

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin IBV in der Beschwerdesache Bf, abc, Ungarn, über die Beschwerde vom 21.08.2014 gegen den Abweisungsbescheid des Finanzamtes vom 22.07.2014 betreffend Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung für die Kinder A, B und C zu Recht erkannt:

1) Der Beschwerde wird hinsichtlich der Monate **04/2012 bis 12/2012** und **01/2013 bis 12/2013** gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird hinsichtlich der Monate **04/2012 bis 12/2012** und **01/2013 bis 12/2013** – ersatzlos – aufgehoben.

2) Die Beschwerde wird hinsichtlich der Monate **01/2010 bis 12/2011** gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

3) Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

Mit sechs Formularen Beih 38 beantragte der Beschwerdeführer (Bf) Differenzzahlungen für die Kinder AA, BB und CC jeweils für den Zeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2010, für den Zeitraum 01.01.2011 bis 31.12.2011 und für den Zeitraum 01.01.2012 bis 31.03.2012.

Am 22.07.2014 erließ das Finanzamt einen Abweisungsbescheid betreffend Ausgleichszahlungen für die Kinder AA, BB und CC jeweils für die Monate 01/2010 bis 12/2013. Begründend wurde ua. ausgeführt, dass Anspruch auf Familienbeihilfe grundsätzlich nur für die Dauer einer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit im Inland oder bei Bezug einer Geldleistung infolge dieser Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit bestehe. Kein Anspruch bestehe jedoch, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen verstoße. Tätigkeiten, die sich als völlig unwesentlich darstellten, würden außer Betracht bleiben. Für Staatsangehörige bestimmter EU/EWR-Staaten (Polen, Slowenien, Ungarn, Litauen, Slowakei, Tschechien, Estland, Lettland bis Mai 2011, Bulgarien und Rumänien voraussichtlich bis inkl. 2013) würden die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes weitergelten. Der Bf hätte innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien

Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt. Stünden solche Staatsangehörige unter Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes in Österreich in einem Arbeitsverhältnis, könne nicht vom Vorliegen einer Beschäftigung im Sinne der genannten EU-Verordnung ausgegangen werden. In einem solchen Fall sei daher der Anspruch auf die österreichischen Familienleistungen für diese Person ausgeschlossen.

Gegen diesen Abweisungsbescheid legte der Bf mit nachstehender Begründung Beschwerde ein:

Der Anspruch bestehe nur dann nicht, wenn die Erwerbstätigkeit gegen die einschlägigen Rechtsvorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstoße, wobei die selbständige Erwerbstätigkeit bei der steuerlichen Beurteilung einem Arbeitsverhältnis gleichzustellen sei, wenn die formalen und objektiven Umstände den Voraussetzungen entsprächen. Seit 13.03.2006 sei der Bf als Einzelunternehmer tätig gewesen. Sein Gewerbe habe zum 09.03.2012 geendet. Während des Bestehens seines Gewerbes habe er Sozialversicherungsbeiträge bezahlt und tatsächlich Arbeit ausgeführt, der Betrieb seines Gewerbes habe formell und objektiv den einschlägigen Rechtsvorschriften entsprochen. Um das Bestehen seines Gewerbes und seiner selbständigen Erwerbstätigkeit zu untermauern, lege er auch den Gewerbeschein und den Nachweis über Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge (bis zum Ende des Gewerbes seien sämtliche Sozialversicherungsbeiträge gezahlt worden) vor. Es seien daher alle Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe gegeben.

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 19.01.2015 wurde der Beschwerde teilweise stattgegeben und der angefochtene Bescheid aufgehoben und dazu im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Zunächst sei festzustellen, dass der Bf für den Zeitraum 2006 bis einschließlich 2009 Familienbeihilfe bezogen habe. Seit 2008. In Österreich habe der Bf weder einen Wohnsitz noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt.

Die Verordnung (EG) 883/2004 sei auf seinen Fall anzuwenden. Gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. a dieser Verordnung unterliege eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübe, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaates. Gemäß Art. 1 lit. a und b gelte als „Beschäftigung“ und „selbständige Erwerbstätigkeit“ jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaates, in dem die Tätigkeit ausgeübt werde oder die gleichgestellte Situation vorliege, als solche gelte. Voraussetzung sei die tatsächliche Ausübung einer rechtmäßigen, erlaubten Tätigkeit gegen Arbeitsentgelt. Zu den Beschäftigungen würden auch geringfügige Beschäftigungen gehören. Erforderlich sei aber, dass eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausgeübt werde, wobei Tätigkeiten außer Betracht blieben, die einen so geringen Umfang hätten, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellten (vgl. EuGH vom 26.02.1992, C-357/89, Rs Raulin). Hiervon könne zB ausgegangen werden, wenn eine Beschäftigung nicht regelmäßig, sondern nur sporadisch ausgeübt werde. Bei einer Beschäftigung unter

der Geringfügigkeitsgrenze sei daher eine Einzelfallprüfung vorzunehmen. Dazu seien die Dauer, die Nachhaltigkeit/Qualität und die Regelmäßigkeit der Tätigkeit, die Höhe des Arbeitsentgeltes, die Anzahl der wöchentlichen Arbeitszeit und die Dauer des Arbeitsvertrages heranzuziehen.

Im Jahr 2010 habe der Bf weder eine selbständige noch eine unselbständige Tätigkeit ausgeübt. Auch sei er im Jahr 2010 nicht bei der Sozialversicherung angemeldet gewesen und habe auch keine Sozialversicherungsbeiträge bezahlt. In der Beschwerde habe er keinen Nachweis vorgelegt, wonach er im Jahr 2010 eine selbständige Erwerbstätigkeit oder eine Beschäftigung ausgeübt hätte. Die Voraussetzungen seien daher für den Zeitraum 2010 nicht erfüllt. Der Bf unterliege daher für diesen Zeitraum nicht den österreichischen Rechtsvorschriften und es sei die Beschwerde diesbezüglich daher abzuweisen.

Im Jahr 2011 habe der Bf im August 3 Tage (27. - 30.), im September 3 Tage (16., 17., 22.) und im Oktober 5 Tage (4., 5., 14., 17., 19.) eine Beschäftigung ausgeübt.

