

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Senat in der Beschwerdesache Bf., vertreten durch Mag. András Radics, Obere Hauptstraße 18-20/6, 7100 Neusiedl am See, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 1/23 vom 24. August 2012, betreffend Gewährung der Ausgleichszahlung zur Familienbeihilfe ab November 2011, in der Sitzung am 12. Oktober 2015 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

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

## Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer, ein ungarischer Staatsbürger, ist verheiratet und stellte für seine drei mj. Kinder, geboren 2001, 2005 und 2010, im Dezember 2011 einen Antrag auf Ausgleichszahlung zur Familienbeihilfe ab November 2011. Das Finanzamt wies den Antrag vom 12. Oktober 2011 nach Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen mit Bescheid vom 24. August 2012 mit folgender Begründung ab:

*"Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in der ab 1. Mai 2010 gültigen Fassung regelt, welcher Mitgliedstaat für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet ist.*

*Vorrangig muss grundsätzlich jener Mitgliedstaat die gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird.*

*Sind die Elternteile in verschiedenen Mitgliedstaaten erwerbstätig, trifft die vorrangige Verpflichtung zur Gewährung der Familienleistungen jenen Mitgliedsstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen.*

*Sind die Familienleistungen im anderen Mitgliedsstaat höher, besteht dort gegebenenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Unterschiedsbetrages (Artikel 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004).*

*Wird in jenem Mitgliedstaat, der vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet ist, kein Antrag gestellt, so kann der andere Mitgliedsstaat dennoch jene*

*Leistungen, die bei Antragstellung gewährt worden wären, bei der Berechnung des Unterschiedsbetrages berücksichtigen.*

*Da Sie eine selbständige Tätigkeit sowohl in Ungarn, als auch in Österreich ausüben und in Ungarn wohnhaft sind, unterliegen Sie ausschließlich den Rechtsvorschriften Ungarns, sodass spruchgemäß zu entscheiden war."*

Der steuerliche Vertreter erhob gegen den Bescheid vom 24. August 2012 betreffend den Zeitraum ab November 2011 Berufung (Beschwerde) und führte begründend aus, das Finanzamt habe im Bescheid die Abweisung der Familienbeihilfe damit begründet, dass der Bf. gemäß VO 883/2004 ausschließlich den Rechtsvorschriften Ungarns unterliege, weil er dort nach Ansicht des Finanzamtes eine selbständige Tätigkeit ausführe. Da sich diese Begründung auf das vom Finanzamt angeforderte, beiliegend nochmals über Formular E9 für 2011 stütze, dürfe darauf hingewiesen werden, dass von der ungarischen Finanzbehörde als Art der Einkünfte "RENTALS" angemerkt worden sei, d.h. die Einkünfte in Ungarn stammen ausschließlich aus Vermietung und Verpachtung, die - analog zu den Rechtsvorschriften in Österreich - keine Erwerbstätigkeit begründen und demzufolge zu keiner Pflichtversicherung in Ungarn führen. Es liege somit keine selbständige Tätigkeit in Ungarn vor, weshalb sich die Pflichtversicherung nach dem Tätigkeitsstaat bestimme. Als Konsequenz seien ausschließlich die Rechtsvorschriften Österreichs anzuwenden und der Bf. habe demnach Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe ab November 2011. Beigelegt werde als weiterer Nachweis des Fehlens einer ungarischen Pflichtversicherung ein Protokoll der ungarischen Krankenkasse, das bestätige, dass der Bf. seit 22. November 2011 keinen Leistungsanspruch mehr gegenüber der ungarischen Krankenkasse habe und deshalb seine ungarische Krankenversicherungskarte eingezogen wurde. Aus diesen Gründen werde um Aufhebung des Abweisungsbescheides vom 24. August 2012 und um Gewährung der Familienbeihilfe ab November 2011 ersucht.

