

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Wolfgang Pavlik über die Beschwerde des Bf., Adresse, Ungarn, gegen den Bescheid des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart vom 20.12.2018, betreffend Abweisung des Antrags auf Familienbeihilfe (Ausgleichszahlung) für den Zeitraum Jänner 2016 bis Dezember 2017, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art 133 Abs 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (Bf), ein ungarischer Staatsbürger, stellte am 19.01.2018 einen Antrag auf Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für den Zeitraum Jänner 2016 bis Dezember 2017 für die Kinder

- A. geboren 2002
- B. geboren 2010
- C. geboren 2013

Dem Antrag beigelegt war das ausgefüllte Formular E 401. Demnach wurde von der ungarischen Behörde bestätigt, dass der Bf, selbständig, mit seiner Gattin und den drei Kindern im gemeinsamen Haushalt in Stadt, Ungarn, lebe.

Gemäß Formular E 411, beim FA am 25.09.2018 eingelangt, bestätigte die ungarische Behörde über Ersuchen des FA, dass die Gattin des Bf während der Zeit von 01.01.2015 bis

laufend keine berufliche Tätigkeit ausgeübt und für die drei Kinder keinen Anspruch auf Familienleistungen habe, da Österreich der primär zuständige Staat sei.

Das Finanzamt (FA) forderte den Bf mit Vorhalt vom 2010 auf, ein bestätigtes Formular E 401, eine Verzichtserklärung von der Kindesmutter für den Bezug der Familienbeihilfe sowie eine Einnahmen/Ausgabenrechnung für das Jahr 2017 nachzureichen.

Am 30.10.2018 legte der Bf eine Liste mit Namen und Beträgen in ungarischer Sprache, offenbar betreffend Einnahmen und Ausgaben, vor.

Mit Vorhalt vom 20.11.2018 forderte das FA den Bf auf, folgende Unterlagen nachzureichen:

„Vorlage einer Liste, aus der die Tage ersichtlich sind, an welchen Sie Ihre Tätigkeit in Österreich jeweils ausgeübt haben und welche Kunden (Namen und vollständige Adresse) Sie betreut haben?

Vorlage eines Versicherungsdatenauszug der zuständigen ungarischen Stelle aus dem ersichtlich ist, in welchem Zeitraum und wie lange Sie in Ungarn erwerbstätig waren 2016-2017

Ungarische Einkommenssteuerbescheide 2016-2017 oder Nachweise des zuständigen Finanzamtes, dass Sie in Ungarn nicht steuerpflichtig sind!

Vorlage des Kassabuches Ihres Gewerbes samt Belegen 2016-2017“

Am 11.12.2018 legte der Bf eine Bescheinigung EU/EWR der ausländischen Steuerbehörde vor. Demnach bestätigte die ungarische Steuerbehörde, dass der Bf den Wohnsitz 2017 in Ungarn hatte. Ferner legte der Bf ein Formular E 104 in ungarischer Sprache vor, welches von der ungarischen Steuerbehörde unterfertigt war.

Gemäß vom FA angefertigten SV-Auszug war der Bf seit 01.01.2013 bis laufend bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft als gewerblich selbständig Erwerbstätiger versichert.

Gemäß vom FA angefertigten Auszügen aus internen Datenbanken (AIS des Bundes) erklärte der Bf 2016 Einkünfte aus Gewerbebetrieb iHv EUR 5.866,52 und im Jahr 2017 iHv EUR 5.300,00.

Gemäß Einkommensteuerbescheiden 2016 und 2017 wurde die Einkommensteuer jeweils mit 0,00 festgesetzt.

Der Bf legte im Laufe des Verfahrens eine Kundenliste mit 4 Namen sowie Kindergarten- und Schulbesuchsbestätigungen (in ungarischer Sprache) vor.

Mit Bescheid vom 20.12.2018 wies das FA den Antrag des Bf ab und führte in der Begründung aus, da der Bf auf Grund der angeforderten Belege lediglich für die Monate Mai, Juli,

November und Dezember 2017 Rechnungen erbracht habe und die Höhe des Umsatzes zwischen EUR 55 und EUR 76 pro Monat betrage und für die übrigen Monate keinen Nachweis erbracht habe, sei der Antrag abzuweisen. Für die Gewährung der österreichischen Familienleistung sei die Ausübung einer tatsächlichen und echten Tätigkeit erforderlich. Tätigkeiten von so geringem Umfang, die sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellten, blieben außer Betracht und würden keinen Anspruch auf Familienbeihilfe auslösen.

