



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 16. März 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 6/7/15 vom 22. Februar 2011 betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum Jänner 2007 bis Dezember 2009 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.), ein in Österreich selbständig erwerbstätiger polnischer Staatsbürger, beantragte mit dem am 18.10.2010 beim Finanzamt eingelangten Anbringen (datiert mit 15.7.2010) die Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe in Form einer Differenzzahlung für den Zeitraum Jänner 2007 bis Dezember 2009 für das in Polen lebende Kind X. (geboren 1994).

Der Bw. wurde mit Schreiben des Finanzamtes vom 12.11.2010 zur Ergänzung dieses Antrages vom 18.10.2010 aufgefordert. Mit gleicher Post wurden ihm die Formulare Beih 3 und E 407 übermittelt. Er wurde ersucht, das Formular Beih 3 auszufüllen und das Formular E 407 durch den Arzt bestätigen zu lassen sowie ärztliche Befunde in beglaubigter Übersetzung, eine Zahlungsbestätigung über die geleisteten Sozialversicherungsbeiträge, eine Einnahmen-Ausgabenrechnung 2007, die Einkommensteuererklärung 2007 sowie alle Honorarnoten und Werkverträge für den Zeitraum 2007 vorzulegen.

Der Bw. legte in der Folge diverse Unterlagen vor:

- Zahlungsbestätigungen der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft vom 2.12.2010 betreffend die Jahre 2007 bis 2010.
- Einnahmen-Ausgabenrechnung für das Jahr 2007, laut welcher der Bw. aus seiner Tätigkeit in Österreich Einnahmen iHv € 9.740,00 erzielte.
- Kopien der von ihm im Jahr 2007 ausgestellten Rechnungen im Gesamtbetrag von € 9.740,00, und zwar Rechnung vom 10.6.2007 über € 1.630,00, Rechnung vom 28.6.2007 über € 1.710,00, Rechnung vom 28.6.2007 über € 2.900,00, Rechnung vom 20.12.2007 über € 3.500,00.
- Drei mit der Y-GmbH abgeschlossene Werkverträge betreffend die Durchführung diverser Sanierungsarbeiten im Wiener Hotel A. durch den Bw., datiert mit 8.6.2007, 2.7.2007, 17.8.2007).
- Einkommensteuerbescheid 2008.
- Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger/-innen gemäß §§ 51 bis 53 u. 57 NAG, BGBl. I Nr. 100/2005, und § 3 NAG-DV, BGBl. II Nr. 451/2005,
- Auszüge aus dem Gewerberegister betreffend Anmeldung der Gewerbe „Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit“ sowie „Abdichter gegen Feuchtigkeit und Druckwasser“ am 1.12.2006.
- Bestätigung der Sozialversicherungsanstalt vom 16.7.2010, dass der Bw. *„in der Kranken- und Pensionsversicherung nach dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz (GSVG) von 01.12.2006 bis laufend pflichtversichert ist.“*
- Firmenbuchauszug betreffend die Firma B., aus welchem ersichtlich ist, dass der Bw. als unbeschränkt haftender Gesellschafter diese Firma seit 11.12.2007 selbständig vertritt.
- Änderung des Gesellschaftsvertrages und Antrag auf Änderung des Gesellschaftsvertrages vom 11.12.2007, woraus ersichtlich ist, dass die C-KEG in die B. umgewandelt wurde.
- Einkommensteuervorauszahlungsbescheid für das Jahr 2010
- Einnahmen- und Ausgabenrechnung der B. für das Jahr 2009
- Formular E 411 und Formular E 401.

