



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen des Bw., Adresse1, vertreten durch Stb, gegen die Bescheide des Finanzamtes FA, vertreten durch Patric Flament, betreffend Berichtigung des Bescheides betreffend die Gewährung einer Differenzzahlung (hinsichtlich Familienbeihilfe) für Mai bis Dezember 2006 vom 4. Juni 2008 gem. § 293 BAO (Bundesabgabenordnung) sowie betreffend Differenzzahlung (hinsichtlich Familienbeihilfe) für Jänner bis Dezember 2007 nach der durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufungen werden als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) war in den Jahren 2006 und 2007 als Werbemittelverteiler in Österreich tätig, wobei das Finanzamt in Übereinstimmung der einschlägigen VwGH-Judikatur (VwGH vom 24.03.2009, ZI 2008/09/0082 – siehe Hauptakt (AS) 94 – 97/2007) davon ausging, dass der Berufungswerber trotz Vorliegens einer Gewerbeberechtigung diese Tätigkeit im Rahmen eines Dienstverhältnisses (nichtselbständig) ausgeübt hat. Das Finanzamt verwies in diesem Zusammenhang auf den § 1 Abs. 4 AuslBG und der auf dessen Grundlage erlassenen AuslBVO idF. BGBl. II Nr. 198/2007 (AS 99/2007), wonach Werbemittelverteiler erst beginnend mit August 2007 vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen worden sind.

Auch verwies das Finanzamt darauf, dass mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedsstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken.

Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten wird im § 32a

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 des Übergangsarrangements (d.h. bis maximal 30.04.2011) weiterhin dem AuslBG.

Erst mit Erlassung der oben angeführten Verordnung BGBl. II Nr. 198/2007 waren sohin Werbemittelverteiler aus dem Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen, und waren diese daher bis zum Inkrafttreten derselben vom Anwendungsbereich des AuslBG umfasst. Es kann daher im verfahrensgegenständlichen Zeitraum Mai 2006 bis Juli 2007 weder von einer rechtmäßigen Beschäftigung als Arbeitnehmer noch von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ausgegangen werden, weswegen die Berufung in Ansehung dieses Zeitraumes nach der Rechtsansicht des Finanzamtes jedenfalls abzuweisen wäre.

Hinsichtlich des Zeitraumes Mai 2006 bis Dezember 2006 wird an dieser Stelle festgehalten, dass in der EDV-Datenbank des Finanzamtes gespeichert war, dass dem Berufungswerber für diesen Zeitraum keine Leistungen nach dem FLAG 1967 zustehen. Da dies bei der Zuerkennung von Differenzzahlungen für den Zeitraum Mai 2006 bis Dezember 2006 übersehen worden ist, wurde der Differenzzahlungsbescheid vom 04.06.2008 gemäß § 293b BAO aufgehoben (AS 1 – 2/2006).

Das Finanzamt erließ einen Bescheid mit folgender Begründung: Der Bescheid vom 4. Juni 2008 betreffend die Gewährung einer Differenzzahlung für den Zeitraum 1. Mai bis 31. Dezember 2006 wurde gem. § 293b BAO berichtigt, weil bei der Erledigung des Antrages auf Gewährung der Differenzzahlung nicht berücksichtigt wurde, dass für die ausgeübte Tätigkeit Versicherungspflicht in der öffentlichen Krankenversicherung bestand, aber weder bei der Gebietskrankenkasse noch bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft eine Anmeldung vorlag.

Hinsichtlich des Zeitraumes August 2007 bis Dezember 2007 hielt das Finanzamt fest, dass das Niederlassungsrecht für EU-Bürger an die legale Ausübung einer unselbständigen oder einer selbständigen Tätigkeit in Österreich, an eine ausreichende Krankenversicherung für alle Familienangehörigen **und** das Vorhandensein von ausreichenden Existenzmitteln anknüpft, wobei bei der Beurteilung, ob ausreichende Existenzmittel vorliegen, auf den Willen und die Möglichkeit abzustellen ist, sich diese ausreichenden Existenzmittel aus Eigenem zu schaffen und zu erhalten.

Zu dem Vorbringen des Berufungswerbers, dass dem Finanzamt bei der Überprüfung des

Vorhandenseins ausreichender Existenzmittel ein Fehler unterlaufen sei, hielt das Finanzamt fest, dass bei der Überprüfung der Existenzmittel tatsächlich folgende Fehler aufgetreten seien: Aus den Einnahmen-Ausgaben-Rechnungen der Jahre 2006 und 2007 (AS 72 und 73/2007) seien irrtümlich die Summen der Ausgaben (€ 8.021,44 bzw. € 9.015,86) anstelle der ausgewiesenen "Gewinne" (€ 3.778,08 bzw. 6.671,68) als Einnahmen angesetzt worden. Dafür seien einerseits die Kosten für Mieten noch einmal berücksichtigt worden (diese Aufwendungen für die Wohnung in Wien seien fälschlicher Weise gewinnmindernd berücksichtigt worden) andererseits sei vergessen worden, die Kosten der Verpflegung des Berufungswerbers anzusetzen (vgl. die "alte" Berechnung AS 98/2007).

Unter Zugrundelegung der Aufstellung der Lebenserhaltungskosten des Berufungswerbers (AS 81/2007), der richtigen Werte aus den Einnahmen-Ausgaben-Rechnungen für 2006 und 2007 (AS 72 – 73/2007) und der seitens des Berufungswerbers in der Berufung angegebenen Aufwendungen für Verpflegung (AS 109/2007) seien die Lebenserhaltungskosten neu berechnet worden (AS 114/2007), und es errechnete sich aus diesen Unterlagen eine Unterdeckung für 2006 von € 1.528,19 und eine für 2007 von € 2.025,05. Der Berufungswerber hat dem Finanzamt keine EU-Anmeldebescheinigung übermittelt.

Wie aus diesen Aufstellungen ersichtlich, sei nach Ansicht des Finanzamtes (FA) das Vorliegen ausreichender Existenzmitteln in den Jahren 2006 und 2007 nicht glaubhaft nachgewiesen worden, weswegen auch in Ansehung des Zeitraumes 08/2007 bis 12/2007 nach der Rechtsansicht des Finanzamtes die Berufung abzuweisen wäre.

Für Werbemittelverteiler und Hauszusteller wurde mit Verordnung vom 9. August 2007, kundgemacht im BGBl. II unter Nr. 198/2007, in Kraft getreten mit 10. August 2007, festgelegt, dass Personen aus den neuen EU-Mitgliedstaaten vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen sind, wenn sie ihre Tätigkeiten im Rahmen einer vollversicherungspflichtigen Beschäftigung ausüben.

Bis zum in Kraft treten dieser Verordnung war diese Tätigkeit daher arbeitsrechtlich bewilligungspflichtig.

Im strittigen Zeitraum (Mai bis Dezember 2006) verfügte der Bw. weder über eine arbeitsrechtliche Bewilligung (z.B. Arbeitserlaubnis) noch war eine Anmeldung bei einem der vorgenannten Versicherungsträger erfolgt. Somit kann auch von keiner Beschäftigung im Sinne des Artikels 73 der Verordnung (EWG) 1408/71 gesprochen werden, weshalb auch kein Anspruch auf die österreichischen Familienleistungen bestand.

Die für den Zeitraum Mai bis Dezember 2006 in Höhe von € 4.035,30 ausgezahlte Differenzzahlung muss daher zur Rückzahlung vorgeschrieben werden.

Der Bw. erhob gegen den o. a. Bescheid vom 22.9.2009 betreffend Mai bis Dezember 2006 Berufung wie folgt (Bescheid hinsichtlich Berichtigung des Bescheides

betreffend die Gewährung einer Differenzzahlung inklusive Kinderabsetzbetrag für 2006 vom 4. Juni 2008 gem. § 293 BAO):

In der Begründung zum angefochtenen Bescheid werde ausgeführt, dass für die ausgeübte Tätigkeit als Werbemittelverteiler Versicherungspflicht in der öffentlichen Krankenversicherung bestünde, aber weder bei der Gebietskrankenkasse noch bei der SVA der Gewerblichen Wirtschaft eine Anmeldung vorläge. Die Feststellung sei unrichtig. Der Mandant sei - als Inhaber eines Gewerbescheins - sehr wohl bei der SVA der Gewerblichen Wirtschaft registriert, habe aber einen Ausnahmeantrag gem. § 4 Abs 1 Z 7 GSVG gestellt. Er sei somit von der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung und in der Krankenversicherung ausgenommen, und zwar wegen Unterschreitens der Umsatzgrenze gem. § 6 Abs 1 Z 27 UStG mit den Umsätzen und der 12fachen Geringfügigkeitsgrenze mit den Einkünften. Der Bw. habe im Jahr 2006 seine in der Slowakei bestehende Krankenversicherung beibehalten. Mit dieser Versicherung bestünde ein Anspruch auf die europäische Versicherungskarte und somit Versicherungsschutz auch im Inland. Die Ausnahme von der Pflichtversicherung nach GSVG habe mit 31. 12. 2006 geendet, da im Jahr 2007 die Einkunftsgrenze überschritten worden sei. Da der Bw. grundsätzlich sehr wohl vom Regime des GSVG erfasst wäre, und Pflichtversicherung in der Unfallversicherung nach dem GSVG bestanden habe, komme die VO 1408/71 sehr wohl zur Anwendung. Für die Anwendbarkeit reiche es nach der Rechtssprechung des EUGH aus, wenn eine Person auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines der in Art. Iit. a der VO 1408/71 genannten allgemeinen oder besonderen Systeme der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert sei. Bezüglich des vom dortigen Finanzamt angewandten Kriteriums der "Legalität" verwies der Bw. auf die Argumentation im mit gleicher Post eingebrachten Vorlageantrag betreffend Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung für das Kalenderjahr 2007.

