



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

---

Außenstelle Wien  
Senat 1

GZ. RV/1779-W/06

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 29. Mai 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf vom 3. Mai 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der **Differenzzahlung hinsichtlich Familienbeihilfe für Dezember 2004** entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

## Entscheidungsgründe

Am 3.5.2006 erging seitens des Finanzamtes ein Abweisungsbescheid hinsichtlich des Antrages des Bw. vom 1.9.2005 auf Gewährung einer Differenzzahlung für Dezember 2004 (Bl. 53 / Familienbeihilfen [FB]-Akt).

Der vom Bw. durch Berufung angefochtene Bescheid (Bl. 53 / FB-Akt) betrifft lediglich den Zeitraum Dezember 2004. In der Folge bezeichnet der Bw. auch die diesbezügliche Berufung dahingehend, als er ausführt, er berufe gegen den Abweisungsbescheid betreffend Familienbeihilfenantrag hinsichtlich des Jahres 2004 (Anmerkung: Antrag auf Familienbeihilfe/Differenzzahlung erst für Dezember 2004).

### **Der berufungsgegenständliche Abweisungsbescheid betreffend den Antrag auf Gewährung von Differenzzahlung betreffend die Familienbeihilfe für Dezember 2004 wurde begründet wie folgt:**

Gemäß der 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 besteht grundsätzlich Anspruch für Familienleistung im „Beschäftigungsland“ auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten.

Die vom Bw. in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit stelle eine Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes dar. Aufgrund von umfangreichen Ermittlungen der Finanzverwaltung sei diese Tätigkeit als Dienstverhältnis zu beurteilen. Als neuer EU-Bürger habe der Bw. innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt. Die obige Verordnung sei gegenständlich nicht anwendbar.

### **Gegen diesen Bescheid erhob der Bw. Berufung und begründete diese wie folgt:**

Gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 für Selbständige, deren Familienangehörige sich innerhalb der Europäische Gemeinschaft ständig aufhalten, besteht ein Anspruch für Familienleistung im Beschäftigungsland.

Der Bw. sei seit 2004 in Österreich selbständig.

Es sei ihm nicht bekannt, aus welchem Grund die Finanzverwaltung festgestellt habe, das er kein Selbständiger sei. Er trage selber sämtliche Steuer-, Versicherungs-, Werkzeugs- und jegliche anfallenden Kosten, die mit seinem Betrieb verbunden seien.

Weiters ersuche er um eine Begründung und Erklärung, anhand welcher Gegebenheiten festgestellt worden sei, dass er nicht selbständig tätig sei.

**In der abweisende Berufungsvorentscheidung wurde Folgendes als Begründung ausgeführt:**

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

*Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedsstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten wird im § 32a Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs 2 lit 1 AuslBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (dh bis maximal 30.4.2011) weiterhin dem AuslBG.*

*Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.*

*Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des AuslBG lauten:*

*"Begriffsbestimmungen*

*§ 2 (2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung*

*a) in einem Arbeitsverhältnis,*

*b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,*

*c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs 5,*

d) nach den Bestimmungen des § 18 oder

e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes.

(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

§ 3 (2) Ein Ausländer darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, eine Beschäftigung nur antreten und ausüben, wenn für ihn eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn er eine für die Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt."

Gemäß § 47 (2) EStG 1988 liegt ein Dienstverhältnis vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet.

Dies ist der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht, oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist. Nach gängiger Rechtsprechung ist bei der Beurteilung, ob ein steuerliches Dienstverhältnis besteht, vom tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt der Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern auszugehen. Maßgebend sind weder die Bezeichnung noch subjektive Gesichtspunkte, sondern ausschließlich die objektiven Umstände.

Die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus ist im Sinne einer Abhängigkeit vom Auftraggeber zu verstehen. Sie zeigt sich u.a. in der Vorgabe von Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsmittel durch den Auftraggeber sowie die unmittelbare Einbindung der Tätigkeit in betriebliche Abläufe des Arbeitgebers. Ein Tätigwerden nach den jeweiligen zeitlichen Gegebenheiten bringt eine Eingliederung in den Unternehmensorganismus zum Ausdruck, was dem Vorliegen eines Werkverhältnisses zuwider läuft.