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdeverentscheidung vom 10. Oktober 2013 mit folgender Begründung ab:

*"Wenn mehrere selbständige Erwerbstätigkeiten in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten ausgeübt werden (Art 13 Abs 2 a und b der VO (EG) 883/2004), ist der Wohnortstaat für die Auszahlung der Familienleistungen zuständig.*

*Im Jahr 2011 wurden nur geringfügige Einkünfte in Österreich erzielt. Aus der ungarischen Einkommensteuererklärung 2011 ist eindeutig zu erkennen, dass in Ungarn Einkünfte aus selbständiger Arbeit in Höhe von HUF 4.354.830,- erzielt worden sind. Zusätzlich wurden ausländische Einkünfte in Höhe von HUF 69.926,- erzielt, davon in Österreich € 181,-.*

*Im Jahr 2012 ergibt sich aus der Einkommensteuererklärung ein ähnliches Bild. Deklariert wurden HUF 2.406.240,- Einkünfte aus selbständiger Arbeit in Ungarn. Daneben wurden weitere HUF 2.186.841,- ausländische Einkünfte, die nur mit dem Progressionsvorbehalt versteuert werden, deklariert.*

*Selbst wenn das den in Österreich erzielten Einkünften entspricht, verbleibt der Großteil der selbständigen Einkünfte als in Ungarn erzielt.*

*Aus der ungarischen Steuererklärung ergibt sich kein Hinweis, dass in Ungarn lediglich Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung vorliegen.*

*Die Rechtsansicht des Finanzamtes stützt sich auch darauf, dass aufgrund der uns vorliegenden Unterlagen bei folgenden Firmen Manager Tätigkeit ausgeübt wird:*

*Fa P Deutschland GmbH C/O X in München (D) mit einem Betriebserfolg von USD 232.902.- als managing director.*

*Fa T in Erd (H) als business manager.*

*Es steht außer Zweifel, dass der Zeitaufwand für Manager Tätigkeit viel höher ist als jener für bloße Zurverfügungstellung von Software an einen einzigen Auftraggeber in Ungarn, und zwar an die E. in Debrecen..."*

Im Vorlageantrag brachte der steuerliche Vertreter des Bf. vor, dass die Top T. nichts mit dem Beschwerdeführer zu tun habe. Es handle sich nur um eine Namensübereinstimmung, da es einen H. T- genauso mehrfach geben könne wie einen anderen Namen wie zB Thomas Müller.

In diesem Zusammenhang werde ein Firmenbuchauszug bzw. eine Kopie der Änderung des Gesellschaftsvertrages des Unternehmens vorgelegt, aus denen hinsichtlich der Identität des beteiligten H. T- zu entnehmen sei, dass dieser am 1/76 geboren worden sei und nicht am 6/70, wie der durch die Berufungsvorentscheidung betroffene Dr. H.. Herr Dr. H. sei zwar Geschäftsführer der P Deutschland GmbH, allerdings bestehe gemäß beiliegendem Handelsregisterauszug auch ein Einzelvertretungsrecht durch den Bruder von Dr. H., Herrn Dr. Peter H..

Herr Dr. H. T- sei allerdings nie für diese Gesellschaft tatsächlich tätig geworden und habe keine Einkünfte von dieser Gesellschaft bezogen. Die Geschäftsführertätigkeit sei seit Gründung der Gesellschaft durch Herrn Dr. Peter H. ausgeübt worden. Beigelegt werde auch eine Bestätigung des deutschen Steuerberaters der P Deutschland GmbH, Herrn X., dass kein Versicherungsverhältnis von Dr. H. T- in Deutschland bestehe.

Außerdem sei auch aus den beiliegenden Steuererklärungen von Dr. H. in Ungarn für die Jahre 2011 und 2012 zu entnehmen, dass die ausländischen Einkünfte lediglich die Ergebnisanteile aus der österreichischen C. OG enthalten.

Insgesamt dürfe somit festgehalten werden, dass von Herrn Dr. H. seit November 2011 ausschließlich eine selbständige Erwerbstätigkeit in Österreich ausgeübt werde, weshalb im Sinne der VO 883/2004 ausschließlich die Rechtsvorschriften Österreichs zur Anwendung zu kommen hätten. Aus diesem Grund sei für die Gewährung von Familienleistungen Österreich zuständig.

