

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde des A B C, Adresse\_PL, nunmehr Adresse\_PL\_neu, Polen, vom 2.11.2015, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22, 1220 Wien, Dr. Adolf Schärf-Platz 2, vom 16.10.2015, mit welchem der Antrag vom 27.4.2015 auf Ausgleichszahlung für die im März 2014 geborenen D C für den Monat April 2015 abgewiesen wurde, Sozialversicherungsnummer X, zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird ersatzlos aufgehoben.

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

## Entscheidungsgründe

### Antrag vom 23.6.2014

Am 23.6.2014, beim Finanzamt Salzburg Stadt am 1.7.2014 eingelangt, beantragte der Beschwerdeführer (Bf) A B C mit dem Formular Beih 38 Ausgleichszahlung:

Der Antragsteller sei deutscher und polnischer Staatsbürger, verheiratet, erziehe ein Kind in einem Haushalt gemeinsam mit dem anderen Elternteil. Der Familienwohnort sei Adresse\_PL, Polen. Sein Dienstgeber sei seit März 2013 ein näher bezeichnetes österreichisches Unternehmen in Salzburg. Seine Ehegattin sei E C, polnische Staatsbürgerin, Arbeitnehmerin in Polen, derzeit auf Elternurlaub. E C verzichtete gemäß § 2a Abs. 1 FLAG 1967 zugunsten des Antragstellers auf die ihr vorrangig zustehende Ausgleichszahlung.

Ausgleichszahlung werde ab März 2014 bis laufend für die im März 2014 geborene D C, polnische Staatsbürgerin, Tochter des Antragstellers, wohnhaft am Familienwohnort, beantragt.

Ein Bescheid des Regionalen Zentrums für Sozialpolitik in Opole (Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w Opolu) vom 27.5.2014 an E C war angeschlossen. Aus diesem geht hervor, dass

*auf der Grundlage des Art. 21 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 des Familienleistungsgesetzes vom 28. November 2003 (Gesetzblatt von 2013, Pos. 1456), Verordnung der Ministerrat vom 10. August 2012 über Höhe des Familien- oder bildende Person Einkommen welche die Grund zum Bearbeitung des Anspruchs auf Familienleistungen sind und Höhe die Familienleistungen (Gesetzblatt von 24.08.2012 Pos. 959), des Art. 68 Abs. Ib (i) der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, des Art. 60 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Durchführung des Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und des Beschlusses Nr. F1 vom 12. Juni 2009 zur Auslegung des Artikels 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Prioritätsregeln beim Zusammentreffen von Familienleistungen*

der Antrag von E C auf Familienleistung und Zulage zur Familienleistung für D C abgelehnt wird.

Aus der Begründung:

*... Die Regeln für die Gewährung von Familienleistungen in Polen definiert das o. g. Familienleistungsgesetz. Laut diesem Gesetz ist u. a. die Nichtüberschreitung der Einkommensgrenze von 539 PLN pro Familienmitglied eine Voraussetzung für den Erhalt von Familienleistungen (Art. 5 Abs. 1). ...*

*... Der erhaltene Betrag 3 201 PLN 59 Gr. stellt das Einkommen pro Mitglied Ihrer Familie dar und übersteigt damit das in dem Familienleistungsgesetzes festgelegte Einkommenskriterium, deshalb Frau E C die Anspruch auf Familienleistungen abgelehnt sind. ...*

Darüber hinaus war eine Bescheinigung der Gemeinde vom 7.4.2014, wonach an der Adresse Adresse\_PL nach dem Einwohnerregister E C, A C und D C ihren gemeinsamen Wohnsitz haben und die Geburtsurkunde für D beigefügt.

Das Finanzamt Salzburg-Stadt erhab am 3.7.2014, dass der Bf in Polen geboren ist, über die deutsche Staatsbürgerschaft verfüge, verheiratet sei, seit dem Jahr 2005 mit Unterbrechungen über Neben- oder Hauptwohnsitze in Österreich verfügt habe, zuletzt am 11.6.2012 (für diesen Tag) in Niederösterreich und seit 27.11.2013 bis laufend in Wien. Aus dem vorgelegten Finanzamtsakt ist nicht ersichtlich, ob und wie der Antrag vom 23.6.2014 erledigt wurde.

