



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 17. September 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf vom 25. November 2009 betreffend Differenzzahlung (Familienbeihilfe) für den Zeitraum Jänner 2008 bis Dezember 2008 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) ist seit 2007 in Österreich und beantragte ab 2008 Differenzzahlungen für seine beiden in Polen wohnenden Kinder. Das Finanzamt vertritt die Rechtsansicht, dass ein Anspruch auf eine Familienleistung in Österreich auf Grundlage der VO (EWG) 1408/71 wegen der Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch das EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz (BGBl. I 2004/28) nur dann gegeben ist, wenn eine selbständige oder eine im Sinne des AuslBG legale nichtselbständige Tätigkeit vorliegt. Der Bw. vertritt die Rechtsansicht, dass er im verfahrensgegenständlichen Jahr 2008 selbständig tätig gewesen sei.

Zur Tätigkeit des Bw. wurde seitens des Finanzamtes ausgeführt:

Der Berufungswerber war vom Beginn seiner Tätigkeit im Jahr 2007 bis etwa September 2008 ausschließlich für einen Dienstgeber tätig (vgl. z.B.: Seiten 23-24/2008/Beih) und war bis 31.10.2007 auch als Arbeiter sozialversichert (vgl. z.B.: 84-87/2008/Beih). Während dieser Tätigkeit bei diesem ersten Dienstgeber hatte der Berufungswerber lediglich Aufwendungen in der Höhe von € 53,11 für "Wareneinsatz" (vgl. z.B. 16-17/2008/EST), und es sei allein daraus nach Ansicht des Finanzamtes ersichtlich, dass keine selbständige Tätigkeit vorgelegen habe können. Darüber hinaus seien die "Abrechnungen" seitens des Berufungswerbers in den Jahren 2007 und 2008 mehrmonatig pauschal oder monatlich erfolgt, woraus ersichtlich sei, dass nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt keine Werkleistungen vorgelegen hätten. Auch sei nach der Ansicht des Finanzamtes davon auszugehen, dass der Berufungswerber die Aufwendungen für den "Wareneinsatz" entweder von seinem Dienstgeber ersetzt erhalten habe, oder die Waren betreffend Wareneinsatz für private Zwecke des Berufungswerbers angeschafft worden seien. Im Oktober 2008 habe der Berufungswerber seinen Dienstgeber gewechselt, und es sei der Berufungswerber seit 2011 (also seit Auslaufen der Übergangsbestimmungen des AuslBG) unverändert für diesen tätig (vgl. 84-87/2008/Beih). Anzumerken sei, dass der Bw. nunmehr offiziell nichtselbständig für jenen Dienstgeber tätig sei, für den er zuvor nichtselbständig tätig gewesen sein habe wollen.

Die Tätigkeit des Bw. sei nach deren wahren wirtschaftlichen Gehalt (§ 21 BAO, § 2 Abs. 4 AuslBG, § 539a ASVG) als nichtselbständige Tätigkeit gemäß § 47 Abs. 2 EStG einzustufen gewesen, wobei nach der Judikatur des VwGH die in der Rechtsprechung zu § 2 Abs. 2 und 4 AuslBG entwickelten Kriterien zur Beurteilung einer Tätigkeit als selbständige oder nichtselbständige herangezogen werden könnten. Diese nichtselbständige Tätigkeit wäre nach den Bestimmungen des AuslBG bewilligungspflichtig gewesen, sei aber tatsächlich nicht bewilligt und damit im Sinne des AuslBG illegal gewesen.

Nach der Rechtsansicht des Finanzamtes sei die bisherige Judikatur des VwGH keinesfalls dahingehend auszulegen, dass jede nichtselbständige und nach dem AuslBG bewilligungspflichtige, tatsächlich aber nicht bewilligte und damit im Sinne des AuslBG illegale Tätigkeit als taugliche Anspruchsvoraussetzung für den Bezug der Familienbeihilfe anzusehen sei. Auch der Verordnung (EWG) 1408/71 sei eine solche Intention keinesfalls entnehmbar, weil bereits in der Präambel dieser Verordnung ausgeführt sei, dass diese Verordnung nur auf rechtskonforme Arbeitsverhältnisse anzuwenden sei.

Aus den oben angeführten Gründen beantragte das Finanzamt die Abweisung der Berufung.

Lediglich der Vollständigkeit halber merkte das Finanzamt an, dass der Bw. bezüglich seine Tochter **nicht** nachgewiesen habe, dass diese eine dem § 3 Studienförderungsgesetz 1992 vergleichbare Einrichtung besucht und weiters, dass die Tochter des Bw. einen entsprechenden Studienerfolg erzielt habe.

Angemerkt wird, dass dieser Vorlagebericht des Finanzamtes laut Aktenlage dem Bw. zur Kenntnis gebracht wurde.

Der **Abweisungsbescheid** hinsichtlich der berufungsgegenständlich beantragten Differenzzahlung/Familienbeihilfe wurde begründet wie folgt:

"Für Staatsangehörige bestimmter EU/EWR-Staaten gelten die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes weiter. Sie haben innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt. Stehen solche Staatsangehörige unter Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes in Österreich in einem Arbeitsverhältnis, kann nicht vom Vorliegen einer Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der genannten EU-Verordnungen ausgegangen werden. In einem solchen Fall ist daher der Anspruch auf die österreichischen Familienleistungen ausgeschlossen.

Gemäß § 47 Einkommensteuergesetz liegt ein Arbeitsverhältnis dann vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet, der Arbeitnehmer unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.