- Formular E 407 (von der Verwaltungskommission für die soziale Sicherheit der Wanderarbeiter in Polen am 9.12.2010 ausgestellte ärztliche Bescheinigung zur Gewährung einer besonderen Familienleistung oder einer erhöhten Familienleistung für behinderte Kinder betreffend das Kind X.) samt beglaubigter Übersetzung aus dem Polnischen.
- Bescheinigung der Stadtverwaltung Krakau über die Nichtgewährung einer Familienzulage oder Zusatzleistungen für das Kind X. im Zeitraum 1.1.2007 bis 31.12.2009 (inklusive beglaubigter Übersetzung).
- Bestätigung der Kreisbegutachtungsgruppe zur Feststellung der Behinderteneigenschaft in Krakau (Sitzung vom 6.10.2006) betreffend die Feststellung der Behinderteneigenschaft des Kindes X. (inklusive beglaubigter Übersetzung).
- Bestätigung der Kreisbegutachtungsgruppe zur Feststellung der Behinderteneigenschaft in Krakau (Sitzung vom 14.11.2007) betreffend die Feststellung der Behinderteneigenschaft des Kindes X. (inklusive beglaubigter Übersetzung).
- Wohnsitzausweise des Bw. und seiner Ehegattin, ausgestellt von der Stadtverwaltung Krakau (inklusive beglaubigter Übersetzung).
- Bestätigung der Grundschule Nr. 86 in Krakau, dass X. im Schuljahr 2006/2007 Schülerin in dieser Schule war (inklusive beglaubigter Übersetzung aus dem Polnischen).
- Bescheinigung des Gymnasiums in Krakau, dass X. in den Schuljahren 2007/2008, 2008/2009 und 2009/2010 in dieser Schule Schülerin war (inklusive beglaubigter Übersetzung aus dem Polnischen).
- Ärztliches Sachverständigengutachten des Bundessozialamtes Wien vom 14.2.2011, erstellt nach Untersuchung der X. am 7.2.2011.
- Ärztliches Sachverständigengutachten des Bundessozialamtes Wien vom 13.10.2011, erstellt nach Untersuchung der X. am 12.10.2011.
- Bestätigung der „Nicht Öffentlichen Gesundheitsfürsorgeanstalt, Fachärztliches Behandlungszentrum für Kinder und Jugend, Beratungsstelle für Rheumatologie“ in Krakau vom 13.6.2011 betreffend die laufende Behandlung der X. (inklusive beglaubigter Übersetzung aus dem Polnischen).

Mit Bescheid des Finanzamtes vom 22.2.2011 wurde der Antrag des Bw. auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für das Kind X. für den Zeitraum Jänner 2007 bis Dezember 2009 teilweise abgewiesen: Für das Jahr 2007 wurde die Familienbeihilfe lediglich für die Monate Juni und Dezember gewährt, nicht jedoch für die Zeiträume Jänner bis Mai

2007 und Juli bis November 2007. Für die Zeiträume Juni und Dezember 2007 sowie Jänner 2008 bis Dezember 2009 wurde der Anspruch des Bw. auf Gewährung der Familienbeihilfe anerkannt, jedoch wurde nicht die vom Bw. begehrte erhöhte Familienbeihilfe wegen erheblicher Behinderung des Kindes X. gewährt. Die Begründung dieses Bescheides lautet:

„Da Sie in den oben angeführten Monaten in Österreich keine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt haben bzw. keine Geldleistung infolge dieser Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit bezogen haben, bestand für diese Monate kein Anspruch auf Ausgleichszahlung. Aufgrund der vorgelegten Honorarnoten hatten Sie nur in den Monaten Juni 2007 und Dezember 2007 Honorareinnahmen. Zu X.: Gemäß § 8 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) gilt ein Kind als erheblich behindert, bei dem eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen oder psychischen Bereich oder in der Sinneswahrnehmung besteht. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von voraussichtlich mehr als drei Jahren. Der Grad der Behinderung muss mindestens 50% betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.“ Weiters ist in diesem Bescheid ausgeführt: *„Im Zuge dieser Erledigung erstellte das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen im Auftrag des Finanzamtes eine Bescheinigung über das Ausmaß der Behinderung, die zu Ihrer Information angeschlossen ist.“*

In der gegen den Bescheid vom 22.2.2011 eingebrachten Berufung vom 16.3.2011 (beim Finanzamt eingelangt am 22.3.2011) brachte der Bw. folgendes vor: Es stimme nicht, dass der Bw. in den Monaten Jänner bis Mai 2007 sowie Juli bis November 2007 keine Betriebseinnahmen gehabt habe. Es sei für diese Zeiträume keine Ruhendmeldung des Betriebes bei der zuständigen WKO angezeigt worden und die Sozialversicherungsbeiträge seien für das ganze Jahr 2007 entrichtet worden. Der Bw. sei in diesem Jahr ununterbrochen erwerbstätig gewesen, nur die Rechnungen seien in den erwähnten Monaten Juni und Dezember geschrieben worden. Außerdem sei das Erzielen von über € 6.000,00 in nur einem Monat Juni 2007 durch nur eine Person praktisch unmöglich und unrealistisch. Aufgrund der polnischen Gesetzeslage und nach einer ärztlichen Untersuchung des Kindes X. vom 6.12.2010 (Erstellung des Formulars E 407) sei durch polnische Begutachter entschieden worden, dass die Tochter nach wie vor zu den behinderten Personen zu rechnen sei. Es stimme nicht, dass sie „... voraussichtlich nicht dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.“ Das Gutachten des österreichischen Bundessozialamtes sei beim Besuch des Bw. in Polen am letzten Wochenende durch polnische Fachärzte, die solche Begutachtungen in Polen erstellten, zur Gänze bestritten worden. Das Kind sei laut deren Aussagen zumindest 50 % behindert und das auf Dauer von mehr als 3 Jahren und die Erkrankung (Osteoporose u.ä.) sei zumindest bis Ende des Jahres 2010 in gleichem Zustand

