



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des M D., 1120 Wien, S-Straße, vom 29. Oktober 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf, vom 17. Oktober 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. Oktober 2005 entschieden:

Die Berufung wird soweit sie die Abweisung des Antrages auf Familienbeihilfe für den Zeitraum Oktober bis Dezember 2005 betrifft, als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid wird, soweit er über die Abweisung des Antrages auf Familienbeihilfe für den Zeitraum Jänner 2006 bis März 2007 abspricht, aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) ist polnischer Staatsbürger. Seit September 2004 ist er in Wien gemeinsam mit seiner Gattin gemeldet (Hauptwohnsitz). (Eine Eigentumswohnung in Polen, die den früheren Wohnsitz des Bw. darstellte, wurde vom Bw. und seiner Gattin Anfang 2006 verkauft.) Mitte Oktober 2005 meldete der Bw. folgendes Gewerbe an: „Zusammenbau von Messe- und Ausstellungsständen aus vorgefertigten Teilen unter Verwendung von einfachen Werkzeugen“. Aus einer aktenkundigen Versicherungsbestätigung (vom 24.03.2006) der Sozialversicherungsanstalt der gewerbliche Wirtschaft, Landesstelle Wien, ist ersichtlich, dass der Bw. seit 13.10.2005 bis laufend in der Kranken- und Pensionsversicherung pflichtversichert ist und dass keine Beitragsrückstände bestehen. Die Bestätigung enthält weiters den Vermerk, dass die Gattin des Bw. und sein Sohn gem. § 83 GSVG

anspruchsberechtigt sind. Der Sohn des Bw. besuchte lt. einer Bestätigung ab dem Schuljahr 2005/2006 eine katholische Privatschule in Wien. Sowohl der Bw. als auch seine Gattin erhielten im Mai 2008 vom AMS eine EU-Freizügigkeitsbestätigung. Die Gattin ist lt. einer Bestätigung ab April 2007 (geringfügig) nichtselbständig tätig. Der Bw. selbst bezieht ab Juni 2008 vollzeitlich als Monteur Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit.

In seinem Antrag um Zuerkennung von Familienbeihilfe (vom 01.06.2007) gab er als Zeitpunkt der Einreise den 14.09.2004 an. Selbständig gewerblich sei er ab 13.10.2005 tätig.

Das Finanzamt übersandte dem Bw. einen Fragebogen zwecks Beurteilung seiner Tätigkeit. (Die Gattin verzichtete auf ihren prinzipiellen Anspruch auf Familienbeihilfe.)

Mit Schreiben vom 21.06.2007 teilte der Bw. dem Finanzamt Folgendes mit:

„Wir haben am 1. Juni 2007 ein Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe inklusive der erforderlichen Beilagen in Kopie (Gewerbeschein des Mannes mit Standortverlegung, Meldezettel (3 Stk.), Pass (3 Stk.) Versicherungsbestätigung (3 Stk.) den gesamten Familie, HU, GU des Kindes, Schulbesuchbestätigung des Kindes (2 Stk.), Ansuchen um Zuteilung einer Steuernummer und das Formular Verf 24) an Sie bereits übermittelt. Meinem Schreiben schliesse ich zusätzlich die Dienstgeberbestätigung, Verzichtserklärung und Familienbeihilfebeitrag in Kopie an. Auf Grund des Einbruchs (Bitte siehe polizeiliche Anzeigebestätigung) ist uns derzeit leider nicht möglich die gewünschte E/A Rechnung vorzulegen, da diese nur in elektronische Form existierte und nochmals erstellt werden muss. Ich übermittle Ihnen, die mir vorhandenen Einkommensteuererklärung 2006 in Kopie.“

Das **Finanzamt wies den Antrag** auf Gewährung von Familienbeihilfe mit folgender Begründung „ab Oktober 2005“ als unbegründet **ab**:

„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 (d.h. bis maximal 30.4.2011) weiterhin dem AuslBG.

Die von Ihnen 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 Sie die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme nicht nachgewiesen haben, üben sie in Österreich weder eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer aus, noch kann von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71 ausgegangen werden. Die obige Verordnung (EWG) ist in Ihrem Fall nicht anwendbar. Gemäß § 3 Absatz 1 und 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) in Verbindung mit Artikel 12 EG-Vertrag besteht für EU/EWR-Staatsangehörige, auf die (unter Berücksichtigung der Verordnung Nr. 1408/1971) die österreichischen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit anzuwenden sind, Anspruch auf Familienleistungen, wenn sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich befindet. EU/EWR-Bürger, die ihre Freizügigkeit in Anspruch genommen haben (d.h. nach Österreich eingereist sind) und sich länger als drei Monate hier aufhalten sind Österreichern in Bezug auf den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich nur dann gleichgestellt, wenn sie

unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind bzw.

über ausreichende Existenzmittel und

über eine ausreichende Krankenversicherung für sich und ihre Familienangehörigen verfügen.“

Der Bw. erhob **Berufung**:

„Ich erhebe Anspruch gegen den Abweisungsbescheid vom 18. Oktober 2007 betreffend Antrag auf Familienbeihilfe für meinen Sohn - O D. SVNR: XXX (vom 4. Juni 2007).

