



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Senat 1

GZ. RV/1961-W/06

Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., Montage von mobilen Trennwänden etc., 1120 Wien, X-Straße, vom 12. Mai 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf, vom 2. Mai 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. November 2004 bis 31. August 2005 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Der in Polen geborene Berufungswerber (=Bw.) beantragte Familienbeihilfe für seine 2002 in Wien geborene Tochter P.. Der Bw., der sich als Selbständiger bezeichnet, meldete im November 2004 folgende Gewerbe an: „Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehalteten Tätigkeit“, „Verfugungsarbeiten mit Silicon und Akryl im Sanitär- und Fensterbereich“ und „Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilteile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen. Lt. einer Bestätigung ist er ab 01.11.2004 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert. Er ist in Wien M seit 04.10.2004, seine Gattin und die Tochter jeweils seit 25.11.2004 aufrecht gemeldet (Hauptwohnsitz). Die Gattin (lt. Erklärung Hausfrau) ist beim Bw. seit 01.12.2004 mitversichert.

Das Finanzamt ersuchte den Bw. um eine Bestätigung des AMS über den freien Zugang zum Arbeitsmarkt und um eine Bestätigung der zuständigen polnischen Behörde darüber, wie lange man ihm dort die Familienbeihilfe bzw. das Kindergeld ausbezahlt habe.

Der Bw. legte beglaubigte Übersetzungen von 2 Bestätigungen (vom 23. und 30.03.2005) einer polnischen Sozialversicherungsanstalt für Landwirte vor, in denen ausgeführt wird, dass beide Ehegatten kein Familienentgelt für das genannte Kind beziehen. Eine Bestätigung vom AMS legte der Bw. dagegen nicht vor.

In einem weiteren Vorhalt ersuchte das Finanzamt den Bw. um

Bekanntgabe, wo sich der Familienwohnsitz bis zur Einreise nach Österreich befunden habe (genaue Anschrift) und um Vorlage der Abmeldebestätigung,

eine Kopie des Mietvertrages und um Angabe, wer noch in der Wohnung wohne,

eine Aufstellung der Lebenshaltungskosten für die ganze Familie im Antragszeitraum und um Bekanntgabe, mit welchen Mitteln diese bestritten wurden,

Bekanntgabe, bei welchem Finanzamt und unter welcher Steuernummer er seine Einkünfte versteuere,

Vorlage einer Bilanz oder Einnahmen-Ausgabenrechnung ab Einreise, Kopien der Auftragsverhältnisse und entsprechender Einnahmenbelege (ausgestellte Rechnungen),

eine Kopie des Zulassungsscheines, falls er oder die Gattin ein KFZ besitzen,

den Nachweis des ständigen Aufenthaltes des Kindes im Bundesgebiet seit November 2004 (z.B. Kindergartenbestätigung, Arztbesuche, Impfpass, Mutter-Kindpass, etc.) (Der Meldezettel allein genüge nicht.),

eine Bestätigung der polnischen Behörde, bis wann eine ausländische Beihilfe bezogen worden sei. Für den Fall, dass keine ausländische Beihilfe bezogen wurde, eine schriftliche Bestätigung darüber, warum sie nicht bezogen wurde.

Der Bw. legte eine Bestätigung über den Kindergartenbesuch (Stadt Wien) seiner Tochter ab 01.09.2005, Ablichtungen der polnischen Sozialversicherungskarten („E-Cards“), einen Mietvertrag über die Anmietung der Wiener Wohnung ab 01.09.2004 bis 31.08.2008, des polnischen Zulassungsscheines des (am 09.01.2002) für den Bw. zugelassenen PKW, Ablichtungen des Mutter-Kind-Passes samt Impfnachweis und neuerlich die bereits erwähnten Bestätigungen der polnischen Sozialversicherungsanstalt für Landwirte vor.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Tochter für die Zeit vom 01.11.2004 bis 30.08.2005 mit folgender Begründung ab:

„Auf Grund der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes zu Art. 12 des EG-Vertrages besteht für EU-Bürger Anspruch auf Familienleistungen, wenn sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich befindet und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Das Niederlassungsrecht für EU-Bürger knüpft außerdem an die (legale) Ausübung einer nichtselbständigen oder selbständigen Tätigkeit in Österreich bzw. an eine ausreichende Krankenversicherung und das Vorhandensein von Existenzmitteln.“

Der an Sie versandte Ergänzungsvorhalt vom 06.02.2006 bezüglich einer (legalen) Ausübung einer Tätigkeit in Österreich und Ihrer Einkommensverhältnisse wurde nicht beantwortet. Die Aufgabe des ausländischen Wohnsitzes wurde nicht nachgewiesen, Ihr KFZ ist nach wie vor im Ausland zugelassen.

