

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde der A B Ca, Adresse, vertreten durch Mag. Thomas Scholik, 1130 Wien, Fichtnergasse 6A, vom 30.11.2015, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22, 1220 Wien, Dr. Adolf Schärf-Platz 2, vom 25.11.2015, mit welchem der Antrag vom 27.5.2015 auf Ausgleichszahlung für den im Jänner 2000 geborenen D Ci für den Zeitraum Mai 2011 bis Mai 2015 abgewiesen wurde, Sozialversicherungsnummer X, zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 279 BAO abgeändert, dass sein Spruch zu lauten hat:

Es wird gemäß § 92 BAO i.V.m. §§ 10, 13 FLAG 1967 und Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 festgestellt,

1. dass ein Anspruch der Mutter A B Ca, Adresse, auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder auf Ausgleichszahlung betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den im Jänner 2000 geborenen D Ci für den Zeitraum Mai 2011 bis Mai 2015 nicht besteht,

2. dass der Antrag der Mutter A B Ca vom 27.5.2015 auf Ausgleichszahlung für den im Jänner 2000 geborenen D Ci als derartiger Antrag zugunsten des Gesamtrechtsnachfolgers / der Gesamtrechtsnachfolgerin / der Gesamtrechtsfolger nach dem im April 2015 verstorbenen Vater E Ci für den Zeitraum Mai 2011 bis April 2015 zu berücksichtigen ist,

3. dass der Antrag der Mutter A B Ca vom 27.5.2015 auf Ausgleichszahlung für den im Jänner 2000 geborenen D Ci als derartiger Antrag zugunsten der Großmutter F Ca für den Zeitraum Mai 2015 zu berücksichtigen ist.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

Entscheidungsgründe

Antrag vom 7.1.2015

Mit dem Formular Beih 1 stellte die Beschwerdeführerin (Bf) A B Ca am 7.1.2015 durch ihren steuerlichen Vertreter einen Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe. Ab welchem Zeitpunkt Familienbeihilfe gewährt werden solle, ist nicht angegeben.

Die Bf sei polnische Staatsbürgerin und am 22.7.2010 von Polen nach Österreich zugezogen. Sie lebe seit 2010 dauernd getrennt und übe die Kindererziehung allein aus. Sie sei als Raumpflegerin bei einem angeführten Arbeitgeber seit 18.9.2013 in Wien beschäftigt und wohne Adresse. Der gemeinsame Wohnort in Polen sei Adresse_PL/1.

Der im April 1997 geborene Sohn D E Ci, polnischer Staatsbürger, wohne beim Vater E Ci in Adresse_PL/1. Der Vater sei in Polen Lagerarbeiter. D besuche im Schuljahr 2014/2015 die zweite Klasse eines Gymnasiums in Bytom.

Aus dem elektronisch vorgelegten Akt geht nicht hervor, ob dieser Antrag vom Finanzamt erledigt wurde (es wurde offenbar, siehe auch die Schreiben des steuerlichen Vertreters, ab Juni 2015 Familienbeihilfe gewährt).

Anträge vom 27.5.2015

Die Bf stellte am 27.5.2015 mit dem Formular Beih 38 Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung für den Zeitraum Mai 2011 bis Juni 2015. Die Daten darin entsprechen im Wesentlichen denen im Antrag vom 7.1.2015. Hier wird allerdings das Geburtsdatum von D mit Jänner 2000 angegeben, Angaben zum Wohnort des Kindes fehlen.

Auch wurde mit dem Formular Beih 1 am 27.5.2015 neuerlich Familienbeihilfe wie schon am 7.1.2015 ab Juli 2015 beantragt. Laut diesem Antrag sei D im Jahr 2015 nach Österreich eingereist.

Den Anträgen war beigelegt:

Einreichbestätigung

Das Amt der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35 Einwanderung und Staatsbürgerschaft, bestätigte D Ci, Adresse, dass dieser am 22.5.2015 einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels Anmeldebescheinigung (Familienangehöriger) gestellt habe.

Meldebestätigung

Der Magistrat Wien-MBAf.d. 2. Bezirk, bestätigte am 20.5.2015 die Meldung von D E Ci ab 20.5.2015 in Adresse.

Sterbeurkunde

Die Rzeczpospolita Polska (Republik Polen) stellte am 20.4.2015 eine Odpis skrócony aktu zgonu (gekürzte Kopie der Sterbeurkunde) betreffend den Vater E Ci, verstorben im April 2015 in Bytom, aus.

Geburtsurkunde

Laut Geburtsurkunde der Rzeczpospolita Polska, Urząd Stanu Cywilnego w Bytom, sind Eltern des im Jänner 2000 geborenen D E Ci E Ci (Vater) und A B Ca (Mutter).

Anmeldebescheinigung

Das Amt der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35 EWR, stellte am 26.3.2015 eine Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger/-innen und für Schweizer Bürger/-innen gemäß Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) für die Bf als Arbeitnehmerin (§ 51 Abs. 1 Z 1 NAG) aus.

Meldebestätigung

Der Magistrat Wien-MBAf.d. 2. Bezirk, bestätigte am 19.1.2015 die Meldung von A B Ca ab diesem Tag in Adresse. Davor habe die Bf ihren Hauptwohnsitz (seit Dezember 2014) in Wien 13 gehabt.

Dienstgebermeldung H Facility Management GmbH

Die Bf wurde ab 18.9.2013 von H Facility Management GmbH Dienstgeber als Raumpflegerin zu 30 Wochenstunden mit einem Entgelt von € 1.102,87 bei der Sozialversicherung angemeldet.

Dienstgebermeldung Mag. I J

Die Bf wurde von Mag. I J ab 1.3.2012 als Raumpflegerin zu 4 Wochenstunden mit einem Entgelt von € 180,00 (geringfügige Beschäftigung) bei der Sozialversicherung angemeldet.

Dienstgebermeldung Mag. K J

Zuvor bestand eine geringfügige Beschäftigung bei Mag. K J mit einem Entgelt von € 180,00 bis Ende Februar 2012.

Keine Familienleistungen in Polen

Laut beglaubigter Übersetzung einer Bestätigung des Städtischen Zentrums für Sozialhilfe in Bytom, Abteilung für Familienleistungen, vom 27.4.2015 habe die in Adresse_PL/1 wohnhafte Bf für D Ci für die Beihilfeperiode 2014/2015 (d.h. vom 1.11.2014 bis 31.10.2015) im Städtischen Zentrum für Familienhilfe in Bytom weder einen Antrag auf Zuerkennung des Anspruchs auf Familienleistungen gestellt noch hatte sie Anspruch darauf.

Schulbesuchsbestätigung

Ein Gymnasium in Bytom bestätigte am 24.4.2015, dass D Ci die zweite Klasse im Schuljahr 2014/2015 besuche.

Das Finanzamt ermittelte laut Finanzamtsakt:

Schreiben vom 30.4.2015

Mit Schreiben vom 30.4.2015 gab die steuerliche Vertretung an:

Der geschiedene frühere Ehemann unserer Mandantin, der sich während des Aufenthaltes des Sohnes in Polen, wo dieser die Schule besucht, erziehungstechnisch um ihn gekümmert hat (die Kosten wurden ausschließlich von unserer Mandantschaft getragen), ist nunmehr verstorben. Die Sterbeurkunde liegt diesem Schreiben ebenfalls bei. Der Sohn wird im heurigen Jahr noch das Schuljahr in Polen beenden und ab Juli zu seiner Mutter nach Wien kommen, um von ihr beaufsichtigt zu werden. Er hat dann seinen Wohnsitz in Österreich und wir ersuchen höflich diesen Fall möglichst rasch positiv zu

erledigen, da unsere Mandantin die Mittel dringend benötigt um die schwierige Situation nach dem Tod des früheren Ehemannes halbwegs durchstehen zu können.

Einkommen

Laut österreichischen Einkommensteuerbescheiden (Arbeitnehmerveranlagung) für die Jahre 2011, 2012, 2013 und 2014 verfügte die Bf über folgendes zu versteuerndes Einkommen (2015: Lohnzettel):

2011: € 686,00 (steuerpflichtige Bezüge von einem Arbeitgeber von € 1.346,00)

2012: € 2.034,82 (steuerpflichtige Bezüge von zwei Arbeitgebern)

2013: € 6.256,83 (steuerpflichtige Bezüge von zwei Arbeitgebern)

2014: € 15.909,69 (steuerpflichtige Bezüge von zwei Arbeitgebern)

2015: € 16.773,14 (steuerpflichtige Bezüge von zwei Arbeitgebern).

Versicherungsdatenauszug

Laut Versicherungsdatenauszug vom 12.4.2016 sind in Österreich folgende Versicherungszeiten der Bf erfasst:

20. 05. 2011 31. 08. 2013 Selbstvers. § 19a ASVG Arbeiterin 01

20. 05. 2011 29. 02. 2012 geringfügig beschäftigte Arbeiterin 02

01. 03. 2012 laufend geringfügig beschäftigte Arbeiterin 03

01. 09. 2013 31. 12. 2014 Vollvers. und geringf. Besch. - Arb. 01

18. 09. 2013 laufend Arbeiterin 04.

Beitragsgrundlagen:

Jahr allgemein Sonderz. Dienstgeber, meldende Stelle Nr.

2013 4.084,25 551,18 € ... 04

985,33 180,67 € ... 01

2014 14.037,02 2.258,48 € ... 04

4.260,00 710,00 € ... 01

2015 14.605,82 2.350,34 € ... 04

Übermittlung E 401 und E 411

Das Regionalny Ośrodek Polityk Społecznej Województwa Śląskiego (Regionalzentrum für Sozialpolitik der Woiwodschaft Schlesien) teilte dem Finanzamt am 2.9.2015 mit, dass E Ci im April 2015 verstorben sei. Die aktuelle Wohnanschrift und die berufliche Situation sowie die Ansprüche auf Familienleistungen in Polen betreffend die Bf seien nicht bekannt.

Die Formulare E 401 und E 411 wurden von der polnischen Behörde daher unausgefüllt zurückgesandt.

Es wurde vom Finanzamt folgende Übersetzung durch ein Übersetzungsbüro veranlasst:

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit gibt Ihnen das Regionale Zentrum für Sozialpolitik der Woiwodschaft Schlesien die Formulare E401 und E411 hinsichtlich E und A Cy zurück.

Gleichzeitig teilen wir Ihnen mit, dass Frau A Ca von der Adresse: [Adresse_PL/1], Bytom, Woiwodschaft Schlesien am 20.04.2010 auf dem Verwaltungsweg abgemeldet wurde.

Die aktuelle Wohn-/Anmeldungsadresse, sowie die berufliche Situation und die Berechtigungen zu Familienleistungen in Polen sind also nicht bekannt.

Darüber hinaus, wie es aus den gemachten Festlegungen folgt, ist Herr E Ci am04.2015 gestorben.

Schreiben vom 29.9.2015

Mit Schreiben vom 29.9.2015 an das Finanzamt übermittelte die steuerliche Vertretung unter anderem sieben Überweisungsbelege, "aus denen hervorgeht, dass Frau Ca für ihren in Polen lebenden Sohn im Monat € 100,- bis € 150,- einzahlt und sendet". Bei der Bank könnten noch weitere Belege über Anforderung ausgehoben werden.

Anmeldebescheinigung

Das Amt der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35 EWR, stellte am 24.7.2015 eine Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger/-innen und für Schweizer Bürger/-innen gemäß Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) für D Ci als Verwandter in gerader absteigender Linie (§ 52 Abs. 1 Z 2 NAG) aus.

Anmeldebestätigung

Laut Übersetzung einer "Anmeldungsbestätigung für den vorläufigen Aufenthalt" des Stadtamts in Bytom vom 4.5.2015 sei D Ci "für den vorläufigen Aufenthalt in Bytom" in Adresse_PL/6 von Mai 2015 bis Dezember 2015 angemeldet.

Scheidungsurteil

Laut Übersetzung des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts in Katowice vom Juni 2009 wurde die im Jahr 1999 zwischen E Ci und A B Ca geschlossene Ehe geschieden. Mit der Ausübung der elterlichen Sorge wurde der Vater E Ci betraut, die Mutter habe für ihren Sohn Unterhalt von monatlich PLN 170 zu leisten.

Schulbesuchsbestätigung

Ein Gymnasium in Bytom bestätigte am 14.9.2015, dass D Ci die dritte Klasse im Schuljahr 2015/2016 besuche.

Meldeauskunft

Laut Übersetzung von "Informationen über die persönlichen Daten" des Stadtamts in Bytom vom 8.6.2015 seien an der Anschrift Adresse_PL/1, von November 2004 bis April 2010 für den ständigen Aufenthalt gemeldet gewesen:

A Ci (Ca), E Ci, D Ci.

Im Zeitraum April 2010 bis April 2015 seien an dieser Anschrift für den ständigen Aufenthalt gemeldet gewesen:

E Ci, D Ci.

Nach dem Tod des Vaters im April 2015 sei an dieser Anschrift bis Mai 2015 D Ci für den ständigen Aufenthalt gemeldet gewesen.

Keine Familienleistungen in Polen

Laut beglaubigter Übersetzung einer Bestätigung des Städtischen Zentrums für Sozialhilfe in Bytom, Abteilung für Familienleistungen, vom 9.6.2015 habe die in Adresse_PL/1

wohnhafte Bf für D Ci von 1.1.2010 bis heute weder Familienunterstützung bezogen noch beantragt.

Ergänzungsersuchen vom 6.10.2015

Mit Ergänzungsersuchen vom 6.10.2015 ersuchte das Finanzamt die Bf um:

Anmeldung WGKK ... vom 20.5.2011

Zahlungsnachweis der mtl. geleisteten Unterhaltszahlungen ab 5/2011

Nachweis wer D nach dem Tod des Vaters in PL betreut (Name, Geburtsdatum, Adresse, welches Verhältnis z.B. Oma, Opa etc.)- während Sie in Österreich arbeiten

Ausländische Unterlagen alle inklusive beglaubigter deutscher Übersetzung

Schreiben vom 5.11.2015

Mit Schreiben vom 5.11.2015 übermittelte die steuerliche Vertretung:

- 1. Die erbetene Anmeldung bei der WGKK ...*
- 2. Eine große Menge der geleisteten Unterhaltszahlungen ab 05/2011. Wir weisen daraufhin, dass viele dieser Überweisungen per Bank oder Western Union überwiesen wurde, oft aber auch Fr. Ca die Beträge bei Polenbesuchen vor Ort an den Kindesvater bar ausbezahlt hat. Leider ist dieser, wie Sie ja wissen, verstorben. Für die Zahlungen an die Schwiegermutter, die sich um den Sohn kümmert solange er dort die Schule besucht und Fr. Ca in Wien arbeitet, haben wir diesbezüglich auch eine übersetzte handschriftliche Bestätigung beigelegt, eine Bestätigung durch den verstorbenen Ehemann ist leider nicht möglich. Da aber dieser keinerlei Forderungen gestellt hat, scheint uns bewiesen zu sein, dass die vereinbarte Summe monatlich bar oder durch Überweisung bezahlt worden ist.*
- 3. Die vom Finanzamt geforderte Bestätigung, wer D nach dem Tod des Vaters in Polen betreut hat, ist einfach zu geben, es sind dies die Eltern des Verstorbenen, Frau F Ca, geb. ... und Herr G Ci, geb. ..., wohnhaft [Adresse_PL/6], Polen. Es handelt sich dabei um das Haus der Schwiegereltern unserer Mandantin, in welchem der Vater von D mit diesem im ersten Stock gewohnt hat, während die Eltern (Oma und Opa) im Erdgeschoß wohnen. Nach dem Tod des Vaters bleibt der Sohn bis zur Beendigung seiner Schullaufbahn im ersten Stock wohnen und wird von Oma und Opa weiter betreut. Nach Ende der Schulzeit wird er nach Wien zu seiner Mutter übersiedeln.*

Die Unterlagen sind naturgemäß entweder in deutscher Sprache oder mit deutscher Übersetzung beigelegt.

Wir hoffen damit alle geforderten Unterlagen übergeben zu haben und ersuchen höflich um rasche ERLEDIGUNG, da unsere Mandantin schon seit geraumer Zeit

auf die Familienbeihilfe wartet und wie Sie aus den Gehaltsbestätigungen ersehen, nicht in Reichtum gebettet ist, um den Unterhalt für den Sohn und das eigene Leben zu finanzieren. Die Familienbeihilfe ist ein ganz wichtiger Aspekt in ihrer finanziellen Gestaltung und ist schon seit geraumer Zeit ausständig.

Beigelegt waren Überweisungs- bzw. Anweisungsbelege über Zahlungen der Bf an E Ci wie folgt:

16.10.2010: € 200,00 = PLN 751,48

15.11.2010: € 200,00 = PLN 757,67

27.1.2011: € 150,00 = PLN 569,66

25.2.2011: € 150,00 = PLN 576,31

12.3.2011: € 300,00 = PLN 1.180,39

7.7.2011: € 300,00 = PLN 1.143,02

5.10.2011: € 150,00 = PLN 167,50

6.12.2011: € 150,00

11.12.2011: € 300,00 = PLN 1.169,85

9.3.2012: € 150,00

8.5.2012: € 100,00

4.9.2012: € 100,00

9.1.2013: € 100,00

20.2.2013: € 30,00

18.6.2013: € 100,00

13.6.2013: € 50,00

5.7.2013: € 100,00

29.8.2013: € 150,00

17.10.2013: € 100,00

9.12.2013: € 450,00

7.4.2014: € 100,00

3.6.2014: € 100,00

23.6.2014: € 120,00

14.9.2014: € 150,00

14.11.2014: € 100,00

10.12.2014: € 150,00

11.2.2015: € 100,00

9.3.2015: € 120,00

8.4.2015: € 100,00

Beigefügt waren Überweisungs- bzw. Anweisungsbelege über Zahlungen der Bf an L M wie folgt:

7.7.2011: € 50,00 = PLN 190,50

Beigefügt waren Überweisungs- bzw. Anweisungsbelege über Zahlungen der Bf an F Ca wie folgt:

5.5.2015: € 100,00

18.5.2015: € 100,00

23.6.2015: € 100,00

17.9.2015: € 200,00

16.9.2015: € 150,00

Außerdem eine Erklärung von F Ca vom 26.10.2015, wonach diese erklärt, seit Mai 2015 von der Bf, der Mutter ihres Enkelsohnes D Ci, für dessen Unterhalt "Beträge in Höhe von 100,00 bzw. 150,00 EUR entweder mittels Banküberweisung oder beim persönlichen Kontakt erhalte".

