

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde des A B, Adresse \_Ö, vertreten durch MMag. Dr. Herbert Greiml, Mag. Dr. Christian Horvath, Mag. Dr. Günther Horvath Rechtsanwalts-Partnerschaft, 8010 Graz, Conrad-von-Hötendorf-Straße 6, vom 26.6.2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart, 2460 Bruck an der Leitha, Stefaniegasse 2, vom 1.6.2012, mit dem ein Antrag des A B vom 15.2.2012 auf Ausgleichszahlung für seine Kinder C, geboren März 2000, D, geboren Oktober 2001, E, geboren November 2007 und F B, geboren August 2010, Sozialversicherungsnummer X, ab Juni 2011 abgewiesen wurde, zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 279 Abs. 1 Bundesabgabenordnung (BAO) ersatzlos aufgehoben.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw) und spätere Beschwerdeführer (Bf) A B beantragte am 14.2.2012 (undatierter Antrag, beim Finanzamt persönlich überreicht laut Eingangsstempel am 14.2.2012), mit dem Formular Beih 38 Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für seine Kinder C, geboren März 2000, D, geboren Oktober 2001, E, geboren November 2007 und F B, geboren August 2010, und zwar

- für F von August 2010 bis Dezember 2011,
- für E von Mai 2011 bis Dezember 2011,
- für D von Mai 2011 bis Dezember 2011 und
- für C ohne Angabe eines Zeitraums.

Als Anschrift des Bw wurde Adresse\_Ö, angegeben; der Bw sei freiberuflicher Fotograf und Kameramann. Das Feld "Gemeinsamer Wohnort" war nicht ausgefüllt.

Die Kinder lebten in einem Haushalt mit dem anderen Elternteil, seiner Ehegattin G B-H. Seine Gattin sei in der Slowakei selbstständig erwerbstätig. Soweit die Kinder bereits schulpflichtig seien, besuchten sie näher angeführte Schulen in der Slowakei.

Er und seine Kinder seien österreichische Staatsbürger, seine Gattin slowakische Staatsbürgerin.

Am 4.5.2012 legte der Bw dem Finanzamt Kopien von ihm ausgestellter Honorarnoten vor:

- 10.9.2011: Endabrechnung gegenüber einem steirischen Unternehmen betreffend "Foto und Werbeleistung" in den Monaten Mai 2011, Juni 2011 und Oktober 2011 über insgesamt Euro 1.2000,00 (Rechnungsnummer 1/11).
- 4.10.2011: Endabrechnung gegenüber einem burgenländischen Unternehmen, und zwar dem Leihgeber des Hauses in Adresse\_Ö, betreffend Werbefilm, Werbefotos usw im Juni 2011 über Euro 800,00 (Rechnungsnummer 2/11).
- 20.12.2011 Endabrechnung gegenüber einem steirischen Unternehmen betreffend Fotodokumentation, Werbefotos usw im Jahr 2011 über Euro 2.000,00 (Rechnungsnummer 3/11).
- 20.12.2011 Endabrechnung gegenüber einem burgenländischen Unternehmen betreffend Betriebsdokumentation, Fotodateien usw in den Monaten September 2011, Oktober 2011 und Dezember 2011 über insgesamt Euro 2.500,00 (Rechnungsnummer 4/11).

Es ist auch ein Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2010 vom 31.3.2011 aktenkundig, wonach der Bw Einkünfte von Euro 0,00 erzielt und eine Negativsteuer von Euro 889,00 (Alleinverdienerabsetzbetrag) erhalten habe.

Im Akt befinden sich desweiteren Ausdrucke aus dem Zentralen Melderegister, Kopien von Geburtsurkunden und Staatsbürgerschaftsnachweisen, von Schulbesuchsbestätigungen sowie der Heiratsurkunde.

Demnach ist der Bw sei 10.10.2011 aufrecht in Adresse\_Ö (Hauptwohnsitz) gemeldet. Zuvor befand sich der Hauptwohnsitz durchgehend seit dem Jahr 1999 an verschiedenen Adressen in der Steiermark.

In weiterer Folge legte der Bw dem Finanzamt einen zwischen ihm und L M-N abgeschlossenen Prekariumsvertrag vom 4.9.2010 vor, wonach dem Bw ein Haus mit einer Wohnnutzfläche von rund 760 qm und einer Grundstücksfläche von rund 7.000 qm in Adresse\_Ö, ab 1.5.2011 unentgeltlich leihweise mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist überlassen wird und sich der Bw zur Instandhaltung, Erhaltung und Pflege verpflichtet. Der Leihgegenstand dürfe nur zu Wohnzwecken verwendet werden.

Laut Versicherungsdatenauszug vom 1.6.2012 war der Bw zuletzt von 16.5.2009 bis 30.12.2009 gemäß § 16 Abs. 1 ASVG selbstversichert. Seither ist keine aufrechte Versicherung vermerkt.

Am 26.1.2012 überwies der Bw einen Betrag von Euro 466,00 mit dem Vermerk "KV-Rückstand" an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft.

Am 8.6.2011 teilte die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft dem Bw im Bezug auf einen Antrag auf Gewährung von Kinderbetreuungsgeld mit:

*Bezugnehmend auf Ihren Antrag auf Kinderbetreuungsgeld vom 16.05.2011 teilen wir folgendes mit:*

*Grundsätzlich besteht für den Zeitraum von 16.11.2010 (6 Monate rückwirkend ab Antragstellung) bis zum 01.04.2011 (ab 02.04.2011 Wegfall des gemeinsamen Hauptwohnsitzes) Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld in Österreich sofern auch die Familienbeihilfe für diesen Zeitraum zuerkannt wird.*

*Wir ersuchen Sie daher um Vorlage einer Kopie der Zuerkennung der Familienbeihilfe in Österreich. Nach Vorlage dieser Bescheinigung wird Ihnen das Kinderbetreuungsgeld rückwirkend für den oben genannten Zeitraum ausbezahlt.*

*Anschließend werden wir eine Bestätigung an die slowakische Behörde über den Bezug in Österreich übermitteln in der wir auch darauf hinweisen, dass für den Zeitraum von 03.08.2010 bis 15.11.2010 unsererseits keine Leistung erbracht wurde und dass ab 02.04.2011 kein Anspruch mehr auf Kinderbetreuungsgeld in Österreich besteht.*

*Die bereits eingereichten Unterlagen werden zwischenzeitig in Evidenz gehalten.*

Im Jahr 2012 hatte der Bw an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft vorläufig einen Betrag vom 592,68 an Unfallversicherung und Krankenversicherung zu leisten (Jahresvorschau 2012, 21.1.2012).

Die zuständige slowakische Behörde ersuchte am 15.6.2012 mit dem Formular E 001 das zuvor für den Bw zuständig gewesene Finanzamt um Mitteilung, ob, seit wann und in welchem Umfang in den Jahren 2011 und 2012 dem Bw für seine Kinder von den österreichischen Behörden "Kindergeld" gewährt worden sei.

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 1.6.2012 wies das Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart den Antrag des Bw vom 15.2.2012 "auf Ausgleichszahlung" für seine Kinder C, geboren März 2000, D, geboren Oktober 2001, E, geboren November 2007 und F B, geboren August 2010, Sozialversicherungsnummer X, jeweils "ab Juni 2011" ab und begründete dies folgendermaßen:

*Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.*

*Sie wohnen in keinem gemeinsamen Haushalt mit ihren Kindern und die überwiegende Kostentragung für die Kinder erscheint aufgrund der in Österreich erzielten Einkünfte nicht glaubhaft.*

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Berufung des Bw vom 26.6.2012, beim Finanzamt eingelangt am 2.7.2012, mit dem ersichtlichen Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Bescheids:

*Zu : "aufgrund der in Österreich erzielten Einkünfte nicht glaubhaft"*

*Ein selbständiger Beruf, ein neues Unternehmen startet nicht nur mit überschüssigen Einkommen!*

*Meine Arbeitsaufträge und Dokumentationen belaufen sich über einen Wirtschaftszeitraum von 2-3 Jahren. Die Abrechnungen und Einkünfte erzielle ich erst nach Fertigstellung dieser Arbeiten. Ich versuche ohne staatliche Hilfe auszukommen, sprich Arbeitslosen-Bezug, Film- und Kunstförderungen und die Auftragslage verspricht positives!*

