

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag.<sup>a</sup> Ri in der Beschwerdesache Bf., Adresse, vertreten durch Vertreter, gegen den Bescheid des Finanzamtes FA vom 20.07.2015, betreffend Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für die Kinder A. und B. für die Monate März 2014, Mai 2014 und Jänner 2015, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird stattgegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

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

## Entscheidungsgründe

### 1. Verfahrensgang:

Strittig ist im Beschwerdefall die Gewährung der Differenzzahlung für die Monate **03/2014** **05/2014** und **01/2015** für die Kinder A. und B..

Chronologisch stellt sich der Verfahrensgang folgendermaßen dar:

20.05.2015	Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung (DZ) für 2014.	
26.05.2015	Mitteilung über den Bezug der Ausgleichszahlungen (AZ) an den Bf. für die Monate 01, 07, 10, 11/2014.	
29.05.2015	Antrag auf Erlassung eines Bescheides betr. DZ hins. der Monate 03, 05/2014. Antrag auf Erlassung eines Bescheides betr. DZ hins. der Monate 01 – 03/2015.	
01.06.2015	Abweisungsbescheid betr. Antrag vom 29.05.2015 hins. der Monate 03/2015 und (ab) 05/ 2015.	
06.06.2015	Beschwerde gegen Abweisungsbescheid vom 01.06.2015 (Grund: unrichtiger Zeitraum - DZ für 03, 05/2014 wurde beantragt), Antrag auf Direktvorlage an BFG	
15.06.2015	Aufhebung (§ 299 BAO) des Abweisungsbescheides vom 01.06.2015 (Grund: unrichtiger Zeitraum)	

23.06.2015	Abweisungsbescheid betr. eines (tats. nicht vorliegenden) Antrages vom 23.06.2015 hins. der Monate 03 und 05/2014.
26.06.2015	Beschwerde gegen Bescheid vom 23.06.2015.
27.06.2015	Antrag auf Erlassung eines Bescheides betr. AZ für den Monat 01/2015.
29.06.2015	Abweisungsbescheid betr. den Antrag vom 27.06. (AZ 01/2015).
02.07.2015	Beschwerde betr. Bescheid vom 29.06.2015.
15.07.2015	Beschwerdevorentscheidung - BVE betr. Beschwerde vom 06.06.2015, Zeitraum 03, 05/2014: Stattgabe der Beschwerde vom 06.06.2015 (ergänzt durch die Beschwerde vom 26.06.2015) und Aufhebung des Bescheides vom 23.06.15, weil über einen nicht existenten AZ- Antrag vom 23.06. abgesprochen wurde.
15.07.2015	Beschwerdevorentscheidung - BVE betr. Beschwerde vom 02.07.2015, Zeitraum 01/2015: Stattgabe der Beschwerde vom 02.07.2015 und Aufhebung des Bescheides vom 29.06.2015, weil über einen nicht existenten AZ-Antrag vom 27.06. abgesprochen wurde.
<b>20.07.2015</b>	<b>Abweisungsbescheid betr. den Antrag vom 20.05.2015 hins. AZ 03,05/2014 und 01/2015.</b>
27.07.2015	Beschwerde gegen Abweisungsbescheid vom 20.07.2015.
28.07.2015	Ergänzungsschriftsatz zur Beschwerde vom 27.07.2015: (03 – 05/2014): Abweisungsbescheid vom 20.07. steht anstelle des Abweisungsbescheides vom 23.06. und 29.06., daher gelten die Beschwerden vom 06.06.(Ergänzung 26.06.) als gegen den Bescheid vom 23.06. eingebracht;  01/2015: Abweisungsbescheid vom 20.07. steht anstelle des Abweisungsbescheides vom 29.06., daher gilt die Beschwerde vom 02.07 als gegen den Abweisungsbescheid vom 20.07. eingebracht.

Der Beschwerdeführer (Bf.), ein rumänischer Staatsbürger, arbeitet in Österreich als selbständiger Personenbetreuer und stellte am 20.05.2015 den Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung (DZ) zur Familienbeihilfe für seine Kinder A., geb. 2007, und B., geb. 2001, für 2014.

Das Finanzamt (FA) gewährte dem Bf. die DZ für den Zeitraum 01, 07, 10, 11/2014.

