



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des N.N., W, vom 24. Mai 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 10. Mai 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. Dezember 2004 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Anbringen vom 24. März 2005 beantragte der Berufungswerber (Bw) die Gewährung der Familienbeihilfe für seine in der Slowakei lebenden minderjährigen Kinder D und P. Dem Antrag waren die Geburtsurkunden der Kinder sowie die Heiratsurkunde in beglaubigter Übersetzung beigelegt. Seinen Angaben zufolge ist er am 10.12.2004 nach Österreich eingereist.

Mit Bescheid vom 10. Mai 2006 wurde der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die genannten Kinder ab 1.12.2004 vom Finanzamt abgewiesen. Begründend wurde hiezu ausgeführt, dass die vom Bw. auf Basis des von ihm gelösten Gewerbescheines ausgeübte Beschäftigung eine Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes darstelle. Aufgrund umfangreicher vom Finanzamt getätigter Ermittlungen sei festgestellt worden, dass der Bw. im Rahmen eines Dienstverhältnisses tätig werde, obwohl er als neuer EU-Bürger innerhalb einer 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum Arbeitsmarkt habe. Die Verordnung 1408/71 zur Anwendung der Systeme der Sozialen Sicherheit auf Wanderarbeiter und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft

zu- und abwandern (im Weiteren VO 1408/71 genannt) sei deshalb auf den Bw. nicht anzuwenden.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung brachte der Bw. vor, er sei seit 2004 als selbständiger Unternehmer tätig und führe Aufträge von unterschiedlichen Unternehmen selbständig aus. Er übe seine Tätigkeit während des ganzen Jahres aus und zahle regelmäßig Sozialversicherungsbeiträge.

Nachdem er in Österreich einen Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe gestellt habe, sei seiner Ehefrau das Kinderbetreuungsgeld und die Familienbeihilfe im Hinblick auf seine selbständige Tätigkeit in Österreich aberkannt worden. Er habe sowohl in Österreich als auch in der Slowakei das Recht auf Gewährung der Familienbeihilfe verloren.

Die Abweisung seines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe sehe er als ungerecht und den Tatsachen widersprechend an. Er ersuche daher um erneute Überprüfung der Voraussetzungen.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 17. Juli 2006 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen. In der Begründung wurde angeführt, dass sich die Tätigkeit des Bw. ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach nicht als eine selbständige sondern vielmehr als eine typische Beschäftigung als Hilfsarbeiter auf einer Baustelle darstelle. Es gebe nur eine mündliche Vereinbarung mit dem Auftraggeber, Arbeitseinteilung und Arbeitseinsatz erfolgten über Anordnung des Auftraggebers. Der Bw. könne sich nicht vertreten lassen, beschäftige keine Arbeitnehmer und habe Krankheit und Urlaub zu melden. Das Arbeitsmaterial werde ihm von seinem Auftraggeber zur Verfügung gestellt, das von ihm selbst beigestellte Werkzeug sei geringfügig. Aus dem gesamten Tätigkeitsbild ergebe sich daher, dass der Bw. seinem Auftraggeber kein Werk sondern wie ein Arbeitnehmer seine Arbeitskraft schulde. Er unterliege dem Willen des Auftraggebers in gleicher Weise wie das bei einem Dienstnehmer der Fall sei. Da die Tätigkeit des Bw. eine nichtselbständige sei, er hierfür jedoch keine Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz nachweisen könne, bestehe für ihn kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

In dem dagegen fristgerecht eingebrachten Vorlageantrag bestreitet der Bw. die Annahme des Finanzamtes, dass er als Hilfsarbeiter auf der Baustelle arbeite mit dem Argument, er stelle für seine Tätigkeiten Rechnungen aus, lasse eine Einnahmen-Ausgabenrechnung erstellen, lege Steuererklärungen und zahle Sozialversicherung.

Aus dem Umstand, dass er nur aufgrund einer mündlichen Vereinbarung arbeite, könne nicht geschlossen werden, dass er keine gewerbliche Tätigkeit ausübe. Selbstverständlich arbeite er auf Anordnung seines Auftraggebers, denn schließlich sei dies derjenige, der ihm den Auftrag erteile und anordne, was er genau haben möchte. Es sei für ihn auch selbstverständlich, dass

er Krankheit und Urlaub melde. Er würde sich auch von einer geeigneten Firma vertreten lassen. Dies sei bislang jedoch nicht vorgekommen, da er nur solche Aufträge annehme, die er auch realisieren könne.

