

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf. vertreten durch Dr. Wolfgang Kunert, Th. Pampichlerstraße 1a, 2000 Stockerau, gegen den Bescheid des Finanzamtes Hollabrunn Korneuburg Tulln vom 14.3.2013, betreffend Abweisung eines Antrags auf Gewährung von Familienbeihilfe für den Sohn L. M. für den Zeitraum Jänner 2007 bis Februar 2011 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Im vorliegenden Beschwerdefall wird die Familienbeihilfe ab März 2011 gewährt.

Beantragt wird die Familienbeihilfe für Kind L., geb. 1_2007, für den Zeitraum Jänner 2007 bis Februar 2011.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 14. März 2013 mit folgender Begründung ab:

"Sie beantragen ab Geburt bis Februar 2011 die Familienbeihilfe für Ihr Kind L.. Sie haben sowohl in der Slowakei als auch in Österreich eine Wohnung. Das Kind L. wurde in der Slowakei geboren. Die Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen wurden in der Slowakei gemacht. Erst ab März 2011 besucht das Kind den Kindergarten in A.. Sie haben Ihr Auto in der Slowakei gemeldet. Wochenenden und Urlaube verbringt die Familie lt. eigenen Angaben in der Slowakei. Da Sie selbst seit Geburt Ihres Kindes keiner Beschäftigung in Österreich nachgehen, ist davon auszugehen, dass Sie auch unter der Woche mit dem Kind in Slowakei aufhältig waren. Der Mittelpunkt Ihrer Lebensinteressen ist daher zumindest bis Februar 2011 in der Slowakei anzunehmen. Die Tätigkeit bei der Gärtnerei U. wurde vom Unabhängigen Finanzsenat als eine nicht selbständige qualifiziert (UFS GZ. RV/0349-G/07 vom 16.09.2009)."

Ein Ausländer darf eine Beschäftigung nur dann annehmen, wenn ihm eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde. Dies bedeutet, dass bis zum 01.05.2011 ein freier Zugang zum Arbeitsmarkt nur bei Vorliegen einer entsprechenden Bewilligung möglich war.

Die zeitliche Einschränkung ergibt sich aus den Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit lt. Anhang XII Punkt II, (vgl. VwGH 15.09.2011, 2011/09/0052) und innerstaatlich nach § 32a des AuslBG. (UFS GZ. RV/1323-W/11)

Im gegenständlichen Fall liegt keine Arbeitserlaubnis vor..."

Die Bw. brachte gegen den Abweisungsbescheid mit folgender Begründung Berufung ein:

"Die Begründung des Abweisungsbescheids des FA Korneuburg enthält bedauerlicherweise - trotz fast sechsjähriger Verfahrensdauer - keine einzige entscheidungsrelevante Tatsache. Darüber hinaus entspricht diese Begründung nicht den gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich der Bestimmtheit einer abweisenden Entscheidung.

Die Ausführungen des FA Korneuburg zur Feststellung des Mittelpunktes meiner Lebensinteressen sind zwar teilweise richtig (teilweise beziehen sie sich auf die gegenwärtige Situation und nicht auf den verfahrensgegenständlichen Zeitraum), jedoch ohne weitere rechtliche Bedeutung für das gegenständliche Verfahren (bzw. ist diese verspätete Reaktion des FA als Verfahrensfehler zu betrachten - wäre ich als Partei des Verwaltungsverfahrens darauf angewiesen, diesen Feststellungen zu widersprechen, ist es wesentlich schwieriger entsprechende Beweise nach zwei, drei, vier, fünf oder sechs Jahren zu sammeln, sodass ich meine Rechte entsprechend wahren kann bzw. ich die Zeit hätte entsprechende Dokumentation anzulegen).

Dieses Verfahren betrifft den Zeitraum Jänner 2007 bis Februar 2011 (daher liegt eine "Alles-oder-nichts-Situation" hinsichtlich der von der EU koordinierten Familienleistungen für vier (!) Jahre).

Somit sind für den Zeitraum Jänner 2007 bis Mai 2010 die VO (EWG) 1408/71 bzw. die Durchführungsverordnung (EWG) 574/72 und für den Zeitraum Mai 2010 bis Februar 2011 die VO (EG) 883/2004 bzw. die Durchführungsverordnung (EG) 987/2009 anzuwenden. Diese Tatsache ist der Begründung nicht zu entnehmen.

Diese Verordnungen entfalten unmittelbare Wirkungen auch in Österreich ("Durchgriffswirkung") und sehen bei Zusammentreffen von Ansprüchen auf Familienleistungen entsprechende Prioritätsregeln vor (vgl Art 68 VO (EG) 883/2004 bzw. Art. 68 VO (EWG) 1408/71).

An erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche (erst an dritter Stelle die durch den Wohnsitz ausgelösten Ansprüche - daher wäre es verwaltungsökonomisch sinnvoller gewesen den Mittelpunkt meiner Lebensinteressen (bei Konflikt von zwei Wohnsitzen innerhalb der EU) erst dann zu thematisieren, wenn festgestellt wird, dass ich, oder der Kindesvater

keiner anspruchs begründenden Erwerbstätigkeit in Österreich nachgegangen sind). Wird festgehalten, dass das Beschäftigungslandprinzip ausschlaggebend ist bzw. war, werden Ausführungen über vermutete Lebensumstände, welche auf den Lebensmittelpunkt (oder doch gewöhnlichen Aufenthalt (?); arg.: "mit dem Kind in Slowakei aufhältig") im Ausland hindeuten, obsolet.

Es ist richtig, dass ausschließlich rechtmäßig ausgeübte Erwerbstätigkeit anspruchs begründend wirken kann. Auf diese Tatsache wird in der Begründung des Abweisungsbescheides Bezug genommen (etwa AusIBG; Einstufung als "nicht selbständige Tätigkeit", "keine Arbeitserlaubnis" usw.). Diese Tätigkeit kann sowohl von der Mutter, als auch vom Kindesvater ausgeübt worden sein (Angehörige im Sinne der anzuwendenden VO (EWG) 1408/71 bzw. VO (EG) 883/2004; Familienbetrachtungsweise).

Die von ihnen für die Begründung der nicht rechtmäßig ausgeübten Erwerbstätigkeit herangezogene Entscheidung UFS GZ. RV/0349-G/07 vom 16.09.2009 betrifft jedoch den Zeitraum 1. Jänner 2001 bis 31. Dezember 2005 (ist dem 1. Absatz der erwähnten Entscheidung zu entnehmen). Dass eine für die Jahre 2001 bis 2005 getroffene Feststellung, für die Qualifizierung einer (anderen!) fünf bis zehn Jahre später ausgeübten Erwerbstätigkeit herangezogen wird, ist rechtlich nicht vertretbar (Verfahrensfehler?).

Verwaltungsökonomisch sinnvoller wäre es die Entscheidung des unabhängigen Verwaltungssenats vom 25.09.2009 heranzuziehen, da diese sogar auf verfahrensgegenständlichen Zeitraum (Jahr 2007) Bezug nimmt (siehe Beilage). In dieser wird festgehalten, dass es sich bei der vom Kindesvater im Jahr 2007 ausgeübten Erwerbstätigkeit um eine Tätigkeit handelt; welche "unternehmerische Eigeninitiative und ein bestehendes auf einen Einzelunternehmer eingeschränktes unternehmerisches Erfolgsrisiko" ableiten lässt, "weshalb bezogen auf Tatzeitraum das Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses des slowakischen Staatsangehörigen zu dem vom Berufungswerber vertretenen Unternehmen zu verneinen war" (= Tätigkeit wurde als selbständige Erwerbstätigkeit eingestuft, daher lag auch keine Verletzung des AusIBG, somit war auch keine Arbeitsbewilligung notwendig, somit handelte es sich um ordnungsgemäß ausgeübte, LEGALE Erwerbstätigkeit, d.h. diese war bzw. ist anspruchs begründend im Sinne der VO (EG) 883/2004 bzw. VO (EWG) 1408/71 - korrekte Beweiswürdigung sowie rechtliche Würdigung der Tätigkeit durch den UVS befindet sich auf Seiten 10,11,12,13,14 und zusammenfassend auf Seite 15 dieser Entscheidung). Diese Entscheidung wurde dem FA Hollabrunn übermittelt (KIAB wurde als Amtspartei miteinbezogen).

Somit fallen auch die letzten Punkte der Begründung des Abweisungsbescheides mit denen das FA Hollabrunn Korneuburg Tulln versucht die Abweisung des Antrages zu rechtfertigen (Übergangsbestimmungen; fehlende Arbeitserlaubnis des Ausländers) weg. Die Begründung des Abweisungsbescheids steht jetzt - trotz fast sechsjähriger Verfahrensdauer - "supernackt" da.

Sollte das FA Hollabrunn Korneuburg Tulln beabsichtigen eine negative Berufungsvorentscheidung zu erlassen, bitte ich sie um eine gesetzeskonforme Begründung (d.h. konkrete gesetzliche Rechtsgrundlagen zu nennen) und die Beschränkung auf gegenständlichen Zeitraum 01/2007-02/2011, Andernfalls werde ich mich gezwungen fühlen, (neben der Beantragung der Vorlage dem UFS) die Volksanwaltschaft um Überprüfung zu bitten, ob es sich hierbei nicht bloß um einen Versuch handelt, das Verwaltungsverfahren in die Länge zu ziehen (erste Entscheidung über den Anspruch für das Jahr 2007 -mit dieser (?) Begründung nach fast 6 Jahren seit der Antragstellung) bzw. den Instanzenzug zu verkürzen.

