



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des N.N., W, vom 29. Jänner 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 18. Jänner 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine minderjährige Tochter, A.N., geboren am XX.XX.XXXX ab 1.7.2005 sowie seine minderjährige Tochter, T.N., geboren am YY.YY.YYYY, ab 1.8.2006, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) ist slowakischer Staatsbürger. Mit Eingabe vom 14.2.2006 beantragte er beim zuständigen Finanzamt die Gewährung von Familienbeihilfe für seine in der Slowakei wohnhafte minderjährige Tochter, A.N.. Da dieser Antrag unerledigt blieb, beantragte er am 20.12.2006 den Übergang der Zuständigkeit zur Entscheidung auf die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

Am 21.12.2006 brachte er beim zuständigen Finanzamt einen weiteren Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für die am YY.YY.YYYY geborene ebenfalls in der Slowakei wohnhafte Tochter T.N. ein.

Mit Bescheid vom 18.1.2007 wurden die beiden Anträge vom Finanzamt abgewiesen. Begründend wurde ausgeführt, die vom Bw. in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit sei als Dienstverhältnis zu beurteilen. Als neuer EU-Bürger habe der Bw. jedoch innerhalb einer siebenjährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum

österreichischen Arbeitsmarkt. Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der Sozialen Sicherheit auf Wanderarbeiter und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern sei daher auf den Bw. nicht anzuwenden, weshalb auch kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe.

In der fristgerecht eingebrachten Berufung beantragte der Bw. die Aufhebung des bekämpften Bescheides mit der Begründung, das Finanzamt sei wegen des Überganges der Zuständigkeit zur Entscheidung auf den UFS nicht mehr befugt gewesen, eine Entscheidung zu treffen.

Über die Berufung wurde erwogen:

1.) Betreffend Zuständigkeit zur Entscheidung über die vom Bw. eingebrachten Anträge
Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zugrunde gelegt:

Der Bw. beantragte am 20.12.2006 den Übergang der Zuständigkeit zur Entscheidung über seinen Antrag vom 29. Jänner 2007 auf die Abgabenbehörde zweiter Instanz. In der Folge wurde dem Finanzamt vom Unabhängigen Finanzsenat mit Schreiben vom 3. Jänner 2007 gemäß § 311 Abs. 2 BAO aufgetragen, bis 15. März 2007 über den Antrag zu entscheiden.

Diesem Auftrag kam das Finanzamt nach und wies sowohl den Antrag vom 29.1.2006 als auch den in der Zwischenzeit eingebrachten Antrag vom 21.12.2006 mit Bescheid vom 18.1.2007 ab. Aus diesem Grund wurde mit Bescheid vom 26.2.2007 das Verfahren betreffend den vom Bw. eingebrachten Devolutionsantrag eingestellt.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den im Finanzamtsakt abgehefteten Schreiben und ist folgender rechtlicher Würdigung zu unterziehen:

Gemäß § 311 Abs. 1 BAO sind die Abgabenbehörden verpflichtet, über Anbringen (§ 85 leg.cit.) der Parteien ohne unnötigen Aufschub zu entscheiden.

Werden Bescheide der Abgabenbehörden erster Instanz der Partei nicht innerhalb von sechs Monaten nach Einlangen der Anbringen oder nach dem Eintritt der Verpflichtung zu ihrer amtswegigen Erlassung bekannt gegeben (§ 97 BAO), so kann gemäß Abs. 2 der zitierten Bestimmung jede Partei, der gegenüber der Bescheid zu ergehen hat, den Übergang der Zuständigkeit zur Entscheidung auf die Abgabenbehörde zweiter Instanz beantragen (Devolutionsantrag). Devolutionsanträge sind bei der Abgabenbehörde zweiter Instanz einzubringen.

Gemäß § 311 Abs. 3 BAO hat die Abgabenbehörde zweiter Instanz der Abgabenbehörde erster Instanz aufzutragen, innerhalb einer Frist bis zu drei Monaten ab Einlangen des Devolutionsantrages zu entscheiden und gegebenenfalls eine Abschrift des Bescheides vorzulegen oder anzugeben, warum eine Verletzung der Entscheidungspflicht nicht oder nicht mehr

vorliegt. Die Frist kann einmal verlängert werden, wenn die Abgabenbehörde erster Instanz das Vorliegen von in der Sache gelegenen Gründen nachzuweisen vermag, die eine fristgerechte Entscheidung unmöglich machen.