Was die Monate 03, 05/2014 und 01/2015 anbelangt, wies das FA den Antrag - nach den oben dargestellten und einer Denksportaufgabe gleichende Vorverfahren - mit Bescheid vom 20.07.2015 ab. Begründend wurde auf die Art. 68 der VO (EG) 883/2004 und 59 der DVO (EG) 987/2009 verwiesen.

Im Schriftsatz vom 27.07.2015 erhob der Bf. Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid vom 20.07.2015. Begründend führte er aus, dass sich die Beschwerde gegen die Ausfertigung eines neuerlichen Abweisungsbescheides betreffend der Monate März

und Mai 2014 und Jänner 2015 richte, obwohl gegen diese betreffenden Monate bereits bescheidmäßig abgesprochen worden sei und gegen diese Bescheide bereits ein Beschwerdeverfahren laufe. Er beantrage die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Abweisungsbescheides vom 20. Juli 2015.

Der Abweisungsbescheid vom 20.07.2015, in dem die Ausgleichszahlung für die Monate März 2014, Mai 2014 und Jänner 2015 abgewiesen worden sei, dürfte von der Abgabenbehörde irrtümlich erlassen worden sein, für die betreffenden Monate lägen bereits Abweisungsbescheide vor und dagegen sei auch bereits Beschwerde erhoben worden:

- März und Mai 2014: Abweisungsbescheid vom 23. Juni 2015 - Beschwerde vom 26. Juni 2015
- Jänner 2015: Abweisungsbescheid vom 29. Juni 2015 - Beschwerde vom 2. Juli 2015

Er beantrage daher die ersatzlose Aufhebung des Abweisungsbescheides vom 20.07.2015 und die Behandlung der Beschwerden vom 26.06.2015 und vom 02.07.2015 und antragsgemäße unverzügliche Vorlage der Beschwerden an das Bundesfinanzgericht gemäß § 262 Abs. 2 BAO.

Im Ergänzungsschriftsatz vom **28.07.2015** führte der Bf. zur Beschwerde vom 27.07.2015 aus:

"Ergänzend zur gestrigen Beschwerde vom 27.07.2015 gegen den Abweisungsbescheid vom 20.07.2015 (zugestellt am 27.07.2015), ergeht diese Ergänzung.

Da ich die beiden Beschwerdevorentscheidungen vom 15.07.2015 (zugestellt am 28.07.2015 mittels RSb) betreffend die Beschwerden vom 06.06.2015 (gegen den Abweisungsbescheid vom 01.06.2015 bzw. Beschwerde vom 26.06.2015 gegen den Bescheid vom 23.06.2015) und vom 02.07.2015 gegen den Bescheid vom 29.06.2015, bei Ausfertigung der gestrigen Beschwerde noch nicht kannte, ergibt sich für mich nun ein anderer Sachverhalt:

Die beiden Bescheide vom 23.06.2015 und vom 29.06.2015 wurden durch die BVE's lediglich aufgrund von formellen Fehlern der Abgabenbehörde aufgehoben und entsprechen keiner inhaltlichen Stattgabe. Für mich ist jetzt nachvollziehbar, warum der neue Abweisungsbescheid vom 20.07.2015 ausgefertigt wurde. Mir kommt es so vor, das Finanzamt möchte bewusst Zeit verzögern, in dem immer wieder kleine formelle Fehler passieren, zuerst (Bescheid vom 01.06.2015) wurde das falsche Jahr angegeben, bei den Nachfolgebescheiden vom 23.06.2015 und vom 29.06.2015 ein falsches Antragsdatum angegeben.

Da in diesem Fall der Abweisungsbescheid vom 20.07.2015 an Stelle der mit Bescheidbeschwerde angefochtenen Abweisungsbescheide vom 23.06.2015 und vom 29.06.2015 getreten ist, gelten gemäß § 253 BAO die am 06.06.2015 bzw. in Ergänzung vom 26.06.2015 gegen den Abweisungsbescheid vom 23.06.2015 und die Beschwerde vom 02.07.2015 gegen den Abweisungsbescheid vom 29.06.2015 nun auch gegen den späteren Bescheid vom 20.07.2015.

Ich ersuche daher die ursprünglichen Bescheidbeschwerden vollinhaltlich zu übernehmen und wie beantragt gemäß § 262 Abs. 2 BAO die Bescheidbeschwerden ohne weiteren Aufschub an das Verwaltungsgericht vorzulegen.