Beispielhaft wären die vor mehreren Jahren bearbeiteten Ersuchen um Ergänzung anzuführen, wobei - (in Widerspruch zu Durchführungsverordnungen -und zusätzliche Kosten verursachende-übersetzte) Mutter-Kind-Pass Untersuchungen, -Nachweise, dass der Kindergarten regelmäßig besucht wird, -Steuernummer (?), -Nachweise über Krankenversicherung, -EU-Anmeldebescheinigung, -Kinderbetreuungskosten -Nachweise, dass sich L. ständig in Österreich befindet, nachzureichen waren. Die erste Stufe der Prüfung (Prioritätsregeln; "Beschäftigungslandprinzip") wurde jedoch ständig ausgelassen bzw. "übersehen".

Letztendlich möchte ich schriftlich auf die Tatsache hinweisen, dass der Ausgang dieses Verfahrens bereits eine (kostspielige) Vorfrage in einem anderen Verfahren bildet (bereits eingebrachte Klage bei Arbeits- und Sozialgericht aufgrund einer Rückforderung von Kinderbetreuungsgeld durch die SVA, da die Familienbeihilfe für die Jahre 2007 - 2011 noch immer nicht ausbezahlt worden ist).

Werden aus dieser - nicht von mir zu vertretenen - Verzögerung (weitere) erhöhte Prozesskosten resultieren (etwa falls nach negativer Entscheidung eine prozessuale Durchsetzung der Wiederaufnahme des Verfahrens durch SVA o.Ä. notwendig sein sollte), werden diese Kosten (v.A. die der jetzigen und zukünftigen anwaltschaftlichen Vertretung) im Wege einer Amtshaftungsklage geltend gemacht.

Daher möchte ich sie um eine rasche Bearbeitung der Angelegenheit bitten, sodass diesbezügliche Schäden überhaupt nicht eintreten können.

Der Abweisungsbescheid beinhaltet auch einen Tippfehler. Die Antragstellung erfolgte am 9.5.2007 und nicht am 14.03.2013. Ich bitte sie um entsprechende Korrektur, damit das nicht zu Verwirrungen hinsichtlich der Rechtswirkungen kommt (etwa im Verfahren vor Arbeits- und Sozialgericht oder auch FA Korneuburg hinsichtlich der 5 jährigen Frist für die rückwirkende Beantragung der Familienleistungen). So wird auch sichergestellt, dass ersichtlich bleibt, dass diese atypisch lange Verfahrensdauer nicht von mir zu vertreten ist (relevant etwa für das Verfahren vor Arbeits- und Sozialgericht; Begründung der Zuständigkeit der Volksanwaltschaft bei noch nicht abgeschlossenen Verfahren usw.) ..."

Weiters liegen folgende Unterlagen im Akt auf:

Versicherungsdatenauszug der Bf. vom 6. Mai 2010:

1.11.2004 – 31.7.2010	gewerbl. selbständig Erwerbstätige
1.1.2005 – 30.9.2006	Arbeiterin Blumen U. Gesellschaft m.b.H.
1.2.2007 – 31.1.2011	vorläuf. Ersatzzeit wg. Kindererziehung

Versicherungsdatenauszug vom 6. Mai 2010 des Ehegatten des Bf.:

1.11.2004 – 29.2.2012	gewerbl. selbständig Erwerbstätiger
1.1.2005 – 30.11.2007	Arbeiter
1.2.2008 – 31.12.2008	Arbeiter
1.3.2012 laufend	Arbeiter Blumen U. Gesellschaft m.b.H.

Schreiben von Steuerberater Dr. S. T.:

"Die Familie M. hat auch eine Wohnung in der Slowakei. Da Herr M. in Österreich arbeitet, wohnt die Familie unter der Woche in A. und im Urlaub und am Wochenende in der Slowakei. Herr M. hat sein Auto in der Slowakei gemeldet, weil dort die Versicherung billiger ist. In der Slowakei hat die Fam. M. keine Einkünfte. Frau Ma. ist seit der Geburt bei Ihrem Kind, ab Herbst 2010 wird das Kind in A. den Kindergarten besuchen. Herr M. arbeitet bei der Firma Blumen U. in A. , St.Nr., siehe Lohnabgabeprüfberichte der Jahre 2005 – 2008, FA 22..."

Mietvertrag zwischen Blumen U. Ges.m.b.H. als Vermieter und als Mieter O. M. , wohnhaft in Slowakei (Anm. Wohnungsgröße 40m²); abgeschlossen am 8. Februar 2005.

