



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der KM, Adresse, vom 25. August 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 6/7/15 vom 10. August 2011 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Jänner 2011 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben. Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben, soweit er den Zeitraum von Jänner bis Oktober 2011 betrifft.

Für den Zeitraum von November 2011 bis Juli 2012 bleibt der angefochtene Bescheid unverändert

Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 289 Abs. 1 BAO ab August 2012 aufgehoben.

Entscheidungsgründe

KM_vorm, nunmehr KM, in der Folge mit Bw. bezeichnet, stellte im Jänner 2011 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für ihren Sohn Name_Kd.

Es wurde festgestellt, dass die Bw. mit ihrem Lebensgefährten, nunmehrigen Ehemann, Stief_V und ihrem Sohn seit Ende 2010 in Wien in einer gemieteten Wohnung gewohnt haben. Im Akt erliegt eine Anmeldebescheinigung gemäß § 51 Abs. 1 Z 1 (selbständige Erwerbstätigkeit) vom 21.7.2011. Die Anmeldebescheinigung für den Sohn stützt sich auf das Aufenthaltsrecht der Mutter. Der Familienbeihilfenbezug wurde in Ausland abgemeldet. Er wurde mit Beschluss ab 1. Juli 2011 eingestellt. Im Akt des Finanzamtes befinden sich Kopien eines Ausweises gemäß § 2 BGBI. 314/1974. Aus diesem waren etwa zwei Untersuchungen pro Monat beginnend mit Jänner 2011 ersichtlich. Weiters erliegt im Akt eine Bestätigung des NN, wonach die monatlichen Einnahmen der Bw. 1.000,00 € betragen und ihre monatlichen Ausgaben 200,00 €. Von den Entnahmen in Höhe von 800,00 € monatlich würde der

Lebensunterhalt der Bw. bestritten. Vom 1.1. bis 31.5.2011 bestand eine Pflichtversicherung gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG, jedoch wurden die Beiträge nicht bezahlt. Die Bw. hat sich laut Schreiben der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Landesstelle Wien, vom 4.4.2011 am 31.3.2011 zur Pflichtversicherung angemeldet und gleichzeitig erklärt, ausschließlich eine selbständige Tätigkeit auszuüben und dabei die für das Entstehen der Pflichtversicherung relevante Versicherungsgrenze (6.453,36 €) zu überschreiten.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Jänner 2011 ab und führte begründend die Bestimmungen der Verordnung 1408/71 an.

Die Bw. er hob gegen den Bescheid Berufung und führte aus, ihr Lebensmittelpunkt und der ihres Kindes sei seit Ende 2010 in Wien. Sie habe für sich und ihren Sohn eine Anmeldebescheinigung erhalten. Sie sei seit Jänner 2011 in Österreich als neue Selbständige tätig. Ihr Sohn besuchte seit 28.2.2011 in Wien einen Kindergarten. Sie beziehe in keinem anderen Land mehr eine Beihilfe für ihren Sohn.

Laut einer vorliegenden Bestätigung der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Landesstelle Wien, liegt eine Teilversicherung in der Krankenversicherung ab 10.1.2011 vor. Die Bw. hat eine Erklärung abgegeben, wonach sie im ältesten Gewerbe der Welt arbeite und dass es dort keine Honorarnoten gebe. Im Akt erliegen weitere Kopien des Ausweises gemäß § 2 BGBl. 314/1974, weiters eine Betreuungsvereinbarung vom 5.9.2011 für VN_Kd für den Hort und vom 28.2.2011 für den Kindergarten. Laut Einkommensteuererklärung für 2011 hat die Bw. im Jahr 2011 einen steuerlichen Gewinn von 4.671,90 € erzielt.

Das Finanzamt erließ eine abweisende Berufungsvorentscheidung. Begründend führte das Finanzamt aus, die Bw. habe in Ausland bis einschließlich Juni 2011 ausländisches Kindergeld bezogen. Dieses sei aufgrund des Wohnsitzes in Österreich abgemeldet worden. Die Bw. sei laut Auszug der Gebietskrankenkasse in Österreich weder selbständig noch unselbständig erwerbstätig gemeldet. Sie habe weder einen Gewerbeschein noch Honorarnoten vorgelegt, keine Aufstellung der monatlichen Lebenshaltungskosten erbracht und nicht nachgewiesen, dass sie die gesamten Sozialversicherungsbeiträge bis Dezember 2011 bezahlt habe.