Schließlich folgende Anmeldung zur Sozialversicherung der Bf:

18.5.2011/20.5.2011, Raumpflegerin, € 180,00, 4 Stunden pro Woche.

Abweisungsbescheid

Mit Bescheid vom 25.11.2015 wies das Finanzamt den Antrag der Bf vom 27.5.2015 auf Ausgleichszahlung für den im Jänner 2000 geborenen D Ci für den Zeitraum Mai 2011 bis Mai 2015 ab. Die Begründung hiefür lautet:

Da Ihre geringfügige Tätigkeit in Österreich einen so geringen Umfang (= 4 Wochenstunden) hat und sie sich daher als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellt, besteht für die Zeit von Mai 2011 bis August 2013 kein Anspruch auf Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung.

Um einen Beihilfenanspruch herleiten zu können, müssen Sie nach den Bestimmungen der VO 883/2004 entweder mit Ihrem Kind im gemeinsamen Haushalt leben oder den überwiegenden Unterhalt leisten.

Von einer überwiegenden Kostentragung kann nur ausgegangen werden, wenn der Unterhalt des Kindes mindestens die Höhe der Familienbeihilfe (einschließlich des KAB) beträgt.

Da Sie aufgrund der Unterlagen von September 2013 - März 2015 zu geringen Unterhalt leisteten, war der Anspruch auf Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung in diesem Zeitraum in Österreich nicht gegeben.

Beschwerde

Mit Schreiben vom 30.11.2015 erhob die Bf durch ihren steuerlichen Vertreter Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid vom 25.11.2015:

Die Beschwerde richtet sich gegen die Abweisung der Auszahlung der Familienbeihilfe für den beantragten Zeitraum.

Begründung:

Frau Ca ist von ihrem Ehemann geschieden und das Kind hat bis zum Tod des Ehemannes, im März 2015, bei diesem in Polen gelebt. Frau Ca hat Unterhaltszahlungen für ihr Kind regelmäßig geleistet. Das Finanzamt zitiert in seiner Begründung die Bestimmungen der VO 883/2004, ohne konkret einen Artikel, einen Paragraphen oder eine genaue Stelle zu nennen, diese Begründung ist insofern schon rechtswidrig. Darüberhinaus wird in diesem Satz nur ausgesprochen was ohnehin bekannt ist, nämlich, dass die Familienbeihilfe dann zusteht, wenn das Kind im gemeinsamen Haushalt lebt oder wenn Unterhalt geleistet wird. Die Leistung des Unterhaltes muss naturgemäß auf das Einkommen der leistenden Person abgestimmt sein. Frau Ca arbeitet in Wien, in einem Teilzeitdienstverhältnis bei der H-Facility Management GmbH & Co und verdient dort € 956,31 pro Monat (14x im Jahr). Darüberhinaus ist Sie in der Kanzlei Mag. I J geringfügig mit 4 Stunden pro Woche beschäftigt und verdient dort € 355,-- pro Monat, zusammen hat Sie also einen Monatsnettoverdienst von € 1.311,—. Von diesem Betrag muss Sie nicht nur Ihre Miete und Bekleidung, sondern aus Ihren Lebensunterhalt in Form von Essen und Trinken bezahlen. Das hier ein höherer Betrag als € 100,-- bis € 150,— im Monat, als Zahlungen für Ihr Kind, nicht möglich waren, ist mehr als evident. Das Finanzamt argumentiert aus unserer Sicht vollkommen falsch in dem es sagt, „der Unterhalt müsse zumindest die Höhe der Familienbeihilfe erreichen.“

Unsere Mandantin würde mit Liebe und Freude gerne die gesamte Familienbeihilfe an ihren Sohn überweisen, sofern sie diese bekommen würde. Eine Beihilfe an einen Bedürftigen nicht zu entrichten, weil dieser ohne Familienbeihilfe nicht einen hohen Betrag an Unterhalt bezahlen kann, ist menschenverachtend und entbehrt auch jeglicher logischer Grundlage.

Unsere Mandantin bekommt nunmehr, nach dem Tod des Vaters, eine monatliche Familienbeihilfe von € 136,20, plus den Kinderabsetzbetrag von € 58,40, zusammen also € 194,60. Wenn sie diesen Betrag auch in der Vergangenheit erhalten hätte, hätte Sie mit Leichtigkeit ihrem Sohn mehr als € 200,— überweisen können.

Es ist wohl den Gesetzen jeglicher Denklogik entgegenstehend zu verlangen, dass jemand, der wenige Einkünfte hat, von diesen einen höheren Betrag für das Kindeswohl wegzahlen muss, ohne ihm diesen Betrag zur Verfügung zu stellen. Dies ist ungerecht, hilft weder dem Bedürftigen noch dem Kind und widerspricht der Intension des Gesetzes, nämlich den Kindern ein gesichertes Auskommen zu geben vollständig. Es ist geradezu menschenverachtend als Begründung zu schreiben „da sie aufgrund der Unterlagen vom 09/2013 bis 03/2015 zu geringen Unterhalt geleistet haben, war die Zahlung der Familienbeihilfe Ausgleichszahlung in diesem Zeitraum in Österreich nicht gegeben" und dies in dem Wissen, dass in Polen und das haben wir nachgewiesen, weil es auch vom Finanzamt verlangt wurde, keine Familienbeihilfe an den Vater des Kindes ausbezahlt wurde. Von einer Überversorgung bei Gewährung der Beihilfe kann daher wohl keine Rede sein.

Wir stellen daher den höflichen Antrag den Bescheid vom 25.11.2015 aufzuheben und gemäß dieser Beschwerde neu zu erlassen.

Sollte das Finanzamt diese unsere Beschwerde mittels Beschwerdevorentscheidung nicht positiv im Sinne unseres Antrages erledigen können, stellen wir den höflichen Antrag, diese unsere Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vorzulegen.

Beschwerdevorentscheidung

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 20.1.2016 wies das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet ab:

Sachverhalt:

Es wurde Ihnen die Familienbeihilfe für obigen Zeitraum aberkannt, weil es sich bei Ihrer Beschäftigung für den Zeitraum 5/11-8/13 nicht um eine Beschäftigung in Sinne der EU-Verordnung handelt.

Für den Zeitraum 9/13-3/15 waren Ihre Unterhaltsleistungen zu gering.

Sie waren in Österreich 5/11-8/13 geringfügig beschäftigt und sind seit 9/13 vollbeschäftigt und zusätzlich geringfügig beschäftigt.

Ihre Unterhaltsleistungen für das Kind wurden 5/11-4/15 an den Kindesvater überwiesen.

Der Kindesvater ist 4/15 verstorben.

Rechtliche Grundlagen:

Laut Artikel 11 Abs. 1 lt. a der EU-Verordnung Nr. 883/2004 unterliegt eine Person den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates, wenn sie eine Beschäftigung dort ausübt. Es muss sich um eine Beschäftigung im Sinne der EU-Verordnung handeln.

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine

Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Anspruch auf Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung haben Sie bei fehlender Haushaltszugehörigkeit (Meldezettel) nur dann, wenn Sie eine lückenlose monatliche Kostentragung, mindestens in Höhe der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages, mit entsprechenden Belegen (Daueraufträge, Überweisungsbelege, etc.) nachweisen können.

Diese Kosten müssen sich mit dem Einkommen decken.

Würdigung:

Als Beschäftigung im Sinne der EU-Verordnung gilt eine Tätigkeit die eine wöchentliche Mindestarbeitszeit von 8 Stunden pro Woche aufweist. Alles andere fällt unter die Geringfügigkeitsgrenze.

Für die Zeit 5/11-8/13 besteht in Ihrem Fall kein Anspruch auf Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung, da Ihre geringfügige Beschäftigung aufgrund der Stundenanzahl keine Beschäftigung im Sinne der EU-Verordnung darstellt.

Für den Zeitraum 9/13-3/15 müssen Sie nachweislich (mit Belegen) überwiegend für den Unterhalt Ihres Kindes aufkommen.

.)Unterhaltsleistungen 2011:

7-12/11 wurden laut Belegen insgesamt 600 € an Unterhalt geleistet. Das ergibt einen durchschnittlichen monatlichen Betrag von 75 €.

.)Unterhaltsleistungen 2012:

3-9/12 wurden laut Belegen 350 € an Unterhalt geleistet.

.)Unterhaltsleistungen 2013:

Es wurden laut Überweisungsbelegen 1080 € Unterhalt geleistet. Dies ergibt einen durchschnittlichen monatlichen Unterhalt in Höhe von 90 €.

.)Unterhaltsleistung 2014:

Der Nachweis Ihrer Unterhaltsleistungen beträgt 820 €. Dies ergibt einen durchschnittlichen monatlichen Unterhalt in Höhe von ca. 68 €

.)Unterhaltsleistung 2015:

Es 1-3/15 wurden 220 € überwiesen.

Betrachtungszeitraum Unterhaltsleistungen 9/13-3/15:

Der Kindesvater hat mit dem Sohn im gemeinsamen Haushalt gelebt und ist somit auch für dessen Unterhalt Vorrangig aufgekommen. Ihre Unterhaltsleistungen erwiesen sich aufgrund der Belege als sehr unregelmäßig und es kann daher nicht von einer überwiegenden ständig wiederkehrenden Leistung gesprochen werden.

Die Erfahrungen des täglichen Leben zeigen, dass ein in Polen lebendes Kind mit durchschnittlich 92 € pro Monat (errechnet aus Ihren Überweisungen 9/13-3/15) nicht überwiegend von Ihnen erhalten wird. Da der Kindesvater 4/15 verstorben ist, kann auch für _ den strittigen Zeitraum 9/13-3/15 nicht mehr eruier werden wieviel Lebenshaltungskosten für das Kind angefallen sind.

Da Sie für den Zeitraum 9/13-3/15 keinen Nachweis über eine regelmäßige und überwiegende Unterhaltsleistung erbracht haben und Ihre Leistungen zusätzlich unter der Höhe der Familienbeihilfe und des Kindesabsetzbetrages waren, war Ihre Beschwerde abzuweisen.

Vorlageantrag

Mit Schreiben vom 23.2.2016 stellte die Bf durch ihre steuerliche Vertretung Vorlageantrag:

Aufgrund des Faktums, dass notwendig erscheinende Beweise für unsere Rechtsansicht leider in Polen besorgt werden müssen, ersuchen wir höflich die Frist zur Vorlage der Begründung für diese Beschwerde um 2 Wochen (also bis zum 08.03.2016) zu verlängern.

Wie das Finanzamt selbst in seiner Berufungsvorentscheidung schreibt, ist aufgrund des Todes des Kindesvaters aus Sicht des Finanzamtes nicht mehr eruierbar wie viel Lebenshaltungskosten für das Kind angefallen sind. Wir meinen dagegen, dass diese Eruierung zwar schwierig, aber dennoch soweit möglich ist, dass klar wird, dass unserer Mandantin die Familienbeihilfe tatsächlich zusteht.

Im Einverständnisfall verzichten wir auf Gegenäußerung der Behörde.

Ergänzung Vorlageantrag

Der Vorlageantrag wurde am 3.3.2016 ergänzt:

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 20.01.2016 wurde der Antrag auf Gewährung für Familienbeihilfe für den Zeitraum 5/11-4/15 abgewiesen. Gegen diese Abweisung haben wir bereits einen Vorlageantrag und Beschwerde eingebracht, leider ist durch ein technisches Gebrechen ein Teil der Begründung nicht ausgedruckt und mitgesendet worden. Diese wird daher hiermit nachgeholt.

Es mag sein, dass für den Zeitraum 5/11-8/13 aufgrund der geringfügigen Beschäftigung die EU-Verordnung greift und eine EU-Beschäftigung nicht vorliegt. Allerdings sind für den Zeitraum 9/13-3/15 die Schlussfolgerungen des Finanzamtes rechtswidrig. Das Finanzamt meint zu Recht, dass unsere Mandantin überwiegend für den Unterhalt des Kindes aufkommen müsse. Es wurden allerdings in allen Jahren nur die Überweisungsbeträge,

die aus Österreich an den Kindesvater überwiesen wurden gerechnet, die bar bezahlten Beträge an den Kindesvater (und dies ist in Familien durchaus üblich und entspricht den Erfahrungen des täglichen Lebens, wie dies der Verwaltungsgerichtshof immer wieder fordert) wurden negiert und dies mit der wirklich bemerkenswerten Begründung, dass aufgrund des Todes des Kindesvater nicht mehr eruiert werden könne a) wieviel Geld er erhalten hat b) wieviel Lebenshaltungskosten für das Kind angefallen sind.

Selbstverständlich hat das Finanzamt das Recht, die fehlenden Beträge zu hinterfragen und unsere Mandantin das Recht Beweismittel anzubieten, die die von ihr behauptete überwiegende Kostentragung erhärten. Das der einfache Beweis (Aussage des Kindesvaters) nicht mehr möglich ist, ist nicht ein Grund dafür, anzunehmen, dass die überwiegende Kostentragung nicht stattgefunden hat. Es kann sowohl die Großmutter (Mutter des verstorbenen Kindesvaters), als auch das Kind selbst bestätigen, dass unsere Mandantin immer wieder Bargeldbeträge an den Kindesvater, anlässlich der Besuche in Polen, übergeben hat und es kann auch die Kindes Großmutter Aussagen darüber treffen, wie viel Kosten ein Kind dieses Alters in Polen verursacht. Die einfache Behauptung „der Kindesvater ist gestorben, daher sind die Lebenshaltungskosten nicht überwiegend getragen worden“ entsprechen nicht der rechtlich richtigen Beurteilung dieses Faktums.

Wir haben mittlerweile von der Mutter des Kindesvaters ein handgeschriebenes Schriftstück erhalten, das in einer - nicht beglaubigten - Übersetzung folgenden Inhalt hat:

Erklärung

Hiermit erkläre ich, dass ich als Mutter von verstorbenem Sohn E Ci bestätige, dass er von A Ca Unterhaltsbetrag für ihren Sohn D Ci bezogen hat. Die Unterhaltskosten betragen gegen zł 1.000,--, die Kosten vom Sprachkurs und vom Sporttraining inklusive.

Unterschrift F Ca

Wenn dies vom Finanzamt erwünscht und erbeten wird, kann diese Übersetzung selbstverständlich von einem beglaubigten Übersetzungsbüro nachgereicht werden.

Dieser Beweis bedeutet, dass unsere Mandantin sehr wohl die überwiegenden Unterhaltskosten für Ihren Sohn getragen hat, denn zł 1.000,-- sind € 228,61 insgesamt Kosten, sodass 51% € 116,60 sind. Dieser Betrag (Überweisungen + Bargeldbeträge) und Sachgegenstände sind eindeutig und klar jedes Monat von unserer Mandantin bezahlt worden.

Wir möchten nochmals daraufhin weisen, dass das Finanzamt aufgrund der BAO eine amtswegige Wahrheitsermittlung trifft und es nicht angeht, dass die Behörde als Bescheidbegründung für eine abweisende Erledigung angibt, dass durch den Tod des Kindesvaters nicht geklärt ist, wie viel Unterhalt bezahlt wurde.

Vorsorglich halten wir fest, dass die Behörde in dieser Sache nicht in freier Beweiswürdigung handeln kann, denn ein nicht vorhandener Beweis kann nicht gewürdigt werden.

Wir bieten nochmals an, das beiliegende Schreiben der Kindes Großmutter auch amtlich übersetzen zu lassen und bieten ferner an, weitere schriftliche Aussagen der Kindes Großmutter und des Sohnes über mitgebrachte Sachgüter und geleistete Barzahlungen der Mutter beizubringen, sollte dies erforderlich sein.

Wir sind mit der Behandlung dieses Vorlageantrages durch den Einzelbeamten in schriftlicher Form einverstanden.

Beigefügt war die angeführte Erklärung vom 20.2.2016.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Sachverhalt

Die Bf A B Ca ist polnische Staatsbürgerin, also Unionsbürgerin.

Der im Jänner 2000 geborene Sohn D Ci besuchte im Beschwerdezeitraum Mai 2011 bis Mai 2015 in Bytom, Polen, eine Schule. D Ci wohnte bei seinem Vater E Ci bis zu dessen Tod im April 2015 in Adresse_PL/1, Polen. Sein Vater war in Polen nichtselbständig erwerbstätig. Bis April 2010 gehörte auch die Bf dem Haushalt in Adresse_PL/1, Polen, an. Seit dem Tod seines Vaters wohnt D Ci bei seinen Großeltern F Ca und G Ci in Adresse_PL/6, Polen.

Die Bf hält sich laut ihren Angaben seit Juli 2010 ständig in Österreich auf. Meldungen gemäß Meldegesetz in Wien sind seit Dezember 2014 aktenkundig. Mit Datum 26.3.2015 wurde eine Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger/-innen und für Schweizer Bürger/-innen gemäß Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) für die Bf als Arbeitnehmerin (§ 51 Abs. 1 Z 1 NAG) ausgestellt.

