



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., Ungarn, gegen den Bescheid des Finanzamtes Neunkirchen Wr. Neustadt betreffend Ausgleichszahlung ab 1. April 2011 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.), ein ungarischer Staatsbürger, ist verheiratet.

Er stellte im September 2011 den Antrag auf Gewährung der Differenzzahlung zur Familienbeihilfe für seine 2003 und 2009 geborenen Kinder ab April 2011.

Das Finanzamt wies den Antrag nach Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen mit Bescheid vom 9. Juli 2012 mit der Begründung ab, dass der Bw. trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht eingebbracht habe und dadurch seiner Mitwirkungspflicht nach § 115 BAO nicht nachgekommen sei. Es müsse daher angenommen werden, dass im oben genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden habe bzw. bestehe.

Der Bw. erhab gegen den Abweisungsbescheid mit Schreiben vom 17. Juli 2012 Berufung.

Über Ergänzungsersuchen des Finanzamtes vom 6. September 2012 legte der Bw. das Formular E9 (= Bescheinigung EU/EWR der ausländischen Steuerbehörde zur Einkommensteuererklärung für Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) und des

Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) für das Jahr 2011, datiert mit 19. September 2012, vor.

Mit weiterem Ergänzungersuchen vom 22. Oktober 2012 ersuchte das Finanzamt den Bw. um Beantwortung folgender Fragen:

"Bitte um genaue Bekanntgabe wieviele Tage in der Woche Sie von Ungarn aus arbeiten und wie oft Sie in Österreich tätig sind.

Werden Ihre Handelsgeschäfte auch über Ebay abgewickelt?

Wenn ja, bitte um Bekanntgabe wo diese Geschäfte abgewickelt werden.

Welche Handelspartner haben Sie in Österreich?

Wie oft kommen Sie beruflich nach Österreich?"

Der Bw. beantwortete das Ergänzungersuchen mit Schreiben vom 19. November 2012 wie folgt:

"...Ich bin Alleinunternehmer in Österreich. Ich führe in Ungarn keine Geschäftstätigkeit aus, nur in Österreich. Meine Geschäftszeit wird den Bedürfnissen meiner Klienten angepasst.

Mein Unternehmen ist bei Ebay registriert und es wurden Waren unter meinem Benutzernamen dort angeboten.

Meine Geschäftspartner sind unter anderem: Bank (unter Verhandlung), WGmbH-B, T.Wien, PR – Wien, SK – Wiener Neustadt, ZL (Einzelunt.) – Eisenstadt, RS – H.

Ich komme beruflich mehrmals in der Woche nach Österreich, abhängig von den Bedürfnissen meiner Kunden..."

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 28. November 2012 mit folgender Begründung ab:

"Anspruch auf Familienbeihilfe besteht grundsätzlich nur für die Dauer einer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit im Inland oder bei Bezug einer Geldleistung infolge dieser Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit. Kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer ArbeitnehmerInnen verstößt. Tätigkeiten, die sich als völlig unwesentlich darstellen, bleiben dabei außer Betracht.

Laut Bericht der Finanzpolizei vom 25.09.2012 wurde an der oben genannten Adresse in E., H-Gasse 1, eine Wohnadresse vorgefunden. Bei dieser Nachschau hat sich herausgestellt, dass Sie an dieser Adresse über keine Betriebsstätte verfügen. Diese Annahme hat sich auch nach unseren Nachforschungen bei der ersten Burgenländischen Siedlungsgenossenschaft, der diese Wohnung gehört, bestätigt.

Somit wurde nachgewiesen, dass Sie über keine Betriebsstätte in Österreich verfügen. Eine Berufstätigkeit in Österreich konnte daher nicht angenommen werden..."

Der Bw. erhab mit Schreiben vom 17. Dezember 2012 gegen die Berufungsvorentscheidung eine als Vorlageantrag zu wertende „Berufung“:

"Bei der von Ihnen bezogenen Polizeikontrolle in E., H-Gasse 1, war ich nicht anwesend, die Polizei konnte die Adresse nicht richtig kontrollieren, so konnten sie auch nicht feststellen, ob es da eine Betriebsstätte gibt. Die Finanzpolizei hat lediglich eine Visitenkarte hinterlassen mit einer Telefonnummer, die ich angerufen und mit dem Mitarbeiter alle offene Fragen geklärt habe. Am Ende des Telefongesprächs hat der Mitarbeiter mir mitgeteilt, dass alles in Ordnung sei.