Weiters, wenn der Arbeitgeber sein persönliches Weisungsrecht hinsichtlich der Art der Ausführung der Arbeit, der Zweckmäßigkeit des Einsatzes der Arbeitsmittel, der zeitlichen Koordination der zu verrichtenden Arbeiten, der Vorgabe des Arbeitsortes und der Arbeitszeit ausübt.

Dabei ist nach gängiger Rechtsprechung bei der Beurteilung, ob ein steuerlich als Arbeitsverhältnis einzustufendes Vertragsverhältnis besteht, vom tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt der Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern auszugehen. Maßgebend sind ausschließlich die objektiven Umstände, auch wenn die formalen Voraussetzungen (z.B. Gewerbeschein) für eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegen."

Gegen diesen Bescheid erhob der Bw. Berufung mit folgender Begründung:

Eine selbständige Tätigkeit lt. § 2 UStG zeichne sich durch folgende Merkmale aus:

Fehlen der persönlichen Abhängigkeit vom Arbeitgeber

Eigene Betriebsmittel

Vertretungsbefugnis

Nachhaltigkeit

Keine Eingliederung in ein Unternehmen

Keine Verpflichtung, den Weisungen des Unternehmers zu folgen

Da der Bw. in keiner Weise den Weisungen des Auftragnehmers zu folgen habe, sich jeder Zeit vertreten lassen könne, eigene Arbeitsmittel verwende und für seine Tätigkeiten Rechnungen laut der erbrachten Leistungen ausstelle, unterliege der Bw. nicht dem § 47 EStG sondern dem § 2 UStG.

Die abweisende **Berufungsvorentscheidung** wurde begründet wie folgt:

Gem. § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) bestehe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

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

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, habe 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 werde im § 32a Abs. 1

Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) normiert, dass der Bw. nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs. 2 lit. 1 AuslBG) fiele. Neue EU-Bürger unterlägen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (d.h. bis maximal 30.4.2011) weiterhin dem AuslBG.

Für polnische Arbeitnehmer bestehe daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG. Gem. § 3 Abs. 2 AuslBG dürfe ein Ausländer, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt sei, eine Beschäftigung nur antreten und ausüben, wenn für ihn eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt worden sei, oder wenn er eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis, einen Befreiungsschein oder Niederlassungsnachweis besitze. Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des AuslBG vorliege, sei daher der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Gem. § 47 Abs. 2 Einkommensteuergesetz 1988 (EStG 1988) liege ein Dienstverhältnis vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schulde.

Dies sei der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers stehe, oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet sei.

Im Fall des Bw. sei aufgrund eines gelösten Gewerbescheines seit dem Jahr 2008 eine selbständige Tätigkeit ausgeübt worden.

Lt. Einnahmen-Ausgabenrechnung für das Jahr 2008 sei der Bw. in diesem Jahr ausschließlich für zwei Auftraggeber tätig gewesen. Bezüglich der angeführten Ausgaben sei festzustellen, dass diese sich vorwiegend aus den Beiträgen zur Sozialversicherung sowie Kosten für ein Kraftfahrzeug (Treibstoffe, Abschreibung) zusammensetzten. Diese Aufwendungen sind auch nicht untypisch für in einem Beschäftigungsverhältnis anfallende Werbungskosten.

Mittlerweile, nach Wegfall der Zugangsbeschränkungen für neue EU-Staatsbürger zum österreichischen Arbeitsmarkt ab Mai 2011, sei der Bw. bei einem seiner früheren Auftraggeber (Fa. NNNN GmbH) als Arbeiter beschäftigt gewesen. Diese Tatsache spreche auch dafür, dass der Bw. im Kalenderjahr 2008 wegen fehlender Arbeitserlaubnis für diesen Auftraggeber auf selbständiger Basis tätig gewesen sei, obwohl die ausgeübte Tätigkeit einer Bewilligung bedurft hätte. Da die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungsbewilligung) nicht nachgewiesen worden sei, folge daraus, dass eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer nicht vorläge und auch nicht von einer Beschäftigung im Sinne der VO (EWG) 1408/71 ausgegangen werden könne. Diese Verordnung sei daher auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, folglich bestehe mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung kein Anspruch auf Familienleistungen (Differenzzahlung) für die in Polen lebenden Kinder.

Im Vorlageantrag führte der Bw. mit Hinweis auf die Berufung ergänzend aus wie folgt:

In seinem Berufungsschreiben habe er bewiesen, dass seine Tätigkeit, die er im Jahr 2008 ausgeübt habe, ausschließlich eine selbständige Tätigkeit gewesen sei.

Wie jede Firma, die sich als neue gerade entwickle, habe der Bw. am Anfang nicht sehr viele Aufträge und auch nicht sehr viele Auftraggeber gehabt. Es sei auch nicht einfach, einen neuen Auftraggeber zu finden. Die Firmen, die dem Bw. die Aufträge gegeben hätten, seien mit seinen Leistungen zufrieden und hätten seine Firma als richtigen Partner gesehen. Wenn die Zusammenarbeit zwischen zwei oder drei Unternehmen richtig funktioniere, bringe dies auch einen guten Erfolg. Die Aufträge wären immer mehr geworden, und es sei für ihn nicht notwendig - und auch zeitmäßig nicht möglich gewesen - sich noch andere Unternehmen für die Zusammenarbeit zu suchen. Der Bw. habe sein eigenes Werkzeug gehabt, habe sich die Arbeit selber einteilen können, sich jeder Zeit - falls notwendig - von einem anderen

Unternehmen vertreten lassen können und seine Arbeit sei nach erbrachte Leistung bezahlt worden. Er habe immer pauschalierte Zahlungen vereinbart und nie die Stunden verrechnet. Das Jahr 2008 sei vielleicht nicht sehr erfolgreich gewesen. Aber die folgenden Jahre hätten deutlich gezeigt, dass er als Unternehmen gewachsen sei, was bei einem Dienstnehmer nicht möglich gewesen wäre. Er habe höhere Umsätze gehabt und seine Steuern bezahlt (was aus den Einkommensteuerbescheiden 2009 und 2010 ersichtlich sei).