Aus der Kopie des Mutter-Kind-Passes und Impfpasses sind hauptsächlich ärztliche Konsultationen aus den Kalenderjahren 2002 bis April 2004 ersichtlich und lediglich zwei einzelne FSME-Impfungen im Mai 2005, woraus kein ständiger Aufenthalt des Kindes seit November 2004 ableitbar ist.

Insgesamt liegen somit keinerlei Nachweise vor, wonach sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen bereits seit November 2004 in Österreich befindet bzw. dass sich ihre Familie ständig in Österreich aufhält und es war daher wie im Spruch zu entscheiden.“

Der Bw. er hob Berufung. Seine Tochter sei am XX. April 2002 in Wien geboren und lebe seit der Geburt mit ihrer Mutter und ihm in einem Haushalt. Sie gehe auch in Wien in den Kindergarten. Dadurch sei der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Wien gegeben.

Das Finanzamt gab der Berufung keine Folge:

„Das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 knüpft an eine im zwischenstaatlichen Steuerrecht gebräuchliche Regel an, wonach der Mittelpunkt der Lebensinteressen maßgebend sein soll. Nur wenn der Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland gegeben ist und sich die Kinder ständig im Inland aufhalten, soll auch ein Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben sein.“

Den Mittelpunkt der Lebensinteressen hat eine Person in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat. Der Verwaltungsgerichtshof hat hierbei den persönlichen Beziehungen auch ein gewisses Übergewicht über die wirtschaftlichen Beziehungen eingeräumt. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen ist im Inland anzunehmen, wenn ein längerer Aufenthalt im Inland gegeben ist, hier eine Beschäftigung ausgeübt wird,

eine eingerichtete Wohnung vorhanden ist und keine Umstände darauf hinweisen, dass die Beziehungen zu einem anderen Staat enger sind.

Ab September 2005 wurde aufgrund des Nachweises über den Kindergartenbezug die Familienbeihilfe für Ihre Tochter zuerkannt. Strittig ist lediglich der Zeitraum November 2004 bis August 2005, da für diesen Zeitraum kein Nachweis eines ständigen Aufenthaltes der Familie im Inland vorgelegt werden konnte und aufgrund der Aktenlage auch kein Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich anzunehmen war.

Es ist unbestritten, dass Ihre Tochter P am XX.04.2002 in Wien geboren wurde. Im Kalenderjahr 2002 wurden auch regelmäßig Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen und Impfungen in Wien durchgeführt. Das Finanzamt hat auch nicht bestritten, dass Sie seit der Geburt des Kindes mit Ihrer Familie in einem Haushalt leben, sondern lediglich bezweifelt, dass dieser ständig im Inland gelegen ist.

Für den strittigen Zeitraum liegen nämlich keinerlei Nachweise über einen ständigen Aufenthalt von Mutter und Kind im Inland vor. Vielmehr wurde im Antragsformular die, (Wieder-)Einreise von Ihnen und der Familie mit "2004" angegeben, dies offensichtlich zeitgleich mit der Anmeldung eines "Gewerbes" mit 01.11.2004, einer behördlichen Anmeldung mit 25.11.2004 und dem Abschluss eines befristeten Mietvertrages.

Diese Punkte allein beinhalten noch keinen Nachweis, dass sich die Familie seit November 2004 ständig im Inland aufhält und der Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland liegt, zumal der Bedenkenvorhalt vom 06.02.2006 - wie in der Bescheidbegründung angeführt - großteils nicht beantwortet wurde und auch die Tatsache, dass Ihr Kfz nach wie vor im Ausland zugelassen ist, gegen eine solche Annahme spricht.