Die Zuständigkeit Österreichs für die Gewährung von Familienleistungen könne noch durch weitere Unterlagen begründet werden.

Die ungarischen Einkünfte aus sog. selbständiger Tätigkeit würden sich auf Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in Ungarn beziehen, weshalb gemäß beiliegenden, von der ungarischen Finanzbehörde bestätigten Formularen E9 für die Jahre 2011 und 2012 der Begriff "RENTALS" angeführt worden sei, d.h. diese Einkünfte begründen - analog zu den Rechtsvorschriften in Österreich - keine Erwerbstätigkeit im Sinne der VO 883/2004 und würden demzufolge zu keiner Pflichtversicherung in Ungarn führen. Es liege somit keine selbständige Tätigkeit in Ungarn vor, weshalb sich die Pflichtversicherung nach dem Tätigkeitsstaat bestimme. Als Konsequenz seien ausschließlich die Rechtsvorschriften Österreichs anzuwenden und der Bf. habe demnach Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe ab November 2011.

In den ungarischen Steuererklärungen von Dr. H. seien die österreichischen Einkünfte bei den ausländischen Einkünften deklariert (zB im Jahre 2012 HUF 2.186.841,00 = EUR 7.692,01 lt. beiliegendem Feststellungsbescheid 2012 vom 5. September 2013 bzw. Einkommensteuerbescheid 2012 vom 18. September 2013).

Als weiteren Nachweis werde zum Nachweis des Fehlens einer ungarischen Pflichtversicherung ein Protokoll der ungarischen Krankenkasse vorgelegt. Dieses bestätige, dass der Bf. seit 22. November 2011 keinen Leistungsanspruch mehr gegenüber der ungarischen Krankenkasse habe und deshalb seine ungarische Krankenversicherungskarte eingezogen wurde sei.

Vorgelegt werde ein durch den ungarischen Träger bestätigtes Formular E 104, das ebenfalls nachweise, dass seit 22. November 2011 keine Erwerbstätigkeit und somit kein Versicherungsverhältnis in Ungarn vorliege.

Aus den vorgelegten Bescheiden des ungarischen Trägers vom 21. August 2013 gehe hervor, dass auf Grund der Erwerbstätigkeit eines einzigen Elternteils, des Bf., in Österreich, die Rechtsvorschriften Ungarns im Sinne der VO 883/2004 nicht zur Anwendung kämen, da die Kindesmutter, Frau D., im Zeitraum Mai bis Juli 2013 keine Erwerbstätigkeit ausgeführt habe. Aus diesem Grund sei für diesen Zeitraum die ungarische Familienbeihilfe in Höhe von HUF 144.000,00 zurückgefordert worden.

Die Familie H. würde somit im oben genannten Zeitraum in keinem Mitgliedstaat Familienleistungen erhalten, weil jeder Mitgliedstaat einen jeweils anderen Mitgliedstaat als den zuständigen Staat ansehe.

Da der Bf. seit November 2011 ausschließlich in Österreich eine Erwerbstätigkeit ausübe, seien die Rechtsvorschriften Österreichs als Tätigkeitsstaat im Sinne der VO 883/2004 jedenfalls anwendbar, weshalb der Bf. seit November 2011 Anspruch auf Familienbeihilfe für seine drei Kinder habe.

Auch der Antrag des Bf. auf Gewährung einer Ausgleichszahlung von Jänner bis Dezember 2012 wurde vom Finanzamt abgewiesen. Der Sachverhalt ist ident mit demjenigen, der dem Bescheid ab November 2011 zugrundeliegt. Das Finanzamt hat die gegen den Abweisungsbescheid gerichtete Berufung ohne Erlassung einer

Beschwerdevorentscheidung dem Bundesfinanzgericht vorgelegt. Hierüber ergeht unter der GZ RV/7102778/2014 ein gesonderter Beschluss.