*Außerdem hatte ich schon mehrmals angeboten Ihnen meine Arbeiten, Broschüren und Bücher zu präsentieren und die Vorarbeiten für eine Multimediacomposition über die Slowakei Ende des Jahres in Augenschein zu nehmen. Nur durch Unterstützung meines Bruders und einiger Freunde, die an mich glauben ist dies möglich. Durch den Prækariumsvertrag erspare ich mir zusätzliche Kosten für Unterkunft und eine Zusammenarbeit mit österreichischen Künstlern ist gewährleistet. Durch mein zurzeit geringes Einkommen sehe ich eine Art Diskriminierung meinerseits, da ich mindestens ein höheres Einkommen aufweisen kann, als in einer Arbeitslosigkeit gefangen zu sein. Deswegen ich auch überzeugt bin, dass meine Einkünfte nicht der Grund Ihrer Ablehnung sein können!*

*Zu: "sie wohnen in keinem gemeinsamen Haushalt"*

*Durch die finanzielle und berufliche Situation ist es mir nicht möglich ständig bei meiner Familie zu sein, das soll nicht heißen, dass ich nicht alles Mögliche und alle Mittel aufbringe meine Familie voll zu unterstützen und jede freie Minute nutze, um bei meiner Familie sein zu können! Auf Ausgleichszahlung haben auch Familien Anspruch obwohl die Eltern nicht gemeinsam wohnen!*

*Die Entscheidung, meiner Familie ein Grundrecht zu streichen kann nicht gesetzeskonform sein. Gerade zu einer für mich sehr sensiblen Phase, der sich normalisierenden Einkommenssituation, trifft uns Ihre ablehnende Haltung doppelt so hart, deswegen bitte ich Sie höflichst den Bescheid zu revidieren!*

Mit Berufungsvorentscheidung vom 20.7.2012 wies das Finanzamt die Berufung als unbegründet ab:

*Gem. § 2 FLAG haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für Ihre Kinder, mit denen sie im gemeinsamen Haushalt leben. Gem. EU-VO 883/2004 über soziale Sicherheit haben Eltern auch dann Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe, wenn sie nicht mit den Kindern im gemeinsamen Haushalt leben, aber in Österreich beschäftigt oder wohnhaft sind und überwiegend für den Unterhalt der Kinder aufkommen.*

*Im gegenständlichen Fall leben Sie von Ihrer Familie getrennt. Sie sind in Österreich nicht sozialversichert und haben schon seit einigen Jahren keine österreichischen Einkünfte*

*dem Finanzamt offen gelegt. Auch die Tragung des überwiegenden Unterhalts wurde nie nachgewiesen, wobei sich in diesem Fall die Frage stellen würde, woher diese Mittel stammen.*

*Daher ist keine der Voraussetzungen für die Gewährung der österreichischen Familienbeihilfe bzw. Ausgleichszahlung erfüllt.*

Am 20.8.2012 stellte der Bw über FinanzOnline Vorlageantrag:

*Gegen eine Abweisung der Familienbeihilfe in meinem Fall erhebe ich volle Berufung auf die Berufungsvorentscheidung!*

*Ich bin in Österreich seit meiner Kindheit bis zum heutigen Tag sozialversichert!*

*Sozialversicherungsnummer X bei der gewerblichen Wirtschaft!!!!*

*Zum überwiegenden Teil trage ich für den Unterhalt meiner Kinder bei, die ja nur dadurch in der Slowakei leben, um unsere Familieneinkommenssituation langfristig verbessern zu können. Durch mein steigendes Einkommen erhoffe ich mir in naher Zukunft eine gemeinsame Wohnsituation in Österreich schaffen zu können!*

*Das Durchschnittseinkommen in der Slowakei beträgt lt. Sozialministerium 696,- € , mein Unterhaltsbeitrag für meine Kinder liegt also bei 80%.*

*Ich kann auf den Tag genau dokumentieren wie oft ich in der Slowakei und somit bei meiner Familie bin, nötigenfalls befragen Sie meine Kinder und meine Frau!*

*Ich bitte Sie nochmals herzlichst, mir die Möglichkeit einzuräumen, alle Ungereimtheiten und alle Unterlagen, die Sie zur nochmaligen Bearbeitung meiner Anliegen benötigen persönlich bei Ihnen mit meiner Familie darzulegen!*

Am 20.9.2012 wurde ein Auszug aus dem Gewerberегистre vorgelegt, wonach der Bw seit 24.8.2012 das freie Gewerbe des Pressefotografen angemeldet hat.

Die zuständige slowakische Behörde teilte dem Finanzamt am 24.7.2012, beim Finanzamt eingelangt am 27.9.2012, mit dem Formular E 411 mit, dass ab 1.7.2012 für alle Kinder des Bw kein Kindergeld und kein Kinderbetreuungsgeld ausbezahlt worden sei, die Mutter habe keine berufliche Tätigkeit ausgeübt.

Am 30.8.2012 richtete das Finanzamt folgenden Vorhalt an den Bw:

*Die Ausführungen in der Berufungsschrift scheinen angesichts Ihrer finanziellen Situation wenig glaubwürdig, Sie werden daher noch einmal aufgefordert, folgende Nachweise bis spätestens 30.9.2012 zu erbringen:*

- *Offenlegung Ihrer gesamten in- und ausländischen Einkünfte*
- *Offenlegung Ihrer Lebenshaltungskosten (Miete, Strom, Internetkosten, Fahrzeugkosten, etc.)*
- *Offenlegung der Lebenshaltungskosten der Kinder*

*Was davon bestreiten Sie?*

### *Nachweis einer derzeit gültigen Krankenversicherung*

Aktenkundig ist die Kopie einer Aufstellung, wonach die gesamten Ausgaben 2011 Euro 14.890,68 betragen haben sollen, die gesamten Einnahmen Euro 12.460,00. Die Differenz von Euro 2.430,68 sei "abgedeckt mit Leihgeld" worden.

Laut Versicherungsdatenauszug vom 30.11.2012 ist zuletzt Folgendes vermerkt:

*16.5.2009 bis 30.11.2009: Selbstversicherung § 16 Abs. 1 ASVG*

*1.8.2012 bis 30.9.2012: nicht bezahlte Beiträge BSVG, GSVG, FSVG*

*24.8.2012 bis laufend: gewerbl. selbständig Erwerbstätiger*

Die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft bestätigte am 30.11.2012 folgende Pflichtversicherung:

*Krankenversicherung nach dem GSVG: von 15.2.2010 bis 31.8.2012,*

*Unfallversicherung nach dem ASVG: von 15.2.2010 bis 31.8.2012.*

Aktenkundig sind folgende weitere Finanzamt Kopien vom Bw ausgestellter Honorarnoten:

- 18.2.2011: Abrechnung gegenüber einem steirischen Unternehmen betreffend "Foto und Werbeleistung" im Jahr 2011 über Euro 980,00 mit folgender Leistungsumschreibung: "Eos 1000 gebr., Objektiv 18-134 EOS-S, Blitz, Tasche und Kleinzubeh." (Rechnungsnummer 1/11).
- 18.2.2011: Abrechnung gegenüber einem steirischen Unternehmen betreffend "Foto und Werbeleistung" im Jahr 2011 über Euro 500,00, Leistung: Nachlieferung einer Broschüre (Rechnungsnummer 2/11).
- 1.3.2011: Abrechnung gegenüber einem burgenländischen Unternehmen, und zwar dem Leihgeber des Hauses in Adresse \_Ö, betreffend div. Fotodateien und Pressefotos im Jahr 2011 über Euro 400,00 (Rechnungsnummer 3/11).
- 1.3.2011: Abrechnung gegenüber einem steirischen Verein betreffend Fotodateien usw im Jahr 2011 über Euro 1.900,00 (Rechnungsnummer 4/11).
- 17.5.2011: Abrechnung gegenüber einem steirischen Unternehmen betreffend Fotodokumentation im Jahr 2011 über Euro 500,00 (Rechnungsnummer 5/11).
- 7.6.2011: Abrechnung gegenüber jenem steirischen Unternehmen, dem am 20.12.2011 mit der Rechnungsnummer 3/11 eine Endabrechnung betreffend Fotodokumentation, Werbefotos usw im Jahr 2011 über Euro 2.000,00 gelegt wurde, mit der selben Leistungsbeschreibung über Euro 1.600,00 (Rechnungsnummer 6/11).
- 20.8.2011: Abrechnung gegenüber einem steirischen Unternehmer betreffend ein Fotobuch über Euro 550,00 (Rechnungsnummer 7/11).
- 20.8.2011: Abrechnung gegenüber dem burgenländischen Unternehmer, dem am 20.12.2011 eine Rechnung mit der Nummer 4/11 gelegt wurde, betreffend Fotos und Broschürenvorbereitung über Euro 3.600,00 (Rechnungsnummer 8/11).
- 1.9.2011: Abrechnung gegenüber einem niederösterreichischen Unternehmen betreffend Fotodatei über Euro 500,00 (Rechnungsnummer 9/11).