Wie bereits ausgeführt, würden Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang hätten, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellten. Bei der Tätigkeit des Bf im Zeitraum 2011 gehe die Abgabenbehörde davon aus, dass aufgrund der Kriterien der Dauer, der Nachhaltigkeit, der Regelmäßigkeit als auch der Höhe des Arbeitsentgeltes eine völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit vorliege. Der Bf unterliege für diesen Zeitraum daher nicht den österreichischen Rechtsvorschriften und die Beschwerde sei daher diesbezüglich abzuweisen.

Im Zeitraum 2012 sei der Bf ausschließlich von 07. bis 28.09.2012 als Arbeiter beschäftigt gewesen. Für den Monat September 2012 sei der Beschwerde daher stattzugeben. Da der Bf von Jänner bis August sowie von Oktober bis Dezember 2012 keine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt habe, unterliege er für diese Zeiträume nicht den österreichischen Rechtsvorschriften und sei diesbezüglich die Beschwerde abzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 19.02.2015 beantragte der Bf die Vorlage der Beschwerde an das Bundesfinanzgericht und wiederholte die Ausführungen aus der Beschwerdeschrift.

Mit Bericht vom 07.08.2015 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht vor und hielt darin ua. noch Folgendes fest:

Es sei zu beachten, dass die Abgabenbehörde irrtümlich von einem unrichtigen Antragszeitraum ausgegangen sei. Im Abweisungsbescheid würden die Zeiträume Jänner 2010 bis Dezember 2013 abgewiesen werden. Tatsächlich liege jedoch ein Antrag lediglich für die Zeiträume Jänner 2010 bis März 2012 vor. Der Spruch des Bescheides wäre daher jedenfalls derart zu ändern, dass sich die Abweisung lediglich auf die Zeiträume Jänner 2010 bis März 2012 beziehe. Gemäß § 10 Abs. 1 FLAG werde die Familienbeihilfe nur auf Antrag gewährt. Insofern sei somit auch die Stattgabe des Monats September 2012 im Zuge der Beschwerdevorentscheidung zu revidieren, da für diesen Zeitraum gar kein Antrag gestellt worden sei. Zudem sei auszuführen, dass

selbst im Fall einer Antragstellung für den Zeitraum September 2012, dieser Monat alleine schon aufgrund Art. 59 VO (EG) 987/2009, wonach für den Fall, in dem sich die anzuwendenden Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeiten für die Gewährung der Familienbeihilfe änderten, der Träger, der die Familienbeihilfe nach den Rechtsvorschriften gezahlt habe, nach denen die Leistungen zu Beginn dieses Monats gewährt worden sei, unabhängig von den in den Rechtsvorschriften dieser Mitgliedstaaten für die Gewährung von Familienleistungen vorgesehenen Zahlungsfristen die Zahlungen bis zum Ende des laufenden Monats fortsetze, abzuweisen wäre. Da die Beschäftigung erst am 07.09. begonnen habe, wäre daher der Zeitraum September 2012 im Zuge der Beschwerdeentscheidung selbst dann nicht stattzugeben gewesen, wenn ein Antrag vorgelegen hätte. Es werde daher beantragt, dieses Versehen im Rahmen der Entscheidung richtig zu stellen und den Spruch des Bescheides so zu ändern, dass lediglich die Zeiträume Jänner 2011 bis März 2012 abgewiesen würden.

Zu den Zeiträumen August 2011 bis Oktober 2011 sei auszuführen, dass in diesen Zeiträumen lediglich an einzelnen Tagen eine Tätigkeit ausgeübt worden sei. In diesem Fall könne aufgrund der Nachhaltigkeit sowie insbesondere der wöchentlichen Arbeitszeit und Regelmäßigkeit in den einzelnen Monatszeiträumen nicht von einer Tätigkeit ausgegangen werden, die mehr als sporadisch ausgeübt werde. Vielmehr sei davon auszugehen, dass eine völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit vorgelegen habe. Österreich sei daher aufgrund der VO (EG) 883/2004 auch in diesen Zeiträumen nicht zuständig gewesen.

Mit Schriftsatz vom 07.08.2015 wurde der Bf von der Vorlage der Beschwerde verständigt und ihm der Vorlagebericht zur Kenntnis gebracht.

In dem an den Bf gerichteten Vorhalt vom 25.09.2017 führte das Bundesfinanzgericht Folgendes aus:

Der Bf habe für die Kalenderjahre 2010, 2011 und 2012 keine Einkommensteuererklärungen in Österreich eingereicht. Im Vorlageantrag vom 21.08.2014 führe der Bf aus, dass er im Rahmen seines Einzelunternehmens tatsächlich Arbeiten ausgeführt habe. Der Bf werde daher eingeladen, Unterlagen bzw. Nachweise über tatsächlich von ihm in den Monaten Jänner 2010 bis einschließlich März 2012 in Österreich ausgeführte Arbeiten vorzulegen, die Höhe der aufgrund dieser tatsächlich durchgeführten Arbeiten erzielten Einkünfte bekannt zu geben und auch die Höhe der Einkünfte durch geeignete Unterlagen nachzuweisen.

In Beantwortung dieses Vorhalts teilte der Bf mit, dass er nur bis 12/2011 als Selbständiger in Österreich gearbeitet habe (ab 13.03.2006 Holzlagerung und –bringung und Hausbesorger und Hausservice). Er habe seinen in Österreich lebenden Buchhalter gefragt, dieser habe gesagt, dass der Bf seine letzte Steuererklärung 2009 gemacht habe. Der Bf könne das Bundesfinanzgericht darüber informieren, dass seine Steuererklärungen für 2010 und 2011 ungefähr die gleiche sei wie die letzte im Jahr 2009. Den Antrag für das

1. Quartal im Jahr 2012 möchte der Bf zurückziehen, in diesem Intervall habe er nicht als Selbständiger in Österreich gearbeitet.

