringenden Leistungen den Erfahrungen des täglichen Lebens. Da der jeweilige Auftraggeber bestimmt, wo der Bw seinen Auftrag ausführen soll, ist dies ein deutliches Indiz für ein Unterordnungsverhältnis, wie es üblicherweise für Arbeitnehmer gegeben ist. Indem die ausführende Firma am Ende die durchgeführten Arbeiten kontrolliert, untersteht der Bw nach der tatsächlichen Gestaltung des Auftrages auch der Fachaufsicht des Auftraggebers. Der Bw hat daher sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch in fachlicher Hinsicht die Vorgaben des Auftraggebers auszuführen gehabt und hatte keine eigenständige Gestaltungsfreiheit zur Ausführung seiner Aufträge.

Als Unternehmensstandort hat der Bw seine Wohnung angegeben. Der Bw verfügte damit weder über eine eigene Betriebsstätte noch über wesentliche eigene Betriebsmittel.

Diese Wohnung bewohnte der Bw mit seiner ältesten Tochter. Der Bw musste keine Miete zahlen.

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

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

Im Hinblick darauf, dass der Bw nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt auf Grund der gegebenen Unterordnung im Sinne des AuslBG in einem zumindest arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt wurde, die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis aber einer Genehmigung nach dem AuslBG bedurft hätte,

eine solche Genehmigung aber nicht vorlag, hat die Beschäftigung des Bw zweifellos gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstoßen. Es kann damit aus der Bestimmung des [§ 3 Abs. 1 FLAG 1967](#) kein Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe abgeleitet werden.

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

Wie bereits oben ausgeführt ist die slowakische Republik Vertragspartner des Übereinkommens über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Der Bw als slowakischer 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 Slowakei und insbesondere ob sich eine Gleichstellung ergibt.

Gemeinschaftsrechtliche Regelung:

Mit Beschluss des Rates der Europäischen Union vom 14. April 2003 wurde dem Aufnahmeantrag der slowakischen Republik stattgegeben und die slowakische Republik 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 XIV regelt die Bedingungen für das Beitrittsland Slowakei.

Unter Punkt 1. im Anhang XIV 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 der Slowakei 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 slowakischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln. Die Mitgliedstaaten können solche Maßnahmen bis zum Ende eines Zeitraumes von fünf Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden.

Nummer 5 bestimmt, dass ein Mitgliedstaat, der am Ende des unter Nummer 2 genannten Zeitraumes von fünf Jahren nationale Maßnahmen beibehält, diese im Falle schwerwiegender Störungen seines Arbeitsmarktes oder der Gefahr derartiger Störungen bis zum Ende des Zeitraums von sieben Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden kann.

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

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

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

Unter Hinweis auf die dargestellte gemeinschaftsrechtliche Regelung betreffend den Beitritt der slowakischen Republik zur Europäischen Union kann zusammenfassend festgestellt werden, dass sich auf Grund der angeführten Rechtsgrundlagen betreffend die Mitgliedschaft der slowakischen Republik 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 slowakischen Republik Folgendes ergibt:

Bis zum 30. April 2011 wurde den slowakischen Staatsangehörigen Freiheit des Personenverkehrs und dabei insbesondere die Freizügigkeit von Arbeitnehmern nicht eingeräumt. Eine Gleichstellung von slowakischen 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 slowakischen 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 slowakischen Staatsangehörigen für die Übergangszeit von 7 Jahren vorbehalten.

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

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

Zeitraum ab Jänner 2006:

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben gemäß [§ 3 Abs. 1 FLAG 1967](#) in der seit 1.1.2006 geltenden Fassung nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach [§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes](#) (NAG), [BGBl. I Nr. 100/2005](#), rechtmäßig in Österreich aufhalten.

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

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

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

Nachdem der Bw zum 1.1.2006 über eine aufrechte Meldung nach dem Meldegesetz verfügte, gilt dies als Anmeldebescheinigung im Sinne des [§ 53 NAG](#). Der Bw hält sich daher nach [§ 9 NAG](#) rechtmäßig in Österreich auf. Er erfüllt daher die in [§ 3 Abs. 1 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 vor dem Inkrafttreten des NAG 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 der Slowakei somit zu verneinen.

Hinsichtlich der gemeinschaftsrechtlichen Frage der Gleichstellung der Staatsangehörigen der slowakischen Republik mit österreichischen Staatsangehörigen im Sinne des [§ 53 FLAG 1967](#) bzw. inwieweit den Staatsangehörigen der slowakischen Republik Freizügigkeit eingeräumt wurde, wird auch für den Zeitraum ab 1.1.2006 auf die diesbezüglichen Ausführungen für den Zeitraum ab Februar 2005 verwiesen.

Die Beurteilung, ob der Bw als Arbeitnehmer oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis in Österreich beschäftigt ist, hat nach den für den Zeitraum ab Februar 2005 dargestellten Grundsätzen zu erfolgen. Die Überprüfung hat jedoch auf der Grundlage des [§ 2 Abs. 2 AuslBG](#) idF [BGBl. I Nr. 101/2005](#) bzw. ab 1.1.2008 idF [BGBl. I Nr. 78/2007](#) zu erfolgen. Diese Bestimmung hat in den geänderten Fassungen eine Änderung dahingehend erfahren, dass der [§ 2 Abs. 2 AuslBG](#) idF [BGBl. I Nr. 101/2005](#) bzw. ab 1.1.2008 idF [BGBl. I Nr. 78/2007](#) nunmehr lautet, dass als Beschäftigung die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis (lit. a) oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis (lit. b) gilt. Aus dieser Änderung ergibt sich keine andere rechtliche Beurteilung für den Zeitraum ab dem 1.1.2006.

Da sich die Art der Betätigung des Bw ab 1.1.2006 nicht geändert hat und sich auch aus der geänderten Rechtslage keine andere rechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Bw ergibt, ist der Bw daher weiterhin als Arbeitnehmer einzustufen.

Die bereits oben zu [§ 53 FLAG 1967](#) ausgeführte fehlende Gleichstellung von Staatsangehörigen der slowakischen Republik mit österreichischen Staatsbürgern für den Zeitraum ab Februar 2005 auf Grund der eingeschränkten Freizügigkeit in der Beitrittsakte 2003 ist daher aus den gleichen Gründen auch für den Zeitraum ab 1.1.2006 gegeben. Es kommt mangels Gleichstellung auch für den Zeitraum ab 1.1.2006 die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht zur Anwendung. Es kann somit auch aus den Bestimmungen der Verordnung kein Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung für den Bw hergeleitet werden.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 29. Juli 2011