

BESCHLUSS

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R***** in der Beschwerdesache B*****, vertreten durch Mag. Roland Reisch, Franz-Reisch-Straße 11a, 6370 Kitzbühel, gegen die Bescheide des Finanzamtes Kitzbühel Lienz vom 20. November 2015

1.

betreffend Abweisung eines Antrages auf
Familienbeihilfe für das Kind X***** ab Oktober 2015 und

2.

betreffend Rückforderung von für das Kind X***** ausbezahlter
Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Jänner bis Juli 2014

beschlossen:

I.

Die Bescheide und die dazu ergangenen Beschwerdeentscheidungen
werden unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde aufgehoben.

II.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahren betreffend Abweisung eines Antrages auf Familienbeihilfe ab Oktober 2015

Mit Antrag vom 23. September 2015 beehrte die Beihilfenwerberin die Zuerkennung der Familienbeihilfe für ihren Sohn X*****, ab Oktober 2015.

Sie wohne in Österreich und arbeite bei einer Firma in Z*****. Ihr Sohn sei Student, ledig und lebe ständig bei ihr. Sie trage auch überwiegend die Kosten des Unterhalts. Angaben zum Kindesvater wurden nicht gemacht.

Mit Vorhalt vom 4. November 2015 wurde vom Finanzamt um Übermittlung einer Bestätigung über die tatsächliche Zulassung zu einem Studium an der Universität Y***** ersucht. Dieser Aufforderung kam die Beihilfenwerberin innerhalb der gesetzten Frist nach.

Der Antrag wurde mit Bescheid vom 20. November 2015 abgewiesen. Das Finanzamt vertrat, da Anknüpfungspunkte zu mehreren EU-Staaten gegeben wären, die Ansicht, dass die Beurteilung, welcher Staat für die Auszahlung der Familienleistungen zuständig sei, nach den Verordnungen(EG) Nr 883/2004 (in der Folge: VO) und Nr 987/2009 (in der Folge: DVO) zu treffen wäre.

Unter Hinweis auf Art 13 und Art 14 DVO wurde die Ansicht vertreten, dass der *"Wohnortstaat dann für die Auszahlung der Familienleistungen zuständig"* sei, *"wenn die Tätigkeit zum wesentlichen Teil im Gebiet des Wohnortstaates ausgeübt"* werde. Anderenfalls unterliege *"die Person den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet sich der Mittelpunkt der Tätigkeiten"* befinde.

Da die Beihilfenwerberin ihren Angaben zufolge den Hauptteil der Einkünfte in Z***** erziele, wäre Z***** auch für die Auszahlung der Familienleistungen zuständig.

Durch ihren rechtsfreundlichen Vertreter erhob die Beihilfenwerberin Beschwerde gegen diesen Bescheid. Die Begründung wäre *"nicht richtig"*, das Verfahren leide unter *"Mangelhaftigkeit"* und *"unrichtiger rechtlicher Beurteilung"*. Nach Art 14 DVO wären bei Anwendung von Art 13 DVO bei der Feststellung, ob ein wesentlicher Teil der Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt werde, im Falle einer selbständigen Tätigkeit der Umsatz, die Arbeitszeit, die Anzahl der erbrachten Dienstleistungen oder das Einkommen heranzuziehen. Es wären somit alle einzelnen Gesichtspunkte zu berücksichtigen und reiche ein Umstand alleine nicht aus, um eine entsprechende Qualifizierung vorzunehmen. Es sei eine Gesamtbeurteilung vorzunehmen, die sich nicht auf die Umsatzziffern beschränken dürfe. Darüber hinaus sei in den zitierten Bestimmungen festgehalten, dass wenn im Rahmen einer Gesamtbewertung bei den genannten Kriterien ein Anteil von weniger als 25% erreicht werde, dies ein Anzeichen dafür sei, dass ein wesentlicher Teil der Tätigkeit nicht in dem entsprechenden Mitgliedstaat ausgeübt werde. Da im bekämpften Bescheid keinerlei Feststellungen über den Umfang der Tätigkeit, die zu erbringenden Dienstleistungen oder über den Umsatz gemacht worden seien, leide der Bescheid unter einem wesentlichen Begründungsmangel ist und ersatzlos aufzuheben.

Das Finanzamt forderte die Beihilfenbezieherin auf, den Namen des Kindesvaters bekannt zu geben. Die Beihilfenbezieherin kam dieser Aufforderung nach.