Bei meinem Gewerbe geht es zurzeit um online Handel, Markthandel und Maklerhandel, da ich aber auch die klassische Handelstätigkeit betreiben möchte, richte ich ein Geschäft bis Ende Januar 2013

---

ein. Die Verlegung des jetzigen Standortes ist so zusagen unter Erledigung, da ich nach Eröffnung des Geschäftsraums (bis Ende Januar 2013) den Standort dorthin verlege.

Der Standort meines Gewerbes wurde am 17.07.2012 auf die jetzige Adresse verlegt. Der frühere Standort wurde von Ihnen nie beanstandet. Falls Sie die Familienbeihilfe mit Bezug auf die Nichtgeeignetheit meines jetzigen Standortes nicht gewähren wollen, so ersetze um die Gewährung der Familienbeihilfe bis zur Standortverlegung am 17.07.2012."

Am 13. Februar 2013 langte beim Finanzamt folgende Ergänzung des Vorlageantrages ein:

"Bezüglich der Standortverlegung auf die EF, H-Gasse 1, wollte ich natürlich gesetzesgerecht vorgehen, ich habe sogar eine Stellungnahme der zuständigen WKO eingeholt, gemäß der mein Unternehmer keine Betriebsstätte erforderlich ist, lediglich eine Adresse für den Schriftverkehr ausreichend sei.

Nach der Standortverlegung auf die EF, H-Gasse 1 hatte ich Kontakt zum Finanzamt in der Weise, dass ich seinem Ergänzungsersuchen nachgekommen bin, Kassenbuch sowie Rechnungen habe ich eingereicht. Dem Finanzamt war also mein neuer Standort bekannt, ich wurde aber nie darüber informiert, dass die als Standort angemeldete Adresse nicht geeignet ist.

Es ist mir nicht ersichtlich wie Sie in Ihrer Berufungsverentscheidung feststellen konnten, dass keine österreichische Gewerbetätigkeit bezüglich meines Unternehmens gegeben ist. Ich habe Rechnungen und Kassabuch eingereicht, ich habe meine Geschäftspartner benannt und werde bezüglich des Jahres 2012 Steuererklärungen abgeben (Anm. Finanzamt: bis dato nicht eingelangt). Als weitere Beweise für die tatsächliche Gewerbetätigkeit schließe ich die Kopien der bezahlten SV-Zahlbelege dieses Schreibens bei. Als bereits in der Berufung angezeigt, lege ich den Mietvertrag bei, aufgrund dessen ich einen Geschäftsraum miete. Darüber hinaus hat mein Unternehmen zu erfüllende Bestellungen für das Jahr 2013 entgegengenommen, ich habe sogar einen Platz auf dem Weihnachtsmarkt 2013 reserviert.

Neben der vorliegenden Berufungsergänzung halte ich auch meine Berufung aufrecht und ersuche weiter um die Gewährung der Familienbeihilfe für den ganzen beantragten Zeitraum. Falls die Familienbeihilfe wegen der Nichtgeeignetheit des Standortes in EF, H-Gasse 1 doch nicht gewährt werden könnte, ersuche weiterhin um die Gewährung bis zur Standortverlegung am 17.07.2012."

Folgende entscheidungsrelevante Unterlagen liegen im Akt auf:

handgeschriebenen Zettel, auf dem der Bw. Einnahmen aus Verkäufen auf Flohmärkten in Österreich für das 4. Quartal 2011 und für das 1. Quartal 2012 auflistete.

Rechnung über "handgefertigte Kundengeschenke" an BK, gewerblicher Vermögensberater in UPD , vom 27. September 2011, über € 1.000,-- (Briefkopf N Z., Handel und Handelsagentur).

Rechnung über "handgefertigte Kundengeschenke für Weihnachten" an DG, UPD, vom 10. Oktober 2011, über € 1.600,--.

