

## **BESCHLUSS**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin IBV in der Beschwerdesache Bf, abc, Ungarn, gegen den Abweisungsbescheid des Finanzamtes vom 02.09.2015, betreffend die Kinder AB, BB, CB, DB, EB, FB, GB und HB für die Monate ab 11/2013 beschlossen:

Der Abweisungsbescheid vom 02.09.2015 und die Beschwerdeverentscheidung vom 28.07.2016 werden hinsichtlich der Monate ab 11/2013 gemäß § 278 Abs. 1 BAO aufgehoben. Die Sache wird an das Finanzamt zurückverwiesen.

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

## **Entscheidungsgründe**

Am 22.11.2013 langte beim Finanzamt ein Antrag der Beschwerdeführerin (Bf) auf Gewährung einer Differenzzahlung für ihre acht Kinder ein.

Mit Vorhalt vom 13.03.2015 forderte das Finanzamt die Bf zur Beantwortung der nachstehenden Fragen und zur Erbringung der nachstehend geforderten Nachweise auf:

Welches Gewerbe würde die Bf in Österreich ausüben? Der Gewerbeschein sei vorzulegen. Wo sei ihre Betriebsstätte (Büro, Geschäft, Lager usw.)? Mietvertrag, Energieliefervertrag (Strom), Abrechnungen der Betriebskosten, Einzahlungsbelege Miete, Internetanschluss, Telefonrechnungen seien vorzulegen. Es sei für 07/2013 bis 12/2014 bekanntzugeben, welche Einnahmen die Bf monatlich erzielt habe (alle gelegten Rechnungen oder Honorarnoten seien vorzulegen). Schulbestätigung und Kindergartenbestätigung 2014/15 der Kinder, wenn Kinder bereits studierten, das Reifeprüfungszeugnis und Fortsetzungsbestätigung/Inskriptionsbestätigung und Prüfungsnachweise seien vorzulegen.

In der Vorhaltsbeantwortung der Bf vom 14.04.2015 führte die Bf folgendes aus:

Sie sei Diplom-Übersetzerin und Dolmetscherin und biete in Österreich Sprachdienstleistungen: Dolmetschen und Übersetzen an. Ihre Betriebsstätte sei in xyz, wo sich auch der Sitz ihres Hauptauftraggebers, der Fa. X befinde. Die Bf habe mit dem Geschäftsführer der Firma eine Vereinbarung, dass seine Kunden von ihr bevorzugt behandelt würden, indem die Bf die für sie notwendigen Übersetzungen in kürzester Frist erledige und ihre Dienstleistungen für diese Kunden um möglichst günstige Preise

anbiete. Als Gegenleistung sei der Bf ein Arbeitsplatz bzw. die Möglichkeit zur kostenlosen Nutzung der Büroinfrastruktur zur Verfügung gestellt worden. Ihre Kunden könnten sie in D täglich zwischen 09:00 und 17:00 Uhr erreichen, sie übe ihre Tätigkeit ausschließlich hier aus.

Der Vorhaltsbeantwortung legte die Bf folgende Unterlagen bei:

Kopien über Gewerbeanmeldung bzw. über Standortverlegung, Aufstellung über ihre monatlichen Einkünfte, Kopien der Abrechnungen und Rechnungen an ihre Kunden, Aufstellung über die geleisteten Sozialversicherungsbeiträge, Schulbestätigung und Kindergartenbestätigung der Kinder, Reifeprüfungszeugnis, Studienbestätigung und Prüfungsnachweis der ältesten Tochter.

Mit Bescheid vom 02.09.2015 wurde dieser Antrag ab 07/2013 abgewiesen, da der Umfang der Tätigkeit und die daraus resultierenden Einnahmen zu gering seien, um von einer nachhaltigen und gewinnbringenden gewerblichen Tätigkeit im Sinne der VO 883/2004 sprechen zu können.

Die Bf brachte daraufhin mit Schriftsatz vom 23.09.2015 Beschwerde ein und begründete diese wie folgt:

Nach gründlicher Analyse der VO 883/2004 mit ihrem Rechtsbeistand habe die Bf festgestellt, dass diese bezüglich der Höhe der erforderlichen Einnahmen, die als Grundlage einer nachhaltigen und gewinnbringenden gewerblichen Tätigkeit betrachtet werden könnten, keine Richtlinie festlege. Ihr kleiner Sohn sei zum Zeitpunkt des Beginns ihrer Tätigkeit als selbständige Unternehmerin in Österreich erst anderthalb Jahre alt gewesen. Die Bf sei noch in der Kinderbetreuung gewesen, habe aber damals eine günstige Möglichkeit gehabt, ins Berufsleben zurückzukehren und als Diplom-Dolmetscherin und Übersetzerin in Österreich anzufangen. Als Einsteigerin habe sie die Chance nutzen wollen, um allmählich ihren Kundenkreis aufzubauen. Sie habe durch ihre Tätigkeit mit laufenden Einkünften zur Deckung der Kosten ihrer Familie beitragen können. Ihr kleiner Sohn besuche seit Anfang Jänner 2015 schon den Kindergarten, ihre Einnahmen hätten sich im Jahr 2015 wesentlich erhöht. Die VO 883/2004 verfüge eindeutig die Gleichbehandlung aller im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates erwerbstätigen Personen und verordne, die Anwendung der Rechtsvorschrift des Mitgliedstaates vorzusehen, in dem die betreffende Person selbständige Erwerbstätigkeit ausübe. Laut Kapitel 8 Art. 67 VO 883/2004 habe eine Person „auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden“. Es werde daher ersucht, die Rechtmäßigkeit des Abweisungsbescheides zu prüfen.

Mit Vorhalt vom 12.10.2015 lud das Finanzamt die Bf ein, Arbeitsaufzeichnungen nachzureichen. Was sei übersetzt worden? Wann sei übersetzt worden und wo sei übersetzt worden? Verträge seien vorzulegen.

