

## BESCHLUSS

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R

in der Beschwerdesache BF

betreffend die Beschwerde vom 4.6.2015 gegen den Bescheid des Finanzamtes Gmunden Vöcklabruck vom 13.5.2015 zu VNR über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge an Ausgleichszahlungen, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen, die für die Kinder K1 und K2 jeweils für den Zeitraum August 2013 bis Oktober 2014 ausbezahlt worden waren, beschlossen:

Der angefochtene Rückforderungsbescheid wird gemäß § 278 Abs. 1 BAO unter Zurückweisung der Beschwerdesache an die Abgabenbehörde aufgehoben.

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

## Entscheidungsgründe

### Sachverhalt

Der Beschwerdeführer brachte am 12.9.2013 über FinanzOnline Anträge auf Gewährung von Familienbeihilfe für die in Griechenland geborenen Kinder K2 (geb. 6.7.2010) und K1 (geb. 11.11.2012) ab 19.8.2013 ein. Er sei österreichischer Staatsbürger, seit 10.4.2010 verheiratet, in G wohnhaft, und am 15.8.2013 aus Griechenland nach Österreich eingereist. Als "derzeitige Tätigkeit" gab der Beschwerdeführer an: "Gewerbetreibende(r)".

Zu seiner Ehefrau KM gab der Beschwerdeführer an, dass diese griechische Staatsbürgerin, nicht erwerbstätig, und ebenfalls am 15.8.2013 aus Griechenland eingereist sei.

Zu den beiden Kindern gab der Beschwerdeführer an, dass beide österreichische Staatsbürger und auch am 15.8.2013 aus Griechenland eingereist seien. Die Kinder würden ständig bei ihm wohnen. Die Zuerkennung der Familienbeihilfe werde ab 19.8.2013 beantragt.

Mit Vorhalt vom 20.9.2013 forderte das Finanzamt den Beschwerdeführer auf, eine EU-Anmeldebescheinigung der Kindesmutter, seine Gewerbeanmeldung, Einzahlungsbelege in die Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft und die Geburtsurkunden der

Kinder vorzulegen. Ferner möge er die letzte Wohnadresse der Familie in Griechenland bekannt geben und mitteilen, ob er oder seine Gattin weiterhin in Griechenland oder einem anderen EU-Land beschäftigt seien.

Dazu legte der Beschwerdeführer am 19.12.2013 die Anmeldebescheinigung seiner Ehefrau im Sinne des § 53 NAG sowie einen Gewerberegisterauszug der Bezirkshauptmannschaft BH vom 26.2.2013 vor, demzufolge der Beschwerdeführer seit 6.2.2013 berechtigt ist, das Handels- und Handelsagentengewerbe auszuüben.

Ergänzend zu dieser Urkundenvorlage teilte der Beschwerdeführer in einer Eingabe vom 20.12.2013 mit, dass die Familie in Griechenland zuletzt in P gelebt habe, und weder er noch seine Gattin in Griechenland oder einem anderen EU-Land beschäftigt seien. Seine Gattin sei Hausfrau, er gehe ausschließlich einer selbständigen Tätigkeit an seiner Wohnanschrift in Österreich nach.

Den Anmerkungen in der Beihilfendatenbank ist zu entnehmen, dass vom Finanzamt mittels Formblatt E 411 eine Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen (Kindergeld) in Griechenland am 2.1.2014 nach Griechenland versendet wurde. Eine Rückantwort des zuständigen griechischen Trägers erfolgte ausweislich der vorgelegten Aktenteile bislang nicht.

In einer E-Mail vom 30.4.2014 teilte der Beschwerdeführer dem Finanzamt ergänzend mit: "Zu meinem Antrag auf Familienbeihilfe reiche ich den Bescheid der Familienbeihilfe, die wir in Griechenland (nach meiner Antragstellung für die FB in Österreich) für 2013 erhalten haben. Der Anspruch bestand (wider Erwarten), da ich im Kalenderjahr 2013 in Griechenland beschäftigt war. Die im Laufe des Jahres 2013 erfolgte Verlegung des Hauptwohnsitzes und meiner Erwerbstätigkeit hatte bei der Antragstellung keine Rolle gespielt. Der Betrag von 295,80 € ist die gesamte Beihilfe für beide Kinder für das Kalenderjahr 2013. Das entspricht also einem Betrag von 12,33 € pro Kind pro Monat. Da ich im Jahr 2014 keiner Beschäftigung in Griechenland nachgehe, besteht auch kein Anspruch mehr auf diese Beihilfe. Der Anspruch auf die zweite "Kinderbeihilfe" in Griechenland bestand nie, weil dafür ein mindestens zehnjähriger ununterbrochener Hauptwohnsitz in Griechenland nachgewiesen werden muss. Eine Bestätigung für das Nicht-Bestehen dieses Anspruchs konnte mir das zuständige griechische Finanzamt jedoch nicht ausstellen. Haben Sie auf ihr Auskunftsersuchen über Familienbeihilfe-Anspruch Auskunft von der griechischen Finanzbehörde erhalten? Gibt es noch etwas, dass ich zur Erledigung meines Antrages beitragen kann?"

Dieser E-Mail war der darin erwähnte griechische Bescheid betreffend Familienbeihilfe nicht als Anhang angeschlossen und wurde mit inhaltsgleicher E-Mail vom 5.5.2014 nachgereicht.

In einem weiteren Vorhalt vom 16.5.2014 forderte das Finanzamt den Beschwerdeführer auf, EU-Anmeldebescheinigungen für seine Ehefrau und seine Kinder sowie eine Verzichtserklärung seiner Gattin (im Sinne des § 2a Abs. 2 FLAG) vorzulegen.

Dazu legte der Beschwerdeführer eine entsprechende Verzichtserklärung der Kindesmutter vom 16.5.2014 und Ablichtungen der österreichischen Staatsbürgerschaftsnachweise für die beiden Kinder vor. Die EU-Anmeldebescheinigung für seine Ehegattin hatte er bereits am 19.12.2013 vorgelegt.

In einer **Mitteilung vom 19.5.2014** brachte das Finanzamt dem Beschwerdeführer zur Kenntnis, dass ihm für die beiden Kinder für den Zeitraum August 2013 bis Dezember 2013 "auf Basis des § 4 FLAG in Verbindung mit der Verordnung (EG) 883/2004 und der Durchführungsverordnung (EG) 987/2009 Ausgleichszahlungen" gewährt würden.

In einer **weiteren Mitteilung** im Sinne des § 12 FLAG vom 19.5.2014 wurde der Beschwerdeführer darüber informiert, dass ihm für die beiden Kinder Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Jänner 2014 bis September 2015 gewährt würden.

Aufgrund dieser beiden Mitteilungen wurden für den Zeitraum August 2013 bis Dezember 2013 Differenzzahlungen (österreichische Familienbeihilfe unter Abzug der griechischen Beihilfe in Höhe von monatlich 12,33 € je Kind) und ab Jänner 2014 die ungetkürzte österreichische Familienbeihilfe für die beiden Kinder an den Beschwerdeführer ausbezahlt. Ferner wurden auch Kinderabsetzbeträge ausbezahlt.

In einem Aktenvermerk vom 17.10.2014 hielt das Finanzamt fest, dass laut Auskunft der Sozialversicherungsanstalt die Familie (des Beschwerdeführers) seit 2013 in Griechenland lebe. RSA-Briefe seien nicht zustellbar. Laut Homepage des "Antragstellers" (Beschwerdeführers) betreibe dieser in Griechenland eine Olivenölplantage.

Dazu finden sich in den vorgelegten Aktenteilen zwei Ausdrucke von Internetseiten:

1) Die Seite "Über uns" aus der Homepage des Beschwerdeführers ( [www1](http://www1) ), auf der auszugsweise ausgeführt wurde:

"Mein Name ist Bf und ich stamme aus Ö. Ich lebe und arbeite in Griechenland. Meine Frau stammt aus GR. Ihr Großvater baute dort eine traditionelle Ölmühle auf und ihre Familie produziert immer noch Olivenöl.

...

Ich stellte es mir also gemeinsam mit meiner Frau zum Ziel, das beste Öl aus ihrer Heimatregion auf die Tische von österreichischen Olivenöl-Liebhabern bringen und damit auch die traditionellen Anbaumethoden der Region und den Erhalt der einzigartige Manaki-Sorte zu unterstützen.

Wir sind überzeugt, dass sie mit unserem Produkt nicht nur zufrieden sind, sondern in jeder Hinsicht begeistert. Auf den weiteren Seiten finden Sie zahlreiche Details über die Herkunft von X-Olivenöl und über Olivenöl im Allgemeinen. '

2) Ein Auszug aus einem Olivenöltest ( [www2](http://www2) ) aus dem Jahr 2013 ("Guide 2013") in dem das vom Beschwerdeführer vertriebene Produkt auszugsweise wie folgt beschrieben wird:

Name des Öls: Bf – Y

Herkunftsregion: Griechenland – K

Produzent: X, (griechische Telefon- und Faxnummer)

Daraufhin forderte das Finanzamt laut Aktenvermerk am **30.10.2014** telefonisch vom Beschwerdeführer Nachweise für den Aufenthalt in Österreich ab August 2013 an, ferner die Vorlage von Nachweisen über die in Inanspruchnahme ärztlicher Leistungen mittels Leistungsnachweisen der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Nachweise von "Kontobewegungen" (offenbar gemeint: auf einem inländischen Bankkonto) sowie die Vorlage von Rechnungen aus der selbständigen Tätigkeit.

Gleichzeitig wurde mit **Mitteilung** über den Bezug der Familienbeihilfe **vom 30.10.2014** dem Beschwerdeführer bekanntgegeben, dass "nach Überprüfung seines Anspruches auf Familienbeihilfe" diese ihm für die beiden Kinder nur für den Zeitraum Jänner 2014 bis Oktober 2014 gewährt wird. Faktisch wurde mit dieser Mitteilung die Auszahlung der Familienbeihilfe mit Ende Oktober 2014 eingestellt.

Zur telefonischen Aufforderung des Finanzamtes vom 30.10.2014 nahm der Beschwerdeführer mit **E-Mail vom 13.11.2014** wie folgt Stellung:

"Im Anhang finden Sie - wie telefonisch besprochen - die von mir gestellten Rechnungen seit August 2013. Darin enthalten sind Warenverkäufe und (seit Ende 2013) auch IT-Beratungsleistungen. Warenverkäufe in das EU-Ausland erfolgen im Rahmen von innergemeinschaftlichen Lieferungen. Innergemeinschaftliche Dienstleistungen werden im Rahmen des Reverse Charge Verfahrens verrechnet. Wareneinkäufe erfolgen im Rahmen von innergemeinschaftlichen Erwerben. Produktionsschritte (Olivenölproduktion, Lagerung, Analyse, Abfüllung, Transport) im EU-Ausland werden durch Subauftragnehmer, die von mir dort ausgewählt und beauftragt werden, abgewickelt. Es liegt hier also keine gewerbliche Tätigkeit von meiner Seite im EU-Ausland vor. Ebenso liegt keine nichtselbständige Tätigkeit von mir in einem anderen EU-Mitgliedstaat vor.