In der abweisenden Beschwerdevorentscheidung verwies das Finanzamt wiederum auf die einschlägigen EU-Verordnungen, nach welchen der für die Gewährung von Familienleistungen zuständige Staat festzustellen sei. Am sogenannten bereits in den VO(EWG) Nr 1408/71 normierten *"Beschäftigungslandprinzip"* habe sich auch mit Rechtswirksamkeit der (Nachfolge-)VO(EG) Nr 883/2004 nichts geändert. Dem *"Beschäftigungslandprinzip"* würden die Einkünfte *"der leiblichen Eltern"* zu Grunde gelegt, unabhängig davon, ob die Eltern verheiratet seien oder nicht bzw ob sie im selben Haushalt lebten oder nicht.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes erhalte jener Elternteil die Familienbeihilfe, der den Anspruch auf diese Leistung - aufgrund einer Beschäftigung bzw selbständigen Tätigkeit in Österreich - auslöse. Voraussetzung dafür sei jedoch, dass

dieser Elternteil *"ein Naheverhältnis zu seinem Kind"* habe, *"wenn also ein gemeinsamer Haushalt oder die überwiegende Kostentragung für das Kind gegeben"* sei. Vom Vorliegen einer überwiegenden Kostentragung in obigem Sinne könne - unter Berücksichtigung des Art 68a VO - dann ausgegangen werden, wenn der Unterhalt des Kindes mindestens in Höhe der Familienbeihilfe (einschließlich des Kinderabsetzbetrages) bestritten werde. Weise der den Beihilfenanspruch auslösende Elternteil kein Naheverhältnis zum Kind auf, könne der andere Elternteil, der das erforderliche Naheverhältnis zum Kind habe, selber den Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe geltend machen.

Nach der Aktenlage und den Erhebungen des Finanzamtes wären sowohl die Beihilfenwerberin, als auch ihr Sohn und der leibliche Vater österreichische Staatsbürger und hätten *"den Hauptwohnsitz"* in Österreich. Die Beihilfenwerberin wäre in Österreich selbständig tätig und erziele weitere Einkünfte aus einem Gewerbebetrieb und einer Vermietung in Österreich. Darüber hinaus werde in Z***** eine nichtselbständige Tätigkeit ausgeübt. Der leibliche Vater beziehe Einkünfte sowohl aus einem Dienstverhältnis in Österreich als auch im Ausland und bezahle einen monatlichen Unterhalt für den Sohn in Höhe von € 400,00.

Die Zuständigkeitsprüfung ergäbe daher, dass der Vater durch sein Beschäftigungsverhältnis in Österreich unter Berücksichtigung des Wohnsitzes des Sohnes in Österreich den Beihilfenanspruch (im Gegensatz zur im bekämpften Bescheid geäußerten Rechtsansicht) in Österreich auslöse. Ein Naheverhältnis des Vaters zum Sohn sei *"offensichtlich"* gegeben, da dieser Unterhalt leiste. Damit könne der Vater die Familienbeihilfe für den Sohn beziehen, solange er eine nichtselbständige Beschäftigung in Österreich ausübe. Wäre dies nicht mehr der Fall, läge die primäre Zuständigkeit für die Auszahlung der Familienbeihilfe in Z*****, weil die Beihilfenwerberin in Z***** eine nichtselbständige Beschäftigung ausübe.

Die Beschwerde sei daher abzuweisen.

Die Beihilfenwerberin beantragte durch ihren rechtsfreundlichen Vertreter die Vorlage der Beschwerde an das Bundesfinanzgericht. Unter Hinweis auf die ursprünglichen Ausführungen in der Beschwerde werde zusätzlich vorgebracht, dass Art 11 DVO entsprechende Definitionen des Wohnortes beinhalte. Dazu seien entsprechende Fakten zu berücksichtigen. Im Wesentlichen sei dies die Situation der Person in Bezug auf familiäre Verhältnisse und Bindungen sowie die Wohnsituation, insbesondere deren dauerhafter Charakter. *"Diese unter anderen Gesichtspunkten wesentlichen Merkmale"* seien *"entscheidend für die Bezugnahme, welche nationalen Bestimmungen heranzuziehen"* seien. Aus dem gesamten Ermittlungsverfahren habe sich bereits ergeben, dass der Bezug der Beihilfenwerberin sowohl wirtschaftlicher als auch persönlicher Natur im wesentlichen auf Österreich zurückzuführen sei. Die wirtschaftliche Tätigkeit in Z***** trete bei weitem in den Hintergrund. Auch unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Kindesvaters ergäbe sich *"als wesentlicher Mittelpunkt das Staatsgebiet der Republik Österreich als gemeinsamer Nenner"*. Es seien *"daher für die Gewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages, wie bereits dargetan, ausdrücklich die*

österreichische Rechtslage und daher auch die österreichischen Begünstigungen geltend und in Anspruch zu nehmen".

II. Verfahren betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Jänner bis Juli 2014

Mit Bescheid vom 20. November 2015 wurde die an die Beihilfenempfängerin für ihren Sohn X***** ausbezahlte Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Jänner bis Juli 2014 zurückgefordert.