Dass er sein Arbeitsmaterial zur Verfügung gestellt bekomme, geschehe deshalb, weil sich sein Auftraggeber dies so wünsche. Das Werkzeug, das er brauche, habe er sich selbst angeschafft.

Der Bw. ersuche, seinen Antrag noch einmal zu prüfen und ihm die Differenzzahlung zur Familienbeihilfe zu gewähren.

Die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Landesstelle Wien, gab mit Schreiben vom 24.1.2007 bekannt, dass der Bw. aufgrund seiner Gewerbeberechtigungen gemäß § 2 Abs. 1 Zif. 1 GSVG ab Dezember 2004 bei der genannten Anstalt pflichtversichert sei.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Der Bw. ist slowakischer Staatsbürger. Seine minderjährigen Kinder leben in der Slowakei. Er selbst ist seit 10.12.2004 an der von ihm angegebenen Wohnadresse, die zugleich auch den Standort seines Gewerbes darstellt, in Österreich gemeldet. Er wohnt dort gemeinsam mit einem Freund, dem er die anteilige Miete in Höhe von 130 € monatlich bezahlen muss. Er hat in Österreich das Gewerbe der Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profile oder von Systemwänden mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume unterteilen, das Gewerbe deserspachtelns von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit sowie das Gewerbe des Verschließens von Bauwerksfugen mittels plastischer und dauerelastischer Kunststoffmassen und Kunststoffprofilen angemeldet. Bei den dafür erforderlichen Behördenwegen war ihm sein nunmehriger Auftraggeber behilflich. Auf Grund seiner Gewerbeberechtigung ist er bei der Sozialversicherung der Gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.

Der Bw. hat keine Arbeitnehmer. Seine Tätigkeit, die der eines Bauhilfsarbeiters entspricht, führt er für einen einzigen Auftraggeber aus. Dieser legt die vertraglichen Leistungen fest und teilt ihm mit, auf welcher Baustelle und wo auf dieser Baustelle er arbeiten bzw. welche Arbeiten er ausführen soll. Er wird bei der Ausübung seiner Tätigkeit von seinem Auftraggeber kontrolliert. Diesem hat er auch zu melden, wenn er krank ist oder auf Urlaub gehen möchte. Er kann sich bei seiner Arbeit nicht vertreten lassen.

Das Entgelt wurde jeweils nach Rechnungslegung im Jahr 2005 in bar ausgezahlt, seit 2006 auf das Konto des Bw. überwiesen. Abgerechnet wird nach Lohnwochen. Das Werkzeug, das der Bw. für die Ausübung seines Gewerbes benötigt (Spachtel, Bohrmaschine) ist geringfügig und wurde von ihm selbst angeschafft. Das Arbeitsmaterial wird vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den Angaben des Bw. anlässlich der Befragung durch den Erhebungsdienst des Finanzamtes 4/5/10 sowie den vorgelegten Unterlagen und ist folgender rechtlicher Würdigung zu unterziehen:

Gemäß § 47 (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 des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.

Die Legaldefinition des § 47 Abs. 2 EStG 1988 enthält somit zwei Kriterien, die für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprechen, nämlich die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber und die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers. In Fällen, in denen beide Kriterien noch keine klare Abgrenzung zwischen einer selbständigen und einer nichtselbständig ausgeübten Tätigkeit ermöglichen, wurden vom Verwaltungsgerichtshof als weitere Kriterien einer nichtselbständigen Tätigkeit das Fehlen eines Unternehmerwagnisses und die laufende Entlohnung herangezogen.

Ein wesentliches Kriterium der unselbständigen Tätigkeit liegt in der sich in der persönlichen Abhängigkeit äussernden Weisungsgebundenheit, die durch die weitgehende Unterordnung gekennzeichnet ist und zu einer weit reichenden Ausschaltung der eigenen Bestimmungsfreiheit führt. Hievon muss das sachlichen bzw. technische Weisungsrecht unterschieden werden, das im Rahmen eines Werkvertrages ausgeübt wird und das sich lediglich auf die vereinbarte Werksleistung bezieht und somit nur auf den Arbeitserfolg gerichtet ist, während das persönliche Weisungsrecht einen Zustand wirtschaftlicher Abhängigkeit und persönlicher Gebundenheit hervorruft (vgl. Hofstätter/Reichel, Die Einkommensteuer, § 47 Tz. 4.3. und die darin zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs).