In der Beschwerde vom 21.01.2019 brachte der Bf i.w. vor, das FA habe seine Tätigkeit und Rechnungen nicht vollständig geprüft und auf Grund von einigen Rechnungen bezüglich der gesamten Tätigkeit falsche Feststellungen getroffen. Er habe seine Einkommensteuererklärungen seit dem Jahr 2013 immer pünktlich eingebracht und lege die Steuerbescheide hiermit vor. Er habe die Umsatzsteuer entrichtet. Die Zurückhaltung der Auszahlungen sei gesetzeswidrig.

Die Einkommensteuerbescheide 2013 – 2017 waren beigelegt. Die Einkommensteuer betrug jeweils 0,00, die Höhe der Einkünfte aus Gewerbebetrieb betrug im Jahr 2015 EUR – 3.170,00 und bewegte sich ansonsten zwischen EUR 3.000,00 und EUR 5.200,00.

Mit Vorhalt vom 02.08.2019 betreffend Beschwerde forderte das FA den Bf auf:

„Vorulegen ist eine Liste, aus der die Tage ersichtlich sind, an denen Sie Ihre Tätigkeit in Österreich (2016 – 2017) ausgeübt haben.

Ist Ihre Frau in Ungarn beschäftigt? Nachweise sind zu erbringen!

Außerdem ist die Verzichtserklärung der Kindesmutter nachzureichen!

Einnahmen- und Ausgabenrechnungen für alle Monate der Jahre 2016 + 2017 sind vorzulegen.

Sollten Sie dieser Aufforderung nicht nachkommen, kann Ihrem Anbringen nicht entsprochen werden.“

Der Bf teilte mit, er sei als Selbständiger in Österreich tätig. Seine Tätigkeit bestehe im Vertrieb von Mineralwasser-Automaten, wobei er die Ballonautomaten vermiete und, und auch die diesbezüglichen Serviceleistungen anbiete und regelmäßig ausführe.

Seine Einkünfte setzten sich aus Bestellungen in Österreich und Ungarn zusammen und würden sich gemäß der Auftragslage gestalten, er erfülle alle Aufträge an/von seiner österreichischen Betriebsstätte aus. In Ungarn verfüge er über keine Gewerbeberechtigung, kein Büro/keine Niederlassung, erhalte keine aus ungarischer Erwerbstätigkeit stammenden Einkünfte, bzw. entrichte er in Ungarn keine Steuern und Sozialversicherungsbeiträge.

Der Bf habe aus den Jahren 2016/2017 keine detaillierten Arbeitsaufzeichnungen aufbewahrt, neben der Vermietung und Nachfüllung der Ballonautomaten habe er aber auch sämtliche im Zusammenhang mit den Wasserautomaten anfallende Reparatur- und Serviceleistungen an seiner Betriebsstätte in Österreich erledigt. Seine Rechnungen, welche er im Laufe der nächsten Woche nachreichen werde, würden in Bezug auf seine Tätigkeit sämtliche

Informationen beinhalten, seine Einkommensteuererklärungen stünden seit dem Geschäftsjahr 2013 ebenfalls zur Verfügung, und würden den Umfang seiner Tätigkeit widerspiegeln.

Seine Ehefrau sei seit August 2018 berufstätig, im vorangehenden Zeitraum, ab 2013 sei sie mit den Kindern zu Hause gewesen, von 2013 bis 2016 habe sie Kinderbetreuungsgeld bzw. Kinderbetreuungsbeihilfe bezogen. Er lege eine Arbeitgeberbestätigung bei.

Der Bf kenne keine gesetzliche Regelung, die es vorschreiben würde, dass bei der Feststellung des Umfangs der Einkünfte von selbständigen Unternehmern ausschließlich die einheimischen, von den Exportleistungen befreiten Umsätze berücksichtigt werden müssten, und auch kein Gesetz, das die Auszahlung der Familienbeihilfe vom Umfang der einheimischen Einkünfte abhängig machen würde. In der EU sei keine solche Unterscheidung zulässig, vielmehr werde auf die soziale Sicherheit von Kindern/Familien Wert gelegt! Er ersuche daher, ihm die Ausgleichszahlung zu gewähren.