Die Bf übte in Österreich seit Mai 2011 versicherte nichtselbständige Tätigkeiten als Raumpflegerin aus und hatte sich seit Mai 2011 gemäß § 19a ASVG selbst versichert. Aus dieser Erwerbstätigkeit wurde ein zu versteuerndes Einkommen wie folgt erklärt:

2011: € 686,00 (steuerpflichtige Bezüge von einem Arbeitgeber von € 1.346,00)

2012: € 2.034,82 (steuerpflichtige Bezüge von zwei Arbeitgebern)

2013: € 6.256,83 (steuerpflichtige Bezüge von zwei Arbeitgebern)

2014: € 15.909,69 (steuerpflichtige Bezüge von zwei Arbeitgebern)

2015: € 16.773,14 (steuerpflichtige Bezüge von zwei Arbeitgebern).

Der monatliche Beitrag für die Selbstversicherung gemäß § 19a ASVG betrug im Jahr 2011 € 52,78 (vgl. <https://www.sozialversicherung.at/cdscontent/load?contentid=10008.555239&version=1391176463>), somit € 633,36 für das ganze Jahr, und stieg bis zum Jahr 2015 auf monatlich € 57,30, somit € 687,60 für

das ganze Jahr, an (vgl. <https://www.sozialversicherung.at/cdscontent/load?contentid=10008.604995&version=1418647190>).

Seit September 2013 geht die Bf (neben der geringfügigen Beschäftigung) einer Erwerbstätigkeit mit 30 Wochenstunden und einem Entgelt von über € 1.100 nach.

Die Bf gibt an, monatlich zwischen € 100 und € 150 dem Vater von D, nach dessen Tod der Großmutter von D überwiesen oder bar ausbezahlt zu haben. Es sind darüber teilweise, siehe oben, Belege vorhanden und eine Bestätigung der Großmutter.

Fest steht derzeit nicht, dass die Bf die überwiegenden Unterhaltskosten für D Ci getragen hat, sowie wer Gesamtrechtsnachfolger (Erbe) nach E Ci, dem Vater von D Ci, ist, bei dem D Ci bis April 2015 haushaltszugehörig war.

Beweiswürdigung

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus der Aktenlage. Sie sind nicht strittig.

Es ist allerdings fraglich, ob die Bf tatsächlich während des gesamten Streitzeitraums monatlich zwischen € 100 und € 150 für den Unterhalt von D geleistet hat.

Es wurden (vor dem Streitzeitraum) von Oktober 2010 bis März 2011 insgesamt € 1.000,00 von der Bf an den Vater überwiesen, obwohl für diesen Zeitraum keinerlei Versicherungsdaten in Österreich vorliegen. Zwischen Juli 2011 und Dezember 2011 wurde ein Betrag von € 900,00 an den Vater überwiesen, obwohl die Bf von Mai 2011 bis Dezember 2011 brutto € 1.346,00 verdient hat und € 422,24 (8 x € 52,78) von der Bf an Selbstversicherungsbeiträgen zu leisten und darüber hinaus der Lebensunterhalt der Bf zu bestreiten war. Diese Frage kann jedoch, wie unten auszuführen, auf sich beruhen.

Unstrittig ist, dass der Sohn D zuerst bei seinem Vater und dann bei seinen Großeltern haushaltszugehörig war.

Feststellungen zur Gesamtrechtsnachfolge nach E Ci wurden vom Finanzamt nicht getroffen.

Rechtsgrundlagen

Nationales Recht

§ 2 BAO lautet:

§ 2. Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten, soweit sie hierauf nicht unmittelbar anwendbar sind und nicht anderes bestimmt ist, sinngemäß in Angelegenheiten

a) der von den Abgabenbehörden des Bundes zuzuerkennenden oder rückzufordernden bundesrechtlich geregelten

1. Beihilfen aller Art und

2. Erstattungen, Vergütungen und Abgeltungen von Abgaben und Beiträgen;

b) des Tabak-, Salz- und Alkoholmonopols, soweit die Abgabenbehörden des Bundes nach den diese Monopole regelnden Vorschriften behördliche Aufgaben zu besorgen haben;

c) der von den Abgabenbehörden der Länder und Gemeinden zuzuerkennenden oder rückzufordernden landesrechtlich geregelten Erstattungen von Abgaben.

§ 2a BAO lautet:

§ 2a. Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten sinngemäß im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, soweit sie im Verfahren der belangten Abgabenbehörde gelten. In solchen Verfahren ist das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) nicht anzuwenden. § 54 VwGVG gilt jedoch sinngemäß für das Verfahren der Verwaltungsgerichte der Länder.

§ 114 BAO lautet:

§ 114. (1) Die Abgabenbehörden haben darauf zu achten, daß alle Abgabepflichtigen nach den Abgabenvorschriften erfaßt und gleichmäßig behandelt werden, sowie darüber zu wachen, daß Abgabeneinnahmen nicht zu Unrecht verkürzt werden. Sie haben alles, was für die Bemessung der Abgaben wichtig ist, sorgfältig zu erheben und die Nachrichten darüber zu sammeln, fortlaufend zu ergänzen und auszutauschen.

(2) Hiefür darf eine elektronische Dokumentation angelegt werden (Dokumentationsregister). Diese Dokumentation hat insbesondere Daten betreffend die Identität des Abgabepflichtigen und die Klassifizierung seiner Tätigkeit zu umfassen.

(3) Die Abgabenbehörde kann Anbringen und andere das Verfahren betreffende Unterlagen mit automationsunterstützter Datenverarbeitung erfassen. Diese Erfassung beeinträchtigt nicht die Beweiskraft, wenn sichergestellt ist, dass die so erfassten Unterlagen nachträglich nicht unbemerkt verändert werden können.

(4) Soweit es zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich ist, dürfen die Abgabenbehörden Daten automationsunterstützt verarbeiten, die ihnen im Rahmen ihrer Zuständigkeit entweder aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen oder freiwillig überlassen oder sonst bei Vollziehung von Abgabenvorschriften und der Wahrnehmung ihrer Aufgaben gewonnen werden. Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur dann erlaubt, wenn sie zur Verhinderung und zur Aufklärung abgabenrechtlicher Gesetzesverletzungen geeignet, erforderlich und angemessen ist.

§ 115 BAO lautet:

§ 115. (1) Die Abgabenbehörden haben die abgabepflichtigen 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.

(2) Den Parteien ist Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben.

(3) Die Abgabenbehörden haben Angaben der Abgabepflichtigen und amtsbekannte Umstände auch zugunsten der Abgabepflichtigen zu prüfen und zu würdigen.

(4) Solange die Abgabenbehörde nicht entschieden hat, hat sie auch die nach Ablauf einer Frist vorgebrachten Angaben über tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse zu prüfen und zu würdigen.

§ 119 BAO lautet:

§ 119. (1) Die für den Bestand und Umfang einer Abgabepflicht oder für die Erlangung abgabenrechtlicher Begünstigungen bedeutsamen Umstände sind vom Abgabepflichtigen nach Maßgabe der Abgabenvorschriften offenzulegen. Die Offenlegung muß vollständig und wahrheitsgemäß erfolgen.

(2) Der Offenlegung dienen insbesondere die Abgabenerklärungen, Anmeldungen, Anzeigen, Abrechnungen und sonstige Anbringen des Abgabepflichtigen, welche die Grundlage für abgabenrechtliche Feststellungen, für die Festsetzung der Abgaben, für die Freistellung von diesen oder für Begünstigungen bilden oder die Berechnungsgrundlagen der nach einer Selbstberechnung des Abgabepflichtigen zu entrichtenden Abgaben bekanntgeben.

§ 138 BAO lautet:

§ 138. (1) Auf Verlangen der Abgabenbehörde haben die Abgabepflichtigen und die diesen im § 140 gleichgestellten Personen in Erfüllung ihrer Offenlegungspflicht (§ 119) 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.

(2) Bücher, Aufzeichnungen, Geschäftspapiere, Schriften und Urkunden sind auf Verlangen zur Einsicht und Prüfung vorzulegen, soweit sie für den Inhalt der Anbringen von Bedeutung sind.

§ 147 BAO lautet:

§ 147. (1) Bei jedem, der zur Führung von Büchern oder von Aufzeichnungen oder zur Zahlung gegen Verrechnung mit der Abgabenbehörde verpflichtet ist, kann die Abgabenbehörde jederzeit alle für die Erhebung von Abgaben bedeutsamen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse prüfen (Außenprüfung).

(2) Auf Prüfungen, die nur den Zweck verfolgen, die Zahlungsfähigkeit eines Abgabepflichtigen und deren voraussichtliche Entwicklung festzustellen, finden die Bestimmungen des § 148 Abs. 3 und die §§ 149 und 150 keine Anwendung.

§§ 166, 167 BAO lauten:

§ 166. Als Beweismittel im Abgabenverfahren kommt alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist.

§ 167. (1) Tatsachen, die bei der Abgabenbehörde offenkundig sind, und solche, für deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermutung aufstellt, bedürfen keines Beweises.

(2) Im übrigen hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

§ 183 BAO lautet:

§ 183. (1) Beweise sind von Amts wegen oder auf Antrag aufzunehmen.

(2) Die Abgabenbehörde kann die Beweisaufnahme auch im Wege der Amtshilfe durch andere Abgabenbehörden vornehmen lassen.

(3) Von den Parteien beantragte Beweise sind aufzunehmen, soweit nicht eine Beweiserhebung gemäß § 167 Abs. 1 zu entfallen hat. Von der Aufnahme beantragter Beweise ist abzusehen, wenn die unter Beweis zu stellenden Tatsachen als richtig anerkannt werden oder unerheblich sind, wenn die Beweisaufnahme mit unverhältnismäßigem Kostenaufwand verbunden wäre, es sei denn, daß die Partei sich zur Tragung der Kosten bereit erklärt und für diese Sicherheit leistet, oder wenn aus den Umständen erhellt, daß die Beweise in der offenbaren Absicht, das Verfahren zu verschleppen, angeboten worden sind. Gegen die Ablehnung der von den Parteien angebotenen Beweise ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig.

(4) Den Parteien ist vor Erlassung des abschließenden Sachbescheides Gelegenheit zu geben, von den durchgeführten Beweisen und vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äußern.

§ 270 BAO lautet:

§ 270. Auf neue Tatsachen, Beweise und Anträge, die der Abgabenbehörde im Laufe des Beschwerdeverfahrens zur Kenntnis gelangen, ist von der Abgabenbehörde Bedacht zu nehmen, auch wenn dadurch das Beschwerdebegehren geändert oder ergänzt wird. Dies gilt sinngemäß für dem Verwaltungsgericht durch eine Partei oder sonst zur Kenntnis gelangte Umstände.

§ 2 FLAG 1967 lautet:

§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) für minderjährige Kinder,

b) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet

werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstausmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBl. Nr. 291/1986. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß,

c) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,

d) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird,

e) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes und dem

Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Zivildienstes begonnen oder fortgesetzt wird,

f) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 111/2010)

g) für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,

h) für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5), das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; § 2 Abs. 1 lit. b zweiter bis letzter Satz sind nicht anzuwenden,

i) für volljährige Kinder, die sich in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 24. Lebensjahres ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,

j) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, bis längstens zum erstmöglichen Abschluss eines Studiums, wenn sie

aa) bis zu dem Kalenderjahr, in dem sie das 19. Lebensjahr vollendet haben, dieses Studium begonnen haben, und

bb) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums bis zum erstmöglichen Studienabschluss zehn oder mehr Semester beträgt, und

cc) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums nicht überschritten wird,

k) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, und die sich in Berufsausbildung befinden, wenn sie vor Vollendung des 24. Lebensjahres einmalig in der Dauer von acht bis zwölf Monaten eine freiwillige praktische Hilfstätigkeit bei einer von einem gemeinnützigen Träger der freien Wohlfahrtspflege zugewiesenen Einsatzstelle im Inland ausgeübt haben; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,

l) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die teilnehmen am

- aa) Freiwilligen Sozialjahr nach Abschnitt 2 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,*
- bb) Freiwilligen Umweltschutzjahr nach Abschnitt 3 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,*
- cc) Gedenkdienst, Friedens- und Sozialdienst im Ausland nach Abschnitt 4 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,*
- dd) Europäischen Freiwilligendienst nach dem Beschluss Nr. 1719/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. November 2006 über die Einführung des Programms „Jugend in Aktion“ im Zeitraum 2007 - 2013.*

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

(3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person

- a) deren Nachkommen,*
- b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,*
- c) deren Stiefkinder,*
- d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186 a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).*

(4) Die Kosten des Unterhalts umfassen bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung und bei volljährigen Kindern, die für einen Beruf ausgebildet oder in ihrem Beruf fortgebildet werden, auch die Kosten der Berufsausbildung oder der Berufsbildung.

(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,*
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,*
- c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs 4).*

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

(6) Bezieht ein Kind Einkünfte, die durch Gesetz als einkommensteuerfrei erklärt sind, ist bei Beurteilung der Frage, ob ein Kind auf Kosten einer Person unterhalten wird, von dem um jene Einkünfte geminderten Betrag der Kosten des Unterhalts auszugehen; in

diesen Fällen trägt eine Person die Kosten des Unterhalts jedoch nur dann überwiegend, wenn sie hiezu monatlich mindestens in einem Ausmaß beiträgt, das betragsmäßig der Familienbeihilfe für ein Kind (§ 8 Abs 2) oder, wenn es sich um ein erheblich behindertes Kind handelt, der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs 2 und 4) entspricht.

(7) Unterhaltsleistungen auf Grund eines Ausgedinges gelten als auf Kosten des Unterhaltsleistenden erbracht, wenn der Unterhaltsleistende mit dem Empfänger der Unterhaltsleistungen verwandt oder verschwägert ist; solche Unterhaltsleistungen zählen für den Anspruch auf Familienbeihilfe auch nicht als eigene Einkünfte des Kindes.

(8) Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

§ 2a FLAG 1967 lautet:

§ 2a. (1) Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, daß die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

(2) In den Fällen des Abs. 1 kann der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden.

§ 3 FLAG 1967 lautet:

§ 3. (1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, oder nach § 54 des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 87/2012, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG oder nach § 54 AsylG 2005 rechtmäßig in Österreich aufhalten.

(3) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.

(4) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder,

denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde.

(5) In den Fällen des Abs. 2, Abs. 3 letzter Satz und Abs. 4 letzter Satz wird für nachgeborene Kinder die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt. Gleiches gilt für Adoptiv- und Pflegekinder, rückwirkend bis zur Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8) durch den Elternteil und das Kind. Als nachgeborene Kinder gelten jene Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden.

§ 4 FLAG 1967 lautet:

§ 4. (1) Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, haben keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

(2) Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten 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.

(3) Die Ausgleichszahlung wird in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet.

(4) Die Ausgleichszahlung ist jährlich nach Ablauf des Kalenderjahres, wenn aber der Anspruch auf die gleichartige ausländische Beihilfe früher erlischt, nach Erlöschen dieses Anspruches über Antrag zu gewähren.

(5) Die in ausländischer Währung gezahlten gleichartigen ausländischen Beihilfen sind nach den vom Bundesministerium für Finanzen auf Grund des § 4 Abs. 8 des Umsatzsteuergesetzes 1972, BGBl. Nr. 223/1972, in der „Wiener Zeitung“ kundgemachten jeweiligen Durchschnittskursen in inländische Währung umzurechnen.

(6) Die Ausgleichszahlung gilt als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes; die Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe finden jedoch auf die Ausgleichszahlung keine Anwendung.

(7) Der Anspruch auf die Ausgleichszahlung geht auf die Kinder, für die sie zu gewähren ist, über, wenn der Anspruchsberechtigte vor rechtzeitiger Geltendmachung des Anspruches gestorben ist. Sind mehrere anspruchsberechtigte Kinder vorhanden, ist die Ausgleichszahlung durch die Anzahl der anspruchsberechtigten Kinder zu teilen.

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

§§ 10, 11, 12, 13 FLAG 1967 lauten:

§ 10. (1) Die Familienbeihilfe wird, abgesehen von den Fällen des § 10a, nur auf Antrag gewährt; die Erhöhung der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) ist besonders zu beantragen.

(2) Die Familienbeihilfe wird 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.

(3) Die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) werden höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. In bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist § 209 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, anzuwenden.

(4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.

(5) Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, bedürfen zur Geltendmachung des Anspruches auf die Familienbeihilfe und zur Empfangnahme der Familienbeihilfe nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

§ 11. (1) Die Familienbeihilfe wird, abgesehen von den Fällen des § 4, monatlich durch das Wohnsitzfinanzamt automationsunterstützt ausgezahlt.

(2) Die Auszahlung erfolgt durch Überweisung auf ein Girokonto bei einer inländischen oder ausländischen Kreditunternehmung. Bei berücksichtigungswürdigen Umständen erfolgt die Auszahlung mit Baranweisung.

(3) Die Gebühren für die Auszahlung der Familienbeihilfe im Inland sind aus allgemeinen Haushaltsmitteln zu tragen.

§ 12. (1) Das Wohnsitzfinanzamt hat bei Entstehen oder Wegfall eines Anspruches auf Familienbeihilfe eine Mitteilung auszustellen. Eine Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe ist auch über begründetes Ersuchen der die Familienbeihilfe beziehenden Person auszustellen.

(2) Wird die Auszahlung der Familienbeihilfe eingestellt, ist die Person, die bislang die Familienbeihilfe bezogen hat, zu verständigen.

§ 13. Über Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe hat das nach dem Wohnsitz oder dem gewöhnlichen Aufenthalt der antragstellenden Person zuständige Finanzamt zu entscheiden. Insoweit einem Antrag nicht oder nicht vollinhaltlich stattzugeben ist, ist ein Bescheid zu erlassen.

§ 53 FLAG 1967 lautet:

§ 53. (1) Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind, 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 Wirtschaftsraums nach

Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

(2) Die Gleichstellung im Sinne des Abs. 1 gilt auch im Bereich der Amtssitzabkommen sowie Privilegienabkommen, soweit diese für Angestellte internationaler Einrichtungen und haushaltszugehörige Familienmitglieder nicht österreichischer Staatsbürgerschaft einen Leistungsausschluss aus dem Familienlastenausgleich vorsehen.