seit 2003 geblieben. Daher werde die Aufhebung des Abweisungsbescheides sowie die Gewährung der beantragten Differenzzahlungen samt erhöhter Familienbeihilfe für den betreffenden Zeitraum beantragt.

Die Berufung wurde mit Berufungsvorentscheidung des Finanzamtes vom 17.10.2011 als unbegründet abgewiesen. In der Begründung dieses Bescheides wurde dargelegt, dass der Bw. in den Zeiträumen Jänner bis Mai 2007 und Juli bis November 2007 keinerlei Einkünfte nachweisen habe können, weshalb für diese Zeiträume keine Beschäftigung oder selbständige Tätigkeit in Österreich angenommen werden könne. Zum Thema erhöhte Familienbeihilfe wurde dargelegt, dass die Anspruchsvoraussetzungen nicht gegeben seien, da in einem neuerliches Gutachten des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen vom 12.10.2011 wiederum nur ein Grad der Behinderung von 30% bescheinigt worden sei.

Der Bw. beantragte mit Schreiben vom 16.11.2011 die Vorlage der Berufung zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und brachte folgendes vor: Es stimme nicht, dass X. „... voraussichtlich nicht dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.“ Laut Begutachtung der polnischen Fachärzte, die das Kind seit ihrer Erkrankung ständig betreuten, würden die notwendigen Behandlungen und Therapien mehrere Jahre in Anspruch nehmen. Das neuerliche fachärztliche Sachverständigengutachten des österreichischen Bundessozialamtes vom 12.10.2011 (keine Änderung gegenüber dem Vorgutachten) sei durch polnische Fachärzte, die solche Begutachtungen in Polen erstellten, beim letzten Besuch in Polen wieder zur Gänze bestritten worden. In der Begründung führe das Finanzamt an, dass der Bw. in den Zeiträumen 01-05/2007 und 07-11/2007 keinerlei Einkünfte nachweisen könne bzw. keinerlei Honorarnoten für diese Zeit vorgelegt habe und dass daher für diesen Zeitraum keine Beschäftigung oder selbständige Tätigkeit angenommen werden könne. Es werde nochmals vorgebracht, dass der Bw. im gesamten Kalenderjahr 2007 seine Einkünfte aus Gewerbebetrieb durchgehend und ohne Unterbrechung (eine Ruhendmeldung des Betriebes sei nicht angezeigt worden) erzielt habe, die Pflichtversicherung für das gesamte Jahr bezahlt habe und in den restlichen Zeiträumen 06/2007 und 12/2007 (konkret am 10.6.2007, 28.6.2007 und 20.12.2007) die einzelnen Honorarnoten (Rechnungen) ausgestellt habe. Daher werde um antragsgemäße Erledigung ersucht.

Über die Berufung wurde erwogen:

I) Zum Berufungspunkt Anspruch auf Familienbeihilfe für die Zeiträume Jänner bis Mai 2007 und Juli bis November 2007:

Der Bw. wendet sich gegen die Nichtgewährung von Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für die Zeiträume Jänner bis Mai 2007 und Juli bis November 2007 für das in Polen bei seiner Ehegattin lebende Kind X..

