

## BESCHLUSS

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde der A B C, Adresse\_Wien, vertreten durch Mag. Doris Einwallner, Rechtsanwältin, 1050 Wien, Schönbrunner Straße 26/3, vom 21.3.2016 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10, 1030 Wien, Marxergasse 4, vom 19.2.2016, mit welchem der Antrag "vom 29.12.2015" "auf Ausgleichszahlung" für den im Oktober 1998 geborenen D C für den Zeitraum ab Jänner 2013 abgewiesen wurde, Sozialversicherungsnummer X, beschlossen:

I. Der angefochtene Bescheid vom 19.2.2016 und die Beschwerdevorentscheidung vom 6.10.2016 werden gemäß § 278 Abs. 1 BAO aufgehoben. Die Sache wird an das Finanzamt zurückverwiesen.

II. Gegen diesen Beschluss ist gemäß Art. 133 Abs. 9 B-VG i.V.m. Art. 133 Abs. 4 B-VG und § 25a VwGG eine Revision nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### Antrag vom 30.11.2015

Die Beschwerdeführerin (Bf) A B C beantragte mit Schreiben ihrer rechtsfreundlichen Vertreterin vom 30.11.2015, eingelangt beim Finanzamt am 23.12.2015 (auf Eingangsstempel und Scanvermerk befindet sich das Datum 23.12.2015, das Kuvert befindet sich nicht im dem Bundesfinanzgericht vorgelegten Verwaltungsakt), Familienbeihilfe: (vom Finanzamt unter "Antrag" im elektronischen Akt abgelegt):

I.

*Die Einschreiterin ist polnische Staatsbürgerin und lebt seit mehreren Jahren in Österreich. Sie hat Sorgepflichten für ihr Kind D E C, geb. ...10.1998.*

*Gemäß § 2 Abs 1 lit a FLAG haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder. Gemäß Abs 2 hat die Person Anspruch, zu deren Haushalt das Kind gehört, oder die, die Unterhaltskosten überwiegend trägt. Gemäß § 3 Abs 1 FLAG haben Personen, die nicht die österreichische*

*Staatsbürgerschaft besitzen nur Anspruch, wenn sie sich nach § 8 und 9 NAG, oder § 54 AsylG rechtmäßig in Österreich aufhalten.*

*Diese Voraussetzungen treffen auf die Einschreiterin und ihr Kind zu. Die Einschreiterin hält sich als selbstständig erwerbstätige EU-Bürgerin gemäß § 51 Abs 1 NAG rechtmäßig in Österreich auf. Ihr Sohn lebt zwar bei den Großeltern in Polen, jedoch trägt die Einschreiterin die Unterhaltskosten. Der Kindesvater leistet keine Unterhaltszahlungen. Er wird jedoch je nach Einkommenslage gepfändet.*

*Der Sohn der Einschreiterin bezieht auch keine eigenen Einkünfte, sondern besucht derzeit eine Allgemeinbildende Oberschule in Breslau.*

*Die Einschreiterin stellt daher den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für D E C für den Zeitraum ab Jänner 2013.*

*II.*

*Die Einschreiterin legt unter einem folgende Urkunden in Kopie vor:*

- Schulzeugnis D C Jahr 2013/2014 (inkl. beglaubigter Übersetzung)*
- eidesstattliche Erklärung der Eltern der Einschreiterin (inkl. beglaubigter Übersetzung)*
- Meldebestätigung der Einschreiterin*
- Meldebescheinigung C D E (inkl. beglaubigter Übersetzung)*
- Bescheinigung der Stadtbehörde für Sozialhilfe Breslau vom 24.06.2015 (inkl. beglaubigter Übersetzung)*
- Schulbesuchsbescheinigung vom 25.06.2015 (inkl. beglaubigter Übersetzung)*
- Obsorgebeschluss vom 17.12.2014 (inkl. beglaubigter Übersetzung)*

Die angeführten Dokumente waren beigelegt (siehe im Folgenden).

Aus dem vorgelegten Verwaltungsakt ist eine Erledigung des Antrages nicht zu ersehen.

## **Zeugnis der Schule**

Aus dem Zeugnis eines Gymnasiums (nach Information der Übersetzerin "in Polen obligatorische auf Grundschule aufbauende das 7. bis 9. Schuljahr umfassende Mittelstufenschule") in Wrocław (Breslau), vom 27.6.2014 geht hervor, dass D E C an diesem Gymnasium im Schuljahr 2013/2014 die Ausbildung abgeschlossen (Noten zwischen sehr gut und befriedigend) und im Schuljahr 2012/2013 an der Umsetzung des Bildungsprojektes „Medizingeschichte in Asien“ teilgenommen hat.

## **Bestätigung der Großeltern**

*Erklärung*

*Wir, F C und G C erklären hiermit unter Strafandrohung, dass wir weder den Unterhalt noch sonstige finanzielle Unterstützung für unser Enkelkind D C leisten, und dass für alle Aufwendungen seine Mutter A C aufkommt.*

*[gezeichnet] F C*

*[gezeichnet] G C*

Die undatierte und am 19.11.2015 übersetzte Bestätigung enthält keine Anschrift.

### **Meldebestätigung Wien**

Der Magistrat der Stadt Wien bestätigte am 12.11.2015, dass die Bf polnische Staatsbürgerin ist und von Februar 2011 bis November 2015 an einer Anschrift in Wien 14 hauptgemeldet war und seit November 2015 an der Adresse Adresse\_Wien hauptgemeldet ist.

### **Meldebestätigung Wrocław**

Das Urząd Miejski Wrocławia (Stadtamt Breslau) fertigte am 25.6.2015 eine Zaświadczenie zameldowania na bobyt stały (Meldebescheinigung über ständigen Wohnsitz) aus, wonach die Bf, Eltern F und G, in Adresse\_Breslau seit September 1997 mit ständigem Wohnsitz gemeldet sei. Zusammen mit der Bf sei auch ihr Sohn D E C angemeldet. "Die vorstehende Bescheinigung wird auf der Grundlage von Daten aus dem Bevölkerungsregister ausgestellt."

### **Bestätigung der Familienleistungsbehörde**

Die Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej we Wrocławiu (Stadtbehörde für Sozialhilfe Breslau) bescheinigte am 24.6.2015, dass von der Bf, Adresse\_Breslau, "in der Zeit vom 01.06.2005 bis heute kein Kindergeld" (świadczenia rodzinne) für D bezogen wurde. "In der vorgenannten Zeit wurde kein Antrag auf Prüfung des Anspruchs auf Kindergeld und Zulagen gestellt."