Zum geäußerten Vorhalt, auf meiner Webseite [www1](http://www1) würde ich schreiben, dass ich in Griechenland wohne und arbeite, möchte ich folgendes festhalten:

Diese Aussage war zum Zeitpunkt der Erstellung der Webseite (Anfang 2012) wahr, es wurde einfach darauf vergessen, diese zu aktualisieren.

Es handelt sich um eine Aussage im Zusammenhang mit der Bewerbung meiner Handelstätigkeit auf einer Internetseite. Für Werbeaussagen muss ich mich gegenüber meinen Kunden, Mitbewerbern, der Wettbewerbsaufsichtsbehörde und Konsumentenschutzorganisationen verantworten. Die Überprüfung des Wahrheitsgehaltes von Werbeaussagen gehört meines Wissens nicht in den Aufgabenbereich der Finanzverwaltung.

Auf der selben Webseite finden Sie übrigens eine Liste von Einzelhandelsunternehmen, die von mir beliefert werden ( [www1](http://www1) ). Darin sehen Sie, dass meine

Handelsbeziehungen zum überwiegenden Teil in Österreich liegen. Mir ist deshalb schleierhaft, warum meine gewerbliche Tätigkeit in Österreich angezweifelt wird.

Des Weiteren haben Sie in unserem Telefongespräch den Verdacht geäußert, meine Gattin und unsere Kinder hätten keinen ständigen Aufenthalt in Österreich und den ungeheuerlichen Vorwurf des Sozialbetrugs in den Raum gestellt. Zum Nachweis des ständigen Aufenthaltes haben Sie höchstpersönliche Daten wie die Auflistung der Arztbesuche und den Medikamentenbezug durch entsprechende Leistungsaufstellungen des SV-Trägers für alle Familienmitglieder für den Zeitraum ab August 2013 und Auszüge des Girokontos, die entsprechende Bewegungen in Österreich belegen, gefordert.

Dazu möchte ich folgende Darstellung von meinem Verständnis der rechtlichen Situation machen:

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. In diesem Zusammenhang bestimmt jedoch § 53 Abs. 1 FLAG 1967, dass Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten. 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.

Es sind nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten. Vielmehr ist der vorliegende Sachverhalt von der EU-Verordnung 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit idgF (id Folge "VO") umfasst.

Die VO hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat ("Durchgriffswirkung"). Die VO geht dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor ("Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts").

Im Artikel 2 der VO ist der persönliche Geltungsbereich geregelt. Demnach gilt diese VO nach Abs. 1 für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

Gemäß Artikel 3 Ziffer 1 Buchstabe j der VO gilt diese Verordnung für alle Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit, die Familienleistungen betreffen.

Nach Artikel 1 Buchstabe i Ziffer 1 gilt als "Familienangehöriger" jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden (*erg. durch BFG: als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger*

*bezeichnet wird); wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbständigen oder dem Studierenden in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt nach Artikel 1 Buchstabe i Ziffer 3 diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird.*

Da meine Gattin griechische Staatsangehörige ist, ich österreichischer Staatsangehöriger bin und unsere Kinder beide Staatsbürgerschaften besitzen und nach ihren Vermutungen (kein ständiger Aufenthalt in Österreich) ein grenzüberschreitender Sachverhalt zu beurteilen sei, unterliegen ich, die Kinder und meine Ehegattin im vermuteten Fall dem persönlichen Anwendungsbereich der VO.

Ich bin in Österreich selbständig Erwerbstätiger iSd Art 1 der VO. Der Unterhalt meiner Kinder wird überwiegend von mir bestritten, sie sind also als Familienangehörige oder Haushaltsangehörige zu betrachten, unabhängig vom Aufenthaltsort bzw. deren Haushaltzugehörigkeit.

Die in Rede stehende Familienbeihilfe ist als Familienleistung iSd Art. 3 Ziffer 1 Buchstabe i der VO, welche einen Ausgleich von Familienlasten bezweckt und in einem staatlichen Beitrag zum Familienbudget besteht, der die Kosten des Unterhalts von Kindern verringern soll (siehe auch Urteil des EuGH vom 5.2.2002, Rs C-255/99 Anna Humer), zu qualifizieren.

Die VO ist daher sowohl persönlich als auch sachlich im vorliegenden Fall anwendbar.

Nach Art. 11 VO (EG) Nr. 883/2004 ist der Beschäftigungsstaat für die Erbringung von Familienleistungen zuständig.

Dies ist hier Österreich.

Nach Art. 67 VO (EG) Nr. 883/2004 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.

Ebenso sind nach Artikel 7 der VO Geldleistungen, die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten oder nach dieser Verordnung zu zahlen sind, nicht aufgrund der Tatsache gekürzt, geändert, zum Ruhen 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.

Eine Ausschluss der Exportierbarkeit einer Leistung ist laut Artikel 70 der VO nur für Leistungen möglich, die uA den Zweck haben "den betreffenden Personen ein Mindesteinkommen zur Bestreitung des Lebensunterhalts garantieren" und in Anhang X der VO aufgeführt sind. Beides trifft für die Familienbeihilfe nicht zu.

§ 2 Abs. 8 FLAG 1967 resp. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 sind also in diesem Fall nicht anzuwenden.

Die Frage des Aufenthalts ist nach Berücksichtigung obiger Ausführungen und entsprechenden einschlägigen höchstgerichtlichen Entscheidungen im vorliegenden Fall unerheblich für die Beurteilung des Anspruchs auf Familienbeihilfe, ein gerechtfertigtes behördliches Interesse an der Klärung der Frage des Aufenthalts meiner Familie liegt meines Wissens nicht vor. Selbst wenn die von ihnen geäußerte Vermutung, wir hätten keinen ständigen Aufenthalt in Österreich, zutreffen würde, hätte das keine Auswirkung auf den Familienbeihilfenanspruch, auch jedweder Vorwurf eines Sozialbetrugs ist unbegründet.

Sofern Sie keine weiteren Gründe nennen, die ein behördliches Interesse an dieser Frage und die gesetzliche Zuständigkeit der Finanzverwaltung darlegen, betrachte ich die Anforderung der genannten Unterlagen als unverhältnismäßigen Eingriff in die familiäre Privatsphäre und werde deshalb auf die Beibringung derselben bis auf Weiteres verzichten.

Im Anhang finden Sie darüber hinaus auch Bestätigungen des Standesamts Wien über die Änderungen der Nachnamen unserer Kinder (Selbstredend wurden wir dafür persönlich im Wohnsitz-Standesamt vorstellig).

Unsere beiden Söhne sind bei mir und meiner Gattin mitversichert und tragen nun folgenden Nachnamen. Die Nachnamen von meiner Gattin und mir bleiben unverändert."

In den vom Finanzamt vorgelegten Aktenteilen findet sich dazu lediglich die Rechnung des Unternehmens des Beschwerdeführers mit der Nummer 00052 vom 16.7.2014 an WL über die Lieferung von Olivenöl im Wert von 345,24 €. Einer E-Mail des Finanzamtes vom 23.1.2015 ist in diesem Zusammenhang aber zu entnehmen, dass vom Beschwerdeführer tatsächlich 34 Rechnungen betreffend die Lieferung von Olivenöl vorgelegt worden waren. Das Finanzamt teilte dazu dem Bundesfinanzgericht mit, dass lediglich eine Rechnung "beispielhaft" vorgelegt worden sei.

Weiters findet sich in den Akten ein zwischen dem Beschwerdeführer und der "ED S.A." mit Sitz in Griechenland abgeschlossener "Contract for the Provision of Services" betreffend die vom Beschwerdeführer in der oben zitierten E-Mail erwähnten "IT-Beratungsleistungen". Nach dieser Vereinbarung ist der Beschwerdeführer bei Ausübung seiner IT-Tätigkeit an keine Weisungen gebunden und schuldet dieser nicht seine Arbeitskraft, sondern die Durchführung eines konkreten Projektes (Art. 1 des Vertrages). In Art. 2 wird er ausdrücklich als unabhängiger Auftragnehmer und nicht als Mitarbeiter, Arbeitnehmer, Vertreter oder Partner der ED S.A. bezeichnet. Der Beschwerdeführer darf keine Ausgaben im Namen oder für Rechnung der Gesellschaft tätigen (und muss diese daher selbst finanzieren). Die Bezahlung erfolgt entsprechend den verrechneten Stunden und ist erfolgsabhängig (Art. 4: kein Entgeltanspruch, falls die erbrachten Leistungen von der Gesellschaft oder vom Kunden nicht akzeptiert werden; vgl. auch Art. 6: garantierte Qualität der Leistung). Den zeitlichen Umfang der Tätigkeit (wöchentliche Arbeitszeit)

kann der Beschwerdeführer selbst festlegen; auch den Ort, von dem aus er die Tätigkeit in maßgelblichem Umfang verrichtet, kann der Beschwerdeführer selbst bestimmen.

Schließlich wurden vom Beschwerdeführer auch Zahlungsabrechnungen über die von ihm für die ED S.A. unter dem Titel "IT-Consulting" erbrachten Leistungen vom 7.1.2014 (3.980,50 € für den Leistungszeitraum November und Dezember 2013), sowie vom 14.3.2014, 14.5.2014, 15.7.2014 und 14.9.2014 (14.297,70 € für den Leistungszeitraum Jänner bis Juli 2014) vorgelegt.

In einer **Eingabe vom 5.1.2015** teilte der Beschwerdeführer dem Finanzamt unter Anschluss der oben zitierten E-Mail vom 13.11.2014 folgendes mit:

"Die Zahlung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für unsere beiden Kinder ist mit November 2014 eingestellt worden. Dazu habe ich von ihnen lediglich ein mit 30. Oktober 2014 datiertes Schreiben mit dem Betreff „Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe“ erhalten. Darin wird im Gegensatz zu einer früheren Mitteilung ein Anspruch auf Familienbeihilfe nur bis Oktober 2014 erkannt. Diese Mitteilung weist keine gültige Bescheidform, die mir die Ergreifung eines entsprechenden Rechtsmittels erlauben würde, auf.

Ich möchte Sie darauf hinweisen, dass gem. § 92 BAO die Erledigungen einer Abgabenbehörde als Bescheid zu erlassen sind, wenn sie für einzelne Personen Rechte abändern oder aufheben. Bei Anträgen auf Familienbeihilfe ist gem. § 13 FLAG 1967 ein Bescheid zu erlassen, wenn einem Antrag nicht oder nicht vollinhaltlich stattgegeben wird.

Dies ist im vorliegenden Fall nicht erfolgt, was rechtswidrig ist. Ich fordere deshalb die umgehende Ausstellung eines rechtsmittelfähigen Bescheides über die Einstellung des Bezuges der Familienbeihilfe oder meinem Antrag auf Familienbeihilfe vollinhaltlich stattzugeben und eine Mitteilung gem. § 12 FLAG 1967 auszustellen.

Im Anhang sende ich Ihnen noch einmal meine auf der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und des Bundesfinanzgerichts basierende Rechtsmeinung aus dem E-Mail-Schreiben an Sie vom 13. November 2014. Nachdem im Vorfeld schon der Vorwurf des Sozialbetruges gegen mich in den Raum gestellt worden ist, möchte ich darauf hinweisen, dass die Unterlassung der Bescheidausstellung sowie jegliche andere Amtshandlung mit dem Vorsatz, mich in meinen Rechten zu schädigen, ein Vergehen sowohl in straf- als auch disziplinarrechtlicher Hinsicht verwirklichen kann."