Ich teile Ihnen mit, dass gemäß § 3 Absatz 1 und 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) in Verbindung mit Artikel 12 EG-Vertrag besteht für mich als EU-Staatsangehörige auf die (unter Berücksichtigung der Verordnung Nr.: 1408/1971) den österreichischen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit anzuwenden sind, ein Anspruch auf Familienleistungen, weil:

1. Unserer Mittelpunkt der Lebensinteressen befindet sich ausdrücklich und alleine in Österreich.

2. Ich, M D. bin selbständig erwerbstätig, meine Gattin Frau E Or.-D. unselbständig tätig ist (unter Einhaltung der AuslBG. - Arbeitsbewilligung vorhanden), unser Sohn O besucht die private Volksschule in 3. Wiener Gemeindebezirk.

3. Die gesamte Familie verfügt über ausreichende Existenzmitteln und eine ausreichende Krankenversicherung.

Weiteres möchte ich beifügen, dass der Begriff des Dienstverhältnisses durch § 47 EStG nicht abschließend definiert ist, sondern wird als Typusbegriff durch eine Vielzahl von Merkmalen bestimmt, die nicht alle in gleicher Intensität ausgeprägt sein müssen (VfGH 1 .3. 2001, G 109/00).

Die Legaldefinition des § 47 Abs. 2 EStG enthält zwei Kriterien, die für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprechen, nämlich die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber und die organisatorische und zeitliche Eingliederung in den geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers.

Ich bin weder Weisungsgebunden noch zeitlich Eingegliedert in den geschäftlichen Ablauf des Auftraggebers. Meine Tätigkeit unterliegt nur gewissen Bindungen an die Dienstzeit des Auftraggebers, um etwa eine Abstimmung einzelner Projektphasen im Rahmen eines Gesamtprojektes zu ermöglichen. Meine Aufgabe ist es, für die termingerechte und vollständige Erledigung meines Auftrages Sorge zu tragen.

Weitere Kriterien, die für die selbständig ausgeübte Tätigkeit sprechen, sind das Vorliegen von typischen Unternehmerrisikos / Unternehmerwagnisses, dieses besteht darin, dass ich als der Leistungserbringer die Möglichkeit habe, im Rahmen meiner Tätigkeit sowohl die Einnahmen- als auch die Ausgabenseite maßgeblich zu beeinflussen und solcherart den finanziellen Erfolg meiner Tätigkeit weitgehend zu gestalten.

Als Auftragnehmer, verfüge ich generell und alleine über Bestimmungsrecht und über der Vertretungsbefugnis.

Meine Erfahrungen auf diesem Gebiet und in der Branche selbst sind ausreichend, da ich bereits in Polen über 6 Jahre selbständig tätig war.

Es ist auch selbstverständlich, dass eine Neugegründete Firma. 1, 2 - 3 Jahre für eine Marktpositionierung sowie eine positive Bilanz - Entwicklung benötigt.

Falls Sie bestimmte Unterlagen nochmals benötigen (z.B.: Dienstzeugnisse, Arbeitsbewilligung, Schulbesuchsbestätigung, Abmeldungsbestätigung aus Polen,

Firmengrundbuchauszug aus Polen, O.A.), ersuche ich Sie höflich, um eine schriftliche Mitteilung.“

Das Finanzamt übersandte dem Bw. folgenden Ergänzungs- bzw. Bedenkenvorhalt:

„Bitte beiliegenden Fragenkatalog ausgefüllt retournieren.

Vorlage des polnischen Gewerbescheines (It. Berufung waren Sie bereits in Polen selbständig tätig)

Mietvertrag der Wohnung

Lt. Einkommensteuererklärung 2006 betrug Ihr Gewinn ca. 8.900,00 EURO, demnach hatten Sie monatlich ca. € 742,00 für 3 Personen zur Verfügung. Bitte um kurze Aufstellung der Lebenshaltungskosten für das Jahr 2006 !!!! (Gegenüberstellung der Einnahmen der ganzen Familie sowie der Ausgaben der ganzen Familie wie Miete, Strom, Lebensmittel, Versicherungen etc....)

Einkommensnachweis für 2007

Nach Ansicht des Finanzamtes könnten ev. mit Beginn des Zuverdienstes Ihrer Gattin im April 2007 die ausreichenden Existenzmittel vorliegen (dann wäre nahezu das Existenzminimum erreicht.)“

Der Bw. **beantwortete den Vorhalt** folgendermaßen:

„Ich habe Ersuchen um Ergänzung vom 18. Januar 2007 von Ihnen erhalten und dazu möchte ich folgendes festhalten:

Ich habe am 1. Juni 2007 ein Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für meinem Sohn O D. SVNR: XXX inklusive der erforderlichen Beilagen in Kopie an Sie übermittelt.

Diesem Schreiben schliesse ich zusätzlich:

Firmengrundbuchauszüge aus Polen,

Mietvertrag der Wohnung,

Einkommensnachweis für 2007,

kurze Aufstellung der Lebenshaltungskosten für das Jahr 2006.

Verkaufsvertrag der Eigentumswohnung in Polen,

Abmeldungsbestätigungen in Kopie an.

Ich möchte auch Ihnen mitteilen, dass meine Gattin E Or. -D. in Polen auch unselbständig tätig war und ich zuerst unselbständig und dann selbständig tätig war.