### **Schulbestätigung**

Eine allgemeinbildende Oberschule (zur Hochschulreife führende höhere Schule, Anmerkung der Übersetzerin) bestätigte am 25.6.2015, dass D C Schüler der ersten Klasse im Schuljahr 2014/2015 ist und die Schule voraussichtlich 2017 abschließen werde.

## **Obsorgebeschluss**

Das Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu (Bezirksgericht Wrocław-Fabryczna) in Breslau beschloss am 17.12.2014, dass H I das Sorgerecht für D I entzogen werde (vollstreckbar seit 8.1.2015; Anschriften oder eine Begründung sind auf den vorgelegten Dokumenten nicht ersichtlich).

## **Antrag vom 28.12.2015**

Die Bf beantragte in weiterer Folge neuerlich mit Schreiben ihrer rechtsfreundlichen Vertreterin vom 28.12.2015, beim Finanzamt eingelangt am 29.12.2015 (Eingangsstempel und Scanvermerk tragen das Datum 29.12.2015, das Kuvert befindet sich nicht im dem Bundesfinanzgericht vorgelegten Verwaltungsakt), Familienbeihilfe wie bereits im Antrag vom 30.11.2015 ausgeführt (vom Finanzamt unter "Sonstiges, Schulbestätigung" im elektronischen Akt abgelegt):

*I.*

*Die Einschreiterin ist polnische Staatsbürgerin und lebt seit mehreren Jahren in Österreich. Sie hat Sorgepflichten für ihr Kind D E C, geb. ...10.1998.*

*Gemäß § 2 Abs 1 lit a FLAG haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder. Gemäß Abs 2 hat die Person Anspruch, zu deren Haushalt das Kind gehört, oder die, die Unterhaltskosten überwiegend trägt. Gemäß § 3 Abs 1 FLAG haben Personen, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen nur Anspruch, wenn sie sich nach § 8 und 9 NAG, oder § 54 AsylG rechtmäßig in Österreich aufhalten.*

*Diese Voraussetzungen treffen auf die Einschreiterin und ihr Kind zu. Die Einschreiterin hält sich als selbstständig erwerbstätige EU-Bürgerin gemäß § 51 Abs 1 NAG rechtmäßig in Österreich auf. Ihr Sohn lebt zwar bei den Großeltern in Polen, jedoch trägt die Einschreiterin die Unterhaltskosten. Der Kindesvater leistet keine Unterhaltszahlungen. Er wird jedoch je nach Einkommenslage gepfändet.*

*Der Sohn der Einschreiterin bezieht auch keine eigenen Einkünfte, sondern besucht derzeit eine Allgemeinbildende Oberschule in Breslau.*

*Die Einschreiterin stellt daher den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für D E C für den Zeitraum ab Jänner 2013.*

*II.*

*Die Einschreiterin legt unter einem folgende Urkunden in Kopie vor:*

- *Schulzeugnis D C Jahr 2013/2014 (inkl. beglaubigter Übersetzung)*

- *eidesstattliche Erklärung der Eltern der Einschreiterin (inkl. beglaubigter Übersetzung)*
- *Meldebestätigung der Einschreiterin*
- *Meldebescheinigung C D E (inkl. beglaubigter Übersetzung)*
- *Bescheinigung der Stadtbehörde für Sozialhilfe Breslau vom 24.06.2015 (inkl. beglaubigter Übersetzung)*
- *Schulbesuchsbescheinigung vom 25.06.2015 (inkl. beglaubigter Übersetzung)*
- *Obsorgebeschluss vom 17.12.2014 (inkl. beglaubigter Übersetzung)*

Die angeführten Dokumente waren beigelegt (siehe beim Antrag vom 30.11.2015).

## **Vorhalt**

Das Finanzamt erließ mit Datum 14.1.2016 folgenden Vorhalt (Text laut Screenshot):

*Versdat 140116 Atermin 40216 Art V Betrag Pers RS*

*Sachbearbeiter AV TEAM II DW 512012 Zi*

*Do Dokumentbeschreibung*

*50 (Bestätigung, ob die Großeltern für D E beziehen) übersetzt*

*89 ab 2013.*

*Nachweise, dass Unterhaltsleistungen (und in welcher Höhe) erbracht wurden. (zb Kontoauszüge, Überweisungen...)*

## **Vorhaltsbeantwortung**

Dieser Vorhalt wurde mit Schreiben der rechtsfreundlichen Vertreterin vom 3.2.2016 wie folgt beantwortet (im Verwaltungsakt unter "ESTG Erklärung 2015", "keine FB in PI" sowie "keine FB in PI"):

*Die Einschreiterin legt ergänzend folgende Urkunden in Kopie vor:*

- *Bescheinigung der Stadtbehörde für Sozialhilfe Breslau vom 27.01.2016 (inkl. beglaubigter Übersetzung)*
- *Erklärung der Eltern der Einschreiterin vom 26.01.2016 (inkl. beglaubigter Übersetzung)*
- *Einkommensteuererklärung der Einschreiterin für das Jahr 2015 (inkl. Beilage)*

*Dazu wird ausgeführt, dass die Einschreiterin in Polen keine, der österreichischen Familienbeihilfe gleichzusetzende, Beihilfe bezieht. So geht bereits aus der Bescheinigung der Stadtbehörde für Sozialhilfe Breslau vom 24.06.2015 hervor, dass bisher für den Sohn*

*kein Kindergeld bezogen wurde. Daran hat sich auch seit Antragstellung nichts geändert, wie aus der aktuellen Bescheinigung vom 27.01.2016 ersichtlich ist.*

*In Polen würde auch kein Anspruch auf eine Beihilfe bestehen, da diese nur an einkommensschwache Familien und grundsätzlich auch nur an die Eltern ausbezahlt wird. Der Sohn der Einschreiterin lebt aber bei seinen Großeltern, welche für diesen keine Beihilfen beziehen. Dies bestätigt auch die Erklärung der Eltern der Einschreiterin vom 26.01.2016.*

*Die Einschreiterin trägt den Unterhalt für ihr Kind alleine und geht dies auch aus der Erklärung der Eltern der Einschreiterin vom 19.11.2015 hervor, welche bereits mit dem Antrag vorgelegt wurde. Die Unterhaltszahlungen werden von der Einschreiterin jeweils in bar an ihre Eltern geleistet.*

