

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Dr. Susanne Zankl in der Beschwerdesache E.N. , gegen den Bescheid des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart vom 04.12.2014, betreffend Familienbeihilfe für das Kind 1, ab Oktober 2014 und für das Kind 2, ab Jänner 2015 zu Recht erkannt:

1. Die Beschwerde betreffend Weitergewährung der Familienbeihilfe für das Kind 1 wird als unbegründet abgewiesen.

Die Familienbeihilfe für das Kind 1, steht ab Oktober 2014 nicht mehr zu.

2. Die Beschwerde betreffend Weitergewährung der Familienbeihilfe für das Kind 2 wird als unbegründet abgewiesen.

Die Familienbeihilfe für das Kind 2, steht ab Jänner 2015 nicht mehr zu.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) in den Punkten 1. und 2. unzulässig.

## **Entscheidungsgründe**

### **I. Sachverhalt und Verfahrensgang**

Der Beschwerdeführer (Bf) ist ungarischer Staatsbürger mit Familienwohnsitz in Ungarn, Sopron. Laut Abfrage aus dem Zentralen Melderegister war der Bf mit Hauptwohnsitz bzw. Nebenwohnsitz seit 2008 in Österreich gemeldet.

Aufgrund der der Abgabenbehörde vorgelegenen Unterlagen war der Bf in Österreich als Techniker für Ton- und Lichtanlagen selbständig tätig (Gewerbeschein für das Gewerbe Aufstellung von Ton- und Lichtanlagen seit 2008). Für seine beiden Kinder bezog der Bf Familienbeihilfe (FB): Für 1 , wurde die FB bis September 2014, für 2 , wurde die FB bis Dezember 2015 gewährt.

Im Zuge der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen für den Weiterbezug der FB (Schreiben vom 29.8.2014) wurde dem Bf aufgetragen,

-die Schulbestätigung 2014/15 für 2 und

-die Fortsetzungsbestätigung/Inskriptionsbestätigung/Wintersemester 2014/15 sowie den - Studienerfolgsnachweis für 09/13-06/14 für 1

vorzulegen.

Im November 2014 erfolgte durch die Abgabenbehörde beim Bf eine Nachschau gemäß § 143 Bundesabgabenordnung (BAO) mit folgendem Ergebnis:

*Laut Zentrales Melderegister war der Bf mit Hauptwohnsitz von 27.3.2008 bis 30.7.2014 in Adresse1 , gemeldet. Auch die Betriebsstätte des Bf war unter dieser Adresse gemeldet (Gewerbeberechtigung für Vermietung und Aufstellung von Ton-und Lichtanlagen seit 1.4.2008, Veranstaltungsmanagement von 1.4.2008 bis 26.5.2008). Die Adresse in Adresse1, diente nur für Postzustellung und gewerbliche Anmeldung. Eine Betriebsstätte bzw Wohnung des Bf war dort nie vorhanden. Tatsächlich an dieser Adresse befand sich das Unternehmen (Musikhandel, Veranstaltungen...) des Unterkunftsgebers und Musikkollegen des Bf.*

*Seit 30.7.2014 war der Bf mit Nebenwohnsitz an der Adresse in Adresse2 , gemeldet, auf die auch die Gewerbeberechtigung (Gastgewerbe) seit 28.7.2014 lautete. Auf dieser Adresse befindet sich ein Bad-Restaurant. Eine Woche nach der Nachschau befand sich ein Aushang an der Eingangstüre des Restaurants, wonach der Betrieb bis über die Wintermonate geschlossen wäre und erst mit der warmen Jahreszeit geöffnet werden würde.*

Aufgrund der Ermittlungsergebnisse der Abgabenbehörde (Bericht über die Nachschau vom Dezember 2014) wurden die Anträge des Bf vom 2.10.2014 auf (Weiter) Gewährung der FB für seine beiden Kinder als unbegründet abgewiesen (Bescheid vom 4.12.2014 betreffend das Kind 1 ab Oktober 2014 und Bescheid vom 4.12.2014 betreffend das Kind 2 ab Jänner 2015).