Da auch die Voraussetzungen des rechtmäßigen Aufenthalts im Sinne der § 8 und 9 NAG gegeben seien, erfülle der Bw. auch die innerstaatlichen Voraussetzungen für die Gewährung der Differenzzahlung gem. § 4 FLAG. Seine Rechtsansicht in Bezug auf das Prüfungsverfahren sei ebenfalls dem oben angeführten Vorlageantrag zu entnehmen.

Der Bw. ersuchte um Zuerkennung der Differenzzahlung wie ursprünglich beantragt.

Im Zuge eines Vorhalts wurde der Bw. aufgefordert, einen Einkommensnachweis für 2007 (Aufstellung der Honorare 2007 bzw. eine Einnahmen-Ausgabenrechnung) vorzulegen. (Bl. 19a / Hauptakt [HA] 2007).

Das Finanzamt (FA) erließ einen **Abweisungsbescheid hins. Jän. 2007 bis Dez. 2007** mit folgender Begründung (Bl. 38 / HA 2007):

Gemäß Artikel 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der

sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern in Verbindung mit der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, 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.

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedsstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten 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 (dh bis maximal 30.4.2011) weiterhin dem AuslBG.

Die vom Bw. in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit war nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Abs. 2 Einkommensteuergesetz (EStG) zu beurteilen und wäre daher nach dem AuslBG bewilligungspflichtig.

Da der Bw. die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme nicht nachgewiesen habe, über in Österreich weder eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer aus, noch könne von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71 ausgegangen werden.

Der Bw. brachte folgende Berufung gegen den Abweisungsbescheid betreffend 2007 ein (Bl. 61 f. / HA 2007):

Im angefochtenen Abweisungsbescheid werde ausgeführt, dass die auf Basis des in Österreich gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit "ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach als Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Abs 2 EStG zu beurteilen" wäre.

Nun werden grundsätzlich die Tätigkeiten der Zeitungskolporteure, Zeitungszusteller und Prospektverteiler in der Verwaltungspraxis als gewerbliche Einkünfte gem. § 23 EStG behandelt und besteuert. An dieser Tatsache könnte auch eine Reihe von VwGH-Urteilen nichts ändern, nach welcher Kolporteure die Rechtsansicht, dass es sich um eine unselbständige Tätigkeit handelt, gegenüber dem Auftraggeber durchsetzen konnten (vgl. VwGH 95/13/0220). Obwohl der stl. Vertreter des Bw. eine beträchtliche Anzahl an Klienten aus dem genannten Wirtschaftsegment betreuen würde, sei ein solcher Fall, dass eine solche Tätigkeit als unselbständig beurteilt werde, bisher nicht untergekommen. Auch sei bekannt, dass diese Tätigkeit fast ausschließlich von Nicht-EU-Bürgern und Bürgern aus den neuen EU-

Ländern ausgeübt werde. Anlässlich der Vorsprache des Bw. in der Kanzlei seines stl. Vertreters habe der stl. Vertreter den Bw. auch befragt, ob es anlässlich des Antrags auf Familienbeihilfe zu irgendwelchen Erhebungen in Zusammenhang mit seiner Tätigkeit gekommen sei. Der Bw. räumte zwar ein, dass seines Wissens nach der Werkvertrag mit dem Auftraggeber AA einmal vorzulegen gewesen sei, konnte sich jedoch an keine weiteren Erhebungen diesbezüglich erinnern. Aus den dem stl. Vertreter nun ebenfalls vorliegenden Vertragsunterlagen könnte der stl. Vertreter des Bw. jedenfalls keine Indizien für eine *von* den üblichen Branchenusancen wesentlich abweichende Gestaltung des Vertragsverhältnisses erkennen. Die vorgenommene Klassifizierung müsse daher grundsätzlich in Frage gestellt werden.

Abgesehen von der nach Ansicht des Bw. unzutreffenden Klassifizierung der Tätigkeit stehe der Anspruch auf Familienbeihilfe nicht in Frage, da auch für den Fall, dass eine Person aus einem Mitgliedsstaat in einem anderen Mitgliedsstaat eine unselbständige Tätigkeit ausübt, die Leistungen der Familienbeihilfe vom Tätigkeitsstaat zu erbringen seien (vgl. Bestimmungen der VO 1408/71, Art. 13). Der Bw. würde daher auch bei einer Klassifikation seiner Tätigkeit als unselbständige Tätigkeit Anspruch auf Familienbeihilfe haben. Ob diese Tätigkeit anderen Bestimmungen der Rechtsordnung zuwiderlaufe, sei für die Behandlung nicht von Bedeutung. Tatsache sei jedenfalls, dass der Bw. aufgrund der Bestimmungen des GSVG pflichtversichert gewesen sei, und dass er somit nach den Begriffsbestimmungen des Art. 1 der VO 1408/71 grundsätzlich unter deren Bestimmungen falle. Sollte die Finanzbehörde der Ansicht sein, dass eine falsche einkommensteuerliche Beurteilung vorliege, so müsste diese amtswegig richtig gestellt werden, sodass alle Rechtsfolgen der korrekten Einordnung hergestellt werden könnten. Der Bw. würde dann unter das Regime des ASVG fallen und somit wiederum von der Geltung der Verordnung erfasst werden.

Dass sich in Bezug auf das Ausländerbeschäftigungsgesetz bei einer Klassifikation der Tätigkeit als unselbständige Tätigkeit ein Problem ergeben könnte, sei unbestritten, jedoch würde dies in erster Linie den Auftraggeber treffen, da dessen Handlungen dann zu diesem Verstoß geführt hätten. Der Bw. habe jedoch aufgrund der Vertragsgestaltung und -umsetzung in gutem Glauben auf die österreichische Rechtsstaatlichkeit von der Ordnungsmäßigkeit seiner Verhältnisse ausgehen können und müssen. Auch handle es sich um gesonderte Rechtsmaterien, die jeweils gesondert nach den entsprechenden Bestimmungen zu beurteilen seien. Insbesondere sei die Definition der dem Ausländerbeschäftigungsgesetz unterliegenden Tätigkeiten nicht mit der Definition von Einkünften aus selbständiger Tätigkeit bzw. dem Dienstnehmerbegriff im Einkommensteuerrecht ident. Die Problematik, die durch das Ausländerbeschäftigungsgesetz bestehe, enthebe die Abgabenbehörde jedoch nicht davon, nach den Bestimmungen des

Einkommensteuergesetzes die Einkünfte des Bw. zu beurteilen und eine allfällige Einkommensteuer festzusetzen. Ob eine Tätigkeit legal oder illegal ausgeübt werde, spiele für die Beurteilung absolut keine Rolle (vgl. etwa die einkommensteuerliche Beurteilung von Prostitution als Einkünfte gem. § 23 EStG oder etwa die nachträgliche Einhebung von Abgaben bei Diebstählen).

Es wurde vom Bw. daher beantragt, die Familienbeihilfe zuzuerkennen.

Das Finanzamt erließ folgende abweisende Berufungsvorentscheidung betreffend 2007:

Der Bw. habe in der Berufung gegen den Abweisungsbescheid betreffend Familienbeihilfe für Kind1 (geb. 28.07.1991), Kind2 (geb. 24.10.1997) und Kind3 (Geb. 11.11.2002) das Rechtsmittel der Berufung eingebracht und im Wesentlichen vorgebracht, dass seine Tätigkeit als Werbemittelverteiler als gewerbliche Tätigkeit einzustufen sei. In dieser Berufung habe sich der Bw. auf eine nicht näher ausgeführte Verwaltungspraxis und eine angebliche entsprechende rechtliche Einstufung solcher Tätigkeiten (einer beträchtlichen Anzahl der Klienten des stl. Vertreters des Bw.) als selbständige Tätigkeit berufen.

Gemäß Artikel 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu und abwandern in Verbindung mit der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 habe ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates unterliegt, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnen würden.

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 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.

Das Niederlassungsrecht für EU -Bürger knüpft an die legale Ausübung einer unselbständigen oder einer selbständigen Tätigkeit in Österreich, an eine ausreichende Krankenversicherung für alle Familienangehörigen und das Vorhandensein von ausreichenden Existenzmitteln an. Bei der Beurteilung, ob ausreichende Existenzmittel vorliegen, ist auf den Willen und die Möglichkeit abzustellen, sich diese ausreichenden Existenzmittel aus Eigenem zu schaffen und zu erhalten.