(3) § 41 ist im Rahmen der Koordinierung der sozialen Sicherheit im Europäischen Wirtschaftsraum mit der Maßgabe anzuwenden, dass ein Dienstnehmer im Bundesgebiet als beschäftigt gilt, wenn er den österreichischen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit unterliegt.

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet:

(3) Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

§ 19a ASVG lautet:

Selbstversicherung bei geringfügiger Beschäftigung

§ 19a. (1) Personen, die von der Vollversicherung gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 oder Teilversicherung nach § 7 Z 4 ausgenommen und auch sonst weder in der Krankenversicherung noch in der Pensionsversicherung nach diesem oder einem anderen Bundesgesetz pflichtversichert sind, können sich, solange sie ihren Wohnsitz im Inland haben, auf Antrag in der Kranken- und Pensionsversicherung selbstversichern. Die Pensionsversicherung nach § 8 Abs. 1 Z 2 lit. g dieses Bundesgesetzes, nach § 3 Abs. 3 Z 4 GSVG und nach § 4a Z 4 BSVG gilt nicht als Pflichtversicherung im Sinne des ersten Satzes. Ausgeschlossen von dieser Selbstversicherung sind jedoch die im § 123 Abs. 9 und 10 genannten Personen sowie Personen, die einen bescheidmäßig zuerkannten Anspruch auf eine laufende Leistung aus einer eigenen gesetzlichen Pensionsversicherung haben. Die Selbstversicherung für Personen, die von der Teilversicherung nach § 7 Z 4 ausgenommen sind, erfolgt in der Pensionsversicherung nach diesem Bundesgesetz und in der Krankenversicherung nach dem B-KUVG (§ 7a B-KUVG).

(2) Die Selbstversicherung beginnt

1. a) bei der erstmaligen Inanspruchnahme mit dem Tag des Beginnes der geringfügigen Beschäftigung, wenn der Antrag binnen sechs Wochen nach diesem Zeitpunkt gestellt wird, und

b) bei Personen, die mit Dienstleistungsscheck entlohnt werden, mit dem Tag des Beginnes der ersten Beschäftigung, wenn der Antrag spätestens bis zum Ablauf des nächsten Kalendermonates gestellt wird,

2. sonst mit dem der Antragstellung folgenden Tag, im Falle der Beendigung der Selbstversicherung nach Abs. 3 Z 2 oder 3 jedoch frühestens nach Ablauf von drei Kalendermonaten nach dieser Beendigung,

3. bei Personen, die mit Dienstleistungsscheck entlohnt werden und nach § 471f in der Kranken- und Pensionsversicherung pflichtversichert waren, am Tag nach dem Ende dieser Pflichtversicherung.

(3) Die Selbstversicherung endet

1. mit dem Wegfall der Voraussetzungen; für Personen, die mit Dienstleistungsscheck entlohnt werden, fallen die Voraussetzungen mit Ablauf des ersten Kalendermonates weg, wenn für zwei aufeinander folgende Kalendermonate kein Dienstleistungsscheck eingelöst wird;

2. mit dem Tag des Austrittes;

3. wenn der fällige Beitrag nicht binnen zwei Monaten nach Ablauf des Monates, für den er gelten soll, gezahlt worden ist, mit dem Ende des Monates, für den zuletzt ein Beitrag entrichtet worden ist.

(4) Der Antrag auf Selbstversicherung ist unter Bedachtnahme auf § 26 bei jenem Krankenversicherungsträger zu stellen, der nach dem Wohnsitz des Antragstellers für die Pflichtversicherung zuständig wäre. Dieser Versicherungsträger ist auch zur Durchführung der Krankenversicherung zuständig. Ist der Antragsteller bereits bei einem anderen Krankenversicherungsträger pflichtversichert, so ist dieser Versicherungsträger zur Entgegennahme des Antrages und zur Durchführung der Versicherung zuständig.

(5) Die nach Abs. 1 Selbstversicherten sind dem Zweig der Pensionsversicherung zugehörig, in dem zuletzt Pflichtversicherung bestand. Waren sie bisher nicht in der Pensionsversicherung pflichtversichert oder sind sie auf Grund des Bezuges von Dienstleistungsschecks versichert, so sind sie der Pensionsversicherung der Arbeiter zugehörig.

(6) Bezüglich der Gewährung von Leistungen sowohl nach diesem Bundesgesetz als auch nach dem Mutterschutzgesetz 1979 hat die Selbstversicherung in der Krankenversicherung die gleichen Rechtswirkungen wie eine Pflichtversicherung. Dies gilt auch hinsichtlich der Berechtigung zur Weiterversicherung in der Pensionsversicherung.

Unionsrecht

Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit

Für den Streitzeitraum ist die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: VO 883/2004) maßgebend.

Die VO 883/2004 gilt für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, welche Familienleistungen betreffen (Art. 3 Abs. 1 Buchstabe j VO 883/2004). Die in Rede stehende Familienbeihilfe ist eine Familienleistung.

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

Zu den Familienangehörigen zählt Art. 1 Abs. 1 Buchstabe i Nummer 1 VO 883/2004 (Unterbuchstabe i) "jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird". "Unterscheiden die gemäß Nummer 1 anzuwendenden Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats die Familienangehörigen nicht von anderen Personen, auf die diese Rechtsvorschriften anwendbar sind, so werden der Ehegatte, die minderjährigen Kinder und die unterhaltsberechtigten volljährigen Kinder als Familienangehörige angesehen" (Art. 1 Abs. 1 Buchstabe i Nummer 2 VO 883/2004). Wird nach den anzuwendenden nationalen Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familien- oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Versicherten oder dem Rentner in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. i Z 3 VO 883/2004 diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Versicherten oder dem Rentner bestritten wird.

"Wohnort" ist der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person (Art. 1 Abs. 1 Buchstabe j VO 883/2004), "Aufenthalt" der vorübergehende Aufenthalt (Art. 1 Abs. 1 Buchstabe k VO 883/2004).

"Familienleistungen" sind alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen (Art. 1 Abs. 1 Buchstabe z VO 883/2004).

Art. 4 VO 883/2004 zufolge haben die 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 883/2004 den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats.

Art. 11 VO 883/2004 lautet:

Artikel 11

Allgemeine Regelung

(1) Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Für die Zwecke dieses Titels wird bei Personen, die aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben. Dies gilt nicht für Invaliditäts-, Alters- oder Hinterbliebenenrenten oder für Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten oder für Geldleistungen bei Krankheit, die eine Behandlung von unbegrenzter Dauer abdecken.

(3) Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt Folgendes:

a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

b) ein Beamter unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, dem die ihn beschäftigende Verwaltungseinheit angehört;

c) eine Person, die nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats Leistungen bei Arbeitslosigkeit gemäß Artikel 65 erhält, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

d) eine zum Wehr- oder Zivildienst eines Mitgliedstaats einberufene oder wiedereinberufene Person unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

e) jede andere Person, die nicht unter die Buchstaben a bis d fällt, unterliegt unbeschadet anders lautender Bestimmungen dieser Verordnung, nach denen ihr Leistungen aufgrund der Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zustehen, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats.

(4) Für die Zwecke dieses Titels gilt eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit, die gewöhnlich an Bord eines unter der Flagge eines Mitgliedstaats fahrenden Schiffes auf See ausgeübt wird, als in diesem Mitgliedstaat ausgeübt. Eine Person, die einer Beschäftigung an Bord eines unter der Flagge eines Mitgliedstaats fahrenden Schiffes nachgeht und ihr Entgelt für diese Tätigkeit von einem Unternehmen oder einer Person mit Sitz oder Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat erhält, unterliegt jedoch den Rechtsvorschriften des letzteren Mitgliedstaats, sofern sie in diesem Staat wohnt. Das Unternehmen oder die Person, das bzw. die das Entgelt zahlt, gilt für die Zwecke dieser Rechtsvorschriften als Arbeitgeber.

Nach Art. 11 Abs. 3 Buchst. a VO 883/2004 unterliegt daher eine Person, die (nur) in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats.

Artikel 13 VO 883/2004 lautet:

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.

(2) Eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt

a) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt, oder

b) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sich der Mittelpunkt ihrer Tätigkeiten befindet, wenn sie nicht in einem der Mitgliedstaaten wohnt, in denen sie einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt.

(3) Eine Person, die gewöhnlich in verschiedenen Mitgliedstaaten eine Beschäftigung und eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sie eine Beschäftigung ausübt, oder, wenn sie eine solche Beschäftigung in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt, den nach Absatz 1 bestimmten Rechtsvorschriften.

(4) Eine Person, die in einem Mitgliedstaat als Beamter beschäftigt ist und die eine Beschäftigung und/oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, dem die sie beschäftigende Verwaltungseinheit angehört.

(5) Die in den Absätzen 1 bis 4 genannten Personen werden für die Zwecke der nach diesen Bestimmungen ermittelten Rechtsvorschriften so behandelt, als ob sie ihre gesamte Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit in dem betreffenden Mitgliedstaat ausüben und dort ihre gesamten Einkünfte erzielen würden.

Nach Art. 67 VO 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 VO 883/2004 lautet:

Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen

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

a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge: an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.

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

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

ii) bei Ansprüchen, die durch den Bezug einer Rente ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass nach diesen Rechtsvorschriften eine Rente geschuldet wird, und subsidiär gegebenenfalls die längste Dauer der nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;

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

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

(3) Wird nach Artikel 67 beim zuständigen Träger eines Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften gelten, aber nach den Prioritätsregeln der Absätze 1 und 2 des vorliegenden Artikels nachrangig sind, ein Antrag auf Familienleistungen gestellt, so gilt Folgendes:

a) Dieser Träger leitet den Antrag unverzüglich an den zuständigen Träger des Mitgliedstaats weiter, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, teilt dies der betroffenen Person mit und zahlt unbeschadet der Bestimmungen der Durchführungsverordnung über

die vorläufige Gewährung von Leistungen erforderlichenfalls den in Absatz 2 genannten Unterschiedsbetrag;

b) der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, bearbeitet den Antrag, als ob er direkt bei ihm gestellt worden wäre; der Tag der Einreichung des Antrags beim ersten Träger gilt als der Tag der Einreichung bei dem Träger, der vorrangig zuständig ist.

Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit

Die Verordnung enthält Durchführungsbestimmungen zur VO 883/2004.

Art. 59 VO 987/2009 lautet:

Artikel 59

Regelungen für den Fall, in dem sich die anzuwendenden Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen ändern

(1) Ändern sich zwischen den Mitgliedstaaten während eines Kalendermonats die Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen, so setzt der Träger, der die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gezahlt hat, nach denen die Leistungen zu Beginn dieses Monats gewährt wurden, unabhängig von den in den Rechtsvorschriften dieser Mitgliedstaaten für die Gewährung von Familienleistungen vorgesehenen Zahlungsfristen die Zahlungen bis zum Ende des laufenden Monats fort.

(2) Er unterrichtet den Träger des anderen betroffenen Mitgliedstaats oder die anderen betroffenen Mitgliedstaaten von dem Zeitpunkt, zu dem er die Zahlung dieser Familienleistungen einstellt. Ab diesem Zeitpunkt übernehmen der andere betroffene Mitgliedstaat oder die anderen betroffenen Mitgliedstaaten die Zahlung der Leistungen.

Art. 60 VO 987/2009 lautet:

Artikel 60

Verfahren bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung

(1) Die Familienleistungen werden bei dem zuständigen Träger beantragt. Bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung ist, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen. Nimmt eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahr, berücksichtigt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen

Rechtsvorschriften anzuwenden sind, einen Antrag auf Familienleistungen, der von dem anderen Elternteil, einer als Elternteil behandelten Person oder von der Person oder Institution, die als Vormund des Kindes oder der Kinder handelt, gestellt wird.

(2) Der nach Absatz 1 in Anspruch genommene Träger prüft den Antrag anhand der detaillierten Angaben des Antragstellers und berücksichtigt dabei die gesamten tatsächlichen und rechtlichen Umstände, die die familiäre Situation des Antragstellers ausmachen.

Kommt dieser Träger zu dem Schluss, dass seine Rechtsvorschriften nach Artikel 68 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung prioritär anzuwenden sind, so zahlt er die Familienleistungen nach den von ihm angewandten Rechtsvorschriften.

Ist dieser Träger der Meinung, dass aufgrund der Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats ein Anspruch auf einen Unterschiedsbetrag nach Artikel 68 Absatz 2 der Grundverordnung bestehen könnte, so übermittelt er den Antrag unverzüglich dem zuständigen Träger des anderen Mitgliedstaats und informiert die betreffende Person; außerdem unterrichtet er den Träger des anderen Mitgliedstaats darüber, wie er über den Antrag entschieden hat und in welcher Höhe Familienleistungen gezahlt wurden.

(3) Kommt der Träger, bei dem der Antrag gestellt wurde, zu dem Schluss, dass seine Rechtsvorschriften zwar anwendbar, aber nach Artikel 68 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung nicht prioritär anwendbar sind, so trifft er unverzüglich eine vorläufige Entscheidung über die anzuwendenden Prioritätsregeln, leitet den Antrag nach Artikel 68 Absatz 3 der Grundverordnung an den Träger des anderen Mitgliedstaats weiter und informiert auch den Antragsteller darüber. Dieser Träger nimmt innerhalb einer Frist von zwei Monaten zu der vorläufigen Entscheidung Stellung.

Falls der Träger, an den der Antrag weitergeleitet wurde, nicht innerhalb von zwei Monaten nach Eingang des Antrags Stellung nimmt, wird die oben genannte vorläufige Entscheidung anwendbar und zahlt dieser Träger die in seinen Rechtsvorschriften vorgesehenen Leistungen und informiert den Träger, an den der Antrag gerichtet war, über die Höhe der gezahlten Leistungen.

(4) Sind sich die betreffenden Träger nicht einig, welche Rechtsvorschriften prioritär anwendbar sind, so gilt Artikel 6 Absätze 2 bis 5 der Durchführungsverordnung. Zu diesem Zweck ist der in Artikel 6 Absatz 2 der Durchführungsverordnung genannte Träger des Wohnorts der Träger des Wohnorts des Kindes oder der Kinder.

(5) Der Träger, der eine vorläufige Leistungszahlung vorgenommen hat, die höher ist als der letztlich zu seinen Lasten gehende Betrag, kann den zu viel gezahlten Betrag nach dem Verfahren des Artikels 73 der Durchführungsverordnung vom vorrangig zuständigen Träger zurückfordern.

Zeitraum Mai 2011 bis August 2013

Im Zeitraum Mai 2011 bezog die Bf nach ihren Angaben nur Einkünfte aus einer geringfügigen Beschäftigung in Österreich.

Rechtmäßiger Aufenthalt

Gem. § 3 Abs. 1 FLAG 1967 ist der rechtmäßige Aufenthalt der Bf als Antragstellerin in Österreich Voraussetzung für den Bezug von Familienbeihilfe bzw. einer Ausgleichs- oder Differenzzahlung.

Bürger aus Mitgliedstaaten der EU, des EWR sowie aus der Schweiz sind grundsätzlich zum Aufenthalt in Österreich berechtigt. Bei einer Aufenthaltsdauer von weniger als drei Monaten ist überhaupt kein Aufenthaltstitel erforderlich, bei einer Aufenthaltsdauer von mehr als drei Monaten kommen die in § 9 NAG angeführten Aufenthaltstitel in Betracht (vgl. Aigner/Wanke in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 3 Rz 133).

Diese Aufenthaltstitel nach § 9 NAG sind im Gegensatz zu jenen nach § 8 NAG (und nach § 54 AsylG 2005) deklarativ und nicht konstitutiv (vgl. VwGH 3.4.2009, 2008/22/0439; VwGH 17.11.2011, 2009/21/0378; VwGH 22.10.2015, 2013/16/0217).

Liegt ein aufrechter Aufenthaltstitel vor, ist die Voraussetzung des rechtmäßigen Aufenthalts in Österreich gegeben und der Anspruch auf Familienbeihilfe ist nur mehr nach den allgemeinen Voraussetzungen, die auch für österreichische Staatsbürger gelten, zu beurteilen (vgl. BFG 20.6.2014, RV/5100906/2012).

Für den Zeitraum Mai 2011 bis August 2013 ist keine Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger/-innen und für Schweizer Bürger/-innen gemäß Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz aktenkundig. Das Vorliegen eines Aufenthaltstitels entfaltet keine Rückwirkung auf Zeiten vor dessen Ausstellung (BFG 30.9.2016, RV/7102024/2016).

Eigenständige Beurteilung

Die Beihilfenbehörde und das Bundesfinanzgericht haben eigenständig zu beurteilen, ob bis März 2015 (der Ausstellung der Anmeldebescheinigung gemäß § 9 NAG) der Aufenthalt der Bf in Österreich rechtmäßig war (vgl. Aigner/Wanke in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 3 Rz 163).

Unionsrechtliches Aufenthaltsrecht

Jeder Unionsbürger hat gemäß Artikel 7 Absatz 1 Unionsbürger-RL 2004/38/EG das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von über drei Monaten, wenn er

- a) Arbeitnehmer oder Selbständiger im Aufnahmemitgliedstaat ist oder
- b) für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, und er und seine Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen oder
- c) bei einer privaten oder öffentlichen Einrichtung, die von dem Aufnahmemitgliedstaat aufgrund seiner Rechtsvorschriften oder seiner Verwaltungspraxis anerkannt oder finanziert wird, zur Absolvierung einer Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung als Hauptzweck eingeschrieben ist und über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügt und der zuständigen nationalen Behörde durch eine Erklärung oder durch jedes andere gleichwertige Mittel seiner Wahl glaubhaft macht, dass er für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, oder
- d) ein Familienangehöriger ist, der den Unionsbürger, der die Voraussetzungen des Buchstabens a), b) oder c) erfüllt, begleitet oder ihm nachzieht.

Erwerbstätigkeit bei sehr niedrigen (erklärten) Einkünften?