Im Januar 2006 haben wir unsere Wohnung in Polen verkauft und gründlich nach Österreich umgezogen. Weiteres möchte ich nochmals (lt. meiner Berufung) Ihnen mitteilen, dass unser Mittelpunkt der Lebensinteressen befindet sich ausdrücklich und alleine in Österreich,

Ich habe das Gewerbe (Zusammenbau von Messe- und Ausstellungsständen aus vorgefertigten Teilen unter Verwendung von einfachen Werkzeugen) in Österreich im Oktober 2005 angemeldet. Selbstverständlich eine neugegründete Firma benötigt 1, 2 - 3 Jahre für eine positive Bilanz - Entwicklung, darum mein Gewinn für das Jahr 2006 (das erste Jahr meiner Tätigkeit) nicht so groß war.

Wie gewünscht gebe ich Ihnen Einnahmen und Ausgaben der ganzen Familie für Jahr 2006 bekannt:

Einnahmen:

Einkommen aus meiner selbst. Tätigkeit (Gewinn lt. Einkommensteuererklärung 2006)

Dazu möchte ich auch feststellen, dass unsere Lebenshaltungskosten auch aus unseren Ersparnissen (5.000,00 Euro) und Erlös aus der verkauften Eigentumswohnung (ca. 25.000, Euro) getragen waren.

Ausgaben:

Miete und Betriebskosten (monatlich € 465,61)

Strom- und Gaskosten (monatlich € 100,20)

Sonstige Diverse Ausgaben (monatlich 50 €)“

Aus dem zurück gelangten **Fragebogen** ergibt sich Folgendes:

Auf die Frage, wann er nach Österreich gekommen sei, gab der Bw. an: „September 2004 zuerst, aber gründlich im September 2005, da ich im Oktober 2005 meine Firma eröffnet habe.“ Auf die Frage nach dem Grund für die Eröffnung seines Gewerbes gab er an, in Polen bereits über 6 Jahre selbständig gewesen zu sein und verwies auf seine EU-Bürgerschaft.

Bei Behördenwegen sei ihm eine Fa I (Anmerkung: der spätere Arbeitgeber seiner Gattin) für ein angeführtes Honorar behilflich gewesen.

Auf die Frage nach seinen/seinem (früheren) Auftraggeber(n) führte er eine Da an. Die Frage, ob es schriftliche Verträge gegeben habe, bejahte er, legte diese aber nicht vor. Er habe auch Kontakt mit (nicht genannten) Kunden in Deutschland (Münch(en). und Düsseldorf aufgenommen.

Zu Aufträgen komme er durch Eigenwerbung, den Besuch verschiedener Messen am Messegelände Wien. Sein Honorar werde vor der Auftragsannahme mit dem Klienten besprochen. Nach der Auftragsfertigstellung durch Rechnungslegung werde das Honorar direkt vom Klienten durch Bar- oder Banküberweisung ausbezahlt.

Die Steuererklärungen habe ihm seine Gattin ohne Honorar erstellt.

Die Frage, ob er seine Arbeitskraft schulde, verneinte er. Er könne sich wenn notwendig auch vertreten lassen. Er sei nicht weisungsgebunden. Er habe keine fixen Dienstzeiten. Die Arbeitszeit werde durch ihn festgelegt und sei abhängig vom Auftragsumfang und Fertigstellungstermin. Er schaffe seine Arbeitskleidung selbst an.

Arbeitsmittel und Arbeitsmaterialien würden von ihm selbst angeschafft.

Für fehlerhafte Arbeiten hafte er persönlich. Er zahle seine SV-Beiträge selbst an die Versicherung.

Er sei nicht verpflichtet, Urlaub oder Krankheit jemanden zu melden.

Dem im Fragebogen gestellten Ersuchen um Vorlage von Verträgen und Belegen kam der Bw. nicht nach. Er schloss dem Fragebogen lediglich einen Einkommensnachweis für 2007 betr. seiner Gattin bei.

Angeschlossen waren ein Mietvertrag vom 07.02.2006, eine Aufstellung von Ausgangsrechnungen für 2007, 2 übersetzte Abmeldebescheinigungen aus Polen, ein mit „Akt Noterialny“ betitelttes Schriftstück in polnischer Sprache, und 2 weitere offenbar amtliche Schriftstücke ebenfalls in polnischer Sprache ohne Übersetzung.

Das Finanzamt erließ eine **abweisende Berufungsvorentscheidung**:

„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.

Gemäß § 3 Abs. 2 FLAG 1967 besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 3 Absatz 1 und 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) in Verbindung mit Artikel 12 EG-Vertrag besteht für EU/EWR-Staatsangehörige, auf die (unter Berücksichtigung der Verordnung Nr. 1408/1971) die österreichischen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit

anzuwenden sind, Anspruch auf Familienleistungen, wenn sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich befindet.

EU/EWR-Bürger, die ihre Freizügigkeit in Anspruch genommen haben (d.h. nach Österreich eingereist sind) und sich länger als drei Monate hier aufhalten, sind Österreichern in Bezug auf den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich nur dann gleichgestellt, wenn sie

1. unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind und
2. über ausreichende Existenzmittel und über eine ausreichende Krankenversicherung für sich und ihre Familienangehörigen verfügen.

Nach Ihren eigenen Angaben im Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe für D. O (Vers.Nr. XXX) haben Sie angegeben, dass Sie und Ihre Familie im September 2004 nach Österreich eingereist sind.