Mit Ergänzungsersuchen vom 23.06.2009 sei der Bw. aufgefordert worden, die Einnahmen-Ausgabenrechnung für 2006 und 2007 beinhaltend sämtliche Einnahmen und Ausgaben für diese Jahre, sämtliche Auftragsschreiben mitsamt den entsprechenden Einnahmenbelegen

betreffend die Jahre 2006 und 2007, die Kopie des Zulassungsscheines, falls er ein Kfz besitze, und die Kopie des Mietvertrages oder des Kaufvertrages seiner Wohnung vorzulegen, und bekannt zu geben, wer gegebenenfalls sonst noch in dieser Wohnung wohne (Name, Geburtsdatum, Verwandtschaftsverhältnis). Weiters sei der Bw. darüber informiert worden, dass - weil sich seine Kinder nach seinen eigenen Angaben dauernd in der Slowakei aufhalten würden - die Slowakei vordergründig zur Gewährung von Familienleistungen zuständig sei, weswegen dem Bw. (wenn überhaupt) nur ein Anspruch auf Differenzzahlung zuerkannt werden könne. Differenzzahlungen seien jährlich zu beantragen und bei deren Zuerkennung sei deren Höhe jährlich neu zu berechnen.

1. Differenzzahlungen

Wie oben ausgeführt, sei gegenständlich die Slowakei vordergründig für die Gewährung von Familienleistungen zuständig, weswegen der Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe für die Kinder des Bw. für den Zeitraum Jänner 2007 bis Dezember 2007 als Antrag auf Zuerkennung von Differenzzahlungen angesehen werden würde, und im vorliegenden Bescheid daher nur über das Vorliegen der Voraussetzungen für den Bezug von Differenzzahlungen im Jahr 2007 abgesprochen werde.

2. Legale Ausübung einer unselbständigen oder einer selbständigen Tätigkeit im

Zeitraum Jänner 2007 bis inklusive Juli 2007: Der Bw. habe in seiner Berufung ausgeführt, dass die Tätigkeit von Werbemittelverteilern in der Verwaltungspraxis als gewerbliche Einkünfte behandelt werde, und dass sein steuerlicher Vertreter "eine beträchtliche Anzahl an Klienten" aus dem genannten Wirtschaftssegment betreue und ein Fall, dass eine solche Tätigkeit als unselbständig beurteilt werde, diesem bisher nicht "untergekommen" sei. Gleichzeitig habe der Bw. Judikatur des VwGH angeführt, aus der ersichtlich sei, dass dieser Werbemittelverteiler sehr wohl als nichtselbständig erwerbstätig ansehe.

Unabhängig davon, dass steuerliche Veranlagungen oftmals (zumindest vorübergehend) ungeprüft und daher antragsgemäß vorgenommen werden würden, sei aus diesen Veranlagungen nicht abzuleiten, dass in diesen Fällen tatsächlich nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt von einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen werden könne. Auch der Verweis auf "eine beträchtliche Anzahl an Klienten" des steuerlicher Vertreters sei im vorliegenden Fall nicht entscheidungsrelevant, weil einerseits steuerliche Veranlagungen - wie oben ausgeführt - oftmals (zumindest vorübergehend) ungeprüft und daher antragsgemäß vorgenommen werden würden, und weil eine steuerliche Beurteilung in einem anderen Fall keine Auswirkungen auf den vorliegenden Fall habe, da jeder Antrag gesondert zu prüfen und zu entscheiden sei.

Zutreffender Weise habe der Bw. allerdings auf die mittlerweile ständige Judikatur des VwGH

verwiesen (zuletzt VwGH vom 24.03.2009, 2008/09/0082), wonach Werbemittelverteiler als nichtselbständig tätige Personen anzusehen seien.

Auch der Bw. habe im Jahr 2007 durchgehend nur für einen „Auftraggeber“ bzw. Dienstgeber gearbeitet, er habe sich nach den vom Bw. übermittelten Unterlagen ausschließlich von diesem die zu verteilenden Unterlagen geholt, und diese nach dem vom Bw. übermittelten Vertrag mit der Firma1 in einem dem Bw. zugewiesenen Verteilungsgebiet verteilt. Darüber hinaus war bzw. sei der Bw. verpflichtet, eine Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen des "Auftraggebers" diesem zu melden (Punkt IV des Vertrages).

Aus diesen Umständen sei unzweifelhaft ersichtlich, dass die Tätigkeit nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als nichtselbständige und daher als nach dem AuslBG bewilligungspflichtige Tätigkeit anzusehen war. Die entsprechende AuslBVO, mit welcher Werbemittelverteiler unter bestimmten Voraussetzungen aus dem Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen werden, wurde erst am 09.08.2007 erlassen.

Aus diesem Grund liegt für den Zeitraum Jänner bis Juli 2007 eine nichtselbständige und daher bewilligungspflichtige Erwerbstätigkeit vor, weswegen die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 auf gegenständlichen Sachverhalt nicht anwendbar sei, und dem Bw.

Differenzzahlungen für seine Kinder für den Zeitraum Jänner bis Juli 2007 nicht zuerkannt werden könnten.

3. Voraussetzungen für die Zuerkennung von Differenzzahlungen für den Zeitraum August 2007 bis Dezember 2007

Wie oben ausgeführt knüpfe das Niederlassungsrecht für EU -Bürger an die legale Ausübung einer unselbständigen oder einer selbständigen Tätigkeit in Österreich, an eine ausreichende Krankenversicherung für alle Familienangehörigen und das Vorhandensein von ausreichenden Existenzmitteln an.

Nach den seitens des Finanzamtes durchgeführten Sozialversicherungsabfragen sei der Bw. beginnend mit 01.01.2007 sozialversichert, weswegen für den Zeitraum August bis Dezember 2007 von einer ausreichenden Krankenversicherung ausgegangen werden könne. Auch gehe das Finanzamt auf Grund der unselbständigen Erwerbstätigkeit der Gattin des Bw. davon aus, dass seine Familie in der Slowakei über entsprechende Krankenversicherungen verfüge.

Auf Grund der AuslBVO BGBl. II Nr. 198/2007 gehe das Finanzamt weiters davon aus, dass ab 10.08.2007 (Inkrafttreten der o.a. Verordnung) eine legale nichtselbständige Tätigkeit vorliege.

Seitens des Finanzamtes sei noch die dritte Voraussetzung für die Zuerkennung von Differenzzahlungen für den Zeitraum August bis Dezember 2007, nämlich das Vorhandensein **ausreichender Existenzmittel**, zu prüfen:

Der Bw. habe dem Finanzamt den "Gewinn" im Jahr 2007 mit € 9.015,00 und das Einkommen der Gattin mit € 5.400,00 bekannt gegeben. Demgegenüber habe der Bw. gegenüber dem Finanzamt Lebenserhaltungskosten in der Slowakei von € 11.230,00 ausgewiesen. In diesen Lebenserhaltungskosten seien allerdings zumindest folgende Aufwendungen nicht enthalten:

die Mieten der vom Bw. in Wien gemieteten Wohnung (die Gesamtmiete nach den vom Bw. übermittelten Unterlagen betrug € 363,36/Monat, wobei angenommen werde, dass der Bw. auf Grund des Vorhandenseins eines Mitbewohners die Hälfte der Miete, sohin 2.180,00/Jahr, getragen habe)

die Stromkosten der vom Bw. in Wien gemieteten Wohnung, wobei angenommen werde, dass der Bw. auf Grund des Vorhandenseins eines Mitbewohners die Hälfte der Stromkosten getragen habe

die Betriebskosten der Wohnung in Wien

die Lebenserhaltungskosten des Bw. in Wien (die angeführten Positionen in der Aufstellung des Bw. bezogen sich ausdrücklich und ausschließlich auf die Familienausgaben in der Slowakei).

Allein unter Zugrundelegung der vom Bw. übermittelten Lebenserhaltungskosten und der vom Bw. übermittelten Unterlagen sei ersichtlich, dass die Ausgaben des Bw. seine Einnahmen bei weitem übersteigen würden, weswegen seitens des Finanzamtes nicht vom Vorliegen ausreichender Existenzmittel ausgegangen werden könne.

Da das Niederlassungsrecht für EU-Bürger an das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel als Voraussetzung für die Inanspruchnahme dieses Rechts anknüpfe, und da in gegenständlichem Fall von ausreichenden Existenzmitteln im Jahr 2007 nicht ausgegangen werden könnte, könnten Differenzzahlungen für die Kinder des Bw. für den Zeitraum August bis Dezember 2007 nicht zuerkannt werden.

Der Bw. stellte daraufhin folgenden Vorlageantrag betreffend Berufung hinsichtlich 2007:

Mit der Ablehnung des Berufungsbegehrens in der Berufungsvorentscheidung wurde nicht nur der Anspruch auf Familienbeihilfe, sondern auch auf Differenzzahlungen im Sinn des § 4 Abs 2 FLAG abgesprochen. Als Begründung dafür, dass keine Differenzzahlung gewährt wird, wurden folgende Sachverhaltswürdigungen vorgenommen:

1. Für den Zeitraum Jänner bis inklusive Juli 2007

Im wesentlichen wird die Nichtzuerkennung der Differenzzahlung dadurch begründet, dass es sich nach dem wirtschaftlichen Gehalt um eine unselbständige Tätigkeit gehandelt habe,

welche eigentlich nach dem AuslBG bewilligungspflichtig gewesen sei. Die Tätigkeit sei somit "illegal" ausgeübt worden und daher komme die VO 1408/71 (EWG) nicht zur Anwendung. Nun gelte gem. Art. 2 die Verordnung grundsätzlich "für Arbeitnehmer und Selbständige sowie für Studierende, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedsstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedsstaates wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene".

