

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag.^a RICP in der Beschwerdesache Bf., W., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg vom 24. November 2010 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für den Zeitraum 1. Juni 2006 bis 31. Dezember 2006, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Bescheid bleibt unverändert.

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

Entscheidungsgründe

Vorbemerkung:

Vorweg darf darauf hingewiesen werden, dass die Berufung am 31. Dezember 2013 beim unabhängigen Finanzsenat anhängig war und nach § 323 Abs. 38 BAO als Beschwerde im Sinne des Art. 130 Abs. 1 B-VG vom Bundesfinanzgerichtshof zu erledigen ist.

Unabhängiger Finanzsenat = Bundesfinanzgericht

Berufungswerberin = Beschwerdeführerin

Berufung = Beschwerde

Berufungsvorentscheidung = Beschwerdevorentscheidung

siehe Finanzverwaltungsgerichtsgesetz 2012 (FvWGG 2012).

1. Verfahrensgang:

Der Beschwerdeführer (Bf.), ein polnischer Staatsbürger, ist verheiratet und Vater von neun Kindern, geboren in den Jahren 1984, 1985, 1986, 1987, 1987, 1992, 1993, 1995 und 2003. Bis auf das jüngste Kind befanden sich alle Kinder im Streitzeitraum (Juni bis Dezember 2006) in Schul- bzw. Berufsausbildung. Die Ehegattin und die Kinder wohnen in Polen.

Der Bf. ist seit 16.5.2006 im österreichischen Gewerberegister mit dem Gewerbe "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit" eingetragen.

Er stellte am 5.7.2007 für seine neun Kinder einen Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe ab 1.6.2006.

Das Finanzamt wies nach Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen mit Bescheid vom 24.11.2010 den Antrag auf Differenzzahlung mit der Begründung ab, dass der Bf. trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht eingebracht habe, weshalb angenommen werden müsse, dass im oben genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden habe bzw. bestehe.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung führte der Bf. zur Begründung aus, dass er sich immer bemüht habe, jeden Vorhalt des Finanzamtes zu beantworten. Er könne sich nicht erklären, wie es passieren konnte, dass die Aufforderung des Finanzamtes unbeantwortet geblieben sei. Vielleicht liege es daran, dass er umgezogen sei und der Briefträger ihn als Korrespondenzempfänger an der neuen Adresse noch nicht kenne. Sollte er verpflichtet werden, in der Zukunft weitere Unterlagen nachzureichen, so werde er sich bemühen so rasch wie möglich allen Aufforderungen nachzukommen. Er gehe seit mehreren Jahren der selbständigen Tätigkeit im Bundesgebiet nach. Während des Jahres habe er mehrere Auftraggeber, für die er seine Dienste zu leisten habe. Unter Berücksichtigung dieser Tatsache beantrage er Wiederaufnahme des Verfahrens und Gewährung der Familienbeihilfe für seine Kinder.

Über Ergänzungsauftrag des Finanzamtes legte der Bf. folgende Rechnungen vor:

Rechnung vom	Rechnungsbetrag	Auftraggeber	
31.8.2006	€ 3.600,--		Vertretung für DC vom 01.07.2006 - - 30.8.2006 für Wohnungsbetreuung Mag. G. und HH
20.12.2007	€ 2.710,--		Vertretung für DC für 2007 Wohnungsbetreuung Mag. XY X und HH
31.12.2008	€ 4.050,--	Mag. G.	Reparaturen

Weiters legte er eine Bestätigung der Bauernversicherungskasse B (Polen) vom 4.4.2011 vor, derzufolge der Bf. im Zeitraum 16.5.2006 bis 2.3.2009 nicht der Pensions-, Unfall- sowie Krankenversicherung wie auch der Karenzversicherung als Bauer (Ehegatte) unterlag.