Mit Schriftsatz vom **9.2.2015**, beim Bundesfinanzgericht eingelangt am 12.2.2015, brachte der Beschwerdeführer folgende **Säumnisbeschwerde** wegen Verletzung der Entscheidungspflicht des Finanzamtes im Verfahren betreffend Zuerkennung der Familienbeihilfe ein:

"Mit Antrag vom 12. September 2013 habe ich die Zuerkenntnis von Familienbeihilfe für meine beiden Söhne beim Finanzamt Gmunden Vöcklabruck begehrt (siehe Anlage 1). Nach mehr als achtmonatiger Verfahrensdauer und zahlreichen Vorhalten, die von mir stets so bald als möglich und in vollem Umfang beantwortet worden sind, wurde der

Anspruch per Mitteilung gem. § 12 Abs. 1 FLAG am 19. Mai 2014 befristet bis September 2015 zuerkannt (siehe Anlage 2).

Ein neuerliches telefonisches Auskunftsbegehr der Behörde im Oktober 2014 habe ich schriftlich im Rahmen meiner Mitwirkungspflicht beantwortet (siehe Anlage 3).

Mit einer Mitteilung gem. § 12 Abs. 2 FLAG wurde der zuerkannte Anspruch am 30. Oktober 2014 auf Oktober 2014 verkürzt (siehe Anlage 4). Eine bescheidmäßige Feststellung eines veränderten Sachverhaltes, der zum Erlöschen des Anspruchs auf Familienbeihilfe führen würde, ist nicht erfolgt. Mir liegen auch keine Schreiben, resp. Erinnerungsschreiben, vor, die die Einleitung eines Vorhalteverfahren belegen würden, auch sind sonst keine Amtshandlungen erkennbar, die eine Säumnis in der Bescheidausstellung erklären würden.

Gemäß § 13 FLAG hat das Finanzamt einen Bescheid zu erlassen, wenn einem Antrag auf Familienbeihilfe nicht oder nicht vollinhaltlich stattgegeben wird.

Gemäß § 284 Abs. 1 BAO besteht eine Verletzung der Entscheidungspflicht, wenn nicht innerhalb von sechs Monaten nach Einlangen des Anbringens ein Bescheid bekanntgegeben wird. Das Einlangen des Anbringens liegt zu diesem Zeitpunkt annähernd 17 Monate zurück. Die Verkürzung des zuerkannten Anspruches ist von Amts wegen erfolgt, nicht überwiegendes Verschulden der Abgabenbehörde für die Verletzung der Entscheidungspflicht ist also auszuschließen. Da durch die Verkürzung der befristeten Anspruchsdauer dem Antrag nicht vollinhaltlich stattgegeben wird und das Einlangen des Anbringens mehr als sechs Monate zurückliegt, liegt eine Verletzung der Entscheidungspflicht der Abgabenbehörde vor.

Meinem Antrag auf vollständige Akteneinsicht wurde für wesentliche Aktenteile nicht stattgegeben (siehe Anlage 5). Die teilweise Verweigerung der Akteneinsicht wurde von der Abgabenbehörde nicht bescheidmäßig begründet.

Ich beantrage deshalb, dem Finanzamt Gmunden-Vöcklabruck aufzutragen, über meinen Antrag auf Zuerkennung auf Familienbeihilfe innerhalb einer Frist von nicht länger als drei Monaten ab Einlangen dieser Säumnisbeschwerde zu entscheiden und meinem Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe vollinhaltlich stattzugeben und die Verweigerung der Akteneinsicht in einem eigenen Bescheid zu begründen oder einen Bescheid zur Ablehnung meines Antrages auf Zuerkennung der Familienbeihilfe zu erlassen und darin auch die Verweigerung der Akteneinsicht zu begründen.

Des Weiteren beantrage ich, die Erkenntnis des Verwaltungsgerichts gem. § 284 Abs. 5 BAO vorerst auf die Entscheidung der maßgeblichen Rechtsfrage, wonach laut Art. 11 VO (EG) Nr. 883/2004 der Beschäftigungsstaat für die Erbringung von Familienleistungen zuständig ist, und dieser in Staat im vorliegenden Fall nur Österreich ist (siehe Anlagen 6 und 7), zu beschränken und der Abgabenbehörde aufzutragen, den Bescheid unter Zugrundelegung der vom Verwaltungsgericht festgestellten Rechtsanschauung zu erlassen."

Das Bundesfinanzgericht trug daraufhin dem Finanzamt mit **Beschluss vom 18.2.2015, RS/5100004/2015** auf, bis längstens 12.5.2015, somit innerhalb einer Frist von drei Monaten seit Einlagen der Säumnisbeschwerde beim Bundesfinanzgericht, über die Anträge des Beschwerdeführers vom 12.9.2013 auf Gewährung von Familienbeihilfe für die Kinder ab 19.8.2013 zu entscheiden und gegebenenfalls eine Abschrift des/der Bescheide vorzulegen oder anzugeben, warum eine Verletzung der Entscheidungspflicht nicht oder nicht mehr vorliegt. In der Begründung wurde dazu unter anderem darauf hingewiesen, dass im Antrag vom 12.9.2013 die Gewährung der Familienbeihilfe für die beiden Kinder "ab 19.8.2013" begehrt worden sei. Den vom Beschwerdeführer in Ablichtung vorgelegten Mitteilungen des Finanzamtes im Sinne des § 12 FLAG sei zu entnehmen, dass für den Zeitraum August 2013 bis Dezember 2013 lediglich Ausgleichszahlungen gewährt wurden, und die Gewährung der Familienbeihilfe zunächst auf den Zeitraum Jänner 2014 bis September 2015 bzw. in weiterer Folge auf den Zeitraum Jänner 2014 bis Oktober 2014 eingeschränkt worden sei. Damit dürfte dem Antrag vom 12.9.2013 nicht vollinhaltlich entsprochen worden sein, weshalb insoweit (dem Antrag nicht entsprochen wurde) gemäß § 13 FLAG ein Bescheid zu erlassen gewesen sein dürfte.

Daraufhin richtete das Finanzamt ein **schriftliches Auskunftsersuchen vom 25.2.2015** an den Beschwerdeführer und hielt diesem darin vor:

"Sie behaupteten, dass die gesamte Familie ab August 2013 von Griechenland nach Österreich übersiedelt sei. Es können keine Unterlagen z.B. Kindergartenbestätigung für das ältere Kind vorgelegt werden, dass diese Situation wirklich eingetreten ist. Andererseits wehren Sie sich aber gegen diese Annahme, in dem Sie die VO (EG) Nr 883/2004 des europ. Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit anführen, dass der Wohnsitz der Familie in Österreich nicht erforderlich sei. Sie werden aufgefordert, den richtigen Sachverhalt darzulegen! Sie werden darüber informiert, dass in Auslandssachverhalten den Pflichtigen eine erhöhte Mitwirkungspflicht trifft!

Verzichtserklärung der Gattin ab August 2013 mit Originalunterschrift

Leistungsaufstellung des SV-Trägers für alle Familienangehörigen ab August 2013

Die Steuernr. wurde vergeben, da Sie von der Zweigniederlassung in B den Olivenölhandel durchführen wollten und für die innergemeinschaftlichen Lieferungen eine UST-ID brauchten. Was hat sich an der organisatorischen der Abwicklung der Tätigkeit in Österreich geändert?

Mit welchem KFZ erfolgen Lieferungen und Privatfahrten? Wie oft und mit welchem Verkehrsmittel reisen Sie nach Griechenland?

Beschreibung des Wohnraumes im Elternhaus: Bauplan, Größe, ...

Aktuelle Haushaltsbestätigung des Einfamilienhauses B

Wovon leben Sie in Österreich? Im Jahr 2013 hatten Sie von August bis Dez. einen Verlust in Höhe von € 27.045,-.

Kontobewegungen

Welche IT-Leistungen bieten Sie an? Wie werden die Aufträge der Fa. ED S.A. erledigt? Genaue Beschreibung und Vertrag mit dieser Firma."

In den vorgelegten Aktenteilen finden sich Mitteilungen des Evangelischen Kindergartens vom 27.2.2015 und des Katholischen Kindergartens in B vom 26.2.2015, denen zufolge das Kind K2 in diesen Kindergärten weder angemeldet noch zur Anmeldung vorgemerkt war.

Zum Auskunftsersuchen vom 25.2.2015 gab der Beschwerdeführer folgende

**Stellungnahme vom 5.3.2015** ab:

"Die Verzichtserklärung mit Unterschrift meiner Gattin liegt Ihnen bereits vor (Email v. 19.05.2014), ist aber ohnehin nicht mehr notwendig, weil ich um weitere Auszahlung der Familienbeihilfe an folgendes Konto bei der R-Bank ersuche:

IBAN

Kontoinhaber sind meine Gattin und ich. Trotzdem möchte ich meine Verwunderung über die wiederholte Anforderung derselben Dokumente aussprechen und anmerken, dass die erweiterte Mitwirkungspflicht in keinem Fall die wiederholte Beibringung von identischen Dokumenten umfassen kann.

Einer erweiterten Mitwirkungspflicht kann ich nur insoweit zustimmen, als der Sachverhalt für die Ermittlung des Beihilfenanspruches eine entscheidende Relevanz hat. Das trifft hier in erster Linie auf die Frage der Erwerbstätigkeit und erst bei Vorliegen von Erwerbstätigkeit in beiden/mehreren Mitgliedsländern, die Frage des Wohnorts zu. Eine Erwerbstätigkeit von mir oder meiner Gattin in einem anderen Mitgliedsstaat liegt nicht vor.

Zu meiner Erwerbstätigkeit kann ich Ihnen folgende Auskünfte geben:

Der Verlust im Jahr 2013 ergibt sich im Wesentlichen aus folgenden Gründen:

1) Innergemeinschaftliche Verbringungen zwischen den „Niederlassungen“ waren per Pro-Forma- Rechnungen zu verrechnen, wodurch in Griechenland ein buchhalterischer Gewinn (€ 36.949,80 wofür € 6.644,87 Einkommensteuer und € 1.684,69 Steuervorauszahlung trotz Gewerbeabmeldung zu entrichten waren. Leider ist in Griechenland mW kein Verlustausgleich mit ausländischen Verlusten aus Gewerbebetrieb möglich) und in Österreich ein buchhalterischer Verlust entstand. Dieser Verlust bezieht sich übrigens - entgegen Ihrer Annahme - auch auf den Zeitraum vor Aug. 2014, tatsächlich sind die Pro-Forma-Rechnungen aus dem ersten Quartal 2013. Sie sehen, dass mein saldiertes Einkommen aus beiden Ländern für 2013 positiv war, aber leider zum Großteil von der griech. Einkommensteuer verschlungen worden ist. Ich erlaube mir in diesem Zusammenhang auch meine Angaben mit dem angehängten Steuerbescheid aus Griechenland zu belegen obwohl dieser Sachverhalt gem. Artikel 2

Ziffer 2 DurchführungsV 987/2009 zur VO 883/2004 ("Die Träger stellen unverzüglich all jene Daten, die zur Begründung und Feststellung der Rechte und Pflichten der Personen, für die die Grundverordnung gilt, benötigt werden, zur Verfügung oder tauschen diese ohne Verzug aus. Diese Daten werden zwischen den Mitgliedstaaten entweder unmittelbar von den Trägern selbst oder mittelbar über die Verbindungsstellen übermittelt") von der Behörde schon längst selbst ermittelt werden hätte können und sollen. Da Sie sich ja bemüßigt fühlen, mich an meine erweiterte Mitwirkungspflicht zu erinnern, möchte ich meine Verwunderung über die Nachlässigkeit der Behörde in Bezug auf ihre eigenen Verpflichtungen zum Ausdruck bringen.