- Die Beschwerden vom 06.06.bzw. 26.06.2015 haben folgenden Inhalt:

"Herr B. beantragte die Ausgleichszahlung nach der Verordnung (EG) 883/2004 für Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Monate im Kalenderjahr 2014, in denen er in Österreich selbstständig als selbständiger Personenbetreuer tätig war, und zwar: Jänner 2014, März 2014, Mai 2014, Juli 2014, Oktober 2014 und November 2014.

Am 25.05.2015 (zugestellt am 29.05.2015), wurde vom FA eine Mitteilung über den Bezug der Ausgleichszahlung (kein Bescheid) ausgefertigt und damit mitgeteilt, dass ihm die Ausgleichszahlung für die Monate Jänner 2014, Juli 2014, Oktober 2014 und November 2014 gewährt wird, auf dieser Mitteilung - die keinen rechtsmittelfähigen Bescheid darstellt - war keine Begründung angeführt, warum ihm für die weiteren beantragten Monate keine Ausgleichszahlung gewährt wurde, dazu möchte ich anmerken, dass das FA gemäß § 13 FLAG verpflichtet gewesen wäre, eine Bescheid zu erlassen, weil dem Antrag meines Klienten nicht vollinhaltlich stattgegeben wurde. ....

Die strittigen Monate März 2014 und Mai 2014 wurden mit der Begründung abgewiesen, dass Herr B. in diesen Monaten jeweils am Monatsersten keine Beschäftigung ausgeübt hatte und daher laut Art. 59 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 kein Anspruch auf Ausgleichszahlung besteht. Genaugenommen steht im Bescheid vom 01.06.2015 keine detaillierte Begründung, sondern nur Zitierungen der EG-Verordnungen 883/2004 bzw. 987/2009.

Ich gehe aber davon aus, dass das Finanzamt aber aus dem gleichen Grund abgewiesen hat wie auch bereits betreffend der im Beschwerdeverfahren strittigen Monate aus 2013....

Tatsächlich wurde die Beschäftigung in den strittigen Monaten wie folgt ausgeübt:

- 04.03. - 31.03.2014
- 02.05. - 31.05.2014

Der Umstand, dass in den strittigen Monaten nicht bereits am Monatsersten die Beschäftigung ausgeübt wurde, liegt an den Mitfahrglegenheiten von Rumänien nach Österreich. Aber es wurde in den jeweiligen Monaten überwiegend die selbständige Tätigkeit als "selbständiger Personenbetreuer" ausgeübt. Die Regelung des Art. 59 der (D)VO 987/2009 erscheint willkürlich, da bei gleicher Dauer der Tätigkeit, welche bereits am Monatsersten begonnen hat, der Anspruch auf Ausgleichszahlung bestünde. Weiters möchte ich anführen, dass es auch nicht sachgerecht erscheint, die Leistung zu verweigern, da Herr B. in den strittigen Monaten auch trotzdem für das ganze Monat die SV-Beiträge nach dem GSVG zu entrichten hatte und diese nicht tageweise aliquoziert wurden.

Herr B. unterbrach seine Tätigkeit in der Regel nach einem oder zwei Monat(en) Tätigkeit in Österreich, um für 1 oder 2 Monat(e) in die Heimat zurückzukehren, um bei seinen Kindern zu sein.

Er wäre auch nicht verpflichtet gewesen, das Gewerbe jedes Mal ruhend zu melden, sondern er hätte die Gewerbeberechtigung auch durchgehend aufrecht belassen können und wäre somit auch durchgehend bei der SVA der gewerblichen Wirtschaft versichert gewesen. Dieser Umstand könnte wohl auch nicht dazu führen, dass er deshalb schlechter gestellt ist. Bei einer durchgehenden Versicherung wäre laut Rechtsprechung des VwGH 27.9.2012, ZI 2012/16/0066, eine Unterbrechung der Erwerbstätigkeit von ca. 2,5 Monaten nicht schädlich (siehe auch UFS RV/3375-W/12 vom 18.03.2013). Wobei der strittige Fall wie erwähnt nicht ganz zu vergleichen ist, aber es wurde die Ausgleichszahlung auch nicht durchgehend (für die Monate an denen Herr B. nicht tätig war) beantragt, sondern eben nur für die Monate, wo er auch tatsächlich tätig war, auch wenn der Tätigkeitsbeginn nicht der Erste des Monats war.