Am 05.09.2019 übermittelte der Bf Rechnungen mit zum Teil ungarischen und zum Teil österreichischen Rechnungsempfängern.

Ferner legte der Bf eine Arbeitgeberbestätigung betreffend seine Gattin (in ungarischer Sprache) vor.

Mit Beschwerdeentscheidung (BVE) vom 13.11.2019 wies das FA die Beschwerde als unbegründet ab und führte zur Begründung aus:

„Gemäß EU-VO 883/2004 ist Voraussetzung auf Familienbeihilfe die tatsächliche Ausübung einer rechtmäßigen, erlaubten Tätigkeit gegen Arbeitsentgelt. Dabei ist gemäß Familienlastenausgleichsgesetz-Richtlinien auf das nationale Recht, d.h. hier österreichische Recht abzustellen. Es ist erforderlich, dass eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausgeübt wird, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich gemäß EuGH Entscheidung (EuGH 26.02.1992, C-357/89) als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Hievon kann gemäß FLAG-Richtlinien ausgegangen werden, wenn eine Beschäftigung nicht regelmäßig, sondern nur sporadisch ausgeübt werde.

Die Einnahmen der Jahre 2016 wurden durch die Vorlage von 14 Rechnungen und einem Lieferschein belegt, wobei in zumindest 10 Rechnungen der Empfänger der Leistung eine ungarische Adresse angegeben wurden. Für das Jahr 2017 wurden ebenfalls insgesamt 15 Rechnungen vorgelegt, wobei zumindest 11 Rechnungen der Empfänger wiederum eine ungarische Adresse bezeichnen. Weitere Rechnungen wurden nicht vorgelegt.

Außerdem wurde im Zuge eines Vorhaltes eine Liste abverlangt, aus der ersichtlich ist, an welchen Tagen Leistungen erbracht wurden.

Einnahmen/Ausgabenrechnungen für 2016 und 2017 wurden ebenfalls von Ihnen angefordert. Dieser Aufforderung sind Sie nicht nachgekommen. Es wird festgehalten, dass die Abgabenbehörde zwar die Feststellungslast für alle entscheidungswesentlichen Tatsachen trägt, doch befreit dies die Partei nicht von ihrer Offenlegungs- und Mitwirkungspflicht. Beide

Pflichten bestehen grundsätzlich nebeneinander und schließen einander nicht aus. Die amtswegige Ermittlungspflicht besteht zwar auch dann, wenn die Partei ihre Verpflichtung (Offenlegungs- und Mitwirkungspflicht) verletzt (z.B. bei Nichtbeantwortung eines Vorhaltes), doch wird ihr Umfang durch solche Pflichtverletzungen beeinflusst. In dem Ausmaß, in dem die Partei zur Mitwirkung an der Wahrheitsfindung ungeachtet ihrer Verpflichtung hierzu nicht bereit ist bzw. eine solche unterlässt, tritt die Verpflichtung der Behörde den Sachverhalt nach allen Richtungen über das von ihr als erwiesen erkannte Maß hinaus zu prüfen, zurück. Darüber hinaus tritt der Grundsatz der strikten Amtswegigkeit der Sachverhaltsermittlung generell bei Begünstigungsbestimmungen in den Hintergrund. Insbesondere tritt die amtswegige Ermittlungspflicht gegenüber der Behauptungs- und Mitwirkungspflicht der Partei auch in den Hintergrund, wenn die Behörde auf Antrag tätig wird. Das Schwergewicht der Behauptungs- und Beweislast liegt beim Antragsteller. Dieser hat einwandfrei und unter Ausschluss jeglichen Zweifels das Vorliegen jener Umstände darzutun, auf die sein Antrag/Anträge gestützt werden kann. Diese Grundsätze gelten auch bei Anträgen auf Gewährung von Beihilfen. Die bei der Beweiswürdigung vorgenommenen Erwägungen haben wiederum schlüssig zu sein, also den Denkgesetzen und dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut bzw. den Erfahrungen des täglichen Lebens zu entsprechen.