Mit Beschluss vom 08.11.2017, RV/7104080/2015, wurde die Beschwerde aufgrund der Zurücknahme hinsichtlich der Monate 01/2012 bis 03/2012 insoweit für gegenstandslos erklärt.

## **DAZU WIRD ERWOGEN:**

### **1 Sachverhalt:**

Der Bf ist ungarischer Staatsangehöriger und mit der ungarischen Staatsangehörigen D verheiratet. Beide wohnen bzw. wohnten in U F, mno. Sie sind die Eltern von AA, geboren am xyz, BB, geboren am def, und CC, geboren am fgh. Eltern und Kinder lebten in den Jahren 2010 bis 2012 in einem gemeinsamen Haushalt in Ungarn.

CC besuchte von 01.09.2009 bis 31.08.2011 den Kindergarten E in F, daran anschließend die Grundschule. Die beiden anderen Kinder besuchten in den Jahren 2010 bis 2012 in F als Schüler die Grundschule. Sie waren im Streitzeitraum minderjährig.

Die Ehegattin war in der Zeit von 26.08.2011 bis 28.08.2011 als Arbeiterin bei der Fa. L beschäftigt. Weiteren Beschäftigungen ging die Ehegattin in Österreich während des Streitzeitraumes nicht nach. In Ungarn übte sie eine Erwerbstätigkeit aus.

Die Ehegattin hatte im Streitzeitraum Anspruch auf Familienleistungen.

Der Bf hatte in den Jahren 2010 bis 2012 keinen Wohnsitz in Österreich; die Ehegattin war während dieses Zeitraumes ebenfalls nicht als in Österreich wohnhaft gemeldet.

In der Zeit von 13.03.2006 bis 09.03.2012 verfügte der Bf über eine Gewerbeberechtigung betreffend das freie Gewerbe Holzschlägerung und –bringung, ausgestellt von der Bezirkshauptmannschaft M.

Zusätzlich verfügte er in der Zeit von 21.11.2007 bis 27.02.2012 über eine Gewerbeberechtigung betreffend das freie Gewerbe Hausservice, ebenfalls ausgestellt von der Bezirkshauptmannschaft M.

Der Bf war von 01.11.2005 bis 31.12.2011 als gewerblich selbständig Erwerbstätiger bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft gemeldet. Daneben erfolgten in der Zeit von 01/2010 bis 12/2012 folgende Anmeldungen bei der burgenländischen und der niederösterreichischen Gebietskrankenkasse und es wurden folgende steuerpflichtige Bezüge dem Finanzamt bekannt gegeben:

27.08.2011-30.08.2011	Arbeiter	Arbeitgeberin: L	114,55 Euro
16.09.2011-17.09.2011	Geringfügig beschäftigter Arbeiter	Arbeitgeber: K	18,79 Euro
22.09.2011	Geringfügig beschäftigter Arbeiter	Arbeitgeberin: N	20,67 Euro
04.10.2011	Geringfügig beschäftigter Arbeiter	Arbeitgeber: K	04.10.-19.10.: 56,36 Euro
05.10.2011	Geringfügig beschäftigter Arbeiter	Arbeitgeberin: N	05.10.-17.10.: 41,35 Euro

14.10.2011	Geringfügig beschäftigter Arbeiter	Arbeitgeber: K	
17.10.2011	Geringfügig beschäftigter Arbeiter	Arbeitgeberin: N	
19.10.2011	Geringfügig beschäftigter Arbeiter	Arbeitgeber: K	
07.09.2012-28.09.2012	Arbeiter	Arbeitgeberin: L	653,71 Euro

Der Bf erklärte in den Jahren 2010 bis 2012 keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb oder aus Land- und Forstwirtschaft. Für das Kalenderjahr 2009 erklärte er in der Einkommensteuererklärung 2009 Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft in Höhe von 4.182,48 Euro, in der Umsatzsteuererklärung gab er den Gesamtbetrag der Bemessungsgrundlagen für Lieferungen und sonstige Leistungen mit 4.752,82 Euro bekannt.

Nachweise über eine selbständige Erwerbstätigkeit in den Jahren 2010 und 2011 erbrachte der Bf nicht, er verwies diesbezüglich lediglich auf die Einkommensteuererklärung 2009.

Am 21.12.2012 entrichtete der Bf Beitragszahlungen in Höhe von 5.050,-- Euro an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Auch im Jahr 2010 entrichtete er Sozialversicherungsbeiträge.

Für die Monate 04/2012 bis 12/2012 und für das Jahr 2013 wurde keine Differenzzahlung vom Bf beantragt.

Ungarn ist seit 1. Mai 2004 Mitglied der Europäischen Union.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem dem Bundesfinanzgericht elektronisch vorgelegten Akt und den darin enthaltenen Anträgen des Bf, aus den darin enthaltenen Familienstandsbescheinigungen für 2010, 2011 und 2012 vom 06.06.2013 (E 401), dem Formular E 411 vom 18.03.2014, den vom Bf beigelegten Unterlagen, den Ausdrucken aus dem Abgabensinformationssystem des Bundes und dem Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung und dem Zentralen Melderegister. Hinsichtlich der Richtigkeit dieser Unterlagen und der Vollständigkeit der vorgelegten Anträge bestehen keine Bedenken.

## **2 gesetzliche Grundlagen:**

### **2.1 nationales Recht - Verfahrensrecht:**

Nach **§ 2 lit. a Z. 1 BAO** gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, soweit sie hierauf nicht unmittelbar anwendbar sind und nicht anderes bestimmt ist, sinngemäß in Angelegenheiten der von den Abgabenbehörden des Bundes zuzuerkennenden oder rückzufordernden bundesrechtlich geregelten Beihilfen aller Art.

Nach **§ 2a erster Satz BAO** gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sinngemäß im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, soweit sie im Verfahren der belangten Behörde gelten.

Die Abgabenbehörden haben gemäß **§ 115 Abs. 1 BAO** die abgabenrechtlichen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln, die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind.

Die für den Bestand und Umfang einer Abgabepflicht oder für die Erlangung abgabenrechtlicher Begünstigungen bedeutsamen Umstände sind nach **§ 119 Abs. 1 BAO** vom Abgabepflichtigen nach Maßgabe der Abgabenvorschriften offenzulegen. Die Offenlegung muss vollständig und wahrheitsgemäß sein.