Das stellt eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber einem Inländer oder eben eines EWR-Angehörigen, der bereits am Monatsersten tätig gewesen sei, dar. Der Grundsatz des EU-Rechtes und vor allem der Hintergrund der VO (EG) 883/2004 ist die Gleichbehandlung von Personen, die hier beschäftigt sind mit Staatsangehörigen dieses Staates (Artikel 4 der VO) und grundsätzlich ist aufgrund der selbständigen Tätigkeit von Herrn B. in Österreich diese Verordnung auch anzuwenden. Zu klären ist, welcher Mitgliedsstaat vorrangig zur Leistung verpflichtet ist, das wäre aufgrund der Durchführungsverordnung 987/2009 Rumänien, da sein Klient in den betreffenden Monaten nicht bereits am Monatsersten in Österreich beschäftigt war. Der Artikel 59 der DVO 987/2009 regelt ja nur die vorrangige Zuständigkeit eines Mitgliedsstaates und schließt ja nicht die grundsätzliche Anwendbarkeit der Verordnung 883/2004 aus.

Aufgrund der Bestimmungen des Art. 68 der VO 884/2004 löst die Beschäftigung in Österreich generell einen Anspruch in Österreich aus.

Rn 232 zu § 53 FLAG-Kommentar (Czaszar/Lenneis/Wanke)

*Bei nicht getrennt lebenden Eltern richtet sich der Anspruch wie folgt wenn nur ein Elternteil beschäftigt ist: Beschäftigungsland ist vorrangig verpflichtet.*

ME ist für meinen Klienten in den strittigen Monaten jedenfalls die EG-Verordnung 883/2004 anzuwenden und Österreich daher verpflichtet entweder die Ausgleichszahlung oder ggfs. aufgrund der DVO 987/2009 nur eine Differenzzahlung zu leisten.

Ich beantrage daher das Bundesfinanzgericht möge zu Recht erkennen, dass seiner Beschwerde Folge gegeben wird und der angefochtene Bescheid aufgehoben und die Ausgleichszahlung für die strittigen Monate zuerkannt wird.

Für den Fall, dass der Anspruch auf Ausgleichszahlung nicht besteht, müsste aber stattdessen gemäß der Verordnung für die strittigen Monate zumindest der Anspruch auf Differenzzahlung bestehen. Da die Differenzzahlung für jene Leistungen zur Anwendung kommt, die ein Mitgliedsstaat erbringen muss, der nach der VO nur nachrangig zur Erbringung der Familienleistungen verpflichtet ist, dessen Familienleistungen jedoch

höher sind als die des vorrangig verpflichteten Mitgliedsstaats (siehe Rn 177ff zu § 53 des FLAG-Kommentars von Csaszar/Lenneis/Wanke).

Nach Art. 68 Abs. 2 der VO (EG) 883/2004 werden bei Zusammentreffen von Ansprüchen die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Abs. 1 Vorrang haben. Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren."

Die Beschwerde vom 2. Juli 2015 gegen den Abweisungsbescheid vom 29. Juni 2015 hat

- bis auf den Zeitraum der ausgeübten Beschäftigung, nämlich vom 09.01-31.01.2015,
- den selben Inhalt.

Der steuerliche Vertreter beantragte auch hier die direkte Vorlage der Beschwerde an das Bundesfinanzgericht.

Der Bf. legte im Zuge des Beschwerdeverfahrens folgende entscheidungsrelevanten Unterlagen vor:

- *Formular E 401 (Familienstandsbescheinigung für die Gewährung von Familienleistungen): Bf., seine Gattin und die beiden Söhne leben in Rumänien im gemeinsamen Haushalt.*
- *Formular E 411: (Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen): Bestätigung, dass die Gattin des Bf. während der Zeit vom 1. Jänner 2014 bis 31. März 2015 keine berufliche Tätigkeit ausgeübt hat und in diesem Zeitraum Familienleistungen von insgesamt 1260 Lei bezogen hat.*
- *Einkommensbestätigung für 2014, datiert mit 18.03.2015 für die Gattin des Bf. (E.): steuerpflichtiges Einkommen: 2 Lei (Einkommen aus Dividende).*
- *Einkommensbestätigung für 2014, datiert mit 18.03.2015 für die Gattin des Bf.: kein steuerpflichtiges Einkommen.*
- *Schulbesuchsbestätigungen für B. und A. für das Schuljahr 2014/2015.*
- *Werkvertrag über Leistungen in der Personenbetreuung gemäß § 159 GewO mit Herrn F., Beginn des Vertragsverhältnisses 10. Mai 2013.*
  - Honorarnote F. über den Erhalt von € 1.488,-- für die Zeit der Betreuung vom 1. Jänner bis 31. Jänner 2014.
  - Honorarnote F. über den Erhalt von € 1.296,-- für die Zeit der Betreuung vom 4. März 2014 bis 31. März 2014.
  - Honorarnote F. über den Erhalt von € 1.440,-- für die Zeit der Betreuung vom 2. Mai bis 31. Mai 2014.
- *Werkvertrag über Leistungen in der Personenbetreuung gemäß § 159 GewO mit Frau W., Beginn des Vertragsverhältnisses 1. November 2014.*

- Werkvertrag über Leistungen in der Personenbetreuung gemäß § 159 GewO mit Frau S., Beginn des Vertragsverhältnisses 9. Jänner 2015.  
 -Honorarnote W. über den Erhalt von € 1.150,-- für die Zeit vom 09.01. bis zum 31.01.2015.

### Über die Beschwerde wurde erwogen:

#### **2. Rechtsgrundlagen:**

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.

§ 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 gem 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.

Nach Abs. 3 leg. cit wird die Ausgleichszahlung in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet.

Nach § 4 Abs. 6 FLAG 1967 gilt die Ausgleichszahlung, mit Ausnahme der Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe, als Familienbeihilfe iS dieses Bundesgesetzes.

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 § 5 Abs. 3 FLAG 1967 in Bezug auf EWR-Staatsbürger grundsätzlich nicht gilt; diese sind in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Dabei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des EWR 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 die Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit

(idF VO), die ab 1. Mai 2010 gilt, anzuwenden. Diese hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat ("Durchgriffswirkung"). Die VO geht dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor ("Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts").

Für den vorliegenden Fall lauten die maßgeblichen Bestimmungen der VO (EG) Nr. 883/2004:

## **Artikel 1**

### Definitionen

Für Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

- a) "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;
- b) "selbstständige 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;
- c) "Versicherter" in Bezug auf die von Titel III Kapitel 1 und 3 erfassten Zweige der sozialen Sicherheit jede Person, die unter Berücksichtigung der Bestimmungen dieser Verordnung die für einen Leistungsanspruch nach den Rechtsvorschriften des gemäß Titel II zuständigen Mitgliedstaats vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt;

...

#### i) "Familienangehöriger":

- 1. i) jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird;
- ii) in Bezug auf Sachleistungen nach Titel III Kapitel 1 über Leistungen bei Krankheit sowie Leistungen bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft jede Person, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sie wohnt, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt wird oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird;
- 2. unterscheiden die gemäß Nummer 1 anzuwendenden Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats die Familienangehörigen nicht von anderen Personen, auf die diese Rechtsvorschriften anwendbar sind, so werden der Ehegatte, die minderjährigen Kinder und die unterhaltsberechtigten volljährigen Kinder als Familienangehörige angesehen;
- 3. wird nach den gemäß Nummern 1 und 2 anzuwendenden Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familien- oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Versicherten oder dem Rentner in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Versicherten oder dem Rentner bestritten wird;

j) "Wohnort" den Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes einer Person;

...

I) "Rechtsvorschriften" für jeden Mitgliedstaat die Gesetze, Verordnungen, Satzungen und alle anderen Durchführungsvorschriften in Bezug auf die in Artikel 3 Absatz 1 genannten Zweige der sozialen Sicherheit.

...

z) "Familienleistungen" alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen nach Anhang I.

## **Artikel 2**

### Persönlicher Geltungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt 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. ...

## **Artikel 3**

### Sachlicher Geltungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für alle Rechtsvorschriften, die folgende Zweige der sozialen Sicherheit betreffen:

a) Leistungen bei Krankheit;

...

j) Familienleistungen.