In Artikel 1 Z a werde die Verwendung der Begriffe "Arbeitnehmer" und "Selbständiger" im Sinne der Verordnung definiert. Alle unter Art. 1 Z a angeführten Unterpunkte stellten darauf ab, dass eine Personen im Tätigkeitsstaat von einem System der sozialen Sicherheit erfasst ist. Dabei würden sowohl Pflichtversicherungen als auch freiwillige Versicherungen im Rahmen dieses Systems zur Beurteilung herangezogen. Somit diene als Beurteilungskriterium ein Umstand, der in seiner Faktizität eindeutig zu prüfen sei. Der Bw. sei im Zeitraum Jänner bis August 2007 als Inhaber eines Gewerbescheins vom Regime des GSVG erfasst gewesen und sei somit aufgrund dieses Umstands von der Verordnung erfasst.

Die Bezugnahme des dortigen Finanzamtes auf die Legalität im Sinne des AuslBG könne aus rechtlicher Sicht nicht nachvollzogen werden, für diese Argumentation würde auch in der Begründung kein Verweis auf eine Rechtsquelle gegeben. Die Argumentation in der Berufung vom 21. Oktober 2008 bliebe somit unwiderlegt und das Finanzamt stelle dieser nur eine andere als Behauptung entgegen, ohne diese zu belegen und zu begründen. Gegen die Verwendung des Kriteriums der Legalität spreche auch, dass die VO 1408/71 in Österreich unmittelbar anwendbares Recht darstellt und nationale Klassifikationen wie etwa das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses unmaßgeblich seien (vgl. EuGH, ZI. C-543/03 vom 24.2.2005). Es lägen jedenfalls in den Monaten Jänner bis August 2007 die gleichen Verhältnisse wie in den Monaten danach vor, und der Bw. verwies daher auf die Argumentation unter Punkt 2.

2. Für den Zeitraum August bis Dezember 2007

Zu prüfen seien die drei Voraussetzungen: Ausübung einer selbständigen oder unselbständigen Tätigkeit in Österreich, Vorliegen einer ausreichenden Krankenversicherung für alle Familienangehörigen und Vorhandensein ausreichender Existenzmittel.

Während die Prüfung der erstgenannten Voraussetzungen positiv ausgefallen sei, habe das Finanzamt jedoch festgestellt, dass vom Vorliegen ausreichender Existenzmittel nicht ausgegangen werden könne.

Zur Untersuchung dieser Voraussetzung sei das Familieneinkommen zunächst den Lebenshaltungskosten der Familie in der Slowakei gegenübergestellt worden. Ersteres habe in Summe € 14.415,-- betragen, letztere € 11.230,--, weshalb sich damit eine vorläufige

Überdeckung von € 3.185,-- ergäbe. Dann habe das FA angemerkt, dass zusätzlich die Mietkosten der Wohnung in Wien, die Betriebskosten dafür, sowie die Lebenshaltungskosten des Bw. in Wien in Abzug zu bringen seien, und dass unter Berücksichtigung dieser Kosten die Ausgaben die Einnahmen bei weitem übersteigen würden, und daher keine ausreichenden Existenzmittel vorhanden seien.

Diese Berechnung sei jedoch insofern falsch, als die Kosten der Wohnung in Wien bereits in den steuerlichen Einkünften des Bw. (€ 9.015,--) als Betriebsausgabe berücksichtigt worden seien und daher nicht ein zweites Mal abzuziehen seien. Somit müssten von der vorläufigen Überdeckung von € 3.185,-- lediglich die Lebenshaltungskosten des Bw. in Wien zusätzlich berücksichtigt werden. Da es sich dabei im wesentlichen nur um Kosten der Verpflegung handelte und eine Schätzung mit € 8,00 pro Tag realistisch und der täglichen Lebenserfahrung entsprechend erscheine, errechneten sich jährliche Lebenshaltungskosten in Wien von € 2.080,-- (40 € pro Arbeitswoche, 52 Wochen pro Jahr). Die steuerlichen Einkünfte der Familie des Bw. hätten somit um € 1.105,00 die geschätzten Lebenshaltungskosten überstiegen. Zur Verdeutlichung legte der Bw. eine Übersicht über den korrekten Berechnungsgang bei. Die vom dortigen Finanzamt irrtümlich bei den Lebenshaltungskosten noch einmal in Abzug gebrachten Wohnungskosten seien darin zwar explizit angeführt, jedoch mit € 0,-- angesetzt worden.

Zu der oben angeführten Prüfprozedur des Finanzamtes merkte der Bw. zusätzlich an, dass diese grundsätzlich nicht gesetzeskonform sei, da das Niederlassungsrecht nicht verlange, dass die drei genannten Voraussetzungen gleichzeitig vorliegen. Vielmehr genüge es, dass entweder eine Erwerbstätigkeit vorliege (selbständig oder unselbständig) **oder** eine Krankenversicherung und ausreichende Existenzmittel.

Die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Niederlassung hätte also bereits aufgrund der ausgeübten Tätigkeit positiv ausfallen müssen.

Aus den obigen Ausführungen ergäbe sich, dass die Nichtgewährung der Differenzzahlung wegen der falschen Existenzmittelberechnung zu Unrecht erfolgt sei.

Da nach **Ansicht des Bw. der Sachverhalt ausreichend geklärt sei**, vor allem in der ablehnenden Entscheidung bezüglich der Monate **August bis Dezember 2007** noch dazu ein rechnerisches Versehen vorliege, was bei Nichtpassieren dieses Versehens zu einem anders lautenden Bescheid geführt hätte, biete sich nach Ansicht des Bw. auf Grund der obigen Ausführungen eine von der Berufungsvorentscheidung abweichende Erledigungsvariante an.

Der Vollständigkeit halber wird angemerkt, dass der Mietvertrag von NameN als Mieter abgeschlossen wurde, und dass die Mietzahlungen auch von diesem an den Vermieter eingezahlt wurden.

In der am 4. Oktober 2010 abgehaltenen Berufungsverhandlung wurde ergänzend ausgeführt:

Der Bw. bzw. sein steuerlicher Vertreter bestätigte, dass er den Vorlagebericht des zuständigen Finanzamtes, der Vorhaltscharakter hat, erhalten hat.

Der steuerliche Vertreter brachte vor, dass bei der Prüfung der gegenständlichen Voraussetzungen eine "Oder" - Prüfung und keine "Und" - Prüfung der Voraussetzungskriterien anzusetzen sei (2004/38 EG-Richtlinie Art. 7).

Artikel 7 der genannten EG-Richtlinie besagt:

Recht auf Aufenthalt für mehr als drei Monate

(1) Jeder Unionsbürger hat das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats

für einen Zeitraum von über drei Monaten, wenn er

a) Arbeitnehmer oder Selbstständiger im Aufnahmemitgliedstaat ist oder
b) für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie

während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, und er und seine Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen oder

c) - bei einer privaten oder öffentlichen Einrichtung, die von dem Aufnahmemitgliedstaat aufgrund seiner Rechtsvorschriften oder seiner Verwaltungspraxis anerkannt oder finanziert wird, zur Absolvierung einer Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung als Hauptzweck eingeschrieben ist und

- über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügt und der zuständigen nationalen Behörde durch eine Erklärung oder durch jedes andere gleichwertige Mittel seiner Wahl glaubhaft macht, dass er für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, oder

d) ein Familienangehöriger ist, der den Unionsbürger, der die Voraussetzungen des Buchstaben

a, b oder c erfüllt, begleitet oder ihm nachzieht.

(2) Das Aufenthaltsrecht nach Absatz 1 gilt auch für Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und die den Unionsbürger in den Aufnahmemitgliedstaat

begleiten oder ihm nachziehen, sofern der Unionsbürger die Voraussetzungen des Absatzes 1 Buchstabe a, b oder c erfüllt.

(3) Für die Zwecke des Absatzes 1 Buchstabe a bleibt die Erwerbstätigeneigenschaft dem Unionsbürger, der seine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbstständiger nicht mehr ausübt,

in folgenden Fällen erhalten:

a) er ist wegen einer Krankheit oder eines Unfalls vorübergehend arbeitsunfähig;

b) er stellt sich bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach mehr als einjähriger Beschäftigung dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung;
c) er stellt sich bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach Ablauf seines auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrags oder bei im Laufe der ersten zwölf Monate eintretender unfreiwilliger Arbeitslosigkeit dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung; in diesem Fall bleibt die Erwerbstätigeneigenschaft während mindestens sechs Monaten aufrechterhalten;
d) er beginnt eine Berufsausbildung; die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft setzt voraus, dass zwischen dieser Ausbildung und der früheren beruflichen Tätigkeit ein Zusammenhang besteht, es sei denn, der Betroffene hat zuvor seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren.

Der Finanzamtvertreter betonte, dass diese Richtlinien erst umgesetzt werden müssten und nicht direkt anwendbar seien. Der steuerliche Vertreter zitiert § 51 Abs. 1 NAG.

Der steuerliche Vertreter wies darauf hin, dass in dieser Gesetzesstelle ein Strichpunkt stehe, der möglicherweise falsch interpretiert werden könne.