Der Bw. habe seit 2007 als Selbständiger gearbeitet. Aufgrund seiner familiären Situation im Sommer 2011 habe er sich entschieden als Unselbständiger tätig zu sein. Selbständigkeit brauche mehr Zeit und mehr Engagement, und der Bw. habe mit seiner Familie mehr Zeit verbringen wollen. Bis zu diesem Zeitpunkt habe der Bw. auch am Wochenende gearbeitet. Da der Bw. mehr Zeit für sich und für seine engste Familie gewinnen habe wollen, habe er seine Selbständigkeit aufgegeben.

Das Finanzamt erließ folgenden Ergänzungsvorhalt: Der Bw. habe gegen die abweisende Berufungsvorentscheidung betreffend Differenzzahlung für das Kind (geb. 1992) und die Tochter (geb. 1985) für den Zeitraum Jänner 2008 bis Dezember 2008 das Rechtsmittel der Berufung eingebracht und die Zuerkennung von Differenzzahlungen beantragt.

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

1. Um überprüfen zu können, ob die oben angeführten Verordnungen auf den Fall des Bw. anwendbar seien, wurde der Bw. aufgefordert, dem Finanzamt nachstehende Unterlagen vorzulegen:

Einnahmen-Ausgabenrechnung für 2007 bis 2009 beinhaltend sämtliche Einnahmen und Ausgaben für diese Jahre. Insbesondere wurde der Bw. aufgefordert, dem Finanzamt sämtliche Belege die Jahre 2007 bis 2009 betreffend vorzulegen. Festgehalten wurde vom Finanzamt, dass der Bw. nach österreichischem Recht verpflichtet sei, Belege über einen Zeitraum von 7 Jahren aufzubewahren (§ 132 Abs. 1 BAO).

Der Bw. sollte sämtliche Auftragsschreiben mitsamt den entsprechenden Einnahmenbelegen betreffend die Jahre 2007 bis 2009 vorlegen.

2. Der Bw. wurde weiters aufgefordert, dem Finanzamt eine Aufstellung der Lebenserhaltungskosten für die Jahre 2007 bis 2009 zu übermitteln, insbesondere beinhaltend Miete, Betriebskosten, Strom, Telefon, Aufwendungen für Verkehrsmittel, Nahrung, Kleidung, ...;

3. Weiters sollte der Bw. dem Finanzamt bekannt geben, welche berufliche Tätigkeit seine Gattin im Jahr 2008 ausgeübt habe, sowie dem Finanzamt amtliche Bestätigungen des polnischen Wohnsitzfinanzamtes vorlegen, woraus ersichtlich sei, über welches Einkommen die Gattin im Jahr 2008 verfügt habe bzw. ob diese in diesem Jahr keine Einkünfte bezogen habe.

Auch wurde der Bw. aufgefordert, dem Finanzamt amtliche Bestätigungen seines polnischen Wohnsitzfinanzamtes vorzulegen, aus denen ersichtlich sei, über welches Einkommen der Bw. selbst in den Jahren 2007 bis 2009 in Polen verfügt habe bzw. ob der Bw. allenfalls in diesem Jahr in Polen keine Einkünfte bezogen habe.

4. Gemäß § 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 bestehe ein Beihilfenanspruch für Kinder, die das 18. Lebensjahr vollendet hätten nur dann, wenn diese für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden würden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich sei. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchten, sei eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten würden.

Betreffend seine Tochter wurde der Bw. aufgefordert, den entsprechenden Studienerfolg für den Berufszeitraum nachzuweisen und darüber hinaus dem Finanzamt Nachweise vorzulegen, dass es sich bei der von der Tochter besuchten Bildungseinrichtung um eine dem **§ 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl.Nr. 305, vergleichbare Einrichtung handle.**

Sollten die unter den Punkten 1 bis 4. angeführten Unterlagen nicht oder nicht vollständig vorgelegt werden, werde der Berufung nicht Folge gegeben werden können.

5. Zum Vorbringen, dass die berufliche Tätigkeit als selbständige Tätigkeit einzustufen sei, werde festgehalten, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt der Tätigkeit eines Steuerpflichtigen für die Einstufung einer Tätigkeit als selbständig oder nichtselbständig

ausschlaggebend sei, und dass das Finanzamt nicht gehindert sei, eine Tätigkeit (trotz einer eventuellen mitunter vorerst ungeprüften steuerlichen Veranlagung als selbständige Tätigkeit) nachträglich nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren (RV/2154-W/08).

Im Zuge der Vorhaltsbeantwortung legte der Bw. folgende angeführten Unterlagen vor:

Beigelegt wurden: Buchhaltung inkl. Jahreserklärungen 2007 bis 2009 in Original

ESt-Bescheide 2007 - 2009 in Kopien

Zahlungsbelege 2011 - Strom, Miete, Telefon in Kopien

Einkommensbestätigung von polnischer Finanzbehörde in Kopie betreffend die Ehefrau und den Bw.