Seit Mai 2011 ging die Bf nachweislich in Österreich durchgehend einer Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmerin nach. Bis April 2013 wurden daraus nur sehr geringe Einkünfte erklärt.

Es ist also zu prüfen, ob sich die Bf auf ihre Tätigkeit als Arbeitnehmerin nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. a RL 2004/38/EG berufen kann oder ob gemäß Art. 7 Abs. 1 Buchst. b RL 2004/38/EG der Nachweis des Vorliegens ausreichender Existenzmittel erforderlich ist.

Die RL 2004/38/EG unterscheidet in Bezug auf die Voraussetzung, über ausreichende Existenzmittel zu verfügen, zwischen erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Personen. Der erstgenannten Gruppe von Unionsbürgern, die sich im Aufnahmemitgliedstaat befinden, steht nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. a RL 2004/38/EG das Aufenthaltsrecht zu, ohne dass sie weitere Voraussetzungen erfüllen muss. Allerdings wird in Art. 7 Abs. 1 Buchst. b dieser Richtlinie von nicht erwerbstätigen Personen verlangt, dass sie über ausreichende

eigene Existenzmittel verfügen (EuGH 11.11.2014, C-333/13, Elisabeta Dano, Florin Dano).

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist der Begriff "Arbeitnehmer" im Sinne von Art. 45 AEUV ein autonomer Begriff des Unionsrechts, der nicht eng ausgelegt werden darf (vgl. EuGH 3.6.1986, 66/85, Lawrie-Blum; EuGH 21.6.1988, 197/86, Brown; EuGH 26.2.1992, C-3/90, Bernini; EuGH 6.11.2003, C-413/01, Ninni-Orasche; EuGH 21.2.2013, C-46/12, L.N.).

Der Arbeitnehmerbegriff ist anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält (vgl. EuGH 3.6.1986, 66/85, Lawrie-Blum; EuGH 6.11.2003, C-413/01, Ninni-Orasche; EuGH 11.9.2008, C-228/07, Petersen; EuGH 4.6.2009, C-22/08, Vatsouras und Koupatantze; EuGH 21.2.2013, C-46/12, L.N.).

Die beschränkte Höhe dieser Vergütung, der Ursprung der Mittel für diese, die stärker oder schwächere Produktivität des Betroffenen oder der Umstand, dass er nur eine geringe Anzahl von Wochenstunden Arbeit leistet, schließen es nicht aus, dass eine Person als "Arbeitnehmer" im Sinne von Art. 45 AEUV anerkannt wird (vgl. EuGH 3.6.1986, 66/85, Lawrie-Blum; EuGH 31.5.1989, 344/87, Bettray; EuGH 26.2.1992, C-3/90, Bernini; EuGH 30.3.2006, C-10/05, Mattern und Cikotic; EuGH 21.2.2013, C-46/12, L.N.). " Die Teilzeitbeschäftigung stellt für eine große Anzahl von Personen ein wirksames Mittel zur Verbesserung ihrer Lebensbedingungen dar, auch wenn sie möglicherweise zu Einkünften führt, die unter dem liegen, was als Existenzminimum angesehen wird" (vgl. EuGH 23.3.1982, 53/81, Levin).

Unter die unionsrechtlichen Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer fällt auch ein Angehöriger eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis ausübt, "mit der er weniger verdient, als im letztgenannten Staat als Existenzminimum angesehen wird, wobei es nicht darauf ankommt, ob er die Einkünfte aus seiner Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis durch andere Einkünfte bis zu diesem Minimum ergänzt oder sich mit Existenzgrundlagen begnügt, die darunter liegen, vorausgesetzt, er übt tatsächlich eine echte Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis aus" (vgl. EuGH 23.3.1982, 53/81, Levin).

Es hindert nicht, die Person, die diese Tätigkeit ausübt, als Arbeitnehmer anzusehen, wenn die Bezahlung einer unselbständigen Tätigkeit unter dem Existenzminimum liegt (vgl. EuGH 14.12.1995, C-317/93, Nolte), sogar wenn der Betroffene die Vergütung durch andere Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts wie eine aus öffentlichen Mitteln des Wohnortmitgliedstaats gezahlte finanzielle Unterstützung zu ergänzen sucht (vgl. EuGH 3.6.1986, 139/85, Kempf).

Zusammengefasst: Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Die beschränkte Höhe dieser Vergütung, der Ursprung der Mittel für diese, die stärker oder schwächere Produktivität des Betroffenen oder der Umstand, dass er nur eine geringe Anzahl von Wochenstunden Arbeit leistet, schließen es nicht aus, dass eine Person als "Arbeitnehmer" im Sinne von Art. 45 AEUV anerkannt wird. Unter die unionsrechtlichen Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer fällt auch ein Angehöriger eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis ausübt, mit der er weniger verdient, als im letztgenannten Staat als Existenzminimum angesehen wird, selbst wenn eine Ergänzung des Einkommens durch staatliche Sozialhilfe erfolgt.

Erforderlich ist aber für die Qualifizierung als "Arbeitnehmer", dass eine Person eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, die keinen so geringen Umfang hat, dass sie sich als vollständig untergeordnet und unwesentlich darstellt (vgl. EuGH 23.3.1982, 53/81, Levin; EuGH 4.6.2009, C-22/08, Vatsouras und Koupatantze; EuGH 21.2.2013, C-46/12, L.N. und die dort angeführte Rechtsprechung). Bei der Prüfung, ob im konkreten Fall eine tatsächliche und echte Tätigkeit vorliegt, muss das nationale Gericht objektive Kriterien heranziehen und alle Umstände des Falles, die sich auf die Art sowohl der fraglichen Tätigkeiten als auch des fraglichen Arbeitsverhältnisses beziehen, in ihrer Gesamtheit beurteilen (vgl. EuGH 6.11.2003, C-413/01, Ninni-Orasche; EuGH 21.2.2013, C-46/12, L.N.).

Das Bundesfinanzgericht hat als Gericht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union das Unionsrecht anzuwenden. Im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen den innerstaatlichen Gerichten als den mit der Anwendung des Unionsrechts betrauten Gerichten und dem EuGH soll die ordnungsgemäße Anwendung und die einheitliche Auslegung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten sichergestellt werden (vgl. EuGH 15.3.2017, C-3/16, Lucio Cesare Aquino; EuGH 9.9.2015, C-72/14, X und van Dijk, C-72/14 und C-197/14, u.v.am.). Diese Zusammenarbeit soll verhindern, dass sich in einem Mitgliedstaat eine nationale Rechtsprechung herausbildet, die mit den Normen des Unionsrechts nicht im Einklang steht (vgl. EuGH 15.3.2017, C-3/16, Lucio Cesare Aquino; EuGH 15.9.2005, C-495/03, Intermodal Transports). Art. 267 AEUV verleiht dem EuGH die Zuständigkeit, im Wege der Vorabentscheidung sowohl über die Auslegung der Verträge und der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union als auch über die Gültigkeit dieser Handlungen zu entscheiden (vgl. EuGH 9.9.2015, C-72/14, X und van Dijk, C-72/14 und C-197/14).

Da die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH bindend ist, hat das Bundesfinanzgericht der Auslegung des Begriffs des "Arbeitnehmers" durch den EuGH zu folgen.

Im Hinblick auf die dargestellte Rechtsprechung des EuGH wird nicht festgestellt, dass die Bf nicht als Arbeitnehmerin im Sinne des Unionsrechts erwerbstätig war.

Ob eine Erwerbstätigkeit i.S.d. Rechtsprechung "vollständig untergeordnet und unwesentlich" ist, ist an Hand der persönlichen Situation des jeweiligen Unionsbürgers zu beurteilen, im Besonderen ob dieser über weitere Einkunftsquellen oder über zur Unterhaltsbestreitung geeignetes Vermögen verfügt. Das Vorliegen dieses Kriteriums ist daher nicht abstrakt an Hand der Arbeitszeit oder des Arbeitslohns zu prüfen, sondern es muss die gesamte Situation des Unionsbürgers untersucht werden. Daher kann nach der dargestellten Rechtsprechung auch eine unter dem Existenzminimum gelegene Bezahlung die Arbeitnehmereigenschaft nicht in Frage stellen.

Auch wenn die von der Bf seit Mai 2011 ausgeübte, den Behörden offengelegte Tätigkeit als geringfügig beschäftigte Arbeitnehmerin zu nur sehr geringen Einkünften geführt hat, handelte es sich doch um eine im Sinne der Rechtsprechung ernsthafte und nicht bloß zum Schein ausgeübte Tätigkeit. Das Bundesfinanzgericht zweifelt nicht daran, dass die Bf tatsächlich als Raumpflegerin in einem fremdüblichen Arbeitsverhältnis tätig war. Die Bf war seit Mai 2011 regelmäßig in geringem Umfang teilzeitbeschäftigt, das erhaltene Entgelt war der Art der Tätigkeit und dem Beschäftigungsumfang angemessen. Der Tätigkeitsumfang erhöhte sich auch seit Mai 2011.

Im Hinblick auf die zu dieser Zeit bekannten schlechten Aussichten auf dem polnischen Arbeitsmarkt, die viele polnische Staatsbürger zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit außerhalb ihrer Heimat veranlasste, war anscheinend auch die geringfügige Beschäftigung bzw. waren die geringfügigen Beschäftigungen ein wirksames Mittel zur Verbesserung der Lebensbedingungen der Bf. Für die Bf war diese geringfügige Beschäftigung keineswegs "vollständig untergeordnet und unwesentlich", sondern im Gegenteil die oder eine wesentliche Einkunftsquelle. In den vorgelegten Akten gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Bf seit Mai 2011 über andere Einkunftsquellen außerhalb Österreichs verfügt hat.

Somit hielt sich die Bf seit Mai 2011 rechtmäßig als Arbeitnehmerin in Österreich auf; die Anspruchsvoraussetzung nach § 3 Abs. 1 FLAG 1967 ist also erfüllt.

Allerdings ist auf § 114 BAO hinzuweisen, der die Abgabenbehörden verpflichtet, darauf zu achten, daß alle Abgabepflichtigen nach den Abgabenvorschriften erfasst und gleichmäßig behandelt werden, sowie darüber zu wachen, dass Abgabeneinnahmen nicht zu Unrecht verkürzt werden. Gemäß § 115 BAO haben die Abgabenbehörden die abgabepflichtigen 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.

Es ist äußerst unwahrscheinlich, dass die Bf mit den für den Zeitraum Mai 2011 bis Juli 2013 offengelegten geringfügigen Einkünften ihren Lebensunterhalt in Wien (Miete, Verpflegung, Bekleidung, usw.) bestreiten, ihre Versicherungsbeiträge gemäß § 19a ASVG bezahlen und auch noch Geld an den Vater ihres Sohnes überweisen konnte.

Die Bf war von Mai 2011 bis Februar 2012 geringfügig bei Arbeitgeber 2 (Mag. K J) und von März 2012 bis laufend geringfügig bei Arbeitgeber 3 (Mag. I J) beschäftigt. Das Entgelt für 4 Wochenstunden betrug € 180,00 im Monat, das entspricht unter Berücksichtigung der Sonderzahlungen (Weihnachts- und Urlaubsgeld) einem durchschnittlichen Monatsbruttoeinkommen von € 210,00.

Im Mai 2011 bis August 2013 (28 Monate) standen der Bf somit rund € 5.880,00 (€ 210,00 x 28) zur Verfügung. Von diesem Betrag wurden rund € 1.512,00 (rund € 54,00 x 28) zur Bezahlung des Versicherungsbeitrags nach § 19a ASVG verwendet. Von den verbleibenden rund € 4.368,00 will die Bf in diesem Zeitraum zumindest (Belege) € 1.780,00 an Unterhaltszahlungen geleistet haben, sodass für den Lebensunterhalt der Bf rund € 2.588,00, das sind weniger als € 100,00 monatlich übrig geblieben wären. Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass von rund € 100,00 monatlich kein, auch nur notdürftiger Lebensunterhalt in Wien bestritten werden kann.

Das Finanzamt wird daher in Ausübung seiner sich nach §§ 114, 115 ergebenden Verpflichtungen zu prüfen haben, welche Lebenshaltungskosten die Bf im Zeitraum Mai 2011 bis Juli 2013 tatsächlich hatte und mit welchen Mitteln diese bestritten wurden. Auch wenn sich im weiteren Verfahren ergeben sollte, dass aus weiteren, dem Finanzamt und der Gebietskrankenkasse bzw. der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft entgegen den gesetzlichen Bestimmungen nicht bekannt gegebenen Erwerbstätigkeiten Einkünfte erzielt wurden, und alle Einkünfte zusammen unterhalb des steuerlichen Existenzminimums (§ 33 Abs. 1 EStG 1988) gelegen sein sollten, kann sich, abgesehen von möglichen finanzstrafrechtlichen Auswirkungen, aus § 48b BAO eine Verständigungspflicht des Finanzamts der Sozialversicherung gegenüber (möglicher Eintritt der Vollversicherungspflicht) ergeben.

Anwendbarkeit der Verordnung 883/2004

Das Unionsrecht unterscheidet nicht nur in Bezug auf das Aufenthaltsrecht, sondern auch betreffend Familienleistungen in Bezug auf den Beschäftigungsmitgliedstaat nicht, ob eine Vollzeit- oder eine Teilzeitbeschäftigung ausgeübt wird, auch eine geringfügige Beschäftigung ist eine Beschäftigung i.S.d. VO 1408/71 und der VO 883/2004 (vgl. BFG 25.7.2017, RV/7100804/2016).

Die Anwendung der jeweiligen VO darf nicht als auf die Zeiträume beschränkt angesehen werden, während deren die Beschäftigung ausgeübt wird. Arbeitet eine Person auf der Grundlage eines Vertrags über Gelegenheitsarbeit einige Tage im Monat im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats, unterliegt sie sowohl während der Tage, an denen sie eine abhängige Beschäftigung ausübt, als auch während der Tage, an denen sie dies nicht tut, den Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaats (vgl. EuGH 23.4.2015, C-382/12, Franzen u.a. m.w.N.).

Die Erwerbstätigkeit muss aber, auch in Bezug auf Familienleistungen, tatsächlich und echt sein (vgl. EuGH 10.9.2014, C-270/13, Haralambidis, m.w.N.).

Wie bereits oben zum Aufenthaltsrecht ausgeführt wurde, war die Bf seit Mai 2011 in Österreich als Arbeitnehmerin erwerbstätig.

Österreich war seit Mai 2011 als Beschäftigungsmitgliedstaat nach Art. 11 Abs. 3 Buchst. a VO 883/2004 nachrangig zur Erbringung von Familienleistungen an die Bf nach Art. 68 Abs. 1 VO 883/2004 verpflichtet, Polen hatte als Beschäftigungsmitgliedstaat des Vaters (Lagerarbeiter) und Wohnortstaat des Kindes vorrangig Familienleistungen zu erbringen.

Da Österreich nur zur Leistung einer Ausgleichszahlung zuständig war, ist die Ausgleichszahlung gem § 10 Abs. 2 FLAG 1967 bereits ab dem ersten Monatsersten (und nicht erst ab dem folgenden Monatsersten (Art. 59 VO 987/2009) zu zahlen (vgl. VwGH 12.9.2017, Ra 2015/16/0088). Wenn ein Familienmitglied Anspruch auf polnische Familienleistungen für D Ci hatte, wäre Österreich zu einer Differenzzahlung auf die polnischen Familienleistungen verpflichtet, ansonsten hätte Österreich ungekürzt Familienleistungen zu erbringen.

Zeitraum August 2013 bis April 2015

Im Zeitraum August 2013 bis April 2015 war die Bf außerdem zu 30 Wochenstunden bei der H GmbH beschäftigt. Hier ist die Arbeitnehmereigenschaft in Bezug auf das Aufenthaltsrecht und in Bezug auf Familienleistungen evident.

Mai 2015

Für Mai 2015 besteht eine Anmeldebescheinigung i.S.d. § 9 NAG. Darüber hinaus gelten die Ausführungen für den Zeitraum August 2013 bis April 2015.

Fehlende Haushaltszugehörigkeit

Im Verwaltungsverfahren wurde neben der (nach dem oben gesagten gegebenen) Arbeitnehmereigenschaft der Bf die Tragung der überwiegenden Unterhaltskosten diskutiert.

Hier kommt es allerdings nicht darauf an:

Bis zum Tod seines Vaters war D Ci bei seinem Vater haushaltszugehörig, die Bf gehörte nach ihrer Scheidung diesem Haushalt nicht mehr an. Seit dem Tod seines Vaters war D Ci bei seiner Großmutter haushaltszugehörig, die Bf gehörte auch diesem Haushalt nicht an.

Der Anspruch des in Polen gelebt habenden haushaltsführenden Vaters bzw. der Anspruch der in Polen lebenden haushaltsführenden Großmutter geht einem Anspruch der nicht haushaltsführenden Mutter auf Familienbeihilfe bzw. Ausgleichszahlung vor (vgl. BFG 11.12.2017, RV/7102126/2016; BFG 1.12.2017, RV/7105145/2017; BFG 21.11.2017, RV/7105252/2016; BFG 17.10.2017, RV/7101596/2016; BFG 6.10.2017, RV/7103701/2016; BFG 9.10.2017, RV/5101534/2016; BFG 5.9.2017, RV/3100527/2017; BFG 31.5.2017, RV/5100349/2016; BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015; BFG 24.10.2016, RV/7101771/2015; BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016; BFG 19.7.2016, RV/3100164/2016; BFG 14.8.2015, RV/7105142/2014; BFG 8.6.2015, RV/7100958/2015):

Österreichische Rechtsvorschriften sind anzuwenden

Wohnmitgliedstaat des Vaters, der Großmutter und des Kindes ist Polen.

Beschäftigungsmitgliedstaat der Mutter ist Österreich, Beschäftigungsmitgliedstaat des Vaters war Polen.