Nach Vorlage richtete das Bundesfinanzgericht folgendes Schreiben an die Abgabenbehörde:

*"Wie aus der Aktenlage ersichtlich ist, war der Bf. in den Streitzeiträumen in Österreich pflichtversichert. Im Vorlagebericht verweist das Finanzamt zwar darauf, dass der Bf. auch für Firmen in Ungarn und in weiteren ausländischen Staaten Geschäftsführertätigkeiten ausübt; dass allerdings auch hier eine Pflichtversicherung vorliegt, ist nicht erkennbar.*

*Da der EuGH bezüglich des Vorliegens einer Beschäftigung stets auf die aufrechte Pflichtversicherung abstellt (sh. zB EuGH 24.2.2005, C 543/03, Dodi und Oberhollenzer), wäre für den Fall, dass nur in Österreich eine Pflichtversicherung vorliegt, ein Familienbeihilfenanspruch des Bf. im Inland gegeben."*

Der Amtspartei gab hierzu folgende Stellungnahme ab:

*"Herr Dr. T- H- war in der Zeit von 23.11.2011 bis 31.12.2013 bei der SVA der gewerblichen Wirtschaft Landesstelle Niederösterreich 1051 Wien, Hartmannng 2B versichert.*

*Laut Angaben des Steuerberaters Mag András Radics wurde Hr H- mit 22.11.2011 von der ungarischen Krankenversicherung abgemeldet.*

*In der ungarischen Steuererklärung 2012, die nur in ungarischer Sprache vorliegt, wurden „wichtige“ Teile vom Steuerberater eigenhändig übersetzt. Es wurden Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit in Höhe von HUF 2.406.240.-, d.s. € 8.181,22 erklärt. Laut vorgelegter Bescheinigung EU/EWR/Certificate and Declaration EU/EEA vom Jahr 2012 vom 28.05.2013 wurden ungarische Einkünfte: Egyéb Joglimer Kapott Jövedelem (Rentals) in Höhe von HUF 2.406.240,- bestätigt.*

*Die in Österreich erklärten Einkünfte aus Gewerbebetrieb betragen € 7.962,02.*

*Im Jahr 2011 wurden in der ungarischen Steuererklärung HUF 4.354.830,-, d.s. € 14.806,42, wiederum als Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit übersetzt.*

*In Österreich wurden Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von € 181,23 erklärt. .*

*Der Ansässigkeitsstaat ist Ungarn. In Österreich wurden nur die von der Firma C. OG erzielten Einkünfte versteuert. Die Firma bestand von 11/11 bis 12/13.*

*In Ungarn wurden höhere „selbständige Einkünfte“ als in Österreich gewerbliche Einkünfte erzielt.*

*Nach der VO wäre ausschließlich Ungarn zur Zahlung von Familienleistungen zuständig. Die Sozialversicherung war in der alten VO 1408/71 anspruchsbegründend, nicht aber in der VO 883/2004.*

*Aus den o.a. Ausführungen wurde der Familienbeihilfenanspruch in Österreich verweigert."*

Über Vorhalt der Stellungnahme des Finanzamtes übermittelte der Bf. folgendes Schreiben:

*"Im Auftrag meines Klienten, ..., darf ich Ihnen in Ergänzung unseres Vorlageantrags wegen Gewährung der Familienbeihilfe an Herrn Dr. H entsprechend Ihres Beschlusses vom 6. Mai 2015 nachfolgende Unterlagen übermitteln bzw. wie folgt Stellung nehmen:*

- Beglaubigte Übersetzung der ungarischen Einkommensteuererklärungen für die Jahre 2011 und 2012*
- Auszug aus dem ungarischen Einkommensteuergesetz, aus dem ersichtlich ist, dass gemäß § 17 Abs. 3 lit ab) die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung unter den Einkünften aus selbständiger Arbeit subsumiert werden*
- Mietverträge der durch Dr. H vermieteten Grundstücke*
- Grundbuchauszüge zu den von Dr. H vermieteten Grundstücken*
- Bestätigte Formulare E 9 für die Jahre 2011 und 2012*