Die Bw. stellte einen Vorlageantrag und gliederte ihre Lebenshaltungskosten und Einnahmen für 2011 wie folgt auf:

Miete	€ 890,00
Haushalt	€ 400,00
Sonstiges	€ 250,00
Summe	€ 1.540,00
Einkommen	€ 4.671,90

Versicherungsauszahlung des Lebensgefährten	€ 7.629,76
Private Unterstützung	€ 4.900,00
	€ 17.201,66
Schulden bei der SVA	€ 1.300,00
	€ 18.501,66

Die Bw. führte weiters begründend aus, es sei im Bereich der Prostitution nicht üblich, Rechnungen zu legen. Da die Bw. eigene Aufzeichnungen führe, handle es sich jedenfalls um ein Einkommen aus erlaubter selbständiger Erwerbstätigkeit. Laut OGH-Urteil verstoße Prostitution gegen die guten Sitten und könne für ein sittenwidriges Geschäft keine Rechnung gelegt werden.

Die Familiensituation und die persönliche Situation der Bw. seien im Jahr 2011 in einer schlimmen Krise gewesen. Ihr Sohn sei kurzzeitig durch die MA 11 bei einer Krisenfamilie untergebracht gewesen. Die Zusammenarbeit mit der MA 11 habe bis August 2011 angehalten und hätte für den Familienverband positiv gelöst werden können. Der Sohn wohne bei der Bw. und werde von ihr und ihrem Lebensgefährten betreut. Durch diese Anspannung und Sorge um ihr Kind hätten beide nicht regelmäßig einer Arbeit nachgehen können. Die Bw. sei 2011 an einer starken Allergie erkrankt, die ihr gesamtes Gesicht und ihren Oberkörper bedeckt hätten. Sie hätte massive Schwellungen und rote Flecken gehabt, sodass ein arbeiten schwer möglich gewesen und das Einkommen gesunken sei. Durch diese krisenbedingte Situation habe die Bw. noch Schulden bei ihrer alten Vermieterin sowie Schulden bei der SVA. Sie und ihr Lebensgefährte hätten das Jahr mithilfe von privater Unterstützung durch die Eltern des Lebensgefährten Stief_V und durch die Auflösung seiner Versicherung überstehen können.

Vorgelegt wurde ein Schreiben der V_AG an Stief_V vom 23.11.2010, aus welchem die Auflösung einer Versicherung mit einem Auszahlungsbetrag von 7.629,76 € ersichtlich ist, weiters Kopien von Kontoauszügen, aus denen Überweisungen durch V_Stief_V ersichtlich sind.

Die Bw. und ihr Lebensgefährte, nunmehr Ehemann, wurden vor dem Unabhängigen Finanzsenat einvernommen. Darüber wurde folgende Niederschrift aufgenommen:

Der Vorhalt vom 13. August 2012 wurde durch Hinterlegung am 17.8.2012 zugestellt und mangels Behebung am 7. September 2012 an den Unabhängigen Finanzsenat retourniert. Es erfolgte keine Kontaktaufnahme mit dem Unabhängigen Finanzsenat. Am 3. September beginnt in Wien bereits die Schule. Nachdem Ihr Sohn bereits die Schule besucht, müssten Sie Anfang September schon in Wien gewesen sein.

Warum haben Sie den Unabhängigen Finanzsenat nicht (schon früher) kontaktiert, bevor versucht wurde, den Vorhalt ein zweites Mal zuzustellen?

Antwort: Ich bin immer krank und im Krankenhaus. Wir hatten Stress und haben uns deshalb nicht beim Unabhängigen Finanzsenat gemeldet.

Der Mietvertrag Adr1 wurde nur für den Zeitraum 17.12.2010 bis 17.6.2011 abgeschlossen (Bl. 42 und 43). Sie waren jedoch dort bis 22. März 2012 mit Hauptwohnsitz gemeldet.

Aufgrund welchen Titels haben Sie die Wohnung weiter benutzt und haben Sie dafür Nachweise?

Antwort: Der Mietvertrag in der Adr1 wurde immer wieder verlängert.