2) Die Buchführung erfolgte und erfolgt nach dem Zufluss-/Abflussprinzip, was bedeutet dass die Bezahlung (resp. Verbuchung einer pro-forma-Rechnung) v. Wareneingängen (im Gegensatz zu Anlagegütern) in vollem Umfang erfolgsmindernd wirkt. Per 31.12.2013 lagen Teile der nach Österreich verbrachten Waren noch auf Lager oder waren verkauft jedoch noch nicht bezahlt.

Im Übrigen ist meine Anfrage vom 25.01.2013, aus der Sie Ihr Wissen beziehen, dass ich meine Handelstätigkeit ursprünglich als Zweigniederlassung in Österreich auszuführen plante, bis zum heutigen Tage unbeantwortet geblieben. Entspricht die Vorgangsweise, Anfragen unbeantwortet zu lassen, jedoch den Inhalt der Anfrage als vermeintlich belastendes Beweismaterial dem Abgabepflichtigen Jahre später unter die Nase zu reiben, dem Anspruch an eine bürgerfreundliche und serviceorientierte Verwaltung, dem Ihre Behörde vorgeblich gerecht werden will?

Seit der Abmeldung meines Gewerbebetriebes in Griechenland ist meine Niederlassung in B die einzige und wie Sie aus meiner früher übermittelten Rechtsauskunft des Wirtschaftsministeriums erkennen ist dafür - entgegen der von Ihnen geäußerten Rechtsmeinung - eine gewerberechtliche Anmeldung zwingend notwendig. Die organisatorische Abwicklung hat sich dahingehend verändert, dass Wareneinkäufe nicht mehr als innergemeinschaftliche Verbringung zwischen meinen Niederlassungen sondern als innergemeinschaftliche Erwerbe und Reverse-Charge-Dienstleistungen direkt von Anbietern in Griechenland an meinen Standort in Österreich erfolgen. An der organisatorischen Abwicklung in Österreich hat sich nichts geändert.

Lieferungen an Abnehmer in Österreich und Deutschland erfolgen für größere Mengen per Spedition und für kleinere Mengen mit dem auf meine Mutter zugelassenen PKW (Opel Meriva). Diesen PKW verwenden wir auch für Privatfahrten, fallweise auch den PKW meiner Schwester (VW Polo). Am vergangenen Wochenende habe ich einen gebrauchten PKW (Renault Grand Scenic Bj. 2005) erworben, der von mir nach kleinen noch vorzunehmenden Reparaturen zukünftig für Privatfahrten und auch für Lieferfahrten eingesetzt wird.

Des Weiteren erbringe ich IT-Dienstleistungen als selbständiger Berater für die Firma ED S.A. Diese Leistungen erbringe ich überwiegend am Wohnort per Internet unter Verwendung eigener Arbeitsmittel und bei im Wesentlichen freier Zeiteinteilung. Zum

Teil finden auch Treffen bei den Kunden meiner Auftraggeberin statt, z.B. im Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen in Bern, bei der Bundesbeschaffungs-GmbH in Wien und beim Bundeskartellamt in Bonn statt. Die erbrachten Leistungen umfassen im Wesentlichen Anforderungserhebung, Spezifizierung, Qualitätssicherung, Dokumentation für Softwareprojekte und Training der Benutzer. Den Beratervertrag werde ich nachreichen.

Die Auskunftsersuchen zur Wohnsituation und Finanzierung des Lebensunterhalts sind meines Erachtens - da nicht entscheidend für den Beihilfenanspruch - nicht von der erweiterten Mitwirkungspflicht umfasst, des weiteren ist gem. 15a Abs. 1 MeldeG der Bürgermeister für die Überprüfung der Richtigkeit von Angaben in der Wohnsitzmeldung zuständig. Es ist aus verwaltungsrechtlicher und rechtsstaatlicher Hinsicht bedenklich, wenn diese Kompetenz redundant von mehreren Behörden (Finanzbehörde, SV-Träger, Wahlbehörde, Studienbeihilfenbehörde, etc.) und mit potentiell unterschiedlicher Würdigung des selben Sachverhaltes wahrgenommen wird. Es liegt also hier eine behördliche Kompetenz-Überschreitung in zweifacher Hinsicht vor und ich empfinde dies als Schikane. Trotzdem werde ich versuchen Ihrem Auskunftsersuchen unter Protest bestmöglich nachzukommen. Nicht nachkommen werde ich der Aufforderung eine Haushaltsbestätigung beizubringen, weil gem. Standard zu 3.2 im OHB die zur Verfügung stehenden Informationen aus den elektronischen Datenbanken zur Sachverhaltsklärung zu nutzen sind bevor ein Vorhalt erlassen wird. Das BMF verfügt über Zugriff auf das ZMR und kann diese Daten deshalb darüber beibringen so dass mir keine Gebührenpflicht bei der Beantragung entsteht. Analoges gilt natürlich auch für die Daten zum Wohnhaus, da diese von der Behörde im Wesentlichen über das Grundbuch ermittelt werden können. Trotzdem lege ich Ihnen noch einen Plan vom der genutzten Wohneinheit bei und weise gleichzeitig auf die wiederholte Übererfüllung meiner erweiterten Mitwirkungspflicht bei gleichzeitiger Untätigkeit der Behörde hin.

Das Elternhaus ist entgegen Ihrer Annahme kein Einfamilienhaus sondern verfügt über zwei Wohneinheiten, wobei wir die Wohneinheit im Dachgeschoß nutzen (siehe angehängter Plan). Die Größe können Sie gerne durch Addition der im Plan eingetragenen Quadratmeterzahlen ermitteln.

Wir reisen in unregelmäßigen Abständen und auch anlassbezogen nach Griechenland. Dafür verwenden wir das auf meine Mutter zugelassene KFZ und/oder Fährverbindungen. Reisen wir auf der Fähre ohne KFZ holt uns der Schwiegervater mit dem auf die in Deutschland lebende Schwägerin zugelassenen griechischen KFZ im Hafen P ab oder wir setzen die Reise mit dem Bus fort. Anlässe für die Reisen seit August 2013 waren:

Todesfall (Großvater meiner Gattin)

Krebserkrankung des Schwiegervaters

Koordinierung der Olivenöl- und Olivenproduktion und -abfüllung

Ich finanziere das Leben meiner Familie und mir in Österreich seit August 2013 folgendermaßen:

Bar-Rücklagen (aus früheren Einkommen und Abgeltung meiner Eltern für Pflichtteil-Verzicht)

Privatdarlehen in der Höhe von € 20.000 von meinen Eltern

2 Kontokorrentkredite mit Kreditrahmen in der Höhe von € 20.000 und € 3.000

Einkommen aus den genannten Tätigkeiten

Des Weiteren lege ich Ihnen noch die Leistungsaufstellungen des SV-Trägers bei, wobei ich mir erlaubt habe, schutzwürdige Daten unkenntlich zu machen. Die E-Cards meiner Gattin und unserer Kinder wurden erst 2014 ausgestellt. Nachweise für die 2015 erbrachten Leistungen liegen beim Träger noch nicht vor. Ebenso finden Sie exemplarische Kontobewegungen im Anhang.

Ich denke einer - nach Möglichkeit unbefristeten - Gewährung der Familienbeihilfe sollte nun nichts mehr im Wege stehen. Für weitere Auskünfte stehe ich nur ungern zur Verfügung, weil ich mich vorzugsweise meiner Erwerbstätigkeit und meinem Familienleben widmen will. Ich ersuche Sie deshalb, weitere Auskunftsersuchen kurz, präzise und begründet zu halten."

Dieser Eingabe waren der darin erwähnte Bauplan, größtenteils durch Schwärzung unkenntlich gemachte Kontoauszüge, auszugsweise Leistungsaufstellungen der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft sowie der griechische Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2013 angeschlossen.

Anlässlich einer Akteneinsichtnahme durch den Beschwerdeführer hielt das Finanzamt in einer (vom Beschwerdeführer unterfertigten) **Niederschrift vom 23.4.2015** fest:

"Das Kind wurde zum verpflichtenden Kindergartenjahr bis heute nicht angemeldet. Ob es zu einem Kindergartenbesuch kommt, ist fraglich.

Herr BF. ist Freelancer bei der griechischen Firma (siehe Vertrag) und für diese im deutschsprachigen Raum tätig. Er ist Analyst in den Projektteams. Die Auftraggeber sind öffentliche Träger. Es gibt mehrere Teams. Die Vertragsverhältnisse mit der griechischen Firma dauern ca. 6 Monate, sind aber nicht durchgehend.

Olivenölhandel:

Durch pers. Beziehungen hat er „Vertragsbauern“, die Oliven in der gewünschten Qualität zur Mühle bringen. Die Qualität wird in der Mühle kontrolliert, und bei Erreichen des Qualitätsstandards gekauft, von einem Betrieb abgefüllt und von Herrn BF. vermarktet. Auf Paletten wird das Öl per Spedition nach Österreich gebracht. Zur Erntezeit (Okt, Nov.) ist Herr BF. ein paar Wochen in Griechenland. In Österreich befindet sich in B das Lager. Öl wird das ganze Jahr verkauft. Neu auch Lagerverkauf. Ein Internethandel wird eingerichtet. Herr BF. will den Olivenölhandel ausbauen, und dabei die IT-Tätigkeit zurücknehmen.

Im Haushalt sind 9 Personen gemeldet, wobei sich der Bruder nicht viel zuhause aufhält. Das Obergeschoss wird bewohnt."

Mit **Rückforderungsbescheid vom 13.5.2015** forderte das Finanzamt vom Beschwerdeführer die für seine beiden Kinder im Zeitraum August 2013 bis Dezember 2013 bezogenen "Ausgleichszahlungen", die im Zeitraum Jänner 2014 bis Oktober 2014 bezogenen Beträge an Familienbeihilfe und die im Zeitraum August 2013 bis Oktober 2014 bezogenen Kinderabsetzbeträge in Höhe von insgesamt 5.130,20 € zurück. Begründet wurde dies im Wesentlichen damit, dass Anspruch auf Familienbeihilfe grundsätzlich nur für die Dauer einer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit im Inland bestünde. Tätigkeiten, die sich als völlig unwesentlich darstellten, blieben dabei außer Betracht. Der Lebensmittelpunkt der Familie sei entgegen den Angaben des Beschwerdeführers nicht nach Österreich verlagert worden. Der Olivenölhandel stelle sich als völlig untergeordnete Tätigkeit dar.

Dieser Rückforderungsbescheid wurde laut Rückschein am 19.5.2015 an einen Mitbewohner der Abgabestelle des Beschwerdeführers zugestellt.