Rechnung über "handgefertigte Kundengeschenke für Weihnachten" an BK , gewerblicher Vermögensberater in UPD , vom 14. Dezember 2011, über € 2.000,-- (Briefkopf N Z., Handel und Handelsagentur).

Schreiben des Bw. an die Bezirkshauptmannschaft Wiener Neustadt vom 16. Juli 2012 über Standortverlegung von H-Straße 2 nach H-Gasse 1, E.

Schreiben des Bw. vom 7. Jänner 2013 an die Bezirkshauptmannschaften Wr. Neustadt und Mödling über Standortverlegung von E., H-Gasse 1 nach WN.

---

Mietvertrag zwischen W. GmbH, B. und dem Bw. über die Vermietung eines Büros in Größe von 10m<sup>2</sup> in ND vom 7. Jänner 2013.

Kontoauszüge der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Landesstelle Niederösterreich, über Vorschreibung von GSVG-Beiträgen von jeweils € 455,04 ab dem 3. Quartal 2011 bis zum 4. Quartal 2012 jeweils mit Zahlungsnachweisen. Aus dem Beleg über das 3. Quartal 2011 ist weiters ersichtlich, dass bereits für das Vorquartal eine Vorschreibung und Zahlung von GSVG-Beiträgen erfolgt ist.

Schreiben der Finanzpolizei vom 25. September 2012 an das Finanzamt Neunkirchen Wr. Neustadt liegt im Akt auf:

"Es wurde am 28.08.2012 gegen 11:45 Uhr eine Erhebung vom Team Finanzpolizei, laut Gewerberегист, auf der Gewerbeadresse von Bw. in E., H-Gasse 1 vorgenommen. Zum Zeitpunkt der Kontrolle wurde niemand angetroffen. Es war aber anhand eines Namensschildes angebracht am Briefkasten ersichtlich, dass FG und MC auf der o.g. Adresse wohnhaft sind. Daneben war noch ein Namensschild mit dem Namen Bw. am Briefkasten angebracht.

Am 17.9.2012 gegen 10:30 Uhr wurde mit Frau N ein Telefongespräch geführt und dabei gab sie an, dass ihr Mann einen Keramikhandel betreibt. Es wird z.B. zu Muttertag oder Weihnachten auf einem Markt in S. die Keramikwaren wie z.B. Glocken, Sterne usw. verkauft. Es wurden auch schon Musterstücke an verschiedenste Großhandelspartner versendet und es wurden auch schon Bestellungen angenommen. Auch über das Internet wird versucht die Waren zu verkaufen."

E-Mail des FA Mödling an das FA Neunkirchen Wr. Neustadt:

"An der Mödlinger Adresse wurde Hr. N Z. nie angetroffen. Lt. Auskunft des "Vermieters" – HS... hat er nur aus Gefälligkeit Hrn. N angemeldet. Sobald er erfuhr, dass Hr. N an der Adresse eine gew. Tätigkeit ausüben will, hat er Hrn. N wieder abgemeldet."

E-Mail von S., Ungarn, an das Finanzamt vom 24. Oktober 2012:

"Herr N war vom 19.6.2009 bis zum 31.7.2011 bei einer Firma angestellt. So war er in Ungarn versichert. Seit dem 31.8.2011 hat er Anspruch ausschließlich auf Sachleistungen auf Grund eines Vordrucks E 106 (S1), ausgestellt von SVA Niederösterreich."

Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Wiener Neustadt vom 17. Juli 2012, aus dem ersichtlich ist, dass er am 1. April 2011 ein Handelsgewerbe in E., H-Straße 2, angemeldet hat.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

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

Der Bw., seine Gattin und die beiden minderjährigen Kinder sind ungarische Staatsbürger und haben ihren Wohnsitz in Ungarn.

---

Der Bw. stand vom 19. Juni 2009 bis zum 31. Juli 2011 in Ungarn bei einer Firma in einem Beschäftigungsverhältnis.

Die Gattin des Bw. übte im Streitzeitraum (ab 1. April 2011) in Ungarn eine berufliche Tätigkeit aus. Sie bezog in Ungarn Familienleistungen für die beiden Kinder.

Der Bw. war vom 4. Februar 2011 bis 13. Mai 2011 und vom 12. August 2011 bis 28. Februar 2012 mit einem Nebenwohnsitz in Österreich gemeldet (Auszug aus dem Zentralen Melderegister vom 26. Februar 2013).