Sie waren beginnend mit 2006, dann in den Jahren 2008 bis 2010 bis zur Anmietung der Wohnung in der Adr1 immer wieder vorüber gehend in Österreich aufhältig. Hatten Sie bzw. Ihr Lebensgefährte in dieser Zeit die Möglichkeit, eine andere Wohnung in Ausland oder in Land2 zu benutzen und haben Sie diese benutzt? Falls ja, werden Sie aufgefordert, nachzuweisen, welche Wohnungen in den einzelnen Staaten aufgrund welcher Titel (Eigentum, Miete, Untermiete) jeweils von wem (von Ihnen, Ihrem Lebensgefährten und Ihrem Sohn) wie lange (Nachweis über Aufgabe der Vorwohnung) genutzt wurden.

Antwort: Ich habe zuerst bei meiner Mutter in Ausland gewohnt, die auch oft krank ist und auf meinen Sohn aufgepasst hat, während ich in Österreich Geld verdient habe, damit ich in Ausland leben kann. Auch in Land2 habe ich einmal kurz gearbeitet, wo ich meinen Lebensgefährten im Jänner 2010 kennen gelernt habe. Ich war immer in Ausland und dann wieder in Land2. In Land2 hatten wir bei Stadt in Ort auch vorüber gehend eine Wohnung gemietet. Zunächst waren wir in Ausland bei der Mutter, Anfang Dezember 2010. Meine Mutter ist psychisch krank, sie muss deshalb Tabletten nehmen. Seit der Sohn bei uns lebt, ist der Sohn in psychiatrischer Behandlung. Das Jugendamt hat gesagt, ich bin eine sehr gute Mutter und dass ich mit ihm im Krankenhaus (Krisenzentrum) war. Das Jugendamt will nichts weiter machen, weil nichts passiert ist und es meinem Sohn gut geht. Das Jugendamt hat gesagt, es hat viele Wohnungen und viele Kinder gesehen, aber so sauber und gepflegt wie der Sohn und die Wohnung war, so etwas hat es noch nicht gesehen. Dies wird vom Lebensgefährten bestätigt. Die Therapeutin kann das auch bestätigen. Am 25. Oktober möchte ich meinen Lebensgefährten heiraten und für immer in Österreich bleiben.

Der Lebensgefährte wusste zunächst nicht, wo sie sich niederlassen wollten. In Ausland dürfte der Sohn missbraucht worden sein. Der Sohn war immer in der Wohnung und wenn es meiner Mutter nicht gut gegangen ist, hat sie mit ihm nichts unternommen. Aus Gesprächen mit dem Sohn haben wir abgeleitet, dass etwas vorgefallen ist. Wir sind dann kurz vor Weihnachten nach Österreich gefahren und haben zweimal im Hotel gewohnt bevor wir diese Wohnung angemietet haben, weil wir keine andere gefunden haben. Österreich wurde wegen der Nähe

zu_Ausland gewählt. Wir hatten auch wenig Geld, weshalb die Lebensversicherung aufgelöst wurde.

Sind Sie in Ausland oder in Land2 im Berufungszeitraum oder davor einer Erwerbstätigkeit nachgegangen? Wenn ja, welcher? Wenn nein, wovon haben Sie sonst Ihren Lebensunterhalt bestritten?

Antwort: In Ausland habe ich lange nicht gearbeitet. Mit 20 Jahren habe ich in Ausland gearbeitet. In Land2 war ich auch, manchmal in Österreich, manchmal in Land2 . In beiden Ländern hatte ich keine Krankenversicherung. In Land2 habe ich in einem FKK Sauna-Klub gearbeitet. Dieser hat für mich 25,00 € Steuer am Tag abgeführt. Meinen Sohn und mich selbst habe ich von der Krankenversicherung in Ausland rückwirkend mit Jänner 2011 abgemeldet.

Der Lebensgefährte gibt an, dass er auch Verwandtschaft in Österreich hat, sein Vater ist Österreicher und die Verwandten leben in Stadt2. Wir besuchen sie manchmal.

Zu Ihrer Erkrankung gibt die Bw. an, dass sie an einer Allergie leidet, bei der manchmal die Zunge anschwillt und weswegen sie sich öfter in Spitalsbehandlung befindet. Jetzt werde ich ausgetestet, auf was ich allergisch bin. Deshalb bekomme ich Kortison. Auch mit dem Magen habe ich ein Problem.