Zu der für den Zeitraum 01/2016-12/2017 beantragten Gewährung der Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung bzw. Differenzzahlung ist nun konkret Folgendes auszuführen:

Nach Art. 14 Abs. 8 DVO 987/2009 bedeutet die Ausübung eines wesentlichen Teils der Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit in einem Mitgliedstaat, dass der Arbeitnehmer oder Selbständige dort einen quantitativ erheblichen Teil seiner Tätigkeit ausübt, was aber nicht notwendigerweise der größte Teil seiner Tätigkeit sein muss. Um festzustellen, ob ein wesentlicher Teil der selbständigen Erwerbstätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt wird, werden folgende Orientierungskriterien herangezogen: der Umsatz, die Anzahl der erbrachten Dienstleistungen und/oder das Einkommen. Wie bereits ausgeführt, hatten die überwiegende Anzahl Ihrer Kunden eine ungarische Anschrift und es ist daher auszugehen, dass Ihre konkreten Leistungen tatsächlich überwiegend in Ungarn erbracht wurden.

Es besteht kein Anspruch auf Familienleistungen für den Zeitraum 01/2016-12/2017.“

Der Bf stellte mit Schreiben vom 23.12.2019 den Antrag auf Entscheidung der Beschwerde durch das Bundesfinanzgericht (BFG) und brachte i.w. vor, es werde trotz der Behauptungen des FA eine rechtmäßige und tatsächliche Tätigkeit mit Erlaubnis ausgeübt. Der Bf könne allerdings einiges, was von ihm verlangt werde, nicht erbringen: Seine Haupteinnahmequelle sei, dass er Wasserspender vermiete und diese serviciere; daher könne er nicht genau sagen, wann er gearbeitet habe, da diese dauernd in Betrieb seien.

Die Servicetätigkeiten würden am Standort in Österreich erledigt.

Wasser habe er ausschließlich für österreichische Abnehmer verkauft, für ungarische nicht.

In Ungarn habe er keine Einkünfte erzielt, bezahle keine Sozialversicherungsbeiträge und beziehe keine Leistungen.

Seines Erachtens bestehe daher der Anspruch auf Familienleistungen.

Mit Vorlagebericht vom 03.02.2020 legte das FA die Beschwerde dem BFG vor und beantragte die Abweisung der Beschwerde, da die vom Bf vorgelegten Rechnungen beweisen würden, dass er seine Leistung überwiegend an ungarische Kunden erbracht habe und die Leistung zum überwiegenden Teil im Wohnland des Kindes erbracht worden sei. Es fehle an einer Zuständigkeit Österreichs (vgl. BFG 08.10.2019, RV/7104109/2019).

Über die Beschwerde wurde erwogen

Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Bf, seine Gattin und die drei Kinder sind ungarische Staatsbürger und haben ihren Hauptwohnsitz und Mittelpunkt der Lebensinteressen in Stadt, Ungarn.

Der Bf ist seit 05.02.2013 bis laufend bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft als gewerblich selbständig Erwerbstätiger versichert. Er erzielt in den Streitjahren gewerbliche Einkünfte aus dem Vertrieb von Mineralwasser-Automaten, wobei er die Ballonautomaten vermietet und auch die diesbezüglichen Serviceleistungen anbietet und ausführt.

Seine Einkünfte setzen sich aus Bestellungen in Österreich und Ungarn zusammen.

Die Tätigkeit wird sowohl in Österreich als auch in Ungarn durchgeführt, wobei jedenfalls mehr als 25% und somit ein wesentlicher Teil der gewerblichen Tätigkeit in den Streitjahren tatsächlich in Ungarn erbracht wurde.

Die Ehegattin des Bf war seit 2013 bei den Kindern zu Hause und ist seit August 2018 nichtselbständig erwerbstätig. Von 2013 – 2016 bezog sie in Ungarn Kinderbetreuungsgeld bzw. Kinderbetreuungsbeihilfe. Sie hat eine Verzichtserklärung für den Erhalt der Familienbeihilfe abgegeben.

Beweiswürdigung:

Die persönlichen Verhältnisse des Bf und seiner Familie sind unstrittig.

Die laufende Versicherung des Bf bei der SVA ist durch den vorliegenden Sozialversicherungsauszug erwiesen.