Das Gewerbe des Ehegatten der Bw. (Holzschlägerung und Holzbringung) wurde am 16. November 2004 in das Gewerberegister bei der BH A. eingetragen.

Laut Bescheid des unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich, Außenstelle Mistelbach – siebente Kammer, vom 25. September 2009, Verwaltungsstrafsache ... handelsrechtlicher Geschäftsführer der Blumen U. GesmbH, (Verwaltungsübertretung in der Zeit vom 17.10.2006 bis 13.2.2007) war der Ehegatte der Bw. bei der Firma Blumen U. GesmbH im Standort A. beschäftigt und verrichtete dort

Hilfstätigkeiten (zB Liefern von Kränzen auf den Friedhof, Gärtnerei zusammenräumen...), dies obwohl für ihn weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Zulassung als Schlüsselkraft erteilt, noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5 AusIBG) oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder eine Niederlassungsbewilligung unbeschränkt (§ 8 Abs. 2 Z. 3 NAG) oder ein Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" (§ 45 NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG 1997) ausgestellt worden war

Auszüge von Seite 90 des Bescheides:

"...Auf Basis dieser Niederschrift hätten sich eben Hinweise darauf ergeben, dass keine Selbständigkeit des ausländischen Staatsangehörigen, sondern eher ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis vorliege, sowie auch eine entsprechende Abfrage betreffend die Versicherungsdaten eingeholt wurde, woraus sich ergab, dass der ausländische Staatsangehörige erinnerlich seit dem Jahr 2005 im Unternehmen des Berufungswerbers (Anm.: Firma Blumen U. GesmbH) ist als Arbeiter gemeldet war..."

...Wenn der Berufungswerber keine Arbeit für ihn habe, gebe es noch ein paar andere Kunden, die er betreue; wobei er dem Berufungswerber allerdings immer sage bzw. mit diesem bespreche, wann er für andere Kunden Arbeiten bzw. Tätigkeiten durchführe, also wann er Zeit habe für den Berufungswerber tätig zu werden. Die Anzahl seiner anderen Kunden sei immer unterschiedlich bzw. schwankend, wobei er bereits einen fixen Kundenstock habe, aber auch Kunden, für die er faktisch nur einmal tätig werde, bezüglich der Rechnungen, auch jener, die er an den Berufungswerber lege, sei es so, dass er diese teilweise selbst schreibe, bzw. ihn sein Steuerberater auch hiebei unterstütze..."

Bezüglich seines Wohnsitzes sei es so, dass er eine Wohnung vom Berufungswerber in dessen Firma, also auf dem Firmenareal des Berufungswerbers, angemietet habe und er sich schon deshalb auf dem Firmenareal aufhalten müsse.

...Über die ihm ausgestellten Gewerbeberechtigungen wisse er Bescheid, wobei man diese zusammengefasst auf Güterbeförderung, Holzschlägerung, Hauservice und Erdbewegungsarbeiten benennen könnte.

...Bezüglich Arbeitsmaterial und Werkzeug sei es so, dass ihm dieses anfangs von der Firma des Berufungswerbers zur Verfügung gestellt worden sei, er allerdings mittlerweile über eigenes Werkzeug verfüge...

...Auf Befragen durch den Vertreter des Berufungswerbers gab der Zeuge an, er zahle die ihm vorgeschriebenen Beiträge an die Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft ein.

Anschließend brachte der Vertreter des Berufungswerbers vor, dass dieser keinerlei Beiträge an die Sozialversicherung betreffend den in Rede stehenden O. M. als Arbeitnehmer entrichte, er habe diesen auch nie zur Sozialversicherung angemeldet und auch keinerlei Beitragsvorschreibungen für O. M. erhalten. Dies könne er jedenfalls mit Sicherheit sagen, sowie er auch wisse, dass O. M. etwa seit fünf Jahren über eine Steuernummer verfüge.

Seitens der Vertreterin des Finanzamtes wurde darauf hingewiesen, dass sich aus ihren Unterlagen eben Gegenteiliges ergebe, sowie der Genannte nach dem eingeholten Versicherungsdatenauszug bei der Sozialversicherung gemeldet sei, allerdings darüber hinaus auch bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft.

Bezüglich des in Rede stehenden slowakischen Staatsangehörigen gab der Berufungswerber an, die Vermietung einer Wohnung auf dem Firmengelände an den ausländischen Staatsangehörigen stehe mit der Durchführung der Tätigkeiten durch den Genannten in keinerlei Zusammenhang, es sei aber einfach notwendig gewesen, dass dieser, nachdem er aus der Slowakei gekommen sei, einen Wohnsitz in der Nähe jener Orte hat, an welcher er seine Tätigkeiten durchführt..."