Weiters wurde vom Bw. bestätigt, dass der Bw. keine Jahresnetzkarte für die öffentlichen Verkehrsmittel in Wien habe. Worauf der steuerliche Vertreter angab, dass die diesbezüglichen Autokosten in der nachfolgend angeführten Aufstellung der Lebenshaltungskosten 2007 dementsprechend zu erhöhen seien (Lebenshaltungskosten 2007, Aufstellung vom Bw. vorgelegt im Zuge der mündlichen Verhandlung).

Weiters wurde erörtert, dass in der Aufstellung hinsichtlich der Lebenshaltungskosten keine Ausgaben beispielsweise für Pflege und Reinigung von Wäsche und Wohnung und Hausanteil in der Slowakei sowie keine Ausgaben hinsichtlich beispielsweise Haare schneiden, Körperpflege etc. aufgelistet sind. Angemerkt wurde von der Referentin des UFS, dass diese Kosten in Österreich erheblich sind.

Weiters wurde vom Bw. ausgeführt, dass hinsichtlich Lebensversicherung betreffend Familie des Bw. eine nach 20 Jahren auszahlbare "Kapitallebensversicherung" sowie auch eine Risikoversicherung abgeschlossen worden seien.

Der Finanzamtvertreter führte weiters aus, dass auch Versicherungskosten für das Auto des Bw. (beispielsweise für ein kleines Auto 80 € im Monat) anfallen würden sowie Benzinkosten, die höher seien als die nunmehr in der Aufstellung hinsichtlich der Lebenshaltungskosten 2007 (Aufstellung hinsichtlich Lebenshaltungskosten 2007, vorgelegt vom steuerlichen Vertreter im Zuge der mündlichen Berufungsverhandlung) angeführten, zumal der Bw. wie bereits ausgeführt, keine Monats- bzw. Jahreskarte für die öffentlichen Verkehrsmittel in Wien hat. Der Bw. besitzt einen Skoda Forman, Baujahr 1994. Die Referentin des UFS merkte an, dass

das Alter des Autos grundsätzlich wieder für höhere Reparatur-, Treibstoff- und Ersatzteilkosten sprechen würde.

Der steuerliche Vertreter gab an, dass der Bw. die Reparaturen weitgehend selber durchführte. Dennoch fielen jedoch höhere Benzinkosten sowie Kosten für Ersatzteile, Reparaturmaterial und dergleichen an.

Der Bw. legte eine Bestätigung der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft vor, wonach er von 1.1.2007 bis laufend in der Kranken- und Pensionsversicherung nach dem Gewerblichen Sozialversicherungsrecht sowie in der Unfallversicherung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsrecht von 31.5.2006 bis 31.12.2006 sowie von 1.1.2007 bis laufend pflichtversichert war bzw. ist.

Weiters legte der Bw. eine bereits oben erwähnte neue Berechnung der Lebenshaltungskosten für das Jahr 2007 seiner Familie vor, wonach sich nunmehr eine Überdeckung iHv € 1.201,98 ergeben würde.

Lebenshaltungskosten 2007

Einkommen Bw. steuerlich	6.671,68	
zuzüglich unbare Ausgaben	4.940,30	
Abzüglich geschätzte Eckkosten der unbaren Ausgaben	<u>-2.500,00</u>	9.111,98
Einkommen Lenka		5.400,00
Lebensunterhalt in der Slowakei		-11.230,00
Lebensunterhalt in Österreich		-2.080,00
Deckung		1.201,98

Angemerkt wird, dass der Bw. mit dieser "neuen" Aufstellung der Lebenshaltungskosten 2007 die von ihm im Zuge des Vorlageantrages vorgelegte Berechnung, die eine Überdeckung von € 1.105,00 ergab, nunmehr wieder korrigiert hat.

Um Wiederholungen zu vermeiden, wird hinsichtlich des **Vorlageberichtes des Finanzamtes** mit der darin enthaltenen ausführlichen Begründung auf die u. a. Begründung der Berufung hingewiesen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 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.

Gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht von EWR-Bürgern für mehr als drei Monate

§ 51. (1) NAG idgF lautet: Auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie sind EWR-Bürger zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt, wenn sie

1. in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständige sind;
2. für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel **und** einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen, oder
3. als Hauptzweck ihres Aufenthalts eine Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung bei einer öffentlichen Schule oder einer rechtlich anerkannten Privatschule oder Bildungseinrichtung absolvieren und die Voraussetzungen der Z 2 erfüllen.

(2) ...

Ad § 51 (1) NAG wird ausgeführt:

Nach Ansicht des UFS müssen nach dem Gesetzeswortlaut sowohl die Voraussetzungen der Z 1 (nämlich die dementsprechende Tätigkeit) als auch die Voraussetzungen der Z 2 (nämlich ausreichende Existenzmittel für den Bw. und seine Familie) erfüllt werden, um den Bestimmungen hinsichtlich des gemeinschaftlichen Aufenthaltsrechts gerecht zu werden, und somit die Voraussetzungen für den Anspruch auf Differenzzahlungen zu erfüllen.

Die Voraussetzungen der Z 2 (nämlich das Vorhandensein der ausreichenden Existenzmittel für den Bw. und seine Familie) sind jedoch berufsgegenständlich (wie noch näher ausgeführt wird) nicht erfüllt.

Das Niederlassungsrecht für EU - Bürger knüpft an die Ausübung einer unselbständigen oder einer selbständigen Tätigkeit in Österreich, an eine ausreichende Krankenversicherung für alle Familienangehörigen **und** das Vorhandensein von ausreichenden Existenzmitteln an. Bei der Beurteilung, ob ausreichende Existenzmittel vorliegen, ist auf den Willen und die Möglichkeit abzustellen, sich diese ausreichenden Existenzmittel aus Eigenem zu schaffen und zu erhalten (§ 51 Abs. 1 NAG).

Das Finanzamt verwies in diesem Zusammenhang auf den § 1 Abs. 4 AuslBG und der auf dessen Grundlage erlassenen AuslBVO idF. BGBl. II Nr. 198/2007 (AS 99/2007), wonach Werbemittelverteiler erst beginnend mit August 2007 vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen worden sind.

Auch verwies das Finanzamt darauf, dass mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedsstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken.

Dazu wird ausgeführt wie folgt:

Änderung der AusIBVO; Ausnahme von Werbemittelverteilern und Hauszustellern sowie der Bediensteten internationaler NGOs vom AusIBG:

Die Verordnung wurde am 9. August 2007 im BGBl. II unter Nr. 198/2007 kundgemacht und ist mit 10. August 2007 in Kraft getreten.

Für die Auslegung der einzelnen Bestimmungen sind primär die Erläuterungen zur Verordnung heranzuziehen. Darüber hinaus ist Folgendes zu beachten:

Werbemittelverteiler und Hauszusteller

Gemäß § 1 Z 11 AusIBVO sind Werbemittelverteiler und Zusteller von Tageszeitungen und periodischen Druckschriften aus den neuen EU-Mitgliedstaaten vom Geltungsbereich des AusIBG ausgenommen, wenn sie ihre Tätigkeiten im Rahmen einer vollversicherungspflichtigen Beschäftigung ausüben.

Beschäftigungen in einem Ausmaß unter der Geringfügigkeitsgrenze fallen nicht unter die Ausnahmeregelung und bedürfen einer Beschäftigungsbewilligung, die nur im Rahmen des erschwerten Zulassungsverfahrens gemäß § 4 Abs. 6 AusIBG erteilt werden darf.

Drittstaatsangehörige Werbemittelverteiler oder Hauszusteller sind generell nicht von der Ausnahme erfasst und benötigen unabhängig vom Beschäftigungsausmaß immer eine Beschäftigungsbewilligung. Sofern sie im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung gemäß § 4 Abs. 3 Z 7 AusIBG sind, kann für sie im erschwerten Zulassungsverfahren bei einhelliger Zustimmung des Regionalbeirates (§ 4 Abs. 6 Z 1 AusIBG) oder unter dem Titel "fortgeschritten integriert" (§ 4 Abs. 6 Z 2 AusIBG) bzw. als niedergelassene Familienangehörige eines integrierten Ausländers (§ 4 Abs. 6 Z 4a AusIBG) eine Beschäftigungsbewilligung erteilt werden, wenn keine Ersatzarbeitskraft gestellt werden kann. Für neu angeworbene Drittstaatsausländer können aufgrund des Quotenregimes (Einschränkung auf Schlüsselkräfte und Saisoniers) keine Beschäftigungsbewilligungen (Sicherungsbescheinigungen) erteilt werden. Auch für Asylwerber sind aufgrund ihrer Einschränkung auf Saisonbeschäftigungen (s. Erlass vom 11.5.2004, GZ 435.006/6-II/7/04) keine Beschäftigungsbewilligungen für diese Tätigkeiten zulässig.

Umfang der Tätigkeiten: Die Ausnahme erfasst alle Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Verteilen von Werbematerial und dem Zustellen von Tageszeitungen und periodischen Druckschriften (inkl. Gratiszeitungen und sonstigen Drucksorten).