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 15.6.2011 mit der Begründung ab, dass Anspruch auf Familienbeihilfe (Ausgleichs- bzw. Differenzzahlung) nur für Zeiträume bestehe, in denen im Bundesgebiet Einkünfte aufgrund einer Erwerbstätigkeit vorlägen. Die Tätigkeit des Bf. sei jedoch aufgrund des Gesamtbildes

als nichtselbständige Tätigkeit eingestuft worden. Ohne Beschäftigungsbewilligung und ohne Beschäftigung bei einem Dienstgeber in Österreich lägen keine Einkünfte aufgrund einer Erwerbstätigkeit vor. Mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe (Ausgleichs- bzw. Differenzzahlung) für die in Polen lebenden Kinder. Die VO (EWG) Nr. 1408/71 sei nicht anwendbar.

Der Bf. stellte fristgerecht einen Vorlageantrag an den Unabhängigen Finanzsenat und führte darin aus, dass er die Begründung der Berufungsvorentscheidung, in welcher behauptet werde, dass aufgrund der durchgeführten Erhebungen festgestellt worden sei, dass seine Tätigkeit nicht gewerblich, sondern im Rahmen eines Dienstverhältnisses mit den jeweiligen Auftraggebern ausgeübt worden sei, als unrichtig bekämpfe.

Eine Feststellung der Behörde, dass seine Firma mit dem damaligen Auftraggeber bezüglich des herzustellenden Gewerbes weisungsgebunden gewesen sein solle, widerspreche den Tatsachen.

Bei Ausführung aller Aufträge, die er als selbständiger Unternehmer bekommen habe, habe keine Weisungsgebundenheit bestanden. Seine Auftraggeber hätten von ihm lediglich verlangt, dass er die Arbeit innerhalb bestimmter Zeit vertragsmäßig ausführe.

Während dieser Zeit sei es ihm frei überlassen worden, wann und wie er diesen Auftrag erledige. Nach Beendigung des Auftrages sei er als Ausführer dann im Bezug auf Normeninhaltung und Qualität der ausgeführten Arbeiten vom Auftraggeber überprüft worden. Danach sei eine Rechnungslegung seinerseits und Überweisung von vertraglich vereinbartem Entgelt durch den Auftraggeber erfolgt.

Auf Grund von allgemein geltenden Geschäftsbedingungen habe der Auftraggeber gewünscht, dass seine Wünsche vertragsmäßig erfüllt werden. Bei den vom Auftraggeber erhaltenen Arbeiten habe er immer die Haftung für erbrachte Leistungen übernommen. Seit Beginn seiner Tätigkeit sei er immer als selbständiger Unternehmer aufgetreten. Alle seine Entscheidungen in Bezug auf die ihm als selbständiger Unternehmer übertragenen Aufträge habe er alleine, weisungsfrei getroffen.

Natürlich habe er, wie jeder andere Unternehmer, bei Ausführung der Arbeiten auf die Fristen und allgemeine Koordinierung der Arbeiten jedes Mal acht nehmen müssen. Niemals jedoch sei er in seiner Entscheidungsfreiheit als selbständiger Unternehmer durch Weisungen des Auftraggebers eingeschränkt worden. Die Entscheidung bezüglich wann und wie die ihm vertraglich anvertrauten Arbeiten erledigt werden sollten, sei ihm frei gelassen worden. Eine Feststellung, dass in seinem Fall keine unternehmerische Tätigkeit ausgeübt werde, widerspreche dem wahren Sachverhalt seiner seit Jahren ausgeübten Tätigkeit.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

2. Als erwiesen angenommener Sachverhalt:

- Der Bf. ist verheiratet.
- Er, seine Gattin und die neun Kinder sind polnische Staatsbürger (E 401).