Am 2.1.2015 erhob der Bf das Rechtsmittel der Beschwerde und führte dazu aus, dass er seit 1.4.2008 in Österreich arbeiten würde. Er hätte sich mit 30.7.2014 in Adresse2 angemeldet, da er zu dieser Zeit ein Gasthaus übernommen hätte. In Adresse1 hätte er sich nicht abgemeldet. Leider wäre der Betrieb nicht so gut gegangen, sodass das Lokal geschlossen werden musste, worauf er sich wieder mit Nebenwohnsitz inAdresse1 gemeldet hätte, von wo er seine Arbeit koordinierte. Der Beschwerde beigelegt waren folgende Unterlagen:

EWB-Bescheinigung (Anmeldebescheinigung für EWB-Bürger), Inskriptionsbestätigung für 1 und Erfolgsnachweis, Meldezettel, Gewerbeanmeldung, Bestätigung ungar. Behörde.

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 22.9.2015 wurde die Beschwerde auf weitere Zuerkennung der FB für seine beiden Kinder mit der Begründung abgewiesen, dass der Bf in Österreich keine Betriebsstätte hätte (EU-Verordnung 883/2004).

Am 15.10.2015 stellte der Bf den Antrag, die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht (BFG) zur Entscheidung vorzulegen und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem gesamten Senat (Vorlageantrag). Er hätte seine Gewerbeberechtigung durchgehend aufrechterhalten und hätte kurzfristig ein Gastgewerbe in Adresse2 , betrieben (Gewerbeberechtigung "Gastgewerbe" ab 28.7.2014 unter dieser Adresse, Beilage 11 zum Vorlageantrag). Nach der Schließung des Gasthauses betriebe er

nunmehr wieder seine Gewerbe „Aufstellung von Licht und Tonanlagen“ in Adresse1 . Der Beschwerde beigelegt waren Meldebestätigungen, Gewerbeberechtigungen sowie der Einkommensteuerbescheid 2014.

Am 31.5.2016 nahm der Bf den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem gesamten Senat zurück.

## **II. Beweiswürdigung**

Der festgestellte Sachverhalt stützt sich auf die Angaben des Bf, auf die dem Gericht vorgelegten Urkunden des Bf sowie auf Ergebnisse der von der Behörde bzw vom Bundesfinanzgericht durchgeführten Ermittlungen.

## **III. Rechtsausführungen**

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 § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben 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, 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.

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.

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

Vielmehr ist der Bf. als ungarischer Staatsbürger von der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme über soziale Sicherheit (in der Folge "VO") erfasst. Die VO gilt ab 1.5.2010 und ist demzufolge für den Streitzeitraum anzuwenden.

Gemäß Art. 1 der VO bezeichnet für Zwecke dieser Verordnung der Ausdruck "Beschäftigung" 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, während der Ausdruck "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, bezeichnet.

Familienangehöriger ist gemäß Art. 1 lit. i) Z 1 sublit. i) der VO jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird.

Nach Art. 67 der VO hat 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.

Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten die in Art. 68 der VO ausgeführten Prioritätsregeln.

Da der Bf ungarischer Staatsangehöriger, somit Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats der Europäischen Union ist, gilt die VO für ihn sowie für seine Kinder.

Verordnung (EG) Nr. 883/2004, Artikel 11 „*Allgemeine Regelung*“, lautet:

(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;

....

e) Jede andere Person, die nicht unter die Buchstaben a) bis d) fällt, unterliegt unbeschadet anderslautender Bestimmungen dieser VO, nach denen ihr Leistungen auf Grund der Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zustehen, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats."

Nach den Bestimmungen der VO kommen immer nur die nationalen Vorschriften eines Landes zur Anwendung (siehe Art. 11 Abs. 1 VO). Primär unterliegt eine Person, die eine Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausübt, ausschließlich den nationalen Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaates (s Art. 11 Abs. 3 lit. a VO).

Einkünfte aus Gewerbebetrieb sind gemäß § 23 Abs. 1 EStG 1988 Einkünfte aus einer selbständigen, nachhaltigen Betätigung, die mit Gewinnabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn die Betätigung weder als Ausübung der Land-und Forstwirtschaft noch als selbstständige Arbeit anzusehen ist.