Die Einkunftsart des Bf beruht auf seinem Vorbringen, ebenso wie die Angaben betreffend seine Ehegattin. Die Verzichtserklärung für den Erhalt der Familienbeihilfe ist aktenkundig (Nachreichung Rechnungen und Verzichtserklärung am 05.09.2019).

Dass ein wesentlicher Teil der gewerblichen Tätigkeit tatsächlich in Ungarn erbracht wird, beruht auf folgenden Erwägungen.

Wie vom FA in der BVE richtig ausgeführt wird, wurden die Einnahmen des Jahres 2016 durch die Vorlage von 14 Rechnungen und einem Lieferschein belegt, wobei in zumindest 10 Rechnungen als Empfänger der Leistung eine ungarische Adresse angegeben wurde. Für das Jahr 2017 wurden ebenfalls insgesamt 15 Rechnungen vorgelegt, wobei zumindest in 11 Rechnungen Empfänger mit ungarischer Adresse angegeben sind. Weitere Rechnungen wurden trotz wiederholter Aufforderung nicht vorgelegt. Eine Einnahmen/Ausgaben Rechnung wurde trotz Aufforderung nicht vorgelegt. An welchen Tagen Leistungen erbracht wurden, wurde nicht beantwortet.

Auf die Offenlegungs- und Mitwirkungspflichten der Partei hat das FA in der BVE zu Recht hingewiesen. Gemäß § 138 BAO haben die Abgabepflichtigen in Erfüllung ihrer Offenlegungspflicht zur Beseitigung von Zweifeln den Inhalt ihrer Anbringen zu erläutern und zu ergänzen sowie dessen Richtigkeit zu beweisen bzw. glaubhaft zu machen. Sie haben Aufzeichnungen, Geschäftspapiere etc. auf Verlangen vorzulegen. Darüber hinaus haben auch Einnahmen/Ausgaben Rechner ihre Einnahmen und Ausgaben aufzuzeichnen und 7 Jahre aufzubewahren.

Der Bf hat trotz Aufforderung die Einnahmen/Ausgaben Rechnung, das Kassabuch und die Belege der Jahre 2016/17, sondern lediglich einige Rechnungen vorgelegt. Er bringt selbst vor, seine Einkünfte würden sich aus Bestellungen in Österreich und Ungarn zusammensetzen.

Auf Grund der mangelnden Mitwirkungspflicht war das FA daher berechtigt, auf Grund der vorgelegten Rechnungen, welche überwiegend an ungarische Adressaten und zum Teil in ungarischer Sprache ausgestellt wurden, davon auszugehen, dass der Bf einen wesentlichen Teil seiner Tätigkeit in Ungarn ausgeübt hat. Seine Behauptungen, er erfülle alle Aufträge an bzw. von einer österreichischen Betriebsstätte aus, konnte er weder nachweisen noch glaubhaft machen.

Das FA hat daher zu Recht die vorgelegten Rechnungen gewürdigt und aus deren Zusammensetzung geschlossen, dass der Bf seine Tätigkeit zu einem wesentlichen Teil in Ungarn ausübt. Dass das Aufstellen und Nachfüllen von Wasserautomaten am Ort des Leistungsempfängers durchgeführt wird, ist naheliegend. Anzunehmen ist, dass auch ein allfälliges Service (wofür allerdings keine Rechnungen vorliegen) vor Ort durchgeführt wird. Dass der Bf in Ungarn keine Steuern und Sozialversicherungsbeiträge entrichtet, ist glaubhaft, ändert jedoch nichts an der Beurteilung, wo die Tätigkeit tatsächlich ausgeführt wurde.

Hinzugefügt sei, dass der Bf im Jahr 2016 Einkünfte aus Gewerbebetrieb iHv ca. EUR 5.100 und im Jahr 2017 iHv EUR 4.611 erklärte. Mit diesen Einkünften ist es nicht möglich, den Lebensunterhalt einer fünfköpfigen Familie zu decken, zumal es auch nach den erklärten Einkünften der Vorjahre (2013: EUR ca. 4.900; 2014: EUR ca. 4.600; 2015: EUR ca. – 3.170) nicht möglich war, Ersparnisse anzusammeln. Die Anmeldung zur Sozialversicherung und die Abgabe von Steuererklärungen allein sagt noch nichts über die tatsächlichen Verhältnisse aus. Bei derart geringen (erklärten) Einnahmen ist die Annahme der Ausübung der Tätigkeit und weiterer erzielter Einnahmen in Ungarn wahrscheinlich.

