



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., P., gegen den Bescheid des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart betreffend Familienbeihilfe ab Jänner 2010 für die Kinder

- 1) M., geb. 1990 und
- 2) Lu, geb. 2009,

entschieden:

- 1) Der angefochtene Bescheid wird, soweit er über den Familienbeihilfenanspruch für M. abspricht, insoweit abgeändert, als der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe ab April 2011 abgewiesen wird.
- 2) Der angefochtene Bescheid wird, soweit er über den Familienbeihilfenanspruch für Lu abspricht, insoweit abgeändert, als der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe von Jänner 2010 bis Februar 2011 abgewiesen wird.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.), ein slowakischer Staatsbürger, beantragte im März 2011 die Gewährung der Familienbeihilfe für seine beiden Söhne M., geb. 1990, und Lu, geb. 2009, ab Jänner 2010.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 9. September 2011 unter Verweis auf die Bestimmungen des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 (Haushaltzugehörigkeit) ab.

Der Bw. erhob gegen den Abweisungsbescheid Berufung und führte aus, dass die Bestimmungen des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 allgemein gehalten seien und nicht auf seine familiäre Situation eingehe. Er sehe darin einen Bescheidmangel, da er leider nicht ersehen könne, wieso ihm die Familienbeihilfe für seine beiden Söhne verwehrt werde. Faktum sei, dass Sohn M. und er in T (SK) und dass seine Lebensgefährtin L., Sohn Lu und er als Nebenwohnsitz in Bgl wohnen würden. Er bestreite für alle angeführten Personen überwiegend den Unterhalt.

Ergänzend zur Berufung übermittelte der Bw. dem Finanzamt ein (undatiertes) Scheiben, in dem Sohn M. bestätigte, vom Bw. im Jahr 2010 zwischen 200 und 250 € monatlich an Unterhalt in bar erhalten zu haben. Bezüglich Sohn Lu könne der Bw. keine Bestätigung vorlegen, da er einerseits erst zwei Jahre alt sei und andererseits zusammen mit dem Bw. und seiner Lebensgefährtin wohne.

Betreffend M. liegt im Akt eine Bestätigung der slowakischen technischen Universität in Bratislava, derzufolge er im Wintersemester 2010/11 Prüfungen im Umfang von 25, im Sommersemester 2011 von 5, im Wintersemester 2011/12 von 1 ECTS-Punkten und im Sommersemester 2011/12 keine Prüfungen abgelegt hat.

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 2. April 2012 mit folgender Begründung ab:

"Gemäß den Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes und der EU-VO 883/2004 besteht Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Ausgleichszahlung innerhalb der EU-Mitgliedstaaten, wenn entweder Haushaltzugehörigkeit mit dem Kind gegeben ist oder die überwiegenden Kosten für das Kind getragen werden.

Zu Lu:

Sie beantragen die Familienbeihilfe für Lu wegen Haushaltzugehörigkeit. Einen Nachweis der Kostentragung können Sie laut eigenen Angaben nicht erbringen, da Sie mit dem Kind im gleichen Haushalt wohnen. Das Kind und die Kindesmutter sind in der Slowakei hauptgemeldet, an diesem Wohnsitz sind Sie nicht gemeldet. Am österreichischen Wohnsitz wurden das Kind und die Kindesmutter an einem Nebenwohnsitz angemeldet. Die Ermittlungen des Finanzamtes ergaben, dass am österreichischen Wohnsitz zweifellos Lu und seine Mutter nicht dauernd aufhältig sind. Dieser Wohnsitz besteht aus einer Schlafstelle am Gelände der Firma, für die Sie als Subunternehmer selbstständig tätig sind. Da zur Zeit Renovierungsarbeiten stattfinden, wird diese Schlafstelle auch von Ihnen nicht benutzt.