In der Vorhaltsbeantwortung vom 28.10.2015 führte die Bf dazu Folgendes aus:

Als Selbständige sei sie nicht verpflichtet, Arbeitsaufzeichnungen zu führen und diese aufzuheben. Sie könne diese also nicht nachreichen. Sie habe Texte übersetzt wie folgt: Versicherungsbroschüren, Versicherungskonditionen und Versicherungspolizzen, Schriftverkehr in Bezug auf Versicherungen, Zeugnisse (Reifeprüfungszeugnisse, Facharbeiterzeugnisse, Diplome...), behördliche Führungszeugnisse, Geburts-, Heirats- und Sterbeurkunden, Schriftverkehr, Bescheide bezüglich Familienbeihilfe, sonstiger Schriftverkehr, Scheidungsprotokolle, Scheidungsurteile, Scheidungsvergleiche, Bescheide bezüglich Kindesunterhalt und elterliche Sorge, Schulbestätigungen, Studienbestätigungen, Prüfungsnachweise, Lebensläufe, Arbeitgeberbestätigungen, Firmenregistrauszüge, Bestätigungen über Firmendaten, Kaufverträge, Gesellschaftsverträge, Grundbuchauszüge, Mahnungen, Beschlüsse des Vormundschaftsamtes, Kammerbestätigungen, Probefahrtenbewilligungen, Versicherungsbestätigungen, Produktbeschreibungen, allgemeine Geschäftsbedingungen, ärztliche Befunde und Bestätigungen über Erwerbsunfähigkeit, ambulante Behandlungsblätter und Entlassungsberichte. Darüber hinaus habe die Bf für Kunden Telefonate erledigt und bei ihren Angelegenheiten als Dolmetscherin mitgewirkt. Der Zeitpunkt der Anfertigung der Übersetzungen sei vom Auftragstermin abhängig gewesen, sie sei immer bemüht gewesen, die Aufträge so rasch wie möglich zu erledigen. Ihre Tätigkeit übe sie und habe sie in D ausgeübt. Bezüglich der Aufträge seien keine Verträge geschlossen worden, sie habe das für unnötig gehalten und habe auch keine schlechten Erfahrungen gemacht.

Mit Vorhalt vom 07.03.2016 forderte das Finanzamt das Abschlusszeugnis von P und neue Schulbestätigung für 2015/16, falls er weiterhin die Schule besuche, Studienblatt/ Studienbuchblatt und Studienerfolgsnachweis sowie eine Aufstellung über die monatlichen Einnahmen für 2015 an.

Am 06.04.2016 legte die Bf eine Aufstellung der monatlichen Einnahmen für 2015 vor.

Am 24.05.2016 um 10:30 Uhr führte die Finanzpolizei eine Betriebsstättenbesichtigung in A D, jkl, durch. Die Bf sei laut Aktenvermerk vom 20.07.2016 dabei nicht angetroffen worden. Auf dem Arbeitsplatz, der für die Bf vorgesehen sei, habe sich ein Laptop der Fa. X befunden. Laut Auskunft der angetroffenen Sekretärinnen sei die Bf täglich 1 bis 2 Stunden im Büro.

Am 07.06.2016 sei die Bf nicht im Büro gewesen. Die Fa. X beschäftige in diesem Büro mindestens 3 Sekretärinnen, zuzüglich Chef – dh der vorgesehene Arbeitsplatz werde von der Fa. X benötigt und überwiegend genutzt.

Am 14.06.2016 wurde um 13:25 Uhr eine neuerliche Kontrolle durchgeführt. Die Bf sei laut Aktenvermerk vom 20.07.2016 nicht angetroffen worden. Laut Aussage der Mitarbeiter von der X vor Ort sei die Bf kurz vor dem Eintreffen der Finanzpolizei weggegangen.

Eine weitere Kontrolle fand am 07.07.2016 um 11:00 Uhr statt. Die Bf sei laut Aktenvermerk vom 20.07.2016 nicht angetroffen worden. Auf dem Arbeitsplatz, der für die Bf vorgesehen sei, habe sich ein Laptop der Fa. X befunden.

Auch bei einer am 14.07.2016 um 09:30 Uhr durchgeführten Kontrolle sei die Bf laut Aktenvermerk 20.07.2016 nicht angetroffen worden. Laut Aussage der Sekretärin Frau B nütze die Bf dieses Büro seit ca. Mitte 2014.

Mit Beschwerdeventscheidung vom 28.07.2016 wurde die Beschwerde unter Hinweis auf Art. 11 Abs. 3 lit. a VO 883/2004, auf § 23 Abs. 1 EStG 1988 und § 29 BAO und unter Hinweis auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29.04.2003, 2001/14/0226 mit nachstehender Begründung abgewiesen:

Bei den Ermittlungen und mehrmaligen Außenerhebungen seitens des Finanzamtes und der Finanzpolizei von Mai bis Juli 2016 sei festgestellt worden, dass sich an der Adresse A D, jkl, keine Betriebsstätte bzw. Büroräume befänden, die von der Bf dauerhaft benutzt würden. Daraus folge, dass sich der Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung und der wirtschaftlichen Tätigkeit (Betriebsstätte) nicht in D in Österreich, sondern in Z/ Ungarn befinde und somit keine selbständige Tätigkeit, die nicht nur sporadisch, sondern regelmäßig ausgeübt werde, in Österreich vorliege. Ihre Tätigkeit sei die gewerbliche Tätigkeit eines ausländischen Unternehmers, der auch grenzüberschreitend Aufträge annehme, jedoch überwiegend Aufträge in Ungarn erfülle und daraus geringe Einnahmen erziele. Der Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe auf Grund einer selbständigen Tätigkeit sei daher zu verneinen.

Der Aktenvermerk der Finanzpolizei vom 20.07.2016 wurde der Beschwerdeventscheidung angehängt.