*Die Einschreiterin erfüllt somit alle notwendigen Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe in Österreich.*

*Beweis:*

- *wie bisher*
- *beiliegende Urkunden*
- *weitere Beweise vorbehalten*

Beigeschlossen waren:

### **Bestätigung der Großeltern**

*Breslau, 26-01-2016*

*Erklärung*

*Wir, F C und G C haben keine Beihilfe und keine finanzielle Unterstützung bezogen und wir haben keine sonstige Art der Sozialleistung für unser Enkelkind D E C in der Zeit von 01-01-2013 bis heute in Anspruch genommen.*

*Nach polnischem Recht ist es nicht möglich, Geldleistungen gleich welcher Art für ein Enkelkind zu beziehen .*

*[gezeichnet] F C*

*[gezeichnet] G C*

Eine Anschrift enthält auch diese Bestätigung nicht.

### **Bestätigung der Familienleistungsbehörde**

Die Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej we Wrocławiu (Stadtbehörde für Sozialhilfe Breslau) bescheinigte am 27.1.2016, dass von der Bf, Adresse\_Breslau, "in der Zeit vom

01.01.2013 bis heute kein Kindergeld" (świadczenia rodzinne) für D bezogen wurde. "In der vorgenannten Zeit wurde kein Antrag auf Prüfung des Anspruchs auf Kindergeld und Zulagen gestellt."

## **Einkommensteuererklärung 2015**

Laut persönlich am 21.1.2016 am Finanzamt eingereichter Einkommensteuererklärung für das Jahr 2015 (E 1, "Steuernummer neu") ist die Bf ledig und wohnhaft Adresse\_Wien. Sie gab an, 2015 Einkünfte aus selbständiger Arbeit (Branchenkennzahl "636") von € 3.518,28 erzielt zu haben. Einnahmen von € 11.260,00 stehen Ausgaben von € 7.216,00 (davon € 6.480,00 Miet- und Pachtaufwand, Leasing; € 736,00 eigene Pflichtversicherungsbeiträge) gegenüber. (Gewinn € 4.044,00, Gewinnfreibetrag € 525,72).

## **Abweisungsbescheid**

Mit Bescheid vom 19.2.2016 wies das Finanzamt den Antrag der Bf "vom 29.12.2015" "auf Ausgleichszahlung" für D C "ab Jän. 2013" ab und begründete dies so:

*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.*

## **Beschwerde**

Mit Schreiben vom 21.3.2016, Postaufgabe und Eingang am Finanzamt am selben Tag, erhob die Bf durch ihre rechtsfreundliche Vertreterin Beschwerde gegen den Bescheid vom 19.2.2016 wegen Verletzung subjektiver Rechte:

*Die Beschwerdeführerin erhebt gegen den Abweisungsbescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10, vom 19.02.2016, VersNr. X, zugestellt am 24.02.2015, fristgerecht die Beschwerde an das Bundesfinanzgericht.*

*Der Bescheid wird zur Gänze wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge von Verletzung von Verfahrensvorschriften angefochten.*

*I. Zur Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit der Beschwerde:*

*Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist auch rechtzeitig, da der angefochtene Bescheid am 24.02.2016 zugestellt wurde.*

## *II. Sachverhalt:*

*Die Beschwerdeführerin ist polnische Staatsbürgerin und lebt seit über 10 Jahren durchgängig in Österreich. Sie hat Sorgepflichten für ihr minderjähriges Kind D E C, geb. ...10.1998. Am 30.11.2015 beantragte sie die Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum ab Jänner 2013. Mit Schreiben vom 14.01.2016 ersuchte die belangte Behörde um die Vorlage von Nachweisen dafür, dass kein Anspruch auf eine gleichzusetzende ausländische Beihilfe bestand und dass die Unterhaltsleistungen von der Beschwerdeführerin erbracht wurden. Mit Schriftsatz vom 03.02.2016 legte die Beschwerdeführerin eine Bescheinigung der Stadtbehörde für Sozialhilfe Breslau vom 27.01.2016 vor und eine Erklärung der Großeltern, dass für den Sohn der Beschwerdeführerin keine Beihilfe bezogen wird und der Unterhalt alleine von der Beschwerdeführerin getragen wird. Weiters legte sie eine Einkommenssteuererklärung für das Jahr 2015 vor.*

*Dennoch wies die belangte Behörde den Antrag mit Bescheid vom 19.02.2016 ab und begründete dies bloß mit allgemeinen Ausführungen. Der Anspruch bestehe grundsätzlich nur für die Dauer einer Beschäftigung oder einer selbständigen Erwerbstätigkeit, kein Anspruch bestehe, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften für die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmerinnen verstoße. Tätigkeiten, die sich als völlig unwesentlich darstellen, würden außer Betracht bleiben. Daher sei der Antrag abzuweisen.*

*Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.*

## *III. Zu den Beschwerdegründen:*

### *3.1. Rechtswidrigkeit des Inhaltes:*

*Die belangte Behörde hat den vorliegenden Sachverhalt rechtlich unrichtig beurteilt. Sämtliche Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe liegen vor:*

*Die Beschwerdeführerin hat ihren Wohnsitz seit 18.03.2005 durchgängig im Bundesgebiet und ist dies auch durch die vorliegenden Meldezettel nachgewiesen. Sie erfüllt daher die Voraussetzungen gemäß § 2 Abs 1 lit a FLAG. Sie hat in der maßgeblichen Zeit weiters eine Beschäftigung in Österreich ausgeübt. Ihre berufliche Tätigkeit verstößt auch nicht gegen die bestehenden Vorschriften für ausländische Arbeitnehmerinnen und stellt sich auch nicht als völlig unwesentlich dar.*

*Der Sohn der Beschwerdeführerin lebt zwar nicht mit ihr im gemeinsamen Haushalt, jedoch trägt sie die Unterhaltskosten zur Gänze alleine. Dies geht auch aus der eidesstattlichen Erklärung der Großeltern hervor. Somit ist auch die Voraussetzung des § 2 Abs 2 FLAG erfüllt.*

*Darüber hinaus befindet sich die Beschwerdeführerin rechtmäßig in Österreich, da sie als EU-Bürgerin selbständig erwerbstätig und daher gemäß § 51 Abs 1 Z 1 NAG rechtmäßig aufhältig ist. Somit ist auch die Voraussetzung des § 3 Abs 1 FLAG erfüllt.*