Kein Erwerb von Freizügigkeit

Werbemittelverteiler und Hauszusteller aus den **neuen EU-Mitgliedstaaten** dürfen auf Grund der Ausnahmeregelung - unter sonstiger voller Beibehaltung der Übergangsregelungen

- lediglich die o.a. speziellen Tätigkeiten bewilligungsfrei ausüben. Im Sinne der Übergangsregelungen sind sie damit nicht bewilligungspflichtig zum regulären Arbeitsmarkt zugelassen und erwerben nach zwölf Monaten bewilligungsfreier Beschäftigung auch keine Arbeitnehmerfreizügigkeit. Anträge auf Ausstellung einer Freizügigkeitsbestätigung gemäß § 32a Abs. 2 und 3 AuslBG sind daher abzuweisen.

Bürger aus den **neuen EU-Mitgliedstaaten** genießen generell Sichtvermerks- und Niederlassungsfreiheit und benötigen keine Aufenthaltsbewilligung. Sie haben sich aber bei einem länger als drei Monate währenden Aufenthalt bei der zuständigen Aufenthaltsbehörde eine **Anmeldebescheinigung** zu besorgen.

Angemerkt wird, dass diese **Anmeldebescheinigung** vom Bw. **nicht übermittelt** wurde (vgl. **Vorlagebericht des Finanzamtes, welcher dem Bw. zur Wahrung des Parteigehörs nachweislich übermittelt** wurde).

Das Finanzamt führte im Vorlagebericht Folgendes begründend aus:

Der Berufungswerber war in den Jahren 2006 und 2007 als Werbemittelverteiler in Österreich tätig, wobei das Finanzamt in Übereinstimmung mit der einschlägigen VwGH-Judikatur (VwGH vom 24.03.2009, ZI 2008/09/0082 – siehe AS 94 – 97/2007) davon ausgeht, dass der Berufungswerber trotz Vorliegens einer Gewerbeberechtigung diese Tätigkeit im Rahmen eines Dienstverhältnisses (nichtselbständig) ausgeübt hat. Das Finanzamt verweist in diesem Zusammenhang auf den § 1 Abs. 4 AuslBG und die auf dessen Grundlage erlassenen AuslBVO idF. BGBl. II Nr. 198/2007 (AS 99/2007), wonach Werbemittelverteiler erst beginnend mit August 2007 vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen worden sind.

Auch verweist das Finanzamt darauf, dass mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl. I 2004/28, Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedsstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, die **Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken**.

Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten wird im § 32a 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 des Übergangsarrangements (d.h. bis maximal 30.04.2011) weiterhin dem AuslBG.

Erst mit Erlassung der oben angeführten Verordnung BGBl. II Nr. 198/2007 waren sohin Werbemittelverteiler aus dem Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen und waren diese daher bis zum Inkrafttreten derselben vom Anwendungsbereich des AuslBG umfasst. Es kann daher im verfahrensgegenständlichen **Zeitraum Mai 2006 bis Juli 2007** weder von einer rechtmäßigen Beschäftigung als Arbeitnehmer noch von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ausgegangen werden, weswegen die Berufung in Ansehung dieses Zeitraumes nach der Rechtsansicht des Finanzamtes jedenfalls abzuweisen wäre.

Hinsichtlich des Zeitraumes Mai 2006 bis Dezember 2006 wird an dieser Stelle festgehalten, dass in der EDV-Datenbank des Finanzamtes gespeichert war, dass dem Berufungswerber für diesen Zeitraum keine Leistungen nach dem FLAG 1967 zustehen. Da dies bei der Zuerkennung von Differenzzahlungen für den Zeitraum Mai 2006 bis Dezember 2006 übersehen worden ist, wurde der Differenzzahlungsbescheid vom 04.06.2008 gemäß § 293b BAO aufgehoben (AS 1 – 2/2006).

Hinsichtlich des Zeitraumes August 2007 bis Dezember 2007 hielt das Finanzamt fest, dass das Niederlassungsrecht für EU-Bürger an die legale Ausübung einer unselbständigen oder einer selbständigen Tätigkeit in Österreich, an eine ausreichende Krankenversicherung für alle Familienangehörigen und das Vorhandensein von ausreichenden Existenzmitteln anknüpft, wobei bei der Beurteilung, ob ausreichende Existenzmittel vorliegen, auf den Willen und die Möglichkeit abzustellen ist, sich diese ausreichenden Existenzmittel aus Eigenem zu schaffen und zu erhalten.

Zu dem Vorbringen des Berufungswerbers, dass dem Finanzamt bei der Überprüfung des Vorhandenseins ausreichender Existenzmittel ein Fehler unterlaufen ist, hielt das Finanzamt an dieser Stelle fest, dass bei der Überprüfung der Existenzmittel tatsächlich folgende Fehler aufgetreten sind: Aus den Einnahmen-Ausgaben-Rechnungen der Jahre 2006 und 2007 (AS 72 und 73/2007) wurden irrtümlich die Summen der Ausgaben (€ 8.021,44 bzw. € 9.015,86) anstelle der ausgewiesenen "Gewinne" (€ 3.778,08 bzw. 6.671,68) als Einnahmen angesetzt. Dafür wurden einerseits die Kosten für Mieten noch einmal berücksichtigt (diese Aufwendungen für die Wohnung in Wien waren fälschlicher Weise gewinnmindernd berücksichtigt worden) **andererseits wurde vergessen, die Kosten der Verpflegung des Berufungswerbers anzusetzen** (vgl. die "alte" Berechnung AS 98/2007).

Unter Zugrundelegung der Aufstellung der Lebenserhaltungskosten des Berufungswerbers (AS 81/2007), der richtigen Werte aus den Einnahmen-Ausgaben-Rechnungen für 2006 und 2007 (AS 72 – 73/2007) und der seitens des Berufungswerbers in der Berufung angegebenen Aufwendungen für Verpflegung (AS 109/2007) wurden die Lebenserhaltungskosten neu berechnet (AS 114/2007), und es errechnen sich aus diesen Unterlagen eine Unterdeckung für 2006 von € 1.528,19 und eine Unterdeckung für 2007 von € 2.025,05. Festgehalten wurde an dieser Stelle der Vollständigkeit halber, dass der Berufungswerber dem Finanzamt keine EU-Anmeldebescheinigung übermittelt hat.

Wie aus diesen Aufstellungen ersichtlich, ist das Vorliegen ausreichender Existenzmitteln in den Jahren 2006 und 2007 nicht glaubhaft nachgewiesen worden, weswegen auch in Ansehung des Zeitraumes 08/2007 bis 12/2007 nach der Rechtsansicht des Finanzamtes die Berufung abzuweisen wäre.

Vom UFS wird angemerkt, wie bereits in der mündlichen Berufungsverhandlung ausgeführt wurde, dass bei der Berechnung der Lebenshaltungskosten beispielsweise die Ausgaben für Reinigung bzw. Pflege der Wäsche, Körperpflege und der damit zusammenhängenden Produkte udgl. mehr (für die ganze Familie), fehlen.

Auf folgenden Artikel wird beispielsweise hingewiesen: DRdA (Das Recht der Arbeit) 2008, 75; Änderungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes und Arbeitsvertragsrechts-

Änderungsgesetzes: 7. Werbemittelverteiler sowie Fachkräfte-VO: Zum einen wurden mit

BGBI II 2007/198 "neue" EU-Bürger als Werbemittelverteiler und Zusteller von Tageszeitungen und periodischen Druckschriften vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen, allerdings nur, wenn ein vollversichertes Dienstverhältnis vorliegt.

Die Tätigkeit des Bw. als Werbemittelverteiler [sowie beispielsweise auch als Chauffeur, was berufungsgegenständlich jedoch nicht vorliegt], 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, **pfllichtversichert 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 pfllichtversichert** 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 pfllichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist oder wenn auf sie bei Fehlen eines solchen Systems in dem betreffenden Mitgliedstaat die in Anhang I enthaltene Definition zutrifft;

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

iv) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für Arbeitnehmer, für Selbständige, für alle Einwohner eines Mitgliedstaats oder für bestimmte Gruppen von Einwohnern geschaffenen Systems der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats freiwillig versichert ist,
- wenn sie im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt ist oder eine selbständige Tätigkeit ausübt oder

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

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

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

a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats **abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt** oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat; Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat gemäß Art. 73 VO 1408/71, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, **für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.**

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

Über Vorabentscheidungsersuchen des Oberlandesgerichtes Innsbruck vom 16. Dezember 2003 erkannte der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften mit Urteil vom 7. Juni 2005,

Rechtssache C-543/03 "Christine D und Petra O gegen Tiroler Gebietskrankenkasse", im Spruchpunkt 1. zu Recht:

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

Dem genannten Vorabentscheidungsersuchen lag die Frage zu Grunde, ob die Klägerinnen der Ausgangsverfahren die Arbeitnehmereigenschaft im Sinn der genannten Verordnung deswegen verloren haben, weil ihr Arbeitsverhältnis geruht hat und sie in dieser Zeit keine Sozialversicherungsbeiträge zahlen mussten. Im Fall beider Klägerinnen war das Arbeitsverhältnis wegen der Geburt von Kindern im fraglichen Zeitraum karenziert. In dem beim OLG Innsbruck anhängigen Verfahren beehrten 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 abhängt. Die Begriffe "Arbeitnehmer" und "Selbständiger" seien in Art. 1 Buchstabe a der Verordnung definiert. Sie bezeichnen 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.** 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.** Dies sei vom nationalen Gericht zu prüfen (VwGH 25.1.2006, 2006/14/0105).