- 1.10.2011: Abrechnung gegenüber einem steirischen Unternehmen betreffend Foto- und Werbeleistung im Jahr 2011 über Euro 230,00 (Rechnungsnummer 10/11).
- 15.11.2011: Abrechnung gegenüber einem deutschen Unternehmen betreffend Fotodokumentation und Vorarbeiten für eine Broschüre über Euro 2.500,00 (Rechnungsnummer 11/11).

Das Finanzamt erhab am 7.12.2012, dass der Bw bislang keine Steuererklärung für das Jahr 2011 abgegeben habe.

Mit Schreiben vom 5.12.2012 gab die rechtsfreundliche Vertretung ihre Bevollmächtigung bekannt und teilte zum Vorhalt vom 30.8.2012 mit:

...

- 1. Herr A B ist als Fotograf tätig und hat im Jahre 2011 Honorareinnahmen von € 12.460,00 erwirtschaftet.*
- 2. Im Jahre 2011 hat er von seinem Bruder, Herrn K B, ..., einen Betrag in Höhe von € 5.000,00 erhalten, den er jedoch bei besserer wirtschaftlicher Situation wieder zurückzahlen muss.*
- 3. Hinsichtlich der angefragten Lebenserhaltungskosten ist auszuführen, dass Herr A B mit Herrn LM-N in Adresse\_Ö, einen Prekariumsvertrag abgeschlossen hat. Dies hinsichtlich der Benützung des Hauses Adresse\_Ö. Herr A B ist aufgrund dieses Vertrages berechtigt, kostenfrei das Haus Adresse\_Ö, zu benützen. Er ist lediglich verpflichtet die üblichen Instandhaltungs- und Wartungsarbeiten durchzuführen. Dieser Prekariumsvertrag beinhaltet auch die betriebskostenfreie Nutzung, das heißt, er hat auch keine Betriebskosten zu bezahlen. Aus diesem Grund fallen vorerst keine Miete sowie keine Stromkosten ect. an.*

*Hinsichtlich der Fahrzeugkosten ist auszuführen, dass Herr A B keinen Pkw besitzt und fallen daher auch keine Kosten an. Sollte es aber der Fall sein, dass er dringende Fahrten durchzuführen hat, kann er sich einen Pkw ausborgen bzw. benützt er den Pkw seiner Ehegattin.*

- 4. Herr A B ist bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft, Landesstelle Burgenland, Osterwiese 2, 7000 Eisenstadt, unter der Sozialversicherungsnummer X, sowohl kranken-, pensions- als auch unfallversichert.*

*Zum Beweise des Verbringens werden die Einnahmen- und Ausgabenrechnung 2011, eine Kopie des angesprochenen Prekariumsvertrages und eine Leistungsinformation der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft der Landesstelle Burgenland vorgelegt.*

*Gleichzeitig wird, für den Fall der Vorlage der Berufung, an die Abgabenbehörde zweiter Instanz, der Antrag gestellt, eine mündliche Berufungsverhandlung auszuschreiben.*

*Herr A B erklärt sich, für den Fall, dass das Finanzamt eine zweite Berufungsvorentscheidung erlassen will, mit dieser Vorgangsweise einverstanden.*

*Ergänzend wird vorgebracht, dass der Antragsteller und Kindesvater für den überwiegenden Unterhalt seiner mj. Kinder, nämlich der mj. C, geb. ..., die mj. D, geb. ..., die mj. E, geb. ...und der mj. F, geb. ..., aufkommt. Die Kindesmutter kommt überwiegend durch die Betreuung der Kinder vor Ort für deren Unterhalt auf. Dahingehend kann sie der Kinder keinen nennenswerten Betrag zur Verfügung stellen, zumal sie selbst kein Einkommen bezieht.*

*Der Kindesvater und Antragsteller übergibt der Kindesmutter für den Unterhalt der mj. Kinder monatlich zumindest einen Betrag von € 450,00 bis € 600,00. Diesbezüglich ist auszuführen, dass die Kindesmutter mit den mj. Kindern bei ihren Eltern in der Slowakei wohnen kann und daher für die Wohnung sowie Betriebskosten vorerst nichts bezahlen muss. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Kindesmutter in der Lage mit dem doch geringen Betrag für die mj. Kinder in der Slowakei zu sorgen, wobei der gegenständliche Geldbetrag von € 450,00 bis € 600,00 die einzige finanzielle Zuwendung für die mj. Kinder darstellt. Aus diesem Grund kommt der Kindesvater und Antragsteller überwiegend für den Unterhalt der mj. Kinder auf.*

*Die mj. E, geb. ..., besucht den Kindergarten und wird für die Kindergartenbetreuung, das Essen sowie für die Verpflegung, monatlich ein Betrag von rund € 20,00 bezahlt. Die mj. Kinder C und D besuchen die Gesamtschule. Für die Schule ist kein Geld zu bezahlen.*

*Für die Bekleidung der mj. Kinder wird äußerst sparsam vorgegangen und teilweise das Gewand von Verwandten verwendet. An allfälligen Aktivitäten der Schule, wie einem Skikurs etc. nehmen die mj. Kinder jedenfalls nicht teil, zumal dies seitens der Eltern und der jetzigen Situation nicht leistbar ist.*

*Weiters wird ergänzend erwähnt, dass die Kindesmutter, zumal der Kindesvater überwiegend für die mj. Kinder finanziell aufkommt, auch in der Slowakei keine Familienbeihilfe erhält. Aus diesem Grund liegt nach Ansicht des Antragstellers die Voraussetzung für Gewährung der Familienbeihilfe im Sinne der erwähnten EUV 88 R/2004 [richtig: 883/2004] vollinhaltlich vor.*

*Es wird daher beantragt, der gegenständlichen Berufung Folge zu geben und die beantragte Familienbeihilfe in der beantragten Form auszubezahlen.*

Der angesprochenen Leistungsinformation 2011 zufolge erbrachte die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft für den Bw und seinen Sohn Sebastian im Jahr 2011 Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung.

Mit Bericht vom 7.12.2012 legte das Finanzamt die Berufung dem damaligen Unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor und merkte an, dass die Kinder des Bw bei diesem nicht haushaltsgehörig seien, aufgrund der finanziellen Situation des Bw die überwiegende Kostentragung unwahrscheinlich sei und der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Bw in Österreich fraglich sei. Der Bw sei in Österreich nur unfallversichert und habe sich erst im Laufe des Verfahrens bei der Versicherungsanstalt gemeldet. In Österreich seien keine steuerpflichtigen Einkünfte angegeben worden.

Am 29.11.2013 teilte das Finanzamt der damaligen Berufungsbehörde mit:

*Das Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart möchte Sie darüber informieren, dass auf Grund eines neuen Antrags des Bw. die Familienbeihilfe für den Zeitraum ab Jänner 2013 gewährt wurde. Ein neuerliches Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass sich am Standort Adresse\_Ö eine Betriebsstätte befindet und auch im Jahr 2013 Einnahmen, die dieser Betriebsstätte zugeordnet werden können, zugeflossen sind.*

*Hinsichtlich des Zeitraums Juni 2011 bis Dezember 2012 hält das Finanzamt an seiner Meinung fest, dass in diesem Zeitraum die Voraussetzungen zur Gewährung der Familienbeihilfe nicht vorlagen.*

Gemäß § 323 Abs. 38 BAO sind am 31.12.2013 beim Unabhängigen Finanzsenat anhängig gewesenen Berufungen vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinn des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen.