Wie das FA in der BVE richtig ausführte, werden, um festzustellen, ob ein wesentlicher Teil der selbständigen Erwerbstätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt wird, folgende Orientierungskriterien herangezogen: der Umsatz, die Anzahl der erbrachten Dienstleistungen und/oder das Einkommen. Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse ist davon auszugehen, dass der Bf seine konkreten Leistungen tatsächlich jedenfalls zu einem wesentlichen Teil (mehr als 25%), wenn nicht überwiegend in Ungarn erbrachte.

Rechtliche Beurteilung:

Nach § 2 Abs 1 lit a FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe. Nach Abs 2 leg cit hat jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs 1 genanntes Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten überwiegend für das Kind trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Nach § 2 Abs 8 FLAG 1967 haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben gemäß § 3 Abs 1 FLAG 1967 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl I Nr 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten. Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach § 3 Abs 2 leg cit für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§ 4 Abs 1 FLAG 1967 normiert, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige Beihilfe haben, keinen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe haben. In § 4 Abs 2 FLAG 1967 ist vorgesehen, dass österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs 1 und § 5 Abs 5 vom Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, eine Ausgleichszahlung erhalten, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person Anspruch haben,

geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre. § 4 Abs 6 FLAG 1967 normiert, dass die Ausgleichszahlung, mit Ausnahme der Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe, als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt.

Gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

In diesem Zusammenhang bestimmt jedoch § 53 Abs 1 FLAG 1967, dass Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten. Nach Wittmann/Papacek, Der Familienlastenausgleich, Kommentar § 53, wird dadurch die Gebietsgleichstellung mit Österreich bezüglich des ständigen Aufenthaltes der Kinder im EWR bzw in der EU im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hervorgehoben.

Bei gemeinschaftsrechtlichen Sachverhalten werden die innerstaatlichen Normen durch die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen überlagert. Die für den Bereich der Familienbeihilfe anzuwendende Verordnung (EG) Nr 883/2004 hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat ("Durchgriffswirkung"). Die Verordnung geht dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor ("Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts").

Daher finden die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen des § 2 Abs 1 FLAG 1967, des § 2 Abs 8 FLAG 1967 und des § 5 Abs 3 FLAG 1967 zufolge des Anwendungsvorrangs der Verordnung im vorliegenden Fall keine Anwendung.

Auch die Bestimmungen des § 3 Abs 1 und 2 FLAG 1967 finden wegen des in der Verordnung normierten Gleichbehandlungsgrundsatzes für Personen, für die diese Verordnung gilt, somit auf die Bw und ihre Familienangehörigen keine Anwendung.

Im Berufungsfall sind daher nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten.

Vielmehr ist der Bf als auch in Österreich selbständig Erwerbstätiger, während seine Gattin mit den Kindern am Familienwohnsitz in Ungarn lebt, von der genannten Verordnung (EG) Nr 883/2004 des europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme über soziale Sicherheit (id Folge "VO") erfasst.

Gemäß Artikel 1 der VO bezeichnet "*selbständige Erwerbstätigkeit*" jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt; erforderlich ist aber, dass eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausgeübt wird, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sich sich "als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen" (vgl. EuGH, C-357/89, Rs Raulin). Davon kann zB ausgegangen werden, wenn eine Tätigkeit nicht regelmäßig, sondern nur sporadisch ausgeübt wird. Bloße Gelegenheits- oder Gefälligkeitsarbeiten fallen daher nicht unter den Begriff "*Tätigkeit*".

Unbestritten ist, dass es sich bei der in Österreich ausgeübten selbständigen gewerblichen Tätigkeit des Bf um eine "*selbständige Erwerbstätigkeit*" iSd Art 1 der VO handelt.

Die VO ist für den Bf persönlich und im Hinblick auf die Familienbeihilfe (Familienleistungen) sachlich anwendbar.