Mit Schriftsatz vom 26.08.2016 stellte die Bf einen Antrag auf Entscheidung über die Beschwerde durch das Finanzgericht. Ergänzend führte sie im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Bf sei seit 01.07.2013 Gewerbetreibende in Österreich, als Diplom-Übersetzerin und Dolmetscherin biete sie Sprachdienstleitungen an. Seit dem Beginn ihrer Tätigkeit in Österreich habe sie in Ungarn keine Einkünfte gehabt. Sie sei in Österreich unbeschränkt steuerpflichtig. In Ungarn sei sie nicht sozialversichert, die Sozialversicherungsbeiträge bezahle sie in Österreich (einen Bankkontoauszug über die Beitragszahlungen und die Formulare E9 bezüglich der Jahre 2013, 2014 und 2015 lege sie bei). Ihre Einnahmen seien in den ersten anderthalb Jahren im Durchschnitt bei 500 Euro im Monat gelegen. Ihr kleiner Sohn besuche seit Anfang Jänner 2015 den Kindergarten, ihre Einnahmen hätten sich seitdem wesentlich erhöht und würden zwischen 900 und 1200 Euro pro Monat liegen, diese würde sie auf keinen Fall als gering bezeichnen.

Zu den Standortbegehungen sei Folgendes anzumerken:

Im Bürogebäude der Fa. X gebe es mehrere Büroräumlichkeiten und insgesamt sechs Schreibtische. Die zwei Eigentümer hätten je ein Büro. Der Schreibtisch der Bf stehe gegenüber dem Schreibtisch von Frau W, Büroassistentin. Bei Aufträgen, die die Bf für die Fa. X erledige, arbeite die Bf mit Frau W eng zusammen. Der Laptop der Firma stehe auf dem Schreibtisch der Bf, weil sie daran arbeite, wenn sie für die Fa. X zB Briefe übersetze. Die Bf habe auch einen eigenen Laptop, den sie immer bei sich habe,

auch wenn sie dolmetschen gehe oder wenn sie bei Kunden unterwegs sei. Für die zwei Laptops habe sie eigentlich zwei Schreibtische, die von den Mitarbeitern der Finanzpolizei auch fotografiert worden seien. Im Büro werde noch ein Bürogehilfe zwei Stunden am Tag beschäftigt. Ihr Kundenkreis setze sich zum größten Teil aus Kunden der Fa. X zusammen, die meisten seien ungarische Staatsbürger aus ganz Ungarn, die in Österreich arbeiten oder leben würden, oft nur wenig der deutschen Sprache mächtig seien und bei der Erledigung ihrer Angelegenheiten ihre Sprachdienstleistungen in Anspruch nehmen würden. In Z, Ungarn, würde man die Bf überhaupt nicht finden, weil sie dort kein Büro habe und tagsüber sich dort nicht aufhalte. Ihr Familienhaus werde von 10 Personen bewohnt und es wäre schier unmöglich, dort ungestört zu übersetzen, Kunden zu empfangen, ganz abgesehen von den ganzen Telefonaten, die sie erledigen müsse. Bei der Beurteilung ihrer Angelegenheit würden mehrere Fakten, die zum Teil mit offiziellen Bestätigungen belegt worden seien, unbeachtete geblieben sein. Bezüglich ihrer Arbeitszeit sei bei der Standortbegehung Frau B, die Miteigentümerin der Fa. X, von den Mitarbeitern der Finanzpolizei befragt worden und diese habe die Auskunft erteilt, dass die Bf in Abhängigkeit von ihren Aufträgen täglich 1 bis 2 Stunde bzw. 4 bis 5 Stunden im Büro verbringe. Aus dem Bericht der Finanzpolizei fehle die letztere Angabe. Frau B habe den Herren auch mitgeteilt, dass die Bf am Vortag der Begehung, am 07.06.2016, nicht ins Büro gekommen sei, weil ihre Tochter C erkrankt gewesen sei und daher ein Arztbesuch erforderlich gewesen sei. Die von der Bf angebotenen Sprachdienstleistungen würden zum Teil außerhalb des Büros erbracht werden, bei Dolmetschaufträgen müsse die Bf selbstverständlich ihr Büro verlassen. Diese branchenspezifische Eigenart ihres Berufs sei vom Finanzamt außer Acht gelassen worden. Als Einzelunternehmerin könne sie im Büro eine ständige persönliche Präsenz nicht gewährleisten, ihre Erreichbarkeit sei aber bekannt, in ihrer Abwesenheit könne sie auch telefonisch kontaktiert werden. Am 08.06.2016 habe sie im Zeitpunkt der Standortbegehung für ihre Kundin Frau L bei der Arbeiterkammer in MN gedolmetscht. Die Kolleginnen im Büro hätten darüber die Mitarbeiter der Finanzpolizei informiert bzw. ihnen mitgeteilt, dass die Bf in etwa einer halben Stunde wieder ins Büro zurückkommen werde. Eine durch die Arbeiterkammer ausgestellte Zeitbestätigung habe die Bf an das Finanzamt gefaxt mit der Bitte die Zeitbestätigung an die Finanzpolizei weiterzuleiten. Am Vormittag der Kontrolle vom 14.06.2016 habe die Bf im Büro gearbeitet, gegen 13:00 Uhr sei sie nach Hause gefahren, weil drei von ihren Töchtern Schulabschlussfest gehabt hätten. Die Bf habe bezüglich ihrer Tätigkeit an dem Tag der Begehung einen Tag später, am 15.06.2016 eine detaillierte Aufstellung an das Finanzamt gefaxt, nach seiner telefonischen Aussage sei auch dieses Schreiben an die Finanzpolizei weitergeleitet worden. Am Tag der Kontrolle am 07.07.2016 habe die Bf bei einem M Projekt gedolmetscht, eine von der Selbstverwaltung vom WE ausgestellte Zeitbestätigung habe die Bf an das Finanzamt gefaxt, mit der Bitte dies an die Finanzpolizei weiterzuleiten. Im Zeitpunkt der letzten Kontrolle am 14.07.2016 habe Frau V den Mitarbeitern der Finanzpolizei mitgeteilt, dass die Bf um 10:00 Uhr ankommen werde und sie kurz warten sollten, was die Herren nicht getan hätten. Die Finanzpolizei habe Frau V mehrere Fragen gestellt, um herauszukriegen, seit wann die

Bf im Büro arbeite, ob seit Ende 2015 oder etwa Mitte 2015 oder Ende 2014. Frau V habe das nicht genau sagen können, ihre Aussage sei gewesen, dass die Bf Mitte 2014 ganz sicher schon hier im Büro gearbeitet habe. Eigentlich sei der Standort seit dem 28.11.2013 hier, das sei aber dem Finanzamt bekannt, die Bf habe ja die Bestätigung über die Standortverlegung dem Finanzamt als Beilage ihres Schriftsatzes vom 14.04.2015 zugeschickt. Als die Bf um 9:55 Uhr im Büro angekommen sei, habe sie versucht, den Herren von der Finanzpolizei telefonisch eine Nachricht zu hinterlassen, dass sie doch noch zurückkommen sollten, die Bf sei mit der Finanzpolizei in SD verbunden worden, hätte aber eine Rückkehr der Herren nicht bewirken können.