## **Artikel 4**

### Gleichbehandlung

Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

## **Artikel 11**

### 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; ...

## **Artikel 14**

Freiwillige Versicherung oder freiwillige Weiterversicherung

(1) Die Artikel 11 bis 13 gelten nicht für die freiwillige Versicherung oder die freiwillige Weiterversicherung, es sei denn, in einem Mitgliedstaat gibt es für einen der in Artikel 3 Absatz 1 genannten Zweige nur ein System der freiwilligen Versicherung.

(2) Unterliegt die betreffende Person nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats der Pflichtversicherung in diesem Mitgliedstaat, so darf sie in einem anderen Mitgliedstaat keiner freiwilligen Versicherung oder freiwilligen Weiterversicherung unterliegen. In allen übrigen Fällen, in denen für einen bestimmten Zweig eine Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Systemen der freiwilligen Versicherung oder der freiwilligen Weiterversicherung besteht, tritt die betreffende Person nur dem System bei, für das sie sich entschieden hat.

...

## **Familienleistungen**

### **Artikel 67**

Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen

Eine Person hat 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. Ein Rentner hat jedoch Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats.

### **Artikel 68**

Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen

(1) Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten 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 selbstständige 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 den folgenden subsidiären Kriterien:
  - i) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige 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.

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 den widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;  
iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.

(2) Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Absatz 1 Vorrang haben. Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren. Ein derartiger Unterschiedsbetrag muss jedoch nicht für Kinder gewährt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschließlich durch den Wohnort ausgelöst wird. ..."

Die zuständige Verwaltungskommission fasste zur Auslegung des Artikels 68 der VO (EG) Nr. 883/2004 den Beschluss Nr. F1 vom 12. Juni 2009 (2010/C 106/04). Dieser lautet:

Für die Zwecke des Artikels 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gelten Ansprüche auf Familienleistungen insbesondere dann als "durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst", wenn sie erworben wurden

- a) aufgrund einer tatsächlichen Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit oder auch
- b) während Zeiten einer vorübergehenden Unterbrechung einer solchen Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit
- i) wegen Krankheit, Mutterschaft, Arbeitsunfall, Berufskrankheit oder Arbeitslosigkeit, solange Arbeitsentgelt oder andere Leistungen als Renten in Zusammenhang mit diesen Versicherungsfällen zu zahlen sind, oder...

Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (DVO):

## **Artikel 59**

Regelungen für den Fall, in dem sich die anzuwendenden Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen ändern

(1) Ändern sich zwischen den Mitgliedstaaten während eines Kalendermonates die Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung der Familienleistungen, so setzt der Träger, der die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gezahlt hat, nach denen die Leistungen zu Beginn dieses Monates gewährt wurden, unabhängig von den in den Rechtsvorschriften dieser Mitgliedstaaten für die Gewährung von Familienleistungen vorgesehenen Zahlungsfristen die Zahlungen bis zum Ende des laufenden Monats fort.

### **3. Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:**

Der Bf., seine beiden mj. Kinder und die Ehegattin sind rumänische Staatsbürger. Sie haben ihren ständigen Aufenthalt am Familienwohnsitz in Rumänien. Dort befindet sich auch der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Bf.

Der Bf. war in Österreich als Personenbetreuer tätig. Er übte seine Tätigkeit als selbständig Gewerbeberechtigter aus.

Der Bf. war laut Versicherungsdatenauszug im Jahr 2014 in Österreich wie folgt beschäftigt bzw. versichert:

01.01. bis 31.01.	als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger
04.03. bis 31.03.	als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger
02.05. bis 31.05.	als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger
01.07. bis 31.07.	als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger
01.10. bis 27.10.	als geringfügig beschäftigter Arbeiter
09.01.2015 bis laufend	als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger

Die Tätigkeit im Inland (24 Stunden Pflege im Rahmen des freien Gewerbes Personenbetreuung), wurde vom Bf. im streitgegenständlichen Zeitraum wie folgt ausgeübt: vom 04.03. bis 31.03.2014, vom 02.05. bis 31.05.2014 und vom 09.01. bis 31.01.2015.

Der Bf. hat das Gewerbe Personenbetreuung für die Monate, in denen er nicht in Österreich gearbeitet hat, ruhend gemeldet. In diesen Monaten lag eine Pflichtversicherung bei der SVA der gewerblichen Wirtschaft nicht vor.