Sie haben für das Jahr 2005 ein Einkommen in der Höhe von € 0,00 und im Jahr 2006 ein Einkommen in der Höhe von € 8.903,65 erklärt. Daraus errechnet sich, dass Sie im Jahr 2006 monatlich einen Betrag von insgesamt € 741,97 für Ihre dreiköpfige Familie zur Verfügung hatten.

Mit Ergänzungersuchen vom 18.01.2008 wurden Sie aufgefordert, die Lebenserhaltungskosten für das Jahr 2006 bekannt zu geben. Sie teilten dem Finanzamt daraufhin mit, dass Sie alleine für Miete, Betriebskosten, Strom und Gas monatlich insgesamt € 565,81 ausgeben würden.

Für das Jahr 2005 wird an dieser Stelle festgehalten, dass mit einem Einkommen von 0,00 die erforderlichen ausreichenden Existenzmittel für Sie und Ihre Familie nicht nachvollziehbar dargestellt werden konnten.

Aber auch im Jahr 2006 ist auf Grundlage Ihrer Angaben hinsichtlich Ihrer Einkommenshöhe und ihrer monatlichen Fixkosten alleine für Ihre Wohnung nicht davon auszugehen, dass Sie über ausreichende Existenzmittel für sich und ihre Familienangehörigen verfügen.

Weitere Einkünfte bis zum März 2007 haben Sie dem Finanzamt nicht mitgeteilt, weswegen davon ausgegangen wird, dass Sie bis zu diesem Zeitpunkt über keine ausreichenden Existenzmittel für sich und ihre Familienangehörigen verfügten, weswegen Ihr Antrag auf Familienbeihilfe für D. O für den Zeitraum Oktober 2005 bis März 2007 abgewiesen wurde.

Anmerkung:

Mit Schreiben vom 06.03.2008 wurde das Finanzamt davon informiert, dass Frau E Or. - D. seit dem 02.04.2007 als kaufmännische Angestellte in einem Ausmaß von 8 Wochenstunden beschäftigt ist und in Jahr 2007 ein Bruttoeinkommen von € 2.700,00 bezogen hat, wobei an dieser Stelle festgehalten wird, dass ein entsprechender Lohnzettel für das Jahr 2007 noch nicht übermittelt worden ist. Mit der Beschäftigungsaufnahme von Frau E Or. - D. könnten die Voraussetzung für die Gewährung von Familienbeihilfe für D. O für den Zeitraum ab April 2007 vorliegen. Über diesen Zeitraum wird gesondert entschieden werden.“

Der Bw. beantragte die **Vorlage seiner Berufung** an die Abgabenbehörde 2.Instanz:

„Ich stelle ein Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz gegen die Berufungsvorentscheidung vom 16. Mai 2008 (26. Mai 2008 Poststempel) Familienbeihilfe für das Kind - O D. VSNR: 5428 21 10 98.

Ich teile Ihnen mit, dass gemäß § 3 Absatz 1 und 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) in Verbindung mit Artikel 12 EG-Vertrag für mich als EU-Staatsangehörige, unter Anwendung und Berücksichtigung der Verordnung Nr.: 1408/1971 den österreichischen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit, ein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, weil wir als EU Bürger allen notwendigen Voraussetzungen entsprechen, wie folgt:

Punkt 1 und Punkt 2

Wir (sowie unser Sohn O D.) halten sich rechtmäßig (nach dem NAG §§ 8 und 9) in Österreich auf und selbstverständlich verfügen wir über ausreichende Existenzmitteln sowie über Kranken-, Pension- und Unfallversicherung.

Ich der Antragsteller M D. , war vom 13. Oktober 2005 bis zum 02. Juni 2008 selbständig erwerbstätig tätig.

Derzeit (ab dem 04. Juni 2008 unselbständig tätig) bin ich bei der Firma T G GmbH (40 Std./Wo) als Arbeiter beschäftigt und zwar unter der Einhaltung der Ausländerbeschäftigungsgesetzen - da, ich über eine Freizügigkeitsbestätigung verfüge (ausgestellt durch AMS Schönbrunner Straße; 12. Wiener Gemeindebezirk).

Meine Gattin, Frau E Or. - D. verfügt ebenfalls über der Freizügigkeitsbestätigung (vorab Arbeitsbewilligung).

Ab dem 02. April 2007 arbeitet Sie erfolgreich und zufriedenstellend als kaufmännische Angestellte (unselbständig tätig).

Unser Sohn O D. besucht die 3. Klasse der öffentlichen Volksschule in Wien.

Punkt 3

Mittelpunkt der Lebensinteressen befindet sich ausdrücklich und alleine in Österreich.

Aufgrund der selbständigen Tätigkeit (Polen) somit Auslandsgeschäftreisen (wobei meine Familie immer in Begleitung kam); die über 3 Tage dauerten (lt. dem Meldegesetz - Meldung erforderlich) waren wir bereits ab dem Jahr 2004 in Österreich angemeldet, obwohl wir nicht über die ganze Zeit in Österreich gewohnt haben. Unser Lebensunterhalt wurde alleine durch die Einkünfte aus der selbständigen Tätigkeit in Polen finanziert.