Es sind somit nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a VO 883/2004 betreffend einen Anspruch der Mutter die österreichischen Rechtsvorschriften anzuwenden. Dagegen fallen der Vater und die Großmutter nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a VO 883/2004 oder nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe e VO 883/2004 für einen eigenen, nicht von der Mutter abgeleiteten Anspruch unter die polnischen Rechtsvorschriften.

Vorrangiger Anspruch des haushaltsführenden Vaters bzw. der haushaltsführenden Großmutter

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 geht ein Anspruch des haushaltsführenden Elternteils einem solchen des im Wege des Geldunterhalts den überwiegenden Unterhalt finanzierenden Elternteils vor (vgl. für viele VwGH 27.9.2012, 2012/16/0054 m.w.N.).

Das Bundesfinanzgericht hat bei mitgliedstaatsübergreifenden Sachverhalten den Vorrang der haushaltsführenden Elternteils, auch wenn dieser in einem anderen Mitgliedstaat der Union wohne, gegenüber dem nicht haushaltsführenden oder bloß Geldunterhalt leistendem Elternteil betont (vgl. etwa BFG 14.5.2015, RV/3100177/2012; BFG 8.6.2015, RV/7100958/2015; BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016; BFG 1.9.2016, RV/7102211/2015; BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015; BFG 7.2.2017, RV/7106469/2016; BFG 31.5.2017, RV/5100349/2016; BFG 26.7.2017, RV/7103017/2017; BFG 6.10.2017, RV/7103701/2016; BFG 9.10.2017, RV/5101534/2016; BFG 17.10.2017, RV/7101596/2016; BFG 30.10.2017, RV/5100844/2012; BFG 20.11.2017, RV/5101197/2017; BFG 21.11.2017, RV/7105252/2016; BFG 27.11.2017, RV/7103534/2015; BFG 1.12.2017, RV/7105145/2017; BFG 5.12.2017, RV/7102456/2017; BFG 11.12.2017, RV/7102126/2016; BFG 4.1.2018, RV/5100738/2015; BFG 4.1.2018, RV/5101842/2014; BFG 15.1.2018, RV/7103360/2017; BFG

17.1.2018, RV/7102075/2017; BFG 24.1.2018, RV/7102814/2017; BFG 29.1.2018, RV/7102782/2017; BFG 22.2.2018, RV/5101916/2016).

Wohnortklauseln des FLAG 1967 bei Unionsbezug nicht anzuwenden

Der Verwaltungsgerichtshof hat in mehreren Erkenntnissen unmittelbar nach dem Urteil EuGH 26.11.2009, Rs C-363/08, Romana Slanina, die Ansicht vertreten, einer in einem anderen Mitgliedstaat der Union im gemeinsamen Haushalt mit dem Kind lebenden Unionsbürgerin (in der Schweiz lebenden Schweizer Bürgerin) stehe nach nationalem Recht die Bestimmung des § 2 Abs. 1 FLAG 1967 entgegen. Personen hätten nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, und sei daher § 2 Abs. 2 Satz 2 FLAG 1967 anzuwenden, wonach eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, dann Anspruch auf Familienbeihilfe hat, wenn keine andere Person nach § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 anspruchsberechtigt ist (vgl. VwGH 16.12.2009, 2009/15/0207; VwGH 2.2.2010, 2009/15/0209; VwGH 2.2.2010, 2009/15/0206; VwGH 24.2.2010, 2009/13/0243; VwGH 23.2.2010, 2009/15/0205; VwGH 24.2.2010, 2009/13/0241; VwGH 24.2.2010, 2009/13/0240; VwGH 22.12.2011, 2011/16/0068; VwGH 27.9.2012, 2011/16/0189).

Diese Auffassung ist spätestens seit den Urteilen EuGH 11.9.2014, C-394/13, B, und EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomisław Trapkowski, als überholt anzusehen (vgl. BFG 7.2.2017, RV/7106469/2016).

In seinem Erkenntnis VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067, hat der Verwaltungsgerichtshof (ohne Bezug auf die Urteile EuGH 11.9.2014, C-394/13, B, und EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomisław Trapkowski) klargestellt, dass im Anwendungsbereich des Unionsrechts die Wohnortklauseln des FLAG 1967 nicht anzuwenden sind:

14 Sowohl die Mitbeteiligte als auch deren Sohn und dessen leiblicher Vater hatten im Streitzeitraum nach den Feststellungen im angefochtenen Erkenntnis ihren Wohnort in Ungarn und sie sind nach dem Revisionsvorbringen sowie dem Akteninhalt ungarische Staatsangehörige, sodass für sie die Verordnung Nr. 883/2004 gemäß deren Art. 2 Abs. 1 gilt.

15 Daher finden die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen des § 2 Abs. 1 FLAG, welche den Familienbeihilfenbezug auf den Wohnort im Bundesgebiet abstellt, des § 2 Abs. 8 FLAG, welche auf den wesentlich durch den Wohnort bestimmten Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet abstellt, und des § 5 Abs. 3 FLAG, das einen vom Wohnort abhängigen Ausschluss der Familienbeihilfe bei ständigem Aufenthalt des Kindes im Ausland vorsieht, zufolge des Art. 7 der Verordnung Nr. 883/2004 und dessen Anwendungsvorrangs insoweit keine Anwendung. Zufolge des in Art. 4 der Verordnung Nr. 883/2004 normierten Gleichbehandlungsgrundsatzes für Personen, für

die diese Verordnung gilt, finden die durch den Anwendungsvorrang dieser Bestimmung verdrängten Bestimmungen des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG mit besonderen Voraussetzungen für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, keine Anwendung (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. September 2012, 2012/16/0066).

Anzuwendende Rechtsvorschriften

Der Gerichtshof hat in seinem oben zitierten Erkenntnis VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067, weiter ausgeführt:

19 Für den Anspruch auf Familienleistungen nach Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 ist zunächst darauf hinzuweisen, dass nach Art. 11 Abs. 3 lit a leg. cit. auf die in Ungarn beschäftigte Mitbeteiligte die Rechtsvorschriften Ungarns anzuwenden sind, sodass ihr nach § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG die Familienbeihilfe oder eine Differenzzahlung nicht zusteht. Der leibliche Vater hingegen unterliegt gemäß Art. 11 Abs. 3 lit a der Verordnung Nr. 883/2004 zufolge seiner Beschäftigung in Österreich den österreichischen Rechtsvorschriften. Nach dem FLAG kann ein Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs. 2 zweiter Satz leg. cit. bestehen. Nach dieser Bestimmung hat eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG anspruchsberechtigt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Februar 2010, 2009/15/0205).

Wie oben ausgeführt, fällt der Vater oder die Großmutter nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a VO 883/2004 oder nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe e VO 883/2004 hinsichtlich eines eigenen, nicht von der Mutter abgeleiteten Anspruchs unter die polnischen Rechtsvorschriften. Es sind somit nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a VO 883/2004 betreffend einen Anspruch der Mutter die österreichischen Rechtsvorschriften anzuwenden. Insoweit folgt das Bundesfinanzgericht der in Rn 19 des Erkenntnisses VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067, vertretenen Auffassung.

Wie im Folgenden ausführlich dargestellt, ist nach Ansicht des Bundesfinanzgerichts auf Grund des Urteils EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomisław Trapkowski, zufolge der Anwendung der österreichischen Rechtsvorschriften auf die in Österreich erwerbstätige Mutter zu prüfen, ob nicht daraus abgeleitet ein (nach nationalem Recht vorrangiger) Anspruch des Vaters oder der Großmutter auf österreichische Familienleistungen (in Form einer Ausgleichs- bzw. Differenzzahlung nach Art. 68 VO 883/2004) besteht:

Anspruchsprüfung unter Berücksichtigung des Unionsrechts nach nationalem Recht

Nach den allgemeinen Regelungen der §§ 2 bis 30 FLAG 1967 (Abschnitt I, Familienbeihilfe) kann - außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts (siehe vor allem § 53 FLAG 1967 i.V.m. VO 883/2004, VO 987/2009) - die Führung des Haushaltes im Ausland für den haushaltsführenden Elternteil keinen Anspruch auf die Familienbeihilfe begründen, weil die Grundvoraussetzung des § 2 Abs. 1 FLAG 1967, nämlich ein Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt in Österreich, nicht gegeben ist. In der Regel wird auch der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 fehlen. Der Aufenthalt der Kinder in einem anderen Mitgliedstaat der Union ist allerdings vor dem Hintergrund des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 unbedenklich, da gemäß § 53 FLAG 1967 und der unionsrechtlichen Vorschriften als "Ausland" i. S. d. FLAG 1967 ein Drittland, nicht jedoch ein anderer Mitgliedstaat der Europäischen Union (bzw. ein Staat des EWR oder die Schweiz) anzusehen ist (siehe auch Kuprian, Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem "Drittland", UFS Journal 2011, 371; BFG 15.10.2015, RV/7105434/2014; BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016; BFG 7.2.2017, RV/7106469/2016).

Das Bundesfinanzgericht hat in seinem Erkenntnis BFG 8.6.2015, RV/7100958/2015, besprochen von Radics in BFGjournal 2015, 407, darauf verwiesen, dass das Unionsrecht gewährleistet, dass den Familienangehörigen eines den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegenden Erwerbstätigen, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, die ihnen die in den anwendbaren Rechtsvorschriften des Staates der Erwerbstätigkeit vorgesehenen Familienleistungen gewährt werden (vgl. EuGH 10.10.1996, C-245/94 und C-312/94, Hoever und Zachow, ECLI:EU:C:1996:379). Aus unionsrechtlicher Sicht sei daher sicherzustellen, dass die Familienbeihilfe jedenfalls auch dann gewährt wird, wenn die Kinder in einem anderen Mitgliedstaat wohnen (vgl. VwGH 16.12.2009, 2009/15/0207).

Das BFG hat in diesem Erkenntnis ausgeführt:

Unionsrechtlich ist die Beihilfe entweder der den Unterhalt (überwiegend) leistenden Person oder der haushaltsführenden Person zu gewähren (vgl. EuGH 26.11.2009, C-363/08, Romana Slanina; EuGH 13.6.2013, C-45/12, Radia Hadj Ahmed), es gebührt aber nach nationalem Recht pro Monat und Kind die Familienbeihilfe nur einmal (§ 10 Abs. 4 FLAG 1967). Daran ändert das Unionsrecht nichts (vgl. VwGH 24.2.2010, 2009/13/0241)...

Zwischen eigenen und aus der Stellung als Familienangehöriger abgeleiteten Rechten ist bei Ansprüchen auf Familienleistungen nicht zu unterscheiden (vgl. Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 53 Rz 90 m.w.N.). Es kommt daher nicht darauf an, welcher Elternteil nach nationalem Recht leistungsberechtigt ist (vgl. EuGH 5.2.2002, C-255/99, Humer)...

Das Unionsrecht kennt keine eigenen Regelungen, welcher der Familienangehörigen vorrangig anspruchsberechtigt ist. Die Anwendbarkeit des Unionsrechts wird zwar wie hier durch die Berufstätigkeit eines Elternteils in einem anderen Mitgliedstaat als dem Wohnsitzmitgliedstaat ausgelöst, dies bedeutet aber noch nicht, dass der im anderen Mitgliedstaat berufstätige Elternteil primär anspruchsberechtigt ist. Das Unionsrecht verlangt nur, dass dem unterhaltsleistenden oder dem haushaltsführenden Elternteil Familienleistungen durch den Beschäftigungsmitgliedstaat zu gewähren sind. Ein Elternteil kann unionsrechtlich für den jeweiligen anderen Elternteil einen Anspruch auf Familienleistungen geltend machen.

Nach nationalem Recht hat Anspruch auf Familienbeihilfe grundsätzlich die Person, bei der das Kind haushaltszugehörig ist. Nur wenn kein im selben Haushalt mit dem Kind lebender Anspruchsberechtigter in Frage kommt, hat Anspruch auf Familienbeihilfe derjenige, der überwiegend die Unterhaltskosten trägt (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967).

Nach nationalem Recht geht bei gemeinsamen Haushalt der Eltern der Anspruch des haushaltsführenden Elternteils dem Anspruch des anderen Elternteils vor, wobei bis zum Beweis des Gegenteils die überwiegende Haushaltsführung der Mutter gesetzlich vermutet wird (§ 2a Abs. 1 FLAG 1967) ...

Während des gemeinsamen Haushalts mit dem Kind kommt es nach nationalen Recht nicht auf die überwiegende Unterhaltskostentragung an. Nur wenn kein Haushaltsangehöriger anspruchsberechtigt ist, vermittelt die überwiegende Unterhaltskostentragung den Familienbeihilfenanspruch (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967).

Verzichtet der primär anspruchsberechtigte Elternteil gemäß § 2a Abs. 2 FLAG 1967, geht der Anspruch auf den anderen Elternteil über, wenn dieser die Anspruchsvoraussetzungen (...) erfüllt.

Auch bei Sachverhalten mit Unionsrechtsbezug ist diese Prioritätsfolge maßgebend (vgl. VwGH 22.12.2011, 2011/16/0068; VwGH 24. 6. 2012, 2009/16/0131; VwGH 24. 2.2010, 2009/13/0240). Das Bundesfinanzgericht hat ausdrücklich ausgesprochen, dass das Unionsrecht nicht die dem österreichischen Familienbeihilfenrecht eigene Reihenfolge der Prüfung der vorrangig anspruchsberechtigten Person ändert (BFG 14. 5.2015, RV/3100177/2012). Art. 1 lit. f VO 1408/71 und Art. 1 Abs. 1 lit. i Z 1 sublit. i VO 883/2004 verweisen zur Anspruchsberechtigung auf das nationale Recht. Daher ist die nach nationalem Recht anspruchsberechtigte Person (der antragsberechtigte Elternteil) zu bestimmen. Nimmt diese ihren Anspruch nicht wahr, ergibt sich eine Antragsberechtigung einer anderen Person (des anderen Elternteils), die zum Kreis der Familienangehörigen im unionsrechtlichen Sinn zählt...

Wenige Monate nach dieser Entscheidung des BFG hat der Gerichtshof der Europäischen Union zu einer vergleichbaren Konstellation mit Urteil EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomisław Trapkowski, ECLI:EU:C:2015:720, entschieden, dass der Familienbeihilfeanspruch auch einer Person, die nicht im Mitgliedstaat der Antragstellung wohnt, zustehen kann.

Diesem Urteil lag der Fall zugrunde, dass der Vater in Deutschland wohnte und zeitweise Arbeitslosengeld bezog, während die Mutter mit dem Kind in Polen wohnte. Die Bundesagentur für Arbeit - Familienkasse Sachsen lehnte einen Antrag des Vaters auf Kindergeld ab, weil nach deutschem Recht, nämlich nach § 64 Abs. 2 dEStG, ähnlich wie nach § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967, vorrangig derjenige anspruchsberechtigt ist, dessen Haushalt das Kind angehört (siehe BFH 8.5.2014, III R 17/13).

Nach deutscher Rechtslage (§ 62 Abs. 1 dEStG) hat für Kinder i.S.d. § 63 dEStG Anspruch auf Kindergeld, wer 1. im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder 2. ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland a) nach § 1 Abs. 2 dEStG unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist oder b) nach § 1 Abs. 3 dEStG als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelt wird.

Der Anspruch nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 dEStG entspricht jenem nach § 2 Abs. 1 Satz 1 FLAG 1967: "§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, a) für minderjährige Kinder, b) für volljährige Kinder, ...".

Wie § 2 Abs. 2 FLAG 1967 ("(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.") und in weiterer Folge § 2 Abs. 3 FLAG 1967 regelt § 64 Abs. 2 dEStG das Zusammentreffen mehrerer anspruchsberechtigter Personen: "(2) Bei mehreren Berechtigten wird das Kindergeld demjenigen gezahlt, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat. Ist ein Kind in den gemeinsamen Haushalt von Eltern, einem Elternteil und dessen Ehegatten, Pflegeeltern oder Großeltern aufgenommen worden, so bestimmen diese untereinander den Berechtigten. Wird eine Bestimmung nicht getroffen, so bestimmt das Familiengericht auf Antrag den Berechtigten. Den Antrag kann stellen, wer ein berechtigtes Interesse an der Zahlung des Kindergeldes hat. Lebt ein Kind im gemeinsamen Haushalt von Eltern und Großeltern, so wird das Kindergeld vorrangig einem Elternteil gezahlt; es wird an einen Großelternteil gezahlt, wenn der Elternteil gegenüber der zuständigen Stelle auf seinen Vorrang schriftlich verzichtet hat."

Der EuGH stellte zunächst fest (Rn. 25), dass eine Person, die periodisch in einem Mitgliedstaat erwerbstätig ist und dort auch wohnt, gemäß Art. 2 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 3 Buchst. a VO 883/2004 in deren Geltungsbereich fällt. Das Kindergeld falle als Leistung, die die Kosten für den Unterhalt von Kindern verringern soll, unter den Begriff "Familienleistung" i. S. d. VO 883/2004 (vgl. EuGH 15.3.2001, C-85/99, Offermanns, EU:C:2001:166, Rn. 41, und EuGH 24. 10. 2013, C-177/12, Lachheb, EU:C:2013:689, Rn. 35).

Zur Anwendbarkeit der Prioritätsregeln, die in Art. 68 Abs. 1 VO 883/2004 für den Fall des Zusammentreffens von Ansprüchen vorgesehen sind, sei darauf hinzuweisen, dass es für die Annahme, dass in einem bestimmten Fall eine solche Kumulierung vorliege,

nicht genüge, dass Leistungen in dem Mitgliedstaat, in dem das betreffende Kind wohnt, geschuldet werden und zugleich in einem anderen Mitgliedstaat, in dem ein Elternteil dieses Kindes arbeitet, lediglich potenziell gezahlt werden können (vgl. EuGH 14.10.2010, C-16/09, Schwemmer, Rn. 52 m. w. N.). Bestehe im Wohnmitgliedstaat kein Anspruch auf Familienleistungen, fänden diese Prioritätsregeln keine Anwendung (Rn. 33).