Unter Bezugnahme auf Unionsrecht vertrat das Finanzamt die Auffassung, dass nicht Österreich, sondern Z***** vorrangig für die Auszahlung von Familienleistungen zuständig sei, da die Beihilfenbezieherin *"seit Ende 2013"* nach den Angaben ihres Steuerberaters den Hauptteil ihrer Einkünfte dort erzielen würde.

Durch ihren rechtsfreundlichen Vertreter erhob die Beihilfenwerberin Beschwerde gegen diesen Bescheid. Das Verfahren leide unter "Mangelhaftigkeit" und "unrichtiger rechtlicher Beurteilung". Nach Art 14 DVO wären bei Anwendung von Art 13 DVO bei der Feststellung, ob ein wesentlicher Teil der Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt werde, im Falle einer selbständigen Tätigkeit der Umsatz, die Arbeitszeit, die Anzahl der erbrachten Dienstleistungen oder das Einkommen heranzuziehen. Ein Erwerbstätiger könne in einem Mitgliedstaat einen quantitativ erheblichen Teil seiner Tätigkeit ausüben, was aber nicht notwendigerweise der größte Teil seiner Tätigkeit sein müsse. Es sei eine Gesamtbeurteilung vorzunehmen. Würde bei einer Gesamtbewertung ein Anteil von weniger als 25% erreicht werden, so wäre dies ein Anzeichen dafür, dass ein wesentlicher Teil der Tätigkeit nicht in dem entsprechenden Mitgliedstaat ausgeübt werde. Alleine die Bezugnahme auf eine Mitteilung des Steuerberaters aufgrund von Angaben betreffend die Berechnung der Einkommensteuervorauszahlung wäre keine geeignete Grundlage, eine Begründung für den angefochtenen Bescheid *"abzuliefern"*. Es hätte vielmehr darauf abgezielt werden müssen, welche tatsächlichen Einkünfte im Jahr 2014 wo erzielt worden seien und was wesentlich wäre, wo ein Hauptteil des Aufenthalts und der Beschäftigung erfolgt sei.

Unbestritten stehe fest, dass die Beschwerdeführerin in zwei Mitgliedstaaten erwerbstätig sei. Sowohl das Einkommen als auch die quantitative Tätigkeit in Österreich würde aber die 25%-Schwelle unterschreiten. Im Rahmen ihrer selbständigen Tätigkeit in Österreich sei sie an den Tagen Mittwoch, teilweise Freitag nachmittags sowie am Samstag und Sonntag im Einsatz. Die in Z***** beschränke sich auf die Tage Montag, Dienstag, Donnerstag und Freitag (teilweise nur halbtags). Auch in "Dienstfreistellungszeiten" in Z***** würde sie ihre selbständige Tätigkeit in Österreich ausüben. Alleine dadurch sei belegt, *"dass eine quantitative Unterschreitung der Tätigkeit"* nicht erfolge. Auch liege *"eine Unterschreitung der Einkommenshürde unter die 25%-Schwelle nicht vor"*. In Österreich werde mehr als 25% des Gesamteinkommens erzielt. Der bekämpfte Bescheid sei ersatzlos aufzuheben.

Das Finanzamt erließ eine abweisende Beschwerdeentscheidung mit der wortgleich identen Begründung wie in der Beschwerdeentscheidung betreffend den Abweisungsbescheid.

Der Antrag auf Vorlage der Beschwerde an das Bundesfinanzgericht ist - ebenso
- wortgleich mit dem Vorlageantrag betreffend den Abweisungsbescheid.

Das Finanzamt legte dem Bundesfinanzgericht die Verwaltungsakten und die Beschwerden zur Entscheidung vor.

Mit Eingabe vom 5. Dezember 2016 übermittelte der rechtsfreundliche Vertreter im Zusammenhang mit dem Rückforderungsbescheid noch Kopien von zwei Veröffentlichungen in Fachzeitschriften zum Erkenntnis des VwGH vom 30.6.2016, Ra 2015/16/0089. Der Bezug der österreichischen Familienbeihilfe würde ausdrücklich auf die Bedürftigkeit und den Aufenthaltsort des Kindes abstellen.