Die Zuständigkeit zur Entscheidung geht § 311 Abs. 4 BAO zufolge erst dann auf die Abgabenbehörde zweiter Instanz über, wenn die Frist gemäß § 311 Abs. 3 BAO abgelaufen ist oder wenn die Abgabenbehörde erster Instanz vor Ablauf der Frist mitteilt, dass keine Verletzung der Entscheidungspflicht vorliegt.

In seiner Argumentation übersieht der Bw., dass die Einbringung eines Devolutionsantrages gemäß § 311 Abs. 2 BAO noch nicht den Übergang der Zuständigkeit der säumigen Abgabenbehörde erster Instanz auf den Unabhängigen Finanzsenat nach sich zieht, sondern erst der ungenützte Ablauf der nach § 311 Abs. 3 BAO eingeräumten Frist. Da das Finanzamt dem Auftrag, über den Antrag des Bw. vom 20.12.2006 zu entscheiden, fristgerecht nachkam, ging die Zuständigkeit zur Entscheidung über den vom Bw. eingebrachten Antrag nicht auf den Unabhängigen Finanzsenat über. Ein Übergang der Zuständigkeit hinsichtlich des Antrages vom 21.12.2006 war schon mangels des Ablaufs der sechsmonatigen Frist sowie eines dahingehenden Antrages nicht möglich.

Entgegen der Ansicht des Bw. war somit das Finanzamt zur Erlassung des nunmehr angefochtenen Bescheides - auch soweit er den Antrag vom 20.12.2006 betraf - zuständig.

2.) Betreffend Gewährung von Familienbeihilfe:

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Der Bw. ist slowakischer Staatsbürger. Seine minderjährigen Kinder leben in der Slowakei. Er selbst ist seit 8.6.2005 an der von ihm angegebenen Wohnadresse, die zugleich auch den Standort seines Gewerbes darstellt, in Österreich gemeldet. Er wohnt dort gemeinsam mit Freunden, wofür er anteilige Miete in Höhe von 200 € monatlich bezahlen muss. Er hat in Österreich seit 27.7.2005 das Gewerbe der Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchst zulässiges Gesamtgewicht insgesamt 3.500 kg nicht übersteigt, angemeldet. Vorher hatte er seit 2004 einen Gewerbeschein für Werbemittelverteilung. Der Bw. war für die A.KEG zunächst im Jahr 2005 als Werbemittelverteiler und ist seit Dezember 2005 als Speisenzusteller tätig. Die Bezahlung erfolgte bar nach Rechnungserstellung, wobei im Jahr 2005 für die Werbemittelverteilung in den Monaten Jänner bis Juni monatlich 400,00 € und in den Monaten Dezember 2005 bis Oktober 2006 für die Speisenverteilung 850,00 € monatlich bezahlt wurden. Im Zeitraum August bis 16.12.2005 war der Bw. für Herrn J tätig, für welchen er Transporttätigkeiten ausführte und dafür insgesamt 3.280,00 € erhielt. Er war für diesen seit November 2006 wieder tätig, wofür aber eine Bezahlung im Jänner 2007 noch ausstand. Von beiden Auftraggebern wurde dem Bw.

das für die Transporte notwendige Kraftfahrzeug zur Verfügung gestellt. Bei den erforderlichen Behördenwegen war und ist ihm seine jeweilige Buchhaltungsfirma behilflich.

Der Bw. hat keine Arbeitnehmer. Seine Tätigkeit, die zunächst in der Verteilung von Werbemitteln und nunmehr im Transport von Speisen oder Übersiedlungsgut besteht, führt er abwechselnd für zwei Auftraggeber aus. Diese legen die vertraglichen Leistungen fest und teilen ihm mit, welche Transporte von und zu welchen Adressen und für welche Kunden von ihm durchgeführt werden sollen. Schriftliche Verträge wurden bislang keine abgeschlossen. Krankheit und Urlaub hat der Bw. seinen Auftraggebern zu melden. Angesichts des organisatorischen Ablaufes und der Form der Entlohnung hat der Bw. keine Möglichkeit sich bei seiner Tätigkeit vertreten zu lassen.