Aufgrund dessen habe es die Bf recht überrascht, dass in der Beschwerdevorentscheidung die von der Bf zugeschickten Zeitbestätigungen überhaupt nicht erwähnt und auch nicht berücksichtigt worden seien. Am 13.07.2016, als sie für eine Kundin bei der Sozialversicherungsanstalt H gedolmetscht habe, sei die Bf auch persönlich beim Finanzamt gewesen, um über ihre Angelegenheit Auskunft einzuholen, der Finanzbeamte wollte sie weder treffen noch ihr Auskunft geben, bezüglich der Faxe habe er aber mitgeteilt, dass diese im Akt lägen.

Obwohl die Bf als Selbständige keine festen Arbeitszeiten habe und es auch nicht genau festgelegt sei, wann sie sich im Büro aufhalten müsse, hätte sie die Finanzpolizei in der Periode der Begehungen beinahe jeden Tag im Büro finden können. Über eine längere Abwesenheit im Zeitpunkt ihres Familienurlaubs im Juli habe sie das Finanzamt auch informiert. Die Bf sei von der Finanzpolizei kein einziges Mal angerufen worden, weder im Büro noch am Handy, man hätte ja einen Termin vereinbaren können, um die im Büro, als Ort der Geschäftsleitung gemäß § 29 BAO liegenden Unterlagen (Rechnungsbücher, Geschäftsunterlagen, Kundenaufträge, Übersetzungen usw) und die für die Erbringung der Dienstleistungen notwendigen Sachmittel besichtigen zu können. Das Ziel sei ihres Erachtens nicht gewesen, sich über ihre tatsächlichen Tätigkeiten zu informieren, sondern Beweise zu sammeln, um zu belegen, dass die Bf in Österreich keine Tätigkeit ausübe.

Wie ersichtlich sei, entspreche die Tätigkeit der Bf als selbständige Gewerbetreibende dem § 23 Abs. 1 EStG 1988. Ihre Tätigkeit übe sie (abgesehen von drei Dolmetschaufträgen während des gesamten Zeitraumes von 01.07.2013 bis dato, die sie in Ungarn übernommen habe) ausschließlich in Österreich aus. Die VO 883/2004 verfüge eindeutig über die Gleichbehandlung aller im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates erwerbstätigen Personen und verordne, die Anwendung der Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates vorzusehen, in dem die betreffende Person eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübe. Die Tätigkeit der Bf unterliege den Regelungen des österreichischen Steuergesetzes, sie sei verpflichtet, in Österreich Sozialversicherungsbeiträge und WKO-Beiträge zu zahlen und sei berechtigt, die Sozialleistungen in Anspruch zu nehmen. Wenn die österreichischen Behörden die Bf in jeder Hinsicht als Selbständige behandeln, sehe sie keinen Grund davon nur im Falle der Familienleistungen eine Ausnahme zu machen. Das Gemeinschaftsrecht ermögliche

keine solchen Unterscheidungen. Es werde daher ersucht, die Differenzzahlung zu gewähren.

Dem Vorlageantrag wurden folgende Unterlagen (abgesehen von den Bescheiden des Finanzamtes und ihrer Beschwerde) beigelegt:

Gewerbeanmeldung, Anmeldung der Standortverlegung, Versicherungsbestätigung, Bestätigung über die Einzahlung der Sozialversicherungsbeiträge, Formulare E9 bezüglich der Jahre 2013, 2014 und 2015, Fax vom 08.06.2016 an das Finanzamt mit Zeitbestätigung von der Arbeiterkammer, Fax vom 15.06.2016 an das Finanzamt und Fax vom 08.07.2016 an das Finanzamt mit Zeitbestätigung von der Selbstverwaltung des WE.

Mit Bericht vom 22.12.2016 wurde die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht vorgelegt.

Mit Erkenntnis vom 02.11.2017, RV/7106503/2016, wurde der angefochtene Abweisungsbescheid (Sammelbescheid) vom 02.09.2015 hinsichtlich der Monate 07/2013 bis 10/2013 ersatzlos aufgehoben.

### **DAZU WIRD ERWOGEN:**

Gegenstand dieses Verfahren bildet die Frage, ob der Bf Differenzzahlungen für die Kinder AB, BB, CB, DB, EB, FB, GB und HB ab 11/2013 zustehen.

#### **1 Sachverhalt:**

Die Bf ist verheiratet mit AL und hat acht Kinder. Sie lebt mit ihrer Familie in abc, Ungarn. In Österreich verfügt weder die Bf noch ihr Ehegatte über einen Wohnsitz. Daraus ergibt sich, dass sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Ungarn liegt. (vgl. Bescheinigung EU/EWR, E 9, für die Jahre 2013 bis 2015)

Die Bf besitzt ebenso wie ihr Ehegatte und ihre acht Kinder die ungarische Staatsangehörigkeit. (vgl. Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung, Beih 38, Familienstandsbescheinigung, E 401)

In Ungarn erreichen die Kinder mit Vollendung des 18. Lebensjahres die Volljährigkeit. ([http://www.protection-of-minors.eu/de/HU\\_overview.php](http://www.protection-of-minors.eu/de/HU_overview.php) )

Die Kinder I, P und J wurden am 04/13, am 08/14 und am 01/16 volljährig, die übrigen Kinder sind derzeit noch minderjährig.