Im Januar 2006 haben wir schließlich unsere Eigentumswohnung in Polen verkauft und sind nach Österreich umgezogen (Abmeldungsbestätigungen von den polnischen Behörden und Verkaufsvertrag der Eigentumswohnung sowie die Firmengrundbuchauszüge der polnischen Gewerbeberechtigung - wurden bereits mit dem eingeschriebenen Brief - Ersuchen um Ergänzung vom 07. Februar 2008 an Sie übermittelt).

Mit dem 13.10.2005 habe ich bereits in Österreich selbständige Tätigkeit angemeldet; Registerzahl: YYY mit dem Gewerbewortlaut:

„Zusammenbau von Messe- und Ausstellungsständen aus vorgefertigten Teilen unter Verwendung von einfachen Werkzeugen“.

Unsere Lebensunterhaltskosten wurden durch unsere Ersparnisse aus der selbständigen Tätigkeit in Polen sowie auch durch den Verkauf der Eigentumswohnung finanziert.

Wir haben uns sehr gut eingelebt und voll in die Gesellschaft integriert, ebenfalls (freiwillig) Deutschkurse für Fortgeschrittene besucht.

Punkt 4 und Punkt 5

1 D. M - Antragsteller: Bereits ab dem 13.10.2005 (Gewerberücklegung am 02.06.2008) selbständig tätig.

Ab Anfang Mai 2008 Freizügigkeitsbestätigung (ausgestellt durch AMS Schönbrunner Straße; 12. Wiener Gemeindebezirk). Or. -D. E - Ehegattin: Ab dem 02.04.07 unselbständig tätig (Arbeitsbewilligung). Ebenfalls ab Anfang Mai - Freizügigkeitsbestätigung.

2. Wir verfügen über Kranken-, Pension- und Unfallversicherung, wie folgt: D. M - Antragsteller, SVNR: zzz Or. -D. E - Ehegattin, SVNR: 000 D. O - Kind, SVNR: XXX.

Punkt 6, Punkt 7, Punkt 8 und Punkt 9

Familienbeihilfe wurde für den Zeitraum: Oktober 2005 beantragt, mit meinem Ergänzungsschreiben vom 07.02.08 habe ich dem Finanzamt / Beihilfenstelle bereits

mitgeteilt, dass wir aus unseren Ersparnissen, den Einkünften meiner Firma in Polen und der unselbständigen Tätigkeit meine Gattin (Bankangestellte in Polen) sowie aus dem Verkaufserlös der Eigentumswohnung gut leben konnten und unsere Lebenserhaltungskosten gedeckt hatten.

Grundsätzlich bis Oktober 2005 war ich öfters und über längerem Zeitraum in Österreich geschäftlich tätig, dass war aber kein Daueraufenthalt.

Mein Einkommen in Österreich für das Jahr 2005, wie den Erklärungen 2005 zu entnehmen hatte 0,00 Euro betragen, da es eine Neugründung war (Gewerbeanmeldung am 13.10.2005) und bis Jahresende sehr viel an organisatorischen Aufgaben und Behördenwegen gab.

Außerdem lt. meiner Erfahrung benötigt eine neu gegründete Firma 1 bis 2 Jahre (vielleicht sogar länger) um eine positive Bilanz - Entwicklung vorzuweisen.

Wie aus den Erklärungen für das Jahr 2006 ersichtlich, hat mein Einkommen aus der selbständigen Tätigkeit in Österreich 8.903,65 Euro betragen, weiteres - wie oben beschrieben, habe ich Ersparnisse und Erlös aus dem Wohnungsverkauf zur Verfügung gehabt.

Die entsprechende Kopien habe ich Ihnen bereits übermittelt und hoffe, dass Sie diese auch berücksichtigen.

Punkt 10

Am 31.08.2007 (Eingangsstempel) wurden meine Einkünfte bis einschließlich 30.06.2007 (mittels E/A Rechnung) sowie auch Arbeits- und Entgeltbestätigung meiner Gattin Frau E Or. - D. persönlich an das Finanzamt übermittelt.

Zur Punkt 11 wird gesondert Stellung genommen.

An diese Stelle wird festgehalten, dass die Voraussetzungen der ausreichenden Existenzmitteln und der Krankenversicherung für den Zeitraum Oktober 2005 bis März 2007 unbedingt als erfüllt anzusehen sind.“

Seitens des Unabhängigen Finanzsenates erging an den Bw. folgender Ergänzungsvorhalt:

„1. Beglaubigte Übersetzung des nur in polnischer Sprache in den Akten aufliegenden Notariatsaktes (Kaufvertrages?) über die Veräußerung ihrer polnischen Wohnung im Jahr 2006.

2. EWR-Anmeldebescheinigungen gemäß § 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 der Magistratsabteilung 35 für Sie und Ihren Sohn O .“

Der Bw. reichte daraufhin eine Übersetzung des Notariatsaktes über den Verkauf der Eigentumswohnung nach und verwies auf § 81 Abs.4 NAG, wonach eine Anmeldebestätigung für zum Stichtag 1.1.2006 in Österreich ordnungsgemäß gemeldete EWR-Bürger nicht erforderlich sei.

Im Rahmen des Parteiengehörs wurden dem Finanzamt sowohl Vorhalt als auch Vorhaltsbeantwortung zur Kenntnis gebracht.

