

BESCHLUSS

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf. gegen die Bescheide des Finanzamtes Neunkirchen Wr. Neustadt vom 17. März 2011, betreffend

1) Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Juli 2008 bis Februar 2011 betreffend die Tochter L.

2) Abweisung eines Antrags auf Gewährung von Familienbeihilfe ab September 2010 betreffend die Kinder P. und T.

beschlossen:

Die angefochtenen Bescheide werden unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde aufgehoben.

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

Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer beantragte am 18. Oktober 2010 die Gewährung von Familienbeihilfe für folgende Stiefkinder:

P. O., geb. 2005

T. O., geb. 2001

Als (gemeinsamen) Wohnsitz gab er S., N-gasse1, und als Arbeitgeber die Fa. F. KFT in Ungarn an. Seine (nunmehrige) Gattin sei im Haushalt tätig.

Für seine leibliche Tochter L. U., geb. am 2002, hat er zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits Familienbeihilfe bezogen.

Über Aufforderung des Finanzamtes übermittelte der Bf. den Scheidungsbeschluss und die Vergleichsaufstellung jeweils vom 10.1.2008 sowie den Ehescheidungsfolgenvergleich. Hieraus ist ersichtlich, dass die Tochter L. überwiegend beim Vater betreut wird und sich der Bf. verpflichtet, die Ehewohnung in S., N-gasse1, bis 31.5.2008 zu räumen und geräumt seiner Ex-Gattin (Kindesmutter von L.) zu übergeben.

Im Akt liegt weiters eine Bestätigung der Fa. F. KFT in Ungarn, in der ausgeführt wird, der Bf. sei seit 1.3.2004 in dem Unternehmen als Kundenbetreuer, Sachbearbeiter für Qualität, Liefertreue, Produktpräzisität und Kundenzufriedenheit für das gesamte österreichische Staatsgebiet zuständig. Im Zuge dieser Tätigkeiten sei er fast ausschließlich, ausgenommen dienstags und freitags zur Organisationsbesprechung, die am Firmensitz stattfinde, in Österreich unterwegs. Darüber hinaus sei er seit 2.11.2010 mit der Aufgabe betraut, in Österreich eine Zweigniederlassung einzurichten.

Ferner ist aus einem mit 2.1.2010 datierten Dienstzettel ersichtlich, dass der Bf. ab 1.1.2010 40 Wochenstunden arbeitet, er hauptsächlich in Österreich tätig sei und bei der NöGKK angemeldet ist (bzw. wird).

Das Finanzamt ersuchte sodann die KIAB mit Schreiben vom Februar 2011 um Überprüfung, ob sich der Bw. und seine Familie an der Adresse in V. ständig aufhalten.

Folgende Feststellungen wurden von der KIAB getroffen:

"Es wurden mehrere Kontrollen in der Wohnung der Familie U. Z., 2630 N-gasse 1 durchgeführt. Am 4.2.2011, 14.00 Uhr und am 5.2.2011, 15.18 Uhr wurde niemand in der Wohnung angetroffen.

Am 17.2.2011 um 6.30 Uhr wurde eine Familie X. (3 Personen) in der Wohnung angetroffen. Von der Familie U. war niemand anwesend.

Herr X. A., geb. 1984, öffnete im Bademantel die Tür. Weiters war in der Wohnung seine Gattin X. Y., geb. 1991, sowie X. W., geb. 2010.

Herr X. gab an, er zahle an Herrn U. Z. € 150,-- Miete inkl. BK. Einen Mietvertrag gibt es keinen...

Über Befragung geben Herr und Frau X. an:

"Herr U. Z. hat in Ungarn... eine Kunststofffirma. In Ungarn.. hat er auch ein Haus. In Ungarn- geht T. in die Schule und P. in den Kindergarten.

Frau U. G. hat in Sopron, T ein Haus. In Sopron geht L. zur Schule. Wenn die Familie U. in V. ist, schlafen die Eltern im Schlafzimmer im Doppelbett, und die drei Kinder im Wohnzimmer auf der Ausziehcouch. Wir schlafen mit unserem Baby im Kinderzimmer.