## **Zuständigkeitsentscheidung F003 vom 27.5.2014**

Das damalige Bundesministerium für Familie und Jugend übermittelte mit Schreiben vom 29.7.2014 dem Finanzamt Wien 2/20/21/22 ein Formular F003 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit

(Entscheidung über Zuständigkeit, Artikel 1 Nummer 1 Ziffer i, 67 und 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004; Artikel 58, 59, 60 Absätze 1, 2 und 5 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009) zur Erledigung im eigenen Wirkungsbereich.

Mit diesem Formular vom 27.5.2014 teilt das Regionale Zentrum für Sozialpolitik Opole (Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej Opola) dem "Finanzamt Wien" die Entscheidung über vorrangige Zuständigkeit gemäß Artikel 68 der Verordnung 883/2004 für die Zeiträume 1.5.2014 bis 31.10.2014 mit (Punkt 2.2 des Formulars):

*Odmowa przyznania zasiłku rodzinnego oraz dodatku do zasiłku rodzinnego z tytułu opieki nad dzieckiem w okresie korzystania z urlopu wychowawczego w okresie od 01.05.2014r. do 31.10.2014r. ze względu na przekroczone kryterium dochodowe.*

(sinngemäß: Verweigerung der Gewährung von Familienbeihilfe und Ergänzung der Familienbeihilfe für den Titel der Kinderbetreuung während der Zeit des Elternurlaubs in der Zeit vom 1.5.2014 bis zum 31.10.2014 aufgrund des überschrittenen Einkommenskriteriums).

Die Antragstellerin E C sei nicht versichert und verfüge über ein zu hohes Einkommen (Punkt 3.1 des Formular, Fallvariante 2 und 4). Sie sei verheiratet (Punkt 3.7.1 Fallvariante 1), unselbständig erwerbstätig (Punkt 3.8.1 1. Fallvariante 1), seit 1.1.2013 bis laufend (Punkt 3.8.4). Der Ehegatte A C lebe mit E C im selben Haushalt (Punkt 4.7.5 Fallvariante 1), sei unselbständig erwerbstätig (Punkt 4.8.1 Fallvariante 1), seit 18.3.2013 bis laufend (Punkt 4.8.4).

Das im März 2014 geborene Kind D C (Punkt 7.1.1) sei eheliches Kind von E und A C (Punkt 7.4.1.1) und lebe mit ihren Eltern im gemeinsamen Haushalt (Punkte 7.4.9 und 7.4.10 Fallvariante 1).

Unter Punkt 14 wird darauf hingewiesen, dass Arbeitgeber des Bf ("Pracodawca osoby wym. w pkt 4) das aktenkundige Salzburger Unternehmen sei.

Die Punkte 16 (Zuständigkeit - "Wir werden als vorrangig zuständiger Träger die Zahlung der Leistung(en) ab folgendem Datum ... aufnehmen") und 17 (Erstattungsantrag gemäß Artikel 58 der Verordnung 987/2009) sind nicht ausgefüllt.

Kopien von verschiedenen Formularen betreffend polnische Familienleistungen waren beigelegt. Es ergibt sich daraus, dass nach Ansicht der zuständigen polnischen Behörde Österreich im Zeitraum 1.5.2014 bis 31.10.2014 vorrangig zur Erbringung von Familienleistungen verpflichtet ist.

## **Urgenz vom 31.10.2014**

Die Zustellungsbevollmächtigte des Bf urgierte mit Schreiben vom 31.10.2014 die Erledigung des Antrags vom Juni 2014 und legte einen Ablehnungsbescheid des Regionalen Zentrums für Sozialpolitik in Opole (Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej

w Opolu) vom 20.10.2014 (Übersetzung unrichtig mit 24.10.2014) an E C vor, der inhaltlich dem vom 27.5.2014 entspricht (das Familieneinkommen von 3.337 PLN 68 Gr. überschreite die Einkommensgrenze von 574 PLN).

### **Zuständigkeitsentscheidung F003 vom 20.10.2014**

Am 26.11.2014 langte beim Finanzamt Wien 2/20/21/22 eine weitere Zuständigkeitsentscheidung mit dem Formular F003 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ein.

Mit diesem Formular vom 20.10.2014 teilt das Regionale Zentrum für Sozialpolitik Opole (Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej Opolu) dem Finanzamt Wien 2/20/21/22 die Entscheidung über vorrangige Zuständigkeit gemäß Artikel 68 der Verordnung 883/2004 für die Zeiträume 1.11.2014 bis 31.10.2015 mit (Punkt 2.2 des Formulars):

*Odmowa przyznania zasiłku rodzinnego oraz dodatku do zasiłku rodzinnego z tytułu opieki nad dzieckiem w okresie korzystania z urlopu wychowawczego w okresie od 01.11.2014r. do 31.10.2015r. ze względu na przekroczone kryterium dochodowe.*

(sinngemäß: Verweigerung der Gewährung von Familienbeihilfe und Ergänzung der Familienbeihilfe für den Titel der Kinderbetreuung während der Zeit des Elternurlaubs in der Zeit vom 01.11.2014 bis zum 31.10.2015 aufgrund des überschrittenen Einkommenskriteriums).