Er ist ab dem 2. Quartal 2011 in Österreich GSVG-versichert und hat die vorgeschriebenen Sozialversicherungsbeiträge auch bezahlt.

## **Rechtsgrundlagen**

Die Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: VO) gilt nach ihrem Art 91 ab dem Tag des Inkrafttretens der Durchführungsverordnung.

Die Durchführungsverordnung (EG) Nr 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: DVO) trat nach ihrem Art 97 am 1.5.2010 in Kraft. Somit gilt die VO ab 1.5.2010.

Gemäß Art 1 lit. b) der VO bezeichnet für Zwecke dieser Verordnung der Ausdruck "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.

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

Nach Art 1 lit j) der VO bezeichnet der Ausdruck "Wohnort" den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person.

Nach Art 1 lit z) der VO bezeichnet der Ausdruck "Familienleistungen" alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen.

---

Die VO gilt nach ihrem Art 2 Nr 1 uA für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

Die VO gilt nach ihrem Art 3 Abs 1 lit j auch für die Familienleistungen.

Nach Art 4 der VO haben Personen, für die diese VO gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie die Staatsangehörigen dieses Staats.

Sofern in der VO nichts anderes bestimmt ist, dürfen gemäß ihrem Art 7 Geldleistungen, die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten oder nach dieser VO zu zahlen sind, nicht auf Grund der Tatsache gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, dass der Berechtigte oder seine Familienangehörigen in einem anderen als dem Mitgliedstaat wohnt oder wohnen, in dem der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat.

Nach Art 67 der VO hat eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

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

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

Strittig ist, ob der Bw ab April 2011 den österreichischen Rechtsvorschriften unterlag.

Art 11 der VO lautet auszugsweise:

"Art 11 (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 auf Grund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben. ...

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

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

...

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

Art 12 Abs 2 der VO lautet:

"(2) Eine Person, die gewöhnlich in einem Mitgliedstaat eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt und die eine ähnliche Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Tätigkeit 24 Monate nicht überschreitet."

Art 14 Abs 3 der DVO mit näheren Vorschriften zu den Art 12 und 13 der VO lautet:

"(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."

Eine Person besitzt die Arbeitnehmereigenschaft iSd VO, wenn sie auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines der in Artikel 1 dieser Verordnung genannten allgemeinen oder besonderen Systeme der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses (EuGH 24.2.2005, C-543/03, Dodl und Oberhollenzer). Die VO erstreckt sich daher auf jede Person, die, ob sie nun eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die Versicherungseigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedsstaaten besitzt (EuGH 31.5.79, 182/78, Pierik II; EuGH 4.5.1999, C-262/96, Sürül). Auch "Schwarzarbeiter" sind nach [§ 4 ASVG](#) - unabhängig von einer Versicherungsmeldung ([§ 10 ASVG](#)) - pflichtversichert; selbständige Erwerbstätige (Gewerbetreibende) insb. nach [§ 2 GSVG](#) (siehe Aigner/Wanke in Csazar/Lenneis/Wanke, FLAG § 3 Rz 189ff).

### **Rechtlich folgt daraus:**

Der Bw. hat nachgewiesen, dass ihm ab dem 2. Quartal 2011 GSVG-Beiträge vorgeschrieben wurden, die er im Übrigen auch entrichtet hat, und er daher in einem (österreichischen) System der sozialen Sicherheit pflichtversichert ist.

Es sind auch keinerlei Hinweise gegeben, dass die GSVG-Anmeldung nur zum Schein erfolgte, sieht man von den etwas zweifelhaften Adressenangaben ab. Der Bw. hat seine geschäftlichen Aktivitäten im Inland dargestellt; überdies wäre es im höchsten Maße unwirtschaftlich, die doch nicht unbeträchtlichen Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen, wenn keine Tätigkeit in Österreich vorliegt.

---

Es kann daher dahingestellt bleiben, ob eine bloße Scheinanmeldung eine andere Betrachtung rechtfertigen könnte. Somit besteht ab 1. April 2011 ein Anspruch auf Gewährung der Differenzzahlung.

Wien, am 15. Mai 2013