Die Mutter G. führt L. nach Sopron in die Schule, und der Vater Z. führt T. und P. nach Ungarn- in die Schule bzw. den Kindergarten. Dann kommen sie aber nicht mehr nach V. zurück. Das letzte Mal war das am Montag.

Die Spielsachen befinden sich im Keller.

Wenn Herr U. in V. ist, macht er Büroarbeiten an seinem Laptop. Ein Schreibtisch ist im Wohnzimmer vorhanden. In einem Glasschrank stehen Ordner, diese sind teilweise beschriftet, gehören aber Herrn X.. Es waren keine Unterlagen oder Firmenordner der Firma von U. ersichtlich.

Bei einem Wohnungsrandgang wurden folgende Feststellungen getroffen (siehe Fotos). Im Badezimmer steht ein Zahnpflegebecher mit zwei Zahnbürsten. Fotos gibt es

ausschließlich von der Familie X., insbesondere vom Baby W.. Weiters befinden sich im Wohnzimmer eine Babywiege und ein Hundekorb. Spielsachen, Schuhe und Bekleidung von größeren Kindern waren in keinem der Räume. Im Schlafzimmer wird in einem dreiteiligen Kasten Kleidung von Kindern gezeigt (mittlerer, oberer Teil). In diesem Kasten befinden sich weiters Decken und Polster, diese sind nicht überzogen (linker, oberer Teil)

...

Laut ZMR sind bzw. waren folgende Personen an dieser Adresse gemeldet:

U. Z. vom 29.9.2000 bis 18.6.2008, und ab 14.9.2009 U. C. vom 29.9.2000 bis 9.9.2009 (geschiedene Frau) U. G. vom 14.9.2009 bis laufend U. L. vom 14.9.2009 bis laufend O. T. vom 14.9.2009 bis laufend O. P. vom 14.9.2009 X. A. vom 22.12.2009 bis laufend X Y. 6.9.2010 bis laufend X. W. vom 010 (Geburt) bis laufend

Auf Grund des festgestellten Sachverhaltes ist es nach Meinung der Erhebungsorgane unmöglich, dass in der Wohnung in S., N-gasse1 auch nur zeitweilig die Familie U. gleichzeitig mit der Familie X. dort wohnt. Der Mittelpunkt des Lebensinteresses der Familie U. befindet sich eindeutig in Ungarn."

Unter Zugrundelegung dieser Sachverhaltsfeststellungen forderte das Finanzamt mit Bescheid vom 17. März 2011 die vom Bw. für die Tochter L. für den Zeitraum Juli 2008 bis Februar 2011 bezogenen Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge mit folgender Begründung zurück:

"Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 regelt, welcher Mitgliedstaat für ein und denselben Zeitraum für in und denselben Familienangehörigen vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet ist. Vorrangig muss grundsätzlich jener Mitgliedstaat die Familienleistungen 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 Differenzbetrages (Artikel 76 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Verbindung mit Art. 10 der DVO 574/72). 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 der Ausgleichszahlung berücksichtigen (Artikel 76 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71).

Da Sie ab 7/2008 in Ungarn leben und dort beschäftigt sind, war der obige Betrag rückzufordern."

Betreffend die Kinder P., geb. 2005, und T., geb. 2001, wies das Finanzamt den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ab September 2010 mit Bescheid vom gleichen Tag ab. Die Begründung ist im Wesentlichen ident mit der des Rückforderungsbescheides.

Der Bw. erhob gegen den Rückforderungsbescheid und gegen den Abweisungsbescheid mit Schreiben vom 11 Berufung und führte darin aus, dass er von seiner Firma entsendet sei und verwies auf die beiliegenden Formulare E101. Die Abweisung und die Rückforderung seien nicht gerechtfertigt.