Geburtsurkunden und Schulbestätigungen der Kinder in Kopien

Folgende Werkleistungsvereinbarung ist aktenkundig:

"1. Werkleistungsvereinbarung

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die ihm vom Auftraggeber übergebenen Bauarbeiten, die gewerbsmäßig erbracht werden sollten, jeweils an mit den Kunden vereinbarten Baustellen durchzuführen. Der Auftragnehmer ist bei der Durchführung der von ihm übernommenen Tätigkeit in Zeiteinteilung, Dauer und Gestaltung des Tätigkeitsablaufes an keinerlei Weisungen des Auftraggebers gebunden. Der Auftragnehmer hat nur den Auftrag zum vereinbarten Abschlusszeitpunkt zu vollenden und dem Auftraggeber über die Positive Erledigung der Verteilung in Kenntnis zu setzen.

2. Dienstort

Der (die) AuftragnehmerIn ist an keinen Dienstort gebunden.

3. Konkurrenzverbot

Während der Dauer der vereinbarten Tätigkeit unterliegt der (die) AuftragnehmerIn keinem Konkurrenzverbot. Er (Sie) ist berechtigt, Aufträge für ähnliche geartete Tätigkeiten auch von anderen Auftraggebern anzunehmen und für diese auszuführen.

4. Honorar

Für die ordnungsgemäße Durchführung der vereinbarten Leistungen erhält der Auftragnehmer ein Honorar, dessen Höhe dem jeweils gültigen Preis-Leistungsverzeichnis zu entnehmen ist. Bei nicht ordnungsgemäßer Leistungserbringung erfolgt der im Preis-Leistungsverzeichnis vereinbarte Abzug.

Die Abrechnung und Zahlung erfolgt jeweils für die Leistung eines Kalendermonats und wird mittels Banküberweisung im Folgemonat durchgeführt.

Die Vertragspartner kommen überein, dass die monatliche Abrechnung durch Erstellung einer Gutschrift seitens des Auftraggebers erfolgt. "Das Banküberweisungsformular wird so ausgefüllt, dass alle für die Buchhaltung des Vertragspartners notwendigen Daten aufscheinen und dadurch die separate Ausstellung eines Gutschriftsbeleges nicht notwendig ist. Das Banküberweisungsformular ist somit gleichzeitig der Gutschriftsbeleg.

Eine Honorarauflistung wird dem Auftragnehmer ausgehändigt oder zugesandt.

Der Auftragnehmer hat allfällige Änderungen im Namen, in der Anschrift oder der Bankverbindung sofort schriftlich zu melden, damit der Gutschriftsbeleg (Banküberweisung)

ordnungsgemäß erstellt werden kann. Nachteile aus Unterlassung solcher Meldungen gehen zu Lasten des Auftragnehmers.

5. Abgaben und Sozialversicherung

Da es sich bei gegenständlicher Vereinbarung um einen Werkvertrag handelt, obliegt die Versteuerung des Honorars dem (der) AuftragnehmerIn. Für die Abfuhr von Sozialversicherungsbeiträgen bzw. den Abschluss einer eventuellen Pflichtversicherung hat der Auftragnehmer selbst zu sorgen.

6. Vertretungsbefugnis

Der (die) AuftragnehmerIn ist berechtigt, geeignete Vertreter oder Gehilfen zu beauftragen. Aus administrativen Gründen hat der (die) AuftragnehmerIn dem Auftraggeber die Tatsache der Vertretung und die Person des Vertreters mitzuteilen. Für den Fall, dass sich der (die) AuftragnehmerIn bei der Erfüllung des Vertrages zur Gänze oder auch nur teilweise eine Vertretung oder einen Gehilfen beauftragt, entsteht zwischen diesem Dritten und dem Auftraggeber kein Vertragsverhältnis.

7. Weisungsfreiheit

Ein Weisungsrecht des Bestellers gegenüber dem (der) AuftragnehmerIn besteht mit Ausnahme von sachlichen Weisungen nicht.

8. Betriebsmittel

Der Auftragnehmer besitzt eigene Betriebsmittel, alle Werkzeuge und grundsätzliche Arbeitsmaterialien, die er für seine selbständige Tätigkeit als Einzelunternehmer, entsprechend der Gewerbeberechtigung braucht. Auf ausdrückliches Verlangen des Kunden bzw. Auftragsgebers kann wegen einheitlichem Aussehen des Werkobjektes und Großmengenpreissrabatten, das zu verarbeitende Material (zB: Spachtelmasse, Silikon, usw.) vom Kunden bzw. Auftragsgeber zur Verfügung gestellt werden.

9. Beendigung des Werkvertrages

Die Aufkündigung des Vertrages kann sowohl vom Auftraggeber als auch vom Auftragnehmer mit einer dreitägigen Frist (Werktage) erfolgen. Bei nicht ordnungsgemäßer Durchführung von vereinbarten Leistungen kann der Auftraggeber das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung aufheben. In diesem Fall stehen dem Auftragnehmer lediglich Entgeltansprüche für bereits getätigte Leistungen zu.

10. Gewährleistung/Haftung

Der Auftragnehmer (Werkunternehmer) hat im Verhältnis zum Auftragsgeber die Haftung im Rahmen der Gewährleistung zu tragen, dies bestimmt sich nach dem Werkvertragsrecht.

11. Sonstiges

Arbeitsrechtliche Bestimmungen finden auf das vorliegende Vertragsverhältnis keine Anwendung.