Sie werden daher nochmals aufgefordert, entsprechende Nachweise vorzulegen, wonach sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen Ihrer Familie bereits seit November 2004 im Inland befindet und sich die Familie auch ständig im Inland aufhielt.

Taugliche Nachweise wären zum Beispiel:

behördliche Abmeldung der ganzen Familie in Polen

Nachweis über Wegfall der Steuerpflicht in Polen (letzter Einkommensnachweis in Polen)

Anmeldebescheinigung der Fremdenbehörde

Bestätigung der polnischen Behörde, bis wann Familienleistungen in Polen zugestanden sind

Einkommensnachweise von Ihnen (Einkommensteuerbescheide 2004 und 2005,
Auftragsverträge, Einnahmenbelege ab 11/2004)

Einkommensnachweise der Gattin

Aufstellung der Lebenshaltungskosten für die ganze Familie und Bekanntgabe, mit welchen
Mitteln diese bestritten wurden

Nachweise über ständigen Aufenthalt des Kindes im Inland (z. B. Behandlungen beim
Kinderarzt, Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen ab dem 2. Lebensjahr, Impfungen, usw.)"

Der Bw. gab dazu Folgendes an und schloss 13 Beilagen bei:

- „1. Meine Familie befindet sich seit Oktober 2004 ständig in Österreich, Beilage Meldezettel
- 2. Mein Gewerbe wurde mit 01.11.2004 angemeldet
- 3. Übersendung von selbständigen Arbeiten - 2 Rechnungen
- 4. Betreffend Anmeldung PKW in Polen,

Meine Eltern und die Eltern meiner Frau befinden sich in Polen und ich bin gemeldet am Haus
meiner Eltern, dies hängt auch einmal mit meinem Erbe zusammen, da sich dieses Haus über
Generationen in meiner Familie, befindet. Es ist aber kein Hauptwohnsitz, den habe ich mit
meiner Familie in Österreich. Dass ich in Österreich bleiben möchte, sieht man auch, dass
meine Tochter deutschsprachig erzogen wird.

- 5. Fotokopie Wohnsitzbescheinigung, wo ersichtlich die Zeit meines Aufenthaltes im Haus
meiner Eltern.
- 6. Bescheinigung, dass ich keine Familienbeihilfe in Polen bekommen, noch angesucht habe.
- 7. Belege, wo ersichtlich dass wir in diesem Zeitraum auch mit unserer Tochter in Österreich
gelebt haben und ärztliche Kontrollen in Anspruch genommen haben.

Er legte 2 von ihm am 24.11.2004 und am 30.12.2004 an eine C. in Wien 13 über „Decke und
Wände verspachteln“ (Pauschale € 1.500,00) und über „Schutt entsorgen“ (Pauschale
€ 1.380,00) ausgestellte Rechnungen, einen (bereits aktenkundigen) Auszug aus dem
Zentralen Melderegister, eine Bescheinigung des polnischen Gemeindesozialhilfezentrums,
wonach der Bw. ab 01.05.2004 bis weiterhin keine Familienleistungen aus dem hiesigen
Zentrum bezogen und auch keine Antrag auf Familienleistungen mitsamt Zuschlägen gestellt
haben, vor. Er legte weiters neben einen (bereits aktenkundigen) Auszug aus dem
Gewerberegister vom 01.11.2004, eine Wohnsitzbescheinigung des polnischen

Gemeindeamtes, wonach er samt Frau und Kind von 02.04.2002 bis zum 02.04.2004 in M./Polen, gewohnt und seinen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt habe, vor.

Im Zuge des Berufungsverfahrens wurden die Akten zwecks Durchführung weiterer Erhebungen dem Finanzamt zurückgesandt.

Das Finanzamt erließ einen Ergänzungsvorhalt, in dem es den Bw. aufforderte, Einnahmen-Ausgabenrechnungen ab Einreise, Kopien der Auftragsverträge und entsprechender Einnahmenbelege (ausgestellte Rechnungen) vorzulegen.

Das Finanzamt, bei dem er seine Einkünfte versteuere, sei bekannt zu geben.

