

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Dr. Susanne Zankl in der Beschwerdesache D.P., über die Beschwerde vom 18.05.2016 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Baden Mödling vom 15.04.2016, betreffend Familienbeihilfe für die beiden Kinder K. und N. für den Zeitraum Jänner bis April 2015 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

In den Monaten Jänner bis April 2015 steht dem Beschwerdeführer für seine Kinder K., und N. keine Ausgleichszahlungen zu.

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

## Entscheidungsgründe

### I. Verfahrensgang und Sachverhalt

Der Beschwerdeführer ist polnischer Staatsbürger. Er ist seit mehreren Jahren bei einer österreichischen Firma beschäftigt (Vergnügungs- und Veranstaltungsbetrieb).

Während der Monate Jänner bis März 2015 bezog er Arbeitslosengeld (1.1.-30.3.2015, Mitteilung des AMS über den Leistungsanspruch des Bf). Mit 8.4.2015 war er wieder in Österreich erwerbstätig (Vergnügungs- und Veranstaltungsbetrieb).

Gemeinsamer Wohnort ist in Polen bei seiner Familie gelegen (siehe dazu eigene Angaben des Bf im Antrag auf Ausgleichszahlung vom 24.11.2015).

Am 24.11.2015 stellte der Bf den Antrag auf Gewährung von Ausgleichszahlungen für seine beiden Kinder K., und N., für den Zeitraum 1.1.-31.12.2015.

Mit Bescheid vom 15.4.2016 wurde der Antrag des Bf auf Gewährung einer Ausgleichszahlung für seine beiden Kinder für den Zeitraum Jänner –April 2015 mit der Begründung abgewiesen, dass er sich in dieser Zeit in keinem Dienstverhältnis befunden und sich nicht überwiegend in Österreich aufgehalten hätte.

Am 18.5.2016 legte der Bf Beschwerde ein und führte dazu aus, dass er sich im Zeitraum Jänner bis April 2015 ununterbrochen in Österreich aufgehalten und Arbeitslosengeld bezogen hätte.

Mit 20.8.2016 erging an den Bf ein Ergänzungersuchen der Finanzbehörde, in dem er aufgefordert wurde, ergänzende Angaben zu seinem Wohnsitz in Baden zu machen, den Mietvertrag und die Belege der Mietzahlungen vorzulegen bzw. Nachweise darüber zu erbringen, dass er sich im Zeitraum Jänner bis März 2015 tatsächlich überwiegend in Österreich aufgehalten hätte.

Der Ergänzungsauftrag wurde im nachweislich zugestellt (Hinterlegung 22.9.2016, Rückschein).

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 9.11.2016 wurde die Beschwerde des Bf als unbegründet abgewiesen.

Gegen den Abweisungsbescheid des Finanzamtes vom 9.11.2016 legte der Bf das Rechtsmittel der Beschwerde ein und führte aus, dass er das Vorhalteersuchen der Behörde nicht bekommen hätte. Die im Schreiben des Finanzamtes vom 20.9.2016 angeforderten Belege und Unterlagen legte der Bf seiner Beschwerde nicht bei.

Eine Anfrage beim Zentralen Melderegister ergab, dass der Bf nach wie vor unter der Adresse XY gemeldet ist.

## **II .Beweiswürdigung**

Der festgestellte Sachverhalt stützt sich auf die Angaben des Bf, auf die dem Gericht vorgelegten Unterlagen des Bf sowie auf die Ergebnisse der von der Behörde bzw. vom BFG durchgeführten Ermittlungen.

## **III.Rechtsausführungen**

Nach § 2 Abs 1 lit a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 idgF (FLAG) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe. Nach Abs 2 leg cit hat jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs 1 genanntes Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten überwiegend für das Kind trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist. Gemäß § 2 Abs 8 haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben.

§ 4 Abs 1 FLAG 1967 normiert, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige Beihilfe haben, keinen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe haben.

In § 4 Abs 2 FLAG 1967 ist vorgesehen, dass österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs 1 und § 5 Abs 5 vom Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, eine

Ausgleichszahlung erhalten, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.

Nach Abs 3 leg cit wird die Ausgleichszahlung in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet.

§ 4 Abs 6 FLAG 1967 normiert, dass die Ausgleichszahlung, mit Ausnahme der Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe, als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt.