*Es wurden folgende Grundstücke von Dr. H vermietet:*

- Objekt H-108S Budapest, V. ; Eigentumsanteil von Herrn Dr. H beträgt 50%; Mietzins gemäß Mietvertrag HUF 70.000,00/Monat ab April 2011*
- Objekt H-1133 Budapest, W. ; Eigentumsanteil von Herrn Dr. H beträgt 50%; Mietzins gemäß Mietvertrag HUF 65.000,00/Monat ab Mai 2009*
- Objekt H-1066 Budapest, Y. ; Objekt steht im Eigentum der Eltern von Herrn Dr. H, allerdings ist der Mietzins Herrn Dr. H zugeflossen; Mietzins gemäß Mietverträgen (nach der P Kft. folgte die F. Kft als Mieter) HUF 200.000,00/Monat.*

*Beiliegend erhalten Sie im Weiteren Aufstellungen zu den in den Steuererklärungen angesetzten ungarischen Einkünften von Herrn Dr. H für die Jahre 2011 und 2012, welche einerseits zweifelsfrei belegen, dass Herr Dr. H in den Jahren 2011 und 2012 **ausschließlich** Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in Ungarn hatte, andererseits den durch das ungarische Finanzamt mit Formular E 9 bestätigten Einkünften im Jahre 2011 und 2012 entsprechen."*

Diese Angaben werden durch die Beilagen bestätigt.

Zu einer etwaigen Sozialversicherungspflicht der ungarischen Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (die in Ungarn als Einkünfte aus selbständiger Arbeit qualifiziert werden) nahm der steuerliche Vertreter wie folgt Stellung:

*"Die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung werden gemäß dem ungarischen Einkommensteuergesetz (ungarisch: 1995. évi CXVII. törvény a személyi jövedelemadóról) steuerrechtlich unter den Einkünften aus selbständiger Arbeit subsumiert.*

*Gemäß dem ungarischen Sozialversicherungsgesetz (ungarisch: 1997. évi LXXX. törvény a társadalombiztosítás ellátásaira és a magánnyugdíjra jogosultakról, valamint e*

szolgáltatások fedezetéről) sind die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung explizit weder aus der Bemessungsgrundlage herausgenommen noch als der Sozialversicherung unterliegend genannt.

Bis vor einigen Jahren waren die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung steuerlich nicht unter den Einkünften aus selbständiger Arbeit subsumiert, d.h. diese wurden nicht unter dem Gesamtbetrag der Einkünfte erfasst, sondern mussten als gesondert zu besteuernde Einkünfte (ungarisch: külön adózó jövedelem) erklärt werden, weshalb diese Einkünfte überhaupt keinen Bezug zum Sozialversicherungsgesetz hatten und somit keine Beitragspflicht nach dem Wortlaut des Gesetzes entstanden ist.

Mit Änderung des Einkommensteuergesetz wurde das Sozialversicherungsgesetz nicht unmittelbar geändert, das zwar in die Bemessungsgrundlage die steuerlichen Einkünfte aus selbständiger Arbeit - zu denen auch die Vermietung und Verpachtung mittlerweile dazugehört – zuordnet, allerdings als Grundprinzip fordert, dass eine wirtschaftliche/gewerbliche Erwerbstätigkeit ausgeübt werden muss, um überhaupt nach den ungarischen Sozialversicherungsgesetz steuerbare Einkünfte zu erzielen.

Da die Vermietung und Verpachtung von Grundstücken nach dem ungarischen Sozialversicherungsgesetz auch nach erfolgter Gesetzesänderung weiterhin keine steuerbaren Einkünfte darstellen, unterliegen sie auch weiterhin nicht der Pflichtversicherung in Ungarn.

