

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Vorsitzende Richterin V und die weiteren Senatsmitglieder Richterin R, Felicitas Seebach (Arbeiterkammer Wien) und Dr. Kurt Denk (Wirtschaftskammer Wien), über Bescheidbeschwerde des Beschwerdeführers, vom 4. November 2011 gegen den am 3. Oktober 2011 ausgefertigten Bescheid des Finanzamtes Lilienfeld St. Pölten, GZ Zahl, betreffend Abweisung des Antrages auf Differenzzahlung und des Kinderabsetzbetrages für die Kinder K1, K2, und K3, jeweils von März 2009 bis Dezember 2010, soweit der Bescheid nicht durch die Berufungsvorentscheidung aufgehoben wurde, in der Sitzung am 5. Juli 2016 zu Recht erkannt:

- I. Die Bescheidbeschwerde wird, soweit sie sich auf den Zeitraum März 2009 bis Juni 2010 bezieht, abgewiesen.
- II. Der angefochtene Bescheid bleibt, soweit er sich auf den Zeitraum März 2009 bis Juni 2010 bezieht, unverändert.
- III. Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) unzulässig.

Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (Bf) ist polnischer Staatsbürger mit Familienwohnsitz in Polen. Mit dem beim Finanzamt Lilienfeld St. Pölten als belangte Behörde am 6. Juni 2011 eingelangten Formular Beih1 beantragte der Beschwerdeführer (Bf) erkennbar die Zuerkennung der Differenzzahlung für seine drei in Polen lebenden Kinder rückwirkend ab März 2009 bis laufend und legte den Anträgen verschiedene Unterlagen - teilweise nur in polnischer Sprache - bei. In einem Begleitschreiben kündigte er an, dass die Formulare der Serien E 401 und E 411 in den nächsten Wochen von der zuständigen Behörde in Polen der belangten Behörde zugehen würden.

Die belangte Behörde hat folgende Unterlagen beschafft, die dem vorgelegten Verwaltungsakt einliegen:

- Firmenbuchauszug der KS EntsorgungKlups KG vom 1.12.2011;
- Gesellschaftsbeschluss vom 20.3.2009, betreffend Umwandlung der X Nachname-Bf OG in die X Nachname-Bf KG (in der Folge kurz: KG) und Begründung der Kommanditistenstellung des Bf an der Firma;

- Vertrag über die Errichtung einer offenen Erwerbsgesellschaft vom 1.11.1999, die die ursprüngliche Vorgängerin der KG war und aus dem der Unternehmensgegenstand der KG hervorgeht;
- ZMR Abfrage zum Bf;
- Versicherungsdatenauszug ab 1.1.2006;
- Beschäftigungsbewilligung, gültig ab 1.7.2010, für Y 1 Ges. mbH als Arbeitgeber.

Weiters liegen dem Akt ein:

- EU-Formular F006 (Information über die vorläufige Entscheidung zur vorrangigen Zuständigkeit und erbrachte Leistungen), eingelangt am 20.6.2011;
- EU-Formular E411 (über Kinderleistungen in Polen), persönlich überreicht am 2.2.2011;
- EU-Formular E001.

Mit **Vorhalt vom 10. August 2011** wird der Bf zur Vorlage folgender Unterlagen aufgefordert:

- Bestätigung über Sozialversicherung von sich und seiner Familie in Österreich und in Polen ab 1.3.2009;
- Vorlage einer Aufenthaltsbewilligung gemäß § 9 NAG, sofern erteilt;
- Nachweis ausreichender Existenzmittel (Einkommensnachweise) ab 1.3.2009.

Am **25. August 2011** langen folgende Unterlagen bei der belangten Behörde ein:

- Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger/-inner und Schweizer Bürger/-innen, GZ 001 , der BH St. Pölten vom 23.8.2011;
- Bescheinigung des polnischen Rentenversicherungsträgers, GZ 002 , vom 20.7.2011, wonach sich der Bf seit 1.3.2009 bis laufend nicht im System der polnischen Sozialversicherung befand (und ebenso die Ehefrau und die Kinder);
- ZMR-Auszug der Marktgemeinde Böheimkirchen vom 22.08.2011 über den aktuellen Wohnsitz des Bf;
- Gehaltszettel für Mai 2011 der Fa Y 1 GmbH (Monatsnettobezug EUR 1.838,00);
- Versicherungsdatenauszug vom 25.8.2011

Mit dem **angefochtenen Bescheid** wurden die Anträge als unbegründet abgewiesen und der Spruchzeitraum von März 2009 bis Dezember 2010 bestimmt. Zunächst wurde die Abweisung damit begründet, dass der Bf seiner Mitwirkungspflicht nicht entsprochen habe, weshalb angenommen werden müsse, dass im Spruchzeitraum kein Anspruch auf Differenzzahlung bestanden habe.

Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe grundsätzlich nur für die Dauer einer Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit im Inland oder bei Bezug einer Geldleistung infolge dieser Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit. Kein Anspruch bestehe jedoch, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer ArbeitnehmerInnen verstöße.

Sachverhaltsbezogen ging die belangte Behörde erkennbar davon aus, dass ausreichende Existenzmittel für den Spruchzeitraum nicht nachgewiesen worden seien

und eine Arbeitsbewilligung erst ab 1. Juli 2010 vorliege. Die Anmeldebescheinigung sei erst ab August 2011 gültig und die Existenzmittel seien nur für Mai 2011 nachgewiesen worden.

Auf die Gesellschafterstellung ist die belangte Behörde im Bescheid nicht eingegangen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die **Bescheidbeschwerde vom 4. November 2011**, worin inhaltliche Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Der Bf vertritt die Ansicht, dass er sehr wohl alle wichtigen Unterlagen vorgelegt habe:

1. Der Bf sei seit 10.2.2009 in Wien gemeldet gewesen;
2. die Existenzmittel hätten seit März 2009 bestanden, was der gleichzeitig vorgelegte Versicherungsdatenauszug beweise (Arbeiter ab 15.6.2009 bei der KG);
3. die rechtliche Beurteilung, dass die Beschäftigung nicht rechtmäßig gewesen sei, sei unzutreffend, denn er sei bei der zuständigen Gebietskrankenkasse versichert gewesen und sein Arbeitgeber "Steuer dazu bezahlen".

Schließlich wird der Antrag auf Durchführung einer Senatsverhandlung gestellt (§ 282 BAO).

Mit **Vorhalt vom 28. Dezember 2011** wurde der Bf gefragt, aus welchen Mitteln er im Zeitraum März 2009 bis Juni 2010 seinen Lebensunterhalt bestritten habe, und aufgefordert, zum Nachweis seiner Einnahmen sämtliche relevanten Unterlagen und eine Aufstellung aller Einnahmen im Zeitraum März 2009 bis Juni 2010 beizulegen.

Einem **Vermerk** zufolge war der Bf von März bis Juni 2009 noch in Polen bei der Firma seines Bruders beschäftigt, darüber seien keine Einkommensnachweise mehr vorhanden.

Vorgelegt wurden Lohnzettel und Beitragsgrundlagennachweise (L16) der X Nachname-Bf OG vom 10.01.2012 über den Beitragszeitraum Juni bis Dezember 2009 und von Jänner bis Juni 2010.

Mit **Berufungsvorentscheidung vom 15. Februar 2012** wurde dem Rechtsmittel teilweise, und zwar ab dem Zeitraum Juli 2010, stattgegeben. Sachverhaltsbezogen ging die belangte Behörde davon aus, dass der Bf vom 15.06.2009 bis 12.05.2010 und vom 15.05.2010 bis 30.06.2010 zwar als Arbeiter zur Sozialversicherung gemeldet gewesen sei, für diesen Zeitraum aber keine Beschäftigungsbewilligung vorgelegen habe. Eine gültige Beschäftigungsbewilligung sei erst ab Juli 2010 bei der Firma Y 1 Substratherstellungs- und Verwertungsgesellschaft mbH vorgelegen.

Rechtlich folgerte die belangte Behörde, dass das Dienstverhältnis zur KG des Bruders aufgrund der bis 30. April 2011 in Österreich bestehenden Bewilligungspflicht nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz für Arbeitnehmer aus EU-Mitgliedstaaten, die im Zuge der sogenannten EU-Osterweiterung 2004 beigetreten sind, als eine Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes zu beurteilen sei.

Weiters habe der Bf angegeben, dass er im Zeitraum März 2009 bis Juni 2010 in Polen bei der Firma des Bruders beschäftigt gewesen sei.

Ein Anspruch auf Familienbeihilfe bzw Ausgleichszahlung bestehe nicht, wenn keine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt werde bzw wenn keine Geldleistung für eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit bezogen werde. Der Bf habe für den Zeitraum März 2009 bis Juni 2010 keinen Einkommensnachweis erbracht.

Auch die Berufungsvorentscheidung lässt die Gesellschafterstellung des Bf außen vor.

Nach dem vierten Fristverlängerungsansuchen wird mit Fax vom 11.07.2012 fristgerecht **Vorlageantrag** erhoben, in dem ersucht wird, die weitere Begründung demnächst nachbringen zu dürfen.

Bis zum Tag der Senatsverhandlung ist beim unabhängigen Finanzsenat bzw Bundesfinanzgericht keine Begründung eingelangt oder von der belangten Behörde vorgelegt worden.