Betreffend die Ausübung Ihrer Erwerbstätigkeit in Österreich haben Sie erklärt, Sie könnten keine Honorarnoten vorlegen, hätten aber Aufzeichnungen geführt. In welcher Weise haben Sie in Österreich Ihre Erwerbstätigkeit entfaltet? Haben Sie die Tätigkeit im Rahmen eines Bordells, eines Laufhauses, in Stundenhotels oder auf dem Straßenstrich ausgeübt? Haben Sie allenfalls Kontaktanzeigen in der Zeitung geschaltet oder sonst wie dafür geworben? Gibt es dafür irgendwelche Nachweise? Es wird ersucht, Nachweise für Ihre Tätigkeit vorzulegen, insbesondere die von Ihnen geführten Aufzeichnungen.

Antwort: Ich habe in einem Studio oder in einem Laufhaus gearbeitet. Dort wird zwar Geld kassiert, aber ich bekomme keine Bestätigung. Man musste zwar einen Mietvertrag unterschreiben, aber ich habe nie eine Quittung bekommen.

Der Lebensgefährte gibt an, dass sie die Klamotten beschlagnahmt haben. Die Bw. sagt, dass sie ihr auch den Pass abnehmen wollten.

Diese Erfahrung haben wir im ersten Jahr gemacht. Es war schwierig. Auch meine Mutter, obwohl sie selbst wenig hat, hat uns Geld geschickt, auch die Mutter meines Lebensgefährten. **Wenn ich Arbeit hatte, konnten wir die Miete und das Essen bezahlen.** Für die Krankenversicherung hat das Geld nicht gereicht und deshalb habe ich auch Schulden.

Aufzeichnungen über meine Tätigkeit kann ich nicht vorlegen, weil ich keine geführt habe. Wir haben am Finanzamt immer nur telefonisch Auskünfte bekommen. Das Jugendamt hat auch beim Finanzamt angerufen und das Finanzamt habe ihm gesagt, es würde alles in Ordnung kommen und er soll sich nicht einmischen.

Sie haben ferner auf dem Familienbeihilfenantrag ein österreichisches Konto angeführt. Sie wurden mit Vorhalt ersucht, die Kontoauszüge dieses Kontos vollständig und geordnet vorzuzeigen.

Antwort: Meine Bank hat das Konto geschlossen, weil ich die Kontoführungsgebühr nicht bezahlen konnte. Die Gebühr konnte ich nicht bezahlen. Die Kontoauszüge werde ich aber nachreichen, ebenso eine Bestätigung der Gebietskrankenkasse, wann ich jeweils in welcher Behandlung war. Bei der Adr1 müssen wir noch Miete nachbezahlen.

Auch der Lebensgefährte verspricht, seine Kontoauszüge nachzureichen.

Vorgelegt wurde eine Bestätigung Drs. Arzt. Gemäß dieser Bestätigung sei die Bw. seit 10/11 bis dato (28.9.2012) wegen mehrfacher Erkrankungen in dauernder ärztlicher Behandlung und aus medizinischer Sicht seit damals nur eingeschränkt berufsfähig. Vorgelegt wurde weiters eine Bestätigung, wonach Name_Kd vom 15.12.2011 bis 29.6.2012 als außerordentlicher Schüler die Vorschulstufe besuchte. Einer Bestätigung der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Landesstelle Wien vom 8.10.2012, ist zu entnehmen, dass die Bw. vom 10.1.2011 bis 30.11.2011 und vom 6.8.2012 bis laufend in der Kranken- und Unfallversicherung pflichtversichert sei (wobei bei der Unfallversicherung statt des 30.11.2011 versehentlich der 30.11.2012 angeführt wurde). In der Pensionsversicherung lag eine Pflichtversicherung von 10.1.2011 bis 31.5.2011 vor. Vorgelegten ärztlichen Bestätigungen ist zu entnehmen, dass die Bw. und ihr Sohn in den Jahren 2011 und 2012 in ärztlicher bzw. Spitalsbehandlung waren. Den vorgelegten Kontoauszügen sind Ein- und Ausgänge zu entnehmen, wobei es sich bis auf wenige Überweisungen – zum Teil von Unterstützungszahlungen der Eltern des Lebensgefährten, nunmehrigen Ehemannes, sowie Handyrechnungen – um Bareingänge und Barausgänge gehandelt, welche zum Teil in kurzen zeitlichen Abständen erfolgt sind.