Außerdem sei der dem Vorhalt beigelegte „Fragenkatalog Gewerbescheine EU-Ausländer“ vollständig ausgefüllt einzusenden.

Der Bw. reichte Abgabenerklärungen für 2005 und 2006 samt Einnahmen-Ausgabenrechnungen (erklärte Einkünfte aus Gewerbebetrieb 2005: € 2.751,32, 2006: € 3.824,70) ein und gab an, noch nicht steuerlich erfasst zu sein. Von ihm in den Jahren 2005 und 2006 ausgestellte Rechnungen legte der Bw. nicht bei.

Aus dem ausgefüllten Fragebogen geht Folgendes hervor:

Der Bw. kam im Oktober 2004 nach Wien um sich hier eine Existenz für seine Familie und sich selbst aufzubauen.

Die Behördenwege habe er selbst erledigt.

Sein Auftraggeber seit 11/2004 sei die R. GmbH in 1120 Wien, Breitenfurterstraße 21, seine Ansprechperson sei Ing.S.. Die schriftlichen Verträge könnten jederzeit nachgereicht werden.

Sein Arbeitsort liege beim genannten Unternehmen.

Seine Aufträge bekomme er von diesem Unternehmen, das ihm auch seine Honorare auszahle.

Seine Steuererklärungen habe eine Frau F., die die Steuerberaterin seines Auftraggebers sei, ohne Honorar für ihn erstellt.

Die Frage, ob er seine Arbeitskraft schulde, ließ der Bw. unbeantwortet. Die beiden Fragen, ob er sich vertreten lassen könne und ob er weisungsgebunden sei, bejahte der Bw. Die Frage, ob er fixe Dienstzeiten habe, verneinte er. Die Arbeitskleidung werde ihm vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt. Arbeitsmittel und Arbeitsmaterialien werde ihm teils vom Unternehmen, teils von ihm selbst zur Verfügung gestellt. Das genannte Unternehmen hafte

für fehlerhafte Arbeiten. Die Sozialversicherungsbeiträge zahle er selbst. Er habe keinen Urlaubsanspruch.

Er legte Kopien von Abgabenerklärungen für 2005 und 2006 und Einnahmen-Ausgabenrechnungen vor.

Nach Wiedervorlage der Akten richtete der unabhängige Finanzsenat (=UFS) an den Bw. folgenden Vorhalt:

„Nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates ist für die Erledigung Ihrer Berufung gegen den Bescheid über die Ablehnung der Familienbeihilfe nicht der Mittelpunkt der Lebensinteressen Ihrer Tochter entscheidend, sondern, der Umstand, ob die von Ihnen seit Ende 2004 ausgeübte Tätigkeit als nichtselbständige oder als selbständige Tätigkeit in wirtschaftlicher Betrachtung zu beurteilen ist. Für den Fall, dass Ihre Tätigkeit als nichtselbständige Tätigkeit zu beurteilen ist, wäre für die Gewährung der Familienbeihilfe das Vorliegen einer Bewilligung oder eines Freistellungsscheines von der Arbeitsmarktservice GmbH nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz erforderlich.“

1. Bezugnehmend auf Ihre oben angeführte Berufung werden Sie ersucht, die im Katalog unter Punkt 4.4 genannten Verträge mit Ihren (Ihrem) Auftraggeber(n) in Kopie dem unabhängigen Finanzsenat innerhalb von vier Wochen ab Zustellung dieses Schreibens vorzulegen.
2. Nachdem Sie die bereits vom Finanzamt an Sie gerichtete Frage, ob Sie eine Beschäftigungsbewilligung oder einen Freistellungsschein von der Arbeitsmarktservice GmbH über Ihr Ersuchen ausgestellt bekommen haben oder nicht, unbeantwortet ließen, die Beantwortung dieser Frage für das Bestehen eines Anspruches auf Familienbeihilfe aber notwendig ist, werden Sie neuerlich um Auskunft innerhalb der oben genannten Frist ersucht.
3. Aus der Beilage zu den von Ihnen in Kopie vorgelegten Abgabenerklärungen sind unter anderem Mietkosten bzw. „anteilige“ Mietkosten zu ersehen.