Zu M.:

Sie beantragen die Familienbeihilfe für M. wegen überwiegender Kostentragung. Vorweg ist jedoch die Frage zu klären, ob M. sein Studium ernsthaft und zielstrebig betreibt und dadurch einen Anspruch auf Familienbeihilfe begründet. In der Niederschrift vom 24.2.2012 wurden die Studienergebnisse ab Beginn des Studiums abverlangt. Dem Finanzamt liegen Prüfungsergebnisse ab Dezember 2010 vor. Im Wintersemester 2010/2011 wurden 25 Kreditpunkte erreicht. Ab dem Sommersemester 2011 wurden insgesamt nur mehr Prüfungen im Wert von 6 Kreditpunkten abgelegt. Merkmal eines zielstrebigsten und ernsthaften Studiums ist aber die Ablegung von Prüfungen, der daraus resultierende Studienerfolg und der Zeitfaktor für die Fortschritte im Studium. Analog zu einem

Studium in Österreich, bei dem die höchstzulässige Studiendauer berücksichtigt werden muss, kann das Finanzamt daher ab Juni 2011 kein zielstrebiges Studium mehr erkennen.

Für die Zeit bis Juni 2011 ist die Kostentragung zu prüfen. Dem Finanzamt liegt eine mit E-Mail übermittelte Bestätigung des Sohnes auf Deutsch vor, in der er den Barerhalt von 200 € monatlich im Jahr 2010 bestätigt. Ab Mitte 2011 wurden Bankbestätigungen in slowakischer Sprache mit einem Überweisungsbetrag von 100 € pro Bestätigung eingereicht. Die Bestätigungen sind teilweise unleserlich kopiert, nicht vollständig (bei einigen fehlt das Datum), manche lauten auf einen anderen Namen.

Im Rahmen der freien Beweiswürdigung kommt das Finanzamt zur folgenden Entscheidung:

Für die Zeit, in der ein zielstrebiges Studium anzuerkennen ist, wird die Kostentragung nicht zweifelsfrei nachgewiesen. Die Bestätigung des Sohnes in deutscher Sprache, der in der Niederschrift vom 24.2.2012 angibt, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, kann als Beweismittel nicht herangezogen werden. Die Bankbestätigungen betreffen einen späteren Zeitraum. Da für diesen Zeitraum der Anspruch auf Familienbeihilfe schon wegen fehlender Zielstrebigkeit des Studiums verneint wird, muss auf die Mängel der Überweisungsbelege nicht mehr eingegangen werden."

Der Bw. stellte fristgerecht einen Vorlageantrag und begründete diesen wie folgt:

"Nicht nachvollziehbar ist für mich die Feststellung, wonach der Nachweis für die Kostentragung für mein Kind nicht erbracht werden konnte. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens der Abgabenbehörde wurde persönlich im Finanzamt vorgesprochen und auch alle abverlangten Unterlagen vorgelegt. Was nun den Nachweis der Kostentragung betrifft, so konnte ich beim persönlichen Gespräch vor der Abgabenbehörde lediglich die genaue Höhe der von mir zu finanziierenden Kosten nicht genau angeben, da ich nicht Buch darüber führe. Tatsache ist jedoch, dass meine Lebensgefährtin Pe L. und Mutter meines Sohnes Lu über kein eigenes Einkommen verfügt und ich daher für den alleinigen Unterhalt für Beide aufkommen muss und musste. Zur Klarstellung wird noch angeführt, dass meine Lebensgefährtin und mein Sohn Lu nicht wie in der Berufungsvorentscheidung angegeben in der Slowakei, sondern in Tschechien und zwar in H., hauptgemeldet sind. An dieser Adresse ist seit 29.3.2011 auch mein Hauptwohnsitz, das heißt seit diesem Tag besteht auch Haushaltzugehörigkeit. Ein entsprechender Nachweis dieser Hauptwohnsitzmeldung wird von mir durch Vorlage der Meldebestätigung erbracht. Da ich also zur Gänze für die Kostentragung meines Kindes seit Geburt bis zum heutigen Tag aufkomme bzw. aufkommen musste, wird der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe wegen Kostentragung im Jahr 2010 gestellt.