Gemäß § 29 BAO ist eine Betriebsstätte im Sinne der Abgabenvorschriften jede feste örtliche Anlage oder Einrichtung, die der Ausübung eines Betriebes oder wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes dient.

Gemäß Art 7 des österreichischen –ungarischen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) sind Gewinne eines Unternehmens eines Vertragsstaates nur in diesem Staat zu versteuern, es sei denn, dass das Unternehmen seine Tätigkeit im anderen Vertragsstaat durch eine dort gelegene Betriebsstätte ausübt.

Das Bundesfinanzgericht hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (§ 167 Abs. 2 BAO iVm § 2a BAO).

#### **IV.Erwägungen**

Strittig ist die Frage, ob der Bf im Streitzeitraum in Österreich eine selbstständige/ gewerbliche Tätigkeit ausübte und damit, ob die Anspruchsvoraussetzungen (im Sinne der VO 338/2004) für den Weiterbezug der Familienbeihilfe (FB) für seine beiden Kinder vorlagen.

Dem Bf wurde die Gewerbeberechtigung für das Gewerbe „Aufstellung von Ton und Lichtenanlagen“ mit 1.4.2008 erteilt (Bezirkshauptmannschaft Mattersburg vom 1.4.2008). Die Wohnadresse ( Adresse1 ) wurde vom Bf zugleich auch als der Standort seines Gewerbes angegeben.

Der Bf war durchgehend seit 2008 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.

Der Bf beantragte beim Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart eine Steuernummer für den Betrieb (Bekanntgabe der Steuernummer, Einkommensteuer, Juli 2008).

Mit 28.7.2014 wurde dem Bf die Gewerbeberechtigung für das Gewerbe „Gastgewerbe“ erteilt. Der Bf war seit 30.7.2014 in Adresse2 mit Nebenwohnsitz gemeldet, wo sich das Gasthaus (Bad-Restaurant) befand.

Gemäß Art. 11 Abs. 3 der EU-VO 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, die auch die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten in Hinsicht auf die Gewährung von Familienleistungen regelt, ist Österreich für die Auszahlung der FB dann zuständig, wenn in Österreich, wie vom Bf behauptet, ein Unternehmen betrieben wird. Ob in Österreich ein Unternehmen betrieben wird, richtet sich nach obigen Ausführungen (siehe Pkt. Rechtsausführungen) nach den nationalen (österreichischen) Rechtsvorschriften.

Einkünfte aus Gewerbebetrieb sind gemäß § 23 Abs. 1 Einkommensteuergesetz 1988(ESG) Gewinne aus einer selbständigen nachhaltigen Tätigkeit, die mit Gewinnabsicht ausgeübt wird und die sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt.

Gemäß Art. 7 des DBA Österreich-Ungarn (Doppelbesteuerungsabkommen) dürfen die Gewinne des Unternehmens nur dort besteuert werden, wo die selbständige Tätigkeit ausgeübt wird bzw in dem Mitgliedstaat, wo die Tätigkeit durch eine dort gelegene Betriebsstätte ausgeübt wird. Nach den Bestimmungen des DBAs ist eine Betriebsstätte jede feste Geschäfts-oder Produktionseinrichtung, in der die Tätigkeit des Unternehmens ganz oder teilweise ausgeübt wird.

„Kennzeichnend ist ein hinreichender Mindestbestand an Personal-und Sachmitteln, die für die Erbringung der Dienstleistung erforderlich sind, sowie ein hinreichender Grad an Beständigkeit im Sinne eines ständigen Zusammenwirkens von Personal und Sachmitteln. Fehlt es an eigenem Personal und einer Struktur mit einem hinreichenden Grad an Beständigkeit, liegt keine feste Niederlassung vor (siehe dazu ua VwGH vom 29.4.2003, 2001/14/0226).

Im Sinne dieser Ausführungen ist nunmehr zu prüfen, ob der Bf den Sitz seines Unternehmens in Österreich hatte bzw, ob es in Österreich eine Betriebsstätte gab, von wo aus der Bf sein Unternehmen führte und seine selbständige/gewerbliche Tätigkeit ausübte.