Laut Auskunft der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft wurde die Pensionsversicherung ab 1.6.2011 beendet, weil die Bw. in einem Schreiben angegeben habe, die relevante Versicherungsgrenze (von 6.453,26 € Jahreswert bei hauptberuflicher Ausübung) nicht zu überschreiten. Gleichzeitig habe die Bw. die freiwillige Krankenversicherung (opting in) beantragt, bei welcher sie auch in der Unfallversicherung nach dem ASVG versichert sei. Ab 1.12.2011 sei die freiwillige Krankenversicherung von der Bw. beendet worden, da sie für mehr als drei Monate die Beiträge nicht entrichtet hatte. Dies gelte auch

für die Unfallversicherung nach dem ASVG. Ab 6.8.2012 sei die Bw. auf Antrag wieder in das opting in einbezogen worden.

Mag. XY, der Mann der Vermieterin hat bekannt gegeben, dass die Miete bis Oktober 2011 bezahlt worden ist. Im Februar 2012 sei der Schlüssel zurückgegeben worden. Dazwischen sei versprochen worden, die Miete zu bezahlen, was aber nicht erfolgt sei. Die Vermieter hätten die Bw. nur ein oder zweimal gesehen, ansonsten sei der Mann mit dem Kind in der Wohnung gewesen. Die Wohnung sei sehr ordentlich aufgeräumt übergeben worden, aber kalt gewesen. Der Strom sei ein oder zwei Monate vor der Übergabe abgedreht worden. Mag. Y könne sich nicht vorstellen, dass zu diesem Zeitpunkt jemand in der Wohnung gewohnt habe.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) 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 Z 1 NAG wird zur Dokumentation des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts für mehr als drei Monate auf Antrag eine „Anmeldebescheinigung“ (§ 53) für EWR-Bürger ausgestellt, die sich länger als drei Monate in Österreich aufhalten.

Gemäß § 53 Abs. 1 NAG haben EWR-Bürger, denen das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht zukommt (§§ 51 und 52), wenn sie sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, dies binnen vier Monaten ab Einreise der Behörde anzugeben. Bei Vorliegen der Voraussetzungen (§§ 51 oder 52) ist von der Behörde auf Antrag eine Anmeldebescheinigung auszustellen.

Gemäß § 51 Abs. 1 NAG sind EWR-Bürger auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt, wenn sie

1. in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständige sind;
2. für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen, so dass sie während ihres Aufenthalts weder Sozialhilfeleistungen noch die Ausgleichszulage in Anspruch nehmen müssen. ...

Entsprechend den Vorgaben der Richtlinie 2004/38/EG ("Freizügigkeitsrichtlinie") sehen die §§ 9 und 53 NAG mit der Anmeldebescheinigung ein eigenes, nicht rechtsbegründend, sondern lediglich deklaratorisch wirkendes Dokument zum Nachweis des in § 51 NAG geregelten

Aufenthaltsrechts von EWR-Bürgern und damit auch von Unionsbürgern vor (vgl. Verwaltungsgerichtshof vom 16.2.2012, 2009/01/0062).

Gegenständlich ist strittig, ob sich die Bw. und ihr Kind im Berufungszeitraum rechtmäßig in Österreich aufgehalten haben und die Bw. daher Anspruch auf Familienbeihilfe hat, oder nicht.

Während das Finanzamt auf das Fehlen eines Gewerbescheines und von Honorarnoten verwies und aufgrund nicht erworbener Versicherungszeiten davon ausging, dass die Bw. weder selbständig noch unselbständig erwerbstätig gewesen sei, verwies die Bw. darauf, dass sie bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft als selbständig erwerbstätig versichert gewesen sei und auch Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt habe. Es sei in diesem Gewerbe nicht üblich, Honorarnoten zu legen.

Laut homepage des Bundeskanzleramtes ist die Prostitution – das Anbieten von sexuellen Dienstleistungen durch erwachsene Personen – in Österreich grundsätzlich legal. Dennoch haben bis zur OGH-Entscheidung vom 18.4.2012 (*3Ob45/12g*) Verträge über sexuelle Dienstleistungen (die Körperkontakt involvieren) generell als sittenwidrig gegolten: Honorare konnten nicht eingeklagt – und (freie) Dienstverträge nicht abgeschlossen werden. Rechtlich wurden alle Sexdienstleisterinnen und Sexdienstleister als sog. neue selbständige behandelt, unabhängig von tatsächlichen Arbeitsbedingungen.

