

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Dr. Viktoria Blaser in der Beschwerdesache Z. H., B., über die Beschwerde vom 13.05.2014 gegen den Bescheid des Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart vom 14.04.2014, betreffend Familienbeihilfe zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als sie den Zeitraum von Oktober 2012 bis Dezember 2013 betrifft. Der angefochtene Bescheid wird insofern aufgehoben.

Für den Zeitraum November 2011 bis September 2012 wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

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

## **Entscheidungsgründe**

Der Beschwerdeführer (Bf.) Herr H. Z., ungarische Staatsangehörigkeit, stellte am 13.12.2013 den Antrag auf Differenzzahlungen für seine beiden Kinder BL, geb. xxx und H. Z. K., geb. xxxx für den Zeitraum Nov. 2011 bis Dez. 2013.

Der Bf. ist seit 1.10.2012 mit Hauptwohnsitz in B. gemeldet.

Beide Kinder, ungarische Staatsbürger, sind seit 10.10.2012 mit Hauptwohnsitz in Bi. gemeldet. Sie leben im gemeinsamen Haushalt mit dem Bf..

Die beiden Kinder gehen in die Privatschule, E.. Vorgelegt wurden die Jahreszeugnisse 2012/2013.

Der gemeinsamer Wohnsitz mit der Mutter H.K., ist in Ungarn u. 21 3/33.

Die Mutter ist im Krankenhaus/Ungarn, beschäftigt.

Der Bf. legte die Familienstandsbescheinigungen für die Gewährung von Familienleistungen in Ungarn E 401 vor.

Laut der Tabelle erhielt die im Krankenhaus beschäftigte Mutter im Zeitraum vom November 2011 bis Dezember 2013 zwischen 26.600 Ft. bis 51.800 Ft an Familienleistungen.

Das Finanzamt ersuchte den Bf. bekanntzugeben, ob er seine Beträge an die Sozialversicherungsanstalt durchgehend ab 10/2011 bis laufend geleistet habe, wie hoch

diese waren und ob es sich um eine volle Versicherung (Kranken, Pension,....) oder nur um eine Pflichtversicherung gehandelt habe.

Der Antrag auf Ausgleichszahlung für die beiden Kinder für den Zeitraum vom Nov. 2011 bis Dez. 2013 wurde mit Bescheid vom 14.04.2014 abgewiesen.

Begründend wurde ausgeführt, da der Bf. trotz Aufforderung die angeforderten Unterlagen (Gewerbeschein, Nachweise über bezahlten Sozialversicherungsbeiträge, Einnahmen- und Ausgabenrechnung) nicht vorgelegt habe, lediglich eine Rechnungen an nur eine ungarische Firma, werde der Antrag auf Differenzzahlung abgewiesen.

Gegen den Abweisungsbescheid erhob der Bf. rechtzeitig Beschwerde, schickte die restlichen Rechnungen vom Jahr 2013 und legte den Auszug aus dem Gewerberegister vom 13.02.2013 und SVA-Zahlungsbestätigungen vor.

Aus dem Gewerberegister geht hervor, dass eine Gewerbeberechtigung gültig ab 03.10.2011 besteht, als Hauptstandort wird B. ab Datum 2012 angeführt.

Laut dem Versicherungsdatenauszug ist der Bf. seit 03.10.2011 als gewerbl. selbständig Erwerbstätiger gemeldet.

Laut einer Auskunft der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Landesstelle Burgenland-Versicherungsservice, unterliegt der Bf. seit 03.11.2011 der Pflichtversicherung in der Pension- und Krankenversicherung nach dem GSVG sowie der Unfallversicherung nach dem ASVG.

Die Beiträge wurden zur Pflichtversicherung auf Basis "Mindestbeitragsgrundlage" bis 31.08.2014 entrichtet. Vorgelegt wurden vom Bf. auch Zahlungsbestätigungen.

Auf Grund einer Nachschau der Finanzpolizei am 07.01.2015, 11.30 Uhr teilte diese betreffend die Betriebsstätte H. Z., B., Gewerbe Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen mit, dass der Sohn an der Adresse angetroffen worden sei, der Auskunft gegeben habe, dass sein Vater mit dem Abschleppwagen in Budapest bei einem Freund sei. Ein Büro habe sich nicht an der Adresse befunden. Laut Auskunft des Postzustellers werde tagsüber niemand angetroffen.

Das Finanzamt erließ eine abweisende Beschwerdeentscheidung.

Begründend wurde ausgeführt, dass die Voraussetzung, dass Einkünfte in Österreich steuerpflichtig seien und dass man daher von einer Tätigkeit eines österreichischen Unternehmers ausgehen könne, das Vorliegen einer inländischen Betriebsstätte sei.