I legte am 18.06.2013 am Oberstufenrealgymnasium in MN die Reifeprüfung ab und studiert seit dem Wintersemester 2013/14 an der Universität R. P besuchte laut einer Schulbesuchsbestätigung vom 31.03.2016 die Mittelschule seit 03.09.2015.

Der Ehegatte der Bf war in KM, Ungarn, berufstätig. (vgl. Bescheinigung E 411)

Im Jahr 2013 bezog die Bf einen Lohn in Höhe von 902.720,-- HUF in Ungarn, in den Jahren 2014 und 2015 erzielte sie keine Einkünfte in Ungarn, die der Besteuerung unterlagen. (Vgl. Bescheinigung EU/EWER, E 9, für die Jahre 2013 bis 2015)

Die Bf ist seit 01.07.2013 im Gewerberegister der Bezirkshauptmannschaft MN erfasst. Das Gewerbe lautet: Sprachdienstleistungen (Übersetzen, Dolmetschen,

Gebärdendolmetschen, Synchronisation) ausgenommen literarische Übersetzungen (Übersetzungsbüro). Es handelt sich um ein freies Gewerbe. Der Hauptstandort befindet sich laut der Verständigung zum Gewerberegister vom 28.11.2013 in def. Am 28.11.2013 erfolgte laut Bezirkshauptmannschaft MN mit Wirkung zum 27.11.2013 die Verlegung des Standortes nach A D, jkl.

Sie ist seit 01.07.2013 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.

An der Adresse A D, jkl, befindet sich auch die Fa. XY, gewerbliche Vermögensberatung mit Berechtigung zur Vermittlung von Lebens- und Unfallversicherungen in der Form Versicherungsmakler und Beratung in Versicherungsangelegenheiten. Zusätzlich bietet dieses Unternehmen auch Sprachdienstleistungen an. ( <https://firmen.wko.at> )

Die Bf bezahlte folgende Beiträge an die Sozialversicherungsanstalt:

16.09.2013	472,02
16.01.2014	473,02
12.03.2014	475,48
02.06.2014	472,59
29.08.2014	472,59
02.12.2014	472,59
02.03.2015	473,28
18.06.2015	473,28
04.09.2015	473,28
30.11.2015	474,28
04.03.2016	543,36
26.08.2016	543,36

Die Bf hat folgende Rechnungen in den Jahren 2013 und 2014 gestellt:

[...]

[...]

[...]

[...]

In einer Aufstellung über die monatlichen Einnahmen, welche die Bf der Vorhaltsbeantwortung vom 14.07.2015 beilegte, erfolgten folgende leicht geänderte Angaben:



2013	
Juli	500,--
August	585,--
September	645,--
Oktober	925,--
November	610,--
Dezember	515,--
Summe	3.780,--
2014	
Jänner	75,--
Februar	250,--
März	200,--
April	1.040,--
Mai	230,--
Juni	850,--
Juli	160,--
August	1.380,--
September	160,--
Oktober	50,--
November	90,--
Dezember	800,--
Summe	5.285,--

Für das Kalenderjahr 2015 lege sie folgende Aufstellung der monatlichen Einnahmen vor:

Jänner	650,--
Februar	560,--
März	690,--
April	720,--
Mai	860,--
Juni	900,--

Juli	860,--
August	1.120,--
September	1.160,--
Oktober	1.230,--
November	950,--
Dezember	630,--
Summe	10.330,--

Aus den Darstellungen der Bf geht hervor, dass ihre tatsächliche Tätigkeit zum Einen in der Übersetzung verschiedener Texte und zum Anderen in einer Tätigkeit als Dolmetscherin besteht.

Die Bf hat in Ungarn Anspruch auf Familienleistungen seit 01.07.2013 (vgl. E 411).

Ungarn ist seit 1. Mai 2004 Mitglied der Europäischen Union.

## **2 gesetzliche Grundlagen:**

### **2.1 nationales Recht - FLAG:**

Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, haben nach **§ 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967** Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, haben nach **§ 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967** Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist.

**§ 3 FLAG 1967** legt zusätzliche Voraussetzungen für Personen und Kinder fest, die nicht österreichische Staatsbürger sind.

Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. a oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten gemäß **§ 4 Abs. 1 FLAG 1967** eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person (§ 5 Abs. 5) Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.

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

Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach **§ 5 Abs. 4 FLAG 1967** für Kinder, für die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht. Die Gewährung einer Ausgleichszahlung (§ 4 Abs. 2) wird dadurch nicht ausgeschlossen.

Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, nach **§ 53 Abs. 1 FLAG 1967** in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. 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.

## **2.2. VO (EG) 883/2004:**

„selbständige Erwerbstätigkeit“ ist nach **Art. 1 lit. b VO (EG) 883/2004** 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;

„Familienangehöriger“ ist nach **Art. 1 lit. i VO (EG) 883/2004** jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird.

„Rechtsvorschriften“ sind nach **Art. 1 lit. I VO (EG) 883/2004** die Gesetze, Verordnungen, Satzungen und alle anderen Durchführungsvorschriften in Bezug auf die in Artikel 3 Abs. 1 genannten Zweige der sozialen Sicherheit.

Diese Verordnung gilt nach **Art. 2 Abs. 1 VO (EG) 883/2004** für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

Diese Verordnung gilt nach **Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/2004** für alle Rechtsvorschriften, die folgende Zweige der sozialen Sicherheit betreffen:

- a) Leistungen bei Krankheit;
- b) Leistungen bei Mutterschutz und gleichgestellten Leistungen bei Vaterschaft;
- c) Leistungen bei Invalidität;
- d) Leistungen bei Alter;
- e) Leistungen an Hinterbliebene;
- Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten;
- g) Sterbegeld;
- h) Leistungen bei Arbeitslosigkeit;
- i) Vorruhestandsleistungen;
- j) Familienleistungen.

Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben nach **Art. 4 VO (EG) 883/2004** Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten

aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen nach **Art. 11 Abs. 1 VO (EG) 883/2004** den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind bestimmt sich nach diesem Titel.

Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt nach **Art. 11 Abs. 3 lit a VO (EG) 883/2004** Folgendes:

Eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats.

Eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt nach **Art. 13 Abs. 2 VO (EG) 883/2004**

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

b) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, 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.

Eine Person hat nach **Art. 67 erster Satz VO (EG) 883/2004** auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

Sind für denselben Zeitraum und für denselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten nach **Art. 68 Abs. 1 VO (EG) 883/2004** folgende Prioritätsregeln:

a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge: an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.

b) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren, so richtet sich die Rangfolge nach folgenden subsidiären Kriterien:

i) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird, und subsidiär gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung. Im letztgenannten Fall werden die Kosten für die Leistungen nach in der Durchführungsverordnung festgelegten Kriterien aufgeteilt;

ii) bei Ansprüchen, die durch den Bezug einer Rente ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass nach diesen Rechtsvorschriften eine

Rente geschuldet wird, und subsidiär gegebenenfalls die längste Dauer der nach widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten; iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.

### **3 rechtliche Würdigung:**

Einleitend ist auszuführen, dass die Bf mangels Wohnsitzes im Inland (vgl. § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967) und auf Grund des ständigen Aufenthalts der Kinder im Ausland (vgl. § 5 Abs. 3 FLAG 1967) nach rein innerstaatlicher Rechtslage keinen Anspruch auf Familienbeihilfe hat.

Die Bf ist allerdings ungarischer Staatsbürgerin. Ungarische Staatsbürger sind seit 01.05.2004, dem Beitritt Ungarns zur EU, Unionsbürger. Aus diesem Grund ist die Bf gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 1967 österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Die innerstaatlichen Normen werden zugleich durch die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen überlagert.

#### **3.1 Anwendbarkeit des Unionsrechtes:**

Ab Mai 2010 ist die Verordnung (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit mit der Durchführungsverordnung (EG) 987/2009 auf alle Sachverhalte mit Bezug auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Union anzuwenden. (vgl. Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz 19 und 20 zu § 53)

Diese Verordnung ist anwendbar, wenn ein Sachverhalt vorliegt, der zwei oder mehr Mitgliedstaaten berührt. Der typische Anwendungsfall ist der eines Unionsbürgers, der in einem Mitgliedstaat (Beschäftigungsland) als Arbeitnehmer oder Selbständiger beschäftigt ist, während seine Familie weiterhin in einem anderen Mitgliedstaat (Wohnsitzland) lebt. (Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz 39 und 40 zu § 53).

Im gegenständlichen Fall beantragte die Bf als ungarischer Staatsbürgerin konkret Differenzzahlungen im Sinne der VO 883/2004 für ihre acht Kinder, da die Bf, ihr Ehegatte und die Kinder ihren Familienwohnsitz in Ungarn haben, die Bf aber seit 01.07.2013 in Österreich über eine Gewerbeberechtigung verfügt, bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft gemeldet ist und Sozialversicherungsbeiträge entrichtet.

Es wird somit von der Bf ein Sachverhalt dargestellt, der sowohl Ungarn als auch Österreich als Mitgliedstaaten der Europäischen Union betrifft, sodass neben dem jeweiligen innerstaatlichen Recht auch die VO 883/2004 für die zu beurteilenden Monate ab November 2013 zu beachten ist. Dazu wird konkret Folgendes ausgeführt:

#### **3.2 sachlicher Anwendungsbereich:**

Die von der Bf beantragte Familienbeihilfe (Differenzleistung) ist unter die Familienleistungen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. j VO 883/2004 zu subsumieren, daher ist diese Verordnung im gegenständlichen Fall sachlich anwendbar.

#### **3.3 persönlicher Anwendungsbereich:**

Unter Rechtsvorschriften im Sinne des den persönlichen Geltungsbereich regelnden Art. 2 VO 883/2004 fällt das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz (GSVG).

Nach § 2 Abs. 1 Z. 1 GSVG sind auf Grund dieses Bundesgesetzes, soweit es sich um natürliche Personen handelt, die Mitglieder der Kammern der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.

Nach § 2 Abs. 1 Wirtschaftskammergesetz 1998 sind alle physischen und juristischen Personen sowie sonstige 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.

§ 2 Abs. 1 Z. 1 GSVG stellt somit bei der Pflichtversicherung ua. auf die Mitgliedschaft zur Wirtschaftskammer ab. § 2 Wirtschaftskammergesetz 1998 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. (Vgl. auch VwGH vom 22.02.2012, 2011/16/0236)

Wie unter Punkt 1 dargestellt ist die Bf seit 01.07.2013 im Gewerberegister der Bezirkshauptmannschaft MN erfasst; die Bf ist daher zur Ausübung des dort erfassten Gewerbes berechtigt, damit gleichzeitig Mitglied der Kammer der gewerblichen Wirtschaft und dementsprechend auch nach § 2 GSVG pflichtversichert. Die Bf fällt somit als nach § 2 GSVG Pflichtversicherte gemäß Art. 2 Abs. 1 VO 883/2004 unter den Anwendungsbereich dieser Verordnung.

Ebenso fallen ihre Kinder als Familienangehörige im Sinne des Art. 1 lit. i VO 883/2004 unter den Anwendungsbereich dieser Verordnung.

### **3.4 Prinzip der Zuständigkeit nur eines Mitgliedstaates - Beschäftigungslandprinzip:**

Nach dem Unionsrecht unterliegen Personen, für die die VO 883/2004 gilt, immer nur den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates (Art. 11 Abs. 1 VO 883/2004). Welche Rechtsordnung hierfür in Frage kommt, ist unter Titel II Art. 11 ff VO 883/2004 geregelt. In der Regel sind dies gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. a VO 883/2004 die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaates, also jenes Staates, in welchem eine selbständige oder nichtselbständige Tätigkeit ausgeübt wird, und zwar auch dann, wenn die Person im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnt.

### **3.5 Selbständige Erwerbstätigkeit:**

Zu klären ist im gegenständlichen Fall, ob die Bf in den Monaten ab 11/2013 eine selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne des Art. 11 Abs. 3 lit. a VO 883/2004 in Österreich ausübte.