Art 11 der VO lautet:

„Allgemeine Regelung

(1) Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Für die Zwecke dieses Titels wird bei Personen, die aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben. Dies gilt nicht für Invaliditäts-, Alters- oder Hinterbliebenenrenten oder für Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten oder für Geldleistungen bei Krankheit, die eine Behandlung von unbegrenzter Dauer abdecken.

(3) Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt Folgendes:

a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

b) ein Beamter unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, dem die ihn beschäftigende Verwaltungseinheit angehört;

c) eine Person, die nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats Leistungen bei Arbeitslosigkeit gemäß Artikel 65 erhält, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

d) eine zum Wehr- oder Zivildienst eines Mitgliedstaats einberufene oder wiedereinberufene Person unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

e) jede andere Person, die nicht unter die Buchstaben a bis d fällt, unterliegt unbeschadet anders lautender Bestimmungen dieser Verordnung, nach denen ihr Leistungen aufgrund der Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zustehen, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats.“

Eine Person, für die die VO gilt, unterliegt nach der allgemeinen Regelung des Art 11 der VO den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates. Auch bei Personen, welche in mehreren Mitgliedstaaten tätig werden, sind immer nur die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates anzuwenden.

Um in grenzüberschreitenden Fällen die Zuständigkeiten eines Staates für Familienleistungen zu eruieren, muss vorab geprüft werden, welchen Rechtsvorschriften der Elternteil bzw bei Paaren jeder Elternteil für sich gesehen nach den Artikeln 11 bis 16 der VO unterliegt.

Der Bf übt die selbständige Tätigkeit gleichzeitig in zwei Mitgliedstaaten (Österreich und Ungarn) aus. Es ist daher Art 13 Abs 2 der VO anzuwenden. Dieser lautet:

„Ausübung von Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten

(2) Eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt

a) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt oder

b) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sich der Mittelpunkt ihrer Tätigkeiten befindet, wenn sie nicht in einem der Mitgliedstaaten wohnt, in denen sie einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt.

Wohnmitgliedstaat des Bf ist unbestritten Ungarn. Es war daher zu prüfen, ob der Bf im Wohnmitgliedstaat einen wesentlichen Teil seiner Tätigkeit ausübt.

Nähere Bestimmungen zu Art 13 Abs 2 der VO sind in Art 14 Abs 6 bis 9 der Durchführungsverordnung (EG) Nr 987/2009 (idF "DVO") zu finden. Diese lauten:

(6) Bei der Anwendung von Artikel 13 Absatz 2 der Grundverordnung beziehen sich die Worte „eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt“ insbesondere auf eine Person, die gleichzeitig oder abwechselnd eine oder mehrere gesonderte selbstständige Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt, und zwar unabhängig von der Eigenart dieser Tätigkeiten.

(7) Um die Tätigkeiten nach den Absätzen 5 und 6 von den in Artikel 12 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung beschriebenen Situationen zu unterscheiden, ist die Dauer der Tätigkeit in einem oder weiteren Mitgliedstaaten (ob dauerhaft, kurzfristiger oder vorübergehender Art)

entscheidend. Zu diesem Zweck erfolgt eine Gesamtbewertung aller maßgebenden Fakten, einschließlich insbesondere, wenn es sich um einen Arbeitnehmer handelt, des Arbeitsortes, wie er im Arbeitsvertrag definiert ist.

(8) Bei der Anwendung von Artikel 13 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung bedeutet die Ausübung „eines wesentlichen Teils der Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit“ in einem Mitgliedstaat, dass der Arbeitnehmer oder Selbständige dort einen quantitativ erheblichen Teil seiner Tätigkeit ausübt, was aber nicht notwendigerweise der größte Teil seiner Tätigkeit sein muss.

Um festzustellen, ob ein wesentlicher Teil der Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt wird, werden folgende Orientierungskriterien herangezogen:

a) im Falle einer Beschäftigung die Arbeitszeit und/oder das Arbeitsentgelt und

b) im Falle einer selbständigen Erwerbstätigkeit der Umsatz, die Arbeitszeit, die Anzahl der erbrachten Dienstleistungen und/oder das Einkommen

Wird im Rahmen einer Gesamtbewertung bei den genannten Kriterien ein Anteil von weniger als 25 % erreicht, so ist dies ein Anzeichen dafür, dass ein wesentlicher Teil der Tätigkeit nicht in dem entsprechenden Mitgliedstaat ausgeübt wird.