Zu M.:

Die Abgabenbehörde argumentiert damit, dass ein in deutscher Sprache verfasstes Mail meines Sohnes – nachdem dieser der deutschen Sprache nicht mächtig ist – im Rahmen der freien Beweiswürdigung nicht als Beweis für die monatliche Kostentragung herangezogen werden könnte. Zur Klarstellung dazu sei erwähnt, dass selbstverständlich – bei Bedarf wenn dies für die Glaubwürdigkeit der Aussage meines Sohnes dienlich ist – ein in slowakischer Sprache abgefasste Bestätigung mit deutscher Übersetzung an das Finanzamt übermittelt werden kann.

Zur Kostentragung (Finanzierung des Studiums) für meinen Sohn möchte ich noch Folgendes anmerken:

Dieses Kind stammt aus einer längst mit Scheidung aufgelösten Beziehung, wobei im Zuge des Scheidungsverfahrens das alleinige Sorgerecht mir zugesprochen wurde. Bis zum 28.3.2011 lebte ich auch im gemeinsamen Haushalt mit meinem Sohn und zwar in T. (Slowakei).

Nachdem mein Sohn M. über kein eigenes Einkommen verfügt bzw. verfügte und ich das alleinige Sorgerecht habe und daher auch für die überwiegende Kostentragung herangezogen wurde und zusätzlich zumindest bis Ende März 2011 auch gemeinsame Haushaltzugehörigkeit besteht, wird um Gewährung der Familienbeihilfe zumindest ab 1/2010 bis Juni 2011 für meinen Sohn M. gebeten."

Der unabhängige Finanzsenat richtete am 26. Februar 2013 folgendes Schreiben an den Bw.

"...Wohnsitz:

In Ihrer Berufung führen Sie aus, dass Sie und Ihr Sohn M. in T (SK) wohnen würden. M. hätte bis 28. März 2011 in Ihrem Haushalt gelebt und Sie hätten das alleinige Obsorgerecht.

Im Vorlageantrag vom 23. April 2012 gaben Sie an, seit 29. März 2011 in H., an der Adresse Ihrer Lebensgefährtin und Mutter Ihres Sohnes Lu, L. Pe, mit einem Hauptwohnsitz gemeldet zu sein.

Wie der Aktenlage zu entnehmen ist, gibt die Mutter von M., J. Ka., Folgendes an: "Ja ich unterstütze meine Sohn M. finanziell. Ich gebe meinem Sohn monatlich 70 €. Vier Jahre lebt mein Sohn M. mit mir. Das bedeutet ich bezorge um meinen Sohn."

Wo wohnte M. tatsächlich? Wohnte er, wie Sie ausführten, bis 28. März 2011 in Ihrem Haushalt in T bzw. handelte es sich bei diesem Wohnsitz um den Wohnsitz der Kindesmutter J. Ka.?

Überwiegende Unterhaltsleistung:

Nach Ihren Angaben verfügt Ihre Lebensgefährtin, L. Pe, über kein eigenes Einkommen, weshalb Sie seit der Geburt für Sohn Lu den überwiegenden Unterhalt leisten würden. Ein Nachweis dafür wurde Ihrerseits nicht erbracht.

Ebenso behaupten Sie, auch für Ihren Sohn M. den überwiegenden Unterhalt – rund Euro 100,-- im Monat – zu leisten und wurde dies von M. bestätigt.

Die überwiegende Unterhaltsleistungen an Ihre beiden Kinder erscheint dem unabhängigen Finanzsenat aus folgendem Gründen unglaublich:

Ihre in Österreich erzielten jährlichen Einkünfte aus Gewerbebetrieb betragen in den Jahren 2010 und 2011 jeweils rund € 5.700,--. Dies entspricht einem monatlichen Einkommen von rund € 470,--.

Selbst wenn man das von Ihrer Lebensgefährtin L. Pe bezogene Kinderbetreuungsgeld für Lu in Höhe von rund € 300,-- monatlich hinzurechnet, erscheint es bei einem derartig geringen Einkommen kaum möglich, dass Sie an Ihren studierenden Sohn monatlich rund € 100,-- an Unterhaltsleistungen bezahlen und gleichzeitig auch für den Lebensunterhalt Ihrer Lebensgefährtin und den gemeinsamen Sohn M. aufkommen.

