



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 2. August 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 12. Juli 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder A1, B1 und C2, entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Strittig ist die Anspruchsberechtigung des Berufungswerbers (Bw.) auf Familienbeihilfe für seine Kinder ABC.

Der Bw. stellte am 11. April 2006 für seine drei o.a. Kinder, einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe mit Bescheid vom 12. Juli 2006 ab und begründet dies wie folgt:

- Gem. Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der Sozialen Sicherheit auf Wanderarbeiter und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 bestehe grundsätzlich Anspruch für Familienleistung im "Beschäftigungsland" auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten.
- Das Anmelden eines Gewerbescheines ist noch nicht gleichbedeutend mit Ausübung einer selbständigen Tätigkeit. Vielmehr ist eine Reihe von Kriterien heranzuziehen, die die

ausgeübte Tätigkeit als selbständiges Gewerbe untermauern.

Beim Bw. könne eine selbständige Tätigkeit nicht angenommen werden, da nicht eindeutig eine unselbständige Tätigkeit ausgegrenzt werden kann.

- Da der Bw. als neuer EU-Bürger innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt habe, sei der Antrag abzuweisen gewesen.

Der Bw. erhob am 2. August 2008 gegen den o.a. Bescheid Berufung und führt im Wesentlichen aus:

Der Bw. habe vor einem Jahr seine selbständige Tätigkeit legal und korrekt angefangen. Er habe von der Behörde Gewerbescheine ausgestellt bekommen.

Als selbständiger Unternehmer habe er zahlreiche Aufträge von privaten Kunden oder Unternehmen ausgeführt und Rechnungen ausgestellt.

Er habe auch für das Jahr 2006 eine Umsatz- und Einkommensteuererklärung abgegeben. Weiters habe er regelmäßig die SVA-Beiträge bezahlt.

Es läge somit keine "Umgehung" des Ausländerbeschäftigungsgesetzes vor.

Der Bw. sei auch mehrmals von Finanzbeamten kontrolliert worden.

Er stelle somit den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine drei Kinder ab dem Jahre 2005.

Das Finanzamt wies die Berufung mittels Berufungsvorentscheidung vom 18. Juli 2007 als unbegründet ab und begründete dies u.a. wie folgt:

- Im gegenständlichen Fall sei davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit des Bw. nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische Beschäftigung als Hilfsarbeiter auf einer Baustelle darstelle.
Es ergebe sich aus dem Gesamtbild des Ganzen, dass der Bw. dem Auftraggeber nicht ein Werk, sondern – wie ein Dienstnehmer – die Arbeitskraft schulde bzw. dass er dem Willen des Auftraggebers in gleicher Weise unterliege, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall sei.
- Die Berufung sei abzuweisen, da die Tätigkeit des Bw. als unselbständige Tätigkeit zu werten sei und eine diesbezügliche Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz nicht nachgewiesen habe werden können.

Der Bw. stellte daraufhin gegen den o.a. Bescheid einen Vorlageantrag an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führt ergänzend aus:

Es sei richtig, dass das Anmelden eines Gewerbescheines nicht gleichbedeutend mit der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit sei.

Man dürfe aber nicht jeden polnischen Bürger nach der Mehrheit schätzen.

Der Bw. übe keine Hilfsarbeiter-Tätigkeit aus, da er sich alleine um die Aufträge kümmern müsse und selbst die Steuer-, Versicherungs-, Werkzeug- und Materialkosten trage.

Nur als Selbständiger habe er zu gleicher Zeit für drei bis vier verschiedene Auftraggeber Leistungen erbringen können.

In der Stellungnahme vom 19. August 2008 des Bw. zum Vorhalt der Abgabenbehörde zweiter Instanz wird folgendermaßen ausgeführt:

Beantragt werde die Familienbeihilfe für seine o.a. Kinder ab September 2005.

Der Bw. habe seine Aufträge meistens von Inseraten in öffentlichen Stellen (Supermärkte, Baumärkte) oder über Mundpropaganda erhalten.

Die Buchhaltung sei im Jahre 2005 von der Fa. K und seit 2006 von Frau L erstellt worden.

Die Zahlungen seien meist bar durchgeführt worden.

Die Auftraggeber seien im Jahre 2005 die Fa. V, W und X, im Jahre 2006 die Fa. W und Y. und im Jahre 2007 die Fa. W, Herr Z1, Herr Z2 und Herr Z3 gewesen.

Die vertraglichen Leistungen seien meistens anhand beidseitiger Besprechung festgelegt worden. Der Bw. habe meistens die Preise und Ausführungszeiten bestimmt und der Kunde stellte die gewünschte Leistung fest.

Das Entgelt sei immer als Pauschale abgerechnet worden.

Der Bw. habe stets alleine gearbeitet, seine Leistung sei am Ende der Arbeiten vom Auftraggeber kontrolliert worden. Kleinmaterial habe der Bw. selbst beigestellt.

Der Bw. könne auch seine Arbeitszeit frei einteilen.

Letztlich trage der Bw. auch das Haftungs- und Gewährleistungsrisiko.

Um eine Beschäftigungsbewilligung habe der Bw. bis dato nicht angesucht.

Die Abgabenbehörde zweiter Instanz setzte daraufhin das Verfahren gem. § 281 in Verbindung mit [§ 282 BAO](#) bis zur Beendigung des beim Verwaltungsgerichtshof zur Zl. 2007/13/0101 schwebenden Verfahrens aus.