Das Finanzamt äußerte sich wie folgt:

„Zu den von Ihnen dem Finanzamt übermittelten Unterlagen erlaubt sich das Finanzamt Wien 12/13/14 Purkersdorf wie folgt Stellung zu nehmen:

Oktober - Dezember 2005: Unbestritten blieb, dass das Einkommen des Berufungswerbers im Jahr 2005 € 0,00 betragen hat und ist aus den übermittelten Unterlagen auch ersichtlich, dass die Wohnung in Polen erst 2006 veräußert worden und der Kaufpreis ebenfalls erst 2006 geflossen ist. Welchen Einfluss ein erst im Jahr 2006 fließender Kaufpreis auf Lebenserhaltungskosten im Jahr 2005 haben soll, ist für das Finanzamt nicht ersichtlich.

Zu dem Vorbringen des Berufungswerbers, er hätte Verkaufserlöse aus einer Firma in Polen zur Verfügung gehabt, wird seitens des Finanzamtes an dieser Stelle festgehalten, dass der Berufungswerber selbst in seinem Familienbeihilfenantrag angeführt hat, dass er am 14.09.2004 nach Österreich eingereist sei. Ein Verkaufserlös für eine angebliche Firma in Polen wurde einerseits nicht nachgewiesen und ist angesichts des Umstandes, dass eine Einreise nach Österreich bereits 2004 erfolgte und der Berufungswerber daher ab September 2004 für dieses angeblich existierende Unternehmen gar nicht mehr hat tätig sein können, auch nicht wahrscheinlich. Darüber hinaus wurden weder die Höhe eventueller Zahlungen oder der Zuflusszeitpunkt nachgewiesen oder glaubhaft gemacht.

Für die Zeit von September 2004 bis September 2005 gibt es keine ausreichende Sozialversicherungen des Berufungswerbers (Beginn der Versicherung 10/2005) und schon gar nicht von dessen Gattin (Beginn der Versicherung mit 02.04.2007!!! - Beilage). Das Finanzamt möchte an dieser Stelle festhalten, dass Voraussetzung für die Anwendung der Verordnung 1408/71 ist,

dass eine nichtselbständige oder legale selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wird,

dass ausreichende Existenzmittel vorhanden sind und

dass eine ausreichende Krankenversicherung für ALLE FAMILIENANGEHÖRIGEN vorhanden ist

Zusammenfassend vertritt das Finanzamt die Rechtsansicht, dass im Jahr 2005 keine ausreichenden Existenzmittel vorhanden gewesen sind (Kaufpreis floss erst 2006; Geldflüsse

iZm. einem polnischen Unternehmen wurden nicht nachgewiesen - s.o.) und dass ein ein ausreichender Versicherungsschutz des Berufungswerbers und dessen ganzen Familie (eine entsprechende Versicherung der Ehegattin des Berufungswerbers bestand erst ab 02.04.2007!!!) nicht bestanden hat, weswegen ein Familienbeihilfenanspruch nach der Rechtsansicht des Finanzamtes im Jahr 2005 keinesfalls vorgelegen hat. Festgehalten wird an dieser Stelle, dass die Kosten der Privatschule (SC - AS 17, 18) bei der Berechnung der Existenzmittel noch gar nicht berücksichtigt worden sind.

Jänner 2006 - März 2007: Wie bereits aus der BVE ersichtlich, ist mit den Einkünften des Berufungswerbers alleine das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel nicht darstellbar. Festgehalten wird an dieser Stelle wiederum, dass die Kosten der Privatschule bei der Berechnung der Existenzmittel noch gar nicht berücksichtigt worden sind.

Hinsichtlich des Verkaufes der Wohnung in Polen wird an dieser Stelle festgehalten, dass laut Seite 5 des übermittelten Kaufvertrages von dem vereinbarten Kaufpreis ein Betrag von PLZ 49.899 zur Abdeckung einer Hypothek verwendet worden ist; zugeflossen ist demnach nur ein Betrag von 72.101 PLZ (nach dem von Ihnen verwendeten Währungsrechner ca. € 19.092,10 - Anhang).

Auffällig ist, dass nach den von Ihnen übermittelten Unterlagen der Betrag in PLZ auf ein Konto in Polen überwiesen worden sind, obwohl der Bw und dessen Familie angeblich seit 2004 in Österreich gelebt haben. Auffällig ist weiters, dass aus der Anzeigebestätigung (AS 33) entnehmbar ist, dass im Juni 2007 Bargeld von € 500 in polnischer Währung gestohlen worden sein soll, wobei die Familien zu diesem Zeitpunkt bereits nahezu 3 Jahre in Österreich gelebt haben will; dennoch ist das Finanzamt auf Grund der vorgelegten Schulbestätigungen davon ausgegangen, dass sich die Familie im verfahrensgegenständlichen Zeitraum in Österreich aufgehalten hat.

Obgleich mit dem oben angeführten Betrag aus dem Wohnungsverkauf ausreichende Existenzmittel im Jahr 2006 darstellbar sein könnten, möchte das Finanzamt an dieser Stelle festhalten, dass ein ausreichender Versicherungsschutz der Ehegattin des Bw erst ab 02.04.2007 (!!!) vorgelegen ist und deswegen nach dem 3. Punkt der obigen Aufzählung ein Beihilfenanspruch in der Zeit von 01/2006 bis 03/2007 nach der Rechtsansicht des Finanzamtes nicht bestanden hat (ein entsprechender Antrag wäre jedenfalls mangels Versicherungsschutz der ganzen Familie abzuweisen gewesen).