Der (die) AuftragnehmerIn bestätigt, alle Angaben gewissenhaft und wahrheitsgetreu gemacht zu haben und verpflichtet sich, allfällige Änderungen dem Auftraggeber umgehend zu melden. Beitragsnachzahlungen, die dem Auftraggeber aufgrund unrichtiger Angaben des (der) AuftragnehmerIn erwachsen, sind dem Auftraggeber über Aufforderung umgehend zu ersetzen.

Der Auftragnehmer verpflichtet sich gegenüber dem Auftraggeber, diesen schad- und klaglos zu halten, sofern von Dritten Forderungen (z.B.: Steuern, Versicherungen, Abgaben, o.ä.) gegenüber dem Auftragnehmer an den Auftraggeber herangetragen werden.

Der Auftragnehmer hat für die gegebenenfalls notwendige Gewerbeberechtigung Sorge zu tragen.

Gegenstand

Gegenstand des Vertrages ist die Erbringung von werkvertraglichen Leistungen durch den Auftragnehmer.

Leistungsbeschreibung

Der Auftragnehmer führt die in diesem Vertrag beschriebenen Leistungen aus. Die Leistungen sind wie folgt definiert:

(Name des 1. Bauvorhabens ist aktenkundig.)

Entrostung und Beschichtung der Terrassentrennwände der Stiegen 1-6

Appartementsanierung - bei Neuvergabe (durch Todesfall oder Einweisung in die Pflegestation) ist dieses komplett zu sanieren.

(Name des 2. Bauvorhabens ist aktenkundig.)

Fenster- u. Türsanierung in den Hotelzimmern, die neu adaptiert werden.

(Name des 3. Bauvorhabens ist aktenkundig.)

Sämtliche Fenstersanierungsarbeiten in der Sportschule.

Fristen / Zeiträume / Ausführung des Werkes

Der Auftragnehmer trägt dafür Sorge, dass die ihm mit diesem Vertrag übertragenen Tätigkeiten zur Durchführung der Leistungen lt. Leistungsbeschreibung bis zum vereinbarten Termin erbracht werden. Der Termin ist einzuhalten und kann nur im gegenseitigen Einvernehmen verlängert werden.

Die Leistungen des Auftragnehmers werden selbständig und in voller Eigenverantwortlichkeit erbracht.

Nachbesserungen

Genügt die geleistete Arbeit nach der Beurteilung des Auftraggebers nicht den Anforderungen, so kann eine Nachbesserung verlangt werden. Arbeiten, die trotz Nachbesserungen nicht den Anforderungen entsprechen, werden nicht honoriert.

Vergütung / Honorar

Die Verrechnung des Entgelts erfolgt nach Vereinbarung nach Werksbeginn, das Honorar wird bei Auftragserteilung festgelegt. In diesem Honorar sind eventuelle Steuern und alle Nebenkosten enthalten.

Das Honorar wird grundsätzlich nach mangelfreier Abnahme des Werkes fällig. Bei längerfristigen Arbeiten wird eine Teilzahlung vereinbart werden, die sich nach dem jeweils bereits erbrachten Teil des Werkes richtet.

Der Auftragnehmer stellt über die Vergütungen Rechnungen aus.

Der Auftragnehmer trägt weiters als selbständig tätiger Unternehmer alle damit verbundenen steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen.

Haftung

Der Auftragnehmer haftet für die Erfüllung des Vertrages.

Sonstiges

Es wird festgehalten, dass arbeitsrechtliche Bestimmungen auf das vorliegende Vertragsverhältnis keine Anwendung finden.

Erfüllungsort und ausschließlicher Gerichtsstand ist Wien. Es gilt ausschließlich österreichisches Recht."

Folgender Gewerbeschein ist aktenkundig:

"GEWERBEART: freies Gewerbe

GEWERBEINHABER

GEWERBEWORTLAUT

Beruf1

GEWERBEBERECHTIGUNG – Entstehung: Datum ist aktenkundig (2007)

Bescheid: Magistratisches Bezirksamt für den zuständigen Bezirk

ausgestellt am: TTMM2007 (genaues Datum aktenkundig) GZ: (aktenkundig)

Standort der GEWERBEBERECHTIGUNG

Gemeinde: aktenkundig

Anschrift: aktenkundig."

Folgende Sozialversicherungsdaten sind aktenkundig:

(Zeiten ab 1972)

Die nachfolgenden Daten wurden von den angegebenen Stellen gemeldet.

von	bis	Art der Monate / meldende Stelle	Nr. *)
01.04.2007	31.10.2007	Arbeiter Aktenkundiger Arbeitgeber1 KEG	01
01.01.2008	31.07.2011	gewerbl. selbständig Erwerbstätiger	02
01.10.2009	31.07.2011	nicht bezahlte Beiträge BSVG, GSVG, FSVG	
01.08.2011	laufend	Arbeiter Aktenkundiger Arbeitgeber2 GmbH	03

*) Laufende Nummer des Dienstgebers oder einer sonstigen meldenden Stelle, siehe den anschließenden Listenteil über Dienstgeber.

Beitragsgrundlagen ab 1972

Beitragspflichtiges Einkommen/Sonderzahlungen pro Jahr und Versicherungsverhältnis bzw. jährliche Beitragsgrundlagen zur Weiterversicherung.