In den von der NÖGKK unterfertigten Formularen (Bescheinigung über die Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit, die auf den/die Inhaber/in anzuwenden sind), die nach deren Text auch als Bestätigung dienen, dass er in einem anderen Staat keine Beiträge zu zahlen hat, ist als Anschrift im Wohnsitzstaat wiederum S., N-gasse1, angegeben. Mitgliedsstaat, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden ist: Österreich. Statusbestätigung: Arbeitnehmer/in arbeitet in zwei oder mehr Staaten.

Das Finanzamt wies die Berufung gegen den Rückforderungsbescheid mit Berufungsvorentscheidung vom 28. Juni 2011 mit folgender Begründung ab:

"Die Verordnung (EWG) Nr. 987/09 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 Familienleistungen gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. Der Wohnortstaat ist zuständig, wenn ein wesentlicher Teil der Tätigkeit (mehr als 25%) dort ausgeübt wird."

Laut Auszug aus dem Firmenbuch vertreten Sie seit dem 2008 selbständig als Geschäftsführer die Fa. F. Kft.

Die Geschäftsanschrift der Firma befindet sich in Ungarn, lediglich eine Zweigniederlassung in Österreich ist aktenkundig.

Dem Finanzamt liegt eine Vergleichsaufstellung des Bezirksgerichtes Neunkirchen vom 10.1.2008 vor, wo hervorgeht, dass das Kind L. überwiegend von Ihnen betreut wird. Darin wird auch festgehalten, dass L. mit Ihnen in Ungarn lebt und dort auch einen Kindergarten besucht.

Die von Ihnen angegebene Adresse in Österreich (S., N-gasse1) wird von Ihnen nicht bewohnt. Laut Vergleichsaufstellung waren Sie verpflichtet, diese Wohnung bis zum 1.5.2008 zu räumen.

Seitens der Finanzpolizei wurden Erhebungen durchgeführt, die ergeben haben, dass diese Wohnung von der Familie X. bewohnt wird.

Alle Kinder besuchen in Ungarn die Schule, T. und P. sogar am Firmenwohnsitz in Ungarn- und L. in Sopron.

Es ist daher als erwiesen anzusehen, dass Sie sich und Ihre Familie nur zum Schein in Österreich angemeldet haben, um ungerechtfertigter Weise die Familienbeihilfe zu beziehen.

Weiters haben Sie eine Bestätigung der Fa. F. Kft. vom 17.11.2010 vorgelegt, wo festgehalten wird, dass Sie sich am Dienstag und Freitag in Ungarn aufhalten und Montag,

Dienstag und Donnerstag in Österreich. Daher sind Sie zu 40 % bei der Fa. F. Kfz. in Ungarn tätig und Ungarn ist vorrangig zur Zahlung der Familienbeihilfe verpflichtet..." Über die Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid vom 17. März 2011 betreffend die Kinder P. und T. erging keine Berufungsentscheidung.

Der Bf stellte fristgerecht einen Vorlageantrag und begründete diesen wie folgt:

"Nach meiner Scheidung und Räumung der Wohnung in V. habe ich bei meinen Eltern in K., mit meiner Tochter L. gelebt. Seit dem 1. September 2009 bin ich wieder alleiniger Besitzer der Wohnung in V., N-gasse 1. L. besuchte zuvor den Kindergarten und jetzt die Schule in Ungarn – wegen der zweisprachigen Erziehung. Die Distanz zwischen Wohnort und Schule beträgt ca. 70 Kilometer. Dies ist eine täglich zumutbare Entfernung.

Wenn ich und meine neue Familie sich tatsächlich hauptsächlich nur in Ungarn aufhalten, werden wir sicher nicht unseren Hausarzt ... in V. wählen. Auch weitere medizinische Versorgungen, wenn schon in Österreich, dann eher in Eisenstadt oder Oberpullendorf, denn im Bereich von V. und Neunkirchen. Darüber hinaus bin ich noch immer aktives Mitglied der freiwilligen Feuerwehr in V..