Eine überwiegende Kostentragung wäre für den unabhängigen Finanzsenat nur dann vorstellbar, wenn Sie auch in Tschechien eine berufliche Tätigkeit ausüben. Es wird um Bekanntgabe ersucht, ob dies der Fall ist. Bejahendenfalls wird um einen geeigneten Nachweis ersucht.

Weiters werden Sie gebeten, die von Ihnen in Österreich einbezahnten Pflichtversicherungsbeiträge für die Jahre 2010 und 2011 nachzuweisen."

Der Bw. gab dazu folgende Stellungnahme ab:

"Zum Wohnsitz:

Die im Vorlageantrag von mir gemachten Angaben entsprechen 100%ig der Wahrheit.

Das Obsorgerecht für meinen Sohn M. wurde mir im Rahmen des Scheidungsverfahrens zugesprochen. Mein Sohn M. hat seinen Wohnsitz in T.. Das ist bis heute sein Hauptwohnsitz und dort habe ich mit ihm bis 28. März 2011 gewohnt.

Die Kindesmutter Ka. J. wohnt in T, Z. 31. Die Aussagen meiner geschiedenen Gattin, wonach M. mit ihr 4 Jahre gelebt habe und mit 70 € monatlich von ihr unterstützt würde, sind von mir nicht nachvollziehbar. Der Wohnsitz meines Sohnes kann - wenn Sie es wünschen - mittels Meldenachweis nachgewiesen werden.

Die von meiner geschiedenen Gattin erwähnte Unterstützung für meinen Sohn i.H.v. 70 € monatlich sind Alimente, die aufgrund des Scheidungsverfahrens der Kindesmutter auferlegt wurden.

Zur überwiegenden Unterhaltsleistung:

Zu den im Zeitraum 2010 u. 2011 (gemeinsam mit Lebensgefährtin) verfügbaren Mitteln gebe ich Folgendes an:

	2010	2011
Einkünfte aus Gewerbebetrieb rd.	5.700	5.700
Familienbeihilfe 2009 rd.	2.700	
Kinderbetreuungsgeld Lu	3.600	3.600
Kostenbeteiligung Vater** rd.		1.500
<hr/>		
Jährlich verfügbar also	12.000	10.800

** Seit März 2011 lebe ich mit meiner Lebensgefährtin Frau L. Pe, Sohn Lu und meinem Vater K. Jan sen. (geb.1943) in einem Haus, das ich von meinem Vater geschenkt bekommen habe (Adresse: H.). In diesem Haus wohnt mein Vater seit seiner Geburt und unterstützt uns monatlich mit rd. 150 €.

In Ihrem Schreiben geben Sie an, dass eine überwiegende Kostentragung für Sie nur dann vorstellbar wäre, wenn ich eine berufliche Tätigkeit in Tschechien ausüben würde. Ich gebe hiermit bekannt, dass ich keine Tätigkeit in Tschechien ausübe bzw. ausgeübt habe.

Wie Sie aber aus d. obigen Aufstellung entnehmen können, standen monatlich rund 900 -1000 € zur Verfügung. Die Lebenshaltungskosten in Tschechien sind bei weitem nicht so hoch wie in Österreich. Meine Lebensgefährtin und Kindesmutter von Lu bezog tatsächlich im Zeitraum 2010 u 2011 keine über das Kinderbetreuungsgeld hinausgehende Gelder, weshalb ich als leiblicher Vater tatsächlich für die überwiegende Kostentragung gesorgt habe.

Ich bitte Sie daher um positive Erledigung meines Ansuchens um Gewährung der Familienbeihilfe für meine Söhne Lu u M.."

Das Finanzamt nahm zur Vorhaltsbeantwortung des Bw. wie folgt Stellung:

"Wohnsitz:

Der Familienwohnsitz befand sich nach den Ermittlungen des Finanzamtes nie an der jeweiligen österreichischen Adresse. Die bis jetzt vorliegenden slowakischen Meldebescheinigungen weisen gravierende Mängel auf.