Mit **Vorlagebericht** beantragt die Amtspartei, die Familienleistungen erst ab 08/2010 zu gewähren, weil eine tatsächliche Ausübung einer rechtmäßigen, erlaubten Tätigkeit gegen Arbeitsentgelt erst mit 02.07.2010 aufgenommen wurde. Ergebe sich anhand der Zuständigkeitsprüfung nach der VO ein Zuständigkeitswechsel, so gelte dieser ab dem 1. Tag des darauffolgenden Kalendermonats.

Antragskonform fand die - nichtmündliche - Senatsverhandlung am 5. Juli 2016 statt.

Nach dem Vortrag der Sache durch die Referentin erfolgten im Senat Beratung und Abstimmung. Das Abstimmungsprotokoll wurde zum Akt genommen.

Der Senat hat erwogen:

Gemäß § 323 Abs 38 Bundesabgabenordnung sind die am 31. Dezember 2013 bei dem unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz anhängigen Berufungen und Devolutionsanträge vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinn des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen. Das trifft auf die gegenständliche Berufung vom 4. November 2011 zu. Die Berufung ist daher als Beschwerde anzusehen und zu bezeichnen.

Die Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet.

Der angefochtene Bescheid wurde am 3. Oktober 2011 ausgefertigt und ohne Zustellnachweis zugestellt. Die am 4. November 2011 aus dem Einwurfkasten entnommene Beschwerde ist jedenfalls als rechtzeitig anzusehen.

Die mit der Berufungsvorentscheidung getroffene teilweise Stattgabe ab dem zweiten Dienstverhältnis stößt beim BFG auf keine Bedenken.

Im Vorlageantrag hat der Bf angekündigt, die ergänzende Begründung demnächst nachzubringen. Der Begriff "demnächst" ist ein Begriff, der einen zeitlich kürzen Zeitraum beschreibt. Vier Jahre vom Vorlageantrag bis zur Senatsverhandlung sind ein Zeitraum, der über "demnächst" jedenfalls hinausgeht. Der Bf hat weiters zum Ausdruck gebracht, selbst tätig zu werden. Da das Gesetz für den Vorlageantrag keine Begründung vorsieht, waren seitens des BFG keine verfahrensrechtlichen Schritte (zB Mängelrüge) geboten.

Zum im Vorlagebericht gestellten **Antrag der belangten Behörde**, ist zu sagen, dass der Beihilfenanspruch monatlich entsteht und Erhebungszeitraum der Familienbeihilfe (§ 10 Abs 2 FLAG 1967) der Kalendermonat ist (VwGH 25.02.2003, 99/14/0312).

Die gemäß §§ 10 Abs 2 FLAG 1967 Platz zu greifende Monatsbetrachtung hat zur Folge, dass ein mehrere Monate umfassender Familienbeihilfenbescheid unter rechtlichen Aspekten kein einheitlicher Bescheid ist, sondern eine behördliche Erledigung, in der die für den im Spruch genannten Zeitraum zugehörigen Monatsbescheide in einer gemeinsamen Erledigung zusammengefasst werden. Hat die belangte Behörde daher einem mehrere Monate umfassenden Beihilfenbescheid teilweise mit Beschwerdevorentscheidung stattgegeben, so handelt es sich im Ausmaß der Stattgabe nicht einen abgrenzbaren Teil (Zeitraum) eines einheitlichen Bescheides (konkret die Monatsbescheide Juli 2010 bis Dezember 2010). Bei verständiger Auslegung des Vorlageantrages kann sich dieser folglich nur auf jene Monatsbescheide erstrecken, denen bisher nicht stattgegeben wurde, das sind konkret die Bescheide für den Zeitraum März 2009 bis Juni 2010. Der im Vorlagebericht gestellte Antrag der belangten Behörde ist sohin abzuweisen.

Zu prüfen ist, ob das behauptete Arbeitsverhältnis des Bf zur KG seines Bruders im Zeitraum 15. Juni 2009 bis 30. Juni 2010 gegen Entgelt ausgeübt wurde. Darüber hinaus ist aber auch zu prüfen, ob - und zutreffendenfalls in welchem Umfang - das Gesellschaftsverhältnis des Bf als Kommanditist der KG Einfluss auf die Entscheidung hat.