Die Erhebungen des Finanzamtes (Nachschau gem. § 143 BAO, Bericht über das Ergebnis vom Dezember 2014) haben zweifelsfrei ergeben, dass der Bf an der angegebenen Adresse in Adresse1, keinen Firmensitz oder Betriebsstätte hatte und dort auch keine Geschäftstätigkeit entfaltete. Am angegebenen Betriebsstandort befanden sich weder Geschäftsunterlagen noch Räumlichkeiten (ua Anlagevermögen..), Musikanlagen und dgl, die darauf schließen lassen, dass von dort aus Geschäfte geplant und durchgeführt wurden. Art und Umfang der Leistungen und Leistungsort konnten

nicht ermittelt werden. Diese Adresse diene nur für Postzustellung und gewerbliche Anmeldung. „Herr N. ist ein Musikkollege von mir und war das eine und andere Mal für mich tätig“ (Angaben des „Unterkunftsgebers“ des Bf, der an dieser Adresse sein Unternehmen führte). Wenn der Bf auch mit Hauptwohnsitz an dieser Adresse gemeldet war (ZMR), so war der Bf nach den amtlichen Erhebungen der Behörde dort auch nicht wohnhaft.

Das Finanzamt stellte weiters fest, dass der Bf auch unter der Adresse2 , keine nachhaltige Geschäftstätigkeit entfaltete. Der Gastbetrieb wurde bereits mit November 2014 auf ungewisse Zeit geschlossen. Der Bf hat daraufhin wiederum einen Nebenwohnsitz in Adresse1 gemeldet. (Beschwerdeausführungen vom Jänner 2015). Es existierte kein anderer inländischer Firmensitz oder eine Betriebsstätte und es wurde vom Bf ein solcher auch gar nicht behauptet.

Das Bundesfinanzgericht hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenvorgangs nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (§ 167 Abs. 2 BAO iVm § 2a BAO). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. für viele VwGH 9.9.2004, 99/15/0250) ist von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt. Das Bundesfinanzgericht stellt in freier Würdigung der vorliegenden Beweise fest, dass der Bf im Streitzeitraum tatsächlich keine selbständige/gewerbliche Tätigkeit in Österreich ausgeübt hat. Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse erweist sich für das Bundesfinanzgericht die Tätigkeit des Bf um eine „Scheintätigkeit. Eine Betriebsstätte bzw ein Firmensitz liegt in Österreich nicht vor.

Wenn aber keine Anzeichen vorliegen, dass der Bf eine sonstige selbständige/gewerbliche Tätigkeit von Österreich aus ausübte, kann der Art. 11 der VO, (siehe oben unter „Rechtsausführungen“) nicht zur Anwendung kommen. Somit hat der Bf im Streitzeitraum keinen Anspruch auf Familienbeihilfe, eine Weitergewährung der Familienbeihilfe war für die Kinder 1 ab Oktober 2014 und 2 ab Jänner 2015 nicht mehr möglich.

## **V. Zulässigkeit der Revision**

Zum Ausspruch betreffend die Zulässigkeit der Revision wird ausgeführt:

Gem. § 25a Abs.1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses auszusprechen, ob die Revision gem. Art.133 Abs.4 B-VG zulässig ist. Danach ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichts 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. Im gegenständlichen Fall konnte sich das Bundesfinanzgericht bei den erheblichen Rechtsfragen auf die in den rechtlichen Erwägungen des Erkenntnisses wiedergegebene Judikatur bzw auf eine ohnehin klare Rechtslage stützen. Daher ist die Revision gem. Art.133 Abs.4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab noch fehlt es an einer solchen Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

Gründe für eine Revision im angeführten Sinn sind vorliegend auch deshalb nicht gegeben, weil die Rechtslage in den oben angeführten Bestimmungen des Artikels11 der Verordnung (EG) 883/2004 eindeutig geregelt ist.

Vielmehr hing die gegenständliche Entscheidung von der im Rahmen der Beweiswürdigung vorgenommenen Beurteilung von Tatfragen ab, mit denen keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung im Zusammenhang stehen.

Gegen dieses Erkenntnis ist daher keine (ordentliche) Revision zulässig.

Salzburg-Aigen, am 31. Mai 2016