Am 28.7.2014 erfolgte auf Grund langanhaltender Erkrankung der zunächst zuständig gewesenen Richterin des BFG ein Wechsel der Richterin gemäß § 9 Abs. 9 BFGG.

Das Finanzamt wurde am 31.8.2014 um Vorlage des Antrags des A B „vom 15.2.2012“ „auf Ausgleichszahlung“ für seine vier Kinder unter Hinweis auf die Säumnisfolge des § 266 Abs. 4 BAO oder um Mitteilung, dass ein derartiger Antrag nicht existiere, ersucht.

Außerdem möge das Finanzamt mitteilen, wie der von A B dem vorgelegten Akt zufolge am 14.2.2012 gestellte Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung für seine Kinder (für F von August 2010 bis Dezember 2011, für E von Mai 2011 bis Dezember 2011, für D von Mai 2011 bis Dezember 2011 und für C ohne Angabe eines Zeitraums) vom Finanzamt entschieden wurde.

Hierauf gab das Finanzamt mit E-Mail vom 5.9.2014 bekannt:

*... In Beantwortung Ihres Schreibens möchte ich Ihnen mitteilen, dass der gesamte körperlich vorhandene Akt vorgelegt wurde.*

*Bis vor einigen Jahren hat man zwischen Ausgleichs- und Differenzzahlung unterschieden.*

*Eine Differenzzahlung erhielten im Ausland wohnhafte Antragsteller, die nach den EU-Richtlinien in Österreich Anspruch auf Familienbeihilfe haben, weil sie in Österreich beschäftigt sind. Eine Ausgleichszahlung erhalten in Österreich wohnhafte Antragsteller, die im EU-Ausland beschäftigt sind. Beträglich gibt es keinen Unterschied. Jetzt wird nicht mehr unterschieden.*

*Die Bezeichnung auf dem Formular wurde leider nicht geändert (ich danke Ihnen aber für den Hinweis und werde das an geeigneter Stelle vorbringen), sehr wohl aber die Bezeichnung in den automatisiert erstellten Bescheiden, die nur mehr von Ausgleichszahlungen sprechen.*

*Grundsätzlich werden Anträge mit dem Datum des Eingangsstempels des Finanzamtes angemerkt. Im gegenständlichen Fall wurde daher der Antrag vom 14.2.2012 mit 15.2.2014 angemerkt und am 1.6.2012 mit Abweisung erledigt. Es ist mir bewusst, dass die korrekte Zitierung „Antrag vom 14.2.2012, eingelangt am 15.2.2012“ lauten hätte müssen, doch übernimmt die automatisierte Bescheiderstellung das Datum der Anmerkung...*

## **Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **Sachverhalt**

Aus dem Akt des Finanzamtes ergibt sich folgender Sachverhalt:

Der Bf erzielte im Beschwerdezeitraum Juni 2011 (Beginn der Abweisung laut angefochtenem Bescheid) bis Juni 2012 (Zustellung des angefochtenen Bescheids) in Österreich selbständige Einkünfte als Fotograf. Der Bf verfügt über einen Wohnsitz in Österreich, seine Auftraggeber waren im Beschwerdezeitraum mit einer Ausnahme österreichische Unternehmer. Der Bf war nach dem GSVG pflichtversichert.

Die minderjährigen Kinder des Bf leben bei ihrer Mutter, der Gattin des Bf, in der Slowakei. Die Mutter war im Beschwerdezeitraum nicht erwerbstätig, Familienleistungen wurden von der Slowakei nicht ausbezahlt. Die Familie des Bf lebt bei den Schwiegereltern des Bf, der Bf "nützt jede freie Minute", um bei seiner Familie zu sein. Der Bf trägt zum Unterhalt der Kinder mit monatlich zwischen Euro 450,00 und Euro 600,00 bei, sonst gewährt niemand den Kindern finanzielle Zuwendungen. Der Bf kommt damit überwiegend für den Unterhalt der Kinder auf.

Eltern und Kinder sind Unionsbürger.

Der Bf stellte am 14.2.2012 mit dem Formular Beih 38 einen "Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung" und seine Kinder, und zwar

- für F von August 2010 bis Dezember 2011,
- für E von Mai 2011 bis Dezember 2011,
- für D von Mai 2011 bis Dezember 2011 und
- für C ohne Angabe eines Zeitraums.

Dieser Antrag langte beim Finanzamt am 14.2.2012 ein - persönlich überreicht - und wurde am 15.2.2012 vom Finanzamt in der entsprechenden EDV-Anwendung verbucht.

Ein Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung vom 15.2.2012 oder auf Familienbeihilfe "ab Juni 2011" wurde nicht gestellt.

## **Beweiswürdigung**

Das Gericht folgt den insoweit glaubwürdigen Angaben des Bf sowie der Aktenlage. Das Vorbringen des Finanzamts im Vorlagebericht, soweit es von den Feststellungen abweicht, ist aktenwidrig. Zur Frage, ob der Bf überwiegend für den Unterhalt aufkommt, siehe unten.

Sollte der Bf seinen steuerlichen Verpflichtungen nicht nachkommen, wird es Sache des Finanzamts als Abgabenbehörde, gegebenenfalls auch als Finanzstrafbehörde sein, dies zu sanktionieren. Sollte der Bf unbefugterweise das reglementierte Gewerbe des Berufsfotografen (§ 94 Z 20 GewO 1994) und nicht das freie Gewerbe des Pressefotografen und Fotodesigners (§ 150 Abs. 5 GewO 1994 ausüben, sieht § 48b BAO eine Meldung an die zuständige Gewerbebehörde vor.

Davon ist allerdings die Frage der Gewährung von Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung zu unterscheiden.

Zur Frage, welchen Antrag der Bf an welchem Tag gestellt hat, ist auf die Aktenlage sowie die Ausführungen des Finanzamts zu verweisen.

## **Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids**

Der angefochtene Bescheid spricht mit der Abweisung eines Antrags „vom 15.2.2013“ auf "Ausgleichszahlung" "ab Juni 2011" über ein Anbringen ab, das überhaupt nicht gestellt wurde.

Für die Bedeutung einer Aussage im Spruch eines Bescheides kommt es darauf an, wie der Inhalt objektiv zu verstehen ist, und nicht, wie ihn die Abgabenbehörde verstanden wissen wollte oder wie ihn der Empfänger verstand (VwGH 15.12.1994, 93/15/0243).

Bei eindeutigem Spruch ist die Begründung nicht zu seiner Ergänzung oder Abänderung heranzuziehen (VwGH 23.1.1996, 95/05/0210).

## **Unrichtiger Spruch**

Der Spruch des angefochtenen Bescheides ist dreifach unrichtig:

1. Der mit dem Formular Beih. 38 gestellte Antrag wurde laut Eingangsstempel auf dem am 14.2.2012 beim Finanzamt persönlich überreicht und ist daher nicht vom 15.2.2012.
2. Das Formular Beih. 38 unterscheidet zwischen "Ausgleichszahlung" und "Differenzzahlung", der Bf hat das Feld "Differenzzahlung" angekreuzt.
3. Der Bf hat am 14.2.2012 Familienbeihilfenanträge für verschiedene Zeiträume gestellt, aber keinen einzigen für einen Zeitraum "ab Juni 2011".

## **Datum des Anbringens**

Es kann angehen, wenn anstelle des Datums eines Anbringens als solches das Datum des Einlangens dieses Anbringens angeführt wird, wenn damit das Anbringen ohne Zweifel zu identifizieren ist. Es ist aber fehlerhaft, ein Anbringen mit einem gänzlich anderen Datum, nämlich jenem, an dem das Anbringen in der EDV des Finanzamts verbucht wurde, zu bezeichnen.

Das richtige Datum eines Anbringens bzw dessen Einlangens oder dessen Postaufgabe ist nicht nur für dessen Identifizierbarkeit, sondern auch für die Berechnung von Fristenläufen maßgebend. Wenn die EDV der Finanzverwaltung so programmiert ist, wie das Finanzamt ausführt, ist diese Programmierung unzutreffend. Zumindest in der Bescheidbegründung wäre dann das tatsächliche Antragsdatum anzuführen.