III. Sachverhalt:

Im vorliegenden Fall steht fest, dass

- die Kindesmutter und Beschwerdeführerin die Familienbeihilfe (und die Kinderabsetzbeträge) für ihren Sohn X***** in den Monaten Jänner bis Juli 2014 bezogen hat und die Auszahlung infolge Nichtvorlage entsprechender Unterlagen (Nachweise) sodann eingestellt wurde,
- der Sohn nach österreichischem Recht einen Anspruch auf Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbeträge) im Rückforderungszeitraum vermittelt hat, weil er in einem anderen Staat der Europäischen Union in Berufsausbildung gestanden ist, und auch im Oktober 2015 vermittelt, da er an einer Universität in Österreich eine weitere Berufsausbildung begonnen hat,
- die Kindesmutter mit Ende des Jahres 2013 eine nichtselbständige Tätigkeit in Z***** aufgenommen hat; daneben erzielte sie selbständige Einkünfte, (negative) Einkünfte aus einem Gewerbebetrieb und aus Vermietung und Verpachtung in Österreich,
- der Kindesvater in Österreich Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit und in einem anderen Staat (um welchen es sich dabei handelt ergibt sich aus den behördlichen Erledigungen nicht) erzielte,
- die Beschwerdeführerin mit Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet war und ist,
- der Sohn der Beschwerdeführerin bis 21. Oktober 2015 mit Hauptwohnsitz an der gleichen Adresse wie die Beschwerdeführerin gemeldet war und danach einen Hauptwohnsitz an einer anderen Adresse in Österreich begründete,
- der Kindesvater nach den sich aus dem Zentralen Melderegister ergebenden Daten bis Oktober 2013 in Österreich mit Hauptwohnsitz gemeldet war und ab März 2017 wiederum in Österreich mit Nebenwohnsitz, ab Juli 2017 mit Hauptwohnsitz gemeldet ist,

- sowohl die Beschwerdeführerin, als auch der Kindesvater und der Sohn österreichische Staatsbürger sind.

Diese Feststellungen ergeben sich aus dem unstrittigen Inhalt des Verwaltungsaktes bzw aus dem Zentralen Melderegister und den finanzinternen Datenbanken.

IV. Rechtslage und Erwägungen:

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

Durch die Erzielung von Einkünften aus nichtselbständiger Tätigkeit in Z***** und aus selbständiger Tätigkeit in Österreich durch die Beschwerdeführerin ist im Beschwerdezeitraum jedenfalls ein grenzübergreifender Sachverhalt gegeben, der die Anwendung von unionsrechtlichen Vorschriften im vorliegenden Fall für die Beschwerdeführerin, aber auch für ihre Familienangehörigen bedingt.

Art 7 VO(EG) 883/2004 normiert, dass sofern in der Verordnung nichts anderes bestimmt ist, Geldleistungen, die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten oder nach dieser Verordnung zu zahlen sind, nicht aufgrund der Tatsache gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden dürfen, dass der Berechtigte oder seine Familienangehörigen in einem anderen als dem Mitgliedstaat wohnt bzw wohnen, in dem der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat.

Damit ist klaggestellt, dass der Sohn der Beschwerdeführerin, welcher im Rückforderungszeitraum in einem anderen Staat der Europäischen Union studierte, auch in diesem Zeitraum so zu behandeln ist, als ob er in Österreich leben würde. § 53 Abs 1 FLAG 1967 enthält diesbezüglich auch eine inhaltlich idente innerstaatliche Regelung.

Dass sowohl die Beschwerdeführerin, als auch der Kindesvater und der Sohn als "Familienangehörige" im Sinne der VO(EG) 883/2004 gelten, ergibt sich nach der Rechtsprechung (vgl VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067) aus Art 1 lit i der VO(EG) 883/2004 und der Heranziehung des § 2 Abs 3 FLAG 1967.

Nach Art 11 Abs 1 VO(EG) 883/2004 unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Gemäß Abs 3 lit a dieser Bestimmung unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, vorbehaltlich anderslautender Regelungen in den Art 12 bis 16 der Verordnung den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats.

Eine Person, die gewöhnlich in einem Mitgliedstaat eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt und die eine ähnliche Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Tätigkeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet (Art 12 Abs 2 VO(EG) 883/2004).

Entsprechend Art 13 Abs 3 der Verordnung unterliegt eine Person, die gewöhnlich in verschiedenen Mitgliedstaaten eine Beschäftigung und eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, 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.

Die Verordnung unterscheidet im gegenständlichen Kontext zwischen "Beschäftigung" und "selbstständiger Tätigkeit". Unter dem Begriff "Beschäftigung" ist dabei die Ausübung einer nichtselbständigen Tätigkeit zu verstehen.

Die Beschwerdeführerin unterliegt auf Grund der auf mehr als 24 Monate angelegten Ausübung einer Beschäftigung (nichtselbständigen Tätigkeit) ausschließlich in Z***** nach Art 13 Abs 3 VO(EG) 883/2004 den Rechtsvorschriften von Z*****. Dies unabhängig davon, ob und in welchem Ausmaß von ihr eine selbstständige Erwerbstätigkeit in Österreich ausgeübt wird. Insofern war es auch nicht erforderlich, die vom Vertreter der Beschwerdeführerin angesprochene Prüfung hinsichtlich wesentlicher Teile der Tätigkeit durchzuführen.