Rechtsgrundlagen:

EU-Recht:

Aufgrund einer Änderung im EU-Recht sind bis Ende April 2010 die Verordnung des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (kurz: VO (EWG) 1408/71), und die Durchführungsverordnung (EWG) 574/72, ab Mai 2010 die Verordnung (EG) 883/2004 und die Durchführungsverordnung (EG) 987/2009, jeweils in der geltenden Fassung, anzuwenden (Csaczar in Csaczar/Lenneis/Wanke, Gamlitzer Kommentar zum FLAG, § 53 Tz 19 und 21).

alte Rechtslage bis April 2010:

Artikel 13 der VO (EWG) 1408/71 idgF lautet:

(1) Vorbehaltlich der Artikel 14c und 14f unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, gilt Folgendes:

a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat;

b) eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats eine selbstständige Tätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt;

Gemäß Art. 73 VO (EWG) 1408/71 idgF hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbstständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, 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.

neue Rechtslage ab Mai 2010:

Gemäß Art 11 Abs 2 Satz 1 VO (EG) Nr 883/2004, idgF, wird für die Zwecke dieses Titels bei Personen, die aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben.

Gemäß Art 11 Abs 3 lit a VO (EG) Nr 883/2004, idgF, gilt vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 Folgendes: eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats.

innerstaatliches Recht:

Gemäß § 53 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) idgF sind 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 Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Gemäß § 3 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) idF BGBI I 168/2006 haben, Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBI I Nr 100/2005 , rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 9 Abs 1 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), in der bis 31.12.2009 geltenden Fassung BGBI I 100/2005, werden zur Dokumentation eines gemeinschaftsrechtlichen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts laut Z 1 für EWR-Bürger, die sich in Österreich niedergelassen haben, über Antrag eine "Anmeldebescheinigung" (§ 53) und laut Z 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.

§ 9 Abs 1 NAG, in der vom 01.01.2010 bis 30.06.2011 geltenden Fassung BGBI I 122/2009 lautete:

Zur Dokumentation des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts für mehr als drei Monate werden auf Antrag ausgestellt:

Ziffer 1: eine „Anmeldebescheinigung“ (§ 53) für EWR-Bürger, die sich länger als drei Monate in Österreich aufhalten, und

Ziffer 2: eine „Aufenthaltskarte für Angehörige eines EWR-Bürgers“ (§ 54) für Drittstaatsangehörige, die Angehörige von gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern sind.

Gemäß § 23 Z 2 EStG 1988 idF BGBl I 100/2006 sind auch Gewinnanteile der Gesellschafter von Gesellschaften, bei denen die Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen sind (wie insbesondere offene Gesellschaften und Kommanditgesellschaften), sowie die Vergütungen, die die Gesellschafter von der Gesellschaft für ihre Tätigkeit im Dienste der Gesellschaft, für die Hingabe von Darlehen oder für die Überlassung von Wirtschaftsgütern bezogen haben, Einkünfte aus Gewerbebetrieb.

Gemäß § 4 Abs 2 S 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), idF BFGI I 13272005, ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist aufgrund des Ergebnisses des durchgeföhrten Ermittlungsverfahrens folgender Sachverhalt festzustellen:

Der Bf ist polnischer Staatsbürger und mit einer Polin verheiratet. Das Ehepaar hat drei Kinder. Die Familie des Bf verfügt über einen Familienwohnsitz in F, Polen. Die Ehefrau ist Hausfrau und geht seit 1. März 2009 keiner Beschäftigung nach. Die Kinder besuchen in Polen die Schule.

Im Juni 2011 beantragte der Bf für die drei Kinder die Gewährung einer Differenzzahlung rückwirkend ab März 2009. Im Antragsformular wird ein unselbständiges Beschäftigungsverhältnis ab 1.7.2010 zur Firma Y angegeben. Seinen Beruf gibt der Bf im Antrag mit LKW-Fahrer an.

Der Bruder des Bf, Br Nachname-Bf, hat sowohl in Polen, F, als auch in Österreich eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt. Bei der österreichischen Firma (X Nachname-Bf KG, idF: KG) ist der Bruder des Bf Komplementär und Geschäftsführer. Der Bf ist an der KG vom 1. April 2009 (Firmenbucheintrag) als Kommanditist bis zu deren amtswegigen Löschung im Firmenbuch am 14.8.2013 mit einer Hafteinlage von EUR 1.000,00 beteiligt gewesen. Rechtsvorgänger als Kommanditist war bis zum Gesellschafterbeschluss vom 20.03.2009 der Gesellschafter G K, der weiters an diesem Tag seine Rechtsposition vom Komplementär zum Kommanditisten gewechselt hat. Diese Änderungen der Gesellschaftsverhältnisse wurden am 1.4.2009 ins Firmenbuch eingetragen.

Unternehmensgegenstand der KG war die Sammlung und Verwertung von Bioabfällen.