## **Bezeichnung des Anbringens**

Das Finanzamt hat in seiner E-Mail vom 5.9.2014 auf den Unterschied zwischen "Ausgleichszahlung" und "Differenzzahlung" verwiesen. Diese Unterscheidung entspricht auch der herrschenden Lehre (vgl. Aigner/Lenneis in Czaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 4 Rz 1 f). "Differenzzahlung" ("Unterschiedsbetrag") ist die Terminologie des Unionsrechts, "Ausgleichszahlung" jene des nationalen Rechts. Die Rechtsgrundlagen und Anspruchsvoraussetzungen für beide Zahlungen unterscheiden sich.

Für den Bf als österreichischem Staatsbürger käme grundsätzlich sowohl eine "Ausgleichszahlung" als auch eine "Differenzzahlung" in Betracht. Bei der Auslegung des Spruches des angefochtenen Bescheides kommt es daher sehr wohl auf das konkrete Anbringen an, wenn das hierfür aufgelegte amtliche Formular ebenfalls zwischen "Ausgleichszahlung" als auch einer "Differenzzahlung" unterscheidet.

## **Zeitraum**

Der Bf hat am 14.2.2013 Familienbeihilfe für unterschiedliche Zeiträume beantragt, kein einziger dieser Zeiträume beginnt aber ab Juni 2011.

Es ist durchaus möglich, dass ein Abweisungsbescheid einen Antrag nicht gänzlich, sondern nur teilweise abweist und im Übrigen Familienbeihilfe gewährt wird. Ist dies der Fall, dann ist dies in der Begründung des Bescheides zum Ausdruck bringen.

Der angefochtene Bescheid enthält jedoch keinerlei Begründung dafür, warum das angeblich am 15.2.2012 gestellte Anbringen ab "Juni 2011" und nicht ab den jeweils beantragten Monaten des Beginns der Zahlung der Familienbeihilfe abgewiesen wird.

Auch in der E-Mail vom 5.9.2014 wurde auf die Frage des Gerichts, wie der Antrag des Bf hinsichtlich der übrigen Zeiträume entschieden wurde, nicht eingegangen.

### **Abweisung eines nicht gestellten Antrags**

Die richtige Bezeichnung von Anbringen (§ 85 BAO) und Bescheiden (§§ 92 - 96 BAO) ist gerade im Familienbeihilfenverfahren von Bedeutung (vgl. das auf Grund einer Amtsbeschwerde ergangene Erkenntnis VwGH 10.12.2013, 2012/16/0037). Es ist keineswegs völlig unüblich, dass von Beihilfewerbern hintereinander an verschiedenen Tagen Anbringen mit unterschiedlichem Inhalt gestellt werden. Es hätte durchaus auch sein können, dass der Bf - etwa nach Belehrung durch das Finanzamt - am Folgetag einen neuerlichen korrigierten Antrag gestellt hat.

Da der Bf am "15.2.2013" keinen Antrag auf "Ausgleichszahlung" "ab Juni 2011" gestellt hat, durfte die belangte Behörde einen derartigen Antrag auch nicht abweisen.

Der Abweisungsbescheid vom 1.6.2012 betreffend einen Antrag vom 15.2.2012 erweist sich daher als rechtswidrig (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG); er ist gemäß § 279 Abs. 1 BAO (ersatzlos) aufzuheben (vgl. BFG 10.4.2014, RV/7100643/2014 unter Hinweis auf das Erkenntnis VwGH 10.12.2013, 2012/16/0037).

Zum erst in einem ergänzenden Schriftsatz gestellten Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist zu bemerken, dass dieser gemäß § 284 Abs. 1 BAO idF vor dem FVwGG 2012 verspätet gestellt wurde. Ein Anlass für eine amtswegige Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 274 Abs. 1 Z 2 BAO iVm § 274 Abs. 5 BAO besteht nicht.

### **Weiteres Verfahren**

Der Antrag des Bf vom 14.2.2012 auf Differenzzahlung ist daher unerledigt.

Für das weitere Verfahren ist zu bemerken:

### **Rechtsgrundlagen**

§ 2 FLAG 1967 lautet auszugsweise:

*„§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,*

*a) für minderjährige Kinder, ...*

*(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört,*

*die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist....*

*(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltsgeschäftigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn*

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,*
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,*
- c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).*

*Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltsgeschäftig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört....*

*(8) Personen haben 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.*

§ 4 FLAG 1967 lautet:

*§ 4. (1) Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, haben keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.*

*(2) Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten 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.*

*(3) Die Ausgleichszahlung wird in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet.*

*(4) Die Ausgleichszahlung ist jährlich nach Ablauf des Kalenderjahres, wenn aber der Anspruch auf die gleichartige ausländische Beihilfe früher erlischt, nach Erlöschen dieses Anspruches über Antrag zu gewähren.*

*(5) Die in ausländischer Währung gezahlten gleichartigen ausländischen Beihilfen sind nach den vom Bundesministerium für Finanzen auf Grund des § 4 Abs. 8 des Umsatzsteuergesetzes 1972, BGBl. Nr. 223/1972, in der „Wiener Zeitung“ kundgemachten jeweiligen Durchschnittskursen in inländische Währung umzurechnen.*

(6) Die Ausgleichszahlung gilt als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes; die Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe finden jedoch auf die Ausgleichszahlung keine Anwendung.

(7) Der Anspruch auf die Ausgleichszahlung geht auf die Kinder, für die sie zu gewähren ist, über, wenn der Anspruchsberechtigte vor rechtzeitiger Geltendmachung des Anspruches gestorben ist. Sind mehrere anspruchsberechtigte Kinder vorhanden, ist die Ausgleichszahlung durch die Anzahl der anspruchsberechtigten Kinder zu teilen.

§ 5 Abs. 3 FLAG 1967 lautet:

(3) Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

§ 53 Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

§ 53. (1) Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet:

(3) Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

Auf den gegenständlichen Fall ist die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: VO 883/2004) anzuwenden.

Art. 1 VO 883/2004 lautet auszugsweise:

## Artikel 1

### Definitionen

Für die 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 Aufenthalts einer Person;

k) „*Aufenthalt*“ den vorübergehenden Aufenthalt;

l) „*Rechtsvorschriften*“ für jeden Mitgliedstaat die Gesetze, Verordnungen, Satzungen und alle anderen Durchführungsverordnungen in Bezug auf die in Artikel 3 Absatz 1 genannten Zweige der sozialen Sicherheit.

Dieser Begriff umfasst keine tarifvertraglichen Vereinbarungen, mit Ausnahme derjenigen, durch die eine Versicherungsverpflichtung, die sich aus den in Unterabsatz 1 genannten Gesetzen oder Verordnungen ergibt, erfüllt wird oder die durch eine behördliche Entscheidung für allgemein verbindlich erklärt oder in ihrem Geltungsbereich erweitert wurden, sofern der betreffende Mitgliedstaat in einer einschlägigen Erklärung den Präsidenten des Europäischen Parlaments und den Präsidenten des Rates der Europäischen Union davon unterrichtet. Diese Erklärung wird im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht; ...

t) „*Versicherungszeiten*“ die Beitragszeiten, Beschäftigungszeiten oder Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit, die nach den Rechtsvorschriften, nach denen sie zurückgelegt worden sind oder als zurückgelegt gelten, als *Versicherungszeiten*

*bestimmt oder anerkannt sind, sowie alle gleichgestellten Zeiten, soweit sie nach diesen Rechtsvorschriften als den Versicherungszeiten gleichwertig anerkannt sind;*

*u) „Beschäftigungszeiten“ oder „Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit“ die Zeiten, die nach den Rechtsvorschriften, nach denen sie zurückgelegt worden sind, als solche bestimmt oder anerkannt sind, sowie alle gleichgestellten Zeiten, soweit sie nach diesen Rechtsvorschriften als den Beschäftigungszeiten oder den Zeiten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit gleichwertig anerkannt sind;...*

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

Art. 2 VO 883/2004 lautet:

## *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.*

*(2) Diese Verordnung gilt auch für Hinterbliebene von Personen, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten galten, und zwar ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit dieser Personen, wenn die Hinterbliebenen Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge in einem Mitgliedstaat wohnen.*

Art. 3 VO 883/2004 lautet auszugsweise:

## *Artikel 3*

### *Sachlicher Geltungsbereich*

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

...