Eine Entlohnung, die sich ausschließlich am wirtschaftlichen Erfolg bzw. Arbeitsergebnis orientiert, ist für einen Arbeitnehmer eher selten, kommt aber im Wirtschaftsleben vor. Sie begründet dann kein Unternehmerwagnis, wenn die mit der Tätigkeit verbundenen Kosten unmittelbar vom Auftraggeber getragen werden, und wenn diesem gegenüber ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis besteht.

Das an sich für eine selbständig ausgeübte Tätigkeit sprechende Merkmal des Unternehmerrisikos kann in gewissem Maße auch auf Dienstverhältnisse zutreffen, etwa wenn der Arbeitnehmer in Form von Provisionen oder Umsatzbeteiligungen am wirtschaftlichen Erfolg seines Arbeitgebers beteiligt ist.

*Eine Kontrolle des Auftraggebers hinsichtlich Art, Ort und Zeit der Beschäftigung spricht für Nichtselbständigkeit.*

*Wenn ein Auftragnehmer sich bei seiner Arbeitsleistung vertreten lassen kann und das Bestimmungsrecht darüber nicht dem Auftraggeber zusteht, sondern im Belieben des Auftragnehmers liegt, ist in der Regel ein Werkvertragsverhältnis anzunehmen. Allerdings ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise darauf Bedacht zu nehmen, dass es sich bei der Vertretungsmöglichkeit nicht bloß um eine formale Vereinbarung, sondern um eine der üblichen Gestaltung im Wirtschaftsleben entsprechende tatsächliche Vertretungsmöglichkeit handeln muss.*

*Im vorliegenden Fall ist aus nachstehenden Erwägungen davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit des Bw. nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische unselbständige Beschäftigung als Arbeiter auf einer Baustelle darstellt:*

*Es gibt keine schriftlichen Verträge zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber*

*Die zu erbringenden Leistungen (durchzuführenden Hilfsarbeiten) und der Arbeitsort (Baustelle) werden offenbar (ausschließlich) vom Auftraggeber festgelegt.*

*Das zu verarbeitende Material wird vom Auftraggeber zu Verfügung gestellt.*

*Den vorgelegten Honorarnoten ist zu entnehmen, dass der Auftragnehmer für seine Leistungen ein Stundenentgelt gegenüber seinem Auftraggeber fakturiert.*

*Dass eine Vertretungsmöglichkeit bestehen würde, wird lediglich behauptet.*

*Es liegen keine Anhaltspunkte für das Bestehen einer Unternehmensorganisation vor (die 2005 angefallenen – geringen – Telefonkosten entsprechen nicht dem üblichen Aufwand eines Betriebes).*

*Der Standort des angemeldeten Gewerbes ist die nur die 28m<sup>2</sup> große Wohnung des Auftragnehmers*

*Aus dem Gesamtbild des vorliegenden, insbesondere an Hand des Fragenkataloges und der vorliegenden Unterlagen ermittelten Sachverhaltes gehe nach Ansicht des Finanzamtes eindeutig hervor, dass der Bw. nicht ein Werk, sondern – wie ein Dienstnehmer – seine Arbeitskraft schulde bzw. dass der Bw. dem Willen des Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen sei, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall sei.*

*Es sei daher davon auszugehen, dass der Bw. seinem Arbeitgeber nur seine Arbeitskraft (Abdichten von Fenstern) zur Verfügung gestellt habe. Inwieweit sich die Art dieser Tätigkeit von jener eines Hilfsarbeiters eines mit solchen Arbeiten befassten Unternehmens unterscheiden sollte, sei an Hand des vorliegenden Sachverhaltes nicht zu erkennen.*

*Der Umstand, dass der Bw. einen Gewerbeschein besitze, dass sich der Bw. zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet habe und dass er beim zuständigen Finanzamt um Vergabe einer Steuernummer angesucht habe, vermöge daran nichts zu ändern.*