Das Entgelt wird jeweils nach Rechnungslegung in bar ausgezahlt. Abgerechnet wird pauschal nach Monaten. Der Bw. benötigt für die Ausübung seines Berufes lediglich einen gültigen Führerschein, das Transportmittel wird von seinen beiden Auftraggebern zur Verfügung gestellt.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den Angaben des Bw. anlässlich der Befragung durch den Erhebungsdienst des Finanzamtes 4/5/10, den vorgelegten Unterlagen sowie auf Grund folgender Beweiswürdigung:

Soweit der Bw. – entgegen dem festgestellten Sachverhalt – anlässlich seiner Befragung angibt, er könne sich seine Arbeitszeit frei einteilen, ist dem entgegen zu halten, dass sein Tätigwerden auf Vereinbarungen zwischen seinen Auftraggebern und deren Kunden beruht. Es ist daher nicht glaubwürdig, dass diese Vereinbarungen nicht auch den Zeitpunkt des Tätigwerdens festlegen. Da aber der Bw. in diese Vertragsverhandlungen nicht eingebunden ist, sondern lediglich mit der Ausführung des Vertragsinhaltes betraut wird, ist es ihm auch nicht möglich, den Zeitpunkt seines Tätigwerdens frei zu wählen.

Hinsichtlich der Möglichkeit, sich vertreten zu lassen, ist darauf hinzuweisen, dass dem Bw. von seinen Auftraggebern bestimmte Kundendienste übertragen werden. Ist es ihm nicht möglich, diese zu übernehmen, so werden diese Dienste anderen übertragen. Eine Weitergabe dieser Dienste durch den Bw. an andere ist aber nicht vorgesehen, was vom Bw. auch nicht behauptet wurde.

Der festgestellte Sachverhalt 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. Hierzu muss das sachliche 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. 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. Wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgeführt hat, begründet etwa das "Bereitstehen auf Abruf" eine besondere persönliche Abhängigkeit, die für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern eher typisch ist als für selbständige Unternehmer. Ein Tätigwerden nach den jeweiligen zeitlichen Gegebenheiten des Auftraggebers bringt eine Eingliederung in den

Unternehmensorganismus zum Ausdruck, was dem Vorliegen eines Werkverhältnisses zuwider läuft (vgl. VwGH 28.4.2004, 2000/14/0125).

Wenn der Bw. diesbezüglich angibt, er verfüge über eine freie Arbeitszeit, so steht dem entgegen, dass sein Auftraggeber die Modalitäten der von ihm durchzuführenden Transportleistungen mit dem jeweiligen Kunden festlegt und der Bw. daher bei der Ausführung daran gebunden ist. Es kann daher durchaus davon ausgegangen werden, dass es zu unregelmäßigen Arbeitszeiten kommt, diese aber nicht vom Bw. sondern von seinen Auftraggebern im Hinblick auf die jeweiligen Kundenwünsche festgelegt werden. Der Bw. ist diesbezüglich jedenfalls an die Weisungen seiner Arbeitgeber gebunden. Es ist ihm auch nicht möglich, Aufträge von Kunden abzulehnen. Er hat vielmehr jene Kundenaufträge durchzuführen, für die ihn sein Arbeitgeber heranzieht.

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden Sachverhaltes ist daher ersichtlich, dass der Bw. aufgrund seines Tätigwerdens für seine Auftraggeber über einen längeren Zeitraum in den wirtschaftlichen Organismus deren Unternehmen eingegliedert und deren Weisungen persönlich unterworfen ist. Er wird dafür regelmäßig entlohnt, wobei sich die Höhe der Entlohnung nach Art der Tätigkeit richtet, in den einzelnen Monaten ansonsten aber gleich bleibt.

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 Dienstnehmers eines mit derartigen Dienstleistungen 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 Werbemittelverteiler sowie als Chauffeur, die typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, 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 ABI. L 209/1998)) den Rechtsvor-

schriften 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 österreichi-

schen 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 abhänge (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 eines Gewerbes, das vom Bw. jedoch nicht ausgeübt wird. 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 11. Juli 2007