



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Mag. Michael TSCHETSCHONIG, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Salztorg. 6/IV/2/4a, vom 6. April 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 3. März 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum ab November 2007 für die Kinder ABCDE, entschieden:

Der Bescheid vom 3. März 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum ab November 2007 für die Kinder ABCDE wird gem. § 289 Abs. 2 BAO ersatzlos aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Strittig ist, ob ein Familienbeihilfenananspruch ab November 2007 für die Kinder ABCDE besteht. Die Berufungswerberin (Bw.) bezog seit dem Veranlagungsjahr 2007 Einkünfte aus Gewerbebetrieb (Reinigungstätigkeiten auf Grund von Werk- und freien Dienstverträgen) und war bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.

Ihre Einkünfte aus Gewerbebetrieb betrugen:

Jahr	E.a.GW:
2007	2.749,54
2008	18.670,54
2009	3.586,61

---

Mit Antrag vom 25. März 2008 ersuchte die Bw. um Gewährung der Familienbeihilfe für ihre Kinder ABCDE.

Der Antrag vom 25. März 2008 wurde vom Finanzamt mit Bescheid vom 3. März 2009 abgewiesen und wie folgt begründet:

Für Staatsangehörige bestimmter EU/EWR-Staaten würden die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes weiter gelten. Diese hätten innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt.

Stünden solche Staatsangehörige unter Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes in Österreich in einem Arbeitsverhältnis, könne nicht vom Vorliegen einer Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der genannten EU-Verordnungen ausgegangen werden. In einem solchen Fall wäre daher der Anspruch auf die österreichischen Familienleistungen ausgeschlossen.

Gem. § 47 EStG 1988 liege ein Arbeitsverhältnis dann vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schulde, der Arbeitnehmer unter der Leitung des Arbeitgebers stehe oder dessen Weisungen zu folgen verpflichtet wäre.

Ein Arbeitsverhältnis läge demnach insbesondere dann vor, wenn der Arbeitgeber sein persönliches Weisungsrecht hinsichtlich der Art der Ausführung der Arbeit, der Zweckmäßigkeit des Einsatzes der Arbeitsmittel, der zeitlichen Koordination der zu verrichtenden Arbeiten, der Vorgabe des Arbeitsortes und der Arbeitszeit ausübe.

Dabei sei nach gängiger Rechtsprechung bei der Beurteilung, ob ein steuerlich als Arbeitsverhältnis einzustufendes Vertragsverhältnis bestehe, vom tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt der Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern auszugehen.

Maßgebend seien ausschließlich die objektiven Umstände, auch wenn die formalen Voraussetzungen (z.B. Gewerbeschein) für eine selbständige Erwerbstätigkeit vorlägen.

Die Überprüfung durch die K.I.A.B. (Kontrolle der illegalen Arbeitnehmerbeschäftigung) habe ergeben, dass im gegenständlichen Fall nicht von einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen werden könne, da die erforderlichen Kriterien für einen echten Werkvertrag nicht gegeben seien. Dafür würde es erforderlich sein, dass das entsprechende Werk sowohl in der Art, im Umfang, in der Abrechnung oder auch des Erfüllungsortes einer exakten Spezifizierung bedürfe.

Die Bw. erhob gegen den o.a. Bescheid Berufung und begründet diese im Wesentlichen wie folgt:

Die Begründung des Bescheides vom 3. März 2009 sei derart mangelhaft, dass sie einer Überprüfung des Bescheidspruchs auf seine inhaltliche Richtigkeit gar nicht zugänglich sei.

1. Es werde darin auf "genannte EU-Verordnungen" Bezug genommen, ohne dass diese tatsächlich genannt würden.

a) Nach den maßgeblichen EU-Verordnungen hätten EU/EWR/CH-Bürger unter den gleichen Voraussetzungen wie österreichische Staatsbürger Anspruch auf Familienbeihilfe, soferne sich ihr Mittelpunkt der Lebensinteressen und der ständige Aufenthalt im Bundesgebiet befände. Die Bw. habe die dafür erforderlichen Nachweise vorgelegt.

b) Aus der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer, Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ergebe sich, dass Personen, die unter den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallen, nach dem sog. Beschäftigungslandprinzip grundsätzlich nur den Rechtsvorschriften jenes EU-Staates unterliegen, in dem sie beschäftigt seien (gelte auch für Selbständige, Arbeitslose, Rentner). Danach habe ein EU-Staatsbürger in jenem Land Anspruch auf Familienleistungen, wo sich seine Kinder ständig aufhielten. Träfen Ansprüche in zwei EU-Staaten zusammen, weil die Elternteile etwa jeweils in einem anderen EU-Staat erwerbstätig seien, so gelte das sog. Wohnlandprinzip, wonach Familienleistungen ebenfalls nach den Rechtsvorschriften jenes Landes zu gewähren seien, in dem sich die Kinder ständig aufhielten.