Auf Verlangen der Abgabenbehörden haben die Abgabepflichtigen und die diesen im § 140 gleichgestellten Personen in Erfüllung ihrer Offenlegungspflicht (§ 119) gemäß **§ 138 Abs. 1 BAO** zur Beseitigung von Zweifeln den Inhalt ihrer Anbringen zu erläutern und zu ergänzen sowie dessen Richtigkeit zu beweisen. Kann ihnen ein Beweis nach den Umständen nicht zugemutet werden, so genügt die Glaubhaftmachung.

Nach **§ 167 Abs. 2 BAO** hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung des Abgabenvorgangs nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

## **2.2 nationales Recht – FLAG:**

Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, haben nach **§ 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967** Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

**§ 3 FLAG 1967** legt zusätzliche Voraussetzungen für Personen und Kinder fest, die nicht österreichische Staatsbürger sind.

Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten gemäß **§ 4 Abs. 2 FLAG 1967** eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person (§ 5 Abs. 5) Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.

Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach **§ 5 Abs. 3 FLAG 1967** für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach **§ 5 Abs. 4 FLAG 1967** für Kinder, für die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht. Die Gewährung einer Ausgleichszahlung (§ 4 Abs. 2) wird dadurch nicht ausgeschlossen.

Staatsbürger von Vertragspartnern des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, nach **§ 53 Abs. 1 FLAG 1967** in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Die Familienbeihilfe wird nach **§ 10 Abs. 1 erster Halbsatz FLAG 1967** nur auf Antrag gewährt.

Die Familienbeihilfe wird nach **§ 10 Abs. 2 FLAG 1967** vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

## **2.3 Unionsrecht:**

### **2.3.1 VO (EWG) 1408/71:**

„Arbeitnehmer“ oder „Selbständiger“ ist nach **Art. 1 lit. a VO (EWG) 1408/71** jede Person,

i) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige oder einem Sondersystem für Beamte erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist;

ii) die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfasst werden, auf die diese Verordnung anzuwenden ist,

- wenn diese Person aufgrund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Arbeitnehmer oder Selbständiger unterschieden werden kann oder

- wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige errichteten Systems oder eines Systems der Ziffer iii) gegen ein anderes in Anhang I bestimmtes Risiko pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist oder wenn auf sie bei Fehlen eines solchen Systems in dem betreffenden Mitgliedstaat die in Anhang I enthaltene Definition zutrifft;

iii) die gegen mehrere Risiken, die von den unter dieser Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für die gesamte Landbevölkerung nach den Kriterien des Anhangs I geschaffenen einheitlichen Systems der sozialen Sicherheit pflichtversichert ist;

iv) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für Arbeitnehmer, für Selbständige, für alle Einwohner eines Mitgliedstaats oder für bestimmte Gruppen von Einwohnern geschaffenen Systems der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats freiwillig versichert ist,

- wenn sie im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt ist oder eine selbständige Tätigkeit ausübt oder

- wenn sie früher im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige desselben Mitgliedstaats errichteten Systems gegen das gleiche Risiko pflichtversichert war.

"Familienangehöriger" ist nach **Art. 1 lit. f i VO (EWG) 1408/71** jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, oder in den Fällen des Artikels 22, Absatz 1 Buchstabe a) und des Artikels 31 in den Rechtsvorschriften des



Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sie wohnt, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltangehöriger bezeichnet ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Familienangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbständigen oder dem Studierenden in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird. Gestatten es die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates nicht, die Familienangehörigen von den anderen Personen, auf die sie anwendbar sind, zu unterscheiden, so hat der Begriff "Familienangehöriger" die Bedeutung, die ihm in Anhang I gegeben wird.

Diese Verordnung gilt nach **Art. 2 Abs. 1 VO (EWG) 1408/71** für Arbeitnehmer und Selbständige sowie für Studierende, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet des Mitgliedstaats wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

Die Personen, für die diese Verordnung gilt, haben nach **Art. 3 Abs. 1 VO (EWG) 1408/71** die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen.

Diese Verordnung gilt nach **Art. 4 Abs. 1 lit. h VO (EWG) 1408/71** für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die Familienleistungen betreffen.

Vorbehaltlicher der Artikel 14c und 14f unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, nach **Art. 13 Abs. 1 VO (EWG) 1408/71** den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, gilt nach **Art. 13 Abs. 2 VO (EWG) 1408/71** ua Folgendes:

- a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat;
- b) eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt der Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt;

Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat nach **Art. 73 VO (EWG) 1408/71** vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese im Gebiet dieses Staates wohnten.

Sind für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Familienangehörigen

wohnen, Familienleistungen aufgrund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgesehen, so ruht nach **Art. 76 Abs. 1 VO (EWG) 1408/71** der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gegebenenfalls gemäß Artikel 73 bzw. 74 geschuldeten Familienleistungen bis zu dem in den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats vorgesehenen Betrag.

### **2.3.2 VO (EWG) 574/72:**

Nach Art. 10 Abs. 1 lit. a VO 574/72 wird der Anspruch auf Familienleistungen oder – beihilfen, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates geschuldet werden, nach denen der Erwerb des Anspruchs auf diese Leistungen oder Beihilfen nicht von einer Versicherung, Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit abhängig ist, wenn während desselben Zeitraums für dasselbe Familienmitglied Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats oder nach Art. 73, 74, 77 oder 78 der Verordnung geschuldet werden, bis zur Höhe dieser geschuldeten Leistung ausgesetzt.

Wird jedoch nach Art. 10 Abs. 1 lit. b VO 574/72 in dem Fall, in dem Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats oder nach Art. 73 oder 74 der Verordnung geschuldet werden, von der Person, die Anspruch auf die Familienleistungen hat, oder von der Person, an die sie zu zahlen sind, in dem unter Buchstabe a) erstgenannten Mitgliedstaat eine Berufstätigkeit ausgeübt, so wird der Anspruch auf die allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedstaats oder nach den genannten Artikeln geschuldeten Familienleistungen ausgesetzt, und zwar bis zur Höhe der Familienleistungen, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats vorgesehen sind, in dessen Gebiet das Familienmitglied wohnhaft ist. Leistungen, die der Mitgliedstaat zahlt, in dessen Gebiet das Familienmitglied wohnhaft ist, gehen zu Lasten dieses Staates.