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

Im Beschwerdefall sind nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten. Vielmehr sind die Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, in der Folge als VO (EG) Nr. 883/2004 bezeichnet, und (EG) Nr. 987/2009 vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO (EG) Nr. 883/2004, die beide ab 1. Mai 2010 in Kraft traten, anzuwenden. Diese haben allgemeine Geltung, sind in allen ihren Teilen verbindlich und gelten unmittelbar in jedem Mitgliedstaat ("Durchgriffswirkung"). Die Verordnungen gehen dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor ("Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts").

Artikel 1 lit a und b der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 lauten:

Für Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

- a) "Beschäftigung" jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt;
- b) "selbstständige Erwerbstätigkeit" jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt;

Die Verordnung gilt nach ihrem Art. 2 für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

Die Verordnung gilt nach ihrem Artikel 3 lit j auch für Familienleistungen.

Nach Art 4 der Verordnung haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

Artikel 11 Abs 1 und Abs 3 lit a der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 lauten:

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

(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;
- e) Jede andere Person, die nicht unter die Buchstaben a) bis d) fällt, unterliegt unbeschadet anders lautender Bestimmungen dieser VO, nach denen ihr Leistungen auf Grund der Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zustehen, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaates.

Artikel 67 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 lautet:

Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen

Eine Person hat 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. Ein Rentner hat jedoch Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats.

Artikel 68 der Verordnung (EG) Nr. 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.

Die zuständige Verwaltungskommission fasste zur Auslegung des Artikels 68 der VO (EG) Nr. 883/2004 den Beschluss Nr. F1 vom 12. Juni 2009 (2010/C 106/04). Dieser lautet:

Für die Zwecke des Artikels 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gelten Ansprüche auf Familienleistungen insbesondere dann als "durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst", wenn sie erworben wurden

- a) aufgrund einer tatsächlichen Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit oder auch
- b) während Zeiten einer vorübergehenden Unterbrechung einer solchen Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit
  - i) wegen Krankheit, Mutterschaft, Arbeitsunfall, Berufskrankheit oder Arbeitslosigkeit, solange Arbeitsentgelt oder andere Leistungen als Renten in Zusammenhang mit diesen Versicherungsfällen zu zahlen sind, oder
  - ii) durch bezahlten Urlaub, Streik oder Aussperrung oder
  - iii) durch unbezahlten Urlaub zum Zweck der Kindererziehung, solange dieser Urlaub nach den einschlägigen Rechtsvorschriften einer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit gleichgestellt ist.

Bezüglich Beschäftigungsverhältnisse, die nicht ein volles Monat dauern wird auf Art. 59 der Verordnung 987/2009 verwiesen:

Ändern sich zwischen den Mitgliedstaaten während eines Kalendermonates die Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung der Familienleistungen, so setzt der Träger, der die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gezahlt hat, nach denen die Leistungen zu Beginn dieses Monates gewährt wurden, unabhängig von den in den Rechtsvorschriften dieser Mitgliedstaaten für die Gewährung von Familienleistungen vorgesehenen Zahlungsfristen die Zahlungen bis zum Ende des laufenden Monates fort (Art. 59, Abs 1).

Er unterrichtet den Träger des anderen betroffenen Mitgliedstaates 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. 59 Abs 2 DVO).

Art. 60 Abs 3 DVO (Verfahren bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung) lautet:

Kommt der Träger, bei dem der Antrag gestellt wurde, zu dem Schluss, dass seine Rechtsvorschrift zwar anwendbar, aber nach Art. 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 Art. 68 Abs 3 der Grundverordnung an den Träger des anderen Mitgliedstaates weiter und informiert auch den Antragsteller. 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 Antrages Stellung nimmt, wird die oben genannte 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.

Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die FB ist gemäß § 10 Abs 2 und 4 FLAG der Monat. Das Bestehen des FB-Anspruches für ein Kind kann somit je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein.

Kann das Dokument an der Abgabestelle nicht zugestellt werden und hat der Zusteller Grund zur Annahme, dass sich der Empfänger oder ein Vertreter im Sinne des § 13 Abs 3 regelmäßig an der Abgabestelle aufhält, so ist gemäß § 17 Zustellgesetz das Dokument im Falle der Zustellung durch den Zustelldienst bei der zuständigen Geschäftsstelle zu hinterlegen.