Mit Datum 29.7.2010 liegt dem Finanzamt ein Mietvertrag für M. K. und anderen Mitbewohnern vor. Eine Wohngemeinschaft mit dem Vater bestand demnach nicht.

Kostentragung:

Herr Bw. erklärte folgende Einkünfte:

2010: 5.746,08 €

2011: 5.586,83 €

Die Erklärung 2012 liegt noch nicht vor.

Es erscheint unwahrscheinlich, dass mit diesen Einkünften zwei (mit Marios Studentenwohnung drei) Wohnsitze und die Lebenshaltungskosten der Familie gedeckt werden können. Selbst, wenn die mangelhaften Überweisungsbelege an M. in Höhe von 100 € monatlich berücksichtigt werden sollten, kann nicht davon ausgegangen werden, dass dieser Betrag die überwiegende Kostentragung für einen zwanzigjährigen Studenten bedeutet."

Weiters hat das Finanzamt folgende Ermittlungshandlungen vorgenommen:

Feststellungen im Zuge einer vom Finanzamt am 9. Februar 2012 durchgeföhrten Nachschau an der Adresse des Vermieters in X Bgl, H-Str.Y:

"Der Unterkunftgeber GZ hat im Hinterhof des Einfamilienhauses seine Betriebsstätte (Installateur-Gewerbe). Der Bw. hat auf diese Adresse sein Gewerbe (Baunebengewerbe) angemeldet. Nach den Angaben der Ehegattin von Herrn S. arbeitet der Bw. selbständig für die GZ GmbH.

Im Keller des Einfamilienhauses des Unterkunftgebers gibt es eine Schlafmöglichkeit, der Raum schien allerdings nicht bewohnt zu sein (keine Gebrauchsgegenstände für den täglichen Bedarf (wie zB Kleidung, Waschzeug, Lebensmittel, etc.). Es gab auch keinen einzigen Hinweis auf den Aufenthalt eines Kleinkindes. Es wurden auch keine Geschäftsunterlagen aufbewahrt. Weiters gab es keine Koch- oder Waschgelegenheit. Ein WC in einem anderen Raum kann benützt werden.

Der Bw. besitzt kein eigenes Werkzeug, keinen Lagerplatz, kein Büro u. dgl. Wenn er für die Fa. GZ-GmbH Arbeiten durchführt, wird ihm das Werkzeug, Material und auch ein Firmen-Kfz zur Verfügung gestellt."

Vorhaltsbeantwortung vom 20. Juni 2012 durch die Lebensgefährtin des Bw.:

Frage	Antwort
Wer sorgt für Lu?	Da ich seit Geburt meines Sohnes nicht mehr arbeite und monatlich nur ca. 300 Euro an staatlicher Unterstützung (Mutterschaftsurlaub) erhalten, wird mein Sohn Lu... hauptsächlich vom Vater meines Sohnes Bw., der auch gleichzeitig mein Lebensgefährte ist, versorgt.
Wo wohnen Sie und das Kind?	Ich und mein Sohn Lu... wohnen in B. Hr., Tschechien
Wo wohnt Bw.?	Mein Lebensgefährte Bw. wohnt ebenfalls in B. Hr., Tschechien
Zahlt Herr K. Unterhalt für Lu?	Mein Lebensgefährte lebt mit mir und unserem Sohn Lu... zusammen und kommt daher für alle Ausgaben auf.
Erhalten Sie Familienbeihilfe für Lu aus Tschechien?	Nein.
Arbeiten Sie in Tschechien?	Nein.

Über die Berufung wurde erwogen:

1. Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Der Bw. hat am 3. Mai 2007 das Baumeister- und Brunnenmeistergewerbe angemeldet.

Der Bw. bezog im Jahr 2010 Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von € 5.586,83, im Jahr 2011 von € 5.746,08 und nach dem nunmehr bereits vorliegenden Einkommensteuerbescheid im Jahr 2012 von € 5.352,13.

Der Bw. war lt. ZMR-Abfrage seit 16. März 2007 bis 3. September 2012 in X Bgl, H-Str.Y, mit einem Nebenwohnsitz gemeldet. Unterkunftgeber war GZ.