Ansonsten sind die Angaben im Formular F003 vom 20.10.2014 dem vom 27.5.2014 gleichlautend. Ebenfalls beigeschlossen waren Kopien von verschiedenen Formularen betreffend polnische Familienleistungen.

Daraus geht hervor, dass nach Ansicht der zuständigen polnischen Behörde Österreich im Zeitraum 1.11.2014 bis 31.10.2015 vorrangig zur Erbringung von Familienleistungen verpflicht ist.

### **Antrag vom 22.4.2015**

Am 22.4.2015, in der gemeinsamen Einlaufstelle der Finanzämter Wien eingelangt am 27.4.2015, beantragte der Bf mit dem Formular Beih 38 nochmals Ausgleichszahlung wie am 23.6.2014. Der Antrag vom 22.4.2015 unterscheidet sich von jenem vom 26.6.2014 nur durch das Datum der Unterfertigung durch den Antragsteller und seine Ehegattin sowie den Antragszeitraum "04.2015-LFD." Beigefügt war eine Anmeldung des Bf bei der Gebietskrankenkasse als vollzeitbeschäftigter Bau-Facharbeiter ab 13.4.2015.

## **Urgenz vom 28.7.2015**

Die Zustellungsbevollmächtigte des Bf urgierte mit Schreiben vom 28.7.2015 die Erledigung des Antrags vom 22.4.2015.

## **Urgenz vom 7.10.2015**

Nochmals urgierte die Zustellungsbevollmächtigte des Bf mit Schreiben vom 7.10.2015 die Erledigung des Antrags vom 22.4.2015.

## **Meldeanfrage**

Das Finanzamt Wien 2/20/21/22 erhob am 6.5.2016 im Zentralen Melderegister, dass der Bf zuletzt von November 2013 bis April 2015 in Österreich aufrecht gemeldet war.

## **Versicherungsdaten**

Laut Versicherungsdatenauszug vom 13.5.2016 für den Zeitraum Mai 2014 bis Mai 2016 war der Bf bei dem aktenkundigen Salzburger Unternehmen von April 2013 bis Jänner 2015, von 13.4.2015 bis Mai 2015, von Juni 2015 bis August 2015, von September 2015 bis Jänner 2016 sowie von April 2016 bis laufend beschäftigt. Im Jänner und Februar 2015 habe sich der Bf arbeitslos gemeldet.

## **Abweisungsbescheid**

Mit Bescheid vom 16.10.2015 wies das Finanzamt den Antrag "vom 27.4.2015" (Datum des Einlangens) auf Ausgleichszahlung für die im März 2014 geborenen D C für den Monat April 2015 ab. Die Begründung lautet:

*Ändern sich zwischen den Mitgliedstaaten während eines Kalendermonats die Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen, hat der Mitgliedstaat, der die Familienleistungen zu Beginn dieses Monats gewährt hat, die Familienleistungen bis zum Ende dieses Monats auszuzahlen (Art. 59 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 zur Festlegung der Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit).*

## **Beschwerde**

Mit Schreiben vom 2.11.2015, beim Finanzamt eingelangt am 3.11.2015, legte der Bf durch seine Zustellbevollmächtigte ersichtlich Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid vom 16.10.2015 ein und stellte den Antrag auf Aufhebung.

*... Nämlich Sie haben die Ausgleichszahlung Herr C für April 2015 abgelehnt, weil Ihre Meinung nach Herr C die Versicherung in Österreich ab Anfang des Monats nicht begonnen hat. Deswegen die vorangegangene Anspruch für Auszahlung die Leistung hat andere Land, im Fall Familie C -Polen.*

*Jedoch in Polen die polnische Familienleistungen Familie C waren mit entsprechende, Ihnen vorgelegte Nachweis wegen Einkommensgrenze abgelehnt (liegt noch mal in Kopie bei). Deswegen in solcher Fall die zweite Land-Österreich die Pflicht für Auszahlung dieser Leistung hat.*

*In ähnliche Fällen waren schon entsprechende positive Beschlüssen entschieden. Die Kopien liegen vor.*

*Bezug nehmend auf o. g. Begründung und vorgelegte Unterlagen bitte ich Ihnen die Ausgleichszahlung für April 2015 Familie C ebenso entsprechend gewähren zu können....*

Der Beschwerde beigelegt waren Kopien des Ablehnungsbescheids des Regionalen Zentrums für Sozialpolitik in Opole (Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w Opolu) vom 20.10.2014 an E C (siehe oben) sowie der ersten Seiten der Entscheidungen BFG RV/2100183/2015 und UFS RV/2990-W/10.