Mit **Beschluss vom 2.6.2015** stellte das Bundesfinanzgericht das Säumnisbeschwerdeverfahren gemäß § 284 Abs. 2 letzter Satz BAO ein.

Mit Eingabe vom **4.6.2015**, beim Finanzamt eingelangt am 9.6.2015, wurde **Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid** vom 13.5.2015 erhoben. In dieser wendete der Beschwerdeführer zunächst ein, dass dieser Bescheid erst nach Ablauf der vom Bundesfinanzgericht im Säumnisbeschwerdeverfahren gesetzten Frist ergangen sei. Weiters habe das Finanzamt das Parteiengehör nicht gewahrt, da erstmals in diesem Bescheid der nicht weiter begründete und überraschende "Vorhalt" gemacht werde, dass der von ihm betriebene Handel mit Olivenöl eine völlig untergeordnete Tätigkeit darstelle. Dazu brachte der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor:

"Der Begriff der Tätigkeiten, die "sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen" stammt aus der Rechtsprechung des EuGH zur Freizügigkeit, die nur Personen gewährt wird, die im Wirtschaftsleben tätig sind oder sein wollen (EuGH, Urteil v. 23. 3. 1982, Rs. 53/81 (Levin)). Als österreichische Staatsbürger besitzen meine Kinder und ich in Österreich - trotz der ausdrücklichen und unverschämten Aufforderung der Behörde, ich möge doch nach Griechenland zurückkehren – unbedingte Niederlassungsfreiheit, unabhängig davon, ob ich im Wirtschaftsleben tätig bin oder sein will. Die Heranziehung der Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit zur Beurteilung des Anspruches auf Familienbeihilfe ist im vorliegenden Fall nicht nachvollziehbar. Einzig auf meine Ehegattin wären die Bestimmungen zur Niederlassungsfreiheit heranzuziehen, diese wurden von ihr auch erfüllt (siehe Anmeldebescheinigung im Akt). Und selbst wenn keine Anmeldebescheinigung meiner Gattin vorläge, wäre das kein legaler Grund für die Ablehnung meines Antrages auf Zuerkennung der Familienbeihilfe.

In seiner ständigen Rechtsprechung hat der EuGH den Begriff des Arbeitnehmers iZm Tätigkeiten, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen, weit ausgelegt. "Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für

einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält" (EuGH, 4.6.2009 (Fn. 6), Rn. 26 unter Verweis auf seine frühere Rechtsprechung). Weder die begrenzte - möglicherweise nicht existenzsichernde - Höhe der Vergütung noch ihre geringe Dauer schließen aus, dass es sich um Arbeitnehmer iSd EU-Rechts handele (EuGH, 4.6.2009 (Fn. 6), Rn. 30).

Aus den vorgelegten Unterlagen resp. den regelmäßig abgegebenen Erklärungen geht hervor, dass sich meine Tätigkeiten keineswegs als völlig "untergeordnet und unwesentlich" darstellen und auch nicht auf die Handelstätigkeit beschränkt sind. Ich widerspreche also dieser Darstellung in der Bescheidbegründung, obwohl sie mE für die Beurteilung des Anspruches auf Familienbeihilfe ohnehin irrelevant ist. Das FLAG kennt weder Unter- noch Obergrenzen für ein Einkommen aus einer Beschäftigung für die Beurteilung des Anspruchs auf Familienbeihilfe. Nach Art. 11 VO (EG) Nr. 883/2004 ist der Beschäftigungsstaat für die Erbringung von Familienleistungen zuständig. Der Beschäftigungsstaat ist unstrittig Österreich.

Der Anspruch auf Familienbeihilfe ist laut FLAG nicht abhängig vom Einkommen des Abgabepflichtigen. Auch der Bezug von Familienbeihilfe bei negativem Einkommen ist nicht ausgeschlossen und wohl im höchsten Maße iSd Gesetzgebers, weil der Grundintention des FLAG - der Ausgleich der familiären Belastungen - gerade in Zeiten, in denen ein selbständiger Erwerbstätiger keine Gewinne oder gar Verluste erwirtschaftet, am ehesten existentielle Bedeutung beigemessen werden darf.

...

Das Finanzamt Gmunden vertritt die Rechtsauffassung, dass Österreich nicht für die Familienleistungen zuständig sei (Zitat: "Da sollen sich doch mal die griechischen Behörden d'rum kümmern"). Die lange Verfahrensdauer wird mit der aufwändigen Kommunikation mit den griechischen Trägern begründet. Im Zuge der Akteneinsicht konnte jedoch auch auf mehrfache Nachfrage kein Beleg für eine einzige Anfrage an den ausländischen Träger vorgelegt werden. Nach der vom FA Gmunden vertretenen Ansicht wäre das FA außerdem nach Artikel 2 DVO 987/2009 zur VO 883/2004 verpflichtet gewesen, meinen Antrag an den griechischen Träger weiterzuleiten, was laut Aktenlage nicht erfolgt ist.

Es gibt also offensichtliche Meinungsverschiedenheiten über die Zuständigkeit, trotzdem sind keine Schritte der Behörde erkennbar, welche zur Beilegung der Meinungsverschiedenheit führen könnten resp. wurden nicht einmal Schritte zur Einholung der Meinung des ausländischen Trägers gesetzt. Ich beantrage deshalb die vorläufige Gewährung von Familienbeihilfe nach Artikel 6 Absatz 2 DVO 987/2009 zur VO 883/2004 bis zur Klärung der Zuständigkeit und des Anspruches.

Des Weiteren beantrage ich bis zur Erledigung der Bescheidbeschwerde die Einhebung der Rückforderung gem. § 212a BAO auszusetzen.

Zu guter Letzt beantrage ich gem. § 262 Abs. 2 BAO dass die Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung unterbleiben möge und die direkte Behandlung der

Bescheidbeschwerde durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz (i.e. das BFG) erfolgen möge. Dies scheint geboten, da die Abgabenbehörde erster Instanz weder auf die rechtlichen Gegebenheiten einzugehen gewillt ist, offensichtlich noch nicht einmal die vorliegenden Beweise für die dargestellten Sachverhalte gesichtet hat, auch nicht gewillt oder in der Lage ist, eine vom BFG gesetzte Frist einzuhalten, auch nicht gewillt oder in der Lage ist einen formal und inhaltlich rechtmäßigen Bescheid zu erlassen.

Es ist deshalb zu erwarten, dass die Behörde auch in einer Beschwerdevorentscheidung zu keiner wesentlich anderen Entscheidung und Begründung kommen würde als im vorliegenden Bescheid. Insbesondere lassen die gegenüber dem Abgabepflichtigen getätigten Aussagen der Behördenvertreterinnen (Vorwurf des Sozialbetrugs; Aufforderung, Österreich zu verlassen; Aufforderung, die gewerbliche Tätigkeit in Österreich einzustellen; Vorhalt, mich würde in B niemand kennen; der Vorwurf, ich würde seit Monaten einen "Wirbel" machen) den Schluss zu, dass eine Befangenheit vorliegt und sie sich deshalb von der Ausübung ihres Amtes nach § 76 Abs. 1 BAO zu enthalten haben."

Am 30.6.2015 teilte die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Dienstleistungszentrum Kinderbetreuungsgeld, dem Finanzamt mit, dass am 8.10.2014 ein RSA-Brief an die Kindesmutter gesendet worden sei, dieser jedoch ungeöffnet mit dem Vermerk "derzeit im Ausland (Griechenland)" retourniert worden sei. Es seien bisher keine Mutter-Kind-Pass Untersuchungsnachweise vorgelegt worden, weder aus Griechenland noch aus Österreich.

Am **9.9.2015** legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und beantragte die Abweisung der Beschwerde. Es sei kein Familienzug aus Griechenland erfolgt. In Österreich werde nur eine sehr untergeordnete Tätigkeit (Olivenölhandel) ausgeführt.

Am **16.9.2016** erfolgte eine **niederschriftliche Einvernahme des Beschwerdeführers** durch das Finanzamt betreffend "Weitergewährung der Familienbeihilfe". In dieser wird festgehalten:

"Betrieblich genutzte Räumlichkeiten wurden besichtigt und befinden sich in der Garage (Lager) und teilweise ein paar Schachteln von eingelegten Oliven in einem Nebenraum. Seit Einzug im Haus der Eltern gibt es keine getrennte Abrechnung der Betriebskosten und auch keinen eigenen Zähler. Für Bf. und Familie ergab sich kein Aufwand, da die gesamten Betriebskosten von den Eltern übernommen wurden.

Einteilung des Hauses: Die Fam. Bf. bewohnt(e) das Obergeschoss des Hauses. Aufteilung der Räume lt. Bauplan. Das Schlafzimmer (südseitig) wird nicht bewohnt (Abstellraum). Es wird der Ausbau geplant. Das Gästezimmer wurde von 4 Personen zum Schlafen benutzt. Das Erdgeschoss wird von den Ehegatten XY bewohnt.

Die Kinder besuchten in B weder Kindergarten noch die Schule. Seit Nov. 2015 leben die Kinder gemeinsam mit der Gattin wieder in GR. Herr BF. sah keinen Bedarf die Kinder in den Kindergarten zu schicken. Das ältere Kind wurde zum verpflichtenden

Kindergartenjahr angemeldet. Da es sich aber bereits abzeichnete, dass die Kinder wieder nach GR gehen, wurde von einem Kindergartenbesuch in Absprache mit dem Kindergarten Abstand genommen. Es gibt angeblich auch eine Ausnahmegenehmigung des Landes.

Es gibt fixe Vertragsbauern, mit denen schon vor dem Zuzug Vertragspartnerschaften bestanden. Diese Gruppe bleibt gleich. Sie kann erst erweitert werden, wenn der Absatz in Österreich steigt.

Ab August 2013 war die Familie in Ö. Im Herbst war ich mit der ganzen Familie in GR. Es kann durchaus sein, dass ich im Nov. und Dez. in GR war.

2014 weiß ich nicht, wie viel Zeit ich in GR verbracht habe. Im Herbst war ich sicherlich in GR.

2015 war ich nur wenig in GR.

2016 war ich wegen der gesundheitl. Probleme der Gattin sehr viel in GR (5 Monate). Ab Ende Jänner.

In dieser Zeit wurde in GR gearbeitet. Die IT-Tätigkeit wurde von GR betrieben. Mit der GR Firma hatte ich bis Juli 2015 einen Vertrag. Derzeit arbeite ich für eine luxemburgische Firma ED, einer Schwesterfirma der GR Firma. Vertrag seit Okt. 2015.

Für welche Firmen haben sie für die GR Firma gearbeitet:

Schweiz Bundesamt für Lebensmittel und Veterinär. Projekte ziehen sich über Jahre. Dieses Projekt wurde von Ö aus erledigt.

In D für Bundesamt für Verbrauch Lebensmittelsicherheit. Diese beiden Projekte wurden parallel abgewickelt.

Die Tätigkeit kann von jedem Ort aus geschehen. Direkt beim Kunden bin ich nur tageweise (z.B. nächst Woche 3 Tage in der Schweiz).