(9) Bei der Anwendung von Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe b der Grundverordnung wird bei Selbständigen der „Mittelpunkt ihrer Tätigkeiten“ anhand sämtlicher Merkmale bestimmt, die ihre berufliche Tätigkeit kennzeichnen; hierzu gehören namentlich der Ort, an dem sich die feste und ständige Niederlassung befindet, von dem aus die betreffende Person ihre Tätigkeiten ausübt, die gewöhnliche Art oder die Dauer der ausgeübten Tätigkeiten, die Anzahl der erbrachten Dienstleistungen sowie der sich aus sämtlichen Umständen ergebende Wille der betreffenden Person.“

Um festzustellen, ob ein wesentlicher Teil der Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt wird, werden im Falle einer selbständigen Erwerbstätigkeit demnach als Orientierungskriterien der Umsatz, die Arbeitszeit, die Anzahl der erbrachten Dienstleistungen und/oder das Einkommen herangezogen.

Wird im Rahmen einer Gesamtbewertung bei den genannten Kriterien ein Anteil von weniger als 25 % erreicht, so ist dies ein Anzeichen dafür, dass ein wesentlicher Teil der Tätigkeit nicht in dem entsprechenden Mitgliedstaat ausgeübt wird.

Selbst wenn im ggstdl Fall der Mittelpunkt der Tätigkeit des Bf nach den Kriterien des Art 13 Abs 9 DVO in Österreich wäre, wäre für ihn nichts gewonnen, da er (zumindest) einen wesentlichen Teil der Tätigkeit im Wohnmitgliedstaat Ungarn ausübt.

Nach den Feststellungen im Sachverhalt steht fest, dass im Rahmen der geforderten Gesamtbewertung ein Anteil von jedenfalls mehr als 25% der vom Bf ausgeübten Tätigkeit auf Ungarn entfällt.

Dies wurde zu Recht aus den – nur mangelhaft vorgelegten – Unterlagen abgeleitet. Auf der Mehrzahl der vorgelegten Rechnungen war eine ungarische Adresse angegeben und war davon auszugehen, dass die Mehrzahl der Leistungen und somit zumindest ein wesentlicher Teil des Umsatzes, der Arbeitszeit, der Anzahl der erbrachten Leistungen und des Einkommens in Ungarn erbracht bzw erzielt wurde. Das gegenteilige Vorbringen des Bf ist weder glaubhaft noch nachgewiesen; auf die mangelnde Offenlegungs-, Mitwirkungs- und Erklärungspflicht wird nochmals hingewiesen.

Der Bf unterliegt daher nach Art 13 Abs 2 der VO, da er zumindest einen wesentlichen Teil der Tätigkeit im Wohnmitgliedstaat Ungarn ausübt, ausschließlich den Rechtsvorschriften Ungarns.

Die Gattin des Bf unterliegt als im Streitzeitraum nicht erwerbstätige Hausfrau unbestritten nach dem Wohnortprinzip ausschließlich den ungarischen Rechtsvorschriften.

Die Prioritätsregeln des Art 68 der VO gelangen daher nicht zur Anwendung, da diese voraussetzen, dass für denselben Zeitraum und für denselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren sind.

In ggstdl. Fall sind jedoch ausschließlich die ungarischen Rechtsvorschriften sowohl auf den Bf als auch auf seine Ehegattin anzuwenden, sodass nach der VO kein Anspruch auf Familienbeihilfe bzw Differenzzahlung in Österreich besteht.

Daher besteht kein Anspruch auf eine Ausgleichszahlung nach dem FLAG 1967.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Zulässigkeit der Revision:

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da primär eine Tatsachenfrage und nicht eine grundsätzliche Rechtsfrage zu klären war. Die aus dem festgestellten Sachverhalt abgeleiteten Rechtsfolgen ergeben sich unmittelbar durch die Anwendung der VO EG Nr 883/2004 und der DVO EG Nr 987/2009 und der dazu ergangenen Judikatur, sodass die ordentliche Revision nicht zuzulassen war.

Wien, am 5. Mai 2020