



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., W, vom 7. Jänner 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 4. Dezember 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die minderjährigen Kinder A.B., geboren am xx.xx.xxxx, und C.D., geboren am yy.yy.yyyy, ab November 2006 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird, soweit er die Monate September 2007 bis Dezember 2007 betrifft, ersatzlos aufgehoben. Im übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.), eine slowakische Staatsbürgerin, beantragte am 21. August 2007 die Gewährung von Familienbeihilfe für ihre beiden minderjährigen Kinder. Als Datum der Einreise ihrer Familie nach Österreich gab sie den 10.11.2006 an.

Mit Bescheid vom 4. Dezember 2007 wurde der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe ab November 2006 mit der Begründung abgewiesen, die Bw. habe trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht vorgelegt, weshalb davon ausgegangen werden müsse, dass im genannten Zeitraum kein Familienbeihilfenanspruch bestanden habe.

Die dagegen fristgerecht eingebrachte Berufung begründete die Bw. damit, dass sie nicht rechtzeitig eine Anmeldebescheinigung für ihre Kinder bekommen habe, weil sie über kein ausreichendes Einkommen im Jahr 2007 verfügt habe. Die nunmehr vorgelegten Anmeldebescheinigungen wurden am 3.1.2008 ausgestellt.

Das Finanzamt wies in der Folge die Berufung mit Berufungsvorentscheidung ab, gewährte aber ab Jänner 2008 Familienbeihilfe für die beiden minderjährigen Kinder. Begründend wurde ausgeführt, dass sich die Kinder der Bw. aufgrund der am 3.1.2008 ausgestellten Anmeldebescheinigung erst seit Jänner 2008 rechtmäßig in Österreich aufhielten, weshalb der Bw. auch erst ab diesem Monat die Familienbeihilfe zuerkannt werden könne. Für den Berufszeitraum gebe es jedoch keinen Aufenthaltstitel nach den §§ 8 und 9 des Niederlassungs- Aufenthaltsgesetzes, weshalb in diesem Zeitraum kein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe bestehe.

Durch den rechtzeitig eingebrachten Vorlageantrag gilt die Berufung - ungeachtet des Umstandes, dass die Wirksamkeit der Berufungsvorentscheidung dadurch nicht berührt wird - von der Einbringung des Antrages an wiederum als unerledigt. Die Bw. führt in diesem aus, es sei ihr unverständlich, warum sie nicht ab März 2007 für den minderjährigen C.D. und ab November 2007 für ihren minderjährigen Sohn A.B. Familienbeihilfe erhalte. Ab den angegebenen Monaten könne sie den Aufenthalt ihrer Kinder in Österreich nachweisen. Die Anmeldebescheinigung habe sie nicht früher besorgen können, weil sie nicht die von der Magistratsabteilung 11 geforderten Lohnbestätigungen habe erbringen können. Sie sei seit September 2007 selbständig tätig und gehe nunmehr einer regelmäßigen Beschäftigung nach.

Von der Abgabenbehörde zweiter Instanz wurden der Bw. im Rahmen eines Schreibens die rechtlichen Grundlagen für die Gewährung von Familienbeihilfe an ausländische Staatsbürger und insbesondere an EU-Bürger dargestellt und darauf hingewiesen, dass erst im Hinblick auf die ab September 2007 legal ausgeübte Tätigkeit im Inland ein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe. Sie wurde ersucht, zu diesen Ausführungen Stellung zu nehmen.

Die Bw. nahm telefonisch Kontakt auf und erklärte, sie werde weitere Unterlagen vorlegen. Trotz dieser Ankündigung wurden weder weitere Unterlagen noch eine Stellungnahme eingebracht.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zugrunde gelegt:

Die Bw., eine slowakische Staatsbürgerin, reiste am 10.11.2006 nach Österreich ein und hat seither in Österreich einen Wohnsitz inne. Ihr minderjähriger Sohn C.D. ist seit 11.4.2007 und ihr minderjähriger Sohn A.B. seit 21.8.2007 in Österreich gemeldet. Die Bw. war von November 2006 bis einschließlich August 2007 nur zeitweise geringfügig beschäftigt. Sie besaß keine Arbeitserlaubnis und erhielt mangels Einkommens und mangels Bestehens einer Pflichtversicherung auch keine Anmeldebescheinigung. Krankenversicherungsbeiträge wurden in dieser Zeit nicht für sie geleistet. Mit 1. September 2007 meldete sie das Gewerbe der

Personenbetreuung an und ist seither bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den von der Bw. vorgelegten Unterlagen, den Meldebescheinigungen, dem Versicherungsdatenauszug, den Anmeldebescheinigungen sowie den beim Finanzamt eingelangten Lohnzetteln und ist unstrittig. Er ist folgendermaßen rechtlich zu würdigen:

Gemäß § 3 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG 1967) haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, 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 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Den zitierten gesetzlichen Bestimmungen zufolge besteht daher für die Bw. und ihre Kinder als slowakische Staatsbürger nicht grundsätzlich aufgrund ihres Aufenthaltes in Österreich ein Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe sondern nur dann, wenn sie sich gemäß den §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 8 Abs. 1 Zif. 3 NAG werden für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments, Aufenthaltstitel als Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" erteilt .