*Denn eine solche nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeutende Beschäftigung werde auch nicht dadurch zu einer selbständigen Tätigkeit, dass die Formalvoraussetzungen vorlägen, seien doch nach gängiger Rechtsprechung für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung als Dienstverhältnis nicht die vertraglichen Abmachungen maßgebend, sondern stets das tatsächlich verwirklichte Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit, wobei auch der im Wirtschaftsleben üblichen Gestaltungsweise Gewicht beizumessen sei (vgl. VwGH vom 25.10.94, 90/14/0184 und vom 20.12.2000, 99/13/0223).*

*Es sei somit davon auszugehen, dass seine Beschäftigung nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren sei."*

### **Im Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz führte der Bw. aus wie folgt:**

Der Bw. stellte noch einmal die Erwägungen des Finanzamtes über seine „typische unselbständige Beschäftigung als Arbeiter“ in Frage. Mittlerweile sei er im Besitz einer UID-Nummer (ATU ZZZ) und einer Steuernummer.

Seine Umsätze für den Zeitraum Jänner – Juli 2006 hätten € 33.360,00 betragen, wobei er für das 1. Quartal bereits die Umsatzsteuer in Höhe von € 4.485,57 an das Finanzamt abgeführt habe (seiner Meinung nach *"eigentlich atypisch für einen Arbeiter, Umsatzsteuer selbst abzuführen"*).

Eine Vertretungsmöglichkeit sei mehrmals geltend gemacht worden (dafür besitze er entsprechende Belege).

Zu verarbeitendes Material sei nur teilweise vom Auftraggeber zu Verfügung gestellt worden, restliches Material sowie seine Werkzeuge müsse der Bw. selbst besorgen.

### **Weiters hat der Bw. Folgendes erläutert:**

1. Durch ein Gespräch mit dem Auftraggeber des Bw. habe der Bw. erfahren, dass er von keinem Subunternehmer Materialeinsatz benötige (auch nicht üblich bei Werkverträgen), da ihm von seinen Lieferanten sehr gute Rabatte (von 20% bis zu 40%) eingeräumt werden würden, weshalb es für ihn nicht einträglich wäre, wenn seine Subunternehmer teureres Material zur Verfügung stellen würden.

2. Zur Frage warum die Aufwendungen im Jahr 2005 so niedrig gewesen seien im Vergleich zum Jahr 2006, hat der Bw. erklärt, dass die Buchhaltung in einem anderen Buchhaltungsbüro geführt worden sei, in welchem er nicht sorgfältig betreut worden sei. Ihm sei u.a. nicht gesagt worden, welche Aufwendungen er absetzen könne, dass er das in Polen erworbene Material auch abschreiben könne usw.

Er sei auch nicht darauf hingewiesen worden, dass seine Umsätze die Grenze für Kleinunternehmer im Sinne § 6 Abs. 1 Z 27 überschritten hätten.

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

Der UFS ist gehalten, lediglich über die Berufung gegen den eindeutig definierten Abweisungsbescheid, nämlich den Abweisungsbescheid hinsichtlich Differenzzahlung betreffend Familienbeihilfe für "Dezember 2004", abzusprechen. Auch aus dem Vorlagebericht ist ersichtlich, dass die Berufung gegen den Abweisungsbescheid der „DZ 2004 für 2 Kinder“ nunmehr vorgelegt wurde. Eine über diesen zeitlichen Rahmen hinausgehende Berufungsentscheidung ist in gegenständlicher Berufungssache nicht möglich, zumal aufgrund der Gesetzeslage über die Berufung hinsichtlich des Abweisungsbescheides (das ist eindeutig die Berufung gegen den Abweisungsbescheid für Dezember 2004 [bzw. für 2004]) seitens des UFS abzusprechen ist. Dies auch bei einer allenfalls hinsichtlich des Berufszeitraumes anders lautenden Berufungsvorentscheidung.

Der berufungsgegenständliche Abweisungsbescheid erging am 3.5.2006.

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zugrunde gelegt:

Der Bw. ist in Wien seit 7.12.2004 polizeilich gemeldet (Bl. 3 / FB-Akt).