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG), BGBl. Nr. 376/1967 in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung (BGBl. I Nr. 100/2005), haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§ 8 NAG regelt die verschiedenen Aufenthaltstitel, § 9 NAG iVm mit § 53 NAG die Ausstellung einer Anmeldebescheinigung für EWR- Bürger. Eine solche ist gemäß der letztgenannten Bestimmung dann auszustellen, wenn die Voraussetzungen gem. der §§ 51 NAG (Angehörigeneigenschaft) oder 52 NAG vorliegen. Demnach ist von der zuständigen Behörde das Vorliegen einer Krankenversicherung und ausreichender Existenzmittel zu prüfen. Zu beachten ist aber in diesem Zusammenhang die Übergangsbestimmung des § 81 Abs. 4 NAG, wonach für EWR-Bürger, die bereits vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen und gemeldet sind, die aufrechte Meldung nach dem Meldegesetz 1991 die Anmeldebescheinigung ersetzt. EWR Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen und sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, sind zufolge § 51 NAG zur Niederlassung berechtigt, wenn sie a) in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständiger sind; b) für sich und seine Familienangehörigen über eine ausreichende Krankenversicherung verfügen und nachweisen, dass sie über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes verfügen, sodass sie während ihres Aufenthaltes keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen, oder c) eine Ausbildung bei einer rechtlich anerkannten privaten oder öffentlichen Schule oder Bildungseinrichtung absolvieren und die Voraussetzungen der Z 2 erfüllen. Angehörige von freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern (§ 51 NAG), die selbst EWR-Bürger sind, sind gemäß § 53 Z 2 NAG neben anderen Genannten zur Niederlassung berechtigt, wenn sie Verwandter des EWR-Bürgers oder seines Ehegatten in gerader absteigender Linie bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres und darüber hinaus sind, sofern ihnen von diesen tatsächlich Unterhalt gewährt wird.

Daraus ergibt sich, dass ein rechtmäßiger Aufenthalt eines EU-Bürgers in Österreich nur dann vorliegt, wenn dieser eine der oben genannten Voraussetzungen erfüllt.

Im konkreten Fall ist jedoch gleichermaßen zu beachten, dass seit dem 1. Mai 2004, mit dem Beitritt Polens zur EU, auf polnische Staatsbürger die Verordnung (EWG) Nr. 1408 des Rates

vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern idgF grundsätzlich und ungeachtet allenfalls entgegenstehender inländischer Rechtsvorschriften anwendbar ist.

Gemäß Art 3 der VO (EWG) Nr. 1408/71 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nicht anderes vorsehen.

Der persönliche Geltungsbereich der Verordnung Nr 1408/71 ist in Artikel 2 definiert. Gemäß Artikel 2 Absatz 1 gilt die - als unmittelbares Recht anzuwendende - Verordnung Nr 1408/71 insbesondere für "Arbeitnehmer und Selbständige, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten".

Eine Leistung wie die Familienbeihilfe nach dem österr. FLAG ist eine Familienleistung iSv Art 4 Abs. 1 lit. h der VO (EWG) Nr 1408/71.

Da der Bw. als polnischer Staatsangehöriger in Folge des Beitrittes Polens zur europäischen Union vom persönlichen Geltungsbereich der genannten Verordnung erfasst ist, kann er somit grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen auch für Kinder erlangen, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten.

Faktum ist, dass im Fall des Bw. vom Finanzamt die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit in Österreich im Jahr 2007 für die Zeiträume Juni und Dezember anerkannt wurde. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass man von Scheinselbständigkeit ausgegangen wäre und als Konsequenz einer solchen Beurteilung eine der Bewilligungspflicht nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz unterworfenen Beschäftigung (Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis) angenommen hätte.

Angesichts der Tatsache, dass sich die Entscheidungsbefugnis des Unabhängigen Finanzsenates auf die berufsgegenständlichen Zeiträume Jänner bis Mai 2007 und Juli bis Dezember 2007 beschränkt, ist hinsichtlich der Art der Tätigkeit an die vom Finanzamt für die Zeiträume Juni und Dezember 2007 getroffene Beurteilung anzuknüpfen.

Der Antrag des Bw. auf Gewährung der Familienbeihilfe wurde für die Zeiträume Jänner bis Mai 2007 und Juli bis November 2007 deshalb abgewiesen, weil nach Ansicht des Finanzamtes davon auszugehen sei, dass der Bw. tatsächlich nur in den Monaten Juni und Dezember 2007 (für welche ihm die Familienbeihilfe gewährt wurde) in Österreich eine selbständige Tätigkeit

ausgeübt habe, was auch daran ersichtlich sei, dass er für die übrigen Zeiträume (Jänner bis Mai 2007 und Juli bis November 2007) keinerlei Einkünfte nachweisen habe können.

Der Bw. tritt dieser Beurteilung des Finanzamtes entgegen und argumentiert, dass er im Jahr 2007 ohne Unterbrechung in Österreich selbständig erwerbstätig gewesen sei.