Jahr	allgemein	Sonderz.	Dienstgeber / meldende Stelle	Nr. *)
2007	9.085,02	keine €	Aktenkundiger Arbeitgeber1 KEG	01
2008	12.397,68	keine €		02
2009	25.732,56	keine €		02
2010	18.446,64	keine €		02
2011	keine	keine €		02
	8.517,60	1.215,19 €	Aktenkundiger Arbeitgeber2 GmbH	03

Über die Berufung wurde erwogen:

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

Nach § 3 Abs. 1 und 2 FLAG in der für den Streitzeitraum ab 1. Jänner 2006 maßgeblichen Fassung des Fremdenrechtspaktes 2005, BGBl. I Nr. 100, haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhalten, und für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann, wenn sich diese nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 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.

Nach Art. 1 Buchstabe a) Ziffer i) der im Berufungsfall noch maßgeblichen Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABIEG Nr. L 149 vom 5. Juli 1971, (in der Folge Verordnung Nr. 1408/71) in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 1606/98 des Rates vom 29. Juni 1998, ABIEG Nr. L 209 vom 25. Juli 1998, **gilt als Arbeitnehmer oder Selbständiger jede Person, die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige oder einem Sondersystem für Beamte erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist.**

Nach Artikel 1 Buchstabe f) Ziffer i) der Verordnung Nr. 1408/71 in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 307/1999 des Rates vom 8. Februar 1999, ABIEG Nr. L 38 vom 12. Februar 1999, gilt als Familienangehöriger jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, oder in hier nicht interessierenden Fällen als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger angesehen wird; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbständigen oder dem Studierenden in häuslicher Gemeinschaft lebt, so **gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird.**

Gemäß Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 in der erwähnten Fassung der Verordnung (EG) Nr. 307/1999 des Rates gilt die Verordnung Nr. 1408/71 für Arbeitnehmer und Selbständige sowie für Studierende, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

Nach Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h) der Verordnung Nr. 1408/71 in der konsolidierten Fassung ABIEG Nr. L 28 vom 30. Jänner 1997 gilt die Verordnung für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die u.a. Familienleistungen betreffen.

Gemäß Art. 13 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 in der Fassung der erwähnten Verordnung (EG) Nr. 1606/98 unterliegen vorbehaltlich der Artikel 14c (Sonderregelungen für Personen, die im Gebiet verschiedener Mitgliedstaaten gleichzeitig eine abhängige Beschäftigung und eine selbständige Tätigkeit ausüben) und 14f (Sonderregelung für in mehr als einem Mitgliedstaat tätige Beamte, die in einem dieser Staaten im Rahmen eines Sondersystems versichert sind) Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel (Art. 13 bis 17).

Art. 13 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71 lautet:

"(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 selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates**, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt;

....

f) eine Person, die den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht weiterhin unterliegt, ohne dass die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gemäß einer der Vorschriften in den vorhergehenden Buchstaben oder einer der Ausnahmen bzw. Sonderregelungen der Artikel 14 bis 17 auf sie anwendbar würden, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sie wohnt, nach Maßgabe allein dieser Rechtsvorschriften."

Nach Art. 73 der Verordnung Nr. 1408/71 **hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt,** vorbehaltlich hier nicht interessierender Bestimmungen in Anhang VI, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, **Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staats, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.**

Art. 76 der Verordnung Nr. 1408/71 stellt Prioritätsregeln für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Familienleistungen gemäß den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates und den Rechtsvorschriften des Staates auf, in dem die Familienangehörigen wohnen.

Der dritte Teil (Ständige Bestimmungen) Titel I (Anpassungen der Rechtsakte der Organe) der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der **Republik Polen**, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge, ABIEU Nr. L 236 vom 23. September 2003, S.33 ff, (im Folgenden: Beitrittsakte) sieht in Art. 20 vor, dass die in Anhang II aufgeführten Rechtsakte nach Maßgabe jenes Anhanges angepasst werden.

Anhang II (Liste nach Art. 20 der Beitrittsakte) Kapitel 2 (Freizügigkeit) Punkt A (Soziale Sicherheit) erwähnt die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 mit näher angeführten Anpassungen.

Der vierte Teil (Bestimmungen mit begrenzter Geltungsdauer) Titel I (Übergangsmaßnahmen) der Beitrittsakte sieht in Art. 24 vor, dass u.a. die in Anhang XII zu dieser Akte aufgeführten Maßnahmen auf die neuen Mitgliedstaaten unter den in diesen Anhängen festgelegten Bedingungen Anwendung finden.

Anhang XII der Beitrittsakte (Liste nach Art. 24 der Beitrittsakte: Polen) führt unter Kapitel 2 (Freizügigkeit) die Richtlinien 68/360/EWG des Rates und 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates an und sieht vor:

"1. Hinsichtlich der Freizügigkeit von Arbeitnehmern und der Dienstleistungsfähigkeit mit vorübergehender Entsendung von Arbeitskräften im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 96/71/EG gelten Artikels 39 und Artikel 49 Absatz 1 des EG-Vertrages zwischen Polen einerseits und, Österreich, andererseits in vollem Umfang nur vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen der Nummern 2 bis 14.

2. Abweichend von den Artikeln 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und bis zum Ende eines Zeitraums von zwei Jahren nach dem Tag des Beitritts werden die derzeitigen Mitgliedstaaten nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Maßnahmen

anwenden, um den Zugang polnischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln. Die derzeitigen Mitgliedstaaten können solche Maßnahmen bis zum Ende eines Zeitraums von fünf Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden.

Polnische Staatsangehörige, die am Tag des Beitritts rechtmäßig in einem derzeitigen Mitgliedstaat arbeiten

.....