Handelt es sich dabei um (anteilig) geltend gemachte Kosten Ihrer Privatwohnung, für die bereits ein Mietvertrag von Ihnen vorgelegt wurde, oder handelt es sich um Kosten für die Anmietung eines Büroraumes, Lagerraumes oder einer Garage? Falls letzteres zutreffen sollte, ist eine Kopie des Mietvertrages vorzulegen.

4. Hatten sie ab November 2004 außer der Fa. C, 1130 Wien, B.Gasse 30 und der R, 1120 Wien, noch weitere Auftraggeber? Falls dies zutrifft, bitte um Übersendung der Verträge und Rechnungen in Kopie.

5. Welche eigenen Werkzeuge besitzen Sie?

6. Besitzen Sie außer Ihrem Personenkraftwagen noch Transportfahrzeuge (Lastkraftwagen, Kombinationskraftwagen, etc.), Baumaschinen (Baukräne, Mischmaschinen) oder haben Sie solche Geräte gemietet bzw. „geleast“?

7. Falls sich die (anteiligen) Mietkosten (Siehe Frage 3) nur auf die Privatwohnung bezogen, besitzen Sie Büro- und Lagerräume, einen betrieblichen Telefon- und Faxanschluss sowie einen Internetanschluss?

8. Sind bzw. waren Sie im Telefonbuch der Telekom Austria oder in einem anderem privaten Telefonverzeichnis mit Ihrem Unternehmen eingetragen, sodass Sie von künftigen Kunden angerufen werden bzw. ein Fax erhalten könnten oder verfügen Sie für Ihr Unternehmen über eine Internetadresse, so dass Sie von diesen eine Email erhalten könnten?

Falls sich dies nicht aus den vorzulegenden Verträgen mit ihren Auftraggebern ergibt, werden Sie ersucht bekannt zu geben, wie Sie die Höhe Ihrer Honorare errechnen.“

Der Bw. ließ den Vorhalt unbeantwortet und legte auch keinerlei Unterlagen vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Strittig ist, ob dem Bw. für seine am XX.04.2002 in Wien geborene Tochter P. ab 01.11.2004 Familienbeihilfe zusteht oder nicht.

Auf Grund des vorangegangenen Ermittlungsverfahrens erließ das Finanzamt einen Abweisungsbescheid, in dem es darauf hinwies, dass EU-Bürgern Anspruch auf Familienleistungen zustehe, wenn sich der **Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland** befindet und sich die Kinder ständig im Inland aufhalten. Das Niederlassungsrecht knüpfe außerdem an die **legale Ausübung einer nichtselbständigen oder selbständigen Tätigkeit im Inland** sowie an eine Krankenversicherung und das Vorhandensein von Existenzmitteln. Die im Ergänzungsvorhalt gestellte Frage nach der legalen Ausübung seiner Tätigkeit sei unbeantwortet geblieben. Auch sei die Aufgabe des Wohnsitzes in Polen nicht nachgewiesen worden und das KFZ nach wie vor in Polen und nicht in Österreich zugelassen. Aus den aktenkundigen Mutterkindpasseintragungen und übrigen Unterlagen könne auf keinen ständigen Aufenthalt der Tochter in Österreich seit November 2004 geschlossen werden.

1. Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland

Gem. § 2 Abs. 1 lit. a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (=FLAG) in der bis zum 31.12.2005 geltenden Fassung (BGBl. 2003/128) haben Personen, die im Bundesgebiet ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Gem. § 2 Abs. 8 FLAG haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Auf Grund der Aktenlage besteht für den UFS im Gegensatz zum Finanzamt kein Anlass daran zu zweifeln, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Bw. und seiner Angehörigen ab November 2004 jedenfalls im Inland befand: Er mietete eine für die Bedürfnisse seiner Familie durchaus angemessene Wohnung und nicht bloß eine Schlafstelle an. Die Tochter besuchte den Kindergarten in Wien und war immer wieder in ärztlicher Betreuung. Die Vorbringen, dass das (schon ältere) KFZ aus Kostengründen nicht im Inland zugelassen wurde und in Polen noch eine Zweitmeldung vorliegt um das Erbteil nicht zu gefährden, erscheinen glaubwürdig und stehen der Annahme des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Inland nicht im Wege.