### **2.3.3 VO (EG) 883/2004:**

„Beschäftigung“ ist nach **Art. 1 lit a VO (EG) 883/2004** 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;

„selbständige Erwerbstätigkeit“ ist nach **Art. 1 lit. b VO (EG) 883/2004** jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt;

„Familienangehöriger“ ist nach **Art. 1 lit. i i VO (EG) 883/2004** jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird.

Diese Verordnung gilt nach **Art. 2 Abs. 1 VO (EG) 883/2004** für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die

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

Nach **Art. 3 Abs. 1 lit. j VO (EG) 883/2004** umfasst der sachliche Geltungsbereich dieser Verordnung auch Familienleistungen.

Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben nach **Art. 4 VO (EG) 883/2004** Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen nach **Art. 11 Abs. 1 VO (EG) 883/2004** den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind bestimmt sich nach diesem Titel.

Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt nach **Art. 11 Abs. 3 lit a VO (EG) 883/2004** Folgendes:

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

Eine Person hat nach **Art. 67 erster Satz VO (EG) 883/2004** auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

Sind für denselben Zeitraum und für denselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten nach **Art. 68 Abs. 1 VO (EG) 883/2004** 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 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: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass nach diesen Rechtsvorschriften eine

Rente geschuldet wird, und subsidiär gegebenenfalls die längste Dauer der nach widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;  
iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.

### **3 rechtliche Würdigung samt Beweiswürdigung:**

#### **3.1 Antragstellung:**

Gemäß § 10 Abs. 1 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe nur auf Antrag gewährt, gleiches gilt für eine Ausgleichszahlung gemäß § 4 Abs. 4 FLAG 1967. Bei den Verfahren betreffend Familienbeihilfe und Ausgleichszahlung, die gemäß § 4 Abs. 6 FLAG 1967 als Familienbeihilfe gilt, handelt es sich also um zwingend antragsgebundene Verfahren, wobei sich aus § 10 Abs. 2 FLAG 1967 eine monatliche Betrachtungsweise ergibt und das Verfahren für jedes Kind gesondert zu führen ist.

Die Erlassung eines antragsbedürftigen Verwaltungsaktes ohne Vorliegen eines Antrages belastet den Bescheid mit Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der Behörde. Das trifft auch dann zu, wenn die Behörde bei einem antragsbedürftigen Verwaltungsakt über den gestellten Antrag hinausgeht. (vgl. VwGH vom 23.02.2006, 2005/16/0243, VwGH vom 18.02.1972, 1504/71).

Im gegenständlichen Fall erfolgten Antragstellungen für folgende Zeiträume: 01.01.2010 bis 31.12.2010, 01.01.2011 bis 31.12.2011 und 01.01.2012 bis 31.03.2012 und zwar für die Kinder AA, BB und CC. Demgegenüber erließ das Finanzamt am 22.07.2014 einen Abweisungsbescheid für die Monate 01/2010 bis 12/2013 hinsichtlich der drei Kinder des Bf.

Da für die Monate 04/2012 bis 12/2012 und für die Monate 01/2013 bis 12/2013 für keines der Kinder vom Bf ein Antrag gestellt wurde, ist der angefochtene Abweisungsbescheid vom 22.07.2014 betreffend die Monate 04/2012 bis 12/2012 und 01/2013 bis 12/2013 hinsichtlich der Kinder AA, BB und CC wegen Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit des Finanzamtes aufzuheben.

#### **3.2 Familienbeihilfe für den Streitzeitraum 01/2010 bis 12/2011:**

Einleitend ist festzuhalten, dass die Beschwerde betreffend die Monate 01/2012 bis 03/2012 – wie in der Darstellung des Verfahrensgangs ausgeführt - zurückgenommen wurde. Zu beurteilen sind somit tatsächlich die Monate 01/2010 bis 12/2011.

Nach § 115 BAO besteht im Abgabenverfahren grundsätzlich amtswegige Ermittlungspflicht, doch tritt diese insbesondere bei antragsgebundenen Begünstigungen wie bei der Familienbeihilfe, gegenüber der Mitwirkungspflicht des Antragstellers bzw. der Antragstellerin und Begünstigten in den Hintergrund. (VwGH vom 28.10.2014, 2012/13/0116, VwGH vom 17.12.2003, 99/13/0077).

Die Mitwirkungspflicht nach § 138 Abs. 1 BAO betrifft vor allem die Feststellung solcher Verhältnisse, die für die Abgabenbehörde oder das Bundesfinanzgericht nur unter Mithilfe des Abgabepflichtigen bzw. Beschwerdeführers aufklärbar sind, also Umstände, denen der

Abgabepflichtige bzw. Beschwerdeführer hinsichtlich der Beweisführung näher steht als die Abgabenbehörde oder das Bundesfinanzgericht. Es handelt sich um Tatsachen, für die die Behörde keine zweckdienlichen Nachprüfungsmöglichkeit hat, für deren Beweisbarkeit der Abgabepflichtige bzw. der Beschwerdeführer aber vorsorgend wirken kann.( Ritz, BAO<sup>5</sup>, Tz 1 zu § 138, VwGH vom 24.02.2004, 99/14/0247).

Beweisen heißt ein behördliches Urteil über die Gewissheit des Vorliegens einer entscheidungswesentlichen Tatsache herbeiführen. (Ritz, BAO<sup>5</sup>, Tz 4 zu § 138)

Nach dem in § 167 Abs. 2 BAO verankerten Grundsatz der freien Beweiswürdigung hat die Abgabenbehörde und in der Folge das Bundesfinanzgericht sodann unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Die dazu vorzunehmende Beweiswürdigung muss den Denkgesetzen und dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut entsprechen. Die Glaubhaftmachung, die den Nachweis der Wahrscheinlichkeit zum Gegenstand hat, unterliegt ebenso wie die Beweiswürdigung den Regeln der freien Beweiswürdigung. (VwGH vom 23.05.2012, 2011/17/0308, VwGH vom 25.04.2013, 2012/15/0135, VwGH vom 05.04.2011, 2010/16/0168, VwGH vom 28.09.2000, 98/16/0343, VwGH vom 22.12.2011, 2008/15/0164).