Insoweit sich der Bw. darauf beruft, dass es keine Ruhendmeldung des Betriebes im Jahr 2007 gegeben habe und dass er die Sozialversicherungsbeiträge für das ganze Jahr 2007 entrichtet habe (was durch die Bestätigung der Sozialversicherungsanstalt vom 16.7.2010 nachgewiesen wurde), ist ihm zu entgegen, dass die Inanspruchnahme dieser Gestaltungsmöglichkeiten zur Begründung eines Anspruches auf Gewährung der Familienbeihilfe in Österreich nicht als ausreichend angesehen werden kann. Die Anmeldung eines Gewerbes und die Anmeldung zur Sozialversicherung stellen lediglich Indizien für die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit in Österreich dar. Es handelt sich zweifellos um den äußeren Anschein der Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit erzeugende Phänomene, aus denen jedoch kein Erkenntnisgewinn für eine verlässliche Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse gewonnen werden kann. Im Interesse der Verhinderung missbräuchlicher Praktiken zur Erlangung von Familienleistungen durch Staatsangehörige anderer Staaten kann eine Zuerkennung von Familienleistungen für nicht in Österreich lebende Kinder allein aufgrund solcher Indizien nicht als zulässig erachtet werden. Daher wurde vom Finanzamt zu Recht die Erbringung entsprechender Nachweise über die tatsächliche Ausübung einer selbständigen Tätigkeit in Österreich durch den Bw. verlangt.

Die rechtliche Beurteilung der strittigen Frage hat unter Zugrundelegung sämtlicher vorliegenden Fakten zu erfolgen. Um den Verhältnissen im konkreten Fall sachgerecht Rechnung tragen zu können, ist daher eine Auseinandersetzung mit den Inhalten der vom Bw. beigebrachten Unterlagen erforderlich.

Die drei mit der Y-GmbH abgeschlossenen Werkverträge betreffend die Durchführung diverser Sanierungsarbeiten im Wiener Hotel A. durch den Bw. sind mit 8.6.2007, 2.7.2007 und 17.8.2007 datiert. Nach den Inhalten dieser Werkverträge hatte der Bw. Sanierungsarbeiten in konkret bezeichneten Hotelzimmern und im Keller des Hotels auszuführen, wofür jeweils eine pauschale Entlohnung vereinbart war, und zwar € 3.340,00 gemäß Vertrag vom 8.6.2007, € 2.900,00 gemäß Vertrag vom 2.7.2007 und € 3.500,00 gemäß Vertrag vom 17.8.2007. Die vereinbarte Zahlungsmodalität war nach den Verträgen vom 2.7.2007 und vom 17.8.2007: *„Der Betrag kommt mit Abschluss der Arbeiten zur Auszahlung.“* Im Vertrag vom 8.6.2007 war vereinbart: *„Es wurde eine Anzahlung in Höhe von Euro 1.710,-- vereinbart. Der Restbetrag kommt mit Abschluss der Arbeiten zur Auszahlung.“*

Aufgrund dieser Vereinbarungen betreffend die Zahlungsmodalitäten und im Hinblick auf die Tatsache, dass weder in den Werkverträgen noch in den vom Bw. ausgestellten Rechnungen Angaben über Leistungszeiträume enthalten sind, ist anzunehmen, dass die Rechnungen nach Abschluss der Arbeiten ausgestellt wurden, was im Übrigen auch der allgemein üblichen Praxis entspricht.

Die vier vom Bw. im Jahr 2007 auf Basis der drei Werkverträge ausgestellten Rechnungen im Gesamtbetrag von € 9.740,00 (Rechnung vom 10.6.2007 über € 1.630,00, Rechnung vom 28.6.2007 über € 1.710,00, Rechnung vom 28.6.2007 über € 2.900,00, Rechnung vom 20.12.2007 über € 3.500,00) machen somit anschaulich, dass der Bw. die vereinbarten Arbeitsleistungen in den Monaten Juni und Dezember 2007 ausführte.

Die Tatsachen, dass der erste Werkvertrag erst am 8.6.2007 abgeschlossen wurde und dass für den Zeitraum Jänner bis Mai 2007 keinerlei Nachweise für die Entfaltung konkreter wirtschaftlicher Aktivitäten (Erbringung von Arbeitsleistungen bzw. Anwerben von Kunden) erbracht wurden, führen zur Überzeugung, dass vom Bw. in diesem Zeitraum tatsächlich keine Erwerbstätigkeit in Österreich ausgeübt wurde.