Am 7.12.2004 (Bl. 6 / Familienbeihilfen [FB] – Akt) meldete der Bw. das Gewerbe "Verschließen von Bauwerksfugen mittels plastischer und dauerelastischer Kunststoffmassen und Kunststoffprofile, Montage und Demontage von vorgefertigten Winkelprofilen und Fachböden durch einfache Schraubverbindungen" beim Magistratischen Bezirksamt für den zuständigen Bezirk an. Er ist seit 7.12.2004 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert. Seine Gattin hat seit 22.6.2005 in der Krankenversicherung nach dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz (GSVG) als Angehörige einen Anspruch auf Leistungen, wie auch seine minderjährigen Kinder. Die Ehefrau des Bw. ist in Krakau / Polen sozialversichert (Bl. 50 / FB-Akt).

Der Bw. war im Jahr 2005 bei der (namentlich bekannten) Auftraggeber-Firma auf verschiedenen Baustellen beschäftigt, worüber er mit sechs Rechnungen über den

Leistungszeitraum April bis September 2005 abrechnete. Hinsichtlich der Monate Oktober bis Dezember 2005 liegen keine Arbeitsnachweise vor.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den vorgelegten Meldeauskünften, einer Kopie des Gewerbescheines, den Bestätigungen der Sozialversicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft, sowie den vom Bw. vorgelegten Rechnungen. Er ist folgendermaßen rechtlich zu würdigen:

**Rechtslage für den Berufszeitraum (d. i. die Rechtslage vor dem 1.1.2006):**

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, 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.

§ 3 Abs. 2 leg. cit. zufolge gilt Abs. 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Im Hinblick darauf, dass der Bw. seinen Angaben zufolge **nicht nichtselbständig tätig war**, eine nichtselbständige Tätigkeit aber auch mangels Genehmigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz zweifellos gegen das Beschäftigungsverbot verstoßen hätte, kann aus den zitierten gesetzlichen Bestimmungen grundsätzlich kein Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe abgeleitet werden.

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG idF des Budgetbegleitgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 142/2000 sind jedoch Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der konsolidierten Fassung ABIEG Nr. L 28 vom 30. Jänner 1997 (Verordnung Nr. 1408/71), die gemäß Artikel 96 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die



Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit erst mit Wirkung vom 1. Mai 2010 aufgehoben wurde und daher im Streitzeitraum noch zur Anwendung kommt, gilt nach ihrem Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, welche Familienleistungen betreffen.

Unter Familienleistungen sind nach Art. 1 Buchstabe u sublit. i der Verordnung Nr. 1408/71 alle Sach- oder Geldleistungen zu verstehen, die zum Ausgleich von Familienlasten im Rahmen der in Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h genannten Rechtsvorschriften bestimmt sind, jedoch mit Ausnahme der in Anhang II aufgeführten besonderen Geburts- oder Adoptionsbeihilfen.

Familienbeihilfen sind nach Art. 1 Buchstabe u sublit. ii der Verordnung Nr. 1408/71 regelmäßige Geldleistungen, die ausschließlich nach Maßgabe der Zahl und gegebenenfalls des Alters von Familienangehörigen gewährt werden.

Die Verordnung Nr. 1408/71 gilt Artikel 2 Abs.1 zufolge für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

Als Arbeitnehmer wird in Artikel 1 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71 jede Person definiert,

i) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist, und zwar vorbehaltlich der Einschränkungen in Anhang V;

ii) die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfasst werden, auf die diese Verordnung anzuwenden ist,

- wenn diese Person auf Grund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Arbeitnehmer unterschieden werden kann oder

- wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für Arbeitnehmer errichteten Systems gegen ein anderes in Anhang V bestimmtes Risiko pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist;

iii) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für Arbeitnehmer, für alle Einwohner eines Mitgliedstaats oder für bestimmte Gruppen von Einwohnern geschaffenen Systems der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats freiwillig versichert ist, wenn sie früher im Rahmen eines für die Arbeitnehmer desselben Mitgliedstaats errichteten Systems gegen das gleiche Risiko pflichtversichert war;

Gemäß § 2 Abs. 1 Zif. 1 des Gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes (GSVG) sind auf Grund dieses Bundesgesetzes die Mitglieder der Kammern der gewerblichen Wirtschaft, soweit es

sich um natürliche Personen handelt, in der Krankenversicherung und in der Pensionsversicherung pflichtversichert.