Die persönlichen Weisungen sind auf den zweckmäßigen Einsatz der Arbeitskraft gerichtet und dafür charakteristisch, dass der Arbeitnehmer nicht die Ausführung einzelner Arbeiten verspricht, sondern seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt (VwGH 21.12.1993, 90/14/0103; VwGH 23.5.2000, 97/14/0167; VwGH 20.12.2000, 99/13/0223). So nimmt das persönliche Weisungsrecht des Arbeitgebers etwa auf die Art der Ausführung der Arbeit, die Zweckmäßigkeit des Einsatzes der Arbeitsmittel, die zeitliche Koordination der zu verrichtenden Arbeiten, die Vorgabe des Arbeitsortes usw. Einfluss.

Die für das Vorliegen von Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit wesentliche Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers ist nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes schon dann gegeben, wenn der Steuerpflichtige auf Dauer einen Teil des rechtlichen bzw. wirtschaftlichen Organismus bildet und seine Tätigkeit im Interesse dieses Organismus ausüben muss (vgl. (vgl. VwGH 28.6.2006, 2002/13/0175 mit weiteren Nachweisen).

Sie zeigt sich u.a. auch in der Vorgabe von Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsmittel durch den Auftraggeber sowie die unmittelbare Einbindung der Tätigkeit in betriebliche Abläufe des Arbeitgebers. Ein Tätigwerden nach den jeweiligen zeitlichen Gegebenheiten bringt eine Eingliederung in den Unternehmensorganismus zum Ausdruck, was dem Vorliegen eines Werkverhältnisses zuwider läuft (VwGH 15.9.1999, 97/13/0164).

Eine Entlohnung, die sich ausschließlich am wirtschaftlichen Erfolg bzw. Arbeitsergebnis orientiert (Akkordlohn, Provisionen), ist für einen Arbeitnehmer eher selten, kommt aber im Wirtschaftsleben vor. Sie begründet dann kein Unternehmerwagnis, wenn die mit der Tätigkeit verbundenen Kosten unmittelbar vom Auftraggeber getragen werden, und wenn diesem gegenüber ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis besteht (VwGH 9.11.1994, 93/13/0310).

Wenn ein Auftragnehmer sich bei seiner Arbeitsleistung vertreten lassen kann und das Bestimmungsrecht darüber nicht dem Auftraggeber zusteht, sondern im Belieben des Auftragnehmers liegt, ist in der Regel ein Werkvertragsverhältnis anzunehmen (VwGH 16.2.1994, 92/13/0149; VwGH 23.5.2000, 97/14/0167). Allerdings ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise darauf Bedacht zu nehmen, dass es sich bei der Vertretungsmöglichkeit nicht bloß um eine formale Vereinbarung, sondern um eine der üblichen Gestaltung im Wirtschaftsleben entsprechende tatsächliche Vertretungsmöglichkeit handeln muss (VwGH 5.10.1994, 92//15/0230).

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden Sachverhaltes ist ersichtlich, dass der Bw. aufgrund seines Tätigwerdens für seinen Auftraggeber über einen längeren Zeitraum in den wirtschaftlichen Organismus dessen Unternehmens eingegliedert und dessen Weisungen persönlich unterworfen ist. Wenn auch die Höhe der Entlohnung in den einzelnen Monaten schwankt, so erfolgt sie dennoch regelmäßig und beinhaltet einen durchschnittlichen Wochenlohn von ca. 300 bis 450 €. Derartige Schwankungen sind für Arbeitnehmer in der Baubranche im Hinblick auf saisonal wechselnde Bedingungen nicht unüblich und begründen auch kein Unternehmerwagnis.

Aus dem festgestellten Sachverhalt geht damit eindeutig hervor, dass der Bw. nicht ein Werk, sondern - wie ein Dienstnehmer - seine Arbeitskraft schuldet bzw. dass der Bw. dem Willen

des Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen ist, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall ist.