Für die lux. Firma habe ich auch Projekte in D und Schweiz. Die IT-Tätigkeit ist ungefähr 50 % (20 Wochenstunden). Es ist projektabhängig. Vorarbeiten zu Tätigkeit beim Kunden ist ungefähr 70:30. Jetzt bin ich wieder verstärkt in der Schweiz tätig.

Die Gattin ist 2015 kurzfristig im Juni in GR tätig gewesen. Seit Juni 2016 hat sie wieder eine Beschäftigung in GR. In diesem Zeitraum war ich mit den Kindern in GR. Ich fahre erst wieder nach GR, um bei der Therapie meiner Gattin vor Ort zu sein.

Das Resultat der Therapie wird ergeben, ob wir getrennte Wege gehen. Ich unterstütze die Gattin mit Geld. Sie hatte eine Bankomatkarte, mit der sie Geld behoben hat, bis diese gesperrt wurde. Seit Nov. 2015 habe ich regelmäßig € 700,- alle 2 Monate geschickt. Als die Bankomatbehebungen immer mehr wurden, habe ich diese Überweisungen eingestellt. Dieses Geld wurde für Miete Kaution verwendet. Seit August 2016 hat sie eine Wohnung.

Die Gattin hat mehr oder weniger bei der Abwicklung des Olivenölhandels mitgewirkt. Erstellung von Etiketten, Korrespondenz mit Partnern und auch war sie gemeinsam mit mir bei neuen Partnern in Österreich unterwegs.

Manchmal fuhr die Gattin auch ohne mich nach GR. Sie nahm nicht immer die Kinder mit. Nunmehr geht der ältere Sohn in GR zur Schule und der kleinere Sohn besucht den Kindergarten.

Nach GR fahre ich mit dem Auto. Bevor ich ein Auto hatte fuhren wir mit dem Auto der Schwiegermutter bzw. der Schwägerin nach Ö.

Ernte ist immer im Herbst (Nov.) im Dez. letzte Analysen und Abfüllung. Sofort nach der Ernte wird gepresst. Außer ein paar Telefonaten und Nachfragen bezüglich der Ernte ist wegen der Oliven kein Aufenthalt in GR nötig. Die Preise werden im Herbst im Zuge der Ernte vereinbart. Heuer war ein schlechtes Olivenjahr, möglicherweise werden keine Oliven gekauft und verarbeitet. Die Vertragsbauern wissen zu welcher Presse sie fahren müssen. Mit Containern wird das Olivenöl zur Abfüllung gefahren. Fertig abgepackt, etikettiert und mit Spedition nach B versendet. Verkaufsgebiet ist Österreich und ein wenig Deutschland. Geschäftskunden werden direkt mit dem Auto beliefert. Teilweise wird auch verschickt. Onlinebestellungen werden verschickt. Auslieferung erfolgt mit meinem Auto. Angemeldet seit März 2015. Vorher wurde mit dem Auto der Eltern geliefert. Teilweise hilft auch der Vater beim Ausliefern.

Wenn ich in GR bin, bin ich bei den Schwiegereltern. Es ist mitten in der Stadt in einem Mehrparteienhaus. Die Wohnung erstreckt sich über 2 Etagen. Von dort mache ich meine Tätigkeit in GR. Nunmehr hat sich meine Frau eine Wohnung gemietet. Von dort würde ich jetzt die Tätigkeit ausüben.

Herr X:

Nach der Geburt des Kindes wohnte die Tochter G im Kinderzimmer des EG. Sie bewohnte das EG gemeinsam mit uns. Wann sie auszog weiß ich jetzt nicht mehr. Ungefähr ein Jahr war sie da. Sie hatte keine eigene Verfügungsmacht über eine Wohnung. In Freilassing wurde ein Haus gebaut. Im Haus der Schwiegereltern hat sie eine Wohnung in Freilassing. Der KV ist unter der Woche beruflich unterwegs. Es machte keinen Unterschied, wo er sie besuchte. Ab Frühling/Frühsommer 2015 war sie dann in Freilassing. F wohnt bei einer Lebensgefährtin. Seit Jahren wohnt er nicht mehr im Haus. W ist ihr Name. Er ist nur stundenweise zu Hause. Bei Bedarf schläft er im Keller."

## **Rechtslage und Erwägungen**

### **1) Anwendung der VO (EG) Nr. 883/2004**

Gemäß Art. 2 Abs. 1 dieser VO (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit gilt diese Verordnung für Staatsangehörige einer Mitgliedsstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedsstaat, für die die

Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedsstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

Der Beschwerdeführer ist österreichischer Staatsbürger. Wo sich sein Wohnort im Sinne dieser VO im beschwerderelevanten Zeitraum (August 2013 bis Oktober 2014) in den einzelnen Monaten tatsächlich befunden hat, konnte bisher nicht ausreichend festgestellt werden. Es kann aber nach dem gesamten bisherigen Vorbringen des Beschwerdeführers davon ausgegangen werden, dass sich der Wohnort entweder in Österreich oder in Griechenland befunden hat, weshalb die VO für den Beschwerdeführer jedenfalls gilt.

## **2) Bestimmung des Wohnortes**

Der Bestimmung des Wohnortes kommt im Anwendungsbereich der VO zentrale Bedeutung zu, da an diesen nicht nur die Anwendung der VO selbst anknüpft (§ 2 Abs. 1 der VO), sondern auch bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts gemäß dem zweiten Titel der VO wiederholt auf die Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedsstaates verwiesen wird (Näheres dazu unten).

Für die Bestimmung des Wohnortes einer Person im Sinne der VO kommt es keineswegs allein auf eine Meldung nach dem Meldegesetz an. Für Zwecke der VO bezeichnet der Ausdruck "Wohnort" vielmehr den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person (Art. 1 lit. j der VO). Nähere Kriterien für die Bestimmung des Wohnortes sind dazu in dem mit "Bestimmung des Wohnortes" überschriebenen Art. 11 der VO (EG) Nr. 987/2009 (Durchführungsverordnung zur VO (EG) Nr. 883/2004, kurz: DVO) festgelegt:

*(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.*

Für die Bestimmung des *Mittelpunktes der Interessen* einer Person, der für den Wohnort im Sinne der VO maßgebend ist, kommt es daher entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sehr wohl entscheidend unter anderem auch auf die familiären Verhältnisse sowie die konkreten Wohnverhältnisse der Familie an. Das diesbezügliche Vorbringen des Beschwerdeführers ist widersprüchlich. Im Beihilfenantrag vom 12.9.2013 behauptete der Beschwerdeführer einen Zuzug seiner Ehefrau und der beiden Kinder nach Österreich am 15.8.2013. Der Aufforderung des Finanzamtes vom 30.10.2014 Nachweise für den Aufenthalt in Österreich ab August 2013 zu erbringen, kam der Beschwerdeführer nicht nach, da seiner (grundlegend verfehlten) Ansicht nach kein gerechtfertigtes Interesse an der Klärung des Aufenthaltes seiner Familie bestehe (E-Mail vom 13.11.2014). Auch in der Stellungnahme vom 5.3.2015 zum schriftlichen Auskunftsersuchen vom 25.2.2015 verweigerte der Beschwerdeführer jede konkrete Auskunft zum Aufenthalt seiner Familie ab August 2013 ebenso wie die angeforderte Vorlage einer aktuellen Haushaltsbestätigung. In der Einvernahme vom 16.9.2016 gab der Beschwerdeführer schließlich an, "im Herbst 2013" mit der ganzen Familie in Griechenland gewesen zu sein. Es könne durchaus sein, dass er im November und Dezember in Griechenland gewesen sei. Er "wisse nicht", wieviel Zeit er im Jahr 2014 in Griechenland verbracht habe, im Herbst 2014 sei er "sicherlich" in Griechenland gewesen. Im Aktenvermerk vom 17.10.2014 hatte das Finanzamt festgehalten, dass die Familie laut Auskunft der Sozialversicherungsanstalt seit 2013 in Griechenland lebe und RSa-Briefe nicht zustellbar seien.

In einem solchen Fall genügt es aber nicht, wenn allein der inländische Träger (das Finanzamt) den Wohnort nach den in Art. 11 der DVO normierten Kriterien zu bestimmen versucht, sondern die in Frage kommenden Träger müssen den Mittelpunkt der Interessen der Person im gegenseitigen Einvernehmen bestimmen. Andernfalls könnte es dazu kommen, dass jeder Träger der beteiligten Staaten für sich zum Ergebnis kommt, dass der Wohnort im jeweils anderen Staat liegt bzw. der Beschwerdeführer den jeweils anderen Rechtsvorschriften unterliegt; ein Ergebnis, welches Art. 11 der DVO gerade verhindern soll.

Gemäß Art. 60 der DVO werden Familienleistungen bei dem "zuständigen Träger" beantragt. "Zuständiger Träger" ist gemäß Art. 1 lit. q sublit. ii) der VO der Träger, gegenüber dem die betreffende Person einen Anspruch auf Leistungen hat oder hätte, wenn sie selbst oder ihr Familienangehöriger bzw. ihre Familienangehörigen in dem Mitgliedsstaat wohnen würden, in dem dieser Träger seinen Sitz hat.

Da der Beschwerdeführer allenfalls gegenüber dem Finanzamt einen Anspruch auf Familienleistungen hat, nicht aber gegenüber dem Bundesfinanzgericht, dem gemäß § 1 Abs. 1 BFGG lediglich die Entscheidung über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Zif. 1 bis 3 B-VG in Rechtssachen in Angelegenheiten der öffentlichen Abgaben (zu denen gemäß § 3 Abs. 1 BAO iVm § 2 lit. a Zif. 1 BAO auch Beihilfen aller Art zählen) obliegt, kommt als zuständiger Träger im Sinne der VO nur das Finanzamt, nicht aber das Bundesfinanzgericht in Betracht. Das Verfahren zur einvernehmlichen Bestimmung des Mittelpunktes der Interessen einer Person kann nur zwischen den in Frage kommenden Trägern geführt werden.

Da ein solches Verfahren vom Finanzamt bisher nicht geführt wurde, ist schon aus diesem Grund eine Aufhebung des angefochtenen Rückforderungsbescheides unter Zurückweisung der Sache an die Abgabenbehörde gemäß § 278 Abs. 1 BAO erforderlich, da Ermittlungen im Sinne des § 115 Abs. 1 BAO unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anderslautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung eine erhöhte Mitwirkungspflicht der Partei zwar dann vorliegt, wenn Sachverhaltselemente ihre Wurzeln im Ausland haben. Die sachliche Rechtfertigung für die erhöhte Mitwirkungspflicht hinsichtlich Auslandssachverhalten besteht in der Einschränkung der Möglichkeit behördlicher Ermittlungen im Ausland. Die erhöhte Mitwirkungspflicht ist in dem Maße eingeschränkt, soweit internationale Amtshilfemöglichkeiten bestehen (vgl. Ritz, BAO, 5. Auflage, § 115 Tz 10 mit Judikaturnachweisen). Da Art. 11 der DVO ein Verfahren zwischen den zuständigen Trägern zur einvernehmlichen Bestimmung des Wohnortes einer Person vorsieht, kann nicht eine erhöhte Mitwirkungspflicht der Partei bzw. die Verletzung dieser Mitwirkungspflicht als Begründung für die Unterlassung eines Verfahrens gemäß Art. 11 der DVO ins Treffen geführt werden. Zur Vermeidung von Missverständnissen sei aber darauf hingewiesen, dass die beharrliche Weigerung des Beschwerdeführers - trotz mehrfacher Aufforderungen - konkrete Angaben zum Aufenthalt seiner Familie zu machen und diese Angaben glaubhaft zu machen, einen Umstand darstellt, der die Glaubwürdigkeit seines Vorbringens nicht erhöht.