Mitglieder der Wirtschaftskammern und Fachorganisationen sind gemäß § 2 Abs. 1 Wirtschaftskammergesetz 1998 alle physischen und juristischen Personen sowie sonstige Rechtsträger, die Unternehmungen des Gewerbes, des Handwerks, der Industrie, des Bergbaues, des Handels, des Geld-, Kredit- und Versicherungswesens, des Verkehrs, des Nachrichtenverkehrs, des Rundfunks, des Tourismus und der Freizeitwirtschaft sowie sonstiger Dienstleistungen rechtmäßig selbständig betreiben oder zu betreiben berechtigt sind.

Zu den Mitgliedern gemäß Abs. 1 leg. cit. zählen Abs. 2 zufolge jedenfalls Unternehmungen, die der Gewerbeordnung unterliegen sowie insbesondere solche, die in der Anlage zu diesem Gesetz angeführt sind.

Da der Bw. - wie dem Auszug aus dem Gewerberegister zu entnehmen ist - mit dem von ihm angemeldeten Gewerbe der Gewerbeordnung unterliegt und er damit Mitglied der Kammer der Gewerblichen Wirtschaft ist, ist er auch - wie von der Versicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft bestätigt - bei dieser pflichtversichert. Die Kammermitgliedschaft und damit auch die Pflichtversicherung nach dem GSVG bzw. ASVG hängen nur von der Berechtigung zum selbstständigen Betrieb von Unternehmungen des Gewerbes, der Industrie, des Handels und des Fremdenverkehrs, nicht aber von der Ausübung dieser Berechtigung selbst ab ( vgl. *Seidl* in Geppert, Sozialversicherung in der Praxis, Kap 2.7.1.1 unter Berufung auf VwGH, 89/08/0182). Da der Bw. über die Berechtigung zur Ausübung des genannten der Gewerbeordnung unterliegenden Gewerbes verfügte, fällt er, unabhängig davon, ob er dies im gegenständlichen Streitzeitraum allenfalls mangels einlangender Aufträge (bereits sehr knapp nach der Eröffnung des Gewerbes) noch nicht ausüben konnte, in den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71.

Die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die diese Verordnung gilt, haben gemäß Artikel 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie Staatsangehörige dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen.

Da der Bw. in den Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 fällt und im Inland wohnt, sind auf ihn die gleichen rechtlichen Vorschriften wie auf österreichische Staatsbürger anzuwenden. Es sind dementsprechend für ihn die Vorschriften des FLAG 1967 in der gleichen Weise wie für einen österreichischen Staatsbürger maßgeblich.

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

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Differenzzahlung hins. Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht gemäß § 2a Abs. 1 FLAG 1967 der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

Gemäß § 2a Abs. 2 FLAG 1967 kann in den Fällen des Abs. 1 leg. cit. der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden.

Obwohl der Bw. während der Arbeitsperioden in Wien nicht im gemeinsamen Haushalt mit seinen minderjährigen Kindern und seiner Ehefrau lebt, im Bundesgebiet aber seinen Wohnsitz hat, und hier für sich und seine Familie ihre Existenzmittel verdienen will, ist davon auszugehen, dass er den Mittelpunkt seiner Lebensinteressen im Jahr 2004 in das Inland verlegt hat. Der Bw. hat im Berufszeitraum sämtliche für österreichische Staatsbürger geltenden Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe erfüllt, und hat daher entsprechend dem in Artikel 3 der Verordnung Nr. 1408/71 verankerten

**Gleichheitsgrundsatz ebenso wie ein österreichischer Staatsbürger Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung betreffend Familienbeihilfe.**

Der Vollständigkeit halber wird ausgeführt: Einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des FLAG 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht gemäß § 33 Abs. 4 Zif. 3 lit. a EStG 1988 im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ab dem Jahr 2000 ein

Kinderabsetzbetrag von monatlich 50,90 Euro für jedes Kind zu. **Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu.**

Die Differenzzahlung betreffend Familienbeihilfe steht – aus oben angeführten Gründen - für den streitgegenständlichen Zeitraum zu (**UFS 9.12.2010, RV/0828-W/10; VwGH 29.9.2010, 2008/13/0160**).

Insgesamt ist daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 7. November 2011