Die Bw. habe demnach keinen Anspruch auf Familienbeihilfe in einem anderen EU-Staat.

2. Demgegenüber würden die §§ 2 und 3 u.a. FLAG 1967 den rechtmäßigen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nach den §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthalts gesetzes als einzige Voraussetzung für die Gewährung der österreichischen Familienbeihilfe bestimmen. Der rechtmäßige Aufenthalt gelte durch das Vorliegen einer Anmeldebescheinigung gem. § 9 NAG als belegt.

Damit gelte zugleich auch das Vorhandensein von ausreichenden Existenzmitteln sowie das Bestehen einer in Österreich leistungspflichtigen Krankenversicherung für Antragsteller und Kind als erfüllt.

Die erforderlichen Anmeldebescheinigungen habe die Bw. vorgelegt.

Auf diese maßgeblichen gesetzlichen Voraussetzungen und die zur Anspruchsbeurteilung vorgelegten Urkunden nehme der Bescheid überhaupt nicht Bezug.

Entgegen der Annahme des Finanzamtes bilde das Vorliegen einer (selbständigen oder unselbständigen) Beschäftigung des Familienbeihilfenwerbers nach den maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen aber gar keine Anspruchsvoraussetzung.

3. Die Bw. verweise darauf, dass für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit im Sinne des im Abweisungsbescheid genannten Einkommensteuergesetzes das Vorliegen eines Werkvertrages gar nicht erforderlich sei. Die Bw. übe ihre Tätigkeit als Haubetreuerin, bestehend aus der Durchführung von Reinigungstätigkeiten einschließlich objektbezogener einfacher Wartungstätigkeiten, selbständig im Rahmen eines freien Dienstvertrages aus.

Insbesondere könne sie sich ihre Arbeitszeit frei einteilen, die Arbeitsmittel selbst einkaufen und sich im Krankheitsfall oder bei anderwältiger Verhinderung vertreten lassen. Weisungen würden ihr hinsichtlich der konkreten Arbeitsausführung nicht erteilt, vielmehr habe sie für einen einwandfreien Reinigungszustand der von ihr betreuten Häuser einzustehen. Kontrollen gebe es keine. Das zur Charakterisierung einer selbständigen Beschäftigung herangezogene Merkmal des "freien Arbeitsortes" könne für ihre Tätigkeit als Hausbetreuerin naturgemäß nicht als Abgrenzungskriterium herangezogen werden, weil jeder selbständige Haubetreuer bzw. Reinigungsdienst nicht einfach Reinigungstätigkeiten in einem beliebigen Haus vornehmen könne.

Den erforderlichen Gewerbeschein habe die Bw. bereits vorgelegt.

Da die Bw. weder in einem Arbeitsverhältnis noch in einem arbeiternehmerähnlichen Verhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. a und b AuslBG stehe, falle ihre Tätigkeit nicht in den Anwendungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, weswegen auch eine Umgehung dieser Bestimmung ausgeschlossen sei.

Das Finanzamt wies die Berufung mittels Berufungsvorentscheidung vom 14. September 2009 als unbegründet ab und führt ergänzend aus:

Seitens der K.I.A.B. sei die Tätigkeit der Bw. als eine nichtselbständige eingestuft worden. Grund dafür sei, dass die Tätigkeit eine einfache manipulative Tätigkeit sei, die nach der Judikatur des VwGH als nicht dem Regelwerk des Werkvertragsrechts zugänglich zu erachten sei. Eine nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeutende Beschäftigung werde nicht durch Vorliegen formeller Gestaltungen wie Gewerbeschein, Sozialversicherungs-Mitgliedschaft bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft und der Einkommensteuererklärung beim Finanzamt zu einer gewerblichen Tätigkeit. Dies bedeute, dass im konkreten Fall trotz Vorliegens einer Gewerbeberechtigung der Sachverhalt der Bewilligungspflicht des Ausländerbeschäftigungsgesetzes zu unterstellen sei.