Berufungsgegenständlich wird dazu ausgeführt wie folgt:

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 bis 31. 7. 2007

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 gewerberechtlicher 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.

Ad Zeitraum Mai 2006 bis Juli 2007:

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 nachging. Seine Pflichtversicherung resultiert nicht aus einer rechtmäßigen Beschäftigung sondern ausschließlich aus einer Anmeldung eines Gewerbes, das vom Bw. jedoch nicht ausgeübt wird.

Insgesamt ergibt sich aus den berufungsgegenständlichen Ausführungen Folgendes:

Aus den vom ZMR angefertigten Objektabfragen betreffend die Märzstraße 132 TOP 43 und 44 ergibt sich, dass auf TOP 44 der Berufungswerber alleine gemeldet war und ist; die letzte Meldung auf TOP 43 einer anderen Person endete mit 03.12.2001. Der Berufungswerber bewohnt die Wohnung (nach dem ZMR) alleine.

Zu dem vom steuerlichen Vertreter des Berufungswerbers im Zuge der mündlichen Berufungsverhandlung angeführten § 51 Abs. 1 NAG wird entgegengehalten, dass nach der Ziffer 1 ein ";" angeführt ist. Nach der Wortinterpretation sind daher eine nichtselbständige oder eine selbständige Tätigkeit in Österreich **und** ausreichende Existenzmittel und ein entsprechender Versicherungsschutz (ODER ein Ausbildungsverhältnis) Voraussetzungen (also entweder Z 1 zusammen mit Z 2 ODER Z 3).

In den Durchführungsrichtlinien zum FLAG, Abschnitt 3.01 unter Punkt 5 der Richtlinien wird ausgeführt wie folgt: „Für EU/EWR/Schweizer-Bürger ist – sofern der Anspruch auf die Familienbeihilfe nicht zweifelsfrei wegen einer beruflichen Tätigkeit im Sinne der VO (EWG) Nr. 1408/71 gegeben ist –

durch **Vorlage der Anmeldebescheinigung** (bzw. eines Lichtbildausweises für EWR-Bürger oder

allenfalls der Daueraufenthaltskarte für Familienangehörige aus Drittstaaten) der rechtmäßige Aufenthalt für den Antragsteller und das Kind (sofern es in Österreich aufhältig ist) nachzuweisen."

Ad Berufung für den Zeitraum Mai 2006 bis Juli 2007 sowie August 2007 bis Dezember 2007:

Maßgeblich ist insofern nur die Beurteilung nach den in der Rechtsprechung zu § 2 Abs. 2 und 4 AuslBG entwickelten Kriterien (VwGH 8.8.2008, 2008/09/163 und VwGH 29.4.2010, 2009/09/0300 zit in VwGH 29.9.2010, 2008/13/0160).

Demzufolge bleibt in gegenständlichem Fall für den gesamten Berufszeitraum nunmehr die Prüfung bzw. Beurteilung der Existenzmittel bzw. des ausreichenden Vorhandenseins von Existenzmitteln.

Der UFS ist zu der Ansicht gelangt, dass – resultierend aus einer Tätigkeit des Bw. bzw. seiner Ehefrau - in den Berufungsjahren eine ausreichende Krankenversicherung für alle Familienangehörigen vorlag.

Es musste nunmehr die Voraussetzung des Vorhandenseins ausreichender Existenzmittel geprüft werden (§ 51 Abs. 1 NAG iVm FLAG).

Wie der Finanzamtvertreter (im Zuge der mündlichen Berufungsverhandlung) betonte, muss die vom Bw. zitierte o. a. EU-Richtlinie erst umgesetzt werden und ist nicht direkt anwendbar.

Im Allgemeinen zeichnet sich das Regelungsinstrument der RL im Rahmen des Gemeinschaftsrechts gerade dadurch aus, dass es **grundsätzlich nicht unmittelbar anwendbar** ist, sondern **von** den Mitgliedstaaten in das innerstaatliche Recht durch entsprechende generelle Rechtsakte **umzusetzen** ist. Der Einzelne ist aus der RL weder unmittelbar verpflichtet noch unmittelbar berechtigt. Es **hat daher für den vorliegenden Fall bei der ständigen Rechtsprechung und Anwendung der berufsgegenständlichen nationalen Gesetze (beispielsweise des NAG und des FLAG) zu bleiben.**

Der Bw. konnte nicht nachweisen, dass in den Berufungsjahren 2006 und 2007 ausreichende Existenzmittel vorhanden sind. Die großteils auf Angaben bzw. Nachweisen seitens des Bw. in den Berufungsjahren errechneten Unterdeckungen (sowohl 2006: Unterdeckung € 1.528,19 als auch 2007: Unterdeckung von € 2.025,05; s. dem Bw. nachweislich zur Kenntnis gebrachten Vorlagebericht) konnten vom Bw. nicht widerlegt werden. Angemerkt wird, dass aufgrund der o. a. Erörterungen im Zuge der mündlichen Berufungsverhandlung jedenfalls noch KFZ-Kosten (nach Ansicht des UFS mindestens €150,00 p.m., wobei die KFZ-Haftpflicht-Versicherung allenfalls bereits € 80,00 von diesen € 150,00 betragen würde, wie in der mündlichen Berufungsverhandlung erörtert wurde) sowie Kosten für Körperpflege, Wäschereinigung, Reinigung und Reinigungsprodukte hinsichtlich Reinigung der Wohnung in Wien sowie des Hausanteiles in der Slowakei, udgl. für die ganze Familie des Bw. zusätzlich zu den bisher berücksichtigten Kosten anzusetzen wären, da diese Kosten in der o.a. Aufstellung bzw. Berechnung des Finanzamtes ohnehin noch nicht berücksichtigt sind (s. Vorlagebericht des Finanzamtes). Auch die im Zuge der mündlichen Berufungsverhandlung vom Bw.

vorgelegte Aufstellung für die Lebenshaltungskosten-Berechnung für 2007 kann die bisher vom Finanzamt durchgeführten Berechnungen nicht entkräften, da sich aus dieser Berechnung nunmehr eine Deckung iHv € 1.201,98 (Jahr 2007) ergeben würde, welche bereits wieder durch die noch nicht berücksichtigten KFZ-Kosten allein und auch durch die Kosten hins. Körperpflege und Reinigung von Kleidung usw. längst überstiegen und somit längst aufgebraucht wäre.

Angemerkt wird, dass die ergangene Berufungsvorentscheidung Vorhaltscharakter hat. Der Bw. konnte bis dato nicht nachweisen, dass in dem gesamten berufsrelevanten Zeitraum (nämlich 2006 bis 2007) ausreichende Existenzmittel vorhanden waren.

Wenn nun im Zuge der Berufung bzw. mündlichen Berufungsverhandlung (zB Vorlage einer neuerlichen Berechnung der Existenzmittel-Deckung entgegen der vom Bw. selbst ursprünglich vom Bw. getätigten Angaben) widersprüchliche Angaben und Erklärungen (gegenüber seinen ursprünglichen Angaben) vom Bw. gegeben werden, so unterliegt dies der freien Beweiswürdigung. Nach der Judikatur (30.12.57, 337/54.Slg-1748, 19.12.58, 1557/55) ist die Behörde berechtigt, einer Erklärung, die der Steuerpflichtige vor Kenntnis ihrer abgabenrechtlichen Wirkung gegeben hat, mehr Glauben zu schenken, als einer späteren allfällig zweckdienlichen Berichtigung. Es haben daher die ursprünglich vom Bw. gemachten Angaben hins. beispielsweise seiner Ausgaben eine höhere Glaubwürdigkeit als die vom Bw. nunmehr im Zuge der mündlichen Berufungsverhandlung vorgelegte Aufstellung über die „Existenzmittel-Deckung“ für das Jahr 2007.

In diesem Zusammenhang wird angemerkt, dass die Berechnungen der Unterdeckung durch das Finanzamt unter Zugrundelegung der ursprünglich vom Bw. gemachten Angaben gemacht wurden (vgl. o. a. Vorlagebericht des Finanzamtes [Berufungsvorlage des Finanzamtes an den UFS], der dem Bw. nachweislich zur Kenntnis gebracht wurde). So wurden die Unterdeckungen für 2006 und 2007, wie bereits oben ausgeführt, beispielsweise unter Zugrundelegung der eigenen Aufstellungen des Bw. selbst hinsichtlich der Lebenshaltungskosten des Berufungswerbers (AS 81/2007), der (richtigen) Werte aus den Einnahmen-Ausgaben-Rechnungen (des Bw. selbst) für 2006 und 2007 (AS 72 – 73/2007) und der seitens des Berufungswerbers in der Berufung angegebenen Aufwendungen für Verpflegung (AS 109/2007) errechnet.

Der Vollständigkeit halber wird vom UFS angemerkt, dass laut Auskunft des Zentralen Meldeamtes lediglich der Bw. in den Berufungsjahren in der gegenständlichen Wohnung an der Wiener Adresse gemeldet war, und (ohnehin) nur die Hälfte der diesbezüglichen Kosten nunmehr vom Finanzamt und auch vom UFS angesetzt wurden.