Über die Berufung wurde erwogen:

Seitens des Bw. wurde die Familienbeihilfe für sein im Jahr 1998 geborenes Kind ab September 2004 mit Antrag vom 04.06.2007 beantragt.

Aus dem auf dem Ergänzungsvorhalt vom 28.06.2007 handschriftlich angebrachten Antrag ist zu entnehmen, dass der Antrag auf den Zeitraum ab 13. 10.2005 eingeschränkt wurde.

Der Bescheid vom 17.10.2007 über die Abweisung des Antrages auf Familienbeihilfe sprach demzufolge über den Zeitraum ab Oktober 2005 ab.

Mit der Berufungsvorentscheidung vom 16.05.2008 wurde die Berufung, soweit sie sich gegen die Abweisung des Anspruches auf Familienbeihilfe für den Zeitraum Oktober 2005 bis März 2007 richtet, als unbegründet abgewiesen. Über den Anspruch ab April 2007 werde in Hinblick auf eine nichtselbständige Beschäftigung der Gattin des Bw. gesondert abgesprochen werden.

Gegenstand des Berufungsverfahrens ist daher die Abweisung des Anspruches auf Familienbeihilfe für den Zeitraum Oktober 2005 bis März 2007.

Auf Grund der Meldebestätigungen und der Schulbesuchsbestätigungen für das Kind ab dem Schuljahr 2005/2006 geht der Unabhängige Finanzsenat (=UFS) davon aus, dass sich der Familienwohnsitz bzw. der Mittelpunkt der Lebensinteressen ab Oktober 2005 im Bundesgebiet befand.

Für den Zeitraum Oktober bis Dezember 2005 war auf die Bestimmungen des FLAG 1967 in der Fassung vor der Änderung auf Grund des sog. Fremdenrechtspaketes Bedacht zu nehmen:

1. Familienbeihilfenanspruch für den Zeitraum Oktober bis Dezember 2005

§ 3 Abs. 1 FLAG in der vom 01.05.2004 bis 31.12.2005 geltenden Fassung, BGBl I 142/2004, lautet wie folgt:

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben 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.

Unter Bedachtnahme auf den Wohnsitz der gesamten Familie im Bundesgebiet kamen die Bestimmungen der EG-Verordnung 1408/71 („Wanderarbeitsverordnung“) **nicht zur Anwendung.**

Seitens des Finanzamtes wurde die Tätigkeit des Bw. in wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht als selbständige Tätigkeit, sondern als unselbständige Tätigkeit, welche aber mangels Vorliegens einer Beschäftigungsbewilligung (nunmehr „EU-Freizügigkeitsbestätigung“) gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung von Arbeitnehmern verstoße.

Aus den Angaben des Bw. im Fragebogen lassen sich nach Ansicht des UFS keine verlässlichen Schlüsse auf das Vorliegen einer nichtselbständigen Tätigkeit ziehen.

Der UFS geht daher im Zweifel von der Richtigkeit der Angaben des Bw. im Antrag auf Familienbeihilfe und im Berufungsverfahren aus, wonach es sich bei der von Oktober 2005 bis 2008 ausgeübten Tätigkeit um eine selbständig ausgeübte Tätigkeit gehandelt habe.

Für den Zeitraum Oktober bis Dezember 2005 war aber Voraussetzung für den Bezug von Familienbeihilfe durch Personen, die wie der Bw. und seine Familie, nicht österreichische Staatsbürger sind, die Ausübung einer nichtselbständigen Tätigkeit (oder Bezüge aus einer gesetzlichen Krankenversicherung) und dies auch nur dann, wenn diese Beschäftigung länger als 3 Monate dauerte und nicht gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt. Auf Grund der EG-Verordnung Nr. 1408/1971 samt dazu ergangener Durchführungsverordnung gilt für EU-Bürger statt der mindestens 3-monatigen Beschäftigung bereits eine eintägige erlaubte Beschäftigung als ausreichend im Sinne von § 3 Abs. 1 FLAG in der Fassung BGBl I 142/2004.

Da diese Bedingungen beim Bw. eindeutig nicht vorlagen, wurde der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für diesen Zeitraum zu Recht abgewiesen.

2. Familienbeihilfenanspruch für den Zeitraum Jänner 2006 bis März 2007

§ 3 Abs. 1 und 2 FLAG 1967 in der ab 01.01.2006 geltenden Fassung BGBl I 2005/100, (Fremdenrechtspaket 2005) lautet:

§ 3 Abs. 1: Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben 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.

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§ 9 Abs. 1 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (=NAG) lautet:

Zur Dokumentation eines gemeinschaftsrechtlichen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts werden

1. für EWR-Bürger, die sich in Österreich niedergelassen haben, über Antrag eine "Anmeldebescheinigung" (§ 53) und
2. für Angehörige von EWR-Bürgern, die Drittstaatsangehörige sind, über Antrag eine "Daueraufenthaltskarte" (§ 54), wenn der EWR-Bürger das Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen hat, ausgestellt.

§ 51 NAG lautet:

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

1. in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständige sind;
2. für sich und ihre Familienangehörigen über eine ausreichende Krankenversicherung verfügen und nachweisen, dass sie über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts verfügen, so dass sie während ihrer Niederlassung keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen, oder
3. eine Ausbildung bei einer rechtlich anerkannten öffentlichen oder privaten Schule oder Bildungseinrichtung absolvieren und die Voraussetzungen der Z 2 erfüllen.