*Auch die Voraussetzung gemäß § 4 Abs 1 FLAG, wonach nur Personen einen Anspruch haben, die keinen Anspruch für eine gleichwertige ausländische Beihilfe haben, ist erfüllt. Die Beschwerdeführerin hat in Polen keinen Anspruch auf eine Beihilfe für ihren Sohn. Die Großeltern der Beschwerdeführerin können keine Geldleistungen für ihren Enkel beziehen.*

*Dies geht auch aus der Erklärung vom 26.01.2016 und der Bescheinigung vom 28.01.2016 hervor.*

*Daraus ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin entgegen der behördlichen Beurteilung jedenfalls die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe erfüllt. Die belangte Behörde hat dies verkannt und den bekämpften Bescheid dadurch mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet.*

*Beweis*

- *wie bisher*
- *PV*
- *Meldezettel seit 18.03.2005 bis derzeit*
- *weitere Beweise ausdrücklich vorbehalten*

*3.2 Zur Rechtswidrigkeit infolge von Verletzung von Verfahrensvorschriften:*

*Die belangte Behörde hat bei Erlassung des bekämpften Bescheides Verfahrensvorschriften auch außer Acht gelassen, bei deren Einhaltung sie zu einer anderen, für die Beschwerdeführerin günstigeren Entscheidung gelangt wäre.*

*Gemäß § 58 Abs 2 AVG sind Bescheides zu begründen, wenn dem Standpunkt der Partei nicht vollinhaltlich Rechnung getragen oder über Einwendungen oder Anträge von Beteiligten abgesprochen wird. Gemäß § 60 AVG sind in der Begründung die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die daraufgestützte Beurteilung der Rechtslage klar und übersichtlich zusammen zu fassen.*

*Dies ist im vorliegenden Fall nicht geschehen. Die belangte Behörde hat den bekämpften Bescheid nicht ausreichend begründet. So sind daraus weder die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens erkennbar noch die für die Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen. Die Begründung besteht bloß aus einigen allgemeinen Ausführungen, bezieht sich jedoch in keinem einzigen Satz auf die individuelle Situation der Beschwerdeführerin.*

*Hätte die belangte Behörde sich mit allen relevanten Fragen auseinandergesetzt, so hätte sie erkannt, dass die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe erfüllt.*

*Somit hat die belangte Behörde den bekämpften Bescheid auch aus diesem Grund mit Rechtswidrigkeit belastet.*

## *Beweis*

- *wie bisher*
- *weitere Beweise vorbehalten*

*Sohin ergeht der Antrag das Bundesfinanzgericht möge*

*a) der Beschwerde Folge geben und den bekämpften Bescheid dahingehend abändern, dass dem Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Jänner 2013 für das Kind D C Folge gegeben werde*

*b) in eventu den bekämpften Bescheid beheben und das Verfahren zur neuerlichen Entscheidung an die belangte Behörde zurückverweisen,*

*c) jedenfalls aber eine mündliche Beschwerdeverhandlung durchführen.*

Angeschlossen war die Kopie einer Überweisung von € 30,00 an das Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern vom 21.3.2016 mit dem Vermerk der Rechtsanwältin "unwiderruflich überwiesen", und:

## **Meldebestätigungen**

Meldebestätigungen des Magistrats der Stadt Wien, aus denen sich neben den bereits vorgelegten Meldedaten (Februar 2011 bis November 2015, ab November 2015) bis folgende Hauptwohnsitzmeldungen der Bf in Wien ergeben:

September 2010 bis Februar 2011

Juli 2009 bis September 2010

August 2007 bis Juli 2009

April 2006 bis August 2007

September 2005 bis April 2006

August 2005 bis September 2005

März 2005 bis August 2005

Eine Meldebestätigung des Magistrats der Stadt Wien betreffend Hauptwohnsitzmeldungen von D E C in Wien:

Juni 2011 bis November 2011.

## **Vorhalt**

Das Finanzamt erließ mit Datum 23.6.2016 folgenden Vorhalt (Text laut Screenshot):

*Versdat 230616 Atermin 140716 Art V Betrag Fers RS*

*Sachbearbeiter J DW 512012 Zi*

*Do Dokumentbeschreibung*

*89 Höhe der monatlichen Unterhaltsleistung sowie Zahlungsfluss*

*Nachweis über die festgestellte Pflichtversicherung von der SVA sowie*

*Zahlungsnachweis ab 1.1.2013 bis 31.03.2016.*

### **Fristverlängerungsantrag**

Mit Schreiben vom 14.7.2016 ersuchte die Bf durch ihre rechtsfreundliche Vertreterin um Fristerstreckung bis 28.7.2016.

Ob der Vorhalt vom 23.6.2016 auch beantwortet wurde, geht sich dem Verwaltungsakt nicht hervor.

### **Sozialversicherung**

Das Finanzamt erhob beim Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger am 6.10.2016, dass die Bf bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft von 1.8.2005 bis 31.3.2016 gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG (Pflichtversicherung in der Krankenversicherung und in der Pensionsversicherung bestimmter selbständig erwerbstätiger Personen) pflichtversichert war. Das Finanzamt erhob, dass der Unterkunftgeber der Wohnung Adresse\_Wien seit dem Jahr 2000 öffentlich Bediensteter ist.

### **Meldeabfrage**

Das Finanzamt erhob am 6.10.2016 nochmals die Meldedaten der Bf in Österreich. Aus diesen ergibt sich, dass die Bf im Beschwerdezeitraum durchgehend an unterschiedlichen Adressen in Österreich mit Hauptwohnsitz gemeldet war und an verschiedenen Anschriften in Österreich (offenbar Laufhäuser) jeweils für wenige Tage oder Monate mit Nebenwohnsitz angemeldet war.

### **Abgabeninformationssystem**

Laut Grunddaten im Abgabeninformationssystem (Finanzamtsabfrage vom 6.10.2016) war die Bf als Prostituierte erwerbstätig.