Einleitend ist dazu festzuhalten, dass es nicht wesentlich ist, ob die Bf nach österreichischem Steuerrecht über eine Betriebsstätte in Österreich verfügt, sondern ob sie im Sinne der VO 883/2004 selbständig erwerbstätig ist. (Vgl. BFG vom 07.02.2017, RV/7106469/2016).

Um eine Erwerbstätigkeit als selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne der VO 883/2004 anerkennen zu können, ist es jedenfalls erforderlich, dass eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausgeübt wird, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. 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 „selbständige Erwerbstätigkeit“. (Vgl. BFG vom 02.07.2015, RV/7101979/2013, EuGH vom 26.02.1992, C-357/89, Raulin, EuGH vom 10.09.2014, C-270/13, Haralambidis).

Wie der Sachverhaltsdarstellung unter Punkt 1 zu entnehmen ist, hat die Bf für die Monate 11/2013 und 12/2013 unterschiedlich hohe Einnahmen angegeben: für 11/2013 gab sie zunächst 110,-- Euro und zusätzlich eine Provisionsabrechnung durch die X in Höhe von 3.000,--, sodann 610,-- Euro bekannt, für 12/2013 einmal 15,-- Euro und dann 515,-- Euro. Im Kalenderjahr 2014 erwirtschaftete sie Einnahmen in Höhe von insgesamt 5.085,-- Euro oder aber 5.285,-- Euro. Im Kalenderjahr 2015 Einnahmen in Höhe von 10.330,-- Euro. Teilweise war sie – wie aus den nur lückenhaften Angaben zu der Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden zu entnehmen ist – nur 4 bis 5 Stunden im Monat tätig. Angaben zu angefallenen Betriebsausgaben fehlen zur Gänze.

Es ist aufgrund der (nur) teilweise feststellbaren geringen Anzahl der Arbeitsstunden und der geringen Höhe der von ihr bezogenen Honorare (Angaben zu angefallenen Betriebsausgaben fehlen zur Gänze) im gegenständlichen Fall zu prüfen, ob und möglicherweise in welchem Zeitraum die Tätigkeit der Bf einen so geringen Umfang hat(te), dass sie außer Betracht zu bleiben hat.

Für die Beantwortung der Frage, ob im gegenständlichen Fall eine selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne der VO 883/2004 vorliegt, ist es also erforderlich all jene Tatsachen zu ermitteln, die für die Feststellung, ob die Tätigkeit als völlig untergeordnet und unwesentlich anzusehen ist, notwendig sind.

Bei selbständigen Erwerbstätigkeiten, bei denen die Frage auftaucht, ob die Tätigkeit als völlig untergeordnet und unwesentlich anzusehen ist, ist jedenfalls die Dauer, die Nachhaltigkeit/Qualität und die Regelmäßigkeit der Tätigkeit, die Höhe des Gewinns bzw. der Einnahmen und die Anzahl der wöchentlichen Arbeitszeit zur Beantwortung dieser Frage heranzuziehen.

Auch die Beantwortung der Frage, inwieweit in dem letztlich verbleibenden Gewinn ein spürbarer Beitrag zum Familieneinkommen zu sehen ist, kann zur Beurteilung der gegenständlichen Frage herangezogen werden. Die Höhe der vom Ehegatten der Bf erzielten Einkünfte ist derzeit nicht bekannt.

Es muss letztlich eine Gesamtbewertung sämtlicher Umstände vorgenommen werden, um das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne der VO 883/2004 beurteilen zu können.

In diesem Zusammenhang ist auch der „Ort der Ausübung“ der selbständigen Erwerbstätigkeit zu bestimmen.

Dies deshalb, weil für Personen, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Tätigkeit ausüben, Art. 13 VO 883/2004 zur Anwendung kommt.

Der „Ort der Ausübung“ einer Erwerbstätigkeit im Sinne der VO 883/2004 bestimmt sich nach dem Recht der Union. Bei der Auslegung des Begriffs „Ort der Ausübung“ der Tätigkeit als Begriff des Unionsrechtes ist zu beachten, dass Bedeutung und Tragweite von Begriffen, die das Unionsrecht nicht definiert, nach ständiger Rechtsprechung entsprechend ihrem Sinn nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und unter Berücksichtigung des Zusammenhangs, in dem sie verwendet werden, und der mit der Regelung, zu der sie gehören, verfolgten Ziele zu bestimmen sind. Entsprechend ist mit dem Begriff „Ort der Ausübung“ einer Tätigkeit entsprechend seiner Grundbedeutung der Ort gemeint, wo der Betreffende die mit dieser Tätigkeit verbundenen Handlungen (überwiegend) konkret ausführt. (Vgl. EuGH vom 27.09.2012, C-137/11, Partena).

Wie unter Pkt 1 dargestellt besteht die Tätigkeit der Bf im Übersetzen diverser Texte und in einer Tätigkeit als Dolmetscherin, welche nach allgemeiner Lebenserfahrung außerhalb des Büros ausgeübt wird.

Im Hinblick auf Art. 13 VO 883/2004 ist die Frage zu beantworten, ob der von der Bf behauptete Schreibtisch in A D, jkl, tatsächlich den Mittelpunkt der selbständigen Erwerbstätigkeit der Bf darstellt. Zusätzlich ist zu ermitteln, welches Ausmaß die Tätigkeit als Dolmetscherin im Verhältnis zur Übersetzungstätigkeit im Büro einnimmt und ob die Bf einen wesentlichen Teil (im Sinne des Art. 13 VO 883/2004) dieser Tätigkeit als Dolmetscherin in Ungarn ausgeübt wird.

#### **4 Aufhebung und Zurückverweisung:**

Ist die Bescheidbeschwerde mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes

- a) weder als unzulässig oder nicht rechtzeitig eingebracht zurückzuweisen (§ 260) noch
  - b) als zurückgenommen (§ 85 Abs. 2, § 86a Abs. 1) oder als gegenstandslos zu erklären,
- so kann das Verwaltungsgericht nach **§ 278 Abs. 1 BAO** mit Beschluss die Beschwerde durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Beschwerdevorentscheidungen unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erledigen, wenn Ermittlungen (§ 115 Abs. 1) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anderslautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können. Eine solche Aufhebung ist unzulässig, wenn die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.



Durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides tritt das Verfahren gemäß **§ 278 Abs. 2 BAO** in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hat.

Im weiteren Verfahren sind die Abgabenbehörden gemäß **§ 278 Abs. 3 BAO** an die für die Aufhebung maßgebliche, im aufhebenden Beschluss dargelegte Rechtsanschauung gebunden. Dies gilt auch dann, wenn der Beschluss einen kürzeren Zeitraum als der spätere Bescheid umfasst.

Nach **§ 115 Abs. 1 BAO** haben die Abgabenbehörden die abgabepflichtigen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln, die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind.

Die aufhebende (die Sache an die Abgabenbehörde zurückverweisende) Beschwerdeerledigung setzt voraus, dass Ermittlungen gemäß § 115 Abs. 1 BAO unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderlassung hätte unterbleiben können. (Ritz, BAO<sup>5</sup>, Rz 9 zu § 278)

Im gegenständlichen Fall hat das Finanzamt ausgehend von der unrichtigen Rechtsauffassung, es komme für die Frage einer selbständigen Erwerbstätigkeit auf das Vorliegen einer Betriebsstätte an, die entscheidungswesentlichen Ermittlungen zur Beantwortung der Frage, ob eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt oder nicht, unterlassen.

Wie den Ausführungen unter Pkt. 3.5 im Einzelnen zu entnehmen ist, fehlen Ermittlungen zum konkreten Umfang der Tätigkeit der Bf, insbesondere zur tatsächlichen Höhe der von der Bf erzielten Einkünfte aus Gewerbebetrieb ab 11/2013 (Einnahmen-Ausgaben-Rechnungen), zum Ausmaß der von der Bf für ihre angemeldete gewerbliche Tätigkeit aufgewendete Arbeitszeit und zur Regelmäßigkeit ihrer Tätigkeit. Zusätzlich fehlen Ermittlungen zur Höhe ihres Beitrags zum Familieneinkommen (Höhe der vom Ehegatten der Bf in Ungarn erzielten Einkünfte). Ebenso sind noch Ermittlungen zum Ort der Ausübung der gewerblichen Tätigkeit (Übersetzungstätigkeiten und Tätigkeiten als Dolmetscherin) in Ungarn oder in Österreich erforderlich.

Letztlich kann erst anhand der - aufgrund der noch festzustellenden Sachverhaltselemente - vorzunehmenden Gesamtbewertung sämtlicher Umstände die Frage beantwortet werden, ob eine selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne der VO 883/2004 vorliegt oder nicht.

Im Falle unterlassener Ermittlungen liegen die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde im Ermessen des Bundesfinanzgerichtes. Ermessensentscheidungen haben gemäß § 20 BAO nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Billigkeit zu erfolgen.

Auch wenn die Verwaltungsgerichte grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden haben, erweist sich im gegenständlichen Fall im Hinblick auf die nicht entscheidungsreife

Vorlage und den Umfang der noch durchzuführenden Ermittlungen die Zurückverweisung der Sache an das Finanzamt als zweckmäßig.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt eine Zurückverweisung der Sache an die Verwaltungsbehörde zur Durchführung notwendiger Ermittlungen insbesondere dann in Betracht, wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat, wenn sie zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts lediglich völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt oder bloß ansatzweise ermittelt hat. (Vgl. VwGH vom 16.10.2015, Ra 2015/08/0042, VwGH vom 04.08.2015, Ra 2015/06/0039).

Brauchbare Ermittlungsergebnisse, die im Zusammenhalt mit einer allenfalls durchzuführenden mündlichen Verhandlung bloß zu vervollständigen sind, liegen im gegenständlichen Fall nicht vor. Das Finanzamt hat im gegenständlichen Fall - wie dargestellt - den Sachverhalt nicht in einer Weise ermittelt, dass sich hierauf eine Entscheidung stützen lässt. (Vgl. VwGH vom 16.10.2015, Ra 2015/08/0042).

Die Sachaufklärung durch das Bundesfinanzgericht wäre jedenfalls zeitaufwendiger, da die gerichtlichen Ermittlungsergebnisse und allfällige Stellungnahmen den Verfahrensparteien zwecks Wahrnehmung des Parteiengehörs wechselseitig unter Einräumung entsprechender Fristen zur Kenntnis gebracht werden müssten. Eine erhebliche Kostenersparnis wäre mit der Durchführung eines derartigen Ermittlungs- und Beweisverfahrens (unter zusätzlicher Einholung wechselseitiger Stellungnahmen) durch das Bundesfinanzgericht ebenfalls nicht verbunden.

Sollte das Finanzamt im weiteren Verfahren das Vorliegen eines Anspruchs der Bf auf Familienbeihilfe (Differenzzahlung) feststellen, kann dieses verwaltungsökonomisch mit der Auszahlung von Familienbeihilfe (Differenzzahlung) vorgehen, ohne dass eine Entscheidung durch das Verwaltungsgericht zu treffen und dies erst vom Finanzamt umzusetzen ist. (Vgl. BFG vom 25.07.2017, RV/7100804/2016).

Entsprechend diesen Ausführungen wird der Abweisungsbescheid (Sammelbescheid) vom 02.09.2015 sowie die Beschwerdevorentscheidung (Sammelbescheid) vom 28.07.2016 betreffend die acht Kinder der Bf hinsichtlich der Monate ab 11/2013 aufgehoben und die Rechtssache zur erstmaligen Sachverhaltsermittlung und neuerlichen Sachentscheidung zurückverwiesen.

## **5 Revision:**

Gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ist nach Art. 133 Abs. 4 erster Satz B-VG 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 fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Revision ist nicht zulässig, weil keine zu lösende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt. Die verfahrensrechtlichen Fragen wurden im Einklang mit der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gelöst. Die materiellrechtlichen Beurteilungen stützen sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union und weichen von dieser nicht ab. Die Beurteilung von Tatfragen ist einer Revision nicht zugänglich.

Salzburg-Aigen, am 2. November 2017