*j) Familienleistungen.*

Art. 4 VO 833/2004 lautet:

## *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 Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.*

Art. 5 VO 883/2004 lautet:

## **Artikel 5**

### **Gleichstellung von Leistungen, Einkünften, Sachverhalten oder Ereignissen**

*Sofern in dieser Verordnung nicht anderes bestimmt ist, gilt unter Berücksichtigung der besonderen Durchführungsbestimmungen Folgendes:*

- a) *Hat nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats der Bezug von Leistungen der sozialen Sicherheit oder sonstiger Einkünfte bestimmte Rechtswirkungen, so sind die entsprechenden Rechtsvorschriften auch bei Bezug von nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gewährten gleichartigen Leistungen oder bei Bezug von in einem anderen Mitgliedstaat erzielten Einkünften anwendbar.*
- b) *Hat nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats der Eintritt bestimmter Sachverhalte oder Ereignisse Rechtswirkungen, so berücksichtigt dieser Mitgliedstaat die in einem anderen Mitgliedstaat eingetretenen entsprechenden Sachverhalte oder Ereignisse, als ob sie im eigenen Hoheitsgebiet eingetreten wären.*

Art. 7 VO 883/2004 lautet:

## **Artikel 7**

### **Aufhebung der Wohnortklauseln**

*Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, dürfen Geldleistungen, die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten oder nach dieser Verordnung zu zahlen sind, nicht aufgrund der Tatsache gekürzt, geändert, zum Ruhem gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, dass der Berechtigte oder seine Familienangehörigen in einem anderen als dem Mitgliedstaat wohnt bzw. wohnen, in dem der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat.*

Art. 11 VO 883/2004 lautet auszugsweise:

## **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;*

- b) ein Beamter unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, dem die ihn beschäftigende Verwaltungseinheit angehört;
- c) eine Person, die nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats Leistungen bei Arbeitslosigkeit gemäß Artikel 65 erhält, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;
- d) eine zum Wehr- oder Zivildienst eines Mitgliedstaats einberufene oder wiedereinberufene Person unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;
- e) jede andere Person, die nicht unter die Buchstaben a) bis d) fällt, unterliegt unbeschadet anders lautender Bestimmungen dieser Verordnung, nach denen ihr Leistungen aufgrund der Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zustehen, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats....

Art. 13 VO 883/2004 lautet:

### Artikel 13

#### Ausübung von Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten

(1) Eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Beschäftigung ausübt, unterliegt:

- a) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt, oder
- b) wenn sie im Wohnmitgliedstaat keinen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt,
  - i) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen oder der Arbeitgeber seinen Sitz oder Wohnsitz hat, sofern sie bei einem Unternehmen bzw. einem Arbeitgeber beschäftigt ist, oder
  - ii) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem die Unternehmen oder Arbeitgeber ihren Sitz oder Wohnsitz haben, wenn sie bei zwei oder mehr Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt ist, die ihren Sitz oder Wohnsitz in nur einem Mitgliedstaat haben, oder
  - iii) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen oder der Arbeitgeber außerhalb des Wohnmitgliedstaats seinen Sitz oder Wohnsitz hat, sofern sie bei zwei oder mehr Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt ist, die ihre Sitze oder Wohnsitze in zwei Mitgliedstaaten haben, von denen einer der Wohnmitgliedstaat ist, oder
  - iv) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, sofern sie bei zwei oder mehr Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt ist, von denen mindestens zwei ihren Sitz oder Wohnsitz in verschiedenen Mitgliedstaaten außerhalb des Wohnmitgliedstaats haben.

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

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

oder

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

(3) Eine Person, die gewöhnlich in verschiedenen Mitgliedstaaten eine Beschäftigung und eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sie eine Beschäftigung ausübt, oder, wenn sie eine solche Beschäftigung in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt, den nach Absatz 1 bestimmten Rechtsvorschriften.

(4) Eine Person, die in einem Mitgliedstaat als Beamter beschäftigt ist und die eine Beschäftigung und/oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, dem die sie beschäftigende Verwaltungseinheit angehört.

(5) Die in den Absätzen 1 bis 4 genannten Personen werden für die Zwecke der nach diesen Bestimmungen ermittelten Rechtsvorschriften so behandelt, als ob sie ihre gesamte Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit in dem betreffenden Mitgliedstaat ausüben und dort ihre gesamten Einkünfte erzielen würden.

Art. 67 VO 883/2004 lautet:

#### 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.

Art. 68 VO 883/2004 lautet:

#### 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. 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 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.*

*(3) Wird nach Artikel 67 beim zuständigen Träger eines Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften gelten, aber nach den Prioritätsregeln der Absätze 1 und 2 des vorliegenden Artikels nachrangig sind, ein Antrag auf Familienleistungen gestellt, so gilt Folgendes:*

*a) Dieser Träger leitet den Antrag unverzüglich an den zuständigen Träger des Mitgliedstaats weiter, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, teilt dies der betroffenen Person mit und zahlt unbeschadet der Bestimmungen der Durchführungsverordnung über die vorläufige Gewährung von Leistungen erforderlichenfalls den in Absatz 2 genannten Unterschiedsbetrag;*

*b) der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, bearbeitet den Antrag, als ob er direkt bei ihm gestellt worden wäre; der Tag der Einreichung des Antrags beim ersten Träger gilt als der Tag der Einreichung bei dem Träger, der vorrangig zuständig ist.*

Art. 11 der 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 (VO 987/2009) - Art. 11 VO 987/2009 - lautet:

### **Artikel 11**

#### **Bestimmung des Wohnortes**

(1) Besteht eine Meinungsverschiedenheit zwischen den Trägern von zwei oder mehreren Mitgliedstaaten über die Feststellung des Wohnortes einer Person, für die die Grundverordnung gilt, so ermitteln diese Träger im gegenseitigen Einvernehmen den Mittelpunkt der Interessen dieser Person und stützen sich dabei auf eine Gesamtbewertung aller vorliegenden Angaben zu den einschlägigen Fakten, wozu gegebenenfalls die Folgenden gehören können:

- a) Dauer und Kontinuität des Aufenthalts im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats;
- b) die Situation der Person, einschließlich
  - i) der Art und der spezifischen Merkmale jeglicher ausgeübten Tätigkeit, insbesondere des Ortes, an dem eine solche Tätigkeit in der Regel ausgeübt wird, der Dauerhaftigkeit der Tätigkeit und der Dauer jedes Arbeitsvertrags,
  - ii) ihrer familiären Verhältnisse und familiären Bindungen,
  - iii) der Ausübung einer nicht bezahlten Tätigkeit,
  - iv) im Falle von Studierenden ihrer Einkommensquelle,
  - v) ihrer Wohnsituation, insbesondere deren dauerhafter Charakter,
  - vi) des Mitgliedstaats, der als der steuerliche Wohnsitz der Person gilt.

(2) Können die betreffenden Träger nach Berücksichtigung der auf die maßgebenden Fakten gestützten verschiedenen Kriterien nach Absatz 1 keine Einigung erzielen, gilt der Wille der Person, wie er sich aus diesen Fakten und Umständen erkennen lässt, unter Einbeziehung insbesondere der Gründe, die die Person zu einem Wohnortwechsel veranlasst haben, bei der Bestimmung des tatsächlichen Wohnortes dieser Person als ausschlaggebend.

Art. 14 VO 987/2009 lautet:

### **Artikel 14**

#### **Nähtere Vorschriften zu den Artikeln 12 und 13 der Grundverordnung**

(1) Bei der Anwendung von Artikel 12 Absatz 1 der Grundverordnung umfassen die Worte „eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird“ auch eine Person, die im Hinblick auf die Entsendung in einen anderen Mitgliedstaat eingestellt wird, vorausgesetzt die betreffende Person unterliegt unmittelbar vor Beginn ihrer Beschäftigung bereits den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen, bei dem sie eingestellt wird, seinen Sitz hat.

(2) Bei der Anwendung von Artikel 12 Absatz 1 der Grundverordnung beziehen sich die Worte „der gewöhnlich dort tätig ist“ auf einen Arbeitgeber, der gewöhnlich andere nennenswerte Tätigkeiten als reine interne Verwaltungstätigkeiten auf dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen niedergelassen ist, ausübt, unter Berücksichtigung aller Kriterien, die die Tätigkeit des betreffenden Unternehmens kennzeichnen; die maßgebenden Kriterien müssen auf die Besonderheiten eines jeden Arbeitgebers und die Eigenart der ausgeübten Tätigkeiten abgestimmt sein.