## **Beschwerdevorentscheidung**

Mit Beschwerdeentscheidung vom 6.10.2016 wurde die Beschwerde vom 21.3.2016 als unbegründet abgewiesen:

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

*Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind 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.*

*Zu berücksichtigen ist auch die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO (EG) Nr.883/2004).*

*In der VO (EG) Nr. 883/2004 ist in Artikel 67 (Familienleistungen) Folgendes ausgeführt:*

*Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen:*

*Eine Person hat auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaates, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden,.*

*Als Haushaltsfiktion gemäß der Verordnung 883/2004 gilt die überwiegende Unterhaltsleistung für das Kind.*

*Nach der Rechtsprechung (vgl. zB. VwGH 21.3.1996, 93/15/0208) hängt die die Feststellung der überwiegenden Kostentragung einerseits davon ab, wie hoch die gesamten Unterhaltskosten für ein Kind in einem bestimmten Zeitraum gewesen sind; und andererseits von der Höhe der im selben Zeitraum tatsächlich geleisteten Unterhaltsbeträge (vgl auch Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 2 Rz 149).*

*Im gegenständlichen Fall ist daher zu prüfen, ob die Unterhaltskosten des Sohnes überwiegend bzw. mindestens in Höhe der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages getragen wurden.*

*Sie waren zwar von 1.8.2005-31.03.2016 immer gemäß § 2 (1) 4 GSVG versichert, jedoch belegt das nicht, ob eine Tätigkeit auch tatsächlich ausgeübt wurde. Die Versicherung erfolgte allein aufgrund der Meldung als neue Selbständige, Einkünfte wurden in diesem Zeitraum bis dato keine festgestellt bzw. nicht in dem Ausmaß, dass eine Veranlagung durchgeführt worden wäre.*

*Deshalb und auch, weil kein Zahlungsfluss zu den Großeltern nachgewiesen wurde, kann eine bisher monatliche Transferleistung der Familienbeihilfe nicht als erwiesener Sachverhalt angenommen werden.*

## **Vorlageantrag**

Mit Schreiben vom 24.10.2016, beim Finanzamt eingelangt am 2.11.2016, beantragte die Bf durch ihre rechtsfreundliche Vertreterin die Vorlage der Beschwerde:

*1. Die Beschwerdeführerin hat gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 19.02.2016, VersNr. X, zugestellt am 24.02.2015, fristgerecht die Beschwerde erhoben.*

*Mit Beschwerdeverentscheidung vom 06.10.2016, zugestellt am 13.10.2016, wurde diese abgewiesen und dem Beschwerdeantrag nicht stattgegeben. Begründend führte die belangte Behörde aus, es sei nicht erwiesen, dass die Unterhaltskosten des Sohnes überwiegend von der Beschwerdeführerin getragen werden.*

*Dies trifft nicht zu. Tatsächlich trägt die Beschwerdeführerin sämtliche Kosten für ihren Sohn. Dazu wurde ua eine eidesstattliche Erklärung der Großeltern vorgelegt, woraus sich ergibt, dass die Beschwerdeführerin den Lebensunterhalt ihres Sohnes zur Gänze alleine trägt.*

*Bei richtiger rechtlicher Beurteilung ist dem Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe daher stattzugeben.*

*2. Es ist weiters darauf hinzuweisen, dass die gegenständliche Beschwerdeverentscheidung rund 7 Monate nach Erhebung der Beschwerde ergangen ist und daher auch nicht mehr zulässig war.*

*Beweis:*

- *wie bisher*
- *weitere Beweise vorbehalten*

*Aus diesem Grund ergeht innerhalb offener Frist der Antrag die Beschwerde vom 21.03.2016 gegen den Bescheid des Finanzamts Wien 4/5/10 vom 19.02.2016, VersNr. X, dem BFG zur Entscheidung vorzulegen.*

## **Vorlage**

Mit Bericht vom 20.4.2017 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und gab dazu an:

*Sachverhalt:*

*Kind ist bei Großeltern haushaltszugehörig-Unterhalt wurde jedoch in keiner Höhe angegeben und auch keine Nachweise bzw ein Zahlungsfluss erbracht, nur eidesstattliche*

*Erklärung der Großeltern über Unterhalt Auch waren keine Einkünfte feststellbar ausser  
Erklärung 2015*

*Beweismittel:*

*Akt*

*Stellungnahme:*

*siehe SV.*

## **Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **Sachverhalt**

Bis jetzt steht fest, dass die Bf A B C polnische Staatsbürgerin, damit Unionsbürgerin ist und dass ihr im Oktober 1998 geborener Sohn D E C, ebenfalls polnischer Staatsbürger und Unionsbürger, bei seinen Großeltern F C und G C in Polen in deren Haushalt lebt und in Wrocław (Breslau), Polen, zur Schule geht. Polnische Familienleistungen (świadczenia rodzinne) wurden seit Juni 2005 für D nicht bezogen, ein Antrag dafür wurde nicht gestellt. Die Bf ist seit März 2005 in Österreich aufrecht gemeldet. Die Bf ist auch weiterhin in Polen gemeinsam mit ihrem Sohn aufrecht gemeldet.

Nach ihren Angaben soll die Bf in Österreich seit März 2005 selbständig erwerbstätig gewesen sein. Laut Abgabensystem übt die Bf die Prostitution aus.

Es steht nicht fest, ob die Bf im Beschwerdezeitraum Jänner 2013 bis Februar 2016 in Österreich tatsächlich durchgehend erwerbstätig war und ob die Bf im Beschwerdezeitraum außerhalb Österreichs einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist.

### **Beweiswürdigung**

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus der Aktenlage. Sie nicht nicht strittig. Zu den offenen Punkten siehe unten.

## Rechtsgrundlagen

### Nationales Recht

§ 2 BAO lautet:

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

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

*1. Beihilfen aller Art und*

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

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

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

§ 2a BAO lautet:

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

§ 115 BAO lautet:

*§ 115. (1) Die Abgabenbehörden haben die abgabepflichtigen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind.*

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

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

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

§ 119 BAO lautet:

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

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

*§ 138 BAO lautet:*

*§ 138. (1) Auf Verlangen der Abgabenbehörde haben die Abgabepflichtigen und die diesen im § 140 gleichgestellten Personen in Erfüllung ihrer Offenlegungspflicht (§ 119) zur Beseitigung von Zweifeln den Inhalt ihrer Anbringen zu erläutern und zu ergänzen sowie dessen Richtigkeit zu beweisen. Kann ihnen ein Beweis nach den Umständen nicht zugemutet werden, so genügt die Glaubhaftmachung.*

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

*§ 147 BAO lautet:*

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

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

*§§ 166, 167 BAO lauten:*

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

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

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

*§ 183 BAO lautet:*

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



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

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

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

§ 270 BAO lautet:

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

§ 278 BAO lautet:

*§ 278. (1) Ist die Bescheidbeschwerde mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes*

*a) weder als unzulässig oder nicht rechtzeitig eingebracht zurückzuweisen (§ 260) noch*

*b) als zurückgenommen (§ 85 Abs. 2, § 86a Abs. 1) oder als gegenstandslos (§ 256 Abs. 3, § 261) zu erklären,*

*so kann das Verwaltungsgericht mit Beschluss die Beschwerde durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Beschwerdevorentscheidungen unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erledigen, wenn Ermittlungen (§ 115 Abs. 1) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können. Eine solche Aufhebung ist unzulässig, wenn die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.*

*(2) Durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hat.*

*(3) Im weiteren Verfahren sind die Abgabenbehörden an die für die Aufhebung maßgebliche, im aufhebenden Beschluss dargelegte Rechtsanschauung gebunden. Dies*

*gilt auch dann, wenn der Beschluss einen kürzeren Zeitraum als der spätere Bescheid umfasst.*

§ 2 FLAG 1967 lautet:

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

*a) für minderjährige Kinder,*

*b) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstausmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBl. Nr. 291/1986. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß,*

- c) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,
- d) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird,
- e) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Zivildienstes begonnen oder fortgesetzt wird,
- f) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 111/2010)
- g) für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,
- h) für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5), das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; § 2 Abs. 1 lit. b zweiter bis letzter Satz sind nicht anzuwenden,
- i) für volljährige Kinder, die sich in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 24. Lebensjahres ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,
- j) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, bis längstens zum erstmöglichen Abschluss eines Studiums, wenn sie
- aa) bis zu dem Kalenderjahr, in dem sie das 19. Lebensjahr vollendet haben, dieses Studium begonnen haben, und
- bb) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums bis zum erstmöglichen Studienabschluss zehn oder mehr Semester beträgt, und

cc) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums nicht überschritten wird,

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

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

aa) Freiwilligen Sozialjahr nach Abschnitt 2 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,

bb) Freiwilligen Umweltschutzjahr nach Abschnitt 3 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,

cc) Gedenkdienst, Friedens- und Sozialdienst im Ausland nach Abschnitt 4 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,

dd) Europäischen Freiwilligendienst nach dem Beschluss Nr. 1719/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. November 2006 über die Einführung des Programms „Jugend in Aktion“ im Zeitraum 2007 - 2013.

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

(3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person

a) deren Nachkommen,

b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,

c) deren Stiefkinder,

d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186 a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).

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

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

a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,

b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,

*c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs 4).*

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

*(6) Bezieht ein Kind Einkünfte, die durch Gesetz als einkommensteuerfrei erklärt sind, ist bei Beurteilung der Frage, ob ein Kind auf Kosten einer Person unterhalten wird, von dem um jene Einkünfte geminderten Betrag der Kosten des Unterhalts auszugehen; in diesen Fällen trägt eine Person die Kosten des Unterhalts jedoch nur dann überwiegend, wenn sie hiezu monatlich mindestens in einem Ausmaß beiträgt, das betragsmäßig der Familienbeihilfe für ein Kind (§ 8 Abs 2) oder, wenn es sich um ein erheblich behindertes Kind handelt, der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs 2 und 4) entspricht.*

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

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

*§ 2a FLAG 1967 lautet:*

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

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

*§ 4 FLAG 1967 lautet:*

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

*(2) Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person (§*

5 Abs. 5) Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.

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

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

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

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

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

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

§§ 10, 11, 12, 13 FLAG 1967 lauten:

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

(2) Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

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

(4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.

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

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

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

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

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

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

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

§ 53 FLAG 1967 lautet:

§ 53. (1) Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

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

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

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet:

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

*Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.*

## **Unionsrecht**

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

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

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

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

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

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

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



Art. 4 VO 883/2004 zufolge haben die Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen nach Art. 11 Abs. 1 VO 883/2004 den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats.

Art. 11 VO 883/2004 lautet:

#### *Artikel 11*

##### *Allgemeine Regelung*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*wohnt. Das Unternehmen oder die Person, das bzw. die das Entgelt zahlt, gilt für die Zwecke dieser Rechtsvorschriften als Arbeitgeber.*

Nach Art. 11 Abs. 3 lit. 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. 11 VO 987/2009 lautet:

**Artikel 11**

**Bestimmung des Wohnortes**

*(1) Besteht eine Meinungsverschiedenheit zwischen den Trägern von zwei oder mehreren Mitgliedstaaten über die Feststellung des Wohnortes einer Person, für die die Grundverordnung gilt, so ermitteln diese Träger im gegenseitigen Einvernehmen den Mittelpunkt der Interessen dieser Person und stützen sich dabei auf eine Gesamtbewertung aller vorliegenden Angaben zu den einschlägigen Fakten, wozu gegebenenfalls die Folgenden gehören können:*

*a) Dauer und Kontinuität des Aufenthalts im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats;*

*b) die Situation der Person, einschließlich*

*i) der Art und der spezifischen Merkmale jeglicher ausgeübten Tätigkeit, insbesondere des Ortes, an dem eine solche Tätigkeit in der Regel ausgeübt wird, der Dauerhaftigkeit der Tätigkeit und der Dauer jedes Arbeitsvertrags,*

*ii) ihrer familiären Verhältnisse und familiären Bindungen,*

*iii) der Ausübung einer nicht bezahlten Tätigkeit,*

*iv) im Falle von Studierenden ihrer Einkommensquelle,*

*v) ihrer Wohnsituation, insbesondere deren dauerhafter Charakter,*

*vi) des Mitgliedstaats, der als der steuerliche Wohnsitz der Person gilt.*

*(2) Können die betreffenden Träger nach Berücksichtigung der auf die maßgebenden Fakten gestützten verschiedenen Kriterien nach Absatz 1 keine Einigung erzielen, gilt der Wille der Person, wie er sich aus diesen Fakten und Umständen erkennen lässt, unter Einbeziehung insbesondere der Gründe, die die Person zu einem Wohnortwechsel veranlasst haben, bei der Bestimmung des tatsächlichen Wohnortes dieser Person als ausschlaggebend.*

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.*

## **Erwerbstätigkeit**

Die engeren persönlichen Beziehungen (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) dürften im Beschwerdezeitraum weiterhin zu Polen bestanden haben, wo der Sohn und die Eltern der Bf leben und auch die Bf einen Wohnsitz hat. Daher ist Polen Wohnmitgliedstaat. Ein Anspruch auf Familienbeihilfe nach Unionsrecht käme in Österreich als Beschäftigungsmitgliedstaat nach Art. 11 VO 883/2004 grundsätzlich zum Zug, wenn die Bf im Beschwerdezeitraum hier erwerbstätig gewesen wäre.