Aus der Bestätigung der Firma geht nicht hervor, wie viele Stunden ich mich in Ungarn aufhalte. Die Tätigkeit im Büro in Ungarn war an den genannten Tagen zwischen einer und vier Stunden. Seit Jänner 2011 bin ich täglich jeweils eine halbe bis maximal eine Stunde vormittags und nachmittags, in Summe täglich jedoch nicht mehr als durchschnittlich eineinhalb Stunden, am Firmensitz. Daher ist die 40%ige Tätigkeit lt. Finanzamtsberechnung nicht nachvollziehbar..."

Ferner liegen folgende relevante Unterlagen vor:

Firmenbuchauszug der Republik Österreich vom 18. April 2011:

Laut Firmenbuchauszug ist die Fa. F. Kft. seit 11 mit einer Zweigstelle in Österreich eingetragen.

Aus dem Akt der Fa. F. (St. Nr. 123/4567) ist im Streitzeitraum keine inländische Geschäftstätigkeit ersichtlich. Am 20.3.2012 wurden die KöSt-Vorauszahlungen 2012 (bisher: Mindest-KöSt) auf Null gestellt.

Aus den österreichischen Lohnzetteln des Bf. für den Zeitraum 1.6.2008 bis 1.3.2012 ist ersichtlich, dass jeweils Sozialversicherung abgeführt, aber keine Lohnsteuer einbehalten und abgeführt wurde.

Hingewiesen wird darauf, dass die am 31. Dezember 2013 beim Unabhängigen Finanzsenat anhängigen Berufungen gemäß § 323 Abs. 38 BAO vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinn des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen sind.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Rechtsgrundlagen

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

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben.

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht ferner kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Aufgrund der Zugehörigkeit Österreich zur europäischen Union ist für den gegenständlichen Fall auch das Unionsrecht anzuwenden. Eine grundsätzliche Bestimmung dazu findet sich in § 53 Abs. 1 FLAG 1967.

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, 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.

Ein Aufenthalt der Kinder des Bf. in Ungarn steht dem Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe daher grundsätzlich nicht entgegen.

Das Bundesfinanzgericht hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (§ 167 Abs. 2 BAO iVm § 2a BAO). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. für viele VwGH 9.9.2004, 99/15/0250) ist von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

Darüber hinaus sind folgende unionsrechtlichen Bestimmungen betreffend die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer anzuwenden:

Im verfahrensgegenständlichen Zeitraum (Dezember 2009 bis Dezember 2011) ist bis April 2010 die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, - konsolidierte Fassung ABIEG Nr. L 28 vom 30. Jänner 1997 -, (im Folgenden: Verordnung Nr. 1408/71) sowie für die Monate Mai 2010 bis Dezember 2011 die 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, Berichtigung ABIEU Nr. L 200 vom 7. Juni 2004, (im Folgenden: Verordnung Nr. 883/2004) maßgebend.

Art. 1 lit. i der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 lautet auszugsweise:

„Familienangehöriger“:

1. i) jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird;...

3. wird nach den gemäß Nummern 1 und 2 anzuwendenden Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familien- oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Versicherten oder dem Rentner in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Versicherten oder dem Rentner bestritten wird."

Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 883/2004 gilt diese Verordnung für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in dem Mitgliedstaat, für die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

Gemäß Art. 67 der Verordnung 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.

Art. 68 samt Überschrift der Verordnung Nr. 883/2004 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 selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.

b) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren, so richtet sich die Rangfolge nach den folgenden subsidiären Kriterien:

i) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird, und subsidiär gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung. Im letztgenannten Fall werden die Kosten für die Leistungen nach in der Durchführungsverordnung festgelegten Kriterien aufgeteilt;

ii) bei Ansprüchen, die durch den Bezug einer Rente ausgelöst werden:

iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.

(2) Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Absatz 1 Vorrang haben. Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren. Ein derartiger Unterschiedsbetrag muss jedoch nicht für Kinder gewährt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschließlich durch den Wohnort ausgelöst wird.

(3)"

Die Verordnung Nr. 1408/71 enthält hierzu analoge Bestimmungen.

