



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der K, 1170, vom 17. September 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 8/16/17, vertreten durch RR Rausch, vom 22. August 2008 betreffend Familienbeihilfe ab 20. Mai 2003 entschieden:

Der Berufung hinsichtlich der Zeiträume 1.5.2003 bis 31.7.2003, 1.8.2003 bis 31.1.2004, 1.5.2004 bis 31.1.2005 und 1.5.2005 bis 31.3.2006 wird als unbegründet abgewiesen.

Hinsichtlich der Zeiträume 1.2.2004 –bis 30.4.2004, 1.2.2005 bis 30.4.2005 und ab 1.4.2006 wird der Berufung stattgegeben.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) stellte am 22.8.2008 einen **Antrag** auf die Gewährung von Familienbeihilfe für A ab 20.5.2003.

Am 10. September 2008 erließ das Finanzamt einen **Bescheid**, mit dem die Gewährung der Familienbeihilfe für A ab Mai 2003 verwehrt wurde. Begründend führte es aus: „Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in der bis 31. Dezember 2005 gültigen Fassung haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einer Dienstgeberin oder 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 Arbeitnehmerinnen verstößt. Gemäß Abs. 2 gilt Abs. 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1967 gewährt wurde. Gemäß Abs. 3 genügt es auch, wenn der andere im gemeinsamen Haushalt lebende Elternteil die Voraussetzungen gemäß Abs. 1 oder 2 erfüllt.“

Am 16. September erhob die Bw. **Berufung** gegen diesen Bescheid und brachte vor, dass aus dem Auszug der Versicherungszeiten zu ersehen sei, dass sie ab 1. November 2003 eine Pflichtversicherung die länger als drei Monate andauere, vorzuweisen hätte. Sie ersuche daher um Überprüfung, ob ihr nicht doch die Familienbeihilfe ab diesem Zeitraum zustehe.

Gemäß dem Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung war die Bw. vom 25. Juli 2003 bis 29. Juli 2003 bei der Fa. I vom 1. November 2003 bis 30. April 2004 bei der Fa. Z, vom 13. Mai 2004 bis 30. Juni 2004 bei der Fa. S, vom 1. November 2004 bis 30. April 2005 bei der Fa. Z, vom 2. Mai 2005 bis 31. Mai 2005 bei der Fa. Z., vom 19. September 2005 bis 7. Oktober 2005 als Arbeiterin (kein Firmenname) beschäftigt. Weiters bezog sie vom 13. Oktober 2005 bis 14. Oktober 2005 Krankengeld, vom 2. Jänner 2006 bis 20. Mai 2006 war sie wieder als Arbeiterin (kein Firmenname) beschäftigt. Vom 21. Mai 2006 bis 8. Oktober 2006 bezog sie Wochengeld und ab 1. August 2006 liegt eine vorläufige Ersatzzeit wegen Kindererziehung vor. Ab 9. Oktober 2006 bis 21.4.2009 hat sie Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld der Gebietskrankenkasse Wien.

Weiters legte die Bw. eine Bestätigung der öffentlichen Volksschule in Wien, vom 11. September 2008 bei, demgemäß ihr Sohn A im Schuljahr 2008/2009 die erste Klasse besucht.

Am 23. März 2009 erließ das Finanzamt eine abweisende **Berufungsvorentscheidung**, in der es ausführte, dass wie bereits im Erstbescheid dargestellt, für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz in der bis 31. Dezember 2005 gültigen Fassung nur dann ein Familienbeihilfenanspruch gegeben sei, wenn sie in Österreich bei einem Dienstgeber länger als drei Monate Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezogen haben. Lt. vorgelegtem Sozialversicherungsauszug sei die Bw. jedoch als Dienstnehmerin vom 25. Juli 2004 bis 14. Oktober 2005 insgesamt nur 75 Tage nicht selbständig beschäftigt gewesen und somit keine drei Monate. Der Berufung hätte daher nicht entsprochen werden können. Ein Nachweis, wann der Bescheid der Bw. zugestellt wurde, liegt im Akt nicht auf.

Am 20. April 2009 stellte die Bw. einen **Vorlageantrag** und führte aus, dass sie vom 1.11.2003 bis zum 30.4.2004 gearbeitet habe. Sie sei von einer Österreicherin adoptiert worden, seit 6 Jahren in Österreich und ihr Sohn würde hier die Schule besuchen.

Mit Schreiben vom 15.5.2009 wurde die Bw. ersucht ihre Angaben, dass sie seit 1.1.2003 in Österreich gearbeitet habe, zu belegen.

In Ihrer Antwort vom 22.6.2009 teilte sie mit, dass sie in der Zeit vom 1.11.2003 bis 30.4.2004 und vom 1.11.2004 bis zum 30.6.2005 als freie Dienstnehmerin bei der Fa. Z beschäftigt gewesen sei. Es handle sich eindeutig um eine unselbständige Erwerbstätigkeit, die nach heutiger Rechtslage arbeitslosenversicherungspflichtig sei. Sie habe somit einen Anspruch auf Familienbeihilfe erworben.

Das beigelegte Schreiben der Fa. Z bestätigt diese Zeiten sowie eine Beschäftigung als Reinigungskraft vom 2.5.2005 bis 31.5.2005.