- Der Bf. hatte von 25.4.2006 bis 30.3.2010 einen Nebenwohnsitz in Österreich; seit 30.3.2010 ist er mit einem Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet (ZMR).
- Bis auf das Kind jüngste Kind (geb. 2003) befanden sich alle Kinder im Streitzeitraum (Juni 2006 bis Dezember 2006) nachweislich in Schul- bzw. Berufsausbildung (lt. Bestätigungen bzw. Bescheinigungen).
- Die Ehegattin des Bf. übte im Zeitraum 1.6.2006 bis 31.8.2008 in Polen eine berufliche Tätigkeit aus (Formular E 411).
- Sie bezog im genannten Zeitraum in Polen Familienleistungen in Höhe von 23.957,-- PLN.
- Der Bf. unterlag laut Bestätigung der Bauernversicherungskasse B vom 4.4.2011 im Zeitraum 16.5.2006 bis 2.3.2009 weder der Pensions-, Unfall- bzw. Krankenversicherung noch der Karenzversicherung als Bauer (Ehegatte).
- Der Bf. ist seit 16.5.2006 im österreichischen Gewerberegister mit dem Gewerbe "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenden Tätigkeit" eingetragen.
- Der Bf. war im Jahr 2006 steuerlich nicht erfasst (Auszug Datenbank Finanzverwaltung).
- Der Bf. war im Jahr 2006 sozialversicherungsrechtlich nicht meldet (Auskunftsverfahren Sozialversicherung).
- Für den Streitzeitraum (Juni bis Dezember 2006) liegt eine Honorarnote (Vertretung für Wohnungsbetreuung Mag. HG. und H) datiert mit 31.8.2006, über einen Betrag von € 3.600,-- vor.

3. Gesetzliche Grundlagen und Erkenntnis des VwGH vom 22.02.2012, 2011/16/0236:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 - 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, BGBl. 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 1967 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 Anhanges 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 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 Wirtschaftskammergegesetzes 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.

Wie der VwGH im o.a. Erkenntnis weiter ausführt, stellt das Unionsrecht in der - auch im Beschwerdefall - maßgeblichen Verordnung Nr. 1408/71 darauf ab, dass die betreffende Person gegen eines der Risiken pflicht- oder freiwillig weiterversichert ist.

Im Beschwerdefall stützte das FA die Abweisung des Antrages auf Gewährung der Differenzzahlung für die in Polen lebenden neun Kinder darauf, dass die Tätigkeit des Bf. aufgrund des Gesamtbildes als nichtselbständige Tätigkeit eingestuft werde. Ohne Beschäftigungsbewilligung und ohne Beschäftigung bei einem Dienstgeber in Österreich lägen keine Einkünfte aufgrund einer Erwerbstätigkeit vor. Mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe für die in Polen lebenden Kinder. Die VO (EWG) Nr. 1408/71 sei nicht anwendbar.

Dieser Ansicht vermag das BFG angesichts der o.a. Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht (mehr) zu folgen. Wie dargelegt hindert eine allfällige Verletzung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes nicht die Anwendung der VO (EWG) Nr. 1408/71.

Sehr wohl aber wird für die Anwendung der VO (EWG) Nr. 1408/71 gefordert, dass ein "Arbeitnehmer" oder "Selbständiger" gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit (...) erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist (Art. 1 Buchstabe a Ziffer i).

Dieser Umstand lag im Beschwerdefall nicht vor: Der Bf. war zwar seit 16.5.2006 im österreichischen Gewerberegister mit dem Gewerbe "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehalteten Tätigkeit" eingetragen, er war aber im Streitzeitraum (Juni bis Dezember 2006) bei einer Sozialversicherungsanstalt **nicht** (an)gemeldet. Somit unterlag er weder einer Pflichtversicherung noch war er freiwillig weiterversichert. Aus diesem Grunde stand dem Bf. eine Differenzzahlung für den Streitzeitraum nicht zu.

Die Beschwerde war daher abzuweisen.

4. 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 der sog. "Scheinselbständigkeit" durch die oben wiedergegebene Judikatur des VwGH nunmehr gelöst wurde und sich überdies die Anwendungsvoraussetzung der VO (EWG) Nr. 1408/71 direkt aus Art. 1 Buchstabe a Zif. i ergibt.

Gegen dieses Erkenntnis ist daher eine ordentliche Revision nicht zulässig.

Klagenfurt am Wörthersee, am 10. Mai 2016