Gem. 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 Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates unterliegt, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen (Anmerkung: z.B. Familienbeihilfe) nach den Vorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Daraus folgt, dass der Bw. – bei Vorliegen der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen, auf die noch einzugehen sein wird – selbst dann Anspruch auf Familienbeihilfe oder Differenzzahlung hat, wenn sich sein Kind ständig in Polen aufgehalten hätte.

2. Legale Ausübung einer nichtselbständigen Tätigkeit im Inland

Gem. § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz (kurz: FLAG) besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

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 legt fest, dass 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 hat, 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 (=AusIBG) festgelegt, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs. 2 lit. 1 AusIBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (d.h. bis maximal 30.04.2011) weiterhin dem AusIBG. Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AusIBG.

Auf Grund der oben angeführten Verordnungen ergibt sich, dass Familienbeihilfe entgegen der Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG grundsätzlich auch für sich ständig in einem der der Europäischen Gemeinschaft neu beigetretenen Mitgliedstaaten aufhaltende Kinder gewährt werden kann, wobei allerdings eine nichtselbständige Tätigkeit einer **Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz** erfordert.

Entscheidend ist, ob die Tätigkeit des Bw. (ab November 2004) als eine nichtselbständige oder als selbständige Tätigkeit zu beurteilen ist.

Gemäß § 47Abs. 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 Rechtssprechung 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 Werkvertragshältnisses 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.

Zur Beurteilung der für die Gewährung der Familienbeihilfe entscheidenden Frage, ob die seit Oktober 2004 ausgeübte Tätigkeit des Bw. als selbständige oder als unselbständige Tätigkeit zu beurteilen ist, wurde an den Bw. ein Fragebogen versandt.

In diesem Fragebogen gab der Bw. an, nur für einen einzigen Auftraggeber, die Fa. R. GmbH in 1120 Wien tätig geworden sei. Auf die Frage ob es schriftliche Verträge gibt, gab der Bw. an, dass diese „jederzeit“ nachgereicht werden könnten. Er gab an, sich vertreten lassen zu können, er sei weisungsgebunden, habe aber keine fixen Dienstzeiten einzuhalten.

Im Vorhalt des UFS wurde der Bw. ersucht, die Verträge mit seinem (seinen Auftraggeber(n)), dem UFS vorzulegen. Der Bw. wurde im Vorhalt neuerlich nach dem Vorliegen einer Beschäftigungsbewilligung oder einem Freistellungsschein der Arbeitsmarktservice GmbH befragt und auf die Bedeutung der Beantwortung dieser Frage hingewiesen. Der Bw. wurde um Aufklärung der geltend gemachten Mietkosten und die Vorlage eines Mietvertrages ersucht, falls es sich bei den geltend gemachten Mietkosten nicht um die seiner Privatwohnung handle. Er wurde befragt, ob weitere Auftraggebern vorhanden seien, welche Werkzeuge er besitze, ob er außer seinem PKW auch noch Transportfahrzeuge, Baumaschinen (Baukräne, Mischmaschinen) besitze oder lease (anmiete). Weiters wurde er über das Vorhandensein eines betrieblichen Telefon-, Fax- und Internetanschlusses befragt. Schließlich wurde er ersucht, die Art der Berechnung seiner Honorare bekannt zu geben.

Wie bereits im Sachverhalt erwähnt, legte der Bw. die Verträge mit seinem Auftraggeber bzw. seinen Auftraggebern, von denen er noch in der Fragebogenbeantwortung behauptet hatte, diese „jederzeit vorlegen zu können“, nicht vor und ließ auch die übrigen Fragen, die für die Beurteilung seiner Tätigkeit bedeutsam sind, unbeantwortet. Er ließ die auch vom UFS an ihn gerichtete Frage nach Arbeitsbewilligung oder eines Freistellungsscheines der Arbeitsmarktservice GmbH unbeantwortet.

Nachdem die Frage nach Telefon-, Fax- und Internetanschluss unbeantwortet geblieben war, nahm der Referent im Herold-Telefonbuch unter Eingabe des Familiennamens des Bw. eine Telefonnummernsuche vor, die ergebnislos verlief. Eine Google-Abfrage mit Eingabe des Familiennamens des Bw. beschränkt auf Österreich erbrachte ebenfalls kein Ergebnis.