Vermerk des Finanzamtes zur vorgelegten Berufung:

"Laut aktuellem Versicherungsdatenauszug war Frau Ma. von 1.1.2005 – 30.9.2006 bei der Firma U. nichtselbständig beschäftigt. Gleichzeitig scheint eine Versicherung als gewerblich selbständige Erwerbstätige auf, allerdings stets ohne Beitragsgrundlagen. Ab 1.2.2007 – 31.1.2011 war Fr. Ma. in vorläufiger Ersatzzeit wg. Kindererziehung.

Ein aktueller Versicherungsdatenauszug von Hr. M. weist ebenfalls eine Versicherung als gewerblich selbständige Erwerbstätiger auf. Daneben war auch er von 1.1.2005 – 30.11.2007 und von 1.2.2008 – 31.12.2008 als Arbeiter bei der Fa. U. GmbH gemeldet. Seit 1.3.2012 bis laufend ist er wieder als Arbeiter bei der Fa. U. GmbH gemeldet. Für die nichtselbständige Tätigkeit scheinen Beitragsgrundlagen auf, für die gewerbliche Tätigkeit nicht.

In einer UFS-Entscheidung vom 16. September 2009, RV/0349-G/07 wurde die Tätigkeit der Bw. und ihres Ehegatten für die Fa. Blumen U. GesmbH für den Zeitraum 1.1.2001 – 31.12.2005 als eine nichtselbständige qualifiziert. Die Feststellungen wurden vom VwGH mit Erkenntnis vom 2.2.2010, 2009/15/0191, bestätigt. Demgegenüber legte die Bw. eine UVS-Entscheidung vom 25.09.2009 vor, mit der Hr. M. für die Fa. Blumen U. GmbH im Streitzeitraum 17.10.2006 – 13.2.2007 nunmehr, anders als in der vorgenannten UFS-Entscheidung, selbständig tätig sei.

Weder Fr. Ma. noch Hr. M. gaben Einkommensteuererklärungen mit Angabe von gewerblichen Einkünften für die Zeiträume 2007 – 2010 beim Finanzamt ab. Es kam zu keinen Veranlagungen. Einkünfte wurden auch anderweitig nicht offengelegt. Erst 2011 wurden Einkünfte aus einer M. KG erklärt. Die Veranlagungen 2011 erfolgten ungeprüft. Es ergab sich auch keine steuerliche Auswirkung."

Das Finanzamt legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Hingewiesen wird darauf, dass die am 31. Dezember 2013 beim Unabhängigen Finanzsenat anhängigen Berufungen gemäß § 323 Abs. 38 BAO vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinn des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen sind.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt ist dem Familienbeihilfenakt zu entnehmen:

Die Bw. ist seit Juli 2006 verheiratet.

Das Kind L. wurde im Jänner 2007 in der Slowakei geboren.

Die Bw., ihr Gatte und Sohn L. sind slowakische Staatsbürger.

L. besucht seit 2011 den Kindergarten in Österreich.

Die Familie hat sowohl in der Slowakei als auch in Österreich einen Wohnsitz. Die Bw. und ihr Gatte sind seit 16. November 2004, Sohn L. seit 9. Mai 2007 mit einem Hauptwohnsitz in A. gemeldet.

Sowohl die Bf. als auch ihr Ehegatte sind im Streitzeitraum der österreichischen Pflichtversicherung unterlegen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im einen polnischen Staatsbürger betreffenden Erkenntnis VwGH 22.2.2012, 2011/16/0236, Folgendes ausgeführt:

"Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a des Familienlastenausgleichsgesetzes - FLAG haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Nach § 3 Abs. 1 FLAG in der im Beschwerdefall für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2005 maßgeblichen Fassung des Bundesgesetzes BGBI. Nr. 646/1977 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.

Nach § 3 Abs. 2 FLAG in der im Beschwerdefall für den Streitzeitraum bis zum 31. Dezember 2005 maßgeblichen Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBI. I Nr. 142/2004, gilt § 3 Abs. 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Nach § 3 Abs. 1 und 2 FLAG in der für den Streitzeitraum ab 1. Jänner 2006 maßgeblichen Fassung des Fremdenrechtspaktes 2005, BGBI. I Nr. 100, haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhalten, und für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann, wenn sich diese nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 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 Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Nach Art. 1 Buchstabe a) Ziffer i) der im Beschwerdefall noch maßgeblichen 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, ABIEG Nr. L 149 vom 5. Juli 1971, (in der Folge Verordnung Nr. 1408/71) in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 1606/98 des Rates vom 29. Juni 1998, ABIEG Nr. L 209 vom 25. Juli 1998, gilt als Arbeitnehmer oder Selbständiger jede Person, 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.