Der am 2.7.2007 abgeschlossene zweite Werkvertrag wurde offenbar erst abgeschlossen, nachdem die Arbeiten im Juni 2007 bereits durchgeführt waren, da die diesbezügliche Rechnung über € 2.900,00 vom Bw. bereits am 28.6.2007 gelegt wurde und im Werkvertrag die Auszahlung bei Abschluss der Arbeiten vereinbart war.

Im Hinblick auf die Werkverträge vom 8.6.2007 und 2.7.2007 ergibt sich somit aus den vom Bw. vorgelegten Unterlagen, dass die darin vereinbarten Arbeiten im Monat Juni durchgeführt wurden. Das Berufungsvorbringen, dass die Erzielung von Einnahmen von über € 6.000,00 in nur einem Monat unmöglich wäre, erscheint unter Bedachtnahme auf die realen Gegebenheiten (üblicherweise für derartige Tätigkeiten zu bezahlende Preise) als unglaublich. Nach allgemeiner Erfahrung ist es für gut qualifizierte und fleißige Werkunternehmer aus anderen Staaten trotz des gehäuft auftretens von billigen Arbeitskräften am österreichischen Markt sehr wohl möglich, eine leistungsgerechte Bezahlung zu erhalten.

Da für die Preisgestaltung im Einzelfall aber letztendlich immer auch individuelle Faktoren maßgeblich sind, ist einzuräumen, dass der monetäre Aspekt keine verlässliche Beurteilungsgrundlage bilden kann.

Aus diesem Grund ist im konkreten Fall das Augenmerk auf den zeitlichen Aspekt zu richten, d.h. es ist der Frage nachzugehen, ob die in den Werkverträgen vom 8.6.2007 und 2.7.2007

vereinbarten Leistungen von einer Arbeitskraft in einem Monat überhaupt erbracht werden konnten.

Nach der Leistungsbeschreibung im Werkvertrag vom 8.6.2007 waren folgende Arbeiten in den Zimmern 23 und 28 des Hotels auszuführen: *„Vorbereiten des Zimmers fürs Ausmalen, das heißt alle Möbel aus dem Zimmer räumen sowie sorgfältiges Abkleben. Ausmalen des Zimmers nach den Vorgaben des Auftraggebers. Ausbrechen der alten Duschtasse. Solide Montage einer neuen Duschtasse. Sorgfältiges Neuverfliesen der beschädigten Fliesen sowie Silikonieren aller Kanten.“* Nach der Leistungsbeschreibung im Werkvertrag vom 2.7.2007 waren folgende Arbeiten im Zimmer 22 und im Keller des Hotels auszuführen: *„Vorbereiten des Zimmers fürs Ausmalen, das heißt alle Möbel aus dem Zimmer räumen sowie sorgfältiges Abkleben. Ausmalen des Zimmers nach den Vorgaben des Auftraggebers. Ausbrechen der alten Duschtasse. Solide Montage einer neuen Duschtasse. Sorgfältiges Neuverfliesen der beschädigten Fliesen sowie Silikonieren aller Kanten. Schäden am Verputz und an der Farbe die im Bereich des Kellers (vor den Naßräumen und im Lager) sind zu verspachteln und anschließend auszumalen.“*

Nach der Lebenserfahrung benötigt eine auch nur einigermaßen tüchtige Arbeitskraft die in den Leistungsbeschreibungen der Werkverträge angeführten Sanierungsarbeiten in einem Hotelzimmer maximal fünf Tage. Daher ist anzunehmen, dass die vertragsgemäße Sanierung von drei Zimmern (Zimmer 23 und 28 gemäß Werkvertrag vom 8.6.2007 sowie Zimmer 22 gemäß Werkvertrag vom 2.7.2007) vom Bw. in fünfzehn Tagen bewerkstelligt wurde. Dass für die im Werkvertrag vom 2.7.2007 zusätzlich vereinbarten Sanierungsarbeiten im Keller des Hotels ein größerer Zeitaufwand erforderlich gewesen wäre, ist nicht anzunehmen, da die in diesem Werkvertrag vereinbarte pauschale Entlohnung für die Sanierung eines Zimmers und des Kellers mit € 2.900,00 geringer war als die im Werkvertrag vom 8.6.2007 vereinbarte pauschale Entlohnung von € 3.340,00 für die Sanierung von zwei Zimmern.

Das Vorbringen des Bw., dass die Erzielung von Einnahmen von über € 6.000,00 in nur einem Monat unmöglich wäre, erweist sich somit eindeutig als Zweckbehauptung.