Artikel 1 Buchstabe a und h der Verordnung Nr. 1408/71 lauten auszugsweise:

Begriffsbestimmungen

Für die Anwendung dieser Verordnung werden die nachstehenden Begriffe wie folgt definiert:

- a) „Arbeitnehmer“ oder „Selbständiger“: 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;
- h) "Wohnort": der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts;

Artikel 14 der Verordnung Nr. 1408/71 lautet:

"Sonderregelung für andere Personen als Seeleute, die eine abhängige Beschäftigung ausüben

Vom Grundsatz des Artikels 13 Absatz 2 Buchstabe a) gelten folgende Ausnahmen und Besonderheiten:

1. a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats von einem Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört, abhängig beschäftigt wird und die von diesem Unternehmen zur Ausführung einer Arbeit für dessen Rechnung in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats entsandt wird, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und sie nicht eine andere Person ablöst, für welche die Entsendungszeit abgelaufen ist.
- b) geht eine solche Arbeit, deren Ausführung aus nicht vorhersehbaren Gründen die ursprünglich vorgesehene Dauer überschreitet, über zwölf Monate hinaus, so gelten die Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats bis zur Beendigung dieser Arbeit weiter, sofern die zuständige Behörde des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet der Betreffende entsandt wurde, oder die von dieser Behörde bezeichnete Stelle dazu ihre Genehmigung erteilt, diese Genehmigung ist vor Ablauf der ersten zwölf Monate zu beantragen. Sie darf nicht für länger als zwölf Monate erteilt werden.

2. Eine Person, die gewöhnlich im Gebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten abhängig beschäftigt ist, unterliegt den wie folgt bestimmten Rechtsvorschriften:

a) Eine Person, die als Mitglied des fahrenden oder fliegenden Personals eines Unternehmens beschäftigt wird, das für Rechnung Dritter oder für eigene Rechnung im internationalen Verkehrswesen die Beförderung von Personen oder Gütern im Schienen-, Straßen-, Luft- oder Binnenschiffahrtsverkehr durchführt und seinen Sitz im Gebiet des Mitgliedstaats hat, unterliegt den Rechtsvorschriften des letzten Mitgliedstaats mit folgender Einschränkung:

i) Eine Person, die von einer Zweigstelle oder ständigen Vertretung beschäftigt wird, die das Unternehmen außerhalb des Gebietes des Mitgliedstaats, in dem es seinen Sitz hat, im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats unterhält, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sich die Zweigstelle oder die ständige Vertretung befindet;

ii) eine Person, die überwiegend im Gebiet des Mitgliedstaats beschäftigt wird, in dem sie wohnt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates auch dann, wenn das Unternehmen, das sie beschäftigt, dort weder seinen Sitz noch die Zweigstelle oder eine ständige Vertretung hat;

b) eine Person, die nicht unter Buchstabe a) fällt, unterliegt:

i) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sie wohnt, wenn sie ihre Tätigkeit zum Teil im Gebiet dieses Staates ausübt oder wenn sie für mehrere Unternehmen oder mehrere Arbeitgeber tätig ist, die ihren Sitz oder Wohnsitz im Gebiet verschiedener Mitgliedstaaten haben;

ii) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet das Unternehmen oder der Arbeitgeber, das bzw. der sie beschäftigt, seinen Sitz oder Wohnsitz hat, sofern sie nicht im Gebiet eines der Mitgliedstaaten wohnt, in denen sie ihre Tätigkeit ausübt.

3. Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig in einem Unternehmen beschäftigt ist, das seinen Sitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat und durch dessen Betrieb die gemeinsame Grenze dieser beiden Staaten verläuft, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet das Unternehmen seinen Sitz hat."