Im einzelnen führte der Gerichtshof unter anderem aus (Rn. 38 ff):

Aus Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 in Verbindung mit Art. 60 Abs. 1 der Verordnung Nr. 987/2009 ergibt sich zum einen, dass eine Person Anspruch auf Familienleistungen auch für Familienangehörige erheben kann, die in einem anderen als dem für ihre Gewährung zuständigen Mitgliedstaat wohnen, und zum anderen, dass die Möglichkeit, Familienleistungen zu beantragen, nicht nur den Personen zuerkannt ist, die in dem zu ihrer Gewährung verpflichteten Mitgliedstaat wohnen, sondern auch allen „beteiligten Personen“, die berechtigt sind, Anspruch auf diese Leistungen zu erheben, zu denen die Eltern des Kindes gehören, für das die Leistungen beantragt werden.

Folglich lässt sich, da die Eltern des Kindes, für das die Familienleistungen beantragt werden, unter den Begriff der zur Beantragung dieser Leistung berechtigten „beteiligten Personen“ im Sinne von Art. 60 Abs. 1 der Verordnung Nr. 987/2009 fallen, nicht ausschließen, dass ein Elternteil, der in einem anderen als dem zur Gewährung dieser Leistungen verpflichteten Mitgliedstaat wohnt, diejenige Person ist, die, sofern im Übrigen alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind, zum Bezug dieser Leistungen berechtigt ist.

Es obliegt jedoch der zuständigen nationalen Behörde, zu bestimmen, welche Personen nach nationalem Recht Anspruch auf Familienleistungen haben.

Nach alledem ist Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 987/2009 dahin auszulegen, dass die in dieser Bestimmung vorgesehene Fiktion dazu führen kann, dass der Anspruch auf Familienleistungen einer Person zusteht, die nicht in dem Mitgliedstaat wohnt, der für die Gewährung dieser Leistungen zuständig ist, sofern alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind, was von dem vorlegenden Gericht zu prüfen ist.

Der Anspruch auf Familienleistungen, die für ein Kind gewährt werden, müsse auch nicht nach Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 dem Elternteil des Kindes, der in dem für die Gewährung dieser Leistungen zuständigen Mitgliedstaat wohnt, deshalb zuerkannt werden, weil der andere Elternteil, der in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, keinen Antrag auf Familienleistungen gestellt hat (Rn. 43 ff.):

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Verordnungen Nr. 987/2009 und Nr. 883/2004 nicht bestimmen, welche Personen Anspruch auf Familienleistungen haben, auch wenn sie die Regeln festlegen, nach denen diese Personen bestimmt werden können.

Welche Personen Anspruch auf Familienleistungen haben, bestimmt sich nämlich, wie aus Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 klar hervorgeht, nach dem nationalen Recht.

Zudem sieht Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 987/2009 vor, dass dann, wenn eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf Familienleistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahrnimmt, die zuständigen Träger der Mitgliedstaaten die Anträge auf Familienleistungen zu berücksichtigen haben, die von den in dieser Bestimmung genannten Personen oder Institutionen, zu denen der "andere Elternteil" gehört, gestellt werden.

Erstens geht sowohl aus dem Wortlaut als auch aus der Systematik von Art. 60 Abs. 1 der Verordnung Nr. 987/2009 hervor, dass zwischen der Einreichung eines Antrags auf Familienleistungen und dem Anspruch auf diese Leistungen zu unterscheiden ist.

Zweitens geht aus dem Wortlaut dieses Artikels auch hervor, dass es ausreicht, wenn eine der Personen, die Anspruch auf Familienleistungen erheben kann, einen Antrag auf deren Gewährung stellt, damit der zuständige Träger des Mitgliedstaats verpflichtet ist, diesen Antrag zu berücksichtigen.

Das Unionsrecht hindert diesen Träger jedoch nicht daran, in Anwendung seines nationalen Rechts zu dem Ergebnis zu gelangen, dass der Anspruch auf Familienleistungen für ein Kind einer anderen Person zusteht als der, die den Antrag auf diese Leistungen gestellt hat.

Folglich ist es, sofern alle Voraussetzungen für die Gewährung von Familienleistungen für ein Kind erfüllt sind und diese Leistungen tatsächlich gewährt werden, ohne Bedeutung, welcher Elternteil nach nationalem Recht als diejenige Person gilt, die den Anspruch auf diese Leistungen hat (vgl. in diesem Sinne Urteil Hoever und Zachow, C-245/94 und C-312/94, EU:C:1996:379, Rn. 37).

Nach alledem ist Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 987/2009 dahin auszulegen, dass danach nicht verlangt wird, dass der Anspruch auf Familienleistungen, die für ein Kind gewährt werden, dem Elternteil des Kindes, der in dem für die Gewährung dieser Leistungen zuständigen Mitgliedstaat wohnt, deshalb zuerkannt werden muss, weil der andere Elternteil, der in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, keinen Antrag auf Familienleistungen gestellt hat.

Das Unionsrecht selbst vermittelt keinen originären Anspruch auf nationale Familienleistungen. Es ist nach wie vor Sache der Mitgliedstaaten, wem sie unter welchen Voraussetzungen wie lange Familienleistungen zuerkennen. Das Unionsrecht verlangt allerdings, dass diese Zuerkennung diskriminierungsfrei erfolgen muss und dass die nach dem nationalen Recht, hilfsweise nach dem Unionsrecht zu ermittelnden Familienangehörigen einer Person, die in den Anwendungsbereich der VO 1408/71 oder der VO 883/2004 fällt, also im wesentlichen einer Person, die (nur oder auch) in einem anderen Mitgliedstaat einer Erwerbstätigkeit nachgeht als in jenem, in dem ihre Familie wohnt, so zu behandeln sind, als hätten alle Familienangehörigen ihren Lebensmittelpunkt in dem Mitgliedstaat, der Familienleistungen gewähren soll. Da ein derartiger Sachverhalt territorial die Geltung der nationalen Rechtsvorschriften zweier oder

mehrerer Mitgliedstaaten nach sich zieht, enthält das Unionsrecht Kollisionsregeln, welche nationalen Rechtsvorschriften allein, primär, sekundär oder gar nicht anwendbar sind (vgl. für viele BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016; BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015; BFG 7.2.2017, RV/7106469/2016; BFG 31.5.2017, RV/5100349/2016; BFG 17.8.2017, RV/5101177/2016; BFG 24.08.2017, RV/5101270/2017).

Wie ausgeführt, sind nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a VO 883/2004 betreffend den Antrag der Mutter die österreichischen Rechtsvorschriften anzuwenden, da Beschäftigungsmitgliedstaat der Mutter Österreich ist.

Nach § 2 Abs. 3 lit. a FLAG 1967 zählen zu den Familienangehörigen im unionsrechtlichen Sinn zunächst die Eltern eines Kindes (vgl. etwa auch VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067). Da der Vater als Familienangehöriger sowohl seines Sohnes als der Mutter anzusehen ist (§ 2 Abs. 2 und 3 FLAG 1967), ist unionsrechtlich in Anwendung von Art. 67 VO 883/2004 zu unterstellen, dass alle beteiligten Personen (also Vater, Mutter, Kind) in Österreich wohnen, also hier ihren Lebensmittelpunkt haben (Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO 987/2009). Das gilt auch für die nach dem Tod des Vaters haushaltsführende Großmutter.

Die nach Art. 67 VO 883/2004 i.V.m. Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO 987/2009 vorzunehmende Fiktion bewirkt, dass die Wohnsituation auf Grundlage der im Streitzeitraum im anderen EU-Mitgliedstaat gegebenen Verhältnisse (fiktiv) ins Inland übertragen wird (BFH 10.3.2016, III R 62/12). Diese Fiktion führt dazu, dass der Anspruch auf Familienleistungen des Beschäftigungsstaates nicht dem im für Familienleistungen zuständigen Mitgliedstaat, sondern dem in einem anderen Staat der EU lebenden Elternteil zusteht, wenn dieser das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat (vgl. BFH 4.2.2016, III R 17/13; BFH 21.7.2016, V R 46/11 u.a.).

Diese Fiktion besagt zwar, dass zu unterstellen ist, dass alle Familienangehörige im zuständigen Mitgliedstaat wohnen, nicht aber, dass diese, wenn dies nicht im Wohnmitgliedstaat der Fall ist, im selben Haushalt wohnen (vgl. auch BFH 28.4.2016, III R 68/13 oder BFG 24.10.2016, RV/7101771/2015). Sachverhaltsbezogen ist festzustellen, ob ein gemeinsamer Haushalt besteht. (BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016; BFG 24.8.2017, RV/5101270/2017).

Wer von den unionsrechtlich grundsätzlich als anspruchsberechtigte Personen anzusehenden Familienangehörigen tatsächlich primär oder sekundär (oder gar keinen) Anspruch auf österreichische Familienleistungen hat, ist daher nach dem nationalen Recht zu beurteilen (vgl. jeweils unter Verneinung eines vorrangigen Anspruchs des in Deutschland arbeitenden Vaters die Entscheidungen des Bundesfinanzhofs BFH 4.2.2016, III R 17/13 betreffend im Haushalt der Mutter in Polen lebendes Kind, BFH 10.3.2016, III R 62/12 betreffend im Haushalt der Großmutter in Griechenland lebendes Enkelkind, BFH 28.4.2016, III R 68/13 betreffend im Haushalt der Mutter in Spanien lebendes Kind, BFH 15.6.2016, III R 60/12 betreffend im Haushalt der Schwester und des Schwagers in Polen lebendes Pflegekind, BFH 23.8.2016, V R 19/15 betreffend im Haushalt der Mutter in Litauen lebendes Kind, BFH 4.8.2016,

III R 10/13 betreffend im Haushalt der Mutter in Ungarn lebendes Kind sowie die weiteren Entscheidungen BFH 23.8.2016, V R 26/14; BFH 23.8.2016, V R 25/14; BFH 23.8.2016, V R 10/15; BFH 26.10.2016, III R 27/13; BFH 13.7.2016, XI R 23/12; BFH 23.8.2016, V R 40/13; BFH 23.8.2016, V R 16/13; BFH 7.7.2016, III R 46/14; BFH 23.8.2016, V R 31/14; BFH 23.8.2016, V R 11/13; BFH 23.8.2016, V R 49/11; BFH 23.8.2016, V R 50/11; BFH 4.8.2016, III R 10/13; BFH 7.7.2016, III R 11/13; BFH 23.8.2016, V R 19/15; BFH 23.8.2016, V R 29/13; BFH 23.8.2016, V R 2/14; BFH 13.7.2016, XI R 33/12; BFH 15.6.2016, III R 67/13; BFH 13.7.2016, XI R 28/12; BFH 13.7.2016, XI R 44/13; BFH 13.7.2016, XI R 7/15; BFH 21.7.2016, V R 46/11; BFH 28.4.2016, III R 45/13; BFH 28.4.2016, III R 65/13; BFH 13.4.2016, III R 14/13 sowie die Entscheidungen des Bundesfinanzgerichts BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016 betreffend im Haushalt der Mutter und des Stiefvaters in der Slowakei lebende Kinder; BFG 24.10.2016, RV/7101771/2015 betreffend vorrangigen Anspruch des in Polen mit seinem Sohn lebenden Vaters gegenüber der in Österreich arbeitenden Mutter; BFG 7.2.2017, RV/7106469/2016 betreffend vorrangigen Anspruch der in Ungarn wohnhaften haushaltsführenden Mutter; ferner die Entscheidungen des Bundesfinanzgerichts BFG 31.5.2017, RV/5100349/2016; BFG 26.7.2017, RV/7103017/2017; BFG 6.10.2017, RV/7103701/2016; BFG 9.10.2017, RV/5101534/2016; BFG 17.10.2017, RV/7101596/2016; BFG 30.10.2017, RV/5100844/2012; BFG 20.11.2017, RV/5101197/2017; BFG 21.11.2017, RV/7105252/2016; BFG 27.11.2017, RV/7103534/2015; BFG 1.12.2017, RV/7105145/2017; BFG 5.12.2017, RV/7102456/2017; BFG 11.12.2017, RV/7102126/2016; BFG 4.1.2018, RV/5100738/2015; BFG 4.1.2018, RV/5101842/2014; BFG 15.1.2018, RV/7103360/2017; BFG 17.1.2018, RV/7102075/2017; BFG 24.1.2018, RV/7102814/2017; BFG 29.1.2018, RV/7102782/2017; BFG 22.2.2018, RV/5101916/2016).

Vorrangiger Anspruch des haushaltsführenden Vaters bzw. der haushaltsführenden Großmutter

Das FLAG 1967 verwendet den Begriff des "Familienangehörigen" nicht. Im gegenständlichen Fall sind als "Familienangehörige" i.S.d. Unionsrechts (Art. 1 Buchst. i Nr. 1 Buchst. i VO 883/2004) gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 i.V.m. § 2 Abs. 3 FLAG 1967 der Sohn, die Mutter und der Vater sowie die Großmutter anzusehen.

§ 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 stellt den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich auf die Haushaltszugehörigkeit mit einem Kind (als welches nach § 2 Abs. 3 FLAG 1967 auch ein Enkelkind zählt) ab und nur subsidiär (§ 2 Abs. 2 Satz 2 FLAG 1967) darauf, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. Auf die Unterhaltspflicht der diese Unterhaltskosten überwiegend tragenden Person kommt es nicht an (vgl. VwGH 27.9.2012, 2012/16/0054). Einem Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des zweiten Satzes des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 steht der ausschließliche Anspruch einer Person, bei der das Kind im strittigen Zeitraum haushaltszugehörig war, zwingend entgegen (VwGH

25.2.1987, 86/13/0158). Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann (vgl. VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214).

Bei Zugehörigkeit des Kindes zum gemeinsamen Haushalt eines Familienangehörigen gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 i.V.m. § 2 Abs. 3 FLAG 1967 geht gemäß § 2a Abs. 1 Satz 1 FLAG 1967 der Anspruch des überwiegend haushaltsführenden Elternteils dem Anspruch des anderen Elternteils vor. "Eltern" ist im Sinne von Anspruchsberechtigter nach § 2 Abs. 3 FLAG 1967 zu verstehen ("Der Begriff der Eltern leitet sich aus der Definition der anspruchsvermittelnden Kinder in § 2 Abs. 3 des Gesetzes ab. Demnach sind Eltern alle Personen, die für Kinder im Sinne der zitierten Gesetzesstelle einen Familienbeihilfenanspruch haben können", ErläutRV RV 126 Blg NR 18. GP zur Novelle BGBl. Nr. 367/1991).

Aus den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen ergibt sich, dass der Sohn dem Haushalt des Vaters und nach dessen Tod dem Haushalt der Großmutter angehört hat, die im Beschwerdezeitraum getrennt von der Mutter des Kindes gelebt haben.

Da der Sohn zunächst dem Haushalt seines Vater in Polen, danach dem Haushalt seiner Großmutter in Polen angehörte, hatte gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 daher vorrangigen Anspruch auf Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag) zunächst der Vater, danach die Großmutter.

Anspruch des Vaters oder der Großmutter nach nationalem Recht i.V.m. Unionsrecht

Soweit ersichtlich, erfüllen der Vater E Ci im Beschwerdezeitraum Mai 2011 bis April 2015 und die Großmutter F Ca im Beschwerdezeitraum Mai 2015 folgende Voraussetzungen für einen Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder für eine Ausgleichszahlung für D Ci: D Ci hat das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet (§ 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967), E Ci ist der Vater, F Ca ist die Großmutter (§ 2 Abs. 3 lit. a FLAG 1967), D Ci war von Mai 2011 bis April 2015 bei seinem Vater und im Mai 2015 bei seiner Großmutter und jeweils nicht bei seiner Mutter haushaltszugehörig (§ 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967).

Im gegenständlichen Fall sind aber in Verbindung mit dem Unionsrecht auch die territorialen Voraussetzungen - Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 1 FLAG 1967) sowie Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) - hinsichtlich des Vaters oder der Großmutter gegeben (vgl. BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016).

Der Vater oder die Großmutter hatte den Wohnsitz sowie den Mittelpunkt der Lebensinteressen nicht in Österreich (Bundesgebiet), sondern in einem anderen Mitgliedstaat der Union, in Polen.

Außerhalb des Anwendungsbereichs der VO 883/2004 stünde dem Vater oder der Großmutter allein nach nationalem Recht daher keine Familienbeihilfe für ihre Kinder zu.

Da die Mutter im Beschwerdezeitraum in Österreich erwerbstätig war, somit ein mitgliedstaatübergreifender Sachverhalt vorliegt, ist die VO 883/2004 anzuwenden (Art. 2 Abs. 1 VO 883/2004).

Nach Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 ist in Bezug auf die Familienleistungen regelnden Art. 67 und Art. 68 VO 883/2004 "insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen."

Art. 1 Abs. 1 Buchstabe j VO 883/2004 definiert den "Wohnort" einer Person als den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person. Darunter ist - siehe etwa Art. 11 Abs. 1 VO 987/2009 - im Sinn des nationalen Rechts nicht bloß (irgendein) Wohnsitz i.S.d. § 26 Abs. 1 BAO zu verstehen, sondern der Mittelpunkt der Lebensinteressen (§ 2 Abs. 8 Satz 2 FLAG 1967) bzw. der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen (§ 1 Abs. 8 Meldegesetz 1991) dieser Person (vgl. Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 53 Rz 81, unter Hinweis auf OGH 17.8.2006, 10 ObS 65/06s; Stöger, Unionsrechtliche Aspekte des Anspruchs auf Familienbeihilfe, 2016, 58; BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016).

Auch der EuGH hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Begriff „Wohnort“ in Art. 1 Buchst. j VO 883/2004 als der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person definiert wird und Art. 11 VO 987/2009 den Wohnort mit dem Mittelpunkt der Interessen der betreffenden Person gleichsetzt (EuGH 11.9.2014, C-394/13, B, ECLI:EU:C:2014:2199, Rn. 34).