Weiters ist auszuführen, dass der Bf (schon) mangels Wohnsitz im Inland (vgl. § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967) und auf Grund des ständigen Aufenthalts der Kinder im Ausland (vgl. § 5 Abs. 3 FLAG 1967) nach rein innerstaatlicher Rechtslage keinen Anspruch auf Familienbeihilfe hat.

Der Bf ist allerdings ungarischer Staatsbürger. Ungarische Staatsbürger sind seit 01.05.2004, dem Beitritt Ungarns zur EU, Unionsbürger. Aus diesem Grund ist der Bf gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 1967 österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Die innerstaatlichen Normen werden zugleich durch die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen überlagert.

### **3.2.1 Anwendbarkeit des Unionsrechtes:**

Die Verordnung 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern mit der Durchführungsverordnung 574/72 war bis Ende April 2010 auf alle Sachverhalte mit Bezug auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) und der Schweizerischen Eidgenossenschaften anzuwenden. Ab Mai 2010 gilt die Verordnung (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit mit der Durchführungsverordnung (EG) 987/2009 für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union. (vgl. Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz 19 und 20 zu § 53)

Diese Verordnungen sind anwendbar, wenn ein Sachverhalt vorliegt, der zwei oder mehr Mitgliedstaaten berührt. Der typische Anwendungsfall ist der eines Unionsbürgers, der in

einem Mitgliedstaat (Beschäftigungsland) als Arbeitnehmer oder Selbständiger beschäftigt ist, während seine Familie weiterhin in einem anderen Mitgliedstaat (Wohnsitzland) lebt. (Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz 39 und 40 zu § 53).

Da der Bf ungarischer Staatsbürger ist, sind die unionsrechtlichen Bestimmungen zu beachten.

Im gegenständlichen Fall beantragt der Bf als ungarischer Staatsbürger konkret Differenzzahlungen im Sinne der beiden Verordnungen für seine Kinder AA, BB und CC für den Zeitraum 01/2010 bis 12/2011, da der Bf, seine Ehegattin und die Kinder ihren Familienwohnsitz zwar in Ungarn hatten bzw. haben, aber der Bf im Streitzeitraum in Österreich über eine Gewerbeberechtigung verfügte und bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft gemeldet war.

Es wird somit vom Bf ein Sachverhalt dargestellt, der sowohl Ungarn als auch Österreich als Mitgliedstaaten der Europäischen Union betrifft, sodass neben dem jeweiligen innerstaatlichen Recht auch die VO 1408/71 für die Monate 01/2010 bis 04/2010 und die VO 883/2004 für die Monate 05/2010 bis 12/2011 zu beachten sind. Dazu wird konkret Folgendes ausgeführt:

### **3.2.2 sachlicher Anwendungsbereich:**

Die vom Bf beantragte Familienbeihilfe (Differenzleistung) ist unter die Familienleistungen im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. h VO 1408/71 und des Art. 3 Abs. 1 lit. j VO 883/2004 zu subsumieren, daher sind diese Verordnungen im gegenständlichen Fall sachlich anwendbar.

### **3.2.3 persönlicher Anwendungsbereich:**

Die VO 1408/71 bestimmt in ihrem Art. 2 Abs. 1, dass sie für Arbeitnehmer und Selbständige, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für deren Familienangehörige gilt. Die Begriffe „Arbeitnehmer“ und „Selbständige“ sind in Art. 1 lit. a der VO 1408/71 definiert. Sie bezeichnen jede Person, die im Rahmen eines der in Art. 1 lit. a dieser VO genannten allgemeinen oder besonderen Systeme der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses oder einer selbständigen Erwerbstätigkeit. (Vgl. EuGH vom 07.06.2005, C-543/03, Dodl und Oberhollenzer).

Mit Art. 2 VO 883/2004 wurde deren Anwendungsbereich ausgeweitet. Eine Einschränkung des Anwendungsbereiches gegenüber der VO 1408/71 war nicht beabsichtigt.

Im Hinblick darauf, dass der Bf während des gesamten Streitzeitraumes bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft gemeldet war, fallen der Bf und seine Angehörigen jedenfalls unter den Anwendungsbereich der genannten Verordnungen. (Vgl. auch VwGH vom 22.02.2012, 2011/16/0236)

### **3.2.4 Prinzip der Zuständigkeit nur eines Mitgliedstaates - Beschäftigungslandprinzip:**

Nach dem Unionsrecht unterliegen Personen, für die die Verordnungen gelten, immer nur den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates (Art. 13 Abs. 1 VO 1408/71, Art. 11 Abs. 1 VO 883/2004). In der Regel sind dies gemäß Art. 73 iVm Art. 13 Abs. 2 VO 1408/71 bzw. gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. a VO 883/2004 die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaates, also jenes Staates, in welchem eine selbständige oder nichtselbständige Tätigkeit ausgeübt wird, und zwar auch dann, wenn die Person im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnt.

### **3.2.5 Beschäftigung - selbständige (Erwerbs-)Tätigkeit:**

Zu klären ist im gegenständlichen Fall, ob der in Ungarn wohnende Bf in den Monaten 01/2010 bis 12/2011 eine Beschäftigung und/oder selbständige (Erwerbs-)Tätigkeit im Sinne des Art. 13 Abs. 2 lit. b VO 1408/71 bzw. des Art. 11 Abs. 3 lit. a VO 883/2004 in Österreich ausübte und damit den österreichischen Rechtsvorschriften unterlag.

Grundsätzlich kommt der Unterscheidung zwischen "Beschäftigung" einerseits und "selbständige (Erwerbs-)Tätigkeit" andererseits für den Bereich der Familienleistungen keine entscheidende Bedeutung zu. (Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz 109 zu § 53).