5. Ein Mitgliedstaat, der am Ende des unter Nummer 2. genannten Zeitraums von fünf Jahren nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Maßnahmen beibehält, kann im Falle schwerwiegender Störungen seines Arbeitsmarktes oder der Gefahr derartiger Störungen nach entsprechender Mitteilung an die Kommission diese Maßnahmen bis zum Ende des Zeitraums von sieben Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden. Erfolgt keine derartige Mitteilung, so gelten die Artikel 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr.1612/68.

.....

13. Um tatsächlichen oder drohenden schwerwiegenden Störungen in bestimmten empfindlichen Dienstleistungssektoren auf ihren Arbeitsmärkten zu begegnen, die sich in bestimmten Gebieten aus der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 96/71/EG ergeben können, können Deutschland und Österreich, solange sie gemäß den vorstehend festgelegten Übergangsbestimmungen nationale Maßnahmen oder Maßnahmen aufgrund von bilateralen Vereinbarungen über die Freizügigkeit polnischer Arbeitnehmer anwenden, nach Unterrichtung der Kommission von Artikel 10 des EG-Vertrags abweichen, um

....."

Dem Beitrittsvertrag ist die Schlussakte angefügt, deren Titel III (Sonstige Erklärungen) Teil C (Gemeinsame Erklärungen der derzeitigen Mitgliedstaaten) Punkt 15. (Die Erklärung zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer: Polen), ABIEU Nr. L 236 vom 23. September 2003, Seite 977, lautet:

"Die EU weist auf das hohe Maß an Differenzierung und Flexibilität in der Regelung für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer hin. Die Mitgliedstaaten werden sich bemühen, **polnischen Staatsangehörigen** nach nationalem Recht verstärkt Zugang zum Arbeitsmarkt zu gewähren, um die Angleichung an den Besitzstand zu beschleunigen. **Die Beschäftigungsmöglichkeiten für polnische Staatsangehörige in der EU sollten sich daher mit dem Beitritt Polens erheblich verbessern.** Darüber hinaus werden die Mitgliedstaaten der EU die vorgeschlagene **Regelung auf die bestmögliche Weise**

nutzen, um so rasch wie möglich zu einer vollständigen Anwendung des Besitzstands im Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu gelangen."

Die Einschränkung der Freizügigkeit polnischer Staatsangehöriger ergibt sich aus Art. 24 und Anhang XII der Beitrittsakte. Gemäß Anhang XII Nr. 1 der Beitrittsakte wird die Freizügigkeit durch die Übergangsbestimmungen des Anhangs XII Nr. 2 bis 14 eingeschränkt. Die in Anhang XII aufgeführten Maßnahmen erwähnen die Verordnung Nr. 1408/71 nicht, sondern lediglich die Verordnung Nr. 1612/68 des Rates sowie die Richtlinien 68/360/EWG des Rates und 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates. Bereits deshalb ist nach dem klaren Wortlaut dieser unionsrechtlichen Vorschriften, an deren Auslegung der Unabhängige Finanzsenat insoweit keinen Zweifel hegt, **die Anwendung der Verordnung Nr. 1408/71 durch die Beitrittsakte nicht eingeschränkt worden** (VwGH 22.2.2012, 2011/16/0236).

Auch eine allfällige Verletzung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes vermag die Anwendung der Verordnung Nr. 1408/71 im Berufungsfall nicht zu verhindern

Nach § 2 Abs. 1 Z 1 des Gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes - GSVG sind auf Grund dieses Bundesgesetzes, soweit es sich um natürliche Personen handelt, in der Krankenversicherung und in der Pensionsversicherung die Mitglieder der Kammern der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.

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

Das Unionsrecht stellt in der im Berufungsfall noch maßgeblichen Verordnung Nr. 1408/71 darauf ab, dass die betreffende Person gegen eines der Risiken pflicht- oder freiwillig weiterversichert ist. § 2 Abs. 1 Z 1 GSVG stellt bei der Pflichtversicherung u.a. auf die Mitgliedschaft zur Wirtschaftskammer ab. **§ 2 Wirtschaftskammergesetz wiederum sieht eine Kammermitgliedschaft einerseits bei rechtmäßigem Ausüben einer bestimmten Tätigkeit oder bei der Berechtigung zur Ausübung dieser Tätigkeit vor, wobei die tatsächliche Ausübung dieser Tätigkeit diesfalls nicht gefordert wird.**

Der Bw. hat einen Gewerbeschein gelöst. Sohin ist der Bw. zur Ausübung solcher gewerblicher Tätigkeiten berechtigt und Mitglied der Kammer der

gewerblichen Wirtschaft gewesen. Die Antwort auf die diesbezügliche Vorfrage ergibt demgemäß, dass der Bw. "in der SVA" (gemeint: nach § 2 GSVG) pflichtversichert gewesen ist. Dergestalt fiele der Bw. als Selbständiger iSd Art. 1 Buchstabe a) Ziffer i) der Verordnung Nr. 1408/71 jedenfalls gemäß Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 in den Anwendungsbereich dieser Verordnung, allenfalls auch ohne diese gewerbliche Tätigkeit ausgeübt zu haben (vgl. auch die Urteile des EuGH vom 24. Februar 2005 in der Rs. C-543/03 (Dodl und Oberhollenzer), Rn 31, und vom 10. März 2011 in der Rs. C-516/09 (Tanja Borger), Rn 28, und das hg. Erkenntnis vom 26. Jänner 2012, Zl. 2011/16/0260, sowie *Aigner/Wanke*, in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, Familienlastenausgleichsgesetz, § 3, Rz 190 und 191).