Der Kindesvater unterliegt auf Grund der in Österreich ausgeübten nichtselbständigen Tätigkeit der Rechtsvorschriften von Österreich (Art 11 Abs 3 lit a VO(EG) 883/2004). Andere Beschäftigungen oder Tätigkeiten in im Anwendungsbereich der VO(EG) 883/2004 gelegenen Staaten sind nicht ersichtlich.

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 (Art 67 VO(EG) 883/2004). Im vorliegenden Fall ändert sich somit durch den Umstand, dass der beihilfenvermittelnde Familienangehörige in einem anderen Staat der Europäischen Union als in Z***** wohnte bzw wohnt, grundsätzlich nichts an dem durch die Beschwerdeführerin vermittelten Anspruch auf Familienleistungen. Parallel dazu besteht jedoch auch eine Verpflichtung von Österreich, ausgelöst durch die Ausübung einer Beschäftigung durch den von der Beschwerdeführerin getrennt lebenden Kindesvater. Dass die Eltern nicht mehr verheiratet sind und an getrennten Wohnsitzen leben, ist dabei unbeachtlich (vgl Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 53 Rz 97ff), da der leibliche Vater jedenfalls als Familienangehöriger anzusehen ist (vgl auch VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067).

Es liegen somit zwei jeweils durch eine Beschäftigung ausgelöste Ansprüche gegenüber zwei Trägern von unterschiedlichen Staaten vor.

Zu konkurrierenden Ansprüchen auf Familienleistungen regelt Art 68 Abs 1 lit b sublit i VO(EG) 883/2004, dass wenn Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren sind, bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst werden, primär der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird, für die Rangfolge entscheidend ist. Subsidiär ist gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung zu beachten.

Der Begriff "Wohnort" wird in Art 1 lit j VO(EG) 883/2004 mit dem Ort des gewöhnlichen Aufenthalts definiert. Den gewöhnlichen Aufenthalt hat eine Person dort, wo sie sich tatsächlich körperlich aufhält. Auch wurde gegenüber der Universität eine Adresse im Studienland als "dauerhafte Wohnadresse" angegeben (vgl die von der Beschwerdeführerin vorgelegte Bestätigung vom 10. März 2014). Dies führt dazu, dass - trotz aufrechter Meldung mit Hauptwohnsitz bei der Beschwerdeführerin - das in Rede stehende Kind jedenfalls bis Juni 2014 seinen Wohnort iSd Verordnung in jenem Land hatte, in welchem er sein Studium betrieben hat. Ob das Kind nach Beendigung des Studiums sofort oder erst zu einem späteren Zeitpunkt wieder nach Österreich zurückkehrte und ob er dann im Haushalt der Beschwerdeführerin lebte, ergibt sich aus dem Verwaltungsakt nicht abschließend. Die Beschwerdeführerin gibt dies zwar in ihrem Antrag auf Familienbeihilfe so an, aus dem Zusammenhalt der Ausführungen des Finanzamtes muss aber geschlossen werden, dass hier seitens des Finanzamtes offenbar Zweifel bestehen. Fest steht in der Folge, dass mit Oktober 2015 ein neues Studium in Österreich begonnen wurde. Im Laufe des Oktobers wurde laut Daten des Zentralen Melderegisters jedenfalls ein neuer Hauptwohnsitz am Studienort begründet.

Dies bedeutet für den Rückforderungszeitraum, in dem das beihilfenvermittelnde Kind weder in Österreich noch in Z***** wohnte, dass jener dieser zwei Staaten zuständig ist, welcher die höhere Leistung gewährt (vgl Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 53 Rz 190). Dies war - vorausgesetzt dass nach innerstaatlichen Normen ein entsprechender Anspruch in Österreich bestanden hat, was seitens des Finanzamtes außer Streit steht - unter Berücksichtigung von Familienbeihilfe und gemeinsam ausbezahlem Kinderabsetzbetrag nach der Aktenlage Österreich. Für den Zeitraum ab Oktober 2015 ist Österreich jedenfalls vorrangig zuständig (vgl Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 53 Rz 189), da das Kind in Österreich und somit in einem der beiden Beschäftigungsstaaten wohnte.

Dazu ist nochmals festzuhalten, dass die unionsrechtlichen Bestimmungen lediglich die Zuständigkeit für die Auszahlung und deren Modalitäten regeln, nicht jedoch einen - nach innerstaatlichem Recht bereits dem Grunde nach nicht bestehenden - Anspruch begründen können. So bleibt es jedem Mitgliedsstaat unbenommen, bestimmten Personen zB auf Grund der Höhe ihres Einkommens die Auszahlung einer Familienleistung zu versagen oder für Kinder, die eine bestimmte Altersgrenze überschreiten oder andere innerstaatliche Voraussetzungen nicht erfüllen, keine Familienleistung zu gewähren. Ihre Grenze finden innerstaatliche Einschränkungen dort, wo sie durch Unionsrecht verdrängt werden, wie dies zB in § 2 Abs 1 oder 8, § 3 Abs 1 und 2 oder § 5 Abs 3 FLAG 1967 der Fall ist (vgl nochmals VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067) oder diesem widersprechen.