In einem weiteren Schreiben vom 30.6.2009 teilte die Bw. mit, dass sie während dieser Zeit einen Aufenthaltstitel als „begünstigte Drittstaatsangehörige“ inne gehabt habe, da ihre Mutter österreichische Staatsbürgerin sei. Gem. § 1 Abs. 2 lit. 1 AuslBG idF vor dem 1.1.2006 sei sie als Tochter einer Inländerin, die für sie Unterhalt leistete, vom Ausländerbeschäftigungsgesetz ausgenommen gewesen, Sie habe daher freien Zugang zum Arbeitsmarkt gehabt und habe ohne weitere Bewilligung jede unselbständige Beschäftigung aufnehmen können. Am 10.6.2005 sei ihr ein Niederlassungsnachweis erteilt worden.

Ein Anruf bei der Firma Z ergab, dass die Bw. als Schneeschauflerin beschäftigt war. Ihr Arbeitsort war vorgegeben, das von ihr benötigte Material wurde vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt. Die Arbeitszeit war insofern fix, als die Bw. spätestens 20 Minuten nach Beginn des Schneefalls mit der Schneeräumung zu beginnen hatte. Hinsichtlich ihrer Vertretung bei Verhinderung konnte sie diese selbst auswählen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Die Bw. ist serbische Staatsbürgerin und reiste am 20.5.2003 mit ihrem Sohn erstmals nach Österreich ein. Gemäß ihrem Antrag vom 22.8.2008 beehrte sie ab diesem Zeitpunkt die Gewährung der Familienbeihilfe. Dazu ist folgendes auszuführen

Verjährung

§ 10 Abs.3 FLAG besagt, dass die Familienbeihilfe höchstens für 5 Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. Da die Bw. ihren Antrag am 22.8.2008 stellte

war nicht zu überprüfen, ob für den Zeitraum vor dem 1.8.2003 gegebenenfalls ein Anspruch bestand, da für diesen Zeitraum die Frist zur Antragstellung bereits abgelaufen war.

Anspruchsüberprüfung

§ 3 Abs. 1 1. Satz FLAG lautet:

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben 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 3 Monate dauert.

Aus der Wortfolge „Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit“ ergibt sich, dass zur Prüfung der Qualifikation einer Tätigkeit das Einkommensteuergesetz 1988 heranzuziehen ist. Demzufolge ist bei der Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen nach § 3 Abs. 1 erster Satz vorliegen, wesentlich, ob jemand als Arbeitnehmer iSd einkommensteuerlichen Bestimmungen anzusehen sind.

Gem. § 47 Abs. 2 EStG 1988 legt ein Dienstverhältnis vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet.

Dies ist dann der Fall, wenn die tätige Person unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist. Charakteristisch ist, dass der Arbeitnehmer nicht die Ausführung einzelner Arbeiten verspricht, sondern seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt.

Die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus im Sinne einer Abhängigkeit zeigt sich durch Vorgabe von Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsmittel durch den Auftraggeber sowie die unmittelbare Einbindung der Tätigkeit in betriebliche Abläufe des Arbeitgebers.

Für eine nichtselbständige Tätigkeit spricht auch eine fixe Entlohnung. Ebenso eine Kontrolle des Auftraggebers hinsichtlich Art, Ort und Zeit.

Wie der UFS anlässlich einer Befragung des Arbeitgebers, der Fa Z feststellen konnte, war der Arbeitsort vorgegeben und wurde ihr das Arbeitsmaterial vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt. Auch war die Arbeitszeit insofern fix, als die Bw. spätestens 20 Minuten nach Beginn

des Schneefalls mit der Schneeräumung zu beginnen hatte. Es überwiegen somit eindeutig die Merkmale einer nichtselbständigen Tätigkeit.

Als weiteres Erfordernis sieht der Gesetzgeber vor, dass die Beschäftigung länger als 3 Monate dauern muss.

Dieses Erfordernis ist nur dann erfüllt, wenn eine geschlossene Beschäftigungsdauer vorliegt. Nach einer geschlossenen Beschäftigung von mindestens 3 Monaten besteht Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Beginn des Kalendermonats in dem die Beschäftigung begonnen wurde (§ 10 Abs. 2 FLAG). Ein Wechsel des Dienstgebers wird dann nicht als Unterbrechung der Beschäftigung angesehen, wenn die neue Tätigkeit unmittelbar an jene bei dem früheren Dienstgeber anschließt, wobei als unmittelbar ein Zeitraum bis zu einer Woche angesehen werden kann.

Eine Unterbrechung der Beschäftigung hat zur Folge, dass die Wartefrist ab dem Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Beschäftigung von neuem zu laufen beginnt. Eine Unterbrechung hat auch das Erlöschen eines bereits bestehenden Anspruchs auf Familienbeihilfe zur Folge.

Aufgrund obiger Feststellungen sind nachfolgende Zeiten zur den Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe relevant und besteht somit Anspruch auf Familienbeihilfe für folgende Zeiträume.

Arbeitszeiten	Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe
01.11.2003- 30.04.2004	1.2.2004 – 30.04.2004
01.11.2004 – 30.4.2005	1.2.2005 – 30.4.2005
02.05.2005 – 31.05.2005	1.4.2006 - laufend
01.01.2006 – 20.05.2006	
21.05.2006 – 08.10.2006	
ab 01.08.2006 Ersatzzeit	
ab 09.10.2006 Kinderbetreuungsgeld	

Wien, am 15. Februar 2011