§ 53 NAG lautet:

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

(2) Zum Nachweis des Rechts sind ein gültiger Personalausweis oder Reisepass sowie

1. nach § 51 Z 1 eine Bestätigung des Arbeitgebers oder ein Nachweis der Selbständigkeit;
2. nach § 51 Z 2 Nachweise über eine ausreichende Krankenversicherung und über ausreichende Existenzmittel;

Das **Finanzamt bestritt** zwar nicht, dass der Bw. zumindest ab 2006 nichtselbständig oder selbständig tätig wurde, sehr wohl aber das **Vorliegen einer ausreichenden Krankenversicherung für alle Familienangehörigen** und – unter Bedachtnahme auf die für 2006 erklärten Einkünfte von € 8.903,65 und für 2007 von € 10.227,00 – das **Vorliegen ausreichender Existenzmittel zur Bestreitung des Lebensunterhaltes**. Erst ab der Aufnahme einer geringfügigen Beschäftigung durch die Gattin ab April 2007 hält das Finanzamt das Vorliegen von ausreichenden Existenzmitteln für möglich.

2.1 (Nicht)Vorliegen einer ausreichenden Krankenversicherung

Wohl liegen in den vorgelegten Akten des Finanzamtes (Bl. 11 und 12) „Teil-Versicherungsbestätigungen der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft vor, wonach sowohl die Gattin als auch der Sohn „von 01.03.2006 bis laufend“ Anspruch auf Leistungen der Krankenversicherung als Angehörige haben.

Aus der ebenfalls in den Akten (Bl. 10) aufliegenden Bestätigung ergibt sich allerdings das Vorliegen einer Kranken- und Pensionsversicherung für den Bw. „von 13.10.2005 bis laufend“. Gleichzeitig werden darin aber auch die Gattin und der Sohn als gemäß § 83 GSVG Anspruchsberechtigte angeführt.

Auf Grund dieser Bestätigung bestehen für den UFS keine Zweifel am Vorliegen einer ausreichenden Krankenversicherung nicht nur des Bw., sondern auch seiner Familienangehörigen ab Oktober 2005.

2.2 (Nicht)Vorliegen ausreichender Existenzmittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts

In der Vorhaltsbeantwortung vom 07.02.2008 führte der Bw. an laufenden monatlichen Lebenshaltungskosten € 465,61 an Miete und Betriebskosten, € 100,20 an Strom- und Gaskosten und € 50,00 an sonstigen diversen Ausgaben an. Das sind zusammen € 615,81. Stellt man diesen Kosten ein Zwölftel der erklärten Jahreseinkünfte aus 2006 von 8.903,65, somit € 741,97 gegenüber, so bleiben für die (monatlichen) Schulkosten von (mindestens € 100,00) und Nahrungskosten gerade einmal € 126,16 pro Monat für die 3.köpfige Familie.

Der Bw. gab an, über Ersparnisse aus seiner früheren selbständigen Tätigkeit in Polen von € 5.000,00 verfügt zu haben. Einen Nachweis darüber blieb er jedoch schuldig.

Vor allem jedoch sei der Lebensunterhalt durch den per 05.01.2006 erfolgten Verkauf der Eigentumswohnung in Polen finanziert worden, wobei ein Erlös von umgerechnet € 25.000,00 erzielt worden sei. Aus der Übersetzung der ursprünglich nur in polnischer Sprache vorgelegten Vertragsunterlagen und Kontoauszügen ergibt sich ein vereinbarter Kaufpreis von

Zloty (=PLN) 152.500,00. Vom Kaufpreis war ein Betrag von insgesamt PLN 49.899,00 zur Abdeckung einer aushaftenden Hypothek zu verwenden, sodass nach Abzug der gesamten Veräußerungskosten lt. Urkunde (PLN 6.127,20) ein Verkaufserlös von PLN 96.473,80 zur Auszahlung gelangen konnte. Nach dem Mittelkurs vom 06.01.2006 (lt. Raiffeisen – Währungsumrechner von 0,26233) ergibt dies einen Gegenwert von € 25.307,97 und entspricht damit der Angabe des Bw. in der Vorhaltsbeantwortung vom 07.02.2008.

Zur Frage der Höhe von ausreichenden Existenzmitteln kann als Richtschnur § 293 ASVG dienen. Danach wurden für ein Ehepaar im Jahr 2006 € 1.055,99 (2007: 1.091,14) pro Monat und für ein Kind zuzüglich € 72,32 (2007: € 76,09) festgelegt. Diese Werte entsprechen einem jährlichen Mindesteinkommen von € 13.539,72 (2007: € 14.006,76).

Unter Bedachtnahme auf diese Werte liegt das für die Jahre 2006 und 2007 erklärte Einkommen zwar jeweils unter den Richtsätzen für die Ausgleichszulage. Unter Bedachtnahme auf die aus dem 2006 zugeflossenen Kaufpreis zur Verfügung stehenden Mittel kann jedoch **von ausreichenden Existenzmitteln** in beiden Jahren unbedenklich ausgegangen werden.

Der Bescheid über die Abweisung des Antrags auf Familienbeihilfe war daher hinsichtlich des Zeitraumes Jänner 2006 bis März 2007 aufzuheben.

Wien, am 27. Mai 2010