Hatte die Bf weiterhin ihren Lebensmittelpunkt in Polen, wovon bei der bisher gegebenen Sachverhaltskonstellation voraussichtlich auszugehen sein wird, ergibt sich ein Anspruch auf Ausgleichszahlung bzw. Differenzzahlung zu den von der zuständigen polnischen Stelle erbrachten oder zu erbringenden Familienleistungen dann, wenn die Bf im Beschwerdezeitraum Jänner 2013 bis Februar 2016 in Österreich tatsächlich erwerbstätig war und in Polen (oder einem anderen Mitgliedstaat der Union, in einem anderen Vertragstaat des EWR oder in der Schweiz) nicht oder nur zum unwesentlichen Teil erwerbstätig war (Art. 13 VO 883/2004).

Besteht eine grundsätzliche Zuständigkeit Österreichs zur Erbringung von Familienleistungen (zur Gänze oder als Ausgleichszahlung bzw. Differenzzahlung), so gilt als Anspruchsvoraussetzung der Bf, dass sie im Zeitraum Jänner 2013 bis Februar 2016 entweder einen gemeinsamen Haushalt mit seinem Sohn in Polen (§ 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967) geführt (was eine häufige Rückkehr in diese Wohnung voraussetzt) oder die überwiegenden Unterhaltskosten seines Sohnes getragen (§ 2 Abs. 2 Satz 2 FLAG 1967) hat. Letzteres setzt voraus, dass keine andere Person vorrangig anspruchsberechtigt war.

## Ergänzende Ermittlungen

Um diese Fragen beurteilen zu können, sind ergänzende Ermittlungen notwendig.

Die Behörde hat bisher nicht zielgerichtet versucht, die hier entscheidungswesentlichen Fragen zu klären.

Auch wenn die Verwaltungsgerichte grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden haben (vgl. etwa VwGH 1.9.2015, Ro 2014/15/0029), erweist sich im gegenständlichen Fall im Hinblick auf die nicht entscheidungsreife Vorlage und den Umfang der noch durchzuführenden Ermittlungen die Zurückverweisung der Sache an das Finanzamt als zweckmäßig.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt eine Zurückverweisung der Sache an die Verwaltungsbehörde zur Durchführung notwendiger Ermittlungen insbesondere dann in Betracht, wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat, wenn sie zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts lediglich völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt oder bloß ansatzweise ermittelt hat. Gleiches gilt, wenn konkrete Anhaltspunkte annehmen lassen, dass die Verwaltungsbehörde Ermittlungen unterließ, damit diese dann durch das Verwaltungsgericht vorgenommen werden (vgl. für viele etwa VwGH 30.6.2015, Ra 2014/03/0054, VwGH 29.7.2015, Ra 2015/07/0034 oder VwGH 4.8.2015, Ra 2015/06/0039).

Brauchbare Ermittlungsergebnisse, die im Zusammenhalt mit einer allenfalls durchzuführenden mündlichen Verhandlung bloß zu vervollständigen sind (vgl. etwa VwGH 9.9.2015, Ra 2014/04/0031 oder VwGH 16.10.2015, Ra 2015/08/0042), liegen im gegenständlichen Fall nicht vor. Das Finanzamt hat im gegenständlichen Fall, wie oben ausgeführt, den Sachverhalt nicht in einer Weise ermittelt, dass sich hierauf eine Entscheidung stützen lässt.

Die Aufhebung unter Zurückverweisung dient der Verfahrensbeschleunigung und entspricht dem Gebot der angemessenen Verfahrensdauer. Dem Bundesfinanzgericht fehlen zumindest für umfangreichere Ermittlungen die erforderlichen Ressourcen (das BFG hat eine verglichen mit allen anderen Gerichten signifikant zu niedrige Ausstattung mit nichttrichterlichen Mitarbeitern, vgl. *Wanke/Unger*, BFGG § 18 Anm. 6). Die erforderlichen Erhebungen sind daher jedenfalls vom Finanzamt (sei es nach § 278 BAO, sei es bei Nichtaufhebung nach § 269 Abs. 2 BAO) durchzuführen.

Da es nicht Sache des Verwaltungsgerichts ist, anstelle der Verwaltungsbehörde im Ergebnis erstmals ein Ermittlungsverfahren zu führen, ist der angefochtene Bescheid gemäß § 278 BAO aufzuheben und die Sache an das Finanzamt zurückzuverweisen. Dies ist sowohl im Interesse der Raschheit der Entscheidung gelegen als auch mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden. Sollte das Finanzamt im weiteren Verfahren

einen Anspruch des Bf auf Ausgleichszahlung/Differenzzahlung feststellen, kann dieses verwaltungsökonomisch mit der Auszahlung vorgehen, ohne dass eine Entscheidung durch das Verwaltungsgericht zu treffen und diese dann erst vom Finanzamt umzusetzen ist (vgl. BFG 9.6.2015, RV/7102797/2015).

Bisher steht nicht fest, dass die Bf tatsächlich in Österreich erwerbstätig war und im Fall der Erzielung von Einkünften diese eine Höhe erreicht haben, dass die Bf und ihr Sohn (sowie weitere Familienmitglieder) davon leben konnte.

Da die Bf eine selbständige Erwerbstätigkeit behauptet, wären zunächst vom Finanzamt die entsprechenden Daten im Abgabensinformationssystem zu erheben. Erreichen die von der Bf angegebenen Einkommensteuerdaten, wie die laut der aktenkundigen Einkommensteuererklärung für das Jahr 2015 (Jahresgewinn € 4.044,00, also monatlich € 337,00), über die Jahre nicht eine Höhe, die ohne Zweifel die Deckung der Lebenshaltungskosten ermöglicht (vgl. bei einem erklärten Einkommen von € 6.275,59, BFG 11.12.2017, RV/7102126/2016), wird das Finanzamt zweckmäßigerweise eine Außenprüfung (§ 147 BAO) bei der Bf zu veranlassen haben (vgl. BFG 8.8.2017, RV/7102590/2017).