Das polnische Unternehmen des Bruders war die Firma PP Import-Export (in der Folge kurz: polnische Firma), die das Sammeln und Verwerten von Altspeisöl zum Gegenstand hatte. Schriftlich war im Gründungsvertrag der OG bzw KG vereinbart, dass von der polnischen Firma das Altspeisöl an die österreichische Gesellschaft geliefert werde.

Im Feststellungsverfahren der KG sind in den Jahren 2009 und 2010 rechtskräftige Berufungsvorentscheidungen ergangen, und zwar allesamt an den Masseverwalter. Für beide Jahre wurde der Gewinn der KG mit EUR 5.000,00 festgestellt und in beiden Jahren zur Gänze dem Bruder zugewiesen. Als zweiter Gesellschafter ist K in den F-Bescheiden 2009 und 2010 genannt; der Bf kommt nicht im Feststellungsverfahren 2009 und 2010 vor.

Für das Jahr 2009 hat keine Veranlagung des Bf zur Einkommensteuer stattgefunden.

Für das Jahr 2010 ist für den Bf ein Einkommensteuerbescheid-Arbeitnehmerveranlagung ergangen, in dem lediglich die nichtselbständigen Einkünfte ab 2.7.2010 der Firma Y 1 GMBH erfasst sind. Der Einkommensteuerbescheid (ANV) 2010 ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. In seiner elektronischen Einkommensteuererklärung für 2010 hat der Bf die Anzahl der einen inländischen Bezug auszahlenden Stellen mit "1" angegeben.

Der Bf hat aus seiner Rechtsbeziehung zur KG weder gewerbliche Einkünfte noch solche aus nichtselbständiger Arbeit für Zwecke der Veranlagung zur Einkommensteuer erklärt.

Als Arbeitnehmer der KG war der Bf für den Zeitraum 15. Juni 2009 bis 12. Mai 2010 sowie 25. Mai 2010 bis 30. Juni 2010 in der Nö Gebietskrankenkasse pflichtversichert. In der Nö Sozialversicherung der Gewerblichen Wirtschaft war der Bf nicht erfasst.

Im Streitzeitraum war der Bf in der Wohnung des Bruders in Wien gemeldet, wobei Unterkunftgeber der Bruder war.

Seit 1.3.2009 befand sich der Bf nicht im polnischen System der Sozialversicherung noch waren seine Ehefrau oder die Kinder dort angemeldet. Der Bf ist seit 15.6.2009 im österreichischen gesetzlichen Sozialversicherungssystem, und zwar der nö GKK, erfasst.

Einkünfte des Bf von der KG sind weder als Anteile am laufenden Gewinn der Kommanditgesellschaft als Kommanditist noch als solche aus nichtselbständiger Arbeit aufgrund eines Dienstverhältnisses des Bf zur KG feststellbar. Für den Bf kann daher in Österreich in der Zeit vom 1. März 2009 bis 30. Juni 2010 weder eine selbständige noch eine unselbständige Beschäftigung angenommen werden.

Obige Sachverhaltsfeststellung stützt sich auf folgende Beweismittel:

Geburtsurkunden, Schulbesuchsbestätigungen, Meldezettel für Bf und Gattin, Firmenbuchauszug vom 1.12.2011, Versicherungsdatenauszüge, EU-Formulare F006, E411, Bescheinigung des polnischen Rentenversicherungsträgers, Auskunft aus dem Zentralmelderegister zum Bf und Br Nachname-Bf, Auskunft der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft NÖ vom 30. Mai 2016, Bescheide im Feststellungsverfahren 2009 und 2010 der X Nachname-Bf KG, Einkommensteuerbescheid (ANV) für 2010, elektronische Erklärungsdaten des Bf.

Beweiswürdigung:

Obiger Sachverhaltsfeststellung liegen folgen Überlegungen zu Grunde:

Als Beweismittel kommt im Abgabenverfahren alles, somit auch ein Aktenvermerk in Betracht (VwGH 04.09.1986, 86/16/0080). Dies ergibt sich aus dem im § 166 BAO verankerten Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel.

Die in der Berufungsvorentscheidung getroffene Feststellung, der Bf habe angegeben, im Zeitraum März 2009 bis Juni 2010 bei der polnischen Firma seines Bruders beschäftigt gewesen zu sein, ergibt sich aus den dem Verwaltungsakt einliegenden Beweismitteln nicht. Die Verbindung des Bf als Arbeitnehmer der polnischen Firma des Bruders kommt das erste Mal in einem Vermerk hervor, dem weder Unterschrift noch Datum beigesetzt sind. Weiters stammen die Handschriften von zwei Personen. Jedoch ist klar festgehalten, dass dieses polnische Arbeitsverhältnis "von 03 - 06" gedauert haben soll. Zum einen kommt Aktenvermerken allein deshalb eine geringere Beweiskraft zu, weil sie allein von der Behörde angefertigt werden. Zum anderen vermindert sich ihre Beweiskraft bei Formmängeln, wie sie hier gegeben sind, nämlich Fehlen von Datum und Unterschrift.