Die Art seiner Tätigkeit unterscheidet sich in keiner Weise von jener eines Hilfsarbeiters eines mit solchen Arbeiten befassten Unternehmens. Der Umstand, dass der Bw. einen Gewerbeschein besitzt, und dass er bei der Sozialversicherung der Gewerblichen Wirtschaft angemeldet ist, vermag daran nichts zu ändern. Denn eine solche nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeutende Beschäftigung wird auch nicht dadurch zu einer selbständigen Tätigkeit, dass die Formalvoraussetzungen vorliegen, sind doch nach gängiger Rechtssprechung für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung als Dienstverhältnis nicht die vertraglichen Abmachungen maßgebend, sondern stets das tatsächlich verwirklichte Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit, wobei auch der im Wirtschaftsleben üblichen Gestaltungsweise Gewicht beizumessen ist (vgl. die bereits zitierten Erkenntnisse des VwGH vom 25. Oktober 1994, 90/14/0184, und vom 20.12.2000, 99/13/0223).

Die Tätigkeit des Bw. als Bauhilfsarbeiter, die typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet (vgl. VwGH 19.12.2002, 2001/09/0080), ist daher auch im gegenständlichen Fall als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren.

Der persönliche Geltungsbereich der VO 1408/71 ist in Artikel 2 definiert. Gemäß Artikel 2 Absatz 1 gilt die - als unmittelbares Recht anzuwendende - VO 1408/71 insbesondere für "Arbeitnehmer und Selbständige, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten".

"Arbeitnehmer" oder "Selbständiger" ist Art. 1 lit. a VO 1408/71 zufolge jede Person,

i) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige oder einem Sondersystem für Beamte erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist;

ii) die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfasst werden, auf die diese Verordnung anzuwenden ist,

- wenn diese Person auf Grund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Arbeitnehmer oder Selbständiger unterschieden werden kann oder

- wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige errichteten Systems oder eines Systems der Ziffer iii) gegen ein anderes in Anhang I bestimmtes Risiko pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist oder wenn auf sie bei

Fehlen eines solchen Systems in dem betreffenden Mitgliedstaat die in Anhang I enthaltene Definition zutrifft;

iii) die gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für die gesamte Landbevölkerung nach den Kriterien des Anhangs I geschaffenen einheitlichen Systems der sozialen Sicherheit pflichtversichert ist;

iv) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für Arbeitnehmer, für Selbständige, für alle Einwohner eines Mitgliedstaats oder für bestimmte Gruppen von Einwohnern geschaffenen Systems der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats freiwillig versichert ist,

- wenn sie im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt ist oder eine selbständige Tätigkeit ausübt oder

- wenn sie früher im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige desselben Mitgliedstaats errichteten Systems gegen das gleiche Risiko pflichtversichert war.

Gemäß Art. 13 Abs. 1 der VO 1408/71 unterliegen Personen für die diese Verordnung gilt, vorbehaltlich des Artikels 14c (und 14f (eingefügt durch ABl. L 209/1998)) den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 der VO 1408/71 etwas anderes bestimmen, gilt nach Art. 13 Abs. 2 Folgendes:

a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat;

Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat gemäß Art. 73 VO 1408/71, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Gemäß Art. 75 Abs. 1 VO 1408/71 werden Familienleistungen in dem in Artikel 73 genannten Fall vom zuständigen Träger des Staates gewährt, dessen Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer oder den Selbständigen gelten; ... Sie werden nach den für diese Träger geltenden Bestimmungen unabhängig davon gezahlt, ob die natürliche oder juristische Person, an die sie zu zahlen sind, im Gebiet des zuständigen Staates oder in dem eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder sich dort aufhält."

Über Vorabentscheidungsersuchen des Oberlandesgerichtes Innsbruck vom 16. Dezember 2003 erkannte der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften mit Urteil vom 7. Juni 2005, Rechtssache C-543/03 "Christine D und Petra O gegen Tiroler Gebietskrankenkasse", im Spruchpunkt 1. zu Recht:

"Eine Person besitzt die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in ihrer durch die Verordnung (EG) Nr. 1386/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2001 geänderten und aktualisierten Fassung, wenn sie auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines der in Artikel 1 Buchstabe a dieser Verordnung genannten allgemeinen oder besonderen Systeme der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. Es ist Sache des nationalen Gerichts, die notwendigen Prüfungen vorzunehmen, um festzustellen, ob die Klägerinnen der Ausgangsverfahren in den Zeiträumen, für die die fraglichen Leistungen beantragt wurden, einem Zweig des österreichischen Systems der sozialen Sicherheit angehört haben und damit unter den Begriff 'Arbeitnehmer' im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a fielen."