Allfällige Überlegungen, auf einen nicht am "legalen" Arbeitsmarkt Tätigen wäre die Verordnung Nr. 1408/71 nicht anzuwenden (*Csaszar*, aaO, § 53 Rz 22; diesen Überlegungen aber entgegen tretend etwa *Aigner/Wanke*, aaO, § 3 Rz 190 bis 192, 195 und 196) **oder ein solcher wäre kein abhängig Beschäftigter iSd Art. 13 Abs. 2 Buchstabe a) der Verordnung Nr. 1408/71, gingen im Berufungsfall somit ins Leere.**

Soweit Art. 13 Abs. 2 Buchstabe a) der Verordnung Nr. 1408/71 auf den Bw. tatsächlich nicht anwendbar wäre und Art. 13 Abs. 2 Buchstabe b) dieser Verordnung die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit verlangt, käme im Berufungsfall - wenn sowohl Art. 13 Abs. 2 Buchstabe a) als auch Buchstabe b) nicht heranzuziehen wären - Art. 13 Abs. 2 Buchstabe f) zum Tragen, denn ein Sachverhalt, **dass der Bw. im Streitzeitraum weiterhin den polnischen Rechtsvorschriften unterlegen wäre (etwa im Streitzeitraum in Polen abhängig beschäftigt gewesen oder eine selbständige Tätigkeit ausgeübt hätte) wurde nicht festgestellt.**

Deshalb ergibt sich **aus den unstrittig vorgelegenen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 2 Abs. 1 und des Art. 13 Abs. 2 sowie des Art. 73 der Verordnung Nr. 1408/71, dass der Bw. für den Streitzeitraum nach diesen unmittelbar anwendbaren unionsrechtlichen Bestimmungen Anspruch auf Familienbeihilfe für seinen in Polen lebenden Sohn geb. 1992 bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen** (insb. Art. 1 Buchstabe f) Ziffer i) der Verordnung Nr. 1408/71 und § 2 Abs. 2 FLAG) und unter Berücksichtigung der allenfalls anzuwendenden Kumulierungsregelung des Art. 76 der Verordnung Nr. 1408/71 hat (VwGH 22.2.2012, 2011/16/0236).

Gem. der vom Bw. im Zuge einer Vorhaltsbeantwortung vorgelegten Steuerbescheide der Gattin des Bw. hat die Ehefrau des Bw. im Jahr 2007 keine Einkünfte (Bl. 72/FB-Akt) und im

Jahr 2008 ein Einkommen iHv 2.117,77 Zloty (ds. lediglich rd. € 500,00), woraus keine Einkommensteuer resultierte, erzielt (Bl. 74/FB-Akt).

Der Berufung ist daher betreffend Differenzzahlung (Familienbeihilfe) für den Sohn des Bw. stattzugeben.

Ad Tochter des Bw. (geb. 1985):

Generelle Voraussetzungen für den Anspruch auf Familienbeihilfenbezug bei Studierenden sind folgende:

Unter Studium iSd § 2 Abs. 1 lit b ist nur eine auf Grund der einschlägigen Studienvorschriften durchgeführte Ausbildung in einer in § 3 StudFG 1992 genannten Einrichtung zu verstehen (Csaszar/Lenneis/Wanke, Familienlastenausgleichsgesetz Kommentar, Linde 2011, § 2 Rz 55).

Der Studienerfolgsnachweis ist grundsätzlich durch die im § 3 Studienförderungsgesetz genannte Einrichtung zu erbringen (§ 2 Abs. 1 lit b. 13. Satz FLAG; Csaszar/Lenneis/Wanke, Familienlastenausgleichsgesetz Kommentar, Linde 2011, § 2 Rz 68).

Laut Studienbestätigung für die Tochter des Bw. geb. 1985 hat diese vom 1.10.2004 bis zum 16.6.2009 studiert, am 23. Juni 2009 hat sie die Prüfung für den akademischen Grad "Magister" abgelegt (Bl. 80/ FB-Akt).

Voraussetzung für die Differenzzahlungen betreffend die Tochter des Bw. wäre, dass es sich bei der von der Tochter besuchten Institution zur Absolvierung ihres Studiums um eine den im § 3 Studienförderungsgesetz genannten Bildungsinstitutionen vergleichbare Einrichtung handelt. **Ein diesbezüglicher Nachweis wurde vom Bw. trotz diesbezüglicher nachweislicher Aufforderung durch das Finanzamt nicht erbracht. Weiters wurde auch trotz Aufforderung vom Bw. nicht nachgewiesen, dass von seiner Tochter im Jahr 2008 der im FLAG für den Familienbeihilfenbezug geforderte Studienerfolg erbracht wurde.**

In diesem Zusammenhang wird auf die erhöhte Mitwirkungspflicht des Bw. bei Auslandssachverhalten hingewiesen.

Die ausdrücklich geforderten Nachweise, dass es sich um ein Studium iSd § 3 Studienförderungsgesetzes handelt und dass der für den Familienbeihilfenbezug geforderte Studienerfolg im berufsgegenständlichen Jahr 2008 vorgelegen ist, wurden vom Bw. nicht vorgelegt. Aus genannten Gründen ist die **Berufung bezüglich Differenzzahlung/Familienbeihilfe für die Tochter des Bw. (geb. 1985) abzuweisen.**

Insgesamt ist daher spruchgemäß zu entscheiden (Stattgabe betreffend Differenzzahlung/Familienbeihilfe bezüglich den Sohn [geb. 1992] des Bw.; Abweisung betreffend Differenzzahlung/Familienbeihilfe bezüglich die Tochter [geb. 1985] des Bw.).

Wien, am 10. April 2013