Von der Hinterlegung ist der Empfänger schriftlich zu informieren. Das hinterlegte Dokument ist mindestens 2 Wochen zur Abholung bereitzustellen. Der Lauf dieser Frist beginnt mit dem Tag, an dem das Dokument erstmals zur Abholung bereitgehalten wird. Hinterlegte Dokumente gelten mit dem ersten Tag dieser Frist als zugestellt (§ 17 Abs 3 ZustellG).

#### **IV. Erwägungen**

Der Bf ist polnischer Staatsbürger. Der Bf ist seit Jahren in Österreich unselbstständig beschäftigt (Vergnügungsbetrieb). Im Zeitraum 2015 stand er in Österreich von 8.4.2015 bis 11.12.2015 in einem Beschäftigungsverhältnis, in der Zeit von 20.12.2014 bis 29.3.2015 war er arbeitslos und bezog Arbeitslosengeld. Der gemeinsame Wohnort des Bf, seiner Frau und seiner Kinder ist in Polen gelegen.

Die Verordnungen 883/2004 und die DVO 987/2009 traten am 1.5.2010 in Kraft und sind daher für den gegenständlichen Fall anwendbar. Der Bf fällt als EU-Staatsbürger unter den persönlichen Geltungsbereich der VO 883/2004.

Nach Art 11 Abs 1 der VO 883/2004 gelten die Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates. Dies ist entsprechend dem Grundsatz des Art. 11 Abs 3 lit a der VO der Staat, in dem die Person abhängig beschäftigt oder eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, unabhängig davon, ob sie in einem anderen Mitgliedstaat wohnt. Es kommt daher Art. 68 Buchstabe b zur Anwendung. Demnach ist Österreich als Beschäftigungsstaat für die Gewährung der Familienbeihilfe (FB) vorrangig zuständig.

Dieser Sachverhalt ist soweit unstrittig.

Unstrittig ist auch, dass bei einer vorübergehenden Unterbrechung der Erwerbstätigkeit der Arbeitslosengeldbezug einer Erwerbstätigkeit gleichgestellt wird.

Strittig ist im gegenständlichen Fall aber, ob der Bf für die Monate Jänner bis April 2015, also in jenen Monaten, in denen er in Österreich arbeitslos war und Arbeitslosengeld bezog, Anspruch auf die Gewährung einer Ausgleichszahlung hat. Der Bf behauptete, während der Zeit des Arbeitsgeldbezuges überwiegend in Österreich aufhältig gewesen zu sein.

Der Bf wurde mittels Ergänzungsauftrag seitens des Finanzamtes aufgefordert, die Richtigkeit seiner Angaben durch Vorlage entsprechender Unterlagen nachzuweisen (zB Mietvertrag bzw. die monatlichen Überweisungen der Mietzahlungen etc.). Der Nachweis seines tatsächlichen Aufenthaltes in Österreich im Zeitraum Jänner bis März 2015 konnte der Bf nicht erbringen.

Der Einwand des Bf in seinem Beschwerdevorbringen vom 12.12.2016, das entsprechende Ergänzungsersuchen der Behörde vom 20.9.2016 nicht erhalten zu haben, muss ins Leere gehen. Das Schriftstück ist dem Bf nachweislich durch Hinterlegung bei der Abgabeeinrichtung mit 22.9.2016 rechtswirksam zugestellt worden.

Hinzu kommt, dass es dem Bf offen gestanden wäre, die erforderlichen Unterlagen zum Nachweis der Richtigkeit seiner Angaben im weiteren Beschwerdeverfahren vorzulegen.

Die Behörde ist in freier Beweiswürdigung daher zu der Überzeugung gelangt, dass sich der Bf während des Zeitraumes des Arbeitslosengeldbezuges überwiegend in Polen bei seiner Familie aufhielt. Dem ist nichts entgegen zu halten, zumal im Jänner 2015 seine Tochter N. in Polen zur Welt kam. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist daher davon auszugehen, dass der Bf in dieser Zeit bei seiner Familie in Polen aufhältig war. Für den Zeitraum Jänner-März 2015 besteht daher kein Anspruch auf Ausgleichszahlung.

Da der Bf seine Beschäftigung in Österreich erst mit 8.4.2015 aufnahm, stand ihm - nach obigen Ausführungen (Punkt III. Rechtsausführungen, Art. 59 der VO 987/2009) – die Ausgleichszahlungen auch im April 2015 nicht zu.

Die Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.

## **V.Zulässigkeit einer Revision**

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

Salzburg-Aigen, am 8. Februar 2017