Nach Artikel 1 Buchstabe f) Ziffer i) der Verordnung Nr. 1408/71 in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 307/1999 des Rates vom 8. Februar 1999, ABIEG Nr. L 38 vom 12. Februar 1999, gilt als Familienangehöriger jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, oder in hier nicht interessierenden Fällen als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger angesehen wird; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbständigen oder dem Studierenden in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird.

Gemäß Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 in der erwähnten Fassung der Verordnung (EG) Nr. 307/1999 des Rates gilt die Verordnung Nr. 1408/71 für Arbeitnehmer und Selbständige sowie für Studierende, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

Nach Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h) der Verordnung Nr. 1408/71 in der konsolidierten Fassung ABIEG Nr. L 28 vom 30. Jänner 1997 gilt die Verordnung für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die u.a. Familienleistungen betreffen.

Gemäß Art. 13 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 in der Fassung der erwähnten Verordnung (EG) Nr. 1606/98 unterliegen vorbehaltlich der Artikel 14c (Sonderregelungen für Personen, die im Gebiet verschiedener Mitgliedstaaten gleichzeitig eine abhängige Beschäftigung und eine selbständige Tätigkeit ausüben) und 14f (Sonderregelung für in mehr als einem Mitgliedstaat tätige Beamte, die in einem dieser Staaten im Rahmen eines Sondersystems versichert sind) Personen, für die diese Verordnung gilt, den

Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel (Art. 13 bis 17).

Art. 13 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71 lautet:

"(2) Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, gilt 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;*
- b) eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt;*
-
- f) eine Person, die den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht weiterhin unterliegt, ohne dass die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gemäß einer der Vorschriften in den vorhergehenden Buchstaben oder einer der Ausnahmen bzw. Sonderregelungen der Artikel 14 bis 17 auf sie anwendbar würden, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sie wohnt, nach Maßgabe allein dieser Rechtsvorschriften."*

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

Art. 76 der Verordnung Nr. 1408/71 stellt Prioritätsregeln für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Familienleistungen gemäß den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates und den Rechtsvorschriften des Staates auf, in dem die Familienangehörigen wohnen.

Der dritte Teil (Ständige Bestimmungen) Titel I (Anpassungen der Rechtsakte der Organe) der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge, ABIEU Nr. L 236 vom 23. September 2003, S.33 ff, (im Folgenden: Beitrittsakte) sieht in Art. 20 vor, dass die in Anhang II aufgeführten Rechtsakte nach Maßgabe jenes Anhangs angepasst werden.

Anhang II (Liste nach Art. 20 der Beitrittsakte) Kapitel 2 (Freizügigkeit) Punkt A (Soziale Sicherheit) erwähnt die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 mit näher angeführten Anpassungen.

Der vierte Teil (Bestimmungen mit begrenzter Geltungsdauer) Titel I (Übergangsmaßnahmen) der Beitrittsakte sieht in Art. 24 vor, dass u.a. die in Anhang XII zu dieser Akte aufgeführten Maßnahmen auf die neuen Mitgliedstaaten unter den in diesen Anhängen festgelegten Bedingungen Anwendung finden.

Anhang XII der Beitrittsakte (Liste nach Art. 24 der Beitrittsakte: Polen) führt unter Kapitel 2 (Freizügigkeit) die Richtlinien 68/360/EWG des Rates und 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates an und sieht vor:

"1. Hinsichtlich der Freizügigkeit von Arbeitnehmern und der Dienstleistungsfähigkeit mit vorübergehender Entsendung von Arbeitskräften im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 96/71/EG gelten Artikel 39 und Artikel 49 Absatz 1 des EG-Vertrages zwischen Polen einerseits und, Österreich, andererseits in vollem Umfang nur vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen der Nummern 2 bis 14.

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

Polnische Staatsangehörige, die am Tag des Beitritts rechtmäßig in einem derzeitigen Mitgliedstaat arbeiten

.....

5. Ein Mitgliedstaat, der am Ende des unter Nummer 2. genannten Zeitraums von fünf Jahren nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Maßnahmen beibehält, kann im Falle schwerwiegender Störungen seines Arbeitsmarktes oder der Gefahr derartiger Störungen nach entsprechender Mitteilung an die Kommission diese Maßnahmen bis zum Ende des Zeitraums von sieben Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden. Erfolgt keine derartige Mitteilung, so gelten die Artikel 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68.

.....