Artikel 11 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 zur Durchführung der Verordnung Nr. 1408/71 lautet:

"Formvorschriften bei Entsendung eines Arbeitnehmers gemäß Artikel 14 Absatz 1 und Artikel 14b Absatz 1 der Verordnung und bei Vereinbarungen gemäß Artikel 17 der Verordnung

(1) Der Träger, den die zuständige Behörde desjenigen Mitgliedstaats bezeichnet, dessen Rechtsvorschriften weiterhin anzuwenden sind, stellt

a) auf Antrag des Arbeitnehmers oder seines Arbeitgebers in den Fällen des Artikels 14 Absatz 1 und des Artikels 14b Absatz 1 der Verordnung,

b) in den Fällen des Artikels 17 der Verordnung

(1) eine Bescheinigung darüber aus, dass und bis zu welchem Zeitpunkt diese Rechtsvorschriften weiterhin für den Arbeitnehmer gelten.

(2) Die in Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe b) und Artikel 14b Absatz 1 der Verordnung vorgesehene Genehmigung ist vom Arbeitnehmer zu beantragen."

Artikel 1 Buchstabe a und j, Artikel 12 und Artikel 13 der Verordnung Nr. 883/2004 lauten:

"Definitionen"

Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

a) „Beschäftigung“ 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;...

j) "Wohnort" den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person;

Artikel 12

Sonderregelung

(1) Eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit für dessen Rechnung auszuführen, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere Person ablöst.

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

Artikel 13

Ausübung von Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten

(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 wenn sie bei mehreren Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt ist, die ihren Sitz oder Wohnsitz in verschiedenen Mitgliedstaaten haben, oder

b) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen oder der Arbeitgeber, das bzw. der sie beschäftigt, seinen Sitz oder Wohnsitz hat, sofern sie keinen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeiten in dem Wohnmitgliedstaat ausübt."

Hierzu trifft Artikel 14 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten zur Durchführung der Verordnung Nr. 883/2004 (auszugsweise) folgende Aussagen:

"BESTIMMUNG DER ANWENDBAREN RECHTSVORSCHRIFTEN

Artikel 14

Nähere Vorschriften zu den Artikeln 12 und 13 der Grundverordnung

(1) Bei der Anwendung von Artikel 12 Absatz 1 der Grundverordnung umfassen die Worte „eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird“ auch eine Person, die im Hinblick auf die Entsendung in einen anderen Mitgliedstaat eingestellt wird, vorausgesetzt die betreffende Person unterliegt unmittelbar vor Beginn ihrer Beschäftigung bereits den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen, bei dem sie eingestellt wird, seinen Sitz hat.

(2) Bei der Anwendung von Artikel 12 Absatz 1 der Grundverordnung beziehen sich die Worte „der gewöhnlich dort tätig ist“ auf einen Arbeitgeber, der gewöhnlich andere nennenswerte Tätigkeiten als reine interne Verwaltungstätigkeiten auf dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen niedergelassen ist, ausübt, unter Berücksichtigung aller Kriterien, die die Tätigkeit des betreffenden Unternehmens kennzeichnen; die maßgebenden Kriterien müssen auf die Besonderheiten eines jeden Arbeitgebers und die Eigenart der ausgeübten Tätigkeiten abgestimmt sein.

...

(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“ insbesondere auf eine Person,

a) die eine Tätigkeit in einem Mitgliedstaat beibehält, aber zugleich eine gesonderte Tätigkeit in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten ausübt, und zwar unabhängig von der Dauer oder der Eigenart dieser gesonderten Tätigkeit;

b) die kontinuierlich Tätigkeiten alternierend in zwei oder mehr Mitgliedstaaten nachgeht, mit der Ausnahme von unbedeutenden Tätigkeiten, und zwar unabhängig von der Häufigkeit oder der Regelmäßigkeit des Alternierens.

...

(7) Um die Tätigkeiten nach den Absätzen 5 und 6 von den in Artikel 12 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung beschriebenen Situationen zu unterscheiden, ist die Dauer der Tätigkeit in einem oder weiteren Mitgliedstaaten (ob dauerhaft, kurzfristiger oder vorübergehender Art) entscheidend. Zu diesem Zweck erfolgt eine Gesamtbewertung aller maßgebenden Fakten, einschließlich insbesondere, wenn es sich um einen Arbeitnehmer handelt, des Arbeitsortes, wie er im Arbeitsvertrag definiert ist.