Zunächst wäre zu klären, ob die Bf in Österreich im Beschwerdezeitraum tatsächlich einer Erwerbstätigkeit, und wenn ja, welcher konkret (Prostitution? Wo? Wie? ...), nachgegangen ist (vgl. etwa BFG 20.4.2015, RV/5100043/2011) oder ob es sich um eine vorgetäuschte Tätigkeit, also eine Scheintätigkeit, handelt. Bei Vorliegen einer tatsächlichen Erwerbstätigkeit wäre zu erheben, ob die von Bf bekannt gegebenen Besteuerungsgrundlagen, soweit eine Bekanntgabe erfolgt ist, auch zutreffen. Gegebenenfalls hätte bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 184 BAO eine Schätzung zu erfolgen.

War die Bf tatsächlich nichtselbständig erwerbstätig (vgl. BFG 1.8.2017, RV/5100394/2015), wären ebenfalls die erzielten Einkünfte festzustellen. In weiterer Folge wäre zu prüfen, womit die Bf ihren Lebensunterhalt, den Lebensunterhalt ihres Sohnes sowie allfälliger weiterer Familienangehöriger (Eltern) finanziert hat.

Darüberhinaus ist entscheidungswesentlich, ob die Bf im Beschwerdezeitraum auch in Polen (oder einem anderen Mitgliedstaat der Union, in einem anderen Vertragstaat des EWR oder in der Schweiz) einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist und wenn ja, ob es sich dabei um den wesentlichen Teil ihrer Erwerbstätigkeit (Art. 13 Abs. 2 Buchstabe a VO 883/2004) gehandelt hat. Es ist durchaus möglich, dass die Bf im Beschwerdezeitraum auch in Laufhäusern oder an anderen Orten außerhalb Österreichs der Prostitution nachgegangen ist.

Schließlich wäre zu erheben, ob die Bf im Beschwerdezeitraum einen Haushalt mit ihrem Sohn (und ihren Eltern?) in Polen geführt hat und wenn nicht, wie hoch die Unterhaltskosten den Sohn gewesen sind und wer diese in welchem Umfang getragen hat.



Diesbezüglich wären mittels der Formulare E 401 und E 411 auch unmittelbar Erhebungen durch das Finanzamt bei den zuständigen polnischen Behörden zu pflegen. Hier wäre auch festzustellen, ob, unabhängig davon, dass ein Antrag nicht gestellt wurde, ein Anspruch auf mit der österreichischen Familienbeihilfe vergleichbare polnische Familienleistungen, und wenn ja, in welcher Höhe, bestanden hat.

Im übrigen unterscheidet das polnische Recht (Gesetz über Familienleistungen (Ustawa o świadczeniach rodzinnych) vom 28.11.2003, Gesetz über die staatliche Unterstützung für die Kindererziehung (Ustawa o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci) vom 11.2.2016) zwischen Elterngeld (Świadczenie rodzicielskie), das etwa dem österreichischen Kinderbetreuungsgeld entspricht, und Kindergeld (Zasiłek rodzinny), das etwa der österreichischen Familienbeihilfe entspricht ([http://www.missoc.org/MISSOC/INFORMATIONBASE/COMPARATIVETABLES/MISSOCDATABASE/comparativeTablesSearchResultTablet\\_de.jsp](http://www.missoc.org/MISSOC/INFORMATIONBASE/COMPARATIVETABLES/MISSOCDATABASE/comparativeTablesSearchResultTablet_de.jsp)). Die aktenkundigen Bestätigungen der Stadtbehörde für Sozialhilfe Breslau sprechen allgemein von Familienleistungen ("Świadczenia rodzinne"), die Übersetzung mit "Kindergeld" dürfte unpräzise sein.

Außerdem ist dem Antrag auf Einvernahme der Bf (PV) nachzukommen.

Ist schließlich Österreich nach Unionsrecht für die Erbringung von Familienleistungen zuständig und führt die Bf in Polen keinen gemeinsamen Haushalt mit ihrem Sohn, ist darauf hinzuweisen, dass ein Anspruch der in Polen lebenden haushaltsführenden Großmutter einem Anspruch der nicht haushaltsführenden Mutter auf Familienbeihilfe bzw. Ausgleichszahlung vorgeht (vgl. BFG 11.12.2017, RV/7102126/2016; BFG 1.12.2017, RV/7105145/2017; BFG 21.11.2017, RV/7105252/2016; BFG 17.10.2017, RV/7101596/2016; BFG 6.10.2017, RV/7103701/2016; BFG 9.10.2017, RV/5101534/2016; BFG 5.9.2017, RV/3100527/2017; BFG 31.5.2017, RV/5100349/2016; BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015; BFG 24.10.2016, RV/7101771/2015; BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016; BFG 19.7.2016, RV/3100164/2016; BFG 14.8.2015, RV/7105142/2014; BFG 8.6.2015, RV/7100958/2015).

## **Zurückverweisung**

Die Sache ist daher unter Aufhebung des angefochtenen Bescheides und der Beschwerdeentscheidung gemäß § 278 Abs. 1 BAO zurückzuverweisen.

Die beantragte mündliche Verhandlung konnte gemäß § 274 Abs. 3 BAO i.V.m. § 274 Abs. 5 BAO entfallen.

Zum Vorbringen der Bf, die rund sieben Monate nach Beschwerdeerhebung ergangene Beschwerdeentscheidung sei nicht mehr zulässig gewesen, ist zu sagen, dass die Bundesabgabenordnung keinen automatischen Zuständigkeitsübergang bei Nichterlassung oder Erlassung nach Verstreichen der allgemeinen sechsmonatigen Frist für Entscheidungen kennt.

### **Nichtzulassung der Revision**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 9 B-VG i.V.m. Art. 133 Abs. 4 B-VG und § 25a VwGG eine (ordentliche) Revision nicht zulässig, da der hier zu lösenden Rechtsfrage keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, zumal noch Ermittlungen zur Sachverhaltsfeststellung erforderlich sind.

### **Keine Gerichtsgebühren**

Bemerkt wird, dass für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht keine Gerichtsgebühren anfallen (§ 312 BAO). Die Überweisung von € 30,00 an das Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern durch die rechtsfreundliche Vertreterin war nicht erforderlich.

Wien, am 17. Jänner 2018