Der UFS ist zu der Ansicht gelangt, dass die Berufungsvorbringen des Bw. (beispielsweise die Vorbringen in der mündlichen Verhandlung) die bisherigen Berechnungen des Finanzamtes hinsichtlich der Unterdeckung der Existenzgrundlagen des Bw. und seiner Familie nicht widerlegen können.

Lebenserhaltungskosten Bw.

Text	Ausgaben 2006 €	Einnahmen 2006 €
Kindergartenkosten Alex	286,00	
Schulkosten Denis	52,00	
Schulkosten Daniel	411,00	
Reisekosten u. Verpflegung Lenka Name1	605,00	
Strom	490,00	
Nahrung	2.980,00	
Haus	110,00	
Benzin	420,00	
Handy	256,00	
Internet + Festnetzanschluss	156,00	
Kleidung + Schuhe	410,00	
Gebäudeversicherung	60,00	
Darlehen	3.280,00	
LV Familie des Bw. gesamt	1.312,00	
Strom Wohnung Wien	498,27	
Verpflegung Daniel	2.080,00	
Einkommen Lenka (Ehefrau des Bw.)		5.400,00
Einkommen Daniel (Slowakei)		2.700,00
"Gewinn" nach E-/A-Rechnung		3.778,08
	13.406,27	11.878,08

Text	Ausgaben 2007 €	Einnahmen €
Kindergartenkosten Alex	286,00	
Schulkosten Denis	57,00	
Schulkosten Daniel	488,00	
Reisekosten u. Verpflegung Lenka Name1	605,00	
Strom	516,00	
Nahrung	3.100,00	
Haus	220,00	
Benzin	460,00	
Handy	240,00	
Internet + Festnetzanschluss	156,00	
Kleidung + Schuhe	450,00	
Gebäudeversicherung	60,00	
Darlehen	3.280,00	
LV Familie des Bw. gesamt	1.312,00	
Strom Wohnung Wien	786,73	
Verpflegung Daniel	2.080,00	
Einkommen Lenka		5.400,00
Einkommen Daniel (Slowakei)		
"Gewinn" nach E-/A-Rechnung		6.671,68
	14.096,73	12.071,68

Selbst wenn man einen Teil der Ausgaben hinsichtlich Lebensversicherung ausscheiden würde (etwa 70% von 1.312,00, das sind € 924,00, wenn man annimmt, dass Kapital angespart wird

und nicht nur der Risikoversicherungseffekt gegeben ist), ergibt sich unter Berücksichtigung der **noch nicht berücksichtigten** Ausgaben hinsichtlich des o.a. KFZ des Bw. (inkl. Haftpflichtversicherung [ca. 80,00 € p.m.], Ersatzteilen, Reifenerneuerung, Zubehör, Verbrauchsmaterial wie Öl udgl. mehr unter Berücksichtigung der Höhe der Benzinpreise, selbst bei äußerst geringem Fahrtaufkommen, Ausgaben von mindestens € 150,00 p. m., das sind **€ 1.800,00** p. a.), **und** hinsichtlich der noch nicht berücksichtigten Ausgaben für Reinigung und Pflege der Wäsche des Bw. und der Wäsche seiner Familie, Reinigung und Pflege des Hauses bzw. Hausanteiles (des Bw. und seiner Familie in der Slowakei) sowie der Wohnung des Bw. in Wien, Körperpflegeprodukte für die ganze fünfköpfige Familie (Bw., seine Ehefrau und drei Kinder) udgl. (bisher noch nicht berücksichtigte Ausgaben von mindestens € 50,00 p.m., das sind **€ 600,00** p.a.) in den berufungsanhängigen Jahren **jedenfalls eine Unterdeckung der Existenzgrundlagen für den Bw. und seine Familie.**

Aus obigen Ausführungen ergeben sich nunmehr **folgende Unterdeckungen der Existenzgrundlagen** (des Bw. bzw. der gesamten Familie des Bw.) **lt. UFS:**

	2006	2007
Unterdeckung lt. FA	-1.528,19	-2.025,05
KFZ-Kosten noch nicht berücksichtigt	-1800	-1800
Reinigung Haus, Wohnung, Wäsche, Körperpflegeprodukte (der gesamten Familie) usw.	-600	-600
LV (Korrektur)	<u>924</u>	<u>924</u>
Unterdeckung lt. UFS	-3.004,19	-3.501,05

Die gesetzlich geforderten Voraussetzungen für den Bezug der Differenzzahlung hins. der Familienbeihilfe iSd FLAG iVm dem §§ 8, 9 sowie § 51 NAG sind nicht erfüllt. Aus dem NAG ergibt sich Folgendes: Das Niederlassungsrecht für EU -Bürger knüpft an die Ausübung einer unselbständigen oder einer selbständigen Tätigkeit in Österreich, an eine ausreichende Krankenversicherung für alle Familienangehörigen **und** das Vorhandensein von ausreichenden Existenzmitteln an.

Bei der Beurteilung, ob ausreichende Existenzmittel vorliegen, ist auf den Willen und die Möglichkeit abzustellen, sich diese ausreichenden Existenzmittel aus Eigenem zu schaffen und zu erhalten.

Nach Ansicht des UFS liegen in beiden Berufszeiträumen keine ausreichenden Existenzmittel vor. Angemerkt wird, dass im Sinne der Wortinterpretation des o.a. Gesetzes **sowohl/ die Tätigkeit bzw. ausreichende Krankenversicherung als auch die Möglichkeit, sich ausreichende Existenzmittel aus Eigenem zu schaffen, vorhanden**

sein müssen. Beide Voraussetzungen müssen vorliegen, um den Anspruch auf Differenzzahlung iSd FLAG iVm NAG zu erhalten. Der UFS ist zu der Ansicht gelangt, dass die Möglichkeit, sich ausreichende Existenzmittel aus Eigenem zu schaffen, in den Berufszeiträumen für den Bw. bzw. den Bw. und seine Familie nicht vorlag, weshalb kein Anspruch auf Differenzzahlung iSd FLAG bestand.

In diesem Zusammenhang wird den diesbezüglichen Ausführungen des Bw., dass die entsprechende Textpassage, welche die anzustellenden Prüfschritte vorgibt, im Abschnitt 3.01 unter Punkt 5 der Durchführungsrichtlinien zum FLAG zu finden sei, und dass der Richtlinien text nicht die Rechtsmeinung des Finanzamtes stütze, sondern sich in vollständiger Deckung mit seiner Auffassung befinde, und in richtlinienkonformer Sachverhaltswürdigung daher die Differenzzahlung ab dem August 2007 gewährt hätte werden müssen, da hier auch nach der Auffassung des Finanzamtes von einer beruflichen Tätigkeit im Sinne der VO 1408/1971 auszugehen sei und somit nach dem ersten Satz der Z 5 keine weiteren Prüfschritte anzustellen seien, seitens des UFS Folgendes entgegnet: Abgesehen davon, dass aus der vom Bw. angeführten Textpassage der Durchführungsrichtlinien nicht erkennbar ist, dass die Prüfschritte taxativ aufgezählt sind und darüber hinaus keine weiteren Prüfschritte seitens der Abgabenbehörde durchzuführen seien, wird angemerkt, dass der UFS – wie alle Abgabenbehörde – an die Gesetze gebunden ist, und daher § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) iVm §§ 8, 9 und 51 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, anzuwenden sind.

Darüber hinaus wird angemerkt, dass die nunmehrige pauschale Berechnung (des Bw.) der Existenz-Mittel-Überdeckung hins. 2007 (vorgelegt vom Bw. i. Zuge der Berufungsverhandlung; es wurden keinerlei Nachweise hinsichtlich der nunmehr vom Bw. – entgegen seinen ursprünglichen Angaben - behaupteten geringeren Ausgaben - erbracht bzw. vorgelegt) die detaillierte Berechnung der Existenzmittel-Unterdeckungen sowohl für das Jahr 2006 als auch für das Jahr 2007 (unter Verarbeitung der Angaben des Bw. bzw. der damaligen Ermittlungsergebnisse) seitens des Finanzamtes (dargestellt im Vorlagebericht im Zuge der Berufungsvorlage an die Abgabenbehörde II. Instanz durch das Finanzamt und zur Wahrung des Parteiengehörs dem Bw. nachweislich zur Kenntnis gebracht) nicht zu entkräften vermag.

In diesem Zusammenhang wird auf die Mitwirkungspflicht des Bw. auf Grund der BAO hingewiesen. Die Abgabenbehörde trägt zwar die Feststellungslast für alle Tatsachen, die vorliegen müssen, um einen Abgabenanspruch geltend machen zu können (§ 115 BAO), doch befreit dies die Partei nicht von ihrer Offenlegungs- und **Mitwirkungspflicht** (VwGH 23.2.1994, 92/15/0159). Zu dieser Mitwirkungspflicht gehören unter anderem die Darlegung

des Sachverhaltes und die Darstellung **von Beweisen** und Unterlagen zur Sachverhaltsermittlung (§ 138 BAO).

Angemerkt wird, dass den ursprünglich vom Bw. selbst gemachten Angaben hinsichtlich der Ausgaben von ihm bzw. seiner Familie mehr Glaubwürdigkeit beizumessen ist als der nunmehr im Zuge der mündlichen Berufungsverhandlung vorgelegten Aufstellung hinsichtlich der Existenzgrundlagenberechnung betreffend 2007.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 30. Dezember 2010