Für die Prüfung der primären Zuständigkeit eines Mitgliedstaates ist es nicht von Relevanz, ob letztlich in diesem tatsächlich ein innerstaatlicher Anspruch besteht oder nicht. So könnte bspw im primär zuständigen Mitgliedstaat die Gewährung einer Familienleistung mit der Vollendung des 18. Lebensjahres begrenzt sein, was

letztlich aber nichts daran ändert, dass der Mitgliedstaat primär zuständig ist. Ist in einem solchen Fall in einem nachrangig zuständigen Mitgliedstaat eine höhere Altersgrenze vorgesehen, hat dieser andere Staat die nach seinen Rechtsvorschriften vollen Familienleistungen zu erbringen (vgl Art 68 Abs 2 VO(EG) 883/2004; mangels tatsächlichem Anspruch im primär zuständigen Mitgliedstaat kommt es zu keinem Ruhen der Ansprüche im nachrangig zuständigen Mitgliedstaat).

Wenn nunmehr, was auch das Finanzamt im Vorlagebericht so anerkennt, für den gesamten Zeitraum Österreich vorrangig für die Bezahlung der Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag zuständig war und ein entsprechender Anspruch bestanden hat, stellt sich die Frage, an welche Person diese auszuzahlen war bzw wäre.

Nach Art 60 Abs 1 zweiter Satz VO(EG) 987/2009 ist bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 VO(EG) 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. Damit normiert die Durchführungsverordnung zur VO(EG) 883/2004 eine Fiktion, die insbesondere für das Recht einer Person zur Erhebung eines Anspruches auf eine Familienleistung gilt. Es ist somit unabhängig davon, ob eine oder mehrere der beteiligten Personen tatsächlich den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaates unterliegen, zu unterstellen, dass alle beteiligten Personen den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates unterliegen, der nach der vorgegebenen Rangfolge zur Auszahlung verpflichtet ist.

Nach den innerstaatlichen Bestimmungen hat - bei Erfüllung aller notwendigen Voraussetzungen - jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe und damit auch Kinderabsetzbetrag, zu deren Haushalt das Kind gehört (§ 2 Abs 2 erster Satz FLAG 1967). 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. Liegt weder Haushaltszugehörigkeit noch überwiegende Kostentragung durch die Eltern vor, besteht nach § 6 FLAG 1967 möglicherweise ein Eigenanspruch des Kindes.

Damit normiert das Familienlastenausgleichsgesetz eine Rangfolge der Anspruchsberechtigten, wobei primär jene Person anspruchsberechtigt ist, zu deren Haushalt das Kind gehört. Wann ein Kind zum Haushalt einer Person gehört, wird in § 2 Abs 5 FLAG 1967 definiert.

Feststellungen dazu, ob das in Rede stehende Kind im Zeitraum Jänner bis Juli 2014 oder im Oktober 2015 zur Beschwerdeführerin (allenfalls fiktiv) haushaltszugehörig gewesen ist, sind dem Verwaltungsakt nicht zu entnehmen.

Ist eine Haushaltszugehörigkeit iSd FLAG 1967 nicht gegeben, stellt sich die Frage, ob eine Person in den entscheidungsrelevanten Monaten überwiegend den Unterhalt des Kindes bestritten hat. Dem Verwaltungsakt ist im Zusammenhang mit der Kostentragung zwar zu entnehmen, dass der Kindesvater monatlich einen

Unterhaltsbetrag von € 400,00 leistet, entsprechende Feststellungen, ob es sich dabei um eine überwiegende Tragung der Unterhaltskosten handelt, fehlen jedoch.

Letztlich wäre allenfalls auch noch die Frage zu beantworten, ob gegebenenfalls ein Eigenanspruch des Kindes bestanden haben könnte. Auch dazu müsste ua festgestellt werden, ob das Kind in den entscheidungsrelevanten Monaten zu einer Person haushaltszugehörig war bzw gegebenenfalls ob und in welcher Höhe Unterhaltsleistungen der Eltern erfolgten sowie die Höhe der gesamten Unterhaltskosten des Kindes.

Das Finanzamt vertritt nunmehr in der Beschwerdeentscheidung den Standpunkt, dass beim gegebenen Sachverhalt bei entsprechender Antragstellung und dem Vorliegen der innerstaatlichen Voraussetzungen (offenbar ausschließlich) der leibliche Vater die Familienbeihilfe beziehen könnte. Das Finanzamt begründet dies mit dem Hinweis auf das Erkenntnis VwGH 16.12.2009, 2009/15/0207, wonach der Elternteil die Familienbeihilfe erhalte, der den Anspruch auf diese Leistung auf Grund einer Beschäftigung bzw selbständigen Tätigkeit in Österreich auslöse. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass ein Naheverhältnis zum Kind gegeben sei.