Mit Schriftsatz vom 6. Dezember 2010 wurde dem Bw. mitgeteilt (unter Beilage der VwGH-Erkenntnisse vom 29.9.2010 zu den Zlen. 2007/13/0101 und 2008/13/0160, dass das ausgesetzte Rechtsmittelverfahren wieder fortgesetzt werde. Dieser beim Postamt hinterlegte Schriftsatz wurde jedoch vom Bw. nicht behoben.

In seiner ausführlichen Stellungnahme zur jüngsten Judikatur des VwGH vom 29.9.2010, [2008/13/0160](#), führt das Finanzamt aus, dass die VO (EWG) Nr. 1408/71 im gegenständlichen Fall keine Anwendung finde, da der VO u.a. nicht unterstellt werden könne, dass entgegen den Ausnahmen von der Freizügigkeit beschäftigte Personen jenen gleichgestellt werden sollten, die sich rechtstreu verhielten.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgendes Verwaltungsgeschehen wurde als erwiesen angenommen und der Entscheidung zu Grunde

gelegt und ist den vorgelegten Unterlagen zu entnehmen:

Der Bw. stellte am 11. April 2006 für seine o.a. drei Kinder einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum ab 28. Oktober 2004.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe mit Bescheid vom 12. Juli 2006, ohne Festlegung für welchen Zeitraum der Bescheid gelten sollte, ab.

[§ 2 lit. a BAO](#) normiert:

Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten, soweit sie hierauf nicht unmittelbar anwendbar sind und nicht anderes bestimmt ist, sinngemäß in Angelegenheiten

a) der von den Abgabenbehörden des Bundes zuzuerkennenden oder rückzufordernden bundesrechtlich geregelten

1. Beihilfen aller Art und

2. Erstattungen, Vergütungen und Abgeltungen von Abgaben und Beiträgen.

[§ 92 BAO](#) normiert:

(1) Erledigungen einer Abgabenbehörde sind als Bescheide zu erlassen, wenn sie für einzelne Personen

a) Rechte oder Pflichten begründen, abändern oder aufheben, oder

b) abgabenrechtlich bedeutsame Tatsachen feststellen, oder

c) über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses absprechen.

(2) Bescheide bedürfen der Schriftform, wenn nicht die Abgabenvorschriften die mündliche Form vorschreiben oder gestatten.

[§ 93 BAO](#) normiert:

(1) Für schriftliche Bescheide gelten außer den ihren Inhalt betreffenden besonderen Vorschriften die Bestimmungen der Abs. 2 bis 6, wenn nicht nach gesetzlicher Anordnung die öffentliche Bekanntmachung oder die Auflegung von Listen genügt.

(2) Jeder Bescheid ist ausdrücklich als solcher zu bezeichnen, er hat den Spruch zu enthalten und in diesem die Person (Personenvereinigung, Personengemeinschaft) zu nennen, an die er geht.

(3) Der Bescheid hat ferner zu enthalten

a) eine Begründung, wenn ihm ein Anbringen (§ 85 Abs. 1 oder 3) zugrunde liegt, dem nicht vollinhaltlich Rechnung getragen wird, oder wenn er von Amts wegen erlassen wird;

b) eine Belehrung, ob ein Rechtsmittel zulässig ist, innerhalb welcher Frist und bei welcher Behörde das Rechtsmittel einzubringen ist, ferner, dass das Rechtsmittel begründet werden muss und dass ihm eine aufschiebende Wirkung nicht zukommt (§ 254).

- (4) Enthält der Bescheid keine Rechtsmittelbelehrung oder keine Angabe über die Rechtsmittelfrist oder erklärt er zu Unrecht ein Rechtsmittel für unzulässig, so wird die Rechtsmittelfrist nicht in Lauf gesetzt.
- (5) Ist in dem Bescheid eine kürzere oder längere als die gesetzliche Frist angegeben, so gilt das innerhalb der gesetzlichen oder der angegebenen längeren Frist eingebrachte Rechtsmittel als rechtzeitig erhoben.
- (6) Enthält der Bescheid keine oder eine unrichtige Angabe über die Abgabenbehörde, bei welcher das Rechtsmittel einzubringen ist, so ist das Rechtsmittel richtig eingebracht, wenn es bei der Abgabenbehörde, die den Bescheid ausgefertigt hat, oder bei der angegebenen Abgabenbehörde eingebracht wurde.

[§ 10 FLAG 1967](#) normiert:

- (1) Die Familienbeihilfe wird nur auf Antrag gewährt; die Erhöhung der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) ist besonders zu beantragen.
- (2) Die Familienbeihilfe wird 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 Ausschlussgrund hinzukommt.
- (3) Die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) werden höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. In Bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist [§ 209 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961](#), anzuwenden.
- (4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.
- (5) Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, bedürfen zur Geltendmachung des Anspruches auf die Familienbeihilfe und zur Empfangnahme der Familienbeihilfe nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

[§ 13 FLAG 1967](#) normiert:

Über Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe hat das nach dem Wohnsitz oder dem gewöhnlichen Aufenthalt der antragstellenden Person zuständige Finanzamt zu entscheiden. Insoweit einem Antrag nicht oder nicht vollinhaltlich stattzugeben ist, ist ein Bescheid zu erlassen.

Gem. Erkenntnis des VwGH vom 24.6.2010, [2009/16/0127](#), ist die Frage, ob für einen bestimmten Anspruchszeitraum FB zusteht, anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum ist der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruchs für ein Kind kann somit von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein.

Da der bekämpfte Bescheid vom 12. Juli 2006 nicht festlegt über welchen konkreten Zeitraum bzw. ab welchen Monat abgesprochen wird, und eine generelle Versagung des Gewährens von FB gesetzlich nicht gedeckt ist, war dieser aufzuheben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 3. Februar 2011