Einer weiteren, im Internet aufrufbaren Unterlage betreffend die Regelung der Prostitution in Österreich (Empfehlungen der Arbeitsgruppe „Länderkompetenzen Prostitution“ (AG-LKP) – im Rahmen der Task Force Menschenhandel) ist zu entnehmen, dass Sexdienstleisterinnen derzeit noch generell als neue Selbständige beurteilt werden. Sexuelle Dienstleistungen unterliegen nicht der Gewerbeordnung. Vor Aufnahme der Tätigkeit und anschließend einmal wöchentlich müssten sich Sexdienstleisterinnen einer amtsärztlichen Untersuchung auf Geschlechtskrankheiten unterziehen. diese Untersuchungen werden ebenso wie eine alle drei Monate zu erfolgende amtsärztliche Untersuchung auf HIV-Infektionen und eine jährliche Tuberkuloseuntersuchung auf der sog. Gesundheitskarte (auch Deckel genannt) vermerkt.

Gemäß § 2 der Verordnung „Gesundheitliche Überwachung von Prostituierten“, BGBl. 314/1974 vom 12.6.1974, hat die Bezirksverwaltungsbehörde, wenn die im § 1 genannte Person bei der erstmaligen Untersuchung frei von Geschlechtskrankheiten befunden worden ist, der betreffenden Person einen mit einem Lichtbild versehenen Ausweis auszustellen.

Einkünfte aus Prostitution unterliegen als solche aus Gewerbebetrieb der Einkommensteuer (siehe Verwaltungsgerichtshof vom 10.11.1987, 87/14/0165).

Wann und in welchem Umfang die Bw. tatsächlich einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist, ist vor allem mangels von ihr geführter Aufzeichnungen, wann und wo sie tätig war, welche Einnahmen sie erzielt und welche Ausgaben sie getätigt hat, nicht nachvollziehbar. Die Stempel auf dem Gesundheitszeugnis, welche dokumentieren, dass die erforderlichen Untersuchungen zum Teil erfolgt sind, sind kein Nachweis für das tatsächliche Ausmaß der Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit. Auch die Kontoauszüge lassen nur bedingt Rückschlüsse auf erzielte Einkünfte zu, weil diese die wirtschaftliche Situation der Bw. nur unvollständig wiedergeben. Die Bw. hat selbst erklärt, sie sei sowohl von ihrer eigenen Mutter als auch von den Eltern des Lebensgefährten, nunmehrigen Ehegatten, finanziell unterstützt worden. Bei Bareinzahlungen auf ein Konto ist nicht feststellbar, aus welchen Quellen die einbezahlten Beträge stammen, insbesondere ob es sich um Einkünfte aus Erwerbstätigkeit handelt. Aus der Nichtdurchführung bestimmter Aufträge ist ersichtlich, dass selbst kleine Beträge, etwa aufgrund von Rechnungen für Handys oder für Wiener Kindergärten, in der Folge nicht mehr beglichen werden konnten.

Aufgrund der glaubwürdigen Schilderungen der Bw. und der Bezahlung der Miete bis Oktober 2011 ist jedoch davon auszugehen, dass bis zu diesem Zeitpunkt eine Erwerbstätigkeit in einem nennenswerten Ausmaß ausgeübt wurde bzw. ausreichende Existenzmittel und – aufgrund der Krankenversicherung bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft ein umfassender Krankenversicherungsschutz vorhanden waren. Der Zeitraum fällt in etwa mit dem Zeitraum laut ärztlicher Bestätigung vom 28.9.2012 zusammen, gemäß welcher die Bw. seit 10/11 bis dato wegen mehrfacher Erkrankungen in dauernder ärztlicher Behandlung stehe und aus medizinischer Sicht seit damals nur eingeschränkt berufsfähig sei. Die Bw. hat selbst erklärt, wenn sie Arbeit gehabt habe, hätten die Miete und das Essen bezahlt werden können. Im Dezember waren selbst die Sozialversicherungsbeiträge durch drei Monate nicht entrichtet worden.