Die Betrachtung der Sachverhaltselemente im Kontext führt zur Überzeugung, dass die gemäß den Werkverträgen vom 8.6.2007 und 2.7.2007 zu leistenden Arbeiten vom Bw. im Monat Juni 2007 durchgeführt wurden.

Für die im dritten Werkvertrag vom 17.8.2007 vereinbarten Arbeiten wurde die Rechnung über € 3.500,00 erst am 20.12.2007 gelegt. Allerdings kann aus dieser Zeitspanne zwischen Abschluss des Werkvertrages und Ausstellung der Rechnung nicht geschlossen werden, dass der Bw. in diesem gesamten Zeitraum mit der Durchführung der vereinbarten

Arbeitsleistungen beschäftigt gewesen wäre. Nach der Leistungsbeschreibung im Werkvertrag vom 17.8.2007 waren folgende Arbeiten im Zimmer 25 des Hotels auszuführen: *„Vorbereiten des Zimmers fürs Ausmalen, das heißt alle Möbel aus dem Zimmer räumen sowie sorgfältiges Abkleben. Ausmalen des Zimmers nach den Vorgaben des Auftraggebers. Ausbrechen der alten Duschtasse. Solide Montage einer neuen Duschtasse. Sorgfältiges Neuverfliesen der beschädigten Fliesen sowie Silikonierung aller Kanten. In allen Zimmern des Vordertrakts sind neue Vorhangstangen anzubringen und die alten auszutauschen.“*

Wie bereits oben ausgeführt wurde, kann nach der Lebenserfahrung keinesfalls angenommen werden, dass der Bw. für die Durchführung der betreffenden Sanierungsarbeiten in einem Zimmer und den Austausch von Vorhangstangen in allen Zimmern des Hotels von August bis Dezember 2007 gebraucht haben könnte. Vielmehr sprechen die Umstände dafür, dass die im Werkvertrag vom 17.8.2007 vereinbarten Arbeitsleistungen vom Bw. erst im Monat der Rechnungslegung, somit im Dezember 2007 durchgeführt wurden.

Der in der vom Bw. vorgelegten Einnahmen-Ausgabenrechnung für das Jahr 2007 ausgewiesene Betrag an Einnahmen ist € 9.740,00, was exakt der Summe der in den drei Werkverträgen vereinbarten Entgelte entspricht. Demnach ist nicht zu bezweifeln, dass der Bw. im Jahr 2007 keine anderen zu Einnahmen führenden Arbeitsaufträge in Österreich hatte.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass aufgrund der Inhalte der vorliegenden Unterlagen davon ausgegangen werden muss, dass vom Bw. in den Zeiträumen Jänner bis Mai 2007 und Juli bis November 2007 keine selbständige Tätigkeit in Österreich ausgeübt wurde.

Daher ist der angefochtene Bescheid, mit welchem der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für diese Zeiträume vom Finanzamt abgewiesen wurde, mit keiner Rechtswidrigkeit behaftet.

II) Zum Berufungspunkt erhöhte Familienbeihilfe:

Der Bw. wendet sich gegen die Abweisung seines Antrages auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe wegen erheblicher körperlicher Behinderung des Kindes X..

Gemäß § 8 Abs. 4 FLAG idgF erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes Kind, das erheblich behindert ist, ab 1.1.2003 monatlich um € 138,30.

In § 8 Abs. 5 FLAG ist angeordnet: *„Als erheblich behindert gilt ein Kind, bei dem eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen oder psychischen Bereich oder in der Sinneswahrnehmung besteht. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von voraussichtlich mehr als drei Jahren. Der Grad der Behinderung muß mindestens 50 vH betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich*

dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Für die Einschätzung des Grades der Behinderung sind § 14 Abs. 3 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970, in der jeweils geltenden Fassung, und die Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung) vom 18. August 2010, BGBl. II Nr. 261/2010, in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden. Die erhebliche Behinderung ist spätestens nach fünf Jahren neu festzustellen, soweit nicht Art und Umfang eine Änderung ausschließen.