## **Beschwerdevorentscheidung**

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 9.3.2016 wies das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet ab:

*Sachverhalt:*

*Es wurde Ihnen die Familienbeihilfe für obigen Zeitraum aberkannt, weil Sie zu Beginn des Monats 4/15 in Österreich nicht sozialversichert waren.*

*Sie waren in Österreich ab 13.4.15 sozialversichert.*

*Rechtliche Grundlagen:*

*Anspruch auf Familienbeihilfe besteht grundsätzlich nur für die Dauer einer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit im Inland oder bei Bezug einer Geldleistung infolge dieser Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit. Kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung*

ausländischer ArbeitnehmerInnen verstößt. Tätigkeiten, die sich als völlig unwesentlich darstellen, bleiben dabei außer Betracht.

Ändern sich zwischen den Mitgliedstaaten während eines Kalendermonats die Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen, hat der Mitgliedstaat, der die Familienleistungen zu Beginn dieses Monats gewährt hat, die Familienleistungen bis zum Ende dieses Monats auszuzahlen (Art. 59 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 zur Festlegung der Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit).

Innerstaatliche Regelungen (wie z.b. überschrittenes Einkommen) bleiben dabei außer Betracht.

Würdigung:

Sie müssen immer ein volles Kalendermonat in Österreich beschäftigt gewesen sein, um Anspruch auf Ausgleichszahlung zu haben. Da Sie erst ab 13.4.15, also nicht das ganze Kalendermonat beschäftigt bzw. in Österreich sozialversichert waren, ist Polen für dieses Monat für die Zahlung der Familienbeihilfe zuständig.

Es ist unerheblich, ob Sie aufgrund nationaler Bestimmungen keinen Anspruch in Polen für diesen Zeitraum haben. Österreich leistet für dieses Monat keinesfalls Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung.

Ihre Beschwerde war daher abzuweisen.

## Vorlageantrag

Mit Schreiben vom 22.3.2016, beim Finanzamt am selben Tag eingelangt, stellte der Bf ersichtlich Vorlageantrag:

*Hiermit möchte ich Ihnen mitteilen dass ich weiterhin mit Ihnen o. g. Entscheidung nicht einverstanden bin und die in Grundrecht auf Gleichheit vor dem Gesetz verletzt sehe.*

*Nämlich laut entsprechende EU Verordnungen dieser Land in welche die Beschäftigung ausgeübt ist, bzw. war für die Familienleistungen zuständig ist. Im Monat 04.2015 habe ich die Erwerbstätigkeit in Österreich und aus diesem Grund Österreich weiterhin zuständig ist um mir die österreichische Familienleistungen als Ausgleichszahlung bewilligen und auszahlen. Weil aus der von Ihnen zitierte Art. 59 DVO nicht ersichtlich ist dass die Arbeitsverhältnis muss ab Anfang des Monates beginnen und die ganze Monat die Beschäftigung ausgeübt werden muss um jegliche Familienleistungen bekommen zu können.*

*Ihre Bescheid um mir die österreichische Familienleistungen voll und ganz aufheben sehr Unrecht ist.*

*Vor allem dass meine Ehefrau besitzt die Ablehnungsbescheid über kein Anspruch auf polnische vergleichbare Leistungen welche war Ihnen mit deutsche Übersetzung gesandt.*

*Deswegen in meiner Fall einer große Ungerechtigkeit ist wenn ich weder aus Polen noch aus Österreich die Familienleistungen nicht bekommen konnte, obwohl ich zu mindestens die Anspruch habe um die österreichische Leistung erhalten.*

*Deswegen bitte ich Ihnen meiner o. g. Begründung in Betracht nehmen und meiner Anspruch auf Ausgleichszahlung bzw. Differenzzahlung für Monat 04.2015 noch mal überprüfen zu können. Vor allem dass meiner Bekannter in dieselbe Situation gewesen war und die österreichische Leistung bekommen hat - Die Entscheidung aus Bundesfinanzgericht in Kopie beigefügt.*

*Für Ihre Mühe und Verständnis bedanke ich mich im Voraus.*

Beigefügt war eine Kopie des Erkenntnisses BFG 15.7.2015, BFG RV/2100183/2015.