In Ungarn existiert allerdings ein Gesetz zur Leistung eines Gesundheitsbeitrags (ungarisch: 1998. évi LXVI. törvény az egészségügyi hozzájárulásról), dessen wesentliche Elemente folgende Punkte sind:

- o Es handelt sich gemäß § 1 Abs. 2 bzw. § 10 Abs. 2 und Abs. 3 dieses Gesetzes um eine Abgabe, die von der ungarischen Finanzbehörde eingehoben wird. Aus diesem Grund wird die Leistung dieses Beitrags – der eben nur dann eingehoben wird, wenn keine Sozialversicherungspflicht vorliegt – nicht den unionsrechtlichen Vorschriften der sozialen Sicherheit unterliegend angesehen.

- o Gemäß § 3 Abs. 5 lit. a) dieses Gesetzes sind Einkünfte von diesem Gesundheitsbeitrag befreit, sofern sie dem Sozialversicherungsgesetz unterliegen.

- o Dieser Gesundheitsbeitrag ist wohl als etwaiger abzugsfähiger Beitrag in einem Ihrer früheren Fällen genannt worden und hat zur Verunsicherung hinsichtlich einer bei Dr. H vorliegenden etwaigen Teilversicherung in Ungarn geführt. Da dieser Beitrag als Abgabe zu behandeln ist, wäre er bei Umrechnung nach österreichischem Steuerrecht als Werbungskosten aus meiner Sicht nicht abzugsfähig.

Beiliegend erhalten Sie eine von der ungarischen Finanzbehörde im Zusammenhang mit der Besteuerung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung für 2015 herausgegebene amtliche Informationsbroschüre, welche die in den vorigen Punkten angeführte Informationen auf Seite 6. im Absatz 3. in einem Satz wie folgt zusammenfasst:

Az ingatlan bérbeadásából származó jövedelem után biztosítási kötelezettséggel járó jogviszony hiányában nincs járulékfizetési kötelezettség és szociális hozzájárulási adónak

*sem alapja az ingatlan bérbeadásából származó jövedelem, ezért az e tevékenységből származó jövedelemmel összefüggésben 14 százalékos mértékű egészségügyi hozzájárulás terheli a magánszemélyt.*

*Übersetzung von diesem Satz: Da die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in Ermangelung eines sozialversicherungsrechtlichen Verhältnisses (angemerkt: keine Pflichtversicherung in Ungarn) zu keiner Beitragsleistung führen, sind für diese Einkünfte ein 14%-iger Gesundheitsbeitrag von der natürlichen Person zu bezahlen.*

*Bei Dr. H liegt somit aufgrund seiner Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in Ungarn keine Pflichtversicherung in Ungarn vor..."*

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

#### **Rechtsgrundlagen**

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG 1967) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder. § 3 FLAG 1967 legt zusätzliche Voraussetzungen für Personen und für Kinder fest, die nicht österreichische Staatsbürger sind.

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

Gemäß Art. 11 Abs. 1 der für den Streitzeitraum anzuwendenden Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABIEU Nr. L 166 vom 30. April 2004, in der Fassung der Berichtigung ABIEU Nr. L 200 vom 7. Juni 2004, (im Folgenden: VO) unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Gemäß Art. 11 Abs. 2 der VO gilt vorbehaltlich hier nicht interessierender Ausnahmen, dass eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats unterliegt.

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

Art. 68 der VO lautet:

*"Artikel 68*

### *Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen*

*(1) Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten folgende Prioritätsregeln:*

*a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge:*

*an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbständige 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 selbständige 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: .....*

*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) ....."*

### **Folgender Sachverhalt ergibt sich aus der Aktenlage und wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:**

Der Bf., seine Gattin und die drei Kinder sind ungarische Staatsbürger und haben ihren Familienwohnsitz in Ungarn. Unbestritten ist, dass der Bf. im Streitzeitraum an einer österreichischen OG beteiligt war und seine Einkünfte der österreichischen Sozialversicherung unterlegen sind. Unbestritten ist daher auch, dass er der VO (EG) Nr. 883/2004 unterlegen ist. Strittig ist allerdings, ob er mit anderen Tätigkeiten in anderen Mitgliedsstaaten der EU ebenfalls sozialversicherungspflichtig ist.