In § 8 Abs. 6 FLAG ist angeordnet: *„Der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, ist durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen. Die diesbezüglichen Kosten sind aus Mitteln des Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen zu ersetzen.*

Das Kind X. wurde am 7.2.2011 im Bundessozialamt Wien ärztlich untersucht. Nach dem vorliegenden Gutachten, erstellt am 12.2.2011, vom leitenden Arzt approbiert am 14.2.2011, wurde ein Grad der Behinderung von 30 vH festgestellt. Die wesentlichen Textpassagen dieses Gutachtens lauten: *„Diagnose(n): idiopathische juvenile Osteoporose ... Rahmensatzbegründung: g.Z. da Zustand nach pathologischer Fraktur und geringe Skoliose, unterer Rahmensatz, da Alltagsfunktionen nur gering eingeschränkt ... Gesamtgrad der Behinderung: 30 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend. Der (Die) Untersuchte ist voraussichtlich n i c h t dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.“*

Nach diesem Gutachten sind die nach der oben dargestellten Rechtslage erforderlichen Voraussetzungen für die Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe für das Kind X. eindeutig nicht gegeben. Nach ärztlicher Feststellung besteht weder ein Grad der Behinderung von mindestens 50 vH noch ist von einer voraussichtlich dauernden Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, auszugehen.

In einem weiteren, vom Finanzamt eingeholten ärztlichen Sachverständigengutachten des Bundessozialamtes Wien vom 13.10.2011, erstellt nach Untersuchung der X. am 12.10.2011, wurde keine Veränderung zum Vorgutachten festgestellt. In diesem Gutachten ist festgehalten: *„Es können keine Befunde beigebracht werden, die eine Verschlechterung glaubhaft machen, es wird kein Skoliosemieder getragen, das zu einer zusätzlichen Einschränkung führen würde.“*

Da die Finanzverwaltung das auf dem österreichischen Staatsgebiet geltende Recht anzuwenden hat und in § 8 Abs. 6 FLAG 1967 die Feststellung des Grades der Behinderung

oder der voraussichtlich dauernden Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, durch das Bundessozialamt zwingend vorgesehen ist, müssen die von dieser Behörde erstellten Gutachten bei der Beurteilung des Antrages auf erhöhte Familienbeihilfe als verbindliche Grundlage herangezogen werden.

Insoweit der Bw. diese Gutachten des Bundessozialamtes kritisiert und sich dabei auf Aussagen polnischer Ärzte beruft, ist festzustellen, dass diese nicht durch entsprechende Unterlagen unterstützten Vorbringen des Bw. nicht geeignet sind, berechtigte Zweifel an der Schlüssigkeit und/oder Vollständigkeit der Gutachten aufkommen zu lassen.

Die vom Bw. vorgelegten Unterlagen betreffend den körperlichen Zustand des Kindes X. sind im Sachverhaltsteil dieser Entscheidung aufgelistet. Die Auseinandersetzung mit den Inhalten dieser von öffentlichen Einrichtungen in Polen ausgefertigten Dokumente macht deutlich, dass es sich bei den vom Bw. vorgebrachten Argumenten ausnahmslos um Zweckbehauptungen handelt. Dies deshalb, da sich auch aus den in Polen erstellten ärztlichen Befunden keine Anhaltspunkte ergeben, anhand derer die Annahme eines Grades der Behinderung von mindestens 50 vH bzw. die voraussichtliche dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, als gerechtfertigt erscheinen könnte.

Ergänzend ist zu erwähnen, dass ebenso aus der am 13.6.2011 offensichtlich von einer privaten Einrichtung nämlich der „Nicht Öffentlichen Gesundheitsfürsorgeanstalt, Fachärztliches Behandlungszentrum für Kinder und Jugend, Beratungsstelle für Rheumatologie“ in Krakau ausgestellten Bestätigung weder ein Behinderungsgrad von 50 vH noch eine negative Prognose hinsichtlich der künftigen Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes entnommen werden kann.

In dieser Bestätigung ist betreffend der X. lediglich ausgeführt: „ ... wird seit dem 06.2003 bis laufend in der hiesigen Beratungsstelle wegen idiopathischer juveniler Osteoporose mit einer Kompressionsfraktur Th 12 behandelt. Geringe Verbesserung der Knochendichte (Messung 06.2010 Z-Wert 75 % = -2,97). Die Behandlung der Obengenannten erfordert mindestens einige Jahre. "

Abschließend wird darauf hingewiesen, dass nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung für die Abgabenbehörde zweiter Instanz kein Grund besteht, neuerlich ein Sachverständigengutachten einzuholen, wenn von der Abgabenbehörde erster Instanz bereits ein Sachverständigengutachten eingeholt wurde, sich dieses als schlüssig und vollständig erweist und der Berufungswerber nichts Substantiiertes einwendet (vgl. VwGH 26.05.2011, 2011/16/0059).

Aus den dargelegten Gründen kann dem Berufungsbegehren auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe für das Kind X. nicht entsprochen werden.

Daher war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 18. Jänner 2012