13. Um tatsächlichen oder drohenden schwerwiegenden Störungen in bestimmten empfindlichen Dienstleistungssektoren auf ihren Arbeitsmärkten zu begegnen, die sich in bestimmten Gebieten aus der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 96/71/EG ergeben können, können Deutschland und Österreich, solange sie gemäß den vorstehend festgelegten Übergangsbestimmungen nationale Maßnahmen oder Maßnahmen aufgrund von bilateralen Vereinbarungen über die Freizügigkeit polnischer Arbeitnehmer anwenden, nach Unterrichtung der Kommission von Artikel 10 des EG-Vertrags abweichen, um"

Dem Beitrittsvertrag ist die Schlussakte angefügt, deren Titel III (Sonstige Erklärungen) Teil C (Gemeinsame Erklärungen der derzeitigen Mitgliedstaaten) Punkt 15. (Die Erklärung zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer: Polen), ABIEU Nr. L 236 vom 23. September 2003, Seite 977, lautet:

"Die EU weist auf das hohe Maß an Differenzierung und Flexibilität in der Regelung für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer hin. Die Mitgliedstaaten werden sich bemühen, polnischen Staatsangehörigen nach nationalem Recht verstärkt Zugang zum Arbeitsmarkt zu gewähren, um die Angleichung an den Besitzstand zu beschleunigen. Die Beschäftigungsmöglichkeiten für polnische Staatsangehörige in der EU sollten sich daher mit dem Beitritt Polens erheblich verbessern. Darüber hinaus werden die Mitgliedstaaten der EU die vorgeschlagene Regelung auf die bestmögliche Weise nutzen, um so rasch wie möglich zu einer vollständigen Anwendung des Besitzstands im Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu gelangen."

Die belangte Behörde stützt die Abweisung des Antrages des Beschwerdeführers auf Gewährung von Familienbeihilfe für seine in Polen lebenden Kinder darauf, dass die (nationalen) Bestimmungen des § 3 FLAG in der jeweiligen Fassung einem Familienbeihilfenananspruch widersprüchen.

Die Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 1408/71 im Beschwerdefall verneint die belangte Behörde mit der Begründung, die primärrechtlichen Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Beitritt Polens zur Europäischen Union erlaubten Österreich die Einschränkung der Freizügigkeit von Arbeitnehmern polnischer Staatsangehörigkeit.

Die Einschränkung der Freizügigkeit polnischer Staatsangehöriger ergibt sich aus Art. 24 und Anhang XII der Beitrittsakte. Gemäß Anhang XII Nr. 1 der Beitrittsakte wird die Freizügigkeit durch die Übergangsbestimmungen des Anhangs XII Nr. 2 bis 14 eingeschränkt. Die in Anhang XII aufgeführten Maßnahmen erwähnen die Verordnung Nr. 1408/71 nicht, sondern lediglich die Verordnung Nr. 1612/68 des Rates sowie die Richtlinien 68/360/EWG des Rates und 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates. Bereits deshalb ist nach dem klaren Wortlaut dieser unionsrechtlichen Vorschriften, an deren Auslegung der Verwaltungsgerichtshof insoweit keinen Zweifel hegt, die Anwendung der Verordnung Nr. 1408/71 durch die Beitrittsakte nicht eingeschränkt worden.

Auch die von der belangten Behörde gesehene Verletzung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes vermag die Anwendung der Verordnung Nr. 1408/71 im Beschwerdefall nicht zu verhindern

Nach § 2 Abs. 1 Z 1 des Gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes - GSVG sind auf Grund dieses Bundesgesetzes, soweit es sich um natürliche Personen handelt, in der Krankenversicherung und in der Pensionsversicherung die Mitglieder der Kammern der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.

Nach § 2 Abs. 1 des Wirtschaftskammergesetzes 1998 sind alle physischen und juristischen Personen sowie sonstigen Rechtsträger, die Unternehmungen des

Gewerbes, des Handwerks, der Industrie, des Bergbaues, des Handels, des Geld-, Kredit- und Versicherungswesens, des Verkehrs, des Nachrichtenverkehrs, des Rundfunks, des Tourismus und der Freizeitwirtschaft sowie sonstiger Dienstleistungen rechtmäßig selbstständig betreiben oder zu betreiben berechtigt sind, Mitglieder der Wirtschaftskammern und Fachorganisationen.

Das Unionsrecht stellt in der im Beschwerdefall noch maßgeblichen Verordnung Nr. 1408/71 darauf ab, dass die betreffende Person gegen eines der Risiken pflicht- oder freiwillig weiterversichert ist. § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG stellt bei der Pflichtversicherung u.a. auf die Mitgliedschaft zur Wirtschaftskammer ab. § 2 Wirtschaftskammergesetz wiederum sieht eine Kammermitgliedschaft einerseits bei rechtmäßigem Ausüben einer bestimmten Tätigkeit oder bei der Berechtigung zur Ausübung dieser Tätigkeit vor, wobei die tatsächliche Ausübung dieser Tätigkeit diesfalls nicht gefordert wird.