(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.

...

(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..."

Sachverhalt

Folgender Sachverhalt ist als erwiesen anzunehmen und beruht auf folgender Beweiswürdigung:

Aufgrund der im Auftrag des Finanzamtes durchgeführten Ermittlungen ist davon auszugehen, dass der Bf. im Streitzeitraum zwar gelegentlich (mit seiner Familie) in Österreich gewohnt hat; seinen gewöhnlichen Aufenthalt iSd Artikels 1 Buchstabe h der Verordnung Nr. 1408/71 sowie des Artikels 1 Buchstabe j der Verordnung Nr. 883/2004 hatte er aber in Ungarn.

Dies ergibt sich aus der Erhebung der KIAB, aus der nachvollziehbar, hervorgeht, es sei unmöglich, dass in der Wohnung in S., N-gasse1 auch nur zeitweilig die Familie U. gleichzeitig mit der Familie X. wohnt. Der Mittelpunkt des Lebensinteresses der Familie U. befindet sich eindeutig in Ungarn.

Es ist auch völlig unglaublich, dass die Kinder des Bf. von Österreich aus einen rund 70 km entfernten Kindergarten oder eine Schule in Ungarn besucht haben.

Fest steht aber auch, dass - wiewohl die Fa. F. Kft in Österreich laut Aktenlage offensichtlich keine Tätigkeit entfaltet hat - der Bf. in Österreich bis 1.3.2012 bei ihr angestellt war und Sozialversicherungsbeiträge einbehalten wurden.

Rechtlich folgt daraus:

Aus einem Leitsatz des zur Verordnung Nr. 1408/71 ergangenen Urteiles des EuGH 24.2.2005, C 543/03, Dodl 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.“

Der Bf. bringt u.a. vor, er sei von seiner Firma entsendet worden und legt entsprechende Bestätigungen der NöGKK vor. Hierzu ist allerdings auszuführen, dass die Bestätigungen von falschen Voraussetzungen ausgehen. Angegeben wird nämlich als "Anschrift im Wohnsitzstaat" diejenige österreichische Adresse, an der nach den obigen Ermittlungen der Bf. mit Gewissheit nicht seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

Die Bescheinigungen bestätigen auch nicht eine Entsendung, sondern den Umstand, dass der Bf. in zwei oder mehr Staaten gearbeitet haben soll.

Somit obliegt die Auszahlung von Familienleistungen primär Ungarn; in Österreich käme allenfalls eine Differenzzahlung in Betracht.

Der Fall ist aber aus folgenden Gründen noch nicht entscheidungsreif:

Es steht nicht fest, ob der Bf. in Österreich überhaupt eine Tätigkeit und wenn ja in welchem Umfang ausgeübt hat, insbesondere, ob diese wesentlich iSd Abgrenzungskriterien des Artikel 14 Abs. 8 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 war.

Hierfür könnten beispielsweise folgende Ermittlungsmaßnahmen erfolgen:

Da der Bf. laut Bestätigung der Fa. F. KFT, bei der er Geschäftsführer ist, seit 1.3.2004 in dem Unternehmen als Kundenbetreuer, Sachbearbeiter für Qualität, Liefertreue, Produktpräzisität und Kundenzufriedenheit für das gesamte österreichische Staatsgebiet zuständig ist, werden hierfür Kundenbesuche erforderlich sein. Es muss daher Aufzeichnungen geben, aus denen die besuchten Kunden nebst deren Adressen sowie die jeweilige Fahrtstrecke in Österreich ersichtlich sind. Auch müssten die erbrachten Leistungen in Österreich der österreichischen Umsatzsteuer unterliegen. Dass tatsächlich Umsatzsteuer abgeführt wurde, ist allerdings aus der Aktenlage nicht ersichtlich. Somit bestehen Zweifel an der inhaltlichen Richtigkeit der Bestätigung hinsichtlich des Arbeitsdauer des Bf. in Österreich.