Es wird daher davon ausgegangen, dass die Bw. ab November 2011 keine relevante selbständige Erwerbstätigkeit mehr ausgeübt hat, weshalb der Berufung nur bis Oktober 2011 Folge gegeben werden konnte.

Gemäß § 4 FLAG gilt Folgendes:

Abs. 1: Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, haben keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Abs. 2: Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person (§ 5 Abs. 5)

Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.

Abs. 3: Die Ausgleichszahlung wird in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet.

Abs. 4: Die Ausgleichszahlung ist jährlich nach Ablauf des Kalenderjahres, wenn aber der Anspruch auf die gleichartige ausländische Beihilfe früher erlischt, nach Erlöschen dieses Anspruches über Antrag zu gewähren.

Abs. 5: Die in ausländischer Währung gezahlten gleichartigen ausländischen Beihilfen sind nach den vom Bundesministerium für Finanzen auf Grund des § 4 Abs. 8 des Umsatzsteuergesetzes 1972, BGBl. Nr. 223/1972, in der „Wiener Zeitung“ kundgemachten jeweiligen Durchschnittskursen in inländische Währung umzurechnen.

Abs. 6: Die Ausgleichszahlung gilt als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes; die Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe finden jedoch auf die Ausgleichszahlung keine Anwendung.

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG sind Staatsbürger der Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Gesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt.

Da die Bw. für den Zeitraum Jänner bis Juni 2011 in Ausland ein Kindergeld bezogen hat, ist dieses auf die ansonsten für diesen Zeitraum gebührende Familienbeihilfe anzurechnen. Es gebührt lediglich die Differenz. Da im Zeitpunkt der Stellung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe der Anspruch in Ausland bereits erloschen war, lagen im Zeitpunkt der Entscheidung des Finanzamtes die Voraussetzungen für die Gewährung der Ausgleichszahlung bereits vor. Die Familienbeihilfe gebührt daher im Zeitraum von Jänner bis Juni 2011 in Höhe der Ausgleichszahlung.

Gemäß § 289 Abs. 1 BAO kann die Abgabenbehörde zweiter Instanz, wenn die Berufung weder zurückzuweisen (§ 273) noch als zurückgenommen (§ 85 Abs. 2, § 86a Abs. 1) oder als gegenstandslos (§ 256 Abs. 3, § 274) zu erklären ist, die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Berufungsvorentscheidungen unter Zurückweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz erledigen, wenn Ermittlungen (§ 115 Abs. 1) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können. Im weiteren Verfahren sind die Behörden an die für die Aufhebung maßgebliche, im Aufhebungsbescheid dargelegte Rechtsanschauung gebunden. Durch die Aufhebung des angefochtenen

Bescheides tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hat. Soweit die Verjährung der Festsetzung einer Abgabe in einer Berufungsentscheidung (Abs. 2) nicht entgegenstehen würde, steht sie auch nicht der Abgabenfestsetzung im den aufgehobenen Bescheid ersetzenen Bescheid der Abgabenbehörde erster Instanz entgegen; § 209a gilt sinngemäß.

Ab August 2012 hat sich die Bw. bei der Krankenversicherung wieder angemeldet. Für diesen Zeitraum wurden die Anspruchsvoraussetzungen noch nicht ausreichend überprüft. Ermittlungen des Unabhängigen Finanzsenates wurden deshalb noch nicht vorgenommen, weil zunächst davon ausgegangen wurde, dass die berufliche Tätigkeit der Bw. zumindest aus den Kontoauszügen ersehen werden könnte. Die abschließende Klärung des Anspruchs auf Familienbeihilfe auch für den Zeitraum ab August 2012 würde Zeit in Anspruch nehmen, was dazu führen würde, dass selbst die nunmehr seitens des Unabhängigen Finanzsenates anerkannten Beträge später zur Auszahlung gelangen würden. Im Hinblick auf die finanzielle Situation der Familie wird eine weitere Verzögerung jedoch nicht für gerechtfertigt erachtet.

Der Berufung konnte daher teilweise Folge gegeben werden. Hinsichtlich des Zeitraumes ab August 2012 werden noch weitere Ermittlungen durch das Finanzamt vorgenommen werden.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Beilagen: Verständigung über Vorlage, Niederschrift

Wien, am 18. Dezember 2012