Dies bedeutet, dass ein potentieller Auftraggeber keine Möglichkeit hat, mit dem Bw. telefonisch per Fax oder Internet (Homepage) in Kontakt zu treten, ein Umstand der bei einem österreichischen Unternehmen der Bauindustrie völlig undenkbar erscheint.

Die vom Bw. vorgelegten Einnahmen-Ausgabenrechnungen weisen keinerlei Positionen, die auf den Besitz bzw. die Miete (Leasing) von Lagerräumlichkeiten, Lastkraftwagen, Baumaschinen etc., wie sie auch bei einem kleinen österreichischen Bauunternehmen stets vorhanden sind, auf.

Aus den in den Akten aufliegenden 2 Rechnungen (für 2004), die – im Gegensatz zur Beantwortung des Fragebogens nicht an die Fa. R. GmbH, sondern an eine Fa. C, gerichtet wurden, ergeben sich jeweils Pauschalabrechnungen für „Decke und Wände verspachteln“ und für „Schutt entsorgen“ in Höhe von € 1.500,00 und € 1.380,00. (Weitere Rechnungen oder „Werkverträge“ wurden nicht vorgelegt.)

Die pauschale Abrechnung der vom Bw. für das genannte Unternehmen erbrachten Leistungen verhindern den Nachvollzug der Verrechnung der vom Bw. erbrachten Leistungen. Eine derartige Verrechnung von Leistungen – ohne Anführen von Art und Umfang der erbrachten Lieferungen und/oder Leistungen ist im österreichischen Baugewerbe jedenfalls nicht üblich.

Fest steht, dass die vom Bw. verrechneten Leistungen (Verspachteln von Decke und Wänden, Entsorgung von Schutt) üblicherweise im Rahmen eines Dienstverhältnisses erbracht werden.

Aus dem Gesamtbild der getroffenen Feststellungen geht hervor, dass die Tätigkeit in wirtschaftlicher Betrachtungsweise in der Art eines Dienstverhältnisses und nicht im Rahmen eines selbständigen Unternehmens erbracht wurde. Dem steht der Umstand, dass sich der Bw. als selbständig Tätiger bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichern ließ ebenso wenig entgegen wie die formale Gestaltung des Auftrags- bzw. Dienstverhältnisses sowie der unterbliebene Einbehalt von lohnabhängigen Abgaben durch den Auftraggeber. Wenngleich der Bw. angab, er könne sich vertreten lassen, ist doch aus seinen Einnahmen-Ausgabenrechnung zu ersehen, dass es dazu in den beiden Jahren nie gekommen ist. Hingegen bejahte auch der Bw. seine Weisungsgebundenheit gegenüber seinen Auftraggeber, was ein gewichtiges Indiz für ein Dienstverhältnis anzusehen ist. Die Haftung des Auftraggebers (und nicht des Bw.) für fehlerhafte Arbeiten spricht ebenso für ein Dienstverhältnis, wie die lt. Rechnungen des Jahres 2004 ungefähr gleich hohen Honorare in den Monaten November und Dezember.

Es war daher nach der gem. § 32a Ausländerbeschäftigungsgesetz gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise von einem unselbständigen Dienstverhältnis auszugehen, für dass aber eine Beschäftigungsbewilligung oder ein Freistellungsschein der AMS Service GmbH erforderlich ist. Die

Frage nach dem Besitz einer Beschäftigungsbewilligung oder eines Freistellungsscheines ließ der Bw. jedoch stets unbeantwortet, weshalb der UFS davon ausgeht, dass der Bw. diese nicht besitzt.

Dies bedeutet, dass die in wirtschaftlicher Betrachtungsweise unselbständige Tätigkeit des Bw. ohne die nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz erforderlichen Bewilligungen erfolgte bzw. erfolgt und somit eine Beschäftigung darstellt, die gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer im Sinne von § 3 Abs. 1 FLAG, letzter Satz, verstößt, was nach dem Willen des Gesetzgebers einen Anspruch auf Familienbeihilfe ausschließt.

Die Berufung war daher als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 3. August 2007