Hinzuweisen ist darauf, dass den Bf. in Hinblick darauf, dass die relevanten Sachverhaltselemente ihre Wurzeln im Ausland haben, eine erhöhte Mitwirkungspflicht trifft (sh. Ritz, BAO⁵, § 115 Tz 10).

Ist die Bescheidbeschwerde mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes weder als unzulässig oder nicht rechtzeitig eingebbracht zurückzuweisen noch als zurückgenommen oder als gegenstandlos zu erklären, so kann das Verwaltungsgericht gemäß § 278 Abs 1 BAO mit Beschluss die Beschwerde durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Beschwerdevorentscheidungen unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erledigen, wenn Ermittlungen 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.

Für die Zurückverweisung spricht der Umstand, dass es nicht primäre Aufgabe des Bundesfinanzgerichtes sein kann, den entscheidungswesentlichen Sachverhalt erstmalig zu ermitteln. Primäre Aufgabe des Bundesfinanzgerichtes ist vielmehr die Überprüfung der Sachverhaltsfeststellungen und rechtlichen Würdigung der Abgabenbehörde.

Gegen die Sachverhaltsermittlung durch das Bundesfinanzgericht spricht weiters der Umstand, dass im Hinblick auf das kontradiktoriische Rechtsmittelverfahren alle Beweisergebnisse erst der Amtspartei zur allfälligen Stellungnahme vorgehalten werden müssten, weshalb auch prozessökonomische Gründe für die Aufhebung unter Zurückverweisung an die Abgabenbehörde sprechen.

Im Hinblick darauf, dass die grundsätzliche Aufgabe des Bundesfinanzgerichtes in der Wahrnehmung einer Kontrollbefugnis und nicht in der erstmaligen Ermittlung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes besteht, sieht sich das Bundesfinanzgericht dazu veranlasst, die angefochtenen Bescheide aufzuheben und die Beschwerdesache zur ergänzenden Sachverhaltsermittlung und neuerlichen Entscheidung an das Finanzamt zurückzuverweisen.

Die Aufhebung nach § 278 Abs. 1 BAO stellt eine Ermessensentscheidung dar, welche nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Billigkeit zu treffen ist (§ 20 BAO). Zweckmäßig ist die Zurückverweisung im gegenständlichen Fall deshalb, weil zur Klärung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes noch wesentliche Ermittlungen notwendig sind, die von der belangten Abgabenbehörde rascher und wirtschaftlicher erledigt werden können als vom Bundesfinanzgericht. Zu beachten ist dabei weiters, dass die durchzuführenden Ermittlungen auch Auswirkungen für Zeiträume haben könnten, die nach dem beschwerdegegenständlichen Streitzeitraum liegen, weshalb es rationeller ist, dass die erforderlichen Ermittlungen insgesamt das Finanzamt durchführt.

Dem Umstand, dass durch eine wesentliche Verfahrensverlagerung zum Bundesfinanzgericht der Rechtsschutz und die Kontrollmechanismen eingeschränkt werden, kommt im Rahmen der Billigkeitserwägungen ebenfalls Bedeutung zu.

Da im gegenständlichen Fall die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch die Abgabenbehörde rascher und kostensparender durchgeführt werden kann als durch das Bundesfinanzgericht, ist die Aufhebung unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde auch nicht unzulässig.

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.

Die Formalerledigung der Aufhebung und Zurückverweisung bei Unterlassung wesentlicher Ermittlungen hat grundsätzlich Eingang in die höchstgerichtliche Rechtsprechung gefunden (vgl. etwa VwGH 26.4.2006, 2004/14/0059; VwGH 28.6.2007, 2006/16/0220; VwGH 22.4.2009, 2007/15/0074). Im Beschwerdefall liegt keine Rechtsfrage vor, es wurde vielmehr der als erwiesen anzunehmende Sachverhalt in freier Beweiswürdigung ermittelt. Erst nach Durchführung der aufgetragenen Ermittlungen könnten relevante Rechtsfragen gegeben sein.

Wien, am 9. September 2015