Gemäß § 29 Abs. 1 BAO ist eine Betriebsstätte im Sinne der Abgabevorschriften jede feste örtliche Anlage oder Einrichtung, die der Ausübung eines Betriebes oder wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes dient.

(2) Als Betriebsstätte gilt insbesondere die Stätte, an der sich die Geschäftsleitung befindet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 29. April 2003, 2011/14/0226, (unter Hinweis auf die dort zitierte Judikatur des EuGH), den Begriff der Betriebsstätte

unionskonform interpretiert: "kennzeichnend sei ein hinreichender Mindestbestand von Personal und Sachmittel, die für die Erbringung der Dienstleistung erforderlich sind, sowie ein hinreichender Grad an Beständigkeit im Sinne eines ständigen Zusammenwirkens von Personal und Sachmittel."

Als österreichischer Betriebsstätte gebe der Bf. B. an. Nach genauer Überprüfung wurde festgestellt, dass der Bf. an dieser Adresse kein Büro habe, weiters habe der Bf. für die beruflich veranlasste Post keinen eigenen Briefkasten und die die Betriebsstätte sei für Fremde nicht erkenntlich. Das Finanzamt sieht daher an der vom Bf. angegebenen Adresse keine inländische Betriebsstätte seines Unternehmens.

Ein Anspruch auf Differenzzahlungen bzw. österreichische Familienbeihilfe sei auf Grund einer selbständigen Tätigkeit zu verneinen.

Der Bf. stellte einen Vorlagenantrag mit folgender Begründung:

"Gegenüber Ihrer Beschwerdevorentscheidung vom 09.11.2015 lege ich hiermit einen Vorlageantrag ein, da ich mit Ihrer Entscheidung - die Abweisung meiner Beschwerde von 13.05.2014 - nicht einverstanden bin. Ich wohne mit meiner Familie seit 2012 in Österreich und bin schon seit 03.10.2011 im Gewerberegister der Bezirkshauptmannschaft X. unter der Nummer 11111 registriert, wonach ich als Selbständiger das Gewerbe der Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern ausübe. Der Beschwerdevorentscheidung nach hat das Finanzamt meine Betriebsstätte unter meiner Wohnadresse B., nicht als angemessen empfunden, und deshalb ist das Finanzamt davon ausgegangen, dass mein Unternehmen keine inländische Betriebsstätte hat, so bin ich auf Differenzzahlung bzw. auf österreichische Familienbeihilfe nicht berechtigt.

Die Begründung der Entscheidung ist aber falsch, da ich unter die angegeben Adresse tatsächlich eine Betriebsstätte habe. Ich bin alleine im Unternehmen, und mein Gewerbe (Güterbeförderung) braucht kein großes Büro, da ich eigentlich keinen Kundenverkehr habe. Von der Natur meines Gewerbes her kann ich es von Zuhause betreiben, und seit Jahren habe ich hier meinen Sitz und die Geschäftsleitung meines Unternehmens ist auch fest da. Trotz der Feststellungen des Finanzamtes habe ich einen eigenen Briefkasten, wo ich meine beruflich veranlasste Post erhalte und meine Betriebsstätte ist auch für Fremde erkenntlich. Das kann natürlich einfach geprüft werden oder man kann darüber die Gemeinde Bi. fragen, da ich mit meiner Familie in der Gemeinde bekannt bin."

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Der Beschwerdeführer (Bf.) Herr H. Z., stellte am 13.12.2013 den Antrag auf Differenzzahlungen für seine beiden Kinder BL, geb. xxx, und H. Z., geb. xxxx, für den Zeitraum 11.2011 bis 12.2013.

Der Bf. ist seit 1.10.2012 mit Hauptwohnsitz in B. gemeldet.

Beide Kinder sind seit 10.10.2012 mit Hauptwohnsitz in B. gemeldet. Sie leben im gemeinsamen Haushalt mit dem Bf..

Die beiden Kinder gehen in die Privatschule, E., vorgelegt wurden die Jahreszeugnisse 2012/2013.

Die Gattin des Bf. H.K., wohnt in Ungarn u. 21 3/33. Sie ist im Krankenhaus/Ungarn, beschäftigt.

Der Bf. legte die Familienstandsbescheinigungen für die Gewährung von Familienleistungen in Ungarn E 401 vor.

Laut der Tabelle erhielt die im Krankenhaus beschäftigte Mutter im Zeitraum vom November 2011 bis Dezember 2013 zwischen 26.600 Ft. bis 51.800 Ft an Familienleistungen.

Seit 03.10.2011 ist der Bf. als gewerbl. selbständig Erwerbstätiger bei der Österreichischen Sozialversicherung gemeldet.

Die Beiträge zur Pflichtversicherung wurden auf der Basis Mindestbeitragsgrundlage bis 31.08.2014 entrichtet.