In diesem Erkenntnis hat das BFG unter anderem ausgeführt:

*Es steht fest, dass der Beschwerdeführer auch in diesen Monaten, nur nicht zu Beginn dieser Monate, in Österreich als Arbeiter beschäftigt war.*

*Gemäß Artikel 11 Abs. 1 der Grundverordnung unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt (wie für den Beschwerdeführer als polnischer Staatsangehöriger), den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.*

*Abs. 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.*

*Abs. 3 Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt Folgendes:*

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

*Der vom Finanzamt seinem Bescheid zu Grunde gelegte Artikel 59 der Durchführungsverordnung enthält Regelungen für den Fall, in dem sich die anzuwendenden Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen ändern.*

*Dessen Abs. 1 lautet:*

*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.*

*Die Verordnung regelt sohin zur Vollziehung von Artikel 11 Abs. 1 der Grundverordnung, welcher von mehreren für einen Monat zuständigen Staaten die Familienleistungen tatsächlich zu erbringen hat.*

*Im vorliegenden Fall hat aber Polen für keinen der hier maßgeblichen Monate Familienleistungen erbracht und hatte solche auch gar nicht zu erbringen, sodass der Beschwerdeführer in diesen Monaten als in Österreich Beschäftigter ausschließlich den österreichischen Rechtsvorschriften unterlag.*

*Er hat daher die für diese Monate bezogenen Familienleistungen nicht zu Unrecht sondern zu Recht bezogen.*

## **Vorlage**

Mit Bericht vom 16.6.2016 legte das Finanzamt dem Bundesfinanzgericht die Beschwerde zur Entscheidung vor und führte unter anderem aus:

*Sachverhalt:*

*Der Beschwerdeführer (Bf.), polnischer Staatsbürger reichte am 27.04.2015 einen Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung ab April 2015 für seine in Polen lebende Tochter ein. Die Kindesmutter war in Polen beschäftigt bzw. befand sich in einer der Beschäftigung gleichgestellten Situation. Der Bf. nahm am 13.04.2015 wieder eine Beschäftigung in Österreich auf. Der Antrag auf Ausgleichszahlung für April 2015 wurde mit Bescheid vom 16.10.2015 abgewiesen.*

*Beweismittel:*

*Siehe Inhaltsverzeichnis.*

*Stellungnahme:*

*Aufgrund der in Art. 59 der VO (EG) Nr. 987/2009 normierten Aussetzungsregel, wonach im Falle eines Zuständigkeitswechsels während eines Kalendermonats der zu Beginn dieses Kalendermonats zuständige Staat seine Familienleistungen bis zum Monatsende zu erbringen hat, kann für April 2015 keine Ausgleichszahlung zuerkannt werden.*

*Die Ausgleichszahlung steht mangels Zuständigkeit auch dann nicht zu, wenn nach innerstaatlichen Regelungen Polens keine Familienleistungen vorgesehen sind bzw. diese nicht beantragt werden (vgl. UFSW vom 01.10.2012, RV/2376-W/12, BFG vom 07.05.2015, RV/7102219/2014).*

## **Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **Sachverhalt**

Der Bf war bei einem Salzburger Unternehmen von April 2013 bis Jänner 2015 sowie von 13.4.2015 bis Mai 2015 (und in Zeiträumen nach Mai 2015) als Facharbeiter beschäftigt. Im Jänner und Februar 2015 war der Bf arbeitslos gemeldet.

Der Bf wohnt gemeinsam mit seiner Ehegattin und seiner im März 2014 geborenen Tochter in Polen.

Die Ehegattin des Bf befand sich im April 2015 wie auch in den Monaten davor und danach in einer einer Beschäftigung gleichgestellten Situation in Polen. Die zuständige polnische Behörde hat am 26.11.2014 entschieden, dass in der Zeit vom 01.11.2014 bis zum 31.10.2015 auf Grund von zu hohem Einkommens Polen keine Familienleistungen erbringe.

### **Beweiswürdigung**

Die getroffenen Feststellungen sind nicht strittig.

### **Rechtsgrundlagen**

#### **Nationales Recht**

§ 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, BGBI. 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 Höchstmaß 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, BGBI. 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 Berufsförderung.