Dem genannten Vorabentscheidungsersuchen lag die Frage zu Grunde, ob die Klägerinnen der Ausgangsverfahren die Arbeitnehmereigenschaft im Sinn der genannten Verordnung deswegen verloren haben, weil ihr Arbeitsverhältnis geruht hat und sie in dieser Zeit keine Sozialversicherungsbeiträge zahlen mussten. Im Fall beider Klägerinnen war das Arbeitsverhältnis wegen der Geburt von Kindern im fraglichen Zeitraum karenziert. In dem beim OLG Innsbruck anhängigen Verfahren begehrten die Klägerinnen Kinderbetreuungsgeld.

In den Entscheidungsgründen seines Urteils führte der EuGH aus, dass die Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs im Gemeinschaftsrecht nicht einheitlich sei, sondern vom jeweiligen Anwendungsbereich abhängen (Rnr. 27). Die Begriffe "Arbeitnehmer" und "Selbständiger" seien in Art. 1 Buchstabe a der Verordnung definiert. Sie bezeichneten jede Person, die im Rahmen eines der in Art. 1 Buchstabe a aufgeführten Systeme der sozialen Sicherheit gegen die in dieser Vorschrift angegebenen Risiken unter den dort genannten Voraussetzungen versichert sei (Rnr. 29). Eine Person besitze somit die Arbeitnehmereigenschaft im Sinn der genannten Verordnung, wenn sie auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines der in Art. 1 Buchstabe a dieser Verordnung genannten allgemeinen oder besonderen Systeme der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert sei, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses (Rnr. 30). Dies sei vom nationalen Gericht zu prüfen (Rnr. 33) (VwGH 25.1.2006, 2006/14/0105).

Da der Bw. als slowakischer Staatsangehöriger infolge des Beitritts der Slowakei zur Europäischen Union vom persönlichen Geltungsbereich der genannten Verordnung erfasst ist, hätte er somit grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten, sofern er die Voraussetzungen erfüllt. Diesbezüglich ist Folgendes zu bedenken:

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Österreich kann Übergangsbestimmungen hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit für die neuen EU-Bürger für maximal sieben Jahre einführen. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten (mit Ausnahme Maltas und Zyperns) wird im § 32a Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs. 2 lit. 1 AuslBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (d.h. bis maximal 30. 4. 2011) weiterhin dem AuslBG.

Für slowakische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 28/2004, lauten:

"Begriffsbestimmungen

§ 2 (2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerbe-rechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,
- c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,
- d) nach den Bestimmungen des § 18 oder
- e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern

§ 3. (2) Ein Ausländer darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, eine Beschäftigung nur antreten und ausüben, wenn für ihn eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn er eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt."

Eine solche Tätigkeit muss aber den oben zitierten Vorschriften des AuslBG entsprechen, d.h. dass es sich dabei um eine - bewilligungspflichtige - Beschäftigung iSd § 2 iVm § 3 Abs. 2 AuslBG handelt.

Da der Bw. über die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungsbewilligung) nicht verfügt, seine Beschäftigung aber eine dem AuslBG unterliegende Tätigkeit und keine selbständige darstellt, folgt daraus, dass der Bw. in Österreich keiner rechtmäßigen Beschäftigung nachgeht. Seine Pflichtversicherung resultiert nicht aus einer rechtmäßigen Beschäftigung sondern ausschließlich aus einer Anmeldung von Gewerben, die vom Bw. jedoch nicht ausgeübt werden. Im Hinblick darauf, dass bei Inkrafttreten der VO 1408/71 innerhalb der EU keinerlei Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit bestanden und daher jeder EU-Bürger berechtigt war, in jedem Mitgliedsstaat eine nichtselbständige Tätigkeit legal anzunehmen, kann den in Art. 1 lit. a VO 1408/71 dargelegten Begriffsbestimmungen wohl nur der Inhalt unterstellt werden, dass das den Adressatenkreis der VO bestimmende Kriterium der Pflichtversicherung aus einer legalen Beschäftigung resultieren muss, und nicht schon durch die bloße Anmeldung eines Gewerbes, das gar nicht ausgeübt wird, erfüllt wird. Da der Bw. jedoch keiner legalen Beschäftigung in Österreich nachgeht, erfüllt er somit auch nicht die Voraussetzungen der VO 1408/71.

Er hat demnach mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung keinen Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Gewährung einer Differenzzahlung für seine in der Slowakei lebenden Kinder.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 15. Juni 2007