Die Gattin des Bf. übte in Rumänien im Zeitraum 01.01.2014 bis 31.12.2015 keine Beschäftigung aus. Sie bezog in diesem Zeitraum Familienleistungen in Höhe von 1.250 Lei (vgl. Anfrage E 401, E 411).

Die Kinder besuchten in Rumänien Schulen.

Der Sachverhalt gründet auf folgender Beweiswürdigung:

Die Familienverhältnisse des Bf. sind unbestritten. Dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Rumänien liegt, ergibt sich aus dem ständigen Aufenthalt und dem Wohn- und Ausbildungsort der Ehegattin und der Kinder des Bf. in Rumänien und dem dortigen Hauptwohnsitz des Bf. Die Anmeldung des Gewerbes Personenbetreuung sieht das BFG im Hinblick auf die Pflichtversicherung als erwiesen. Die Pflichtversicherung beginnt von Gesetzes wegen mit dem Tag der Gewerbeanmeldung und der Beginn der Pflichtversicherung ist durch den Versicherungsdatenauszug vom 26.05.2015 als erwiesen.

Die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit des Bf. beruht auf den von ihm vorgelegten Werkverträgen und Honorarnoten.

Die Ermittlungen hins. der (Nicht-)Berufstätigkeit der Ehegattin des Bf. sowie der Ausbildung der Kinder basiert auf den Auskünften der rumänischen Finanzverwaltung (Formular E 401 und E 411).

#### **4. Rechtliche Beurteilung:**

Klarstellend ist zunächst darzulegen, dass eine Ausgleichszahlung in § 4 FLAG 1967 geregelt ist und dann zum Zug kommt, wenn ein Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe durch Drittstaaten besteht. Besteht hingegen Anspruch auf Familienleistungen durch EU-Staaten, liegt ein Anwendungsfall der VO (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004, in Geltung für alle EU-Staaten mit 1.5.2010, vor und man spricht von Differenzzahlung.

Nach dem festgestellten und unbestrittenen Sachverhalt hat der Bf. im März, Mai 2014 und Jänner 2015 in Österreich das Gewerbe der Personenbetreuung ausgeübt. Er hat Herrn P1 vom 04.03. - 31.03.2014 und 02.05.-31.05.2014 und Frau P2 vom 09.01. - 31.01.2015 betreut. Das Gewerbe der Personenbetreuung war in dieser Zeit angemeldet, der Bf. war bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert. Die entsprechenden Beträge wurden eingezahlt. Der Bf. war in Rumänien nicht beschäftigt. Die Ehegattin war in Rumänien im Streitzeitraum nicht beschäftigt, sie hat die rumänische Familienbeihilfe bezogen. Kinder besuchten eine Schule in L.

Die mj. Kinder des Bf. sind am Familienwohnsitz in Rumänien haushaltszugehörig. Sie haben ihren ständigen Aufenthalt in Rumänien, weshalb grundsätzlich der Anspruch auf Familienbeihilfe nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ausgeschlossen wäre. Da der Bf. aber rumänischer Staatsbürger ist und somit EWR-Bürger ist, ist er gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 1967 österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt.

Strittig ist die Nichtgewährung der Differenzzahlung für die Monate März, Mai 2014 und Jänner 2015.

Im Beschwerdefall sind nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten. Vielmehr ist der Bf. als Staatsbürger eines Mitgliedstaates der EU von der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des europäischen Parlamentes und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme über soziale Sicherheit im Streitzeitraum (idF kurz VO) erfasst.

Art. 11 der VO bestimmt:

"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....  
(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;

Diese Bestimmung erklärt somit den Beschäftigungsstandort grundsätzlich zu Anknüpfungspunkt.

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 Mitgliedstaates, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden...

Grundsätzlich sollen die Betroffenen nur dem System der sozialen Sicherheit eines **einzig** Mitgliedstaates unterliegen, sodass die Kumulierung anwendbarer nationaler Rechtsvorschriften und die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben könnten, vermieden werden (s. EuGH vom 12.6.2012, Rs C 611/10 und C 612/10 Waldemar Hudzinski und Jaroslaw Wawrzniak). Dies ist entsprechend dem Grundsatz des Art 11 Abs. 3 lit. a der VO der Staat, in dem die Person eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt.