Diesem Aktenvermerk kann mit Sicherheit daher nur entnommen werden, dass es sich bei Br Nachname-Bf, geb. 1975, um den Bruder des Bf handelt.

Der als Lohnzettel und Beitragsgrundlagennachweis betitelte Nachweis (L16) ist nur als Nachweis für die Beitragsgrundlagen zur gesetzlichen Sozialversicherung anzusehen, nicht aber als Nachweis für den Erhalt von Arbeitslohn. In diesen Lohnzetteln sind lediglich die sozialversicherungsrechtlichen Daten ausgefüllt, aber die einkunftsbezogenen Kennzahlen (KZ 210: Bruttolohn, KZ 230: einbehaltene Sozialversicherung; KZ 245: Bemessungsgrundlage; KZ 260: einbehaltene Lohnsteuer) mit 0,00 angegeben.

Auch die exakte Dauer der Dienstverhältnisse zur KG geht aus den L16 2009 und 2010 nicht hervor. Lediglich die Versicherungsdatenauszüge geben Aufschluss über die genauen Zeiten. Da der Bf selbst einen Versicherungsdatenauszug vorgelegt hat, ist davon auszugehen, dass er die darin enthaltenen Zeitangaben kannte und dass sie auch zutreffen. Der Beginn des Dienstverhältnisses zur KG wäre - vorbehaltlich einer Geldleistung - daher mit 15. Juni 2009 gegeben.

Aber auch der Bf selbst hat keine Einkünfte aus einem nichtselbständigen Dienstverhältnis zur KG erklärt: Im Antrag für 2010 hat der Bf die Anzahl der Bezug auszahlenden Stellen in Österreich mit "1" angegeben und es wurde im Bescheid auch nur ein Dienstverhältnis erfasst, nämlich jenes zwischen dem Bf und der Y 1 Substratherstellungs- und Verwertungsgesellschaft mbH ab 2.7.2010. Bei Vorliegen von zwei Bezug auszahlenden Stellen hätte der Bf jedoch eine "2" einsetzen müssen.

Die in den Formularen L16 enthaltenen einkunftsbezogenen Kennzahlen sind lediglich mit 0,00 EUR ausgefüllt. Es wurden aber auch auf elektronischem Weg gemäß § 84 EStG 1988 keine Lohnzetteldaten (elektronischer Lohnzettel) übermittelt, wie aus dem elektronischen Steuerakt des Bf hervorgeht.

Aus einkommensteuerrechtlicher Sicht ist zum Arbeitslohn des Bf als Kommanditist zu sagen, dass der Arbeitslohn bei der Veranlagung als Vorweggewinn gemäß § 23 Z 2 EStG 1988 zu erfassen wäre. Eine Differenzierung der Einkünfte eines Kommanditisten nach seinen Befugnissen in der Kommanditgesellschaft ist dem Abgabenrecht - anders als dem Sozialversicherungsrecht fremd (vgl 2. Halbsatz des § 4 Abs 2 S 1 ASVG). Ob aber überhaupt eine selbständige Erwerbstätigkeit iSd der VO vorliegt, ist nicht nach dem Abgabenrecht zu beurteilen, sondern könnte nur als Vorfrage nach dem Sozialversicherungsrecht beurteilt werden.

Neben dem Feststellungsverfahren für die KG besteht davon unabhängig davon auch die Pflicht zu Erklärung von Gewinnanteilen für den einzelnen Mitunternehmer. Solche hat der Bf aber nicht erklärt.

Der Bf ist von der belangten Behörde wiederholt aufgefordert worden, ein Einkommen bzw Einkünfte aus der KG nachzuweisen, zuletzt mit Berufungsvorentscheidung, in der ausgeführt wurde, dass kein Familienbeihilfenanspruch besteht, wenn keine Geldleistung infolge Beschäftigung oder selbständiger Erwerbstätigkeit *bezogen* wird. In Betracht kämen zum Beweis vom Erhalt von Geldmitteln Monatsabrechnungen der KG iVm Kontoauszügen. Die vom Bf vorgelegte Monatsabrechnung für Mai 2011 der Fa. Y 1 Substratherstellungs- und Verwertungsgesellschaft mbH betrifft nicht den Streitzeitraum und geht daher an der Sache vorbei.

rechtliche Beurteilung:

1.) Beschäftigungsbewilligung und § 9 NAG-Titel eines Unionsbürgers:

Der Bf ist polnischer Staatsbürger und damit EWR-Bürger (Unionsbürger). Der Streitzeitraum März 2009 bis Juni 2010 fällt gänzlich in die Fassung des § 3 Abs 1 FLAG, 1967 nach Umsetzung des Fremdenrechtspakets 2005, BGBl I 100/2005 (Fremdenrechtspaket 2005) . Das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) 2005 setzt die Unionsbürgerrichtlinie (Freizügigkeitsrichtlinie) 2004/38/EG um.