Zur Dokumentation eines gemeinschaftsrechtlichen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts wird gemäß § 9 Abs. 1 Zif. 1 NAG für EWR-Bürger, die sich in Österreich niedergelassen haben, über Antrag eine "Anmeldebescheinigung" (§ 53) ausgestellt.

EWR-Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen, und deren Angehörige gemäß § 52 NAG haben, wenn sie sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, gemäß § 53 Abs. 1 NAG spätestens nach Ablauf von drei Monaten ab ihrer Niederlassung diese der Behörde anzuzeigen. Bei Vorliegen der Voraussetzungen (§§ 51 oder 52 NAG) ist von der Behörde auf Antrag eine Anmeldebescheinigung auszustellen. Diese gilt zugleich als Dokument zur Bescheinigung des Daueraufenthalts des EWR-Bürgers.

EWR-Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen und sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, sind § 51 NAG zufolge zur Niederlassung berechtigt, wenn sie

1. in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständige sind;

2. für sich und ihre Familienangehörigen über eine ausreichende Krankenversicherung verfügen und nachweisen, dass sie über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts verfügen, so dass sie während ihrer Niederlassung keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen, oder

3. eine Ausbildung bei einer rechtlich anerkannten öffentlichen oder privaten Schule oder Bildungseinrichtung absolvieren und die Voraussetzungen der Z 2 erfüllen.

Angehörige von freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern (§ 51 NAG), die selbst EWR-Bürger sind, sind gemäß § 52 Zif. 2 NAG neben anderen Genannten zur Niederlassung berechtigt, wenn sie Verwandter des EWR-Bürgers oder seines Ehegatten in gerader absteigender Linie bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres und darüber hinaus sind, sofern ihnen von diesen Unterhalt tatsächlich gewährt wird.

Aus den zitierten Bestimmungen des NAG ergibt sich, dass ein rechtmäßiger Aufenthalt eines EU-Bürgers in Österreich nur dann vorliegt, wenn von diesem eines der oben genannten Kriterien erfüllt wird. Von der Bw. und ihren Kindern wurde bis einschließlich August 2007 keines der Kriterien erfüllt, weshalb auch die Ausstellung von Anmeldebescheinigungen verwehrt wurde. Im Hinblick darauf, dass daher ein rechtmäßiger Aufenthalt im Inland nicht nachgewiesen werden kann, kann auch aus § 3 Abs. 1 und 2 FLAG 1967 kein Anspruch der Bw. auf Gewährung von Familienbeihilfe für ihre beiden minderjährigen Kinder abgeleitet werden.

Als slowakische Staatsangehörige wird die Bw. infolge des Beitritts der Slowakei zur Europäischen Union jedoch auch vom persönlichen Geltungsbereich der Verordnung (EWG) 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (VO 1408/71) erfasst.

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."

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften erkannte mit Urteil vom 7. Juni 2005, in der 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."

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 die Bw. als slowakische Staatsangehörige infolge des Beitritts der Slowakei zur Europäischen Union vom persönlichen Geltungsbereich der genannten Verordnung erfasst ist, hat

sie somit Anspruch auf Familienleistungen für ihre Kinder, sofern sie 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 Anzeige-

bestätigung ausgestellt wurde oder wenn er eine für diese Beschäftigung gültige Arbeits-erlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt."

Im Hinblick darauf, dass die in den Monaten November 2006 bis Dezember 2007 keiner Beschäftigung nachging und damit auch nicht pflichtversichert war, bzw. als geringfügig beschäftigte Arbeiterin keiner im Sinne oben zitierten Bestimmungen des AusLBG recht-mäßigen Beschäftigung nachging, besteht für diese Zeiträume kein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe. Da die Bw. jedoch seit 1.9.2007 das Gewerbe der Personenbetreuung ausübt, und als Selbständige im Sinne der VO 1408/71 ab diesem Zeitpunkt auch über eine Pflichtversicherung verfügt, hat sie auch ab September 2007 Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe für ihre beiden minderjährigen Kinder.

Die Familienbeihilfe wird gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Aus-schließungsgrund hinzukommt.

Dem Antrag der Bw. war daher den obigen Ausführungen folgend für die Monate September bis Dezember 2007 stattzugeben. Da für diesen Fall keine Bescheiderlassung vorgesehen ist, war der angefochtene Bescheid insoweit ersatzlos aufzuheben. Für die vorhergehenden Monate (November 2006 bis August 2007) bestand jedoch kein Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe, weshalb die Berufung insoweit als unbegründet abzuweisen war.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 24. Oktober 2008