Dieses Verfahren zwischen den zuständigen Trägern wird sich im Hinblick auf das bisherige Verfahren auch nicht auf eine bloß formularmäßige Verständigung beschränken können (überdies sind auch Erhebungen mittels Formular E 401 – Familienstandbescheinigung – bisher nicht erfolgt), sondern wird das Finanzamt als zuständiger österreichischer Träger den zuständigen Träger in Griechenland über die bisherigen Ergebnisse und Streitpunkte des Verfahrens informieren und diesen um entsprechende Erhebungen in Griechenland ersuchen müssen.

### **3) Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften**

Erst wenn der Wohnort (Mittelpunkt der Interessen) des Beschwerdeführers im oben aufgezeigten Sinn und damit auch der Wohnmitgliedsstaat (zweckmäßigerweise nicht nur, aber vor allem auch für den beschwerderelevanten Zeitraum) einvernehmlich zwischen

den zuständigen Trägern ermittelt worden ist, kann die Bestimmung des anwendbaren Rechts im Sinne des zweiten Titels der VO erfolgen.

Artikel **11 der VO** enthält diesbezüglich (auszugsweise) zunächst folgende 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.*

(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;*

Für den Fall der Ausübung von Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedsstaaten enthält **Art. 13 der VO** folgende Regelungen:

(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.

(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.

Als "Beschäftigung" im Sinne dieser Bestimmungen gilt dabei 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 (Art. 1 lit. a der VO). Als "selbstständige Erwerbstätigkeit" gilt 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 (Art. 1 lit. b der VO).

Die **DVO** bestimmt zur Durchführung des Art. 13 der VO in ihrem **Art. 14** auszugsweise:

(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.

(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 selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt“ insbesondere auf eine Person, die gleichzeitig oder abwechselnd eine oder mehrere gesonderte selbstständige Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt, und zwar unabhängig von der Eigenart dieser Tätigkeiten.

(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.

#### a) Tätigkeit des Beschwerdeführers als IT-Berater

Nach dem aktenkundigen, oben erwähnten und zwischen dem Beschwerdeführer und der "ED S.A." mit Sitz in Griechenland abgeschlossenen "Contract for the Provision of Services" ist der Beschwerdeführer bei Ausübung seiner IT-Tätigkeit an keine Weisungen gebunden und schuldet dieser nicht seine Arbeitskraft, sondern die Durchführung eines konkreten Projektes. Im Vertrag wird er ausdrücklich als unabhängiger Auftragnehmer und nicht als Mitarbeiter, Arbeitnehmer, Vertreter oder Partner der ED S.A. bezeichnet. Der Beschwerdeführer darf keine Ausgaben im Namen oder für Rechnung der Gesellschaft tätigen und muss diese daher selbst finanzieren. Die Bezahlung erfolgt entsprechend den verrechneten Stunden und ist erfolgsabhängig. Es besteht kein Entgeltanspruch, falls die erbrachten Leistungen von der Gesellschaft oder vom Kunden nicht akzeptiert werden (garantierte Qualität der Leistung). Den zeitlichen Umfang der Tätigkeit (wöchentliche Arbeitszeit) kann der Beschwerdeführer selbst festlegen; auch den Ort, von dem aus er die Tätigkeit in maßgeblichem Umfang verrichtet, kann der Beschwerdeführer selbst bestimmten.

Bei dieser Sachlage stellt diese Tätigkeit des Beschwerdeführers keine Beschäftigung, sondern eine selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne der VO dar. Das Fehlen einer österreichischen Gewerbeberechtigung für diese Tätigkeit ändert daran nichts.

Nach den vom Beschwerdeführer vorgelegten diesbezüglichen Zahlungsabrechnungen wurden im beschwerderelevanten Zeitraum Leistungen erbracht und abgerechnet. Er hat daher diese Tätigkeit im Sinne des Art. 11 Abs. 2 der VO ausgeübt.

Die Tätigkeit als IT-Berater erbringt der Beschwerdeführer laut seiner Stellungnahme vom 15.3.2015 überwiegend am Wohnort per Internet bzw. kann er nach seinen Angaben in der Niederschrift vom 16.9.2016 von jedem Ort aus ausüben, auch von Griechenland aus. Während der Aufenthalte in Griechenland sei diese Tätigkeit auch von Griechenland aus betrieben worden. Bei den Kunden, welche seine IT-Beratertätigkeit in Anspruch nehmen, sei er nur tageweise. Das Verhältnis von Vorarbeiten (am jeweiligen Wohnort) zur Tätigkeit beim Kunden schätzte der Beschwerdeführer mit ungefähr 70:30.

### **b) Olivenölhandel**

Auch diese Tätigkeit stellt eine selbständige Erwerbstätigkeit dar. Es gilt aber nicht nur für Beschäftigungen, sondern auch für selbständige Erwerbstätigkeiten, dass diese im Sinne der Rechtsprechung des EuGH "tatsächlich und echt" sein muss. Eine Erwerbstätigkeit liegt daher nur dann vorliegt, wenn diese über Gefälligkeits- und Gelegenheitsarbeiten hinausgeht (BFG 2.7.2015, RV/7101979/2013; in diesem Sinn auch FLAG-DR, Teil 2, Punkt 4.2).

Zu den Beschäftigungen hat der EuGH beispielweise im Urteil vom 4.2.2010, C-14/09, Hava Genc, in Rn. 19 ausgeführt: "Wie der Gerichtshof wiederholt entschieden hat, kommt dem Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Art. 39 EG eine für das Unionsrecht autonome Bedeutung zu, und er darf nicht eng ausgelegt werden. Als "Arbeitnehmer" ist jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält".

Geringfügige Beschäftigungen wurden unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung des EuGH als Beschäftigungen im Sinne der VO beispielsweise bereits anerkannt bei einer Tätigkeit von 3 Stunden pro Woche und einem Arbeitslohn von 150 € für 12 Arbeitsstunden pro Monat (BFG 11.5.2016, RV/1100146/2013), oder einer Beschäftigung von fünf Arbeitsstunden pro Woche und einer Entlohnung laut Kollektivvertrag von 8,94 € pro Stunde, somit einem monatlichen Arbeitslohn von 193,57 € (BFG 20.7.2016, RV/7103916/2015).

Art. 14 Abs. 5b der DVO bestimmt in Umsetzung dieser EuGH-Rechtsprechung nunmehr ausdrücklich, dass für die Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften nach Artikel 13 der Grundverordnung "marginale Tätigkeiten" nicht berücksichtigt werden.

Dieser neu eingefügte Abs. 5b der DVO ist nach seinem klaren und eindeutigen Wortlaut nicht auf Beschäftigungen im Sinne des Art. 13 Abs. 1 der VO beschränkt, sondern gilt für den gesamten Art. 13 und damit auch für die selbständigen Erwerbstätigkeiten im Sinne des Art. 13 Abs. 2 der VO.

Der vom Beschwerdeführer betriebene Olivenölhandel kann aber keineswegs als lediglich marginale Tätigkeit im Sinne dieser Bestimmung gewertet werden. Dem Bundesfinanzgericht wurde vom Finanzamt bisher zwar nur "beispielhaft" eine Rechnung aus dem Olivenölhandel vorgelegt, allein schon in einer E-Mail des Finanzamtes an den Beschwerdeführer vom 23.1.2015 betreffend Akteneinsicht ist dagegen von 35 Rechnungen der "Guten Mühle" die Rede. Auf der Homepage des Beschwerdeführers werden derzeit 32 Vertriebspartner angeführt. Ferner hat der Beschwerdeführer einen Online-Shop eingerichtet, in dem aktuell Olivenöl aus dem Jahr 2015 angeboten wird. Auf diesen Online-Handel wird auch in der Niederschrift vom 16.9.2016 Bezug genommen. In den eingereichten Umsatzsteuervoranmeldungen werden für das dritte und vierte Quartal 2013 offenkundig dem Olivenölhandel zuzuordnende Umsätze mit dem ermäßigten Steuersatz von 10 % in Höhe von insgesamt 5.583,41 €, für das erste Quartal 2014 in Höhe von 783,19 €, für das zweite Quartal in Höhe von 791,16 €, für das dritte Quartal 2.326,98 € und für das vierte Quartal von 2.464,57 € ausgewiesen. Von einer bloß marginalen Tätigkeit im Sinne des Art. 14 Abs. 5b der DVO bzw. im Sinne von bloßen Gefälligkeits- und Gelegenheitsarbeiten kann bei dieser Sachlage aber keine Rede sein.

### **c) Bestimmung des anwendbaren Rechts**

Die Prüfung der Frage, ob der Beschwerdeführer im Wohnsitzmitgliedsstaat einen wesentlichen Teil dieser Tätigkeit ausübt (Art. 13 Abs. 2 lit. a der VO) scheitert im gegenständlichen Fall schon daran, dass der Wohnmitgliedsstaat noch nicht festgestellt wurde.

Aber auch für den Fall, dass im Wohnmitgliedsstaat nicht der wesentliche Teil der Tätigkeit ausgeübt wird, setzt die Prüfung der Frage, wo sich der Mittelpunkt der Tätigkeiten befindet bzw. befunden hat (Art. 13 Abs. 2 lit. b der VO), voraus, dass konkret festgestellt wird, wann der Beschwerdeführer seine IT-Beratertätigkeit von welchem Ort aus und in welchem Umfang ausgeübt hat. Gemäß Art. 14 Abs. 9 der DVO ist der Ort entscheidend, von dem aus die Tätigkeit ausgeübt wird, ferner 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.

Dies gilt nicht nur für die IT-Beratertätigkeit, sondern auch für den vom Beschwerdeführer betriebenen Olivenölhandel. Allein der Umstand, dass in B ein Lager für das Olivenöl angelegt wurde, wird für die Annahme, dass sich dort die feste und ständige Niederlassung im Sinne des Art. 14 Abs. 9 der DVO befindet, noch nicht ausreichen, wenn der Beschwerdeführer auch diese Erwerbstätigkeit über mehrere Monate von Griechenland aus betrieben hat.

Konkrete Feststellungen betreffend den Mittelpunkt der Tätigkeiten wurden bisher weder für den beschwerderelevanten Zeitraum noch für den Folgezeitraum getroffen. Dem Finanzamt ist zuzugestehen, dass solche Feststellungen aufgrund der widersprüchlichen und unpräzisen Angaben des Beschwerdeführers, der am 16.9.2016 zu Protokoll gab, er wisse nicht, wie viel Zeit er im Jahr 2014 in Griechenland verbracht habe, schwer bzw. tatsächlich kaum zu treffen sind.