Die Bw. stellte daraufhin gegen den o.a. Bescheid einen Vorlageantrag an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und ergänzte ihr Berufungsbegehren im Wesentlichen folgendermaßen:

Die Berufungsvorentscheidung würde sich mit den Punkten 1 und 2 der Berufung überhaupt nicht auseinandersetzen und wiederhole in Entgegnung des Punktes 3 der Berufung lediglich die darüber bereits im erstinstanzlichen Bescheid vom 3. März 2009 enthaltenen – unrichtigen – Ausführungen und setze in völlig unrichtiger rechtlicher Beurteilung jede nicht dem Werkvertragsrecht zugängliche Tätigkeit mit einer unselbständigen Tätigkeit gleich. Folge man dieser Auffassung, gebe es – weil deren Tätigkeit zweifellos nicht dem Werkvertragsrecht unterliege – keine selbständigen Ärzte, Anwälte oder Hausbetreuer.

---

***Über die Berufung wurde erwogen:***

Folgender Sachverhalt wurde als erwiesen angenommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt und ist den vorgelegten Unterlagen zu entnehmen:

Die Bw. sowie Ihre fünf o.a. Kinder sind rumänische Staatsbürger und leben in Wien.

Die Bw. stellte am 25. März 2008 Anträge auf Gewährung von Familienbeihilfe für ihre Kinder ABCDE.

Der Bw. sowie ihren Kindern wurden am 17. April 2008 Anmeldebescheinigungen gem. §§ 51 bis 53 und 57 NAG, BGBl. I Nr. 100/2005 sowie gem. § 3 NAG-DV, BGBl. II Nr. 451/2005 ausgestellt.

Darüber hinaus war die Bw. bereits seit März 2002, ihre Kinder A, B und C seit November 2002, D seit Mai 2004 und E seit Mai 2006 in Wien polizeilich gemeldet (siehe Zentrales Melderegister).

Dieser Sachverhalt war rechtlich folgendermaßen zu würdigen:

Gem. § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 haben Personen für ihre minderjährigen Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Mit 1. Jänner 2006 trat das sog. "Fremdenrechtspaket" mit folgenden Änderungen des FLAG 1967 in Kraft:

Gem. § 3 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 NAG, BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§ 3 Abs. 2 FLAG 1967 normiert weiters, dass Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder besteht, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§ 10 Abs. 1 FLAG 1967 normiert u.a., dass die Familienbeihilfe nur auf Antrag gewährt wird. § 8 NAG regelt die verschiedenen Aufenthaltstitel, § 9 in Zusammenhang mit § 53 die Ausstellung einer Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger. Eine solche ist gem. § 53 leg.cit. auszustellen, wenn die Voraussetzungen gem. der §§ 51 (Angehörigeneigenschaft) oder 52 vorliegen.

Gem. § 9 Abs. 1 Z 1 werden zur Dokumentation eines gemeinschaftsrechtlichen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts für EWR-Bürger, die sich in Österreich niedergelassen haben, über Antrag eine Anmeldebescheinigung (§ 53) ausgestellt.

Bei Vorliegen einer Anmeldebescheinigung reicht diese Tatsache für die Gewährung der Familienbeihilfe aus, ohne dass von der für deren Gewährung zuständigen Behörde überprüft werden müsste, ob die dafür lt. § 52 NAG erforderlichen Voraussetzungen vorliegen.

---

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

Für den Fall, dass der Antragsteller im Antragsvordruck (Beih 1) das vorgesehene Feld, ab wann die Familienbeihilfe beantragt wird, nicht ausgefüllt hat, ist lt. VwGH-Erkenntnis vom 25.3.2010, 2009/16/0119, davon auszugehen, dass die Familienbeihilfe vom Tag der Antragstellung begehrt wurde.

Für den gegenständlichen Fall bedeutet dies, dass der Bw. Familienbeihilfe für den Zeitraum somit ab März 2008 für ihre Kinder ABCDE zusteht, da die Voraussetzungen des NAG (Vorlage der Anmeldebescheinigung für die Bw. und ihrer Kinder) im gegenständlichen Fall erfüllt sind. Dem Antrag der Bw. war daher den obigen Ausführungen folgend ab März 2008 stattzugeben. Da für diesen Fall aber keine Bescheiderlassung vorgesehen ist, war der angefochtene Bescheid ersatzlos aufzuheben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 23. Juni 2010