(3) Bei der Anwendung von Artikel 12 Absatz 2 der Grundverordnung beziehen sich die Worte „eine Person, die gewöhnlich in einem Mitgliedstaat eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt“ auf eine Person, die üblicherweise nennenswerte Tätigkeiten auf dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats ausübt, in dem sie ansässig ist. Insbesondere muss die Person ihre Tätigkeit bereits einige Zeit vor dem Zeitpunkt, ab dem sie die Bestimmungen des genannten Artikels in Anspruch nehmen will, ausgeübt haben und muss während jeder Zeit ihrer vorübergehenden Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat in dem Mitgliedstaat, in dem sie ansässig ist, den für die Ausübung ihrer Tätigkeit erforderlichen Anforderungen weiterhin genügen, um die Tätigkeit bei ihrer Rückkehr fortsetzen zu können.

(5) Bei der Anwendung von Artikel 13 Absatz 1 der Grundverordnung beziehen sich die Worte „eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Beschäftigung ausübt“ auf eine Person, die gleichzeitig oder abwechselnd für dasselbe Unternehmen oder denselben Arbeitgeber oder für verschiedene Unternehmen oder Arbeitgeber eine oder mehrere gesonderte Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt.

(5a) Für die Zwecke der Anwendung des Titels II der Grundverordnung beziehen sich die Worte „Sitz oder Wohnsitz“ auf den satzungsmäßigen Sitz oder die Niederlassung, an dem/der die wesentlichen Entscheidungen des Unternehmens getroffen und die Handlungen zu dessen zentraler Verwaltung vorgenommen werden.

Für die Zwecke der Anwendung des Artikels 13 Absatz 1 der Grundverordnung unterliegen Mitglieder von Flug- oder Kabinenbesetzungen, die gewöhnlich Leistungen im Zusammenhang mit Fluggästen oder Luftfracht in zwei oder mehr Mitgliedstaaten erbringen, den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sich ihre Heimatbasis gemäß der Definition in Anhang III der Verordnung (EWG) Nr. 3922/91 des Rates vom 16. Dezember 1991 zur Harmonisierung der technischen Vorschriften und der Verwaltungsverfahren in der Zivilluftfahrt befindet.

(5b) Für die Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften nach Artikel 13 der Grundverordnung werden marginale Tätigkeiten nicht berücksichtigt. Artikel 16 der Durchführungsverordnung gilt für alle Fälle gemäß diesem Artikel.

(6) Bei der Anwendung von Artikel 13 Absatz 2 der Grundverordnung beziehen sich die Worte „eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt“ insbesondere auf eine Person, die gleichzeitig oder abwechselnd

eine oder mehrere gesonderte selbständige Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt, und zwar unabhängig von der Eigenart dieser Tätigkeiten.

(7) Um die Tätigkeiten nach den Absätzen 5 und 6 von den in Artikel 12 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung beschriebenen Situationen zu unterscheiden, ist die Dauer der Tätigkeit in einem oder weiteren Mitgliedstaaten (ob dauerhaft, kurzfristiger oder vorübergehender Art) entscheidend. Zu diesem Zweck erfolgt eine Gesamtbewertung aller maßgebenden Fakten, einschließlich insbesondere, wenn es sich um einen Arbeitnehmer handelt, des Arbeitsortes, wie er im Arbeitsvertrag definiert ist.

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

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

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

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

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

(10) Für die Festlegung der anzuwendenden Rechtsvorschriften nach den Absätzen 8 und 9 berücksichtigen die betroffenen Träger die für die folgenden 12 Kalendermonate angenommene Situation.

(11) Für eine Person, die ihre Beschäftigung in zwei oder mehreren Mitgliedstaaten für einen Arbeitgeber ausübt, der seinen Sitz außerhalb des Hoheitsgebiets der Union hat, gelten die Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn diese Person in einem Mitgliedstaat wohnt, in dem sie keine wesentliche Tätigkeit ausübt.

Art. 60 VO 987/2009 lautet:

#### Artikel 60

Verfahren bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung

(1) Die Familienleistungen werden bei dem zuständigen Träger beantragt. Bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung ist, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen. Nimmt eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahr, berücksichtigt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, einen Antrag auf Familienleistungen, der von dem anderen Elternteil, einer als Elternteil behandelten Person oder von der Person oder Institution, die als Vormund des Kindes oder der Kinder handelt, gestellt wird.

(2) Der nach Absatz 1 in Anspruch genommene Träger prüft den Antrag anhand der detaillierten Angaben des Antragstellers und berücksichtigt dabei die gesamten tatsächlichen und rechtlichen Umstände, die die familiäre Situation des Antragstellers ausmachen.

Kommt dieser Träger zu dem Schluss, dass seine Rechtsvorschriften nach Artikel 68 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung prioritär anzuwenden sind, so zahlt er die Familienleistungen nach den von ihm angewandten Rechtsvorschriften.

Ist dieser Träger der Meinung, dass aufgrund der Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats ein Anspruch auf einen Unterschiedsbetrag nach Artikel 68 Absatz 2 der Grundverordnung bestehen könnte, so übermittelt er den Antrag unverzüglich dem zuständigen Träger des anderen Mitgliedstaats und informiert die betreffende Person; außerdem unterrichtet er den Träger des anderen Mitgliedstaats darüber, wie er über den Antrag entschieden hat und in welcher Höhe Familienleistungen gezahlt wurden.

(3) Kommt der Träger, bei dem der Antrag gestellt wurde, zu dem Schluss, dass seine Rechtsvorschriften zwar anwendbar, aber nach Artikel 68 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung nicht prioritär anwendbar sind, so trifft er unverzüglich eine vorläufige Entscheidung über die anzuwendenden Prioritätsregeln, leitet den Antrag nach Artikel 68 Absatz 3 der Grundverordnung an den Träger des anderen Mitgliedstaats weiter und informiert auch den Antragsteller darüber. Dieser Träger nimmt innerhalb einer Frist von zwei Monaten zu der vorläufigen Entscheidung Stellung.

Falls der Träger, an den der Antrag weitergeleitet wurde, nicht innerhalb von zwei Monaten nach Eingang des Antrags Stellung nimmt, wird die oben genannte vorläufige Entscheidung anwendbar und zahlt dieser Träger die in seinen Rechtsvorschriften vorgesehenen Leistungen und informiert den Träger, an den der Antrag gerichtet war, über die Höhe der gezahlten Leistungen.

(4) Sind sich die betreffenden Träger nicht einig, welche Rechtsvorschriften prioritär anwendbar sind, so gilt Artikel 6 Absätze 2 bis 5 der Durchführungsverordnung. Zu diesem Zweck ist der in Artikel 6 Absatz 2 der Durchführungsverordnung genannte Träger des Wohnorts der Träger des Wohnorts des Kindes oder der Kinder.

*(5) Der Träger, der eine vorläufige Leistungszahlung vorgenommen hat, die höher ist als der letztlich zu seinen Lasten gehende Betrag, kann den zu viel gezahlten Betrag nach dem Verfahren des Artikels 73 der Durchführungsverordnung vom vorrangig zuständigen Träger zurückfordern.*

## **Vorbringen des Bf**

Der Bf bringt vor, er gehe in Österreich einer selbständigen Erwerbstätigkeit nach und lebe von seiner Familie nicht getrennt.

## **Anwendung des Unionsrechts**

Im gegenständlichen Verfahren liegt der klassische Fall der Anwendung des Unionsrechts vor:

Der Bf, seine Gattin und seine Kinder sind als österreichische oder slowakische Staatsangehörige Unionsbürger.

Es liegt ein mitgliedsstaatenübergreifender Sachverhalt vor, nämlich eines Unionsbürgers, der in einem Mitgliedstaat einer Erwerbstätigkeit nachgeht, während seine Familie in einem anderen Mitgliedstaat wohnt (vgl. Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 53 Rz 40).

## **Beschäftigungsstaat**

Der Bf geht seiner selbständigen Erwerbstätigkeit in Österreich nach. Nur ein einziger Auftrag im Beschwerdezeitraum betraf Deutschland. Die wesentliche Tätigkeit erfolgt in Österreich. Auf das Vorliegen einer Betriebsstätte kommt es nach dem Unionsrecht nicht an.