Der unionsrechtliche Begriff "Wohnort" ist daher nicht mit dem Begriff "Wohnsitz" des nationalen Rechts zu verwechseln (vgl. Stöger, Unionsrechtliche Aspekte des Anspruchs auf Familienbeihilfe, 2016, 59). Der unionsrechtliche "Wohnort" ist jener "Wohnsitz" i.S.d. § 26 BAO, an welchem sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen i.S.d. § 2 Abs. 8 FLAG 1967 befindet (vgl. Stöger, Unionsrechtliche Aspekte des Anspruchs auf Familienbeihilfe, 2016, 60; BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016).

Aus Art. 67 VO 883/2004 i.V.m. Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 geht hervor, dass die Möglichkeit, Familienleistungen zu beantragen, unionsrechtlich nicht nur den Personen zuerkannt ist, die in dem zu ihrer Gewährung verpflichteten Mitgliedstaat wohnen, sondern auch allen „beteiligten Personen“, die berechtigt sind, Anspruch auf diese Leistungen zu erheben, zu denen die Eltern des Kindes gehören, für das die Leistungen beantragt werden (vgl. EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomisław Trapkowski, ECLI:EU:C:2015:720, Rn. 38).

Ein (Groß)Elternteil, der in einem anderen als dem zur Gewährung dieser Leistungen verpflichteten Mitgliedstaat wohnt, kann daher diejenige Person sein, die, wenn im Übrigen alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind, zum Bezug der Familienleistungen berechtigt ist (vgl. EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomisław Trapkowski, ECLI:EU:C:2015:720, Rn. 41).

"Im Übrigen" i.S.d. Rn. 41 des zitierten Urteils ist so zu verstehen, dass die im nationalen Recht vorgesehenen persönlichen Voraussetzungen für den Bezug von Familienleistungen erfüllt sein müssen, während die Erfüllung der territorialen Voraussetzungen ("Wohnen" i.S.v. Lebensmittelpunkt) durch das Unionsrecht im Anwendungsbereich der Sozialsystemkoordinierungsverordnung VO 883/2004 fingiert wird (BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016).

Ist die VO 883/2004 anzuwenden, ist daher nach Art. 67 VO 883/2004 i. V. m. Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 zu fingieren, dass sowohl die Voraussetzung des inländischen Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts (§ 2 Abs. 1 FLAG 1967) als auch die Voraussetzung des Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) hinsichtlich aller Mitglieder der jeweiligen Familie ("beteiligten Personen") vorliegt, auch wenn einzelne oder alle Mitglieder dieser Familie tatsächlich in einem anderen Mitgliedstaat der Union (des EWR oder in der Schweiz) wohnen (BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016).

Da nach Art. 67 VO 883/2004 i.V.m. Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 die Voraussetzung des inländischen Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts (§ 2 Abs. 1 FLAG 1967) und die Voraussetzung des Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) als gegeben anzusehen ist, besteht ein (von der Erwerbstätigkeit der Mutter in Österreich, auf die die österreichischen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, abgeleiteter) grundsätzlicher (und zufolge Haushaltsführung primärer) Anspruch des Vaters, dann der Großmutter auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder auf Ausgleichszahlung in Österreich. Der Familienleistungsanspruch des in Österreich erwerbstätigen Familienteils (hier: der Mutter) wird nach § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 i.V.m. Art. 67 VO 883/2004 und Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO 987/2009 durch den vorrangigen Familienleistungsanspruch des in einem anderen Mitgliedstaat der Union (des EWR oder in der Schweiz) mit den Kindern im gemeinsamen Haushalt lebenden Familienteils (hier: des Vaters bzw. der Großmutter) verdrängt (vgl. BFH 28.4.2016, III R 68/13).

Im Bezug auf den von der erwerbstätigen Mutter abgeleiteten Anspruch auf österreichische Leistungen kommt es nicht darauf an, dass auf einen allfälligen originären Anspruch des Vaters oder der Großmutter die polnischen Rechtsvorschriften anzuwenden sind. Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 ordnet nämlich ausdrücklich an, dass bei der Anwendung von Art. 67 und Art. 68 VO 883/2004, "insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen." Daher kann der unter die polnischen Rechtsvorschriften fallende Vater oder die unter die polnischen Rechtsvorschriften fallende Großmutter den Anspruch der unter die österreichischen Rechtsvorschriften fallenden Mutter nach Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 geltend machen.

Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag) haben nach § 2 Abs. 1 FLAG 1967, wie ausgeführt, Personen mit Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt

im Bundesgebiet a) für minderjährige Kinder und b) für bestimmte, im § 2 Abs. 1 lit. b bis l FLAG 1967 angeführte volljährige Kinder."

Da im Anwendungsbereich des Unionsrechts die Wohnortklausel unbeachtlich ist, hätten grundsätzlich sowohl der Vater (die Großmutter) als auch die Mutter als Elternteile Anspruch auf Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag).

§ 2 Abs. 2 FLAG 1967 i.V.m. § 2 Abs. 3 FLAG 1967 und § 2a FLAG 1967 regelt die Reihenfolge des Anspruchs nach § 2 Abs. 1 FLAG 1967.

So hat für ein (nach nationalem Recht: in Österreich lebendes) minderjähriges Kind der (nach nationalem Recht: in Österreich lebende) Elternteil, der den Haushalt, dem das Kind angehört, führt, Anspruch auf Familienbeihilfe. Ist das Kind bei keinem Elternteil haushaltszugehörig, steht die Familienbeihilfe demjenigen Elternteil i.S.d. § 2 Abs. 3 FLAG 1967 zu, der die überwiegenden Unterhaltskosten trägt. Leben beide Eltern nicht mehr oder leisten die lebenden Eltern nicht den überwiegenden Unterhalt, sieht § 6 FLAG 1967 einen Eigenanspruch des Kindes auf Familienbeihilfe vor.

Das FLAG 1967 gewährleistet damit, dass grundsätzlich für alle in Österreich lebenden minderjährigen und bestimmte volljährige Kinder Familienbeihilfe bezahlt wird. Ausnahmen bestehen nur in Fällen eines bloß vorübergehenden oder unrechtmäßigen Aufenthalts oder bei Finanzierung der Unterhaltskosten durch die öffentliche Hand (§ 3 FLAG 1967, § 6 Abs. 5 FLAG 1967).

Diese Grundsätze sind auch auf Fälle mit Unionsrechtsbezug anzuwenden, um eine unionsrechtlich unzulässige Diskriminierung zu vermeiden:

Das Unionsrecht beabsichtigt mit den VO 883/2004 und VO 987/2009 eine Gleichstellung von Eltern und Kindern, die in einem einzigen Mitgliedstaat wohnen und arbeiten, mit Eltern und Kindern, die in einem Mitgliedstaat arbeiten und in einem anderen wohnen.

Das österreichische Recht gewährleistet, wie ausgeführt, den Familienbeihilfebezug für ein bei einem Elternteil haushaltszugehöriges Kind auch dann, wenn der nicht haushaltszugehörige andere Elternteil nicht überwiegend zu den Unterhaltskosten des Kindes beiträgt. Nach österreichischem Recht kommt es bei Haushaltszugehörigkeit zu einem Elternteil nämlich auf die Unterhaltskostentragung nicht an, im Großteil der Familienbeihilfeverfahren ist daher die Kostentragung auch nicht zu prüfen.

Bei "Wanderarbeitern" ist es typisch, dass Kind bei einem Elternteil im Wohnmitgliedstaat lebt, während der andere Elternteil im Beschäftigungsmitgliedstaat arbeitet.

Gehört der andere Elternteil auch bei auswärtiger Beschäftigung weiterhin dem Haushalt des Kindes an, käme es auf die überwiegende Unterhaltskostentragung nicht an. Wenn ein Elternteil, wie hier der Fall, vom anderen Elternteil und vom Kind getrennt lebt, käme es dazu, dass bei einer Auslegung, die nur auf die überwiegende Kostentragung des getrennt lebenden Elternteils abstellt, in den keineswegs seltenen Fällen, dass der nicht haushaltszugehörige Elternteil aus welchen Gründen immer nicht die überwiegenden Unterhaltskosten trägt, für das Kind vom Beschäftigungsmitgliedstaat

keinerlei Familienleistungen erbracht werden, obwohl bei einem ausschließlich national zu beurteilenden Sachverhalt in diesem Fall Familienleistungen dem haushaltsführenden Elternteil zustünden.

§ 2 Abs. 2 FLAG 1967 ist daher unionsrechtskonform (Art. 67 VO 883/2004 und Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO 987/2009) diskriminierungsfrei auszulegen, dass bei einer in einem anderen Mitgliedstaat der Union (Vertragsstaat des EWR oder in der Schweiz) wohnenden Familie, die unter die VO 883/2004 fällt, im Fall der Haushaltszugehörigkeit zu einem Elternteil für das haushaltszugehörige Kind unter denselben Voraussetzungen Familienbeihilfe bezogen werden kann, wie wenn diese Familie in Österreich wohnt.

Haushaltszugehörigkeit zum Vater bzw. zur Großmutter

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG 1967 näher umschrieben. Demnach kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an (vgl. VwGH 20.4.1995, 95/13/0071; VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120; VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214).

Dass im Beschwerdezeitraum D Ci bis April 2015 bei seinem Vater E Ci und danach bei seiner Großmutter F Ca i.S.d. § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 haushaltszugehörig war, ist unstrittig.

Anspruch des haushaltsführenden Vaters (der haushaltsführenden Großmutter) geht jenem der nicht haushaltszugehörigen Mutter vor

Da nach den getroffenen Feststellungen D Ci jeweils (nur) dem Haushalt des Vaters oder jenem der Großmutter angehörte, kommt es - wie oben ausgeführt - auf die überwiegende Unterhaltskostentragung nicht an.

Der Anspruch des haushaltsführenden Vaters (der haushaltsführenden Großmutter) geht gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 jenem der nicht haushaltszugehörigen Mutter vor:

Bei gemeinsamer Haushaltsführung mit dem Kind stehen die Familienleistungen dem im Haushalt lebenden Elternteil zu. Nur bei getrennter Haushaltsführung ist die Feststellung der tatsächlichen Höhe der Unterhaltskosten sowie des Umstands, wer diese überwiegend getragen hat, erforderlich.

Das Bundesfinanzgericht kann es daher dahingestellt lassen, ob von der Mutter im Beschwerdezeitraum - was vom Finanzamt bestritten wurde - tatsächlich die überwiegenden Unterhaltskosten getragen wurden. Dazu wären die tatsächlichen

Unterhaltsleistungen des Vaters und der Mutter sowie anderer Personen oder der öffentlichen Hand festzustellen gewesen, und auch die tatsächlichen Unterhaltskosten der Kinder (vgl. BFG 8.6.2015, RV/7100958/2015; BFG 18.10.2015, RV/7101655/2015; BFG 2.7.2016, RV/7102318/2015; u.a.; VwGH 24.6.2010, 2009/16/0131 u.a.).

Teilentscheidung mittels Feststellung

Da, wie ausgeführt, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bzw. Ausgleichszahlung im Beschwerdezeitraum dem haushaltsführenden Vater bzw. der haushaltsführenden Großmutter zusteht, wäre der diesbezügliche Antrag der Mutter grundsätzlich abzuweisen.

§ 13 FLAG 1967 Satz 2 ist in Verbindung mit §§ 11, 12 FLAG 1967 grundsätzlich so zu verstehen, dass der Bescheidspruch im Familienbeihilfeverfahren bei erstmaliger Erlassung eines Bescheides nur auf (gänzliche oder teilweise) Abweisung eines Beihilfeantrags bezogen auf einen bestimmten Zeitraum lauten kann, während die (gänzliche oder teilweise) Stattgabe eines Beihilfeantrags bezogen auf einen bestimmten Zeitraum grundsätzlich im Wege der Auszahlung nach § 11 FLAG 1967, verbunden mit einer Mitteilung nach § 12 FLAG 1967, zu erfolgen hat. Ist für einen Kalendermonat ein Antrag nicht zur Gänze abzuweisen oder einem Antrag nicht zur Gänze Folge zu geben, sondern einem Antrag nur teilweise Folge zu geben, ist insoweit, als dem Antrag nicht Folge gegeben wird, ein Abweisungsbescheid zu erlassen, ansonsten mit Auszahlung vorzugehen. Die meritorische Erledigung einer gegen einen Abweisungsbescheid erhobenen Beschwerde mittels Beschwerdevorentscheidung oder Erkenntnisses kann, jeweils für einen bestimmten Zeitraum, entweder auf (gänzliche oder teilweise) Abweisung des Familienbeihilfeantrags für Monate, in denen Familienbeihilfe nicht zusteht, oder auf (gänzliche oder teilweise) ersatzlose Aufhebung des den Antrag abweisenden Bescheides für Monate, in denen (ganz oder teilweise) Familienbeihilfe zusteht, lauten (vgl. BFG 16.10.2015, RV/7100657/2015 oder BFG 13.7.2016, RV/7102305/2016).

Im gegenständlichen Fall ist zu beachten, dass gemäß Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009, das österreichische Finanzamt den von der Mutter gestellten Antrag auf Ausgleichszahlung bzw. Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag), wenn und soweit diesem ein Anspruch des haushaltsführenden Vaters bzw. der haushaltsführenden Großmutter vorgeht, zugunsten des Anspruchs des Vaters bzw. der Großmutter auf österreichische Familienleistungen zu berücksichtigen hätte (vgl. BFH 28.4.2016, III R 68/13; BFH 13.7.2016, XI R 7/15 u.v.a.; BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016).

Es ist zwar die Beschwerde der Mutter abzuweisen. Der Antrag der Mutter ist aber nicht abzuweisen, sondern ist dieser als Antrag zugunsten des Vaters bzw. der Großmutter zu berücksichtigen.

Dies bedeutet, dass der Vater (dessen Gesamtrechtsnachfolger) bzw. die Großmutter nicht einen eigenen (Erst)Antrag gemäß § 10 Abs. 1 FLAG 1967 stellen müssen, sondern der von der Mutter gestellte Antrag zugunsten des Anspruchs des Vaters bzw. der Großmutter

zu berücksichtigen ist. In Bezug auf die Verjährung gemäß § 10 Abs. 3 FLAG 1967 ist daher auf den Zeitpunkt des Einlangens des Antrags der Mutter (27.5.2015) abzustellen.

Im Fall einer Abweisung des Antrags der Mutter wäre das Verfahren mit dieser Abweisung abgeschlossen. Da der Antrag aber zugunsten des Vaters bzw. der Großmutter wirkt, kommt vorerst ein endgültiger Abspruch über diesen Antrag nicht in Frage.

Es ist daher gemäß § 92 BAO i.V.m. §§ 10, 13 FLAG 1967 und Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 festzustellen, dass einerseits ein Anspruch der Mutter A B Ca auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder auf Ausgleichszahlung betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den im Jänner 2000 geborenen D Ci für den Zeitraum Mai 2011 bis Mai 2015 nicht besteht, sowie dass andererseits der Antrag der Mutter A B Ca vom 27.5.2015 auf Ausgleichszahlung für den im Jänner 2000 geborenen D Ci als derartiger Antrag zugunsten des Gesamtrechtsnachfolgers / der Gesamtrechtsnachfolgerin / der Gesamtrechtsfolger nach dem im April 2015 verstorbenen Vater E Ci für den Zeitraum Mai 2011 bis April 2015 zu berücksichtigen ist, und der Antrag der Mutter A B Ca vom 27.5.2015 auf Ausgleichszahlung für den im Jänner 2000 geborenen D Ci als derartiger Antrag zugunsten der Großmutter F Ca für den Zeitraum Mai 2015 zu berücksichtigen ist.

Da der Vater E Ci im April 2015 verstorben ist, gehen seine Rechte auf seinen Gesamtrechtsnachfolger (Erben) bzw. seine Gesamtrechtsnachfolgerin (Erbin) oder seine Gesamtrechtsnachfolger (Erben) über. Diese werden sich als solche im weiteren Verfahren durch entsprechende Urkunden auszuweisen haben.

Revisionszulassung

Eine Revision ist nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, wenn ein Erkenntnis von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss nicht 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 wird zu den in der Judikatur des Bundesfinanzgerichts unterschiedlich beantworteten Fragen, a) ob ein Anspruch der in einem anderen Mitgliedstaat lebenden haushaltsführenden Mutter dem Anspruch eines in Österreich erwerbstätigen Vaters vorgeht (etwa BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016, BFG 24.10.2016, RV/7101771/2015 und BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015 gegen BFG 8.11.2016, RV/7102424/2014) und b) ob bei Abweisung eines Antrags eines Familienangehörigen auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder auf Ausgleichszahlung betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag anstelle eines Abweisungsbescheids ein Feststellungsbescheid zu erlassen ist, wenn dieser Antrag nach Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 als Antrag eines anderen Familienangehörigen, der bisher am Verfahren nicht beteiligt war, zu berücksichtigen ist (etwa BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015 gegen BFG

24.10.2016, RV/7101771/2015; BFG 5.9.2017, RV/3100527/2017; BFG 31.5.2017, RV/5100349/2016) zugelassen. Auch wird die Revision zur Frage, ob unter den Umständen des gegenständlichen Falls eine unionsrechtlich relevante Erwerbstätigkeit der Bf im Zeitraum Mai 2011 bis August 2013 vorgelegen ist, zugelassen, da hier zwar Judikatur des EuGH, nicht aber des VwGH ersichtlich ist.

Information der Abgabenbehörde

Eine Ausfertigung des Erkenntnisses wird dem Finanzamt Wien 2/20/21/22 unter Hinweis auf bisher nicht geprüften Lebenshaltungskosten der Bf gemäß §§ 2, 2a, 114 BAO als Kontrollmitteilung zur Kenntnis gebracht.

Wien, am 9. April 2018