Die im angefochtenen Bescheid vertretene Rechtsanschauung, dass ein Verstoß gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz schädlich für den Beihilfenanspruch sei, ist unzutreffend und wurde vom Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen (VwGH 29.09.2010, 2008/13/0160, Serienerledigungen). Hat der VwGH diese Rechtsansicht zum § 3 Abs 1 FLAG 1967, in der bis 31.12.2005 geltenden Fassung, BGBl I 142/2004, die an das AusIBG anknüpfte, ausgesprochen, so muss dies im Größenschluss umso für die ab 1.1.2006 geltende Fassung des § 3 Abs 1 FLAG 1967 gelten.

Auch für das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz kommt es – vergleichbar dem Abgabenrecht - auf eine unerlaubte Tätigkeit nicht an. Für den Beitragsanspruch ist es daher ohne Belang, ob eine Beschäftigungsbewilligung vorlag oder nicht. Daher hatte die NÖ GKK das Vorliegen einer Beschäftigungsbewilligung auch nicht zu prüfen.

Aus § 8 und § 9 NAG 2005 geht deutlich hervor, dass der Gesetzgeber zwischen Aufenthaltstiteln und Dokumentationen von bereits auf gemeinschaftsrechtlicher

Grundlage bestehenden Aufenthaltsrechten unterscheiden wollte (vgl VwGH 12.10.2010, 2008/21/0564; 17.11.2011, 2009/21/0378). Bei Bestehen eines gemeinschafts- (nunmehr unions-)rechtlich begründeten Aufenthaltsrechts ist kein Aufenthaltstitel gemäß § 8 NAG auszustellen (nochmals VwGH 2009/21/0378; VwGH 16.02.2012, 2009/01/0062).

Für einen Unionsbürger (EWR-Bürger) kommt nur ein Titel gemäß § 9 NAG in Betracht, der aber vom Gesetz als reiner *Dokumentationstitel* gestaltet ist und *bloß deklarativen Charakter* hat. Folglich kommt es für einen Unionsbürger nicht auf die Beibringung eines § 9 NAG-Titels in Form einer öffentlichen Urkunde an. Vielmehr hat die Abgabenbehörde zu prüfen, ob der Unionsbürger jene Tatbestände erfüllt, an die das Gesetz die Ausstellung eines § 9 NAG-Titels knüpft (vgl nochmals VwGH 2008/13/0160). Ein urkundlicher § 9 NAG-Titel in Form einer Aufenthaltsbescheinigung durch die zuständige Behörde erleichtert daher allenfalls die Arbeit anderer Behörden; ihr Fehlen kann aber wegen des ohnehin nicht konstitutiven Charakters nicht zum Verlust von Rechten führen.

In diesem Sinn hat die belangte Behörde übrigens selbst entschieden, indem sie für das zweite Dienstverhältnis ab Juli 2010 der Berufung mit Berufungsvorentscheidung tw stattgegeben hat, ohne dass für diesen Zeitraum ein urkundlicher § 9 NAG-Titel nach § 3 Abs 1 FLAG 1967 vorgelegen wäre. Die vorgelegte Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger wurde nämlich erst am 23.08.2011 ausgestellt. Sie ist aber ein Dokumentationstitel iSd § 9 NAG, hier iVm § 51 Abs 1 Z 1 NAG. Die Voraussetzungen des § 51 Abs 1 Z 1 NAG (Arbeitnehmer in Österreich) lagen aber bereits ab 2. Juli 2010 vor, sodass allein aufgrund des bloßen Vorliegens der Voraussetzungen der § 9 NAG-Titel ab 2. Juli 2010 anzunehmen ist (vgl nochmals VwGH 2008/16/0160).

Dass der Bf von der KG keine Geldleistung erhalten hat, ist ein Sachverhaltselement, das regelmäßig erst durch eine Behörde zu Tage befördert wird, die den wahren wirtschaftlichen Gehalt einer Rechtsbeziehung zu überprüfen befugt ist. Das Fehlen einer Geldleistung aus der KG bringt aber das behauptete Beschäftigungsverhältnis des Bf zu dieser, und damit seine rechtliche Stellung als Arbeitnehmer gemäß § 51 Abs 1 Z 1 NAG zu Fall.