Abgesehen von der Tatsache, dass diese Entscheidung zur "alten" Verordnung Nr 1408/71 ergangen ist, wird darin lediglich ausgeführt, dass es nicht zutreffe, dass die vom nationalen Gesetzgeber vorgegebene Gestaltung durch die Verordnung Nr 1408/71 dahingehend eine Änderung erfahre, dass der Kindesmutter bei der damals vorliegenden Konstellation ein unbedingter Anspruch eingeräumt werde. Die Verordnung untersage es weiter nicht, dass die Beihilfe dem Geldunterhalt leistenden Vater gewährt werde. Der Zweck der entsprechenden Bestimmungen der Verordnung sei es sicherzustellen, dass die Beihilfe entweder der den Unterhalt leistenden oder der haushaltsführenden Person gewährt werde. Damit wird aber klar zum Ausdruck gebracht, dass die innerstaatliche Rangordnung der Anspruchsberechtigten im Geltungsbereich des Unionsrechtes durch dieses abgeändert werden kann.

In der für den vorliegenden Fall anzuwendenden VO(EG) 883/2004 und der dazu ergangenen Durchführungsverordnung VO(EG) 789/2009 wird dazu ausdrücklich ausgeführt, dass für den Fall, dass eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahrnimmt, 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, berücksichtigt (Art 60 Abs 1 letzter Satz VO(EG) 789/2009). Im Erkenntnis VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067, hält der Gerichtshof in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich fest, dass die auf Wohnortklauseln und auf dem Mittelpunkt der Lebensinteressen beruhenden Bestimmungen des FLAG 1967 keine Anwendung zu finden haben. Im Zusammenhang mit Art 60 Abs 1 zweiter Satz VO(EG) 789/2009 ergibt sich somit für den Geltungsbereich der "neuen" Verordnung ebenfalls klar, dass ein Anspruch auf Familienleistungen einer Person nicht deshalb verwehrt werden kann, weil die anspruchserhebende Person nicht in Österreich wohnt oder - wie im vorliegenden Fall - nicht den entsprechenden Rechtsvorschriften Österreichs unterliegt.

Steht somit auf Grund der vorweg anzustellenden Zuständigkeitsprüfung fest, dass ein Mitgliedstaat (hier: Österreich) für die Bestreitung der Familienleistungen zuständig ist, hat - nach den österreichischen innerstaatlichen Normen - primär jene Person Anspruch auf die Familienleistung, bei der das Kind haushaltszugehörig ist, in weiterer Folge subsidiär jene Person, die überwiegend die Kosten des Unterhalts bestreitet und zu letzt allenfalls das Kind selbst. Nimmt jedoch die Person, die nach innerstaatlichem Recht primär anspruchsberechtigt ist, dieses Recht nicht wahr, ist jedenfalls auch der andere Elternteil nach Art 60 VO(EG) 789/2009 berechtigt, einen Antrag zu stellen.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die in Österreich lebende Kindesmutter auch dann primär anspruchsberechtigt sein könnte, wenn dieser Anspruch zwar durch die Beschäftigung des Kindesvaters ausgelöst worden ist, das Kind jedoch bei ihr (zumindest fiktiv) haushaltszugehörig gewesen ist oder tatsächlich sie die Kosten des Unterhalts überwiegend getragen hat.

Welche Aufwendungen der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem im Rückforderungszeitraum allenfalls entstanden sind, hat das Finanzamt (ebenfalls) nicht festgestellt. Dies ist umso verwunderlicher, als das Finanzamt in der Beschwerdeentscheidung eine "sinngemäße Erfüllung der Vorgaben des Artikel 68a" der VO(EG) 883/2004 in seine Entscheidung einfließen lässt. Abgesehen davon, dass in Art 68a VO(EG) 883/2004 ein Antragsrecht des Trägers im Mitgliedstaat des Wohnorts der Familienangehörigen an den Träger im zahlungsverpflichteten Mitgliedstaat normiert und die Anwendbarkeit der in Rede stehenden Verordnungsstelle somit eine Antragstellung des dafür zuständigen Trägers voraussetzt, kann alleine auf Grund der Tatsache, dass der Kindesvater Unterhalt leistet, nicht geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin die an sie ausbezahlte Familienbeihilfe nicht für das Kind verwendet hat oder verwenden würde.