(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltsgleichheit 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 haushaltsgleich, 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), BGBI. I Nr. 100/2005, oder nach § 54 des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBI. I Nr. 100/2005 idF BGBI. 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), BGBI. 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 unselbstständig oder selbstständig 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 Ausschließungsgrund 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 Haushaltssmitteln 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

*haushaltzugehörige 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.*

## **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 Haushaltangehöriger 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.*

## **Unionsrecht ist neben dem nationalen Recht (vorrangig) anzuwenden**

Der Bf kam in Ausübung seines durch die Union verbürgten Freizügigkeitsrechts als Unionsbürger von Polen nach Österreich. Er, sein Kind und die Kindesmutter, auch Unionsbürger, wohnen in Polen. Es liegt daher ein mitgliedstaatsübergreifender Sachverhalt vor, das Unionsrecht ist (vorrangig) anzuwenden.

## **Vorrangiger Anspruch der haushaltsführenden Mutter**

Das Bundesfinanzgericht hat in ständiger Rechtsprechung 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; BFG 9.4.2018, RV/7101954/2016; BFG 6.6.2018, RV/7100050/2016).

## **Verzicht der Mutter**

Die vorrangig anspruchsberechtigte Mutter hat zugunsten des Vaters gemäß § 2a Abs. 1 FLAG 1967 wirksam auf österreichische Familienleistungen verzichtet. Daher stehen diese Leistungen dem Vater zu.

## **Österreichische Rechtsvorschriften sind nachrangig anzuwenden**

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

Beschäftigungsmitgliedstaat des Vaters war ab 13.4.2015 Österreich, im April war der Vater nicht in Polen erwerbstätig. Die Mutter befand sich unstrittig in Polen in einer einer Beschäftigung gleichgestellten Situation.

Da Polen sowohl Wohnmitgliedstaat als auch Beschäftigungsmitgliedstaat (der Mutter) war (Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a VO 883/2004), ist Polen gemäß Art. 68 Buchstabe b Unterbuchstabe i VO 883/2004 vorrangig zur Erbringung von Familienleistungen zuständig, nachrangig Österreich als Beschäftigungsmitgliedstaat (des Vaters).

## **Erkenntnis VwGH 12.9.2017, Ra 2015/16/0088**

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem nach Ergehen der Beschwerdevorentscheidung veröffentlichtem Erkenntnis VwGH 12.9.2017, Ra 2015/16/0088 entschieden, dass in Bezug auf Art. 59 VO 987/2009 zu differenzieren ist:

Ist Österreich zur Erbringung von Familienleistungen primär zuständig, da nur Österreich Beschäftigungsstaat ist, sind Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag entgegen § 10 Abs. 2 FLAG 1968 gemäß Art. 59 VO 987/2009 erst ab dem folgenden Monatsersten nach der Begründung der Zuständigkeit Österreichs auszuzahlen.

Ist Österreich nur zur Leistung einer Ausgleichszahlung nach § 68 Abs. 2 VO 883/2004 zuständig, da sowohl Österreich als auch der Wohnortstaat Beschäftigungsstaaten sind, liegt keine Änderung der Zuständigkeit zur primären Erbringung von Familienleistungen vor und ist die Ausgleichszahlung gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 bereits ab dem ersten Monatsersten zu zahlen.

Da unstrittig Polen primär zur Erbringung von Familienleistungen im April 2015 zuständig war, auch wenn tatsächlich infolge Überschreitens der Einkommensgrenze nach polnischem Recht keine Familienleistungen erbracht wurden, lag mit der Arbeitsaufnahme des Bf am 13.4.2015 keine Änderung der Zuständigkeit zur primären Erbringung von Familienleistungen vor. Österreich wurde damit lediglich nachrangig zuständig.

Die Ausgleichszahlung ist daher (und zwar in voller Höhe von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 bereits ab Beginn des Monats April 2015 zu zahlen.

### **Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids**

Der angefochtene Bescheid ist also schon aus diesem Grund rechtswidrig (Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG) und ist daher gemäß § 279 BAO ersatzlos aufzuheben. Ob darüber hinaus Rechtswidrigkeitsgründe vorliegen, ist nicht mehr zu prüfen.

### **Revisionsnichtzulassung**

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 ist nicht zuzulassen, da das Bundesfinanzgericht dem Erkenntnis VwGH 12.9.2017, Ra 2015/16/0088 folgt.

Wien, am 11. Juli 2018