Eine Pflichtversicherung nach § 2 Abs 1 Z 4 Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz (GSVG) kommt für einen Kommanditisten nur unter Vorliegen folgender Voraussetzungen in Betracht:

1. Vorliegen von Geschäftsführerbefugnissen, Mittätigkeit in der KG oder unbeschränkte Verlustrhaftung und
2. Erzielung von Einkünften aus Gewerbebetrieb über der Versicherungsgrenze.

Der Sachverhalt ergibt keine Anhaltspunkte, aufgrund derer für den Bf unter sozialversicherungsrechtlicher Sicht eine gewerbliche Tätigkeit anzunehmen wäre, sodass – unter der Voraussetzung einer faktischen Geldleistung - nur ein unselbstständiges Beschäftigungsverhältnis vorliegen könnte.

Auf Existenzmittel gemäß § 51 Abs 1 Z 2 NAG kam es hingegen nicht an; Existenzmittel können auch aufgrund der sonstigen Vermögenslage (Sparguthaben) gegeben sein (vgl

VwGH 16.03.2016, Ra 2015/10/0022). Der belangten Behörde ging es jedoch um die Abklärung, ob tatsächlich eine wirtschaftliche nichtselbständige Tätigkeit in Österreich vorlag, also um eine reale Geldleistung aus einer unselbständigen Beschäftigung.

2.) zum Familienbeihilfenanspruch:

Die - alte wie auch die neue - Verordnung ist nur anwendbar, wenn ein Sachverhalt vorliegt, der *zwei oder mehr Mitgliedstaaten* berührt. Dies ist der Fall, wenn ein Unionsbürger von seiner Freizügigkeit Gebrauch macht und in einem anderen als dem Wohnsitzstaat einer Erwerbstätigkeit nachgeht. Der typische Anwendungsfall ist der eines Versicherten, der in einem Mitgliedstaat (Beschäftigungsland) als Arbeitnehmer oder Selbständiger beschäftigt ist, während seine Familie weiterhin in einem anderen Mitgliedstaat (Wohnsitzland) lebt (Csaczar, aaO, § 53 Tz 39 und 40). Dieser typische Anwendungsfall wird auch gegenständlich vom Bf mit Polen als Wohnsitzstaat und Österreich als Beschäftigungsstaat intendiert.

Artikel 11 Abs 2 der neuen VO (EG) 883/2004 bestimmt klar und eindeutig, dass bei Personen, die aufgrund oder infolge ihrer unselbständigen Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davon auszugehen ist, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben. Nach dieser Bestimmung ist von der Geldleistung auf die zu Grunde liegende unselbständige Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit rückzuschließen. Das bedeutet aber, dass ohne Geldleistung anzunehmen ist, dass eine solche Beschäftigung oder Erwerbstätigkeit nicht vorliegt.

Die alte VO (EWG) 1408/71 bringt das Erfordernis einer Geldleistung nicht so eindeutig zum Ausdruck, doch kann die (neue) Verordnung auch zur Interpretation der (alten) Verordnung (EWG) 1408/71 herangezogen werden. Dies entspricht nicht nur der ständigen Rechtsprechung des OGH (vgl 22.5.2007, 4 Ob 4/07b , mwH), sondern ist auch den Erwägungen zur neuen Verordnung zu entnehmen (Csaczar, aaO, § 53 Tz 29). Der Entgelcharakter eines Beschäftigungsverhältnisses ergibt sich direkt aus dem Vertragsverhältnis selbst, wonach die Arbeitskraft bzw Dienstleistung gegen Entgelt geschuldet wird (§ 1151ff ABGB).

Da laut Sachverhalt der Bezug einer Geldleistung von der KG im Zeitraum 1. März 2009 bis 30. Juni 2010 nicht nachgewiesen wurde und auch nicht feststellbar ist, lag in Österreich kein Beschäftigungsverhältnis, weder ein selbständiges noch ein unselbständiges, vor. Österreich war in diesem Zeitraum also nicht Beschäftigungsland iSd der – alten wie neuen - EU-Verordnung. Auf rein innerstaatliches Recht könnte der Bf einen Beihilfenanspruch ebenfalls nicht stützen, weil er diesfalls an § 2 Abs 8 FLAG 1967 scheitern würde. Der Bf unterlag im Streitzeitraum ausschließlich den Rechtsvorschriften Polens.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt,

insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Frage, ob Einkünfte erzielt wurden, ist eine auf der Tatsachenebene zu lösende Sachverhaltsfrage, und keine Rechtsfrage im obigen Sinn, sodass die ordentliche Revision nicht zuzulassen war.

Wien, am 21. Juli 2016