Gerade für einen solchen Fall trifft aber **Art. 16 der DVO** Vorkehrungen. Diese Bestimmung regelt das Verfahren bei der Anwendung von Art. 13 der Grundverordnung und normiert:

- (1) *Eine Person, die in zwei oder mehreren Mitgliedstaaten eine Tätigkeit ausübt, teilt dies dem von der zuständigen Behörde ihres Wohnmitgliedstaats bezeichneten Träger mit.*
- (2) *Der bezeichnete Träger des Wohnorts legt unter Berücksichtigung von Artikel 13 der Grundverordnung und von Artikel 14 der Durchführungsverordnung unverzüglich fest, welchen Rechtsvorschriften die betreffende Person unterliegt. Diese erste Festlegung erfolgt vorläufig. Der Träger unterrichtet die bezeichneten Träger jedes Mitgliedstaats, in dem die Person eine Tätigkeit ausübt, über seine vorläufige Festlegung.*
- (3) *Die vorläufige Festlegung der anzuwendenden Rechtsvorschriften nach Absatz 2 erhält binnen zwei Monaten, nachdem die von den zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaats bezeichneten Träger davon in Kenntnis gesetzt wurden, endgültigen Charakter, es sei denn, die anzuwendenden Rechtsvorschriften wurden bereits auf der Grundlage von Absatz 4 endgültig festgelegt, oder mindestens einer der betreffenden Träger setzt den von der zuständigen Behörde des Wohnmitgliedstaats bezeichneten Träger vor Ablauf dieser zweimonatigen Frist davon in Kenntnis, dass er die Festlegung noch nicht akzeptieren kann oder diesbezüglich eine andere Auffassung vertritt.*
- (4) *Ist aufgrund bestehender Unsicherheit bezüglich der Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften eine Kontaktaufnahme zwischen den Trägern oder Behörden zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten erforderlich, so werden auf Ersuchen eines oder mehrerer der von den zuständigen Behörden der betreffenden Mitgliedstaaten bezeichneten Träger oder auf Ersuchen der zuständigen Behörden selbst die geltenden Rechtsvorschriften unter Berücksichtigung von Artikel 13 der Grundverordnung und der einschlägigen Bestimmungen von Artikel 14 der Durchführungsverordnung einvernehmlich festgelegt. Sind die betreffenden Träger oder zuständigen Behörden unterschiedlicher Auffassung, so bemühen diese sich nach den vorstehenden Bedingungen um Einigung; es gilt Artikel 6 der Durchführungsverordnung.*
- (5) *Der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften entweder vorläufig oder endgültig als anwendbar bestimmt werden, teilt dies unverzüglich der betreffenden Person mit.*
- (6) *Unterlässt eine Person die Mitteilung nach Absatz 1, so erfolgt die Anwendung dieses Artikels auf Initiative des Trägers, der von der zuständigen Behörde des*

*Wohnmitgliedstaats bezeichnet wurde, sobald er - möglicherweise durch einen anderen betroffenen Träger - über die Situation der Person unterrichtet wurde.*

Auch dieses – bisher nicht durchgeführte – Verfahren zur einvernehmlichen Festlegung der anzuwendenden Rechtsvorschriften kann aber nur zwischen den beteiligten Trägern im oben bereits dargestellten Sinn geführt werden. Das Bundesfinanzgericht kann dieses Verfahren nicht anstelle oder für das Finanzamt führen, weshalb auch aus diesem Grund das gegenständliche Beschwerdeverfahren an das Finanzamt zurückverwiesen werden muss.

Ziel dieses Verfahrens in einem Fall wie dem gegenständlichen ist die einvernehmliche Festlegung der anzuwendenden Rechtsvorschriften (Abs. 4). Für den Fall, dass eine solche einvernehmliche Festlegung nicht gelingt bzw. für die Dauer des Verfahrens zur Herstellung dieses Einvernehmens trifft der in Abs. 4 erwähnte **Art. 6 der DVO** unter dem Titel "Vorläufige Anwendung der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats und vorläufige Gewährung von Leistungen" folgende weitere Regelungen:

*(1) Besteht zwischen den Trägern oder Behörden zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten eine Meinungsverschiedenheit darüber, welche Rechtsvorschriften anzuwenden sind, so unterliegt die betreffende Person vorläufig den Rechtsvorschriften eines dieser Mitgliedstaaten, sofern in der Durchführungsverordnung nichts anderes bestimmt ist, wobei die Rangfolge wie folgt festgelegt wird:*

- a) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem die Person ihrer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit tatsächlich nach geht, wenn die Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit in nur einem Mitgliedstaat ausgeübt wird;*
- b) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, sofern die betreffende Person einer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit in zwei oder mehr Mitgliedstaaten nachgeht und einen Teil ihrer Tätigkeit(en) in dem Wohnmitgliedstaat ausübt, oder sofern die betreffende Person weder beschäftigt ist noch eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt;*
- c) in allen anderen Fällen den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, deren Anwendung zuerst beantragt wurde, wenn die Person eine Erwerbstätigkeit oder mehrere Erwerbstätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt.*

*(2) Besteht zwischen den Trägern oder Behörden zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten eine Meinungsverschiedenheit darüber, welcher Träger die Geld- oder Sachleistungen zu gewähren hat, so erhält die betreffende Person, die Anspruch auf diese Leistungen hätte, wenn es diese Meinungsverschiedenheit nicht gäbe, vorläufig Leistungen nach den vom Träger des Wohnorts anzuwendenden Rechtsvorschriften oder - falls die betreffende Person nicht im Hoheitsgebiet eines der betreffenden Mitgliedstaaten wohnt - Leistungen nach den Rechtsvorschriften, die der Träger anwendet, bei dem der Antrag zuerst gestellt wurde.*

(3) Erzielen die betreffenden Träger oder Behörden keine Einigung, so können die zuständigen Behörden frühestens einen Monat nach dem Tag, an dem die Meinungsverschiedenheit im Sinne von Absatz 1 oder Absatz 2 aufgetreten ist, die Verwaltungskommission anrufen. Die Verwaltungskommission bemüht sich nach ihrer Befassung binnen sechs Monaten um eine Annäherung der Standpunkte.

(4) Steht entweder fest, dass nicht die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats anzuwenden sind, die für die betreffende Person vorläufig angewendet worden sind, oder dass der Träger, der die Leistungen vorläufig gewährt hat, nicht der zuständige Träger ist, so gilt der als zuständig ermittelte Träger rückwirkend als zuständig, als hätte die Meinungsverschiedenheit nicht bestanden, und zwar spätestens entweder ab dem Tag der vorläufigen Anwendung oder ab der ersten vorläufigen Gewährung der betreffenden Leistungen.

(5) Falls erforderlich, regeln der als zuständig ermittelte Träger und der Träger, der die Geldleistungen vorläufig gezahlt oder Beiträge vorläufig erhalten hat, die finanzielle Situation der betreffenden Person in Bezug auf vorläufig gezahlte Beiträge und Geldleistungen gegebenenfalls nach Maßgabe von Titel IV Kapitel III der Durchführungsverordnung.

*Sachleistungen, die von einem Träger nach Absatz 2 vorläufig gewährt wurden, werden von dem zuständigen Träger nach Titel IV der Durchführungsverordnung erstattet.*

Auch die in Art. 6 Abs. 1 normierte Rangfolge stellt in lit. b wieder auf die Rechtsvorschriften des *Wohnmitgliedsstaates* ab, weshalb bereits eingangs auf die zentrale Bedeutung der vorrangigen (einvernehmlichen) Bestimmung des Wohnortes im Sinne der VO hingewiesen wurde. Gleiches gilt für Art. 6 Abs. 2 der DVO betreffend vorläufige Gewährung von Leistungen, die nach den vom Träger des *Wohnortes* anzuwendenden Rechtsvorschriften zu gewähren sind.

#### **4) Zurückverweisung der Sache an das Finanzamt**

§ 278 BAO normiert:

- (1) Ist die Bescheidbeschwerde mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes
  - a) weder als unzulässig oder nicht rechtzeitig eingebracht zurückzuweisen (§ 260) noch
  - b) als zurückgenommen (§ 85 Abs. 2, § 86a Abs. 1) oder als gegenstandlos (§ 256 Abs. 3, § 261) zu erklären,

so kann das Verwaltungsgericht mit Beschluss die Beschwerde durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Beschwerdevorentscheidungen unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erledigen, wenn Ermittlungen (§ 115 Abs. 1) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können. Eine solche Aufhebung ist unzulässig, wenn die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes

durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(2) Durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hat.

Auch wenn die Verwaltungsgerichte grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden haben, erweist sich im gegenständlichen Fall im Hinblick auf die nicht entscheidungsreife Vorlage, den Umfang der noch durchzuführenden Ermittlungen sowie insbesondere den Umstand, dass vom Finanzamt mit dem zuständigen griechischen Träger

ein Verfahren gemäß Art. 11 der DVO zur einvernehmlichen Ermittlung des Mittelpunktes der Interessen und damit des Wohnortes des Beschwerdeführer bzw. des Wohnmitgliedsstaates (siehe oben Punkt 2)

sowie ein Verfahren gemäß Art. 16 der DVO zur einvernehmlichen Festlegung der anzuwendenden Rechtsvorschriften (siehe oben Punkt 3c) durchzuführen ist,

die Zurückverweisung der Sache an das Finanzamt nicht nur als zweckmäßig, sondern tatsächlich als unvermeidlich. Die Gründe, warum diese Verfahren nicht vom Bundesfinanzgericht geführt werden können, sondern nur vom Finanzamt als zuständiger Träger, wurden ebenfalls bereits oben unter Punkt 2) dargestellt; auf die dortigen Ausführungen wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

Für die Zurückverweisung spricht ferner, dass mit dem angefochtenen Rückforderungsbescheid gegenüber dem Beschwerdeführer ein belastender Bescheid erlassen wurde und im Rahmen der vorzunehmenden Ermessensübung zu berücksichtigen ist, dass der Beschwerdeführer während eines fortgesetzten Ermittlungsverfahrens im Beschwerdeverfahren weiterhin mit der Rückforderung belastet wäre, während hingegen bei Aufhebung des Rückforderungsbescheids diese Belastung (jedenfalls bis zur allfälligen Erlassung eines neuen Rückforderungsbescheids) wegfällt.

Schließlich liegt die Aufhebung und Zurückverweisung auch im Interesse der Raschheit der Entscheidung und einer allfälligen Kostenersparnis. Sollte das Finanzamt im weiteren Verfahren das Vorliegen eines Anspruchs des Beschwerdeführers auf Familienleistungen im Beschwerdezeitraum (im ursprünglich zuerkannten Ausmaß) feststellen, kann dieses verwaltungsökonomisch mit dem Unterbleiben eines neuen Rückforderungsbescheids vorgehen, ohne dass eine Entscheidung durch das Verwaltungsgericht zu treffen und diese dann erst vom Finanzamt umzusetzen ist (vgl. BFG 25.5.2016, RV/7100414/2016 mit Hinweis auf BFG 9.6.2015, RV/7102797/2015).

## **Zulässigkeit einer Revision**

Gegen einen Beschluss des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss 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. Eine solche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist im gegenständlichen Fall nicht ersichtlich, da es in diesem – jedenfalls beim derzeitigen Verfahrensstand – allein um die bisher unterbliebene ausreichende Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes bzw. die Unterlassung der Durchführung der in Art. 11 und 16 der DVO vorgesehenen Verfahren geht.

Linz, am 17. Oktober 2016