Das Finanzamt ist alleine auf Grund des Umstandes, dass die Beschäftigung des Kindesvaters in Österreich die primäre Zuständigkeit Österreichs für die Bezahlung der Familienbeihilfe auslöste, zum nicht zutreffenden Schluss gekommen, die Beschwerdeführerin habe gar nicht berechtigt sein können, im Zeitraum Jänner bis Juli 2014 bzw im Oktober 2015 die Familienbeihilfe zu beziehen. Deshalb wurden die oben angeführten Sachverhaltsfeststellungen (Haushaltszugehörigkeit des Kindes bei bzw überwiegende Kostentragung durch die Beschwerdeführerin, überwiegende Kostentragung durch den Kindesvater) nicht getroffen, welche aber für die Entscheidung des vorliegenden Falles von ausschlaggebender Bedeutung sind.

Wie bereits oben ausgeführt, kann die Beschwerdeführerin primär anspruchsberechtigt gewesen sein. Aber selbst wenn eine primäre Anspruchsberechtigung nicht gegeben gewesen wäre oder ist, könnte die Beschwerdeführerin berechtigt sein oder gewesen sein, einen zu berücksichtigenden Antrag einzubringen. Dies nämlich dann, wenn zwar nach den innerstaatlichen Bestimmungen entweder der Kindesvater zum Bezug der Familienbeihilfe berechtigt (gewesen) wäre oder mangels überwiegender Kostentragung das Kind selbst einen Anspruch (gehabt) hätte, die primär anspruchsberechtigte Person

diesen aber nicht geltend macht. In diesem Fall könnte auf Grund des vorrangig zu berücksichtigen Unionsrechtes (Art 60 Abs 1 letzter Satz VO(EG) 789/2009 greift hier in die innerstaatliche Rangfolgeregelung ein) ein Antrag der Beschwerdeführerin (als ein Elternteil) nicht mit der Begründung abgewiesen werden, eine andere Person wäre primär anspruchsberechtigt.

Es wäre somit im vorliegenden Fall gegebenenfalls letztlich auch festzustellen gewesen, ob eine allenfalls im Verhältnis zur Beschwerdeführerin primär anspruchsberechtigte Person diesen Anspruch auch tatsächlich geltend machen will oder darauf verzichtet.

Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, hat das Finanzamt diverse für die Entscheidung des vorliegenden Falles relevante Sachverhaltsfeststellungen nicht getroffen, sodass eine endgültige Entscheidung weitere Ermittlungen notwendig macht.

Das Bundesfinanzgericht kann nach § 278 Abs 1 BAO eine Beschwerde mit Beschluss durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und der Beschwerdeentscheidung unter Zurückweisung der Sache an die Abgabenbehörde erledigen, wenn Ermittlungen unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können.

Im vorliegenden Fall ist sowohl hinsichtlich der Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid als auch hinsichtlich der Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid dieser Vorgangsweise der Vorzug vor einer selbständigen Ermittlungstätigkeit des Bundesfinanzgerichtes zu geben, da die Ermittlungsergebnisse des Bundesfinanzgerichtes jedenfalls vor Erlassung der Entscheidung dem Finanzamt zur Wahrung des Parteiengehörs hätten übermittelt werden müssen. Wären sodann seitens des Finanzamtes Einwendungen erhoben worden, wären diese wiederum der Beschwerdeführerin zur Kenntnis zu bringen. Dies jeweils unter Setzung einer ausreichenden Frist. Es liegen somit Umstände vor, die weder zu einer Raschheit des Verfahrens, noch zu einer erheblichen Kostenersparnis führen würden.

Mit der Aufhebung unter Zurückverweisung wird dem Finanzamt die Möglichkeit geboten in direkter Kontaktaufnahme mit der Beschwerdeführerin bzw deren rechtsfreundlichem Vertreter den Sachverhalt zu klären. Für den Fall, dass sich letztlich die im Antrag auf Familienbeihilfe behauptete Haushaltszugehörigkeit des Kindes im Oktober 2015, aber auch möglicherweise im Rückforderungszeitraum, bestätigt oder die Beschwerdeführerin im Rückforderungszeitraum die überwiegenden Kosten des Unterhalts getragen hat oder allenfalls anspruchsberechtigte Personen diesen Anspruch nicht geltend machen und auch sonst kein Ausschlussgrund vorliegt, müsste das Finanzamt keine neuerlichen Bescheide erlassen. Somit entspricht dieser Beschluss den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit. Berücksichtigungswürdige Interessen der Beschwerdeführerin werden durch die Zurückverweisung ebenfalls nicht beeinträchtigt, da die Klärung des relevanten Sachverhaltes direkt mit dem vor Ort befindlichen Finanzamt auch für sie leichter zu bewerkstelligen ist.

V. Zulässigkeit einer Revision:

Gegen einen Beschluss des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss 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.

Das Bundesfinanzgericht hat im Ermessen die Bescheide und Beschwerdeentscheidungen aufgehoben und an das Finanzamt zu weiteren Ermittlungen zurückverwiesen. Die Übung von Ermessen stellt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dar.

Innsbruck, am 7. März 2018