Zur Klärung der Frage, wann eine Beschäftigung und/oder eine selbständige (Erwerbs-)Tätigkeit vorliegen, können zunächst der Beschluss 207 der Verwaltungskommission der Europäischen Gemeinschaft für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer vom 07.04.2006 und der Beschluss F1 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der Sozialen Sicherheit vom 12.06.2009 herangezogen werden.

Nach dem erstgenannten Beschluss ist bei Anwendung des Art. 10 Abs. 1 VO 574/72 der Passus „Wird ... eine Berufstätigkeit ausgeübt“ als tatsächliche Ausübung einer Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbständiger zu verstehen.

Nach dem zweitgenannten Beschluss gelten für die Zwecke des Artikels 68 der VO 883/2004 Ansprüche auf Familienleistungen insbesondere dann als durch eine Beschäftigung oder eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgelöst, wenn sie aufgrund einer tatsächlichen Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit erworben wurden.

Um eine Erwerbstätigkeit als selbständige (Erwerbs-)Tätigkeit oder Beschäftigung anerkennen zu können, ist es daher jedenfalls erforderlich, dass eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausgeübt wird, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Davon kann zB ausgegangen werden, wenn eine Tätigkeit nicht regelmäßig, sondern nur sporadisch ausgeübt wird. Bloße Gelegenheits- oder Gefälligkeitsarbeiten fallen daher nicht unter den Begriff „selbständige Erwerbstätigkeit“ oder den Begriff der „Beschäftigung“. (Vgl. BFG vom 02.07.2015, RV/7101979/2013, EuGH vom 26.02.1992, C-357/89, Raulin, EuGH vom 10.09.2014, C-270/13, Haralambidis).

Für den Begriff der „selbständigen Erwerbstätigkeit“ wird in Art. 1 lit. b VO 883/2004 auf die nationalen Rechtsvorschriften abgestellt. Selbständig erwerbstätig sind demnach ua. alle Personen, die eine selbständige Tätigkeit in der Land- und Forstwirtschaft oder als Gewerbetreibender ausüben. Auch im Anwendungsbereich der VO 1408/71 wurde der Inhalt des Begriffs "selbständige Tätigkeit" durch die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bestimmt, in deren Hoheitsgebiet die selbständige Tätigkeit ausgeübt wurde. (Vgl. Adelheid Stöger, Unionsrechtliche Aspekte des Anspruchs auf Familienbeihilfe, S 35, EuGH vom 27.09.2012, C-137/11).

Bei selbständigen (Erwerbs-)Tätigkeiten, bei denen die Frage auftaucht, ob die Tätigkeit als völlig untergeordnet und unwesentlich anzusehen ist, ist jedenfalls die Dauer, die Nachhaltigkeit/Qualität und die Regelmäßigkeit der Tätigkeit, die Höhe des Gewinns bzw. der Einnahmen und die Anzahl der wöchentlichen Arbeitszeit zur Beantwortung dieser Frage heranzuziehen.

Zu den Beschäftigungen gehören auch geringfügige Beschäftigungen. Bei einer Beschäftigung unter der Geringfügigkeitsgrenze ist allerdings ebenfalls eine Prüfung im Einzelfall durchzuführen, bei der ua. die Dauer, die Nachhaltigkeit/Qualität, die Regelmäßigkeit und die Höhe der Arbeitsentgelte zu beurteilen ist.

Wie der Sachverhaltsdarstellung unter Pkt. 1 zu entnehmen ist, erklärte der Bf in den Jahren 2010, 2011 und 2012 keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb oder (möglicherweise ebenfalls in Betracht kommende) Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, somit keine Einkünfte aus einer selbständigen (Erwerbs-)Tätigkeit. Dementsprechend hielt das Finanzamt in der Beschwerdeentscheidung fest, dass der Bf im Jahr 2010 keine selbständige (Erwerbs-)Tätigkeit ausgeübt habe, und betonte auch, dass er keine Nachweise vorgelegt habe, wonach er im Jahr 2010 eine selbständige (Erwerbs-)Tätigkeit ausgeübt hätte.

In Reaktion auf diese Ausführungen des Finanzamtes legte der Bf trotz Hinweis des Finanzamtes auf fehlende Nachweise über ausgeübte Tätigkeiten mit dem Vorlageantrag lediglich den Gewerbeschein und den Nachweis über Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft vor. Der Bf erwähnt im Vorlageantrag (wie in der Beschwerde) zwar, dass er tatsächlich Arbeit ausführte, doch blieb er einen Nachweis dafür schuldig.

Das Bundesfinanzgericht forderte den Bf sodann im Vorhalt vom 25.09.2017 ausdrücklich zur Vorlage von Unterlagen und Nachweisen über tatsächlich in den Monaten 01/2010 bis einschließlich 03/2012 in Österreich ausgeführte Arbeiten auf. In Beantwortung dieses Vorhalts legte der Bf abermals keine diesbezüglichen Unterlagen bzw. Nachweise vor, der Bf beschränkte sich vielmehr auf einen Verweis auf die für das Jahr 2009 eingebrachten Erklärungen.

Ein Verweis auf die Steuererklärungen, die das Jahr 2009 betreffen, kann nicht das Vorliegen einer tatsächlichen selbständigen (Erwerbs-)Tätigkeit in den Jahren 2010 und 2011 bzw. in den Monaten 01/2010 bis 12/2011 beweisen. Diese Steuerklärungen können



keine Gewissheit über die in den nachfolgenden Jahren 2010 und 2011 bzw. in den nachfolgenden Monaten 01/2010 bis 12/2011 verwirklichten Sachverhalte bieten.

Diese das Jahr 2009 betreffenden Steuererklärungen können auch nicht der Glaubhaftmachung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes im Streitzeitraum dienen. Entscheidungsrelevant ist im gegenständlichen Fall die Frage, ob der Bf in den Jahren 2010 und 2011 bzw. den Monaten 01/2010 bis 12/2011 tatsächlich selbständig (erwerbs-)tätig wurde und wenn ja, in welchem Umfang dies geschah.