Laut einer im Akt aufliegenden E-Mail der steuerlichen Vertretung der Firma P GmbH erhält der Bf. in Deutschland kein Gehalt von der Fa. P GmbH und liegt kein

Beschäftigungsverhältnis vor. Aus rein deutscher Sicht wäre ein Beschäftigungsverhältnis bei der P GmbH nicht sozialversicherungspflichtig.

In freier Würdigung der vorliegenden Beweise ist aufgrund der glaubwürdigen Bestätigung davon auszugehen, dass in Deutschland keine Sozialversicherungspflicht bestanden hat.

Als erwiesen ist aufgrund der gesamten Aktenlage weiters anzunehmen, dass der Bf. in Ungarn Einkünfte aus der Vermietung von Immobilien bezieht, die in Ungarn als Einkünfte aus selbständiger Arbeit gelten. Eine selbständige Tätigkeit im Sinn des österreichischen Steuerrechts hat er nicht ausgeübt.

Strittig ist nunmehr, ob diese Einkünfte der ungarischen Sozialversicherungspflicht unterliegen. Wie aus den glaubwürdigen Angaben des steuerlichen Vertreters des Bf. ersichtlich ist, ist dies nicht der Fall. Die Einkünfte unterliegen zwar einem sog. "Gesundheitsbeitrag", bei dem es sich allerdings nicht um Sozialversicherungsbeiträge oder solchen vergleichbare Beträge handelt, sondern um eine Art von Steuer.

Auch aus verschiedenen Internetseiten ist diese Qualifikation des "Gesundheitsbeitrages" abzuleiten (sh. zB [https://www.pwc.com/en\\_AT/at/newsletter/cee-spotlight/ungarn/pwc\\_cee\\_hu\\_newsletter\\_2006\\_210\\_ger.pdf](https://www.pwc.com/en_AT/at/newsletter/cee-spotlight/ungarn/pwc_cee_hu_newsletter_2006_210_ger.pdf): Gesundheitsbeitrag (Wirkung gleich einer Steuer).

#### **Rechtlich folgt daraus:**

Aus einem Leitsatz des Urteiles des EuGH 24.2.2005, C 543/03, Dodi und Oberhollenzer, ist zu entnehmen:

*"Eine Person besitzt die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71, wenn sie auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines der in Artikel 1 Buchstabe a dieser Verordnung genannten allgemeinen oder besonderen Systeme der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. Es ist Sache des nationalen Gerichts, die notwendigen Prüfungen vorzunehmen, um festzustellen, ob die Berechtigten einem Zweig des Systems der sozialen Sicherheit angehören und damit unter den Begriff „Arbeitnehmer“ im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a dieser Verordnung fallen."*

Dem Finanzamt ist dem Grunde nach Recht zu geben, dass dieses Urteil zur alten VO (EWG) Nr. 1408/71 ergangen ist. Aber auch im Anwendungsbereich der VO (EG) Nr. 884/2003 ist es naheliegend, an eine Versicherungspflicht anzuknüpfen, da hier von "Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit" die Rede ist.

Nichts anderes kann im Beschwerdefall aber dann gelten, zieht man die Definition des Art. 1 Buchstabe a der VO heran, derzufolge als Beschäftigung jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation anzusehen ist, 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. Auch hier ist Österreich der einzige Staat, in dem der Bf. eine Beschäftigung iS dieser Bestimmung ausgeübt hat. Dass eine "gleichgestellte Situation" vorliegen soll, ist nicht erkennbar.

## **Zulässigkeit einer Revision**

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall vor, da zur Frage, ob durch die Definition "Beschäftigung" in Art. 1 Buchstabe a der VO (EG) Nr. 883/2004 eine inhaltliche Abweichung zum Arbeitnehmerbegriff der VO (EWG) Nr. 1408/71 eingetreten ist, noch keine höchstgerichtliche Judikatur vorliegt.

Wien, am 12. Oktober 2015