Es ist daher Art. 11 VO 883/2004 und nicht Art. 13 VO 883/2004 anwendbar.

Österreich ist Beschäftigungsstaat.

Auch wenn die Einkünfte des Bf aus seiner Tätigkeit, die nicht bekannt sind (bekannt sind lediglich die Einnahmen), bescheiden sein dürften, liegt doch eine Erwerbstätigkeit vor.

In der Familie des Bf ist nur dieser erwerbstätig, seine Ehegattin erzielte im Beschwerdezeitraum keine Einkünfte.

## **Wohnsitzstaat**

Die Familie des Bf lebt in der Slowakei, wo auch die Kinder, soweit sie hierfür alt genug sind, in den Kindergarten oder in die Schule gehen.

Wohnsitzstaat ist die Slowakei.

## **Anzuwendendes Recht**

Nach Art. 11 VO 883/2004 unterliegt der Bf den Rechtsvorschriften des alleinigen Beschäftigungslandes, also Österreich.

## **Haushaltzugehörigkeit, Tragung der überwiegenden Unterhaltskosten**

Die Kinder des Bf sind gemäß Art. 1 lit. i. Z 1 VO 883/2004 i.V.m. § 2 Abs. 3 FLAG 1967 Familienangehörige des Bf.

Für in unterschiedlichen Mitgliedstaaten erwerbstätige und wohnende Personen ist es typisch, dass der berufsbedingte Wohnort des Erwerbstärtigen nicht mit dem Wohnort der restlichen Familie übereinstimmen muss.

Das Unionsrecht sieht für solche Fälle vor, dass die in nationalen Rechtsvorschriften vorgesehene Notwendigkeit der Haushaltzugehörigkeit als erfüllt gilt, "wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Versicherten oder dem Rentner bestritten wird" (Art. 1 lit. i Z 3 VO 883/2004).

Im Übrigen steht nach Art. 7 VO 883/2004 und Art. 67 VO 883/2004 der Umstand, dass die Familienangehörigen in einem anderen als dem Mitgliedstaat wohnen, in dem der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat, der Gewährung von Familienleistungen nicht entgegen und geht somit im Geltungsbereich der VO 883/2004 § 5 Abs. 3 FLAG 1967, wonach kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, besteht, vor.

Aus Sicht der VO 883/2004 ist daher sicherzustellen, dass die Familienleistungen entweder der den Haushalt führenden Person oder der den (überwiegenden) Unterhalt leistenden Person gewährt werden (vgl. Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 53 Rz 96 unter Hinweis auf VwGH 16.12.2009, 2009/15/0207).

Das Finanzamt hat dem Bf ab dem Jahr 2013 Familienbeihilfe mit der Begründung gewährt, dass sich am Standort Adresse\_Ö eine Betriebsstätte befindet und auch im Jahr 2013 Einnahmen, die dieser Betriebsstätte zugeordnet werden können, zugeflossen sind.

Für die Zuständigkeit Österreichs als Beschäftigungsstaat ist es ohne Bedeutung, ob hier bei selbständig Erwerbstätigen eine Betriebsstätte besteht oder nicht. Das Unionsrecht stellt darauf ab, wo die Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. Dies war im Beschwerdezeitraum eindeutig Österreich, ob nun in Österreich bereits damals eine Betriebsstätte im steuerlichen Sinn (§ 29 BAO) unterhalten wurde oder nicht.

Wenn die Schwiegereltern des Bf für die Wohnungskosten der Familie aufkommen und der der Bf der einzige ist, der mit seinem Einkommen den restlichen Unterhalt der Familie trägt, wird der Unterhalt im Sinne von Art. 1 lit. i Z 3 VO 883/2004 von ihm überwiegend bestritten, auch wenn sein finanzieller Beitrag für österreichische Verhältnisse eher bescheiden ausfällt.

Das Finanzamt hat nicht festgestellt, dass jemand anderer als der Bf die tatsächlichen Unterhaltskosten überwiegend trägt.

Die Ehegattin des Bf war im Beschwerdezeitraum - entgegen den unsprünglichen Angaben des Bf in seinem Antrag vom 14.2.2012 - nicht erwerbstätig. Abgesehen davon, dass dieser Umstand durch die zuständige slowakische Behörde bescheinigt ist, ist dies bei vier unmündigen Kindern nicht unwahrscheinlich.

Über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Schwiegereltern fehlen Feststellungen des Finanzamtes. Anhaltspunkte dafür, dass diese wirtschaftlich so gut gestellt wären, dass diese über die Unterkunftsgewährung hinaus insgesamt mehr zum Unterhalt der Familie beitragen als der Bf mit seinen Geldzuwendungen, die einer Kaufkraft von etwa Euro 600 bis Euro 900 im Monat (vgl. UFS 2.1.2012, RV/2396-W/11 und UFS 3.7.2012, RV/1213-W/12, Euro 1 entspricht etwa Euro 1,48) entspricht, bestehen nicht. Die Familie des Bf lebt dem Formular E 411 zufolge in I J, einem kleinen Dorf im Bezirk Vranov in der Ostslowakei (siehe <http://www.IJ.eu/>). Das Lohnniveau am Land ist deutlich niedriger als etwa in der Landeshauptstadt.

Laut <http://www.stellenboersen.eu/> betrug der Mindestlohn in der Slowakei im Jahr 2010 Euro 307,70, der durchschnittliche monatliche Nominallohn etwas über Euro 700, wobei ein großer Unterschied zwischen gut verdienenden Führungskräften und den rund drei Fünfteln der restlichen Bevölkerung besteht, deren Einkünfte teilweise weit unterhalb des Durchschnittslohnes liegen. Eine Sekretärin verdiente 2008 in Bratislava Euro 644 im Monat, in den restlichen Regionen des Landes Euro 563.

Die vom Bf zum Familienunterhalt beigesteuerten Euro 400 bis Euro 600 sind mehr als die Hälfte des slowakischen Durchschnittslohns.

Lebt die Familie (zwangsläufig) bescheiden, kann auch ein in absoluten Zahlen bescheidener Beitrag zum Unterhalt relativ bedeutsam sein.

Es wird daher entgegen der Auffassung des Finanzamtes nach dem bisherigen Verfahrensstand davon auszugehen sein, dass im Beschwerdezeitraum die tatsächlichen Unterhaltskosten überwiegend vom Bf getragen wurden.

Das Finanzamt hat bislang weder die Ehegattin des Bf noch dessen Schwiegereltern vernommen bzw. im Amtshilfeweg vernehmen lassen. Wenn es an den Angaben des Bf zweifelt, wäre das Verfahren entsprechend zu ergänzen.

## **Familienbeihilfe**

Familienleistungen für die Kinder des Bf hat die Slowakei nach den Angaben des Bf nicht erbracht. Die aktenkundige Auskunft der slowakischen Behörden mit dem Formular E 411 betrifft nicht den Beschwerdezeitraum.

Dem Bf steht, sollten seine Angaben stimmen, für den Beschwerdezeitraum ungeteilt Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu, ansonsten eine Differenzzahlung zum slowakischen Kindergeld.

Hier wird im weiteren Verfahren des Finanzamts eine Auskunft mit dem Formular E 411 für den beantragten Zeitraum - der ja von Kind zu Kind unterschiedlich ist - einzuholen haben.

Zuvor wird die belangte Behörde mit dem mittlerweile anwaltlich vertretenen Bf zu klären haben, aus welchen Gründen er die Differenzzahlung für jeweils unterschiedliche Zeiträume beantragt.

## **Aufhebung des angefochtenen Bescheids**

Der angefochtene Bescheid erweist sich daher als mit Rechtswidrigkeit (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG) behaftet, der als Beschwerde weiterwirkenden Berufung ist gemäß § 279 BAO Folge zu geben und der angefochtene Bescheid ersatzlos aufzuheben.

Gemäß § 25 Abs. 1 BFGG und § 282 BAO ist das Finanzamt verpflichtet, im gegenständlichen Fall mit den ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Bundesfinanzgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen und die Auszahlung zu veranlassen.

## **Nichtzulässigkeit einer Revision**

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) eine Revision nicht zulässig, da der hier zu lösenden Rechtsfrage keine grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das Bundesfinanzgericht folgt der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

Wien, am 9. September 2014