Der Bf legte - trotz der dargestellten Ausführungen in der Beschwerdeentscheidung und der konkreten Aufforderung des Bundesfinanzgerichts Unterlagen bzw. Nachweise vorzulegen - keine einzige Unterlage, die auf eine tatsächliche selbständige Tätigkeit während der Jahre 2010 und 2011 bzw. während der Monate 01/2010 bis 12/2011 in Österreich hinweisen würde, vor. Dies obwohl er aufgrund der zeitlich gegliederten Begründung der Beschwerdeentscheidung auch erkennen hat müssen, dass Nachweise bzw. Unterlagen für den jeweils zu beurteilenden Zeitraum vorzulegen sind, und dies obwohl das Bundesfinanzgericht ausdrücklich Nachweise für die in den Monaten 01/2010 bis 03/2012 ausgeführten Arbeiten anforderte.

Das selbständige Tätigwerden in vergangenen Zeiträumen lässt es nicht wahrscheinlich erscheinen, dass dies auch in den zu beurteilenden Zeiträumen geschah, da die Annahme und Durchführung von Aufträgen bzw. das selbständige Tätigwerden an sich und die (vorübergehende) Beendigung der selbständigen Tätigkeit in der völlig freien und alleinigen Entscheidung des selbständig (Erwerbs-)Tätigen liegt, die er jederzeit treffen und wieder ändern kann. Diese Aussage gilt umso mehr, wenn – wie im gegenständlichen Fall - der Umfang der bisherigen Tätigkeit schon eher gering gewesen sein muss; der Bf erklärte im Jahr 2009 lediglich Umsätze in Höhe von 4.752,82 Euro bzw. Einkünfte in Höhe 4.182,48 Euro aus einem Tätigwerden in der Branche Forstwirtschaft.

Auch wenn der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 27.09.2012, 2012/16/0066, Unterbrechungen der selbständigen Erwerbstätigkeit von etwa zweieinhalb Monaten nicht unbedingt als schädlich ansieht, so gibt es im gegenständlichen Fall überhaupt keinen Hinweis darauf, dass der Bf in den Monaten 01/2010 bis 12/2012 überhaupt (noch) tätig geworden ist und in welcher der Branchen, in denen er ein Gewerbe angemeldet hatte (Forstwirtschaft oder Hausbesorgung).

Dem Bf ist durch die Vorlage der Steuererklärungen 2009 somit auch eine Glaubhaftmachung einer in den Monaten 01/2010 bis 12/2011 (noch) tatsächlich und konkret ausgeübten selbständigen (Erwerbs-)Tätigkeit nicht gelungen. Der Bf hat dem Bundesfinanzgericht keinerlei Anhaltspunkte für eine in den Monaten 01/2010 bis 12/2012 erfolgte tatsächliche selbständige (Erwerbs-)Tätigkeit geboten.

Es ist daher in freier Beweiswürdigung davon auszugehen ist, dass der Bf in den Monaten 01/2010 bis 12/2011 tatsächlich nicht in Österreich selbständig (erwerbs-)tätig war und dementsprechend keine Einkünfte aus einer selbständigen (Erwerbs-)Tätigkeit erzielte.

In den Monaten 01/2010 bis 08/2011 und 11/2011 bis 12/2011 bezog er auch keine Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bzw. keine Einkünfte aus einer Beschäftigung, in den Monaten 08/2011 bis 10/2011 bezog er Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bzw. Einkünfte aus einer Beschäftigung und zwar an vier Tagen im Monat 08/2011, an drei Tagen im Monat 09/2011 und an fünf Tagen im Monat 10/2011. Auch in den Monaten 01/2012 bis 08/2012 bezog er keine Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bzw. einer Beschäftigung.

Die Anzahl und die zeitliche Lagerung der Tage der Beschäftigung des Bf zeigt bei einer Zusammenschau der zu prüfenden Monate 01/2010 bis 12/2011 und darüberhinaus der Monate 01/2012 bis 12/2012, dass im gegenständlichen Fall keinesfalls eine regelmäßige und dauerhafte Beschäftigung in Österreich vorlag. So übte der Bf jedenfalls in den Monaten 01/2010 bis 08/2011 – also vor der Ausübung der gegenständlichen Tätigkeiten – keine nichtselbständige Tätigkeit bzw. Beschäftigung aus und in den Monaten 11/2011 bis 08/2012 – somit nach der Ausübung der gegenständlichen Tätigkeit – ebenfalls keine nichtselbständige Tätigkeit aus. Es kann daher im gegenständlichen Fall nur von einer sporadisch ausgeübten bzw. gelegentlichen nichtselbständigen Tätigkeit mit einem so geringen Umfang, dass sie als völlig untergeordnet und unwesentlich angesehen werden muss, ausgegangen werden.

Das Bundesfinanzgericht gelangt somit zu der Überzeugung, dass der Bf in Österreich in den Monaten 01/2010 bis 12/2011 weder einer selbständigen (Erwerbs-)Tätigkeit noch einer Beschäftigung im Sinne der VO 1408/71 und der VO 883/2004 nachgegangen ist. Österreich war somit während dieser Zeit nicht Beschäftigungsland. Dementsprechend unterlag der Bf im Streitzeitraum nicht den österreichischen Rechtsvorschriften. Somit hat der Bf in den Monaten 01/2010 bis 12/2011 auch keinen Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Gewährung einer Differenz- oder Ausgleichszahlung.

Die Beschwerde ist daher hinsichtlich der Monate 01/2010 bis 12/2011 als unbegründet abzuweisen.

#### **4 Revision:**

Gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ist nach § 133 Abs. 4 erster Satz B-VG 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.

Die Revision ist nicht zulässig, weil keine zu lösende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt. Die verfahrensrechtlichen Fragen wurden im Einklang mit der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gelöst. Die materiellrechtlichen Beurteilungen stützen sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union und weichen von dieser nicht ab. Es liegt insoweit eine klare und eindeutige Rechtslage vor. Die Beurteilung von Tatfragen ist einer Revision nicht zugänglich.

Salzburg-Aigen, am 13. November 2017