Der Hauptstandort des Gewerbes "Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern" befindet sich ab Datum 2012 in B..

Weiters wurden vom Bf. Rechnungen betreffend Güterbeförderung für das Jahr 2013 vorgelegt.

Für das Jahr 2013 wurde ein Verlust aus Gewerbebetrieb in Höhe von 199,00 veranlagt, für das Jahr 2014 ein Gewinn aus Gewerbebetrieb in Höhe von € 135,23.

Für die Jahre davor fanden keine Veranlagungen statt.

In Streit steht die Anspruchsberechtigung des Bf. auf Differenzzahlungen von November 2011 bis Dezember 2013.

### **Gesetzliche Bestimmungen**

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.

Gemäß der Bestimmung des § 4 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Hierbei normiert der Absatz 2 leg. cit., dass österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, eine Ausgleichszahlung erhalten, wenn die Höhe der gleichartigen 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.

Gemäß der Bestimmung des § 4 Abs. 3 FLAG 1967 wird die Ausgleichszahlung in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet.

Nach der Bestimmung des § 53 Abs. 1 FLAG 1967, sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), 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 Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten. Nach *Wittmann/Papacek, Der Familienlastenausgleich, Kommentar § 53*, wird dadurch die Gebietsgleichstellung mit Österreich bezüglich des ständigen Aufenthaltes der Kinder im EWR bzw. in der EU im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hervorgehoben.

Im gegenständlichen Fall ist ab Oktober 2012 der Bf. in Österreich gemeldet (vgl. ZMR) und auch seine Hauptstandort befindet sich seit November 2012 in Österreich.

Seine Kinder sind seit Oktober 2012 in Bi. mit dem Hauptwohnsitz gemeldet und leben mit dem Bf. im gemeinsamen Haushalt.

Insofern steht dem Bf. - den vorstehenden Bestimmungen folgend - ab Oktober 2012 die Familienbeihilfe zu.

Bis 2013 hat jedoch seine Frau, die in Ungarn beschäftigt ist, Familienleistungen bezogen.

Gemäß oa. § 4 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe, allerdings erhalten sie gemäß § 4 Abs. 2 FLAG 1967 eine Ausgleichszahlung.

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

Vielmehr sind die Verordnungen (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, in der Folge als VO (EG) Nr. 883/2004 bezeichnet, und (EG) Nr. 987/2009 vom 16.

September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO (EG) Nr. 883/2004, in der Folge als VO (EG) Nr. 987/2009 bezeichnet, die beide ab 1. Mai 2010 in Kraft traten, anzuwenden. Diese haben allgemeine Geltung, sind in allen ihren Teilen verbindlich und gelten unmittelbar in jedem Mitgliedstaat ("Durchgriffswirkung"). Die Verordnungen gehen dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor ("Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts").

Artikel 68 der *Verordnung* (EG) Nr. 883/2004 lautet:

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) ....

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.

...

Im gegenständlichen Fall hat der Bf. laut ZMR seit 01.10.2012 seinen Wohnsitz in Österreich.

Er ist zwar seit 3.11.2011 als gewerbl. selbständig Erwerbstätiger bei der Sozialversicherung gemeldet und hat die Sozialversicherungsbeträge bezahlt. Aber erst seit Datum 2012 ist als Betriebsstandort, die Betriebsstätte, Bi. B. im Gewerberegister angemeldet.

Die vom Bf. vorgelegten Rechnungen betreffen das Jahr 2013.

Für das Jahr 2013 erging ein Einkommensteuerbescheid. Für die Jahre davor fanden keine Veranlagungen statt.

Für das Bundesfinanzgericht ist es daher auf Grund der vorgelegten Unterlagen und den Ausführungen des Bf. nicht erkennbar, dass der Bf. bereits in dem Zeitraum 10/2011 bis 09/2012 in Österreich tatsächlich beschäftigt gewesen ist.

Die Differenzzahlungen stehen daher für den Zeitraum 11/2011 bis 09/2012 nicht zu. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu den Ausführungen des Finanzamtes in der Beschwerdeentscheidung betreffend mangelnden Vorliegens der inländischen Betriebsstätte wird ergänzend ausgeführt, dass der auf den Bestimmungen der VO 883/2004 basierende Anspruch auf Familienleistungen keineswegs die exklusive Entfaltung einer Erwerbstätigkeit von einer im Inland gelegenen Betriebsstätte aus fordert.

### **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.

Im vorliegenden Beschwerdefall wurden keine Rechtsfragen ausgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Das Bundesfinanzgericht orientiert sich bei der zu lösenden Rechtsfrage an der einheitlichen höchstgerichtlichen Judikatur, darüber hinaus hing die Entscheidung im Wesentlichen von den Umständen des Einzelfalles ab. Die Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist daher unzulässig.

Wien, am 11. Juli 2017