Nach Art. 68 Abs. 2 der VO werden bei Zusammentreffen von Ansprüchen die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Abs. 1 Vorrang haben. Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrages ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrages der Leistungen zu gewähren.

Der Bf. gilt als "selbständig Erwerbstätiger" iS der VO, ist pflichtversichert und hat grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen. Die Familienbeihilfe fällt unter den Begriff der "Familienleistungen" iSd VO. Die VO ist sowohl in persönlicher wie in sachlicher Hinsicht im vorliegenden Fall anwendbar.

Die Ehegattin des Bf. war in Rumänien im Beschwerdezeitraum nicht berufstätig. Für die Kinder des Bf. wurden auch in Rumänien der österreichischen Familienbeihilfe vergleichbare Familienleistungen, nämlich staatliches Kindergeld bezogen. Diese ist grundsätzlich nicht von der Erwerbstätigkeit abhängig, sondern knüpft an den Wohnsitz bzw. Aufenthalt in Rumänien an. Der Anspruch auf Familienleistungen in Österreich ist gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. a der VO 883/2004 durch die Beschäftigung in Österreich als Beschäftigungsstaat begründet.

Unter Bedachtnahme auf die oben angeführten Art. 4, 11, 67 VO (EG) 883/2004 gelangt im Beschwerdefall die im Art. 68 Abs. Abs. 1 lit a leg. cit. dargelegte Prioritätsregel zur Anwendung:

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

Demnach ist Österreich als Beschäftigungsstaat vorrangig zuständig. Da aber die in Rumänien als Wohnmitgliedstaat ausbezahnten Familienleistungen gemäß Art. 68 Abs.

2 der VO zu berücksichtigen sind, ist der Unterschiedsbetrag (Differenzzahlung) zu gewähren.

Art. 59 DVO gelangt im Beschwerdefall aus nachstehenden Gründen nicht zur Anwendung:

Der EuGH hat in Rs C-255/99, Humer Slg 2002, I-1205 Rz 50 entschieden, dass Familienleistungen schon von ihrer Natur her nicht als Ansprüche betrachtet werden können, die einem Einzelnen unabhängig von seiner familiären Situation zustehen. Dies bedeutet, dass es nicht darauf ankommt, ob es sich bei dem Leistungsberechtigten um einen Familienangehörigen des Arbeitnehmers oder den Arbeitnehmer selbst handelt. Die Individualbetrachtung nur des Elternteils, der die Familienleistungen beanspruchen möchte, wird bei verheirateten oder in Lebensgemeinschaft lebenden Eltern abgelehnt (EuGH Rs C-543/03, Dodl und Oberhollenzer, Slg 2005, I-05049).

Art. 59 DVO gelangt nicht zur Anwendung, weil kein Zuständigkeitswechsel in den Monaten März, Mai 2014 und Jänner 2015 vorlag: Denn der die Familienleistung in Österreich auslösende Tatbestand der "Beschäftigung" iS Art. 68 Abs. 1 lit a VO ist prioritär gegenüber den die Familienleistungen in Rumänien auslösenden Tatbestand des "Wohnortes" und eine Zuständigkeitsänderung zweier gleichrangiger Tatbestände liegt (anders wie in RV/7100040/2015) nicht vor.

Der Anspruch auf Familienleistungen in Österreich ist gemäß Art 11 Abs. 3 lit a der VO (EG) 883/2004 durch die (ausschließlich) selbständige Erwerbstätigkeit des Bf. in Österreich begründet. Es kommt daher Art. 68 lit b VO (EG) 883/2004 zur Anwendung, Österreich hat die Differenzzahlung für die Monate März, Mai 2014 und Jänner 2015 zu leisten.

Angesichts der stattgebenden Erledigung war auf die vom Bf. vorgebrachten Argumente nicht weiter einzugehen.

Im Übrigen sei auf das Erkenntnis des Bundesfinanzgerichts vom 31. Jänner 2017, RV/7100040/2015 (Abweisung der Beschwerde, infolge Zuständigkeitswechsels nach Art. 59 DVO) verwiesen.

Der Beschwerde war statzugeben, der angefochtene Bescheid aufzuheben.

#### **4. Zulässigkeit einer 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, sodass die ordentliche Revision nicht zuzulassen war.

Klagenfurt am Wörthersee, am 1. Februar 2017