Die belangte Behörde hat im Einklang mit den aktenkundigen Auszügen aus dem Gewerberegister festgestellt, dass der Beschwerdeführer "Gewerbescheine gelöst" habe. Sohin wäre der Beschwerdeführer zur Ausübung solcher gewerblicher Tätigkeiten berechtigt und Mitglied der Kammer der gewerblichen Wirtschaft gewesen. Die Antwort der belangten Behörde auf die Vorfrage, der Beschwerdeführer sei "in der SVA" (gemeint: nach § 2 GSVG) pflichtversichert gewesen, erweist sich als insoweit folgerichtig.

Dergestalt fiele der Beschwerdeführer aber als Selbständiger iSd Art. 1 Buchstabe a) Ziffer i) der Verordnung Nr. 1408/71 jedenfalls gemäß Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 in den Anwendungsbereich dieser Verordnung, auch ohne diese gewerbliche Tätigkeit ausgeübt zu haben (vgl. auch die Urteile des EuGH vom 24. Februar 2005 in der Rs. C-543/03 (Dodl und Oberholzenzer), Rn 31, und vom 10. März 2011 in der Rs. C-516/09 (Tanja Borger), Rn 28, und das hg. Erkenntnis vom 26. Jänner 2012, ZI. 2011/16/0260, sowie Aigner/Wanke, in Csaszar/Lenneis/Wanke, Familienlastenausgleichsgesetz, § 3, Rz 190 und 191).

Allfällige Überlegungen, auf einen nicht am "legalen" Arbeitsmarkt Tätigen wäre die Verordnung Nr. 1408/71 nicht anzuwenden (Csaszar, aaO, § 53 Rz 22; diesen Überlegungen aber entgegen tretend etwa Aigner/Wanke, aaO, § 3 Rz 190 bis 192, 195 und 196) oder ein solcher wäre kein abhängig Beschäftigter iSd Art. 13 Abs. 2 Buchstabe a) der Verordnung Nr. 1408/71, gingen im Beschwerdefall somit ins Leere.

Soweit Art. 13 Abs. 2 Buchstabe a) der Verordnung Nr. 1408/71 auf den Beschwerdeführer tatsächlich nicht anwendbar wäre und Art. 13 Abs. 2 Buchstabe b) dieser Verordnung die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit verlangt, käme im Beschwerdefall - wenn sowohl Art. 13 Abs. 2 Buchstabe a) als auch Buchstabe b) nicht heranzuziehen wären - Art. 13 Abs. 2 Buchstabe f) zum Tragen, denn die belangte Behörde hat einen Sachverhalt, dass der Beschwerdeführer im Streitzeitraum weiterhin den polnischen Rechtsvorschriften unterlegen wäre (etwa im Streitzeitraum in Polen abhängig beschäftigt gewesen oder eine selbständige Tätigkeit ausgeübt hätte) nicht festgestellt.

Deshalb ergibt sich aus den unstrittig vorgelegenen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 2 Abs. 1 und des Art. 13 Abs. 2 sowie des Art. 73 der Verordnung Nr. 1408/71, dass der Beschwerdeführer für den Streitzeitraum nach diesen unmittelbar anwendbaren unionsrechtlichen Bestimmungen Anspruch auf Familienbeihilfe für seine in Polen lebenden Kinder nach Maßgabe des Vorliegens der sonstigen Voraussetzungen (insb. Art. 1 Buchstabe f) Ziffer i) der Verordnung Nr. 1408/71 und § 2 Abs. 2 FLAG) und unter Berücksichtigung der allenfalls anzuwendenden Kumulierungsregelung des Art. 76 der Verordnung Nr. 1408/71 hat."

Auch beim hier vorliegenden Fall einer slowakischen Staatsbürgerin ist durch Anhang XIV die Anwendbarkeit der VO (EWG) Nr. 1408/71 (sowie auch der VO (EG) 883/2004 - inkraftgetreten ab Mai 2010) nicht eingeschränkt worden.

Ob eine sog. "Scheinselbständigkeit" verliegt, hat der Gerichtshof als irrelevant angesehen, sondern bloß auf die aufrechte Pflichtversicherung abgestellt. Da eine Pflichtversicherung im hier vorliegenden Beschwerdefall während des Streitzeitraumes durchgehend vorgelegen ist, war somit der Beschwerde Folge zu geben und der angefochtene Bescheid aufzuheben.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da die relevante Rechtsfrage hinsichtlich einer sog. "Scheinselbständigkeit" durch die oben wiedergegebene Judikatur des VwGH nunmehr gelöst wurde.

Gegen dieses Erkenntnis ist daher keine (ordentliche) Revision zulässig.

Wien, am 3. März 2015