Seit 3. September 2012 ist der Bw. an der Adresse X Bgl, H-Str.X, mit einem Nebenwohnsitz gemeldet. Unterkunftgeber ist OK.

Die Lebensgefährtin des Bw., L. Pe, und der leibliche Sohn Lu, geb. 2009, waren vom 23. März 2010 bis 27. März 2012 – ebenfalls mit einem Nebenwohnsitz - unter derselben Adresse gemeldet.

Die Angaben des Bw. betreffend angeblich erbrachte Unterhaltsleistungen an seinen Sohn M. sind äußerst widersprüchlich; auch sonst liegen Ermittlungsergebnisse vor, die das Vorbringen des Bw. nicht zu stützen vermögen. In einer Beilage zur Berufung wird von M. bestätigt, dass er vom Bw. 200 bis 250 € monatlich bar erhalten habe; hinzuzufügen ist, dass M. die deutsche Sprache nicht beherrscht, er also „blind“ unterschrieben haben muss. Später ist die Rede von einer Unterhaltsleistung, die sich im Bereich von 100 – 120 € bewegt, wobei noch weitere Beträge bei Bedarf bar übergeben worden seien.

Aufgrund dieser Widersprüche geht der unabhängige Finanzsenat davon aus, dass in Wahrheit Unterhaltsbeträge in der behaupteten Höhe keinesfalls geflossen sind. Hierfür spricht auch das aktenkundige äußerst geringe Einkommen des Bw., das es selbst unter Berücksichtigung der niedrigeren Lebenshaltungskosten in Tschechien und der Slowakei keinesfalls ermöglicht, den Unterhalt für zwei Kinder zu bestreiten.

Die Berufungsbehörde nimmt es daher als erwiesen an, dass es auszuschließen ist, dass der Bw. überwiegend den Unterhalt für beide Kinder bestritten hat.

Allerdings kann es aufgrund der aktenkundigen Unterlagen als erwiesen angenommen werden, dass der Bw. bis 28.3.2011 bei seinem Sohn M. gewohnt hat und ab diesem Zeitpunkt einen gemeinsamen Wohnsitz mit seiner nunmehrigen Lebensgefährtin und seinem Sohn Lu gehabt hat. Hierfür spricht auch der Umstand, dass die Unterkunft in Österreich für einen Familienwohnsitz nicht geeignet ist.

2. Gesetzliche Bestimmungen und rechtliche Würdigung:

2.1 Nationale Rechtsvorschriften

Die maßgebenden Bestimmungen des FLAG 1967 lauten auszugsweise:

§ 2 FLAG 1967:

- "(1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,
- für minderjährige Kinder,
 - für volljährige Kinder, die das 26. (ab 1.7.2011: 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...
- ...

(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 186a 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 Haushaltsgehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

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

...

(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."

§ 10 Abs. 2 FLAG 1967:

„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.“

§ 53 FLAG 1967:

„(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...“

2.2 Unionsrecht

Nach [Artikel 1 Buchstabe i der Verordnung \(EG\) Nr. 883/2004](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ist "Familienangehöriger"

1. i) jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsgangehöriger bezeichnet wird;

ii) in Bezug auf Sachleistungen nach Titel III Kapitel 1 über Leistungen bei Krankheit sowie Leistungen bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft jede Person, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sie wohnt, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt wird oder als Haushaltsgangehöriger bezeichnet wird;

2. 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;

3. wird nach den gemäß Nummern 1 und 2 anzuwendenden Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familien- oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Versicherten oder dem Rentner in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Versicherten oder dem Rentner bestritten wird."

Nach Artikel 2 Absatz 1 der VO (EG) Nr. 833/2004 gilt diese Verordnung - von dem hier nicht relevanten Fall des Absatz 2 abgesehen –

"für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen."

[Artikel 67](#) und [68 der VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) lauten:

Artikel 67

Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen

Eine Person hat auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden. Ein Rentner hat jedoch Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats.

Artikel 68

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..."

2.3 „Scheinselbständigkeit“

Das Unionsrecht stellt darauf ab, dass die betreffende Person gegen eines der Risiken pflicht- oder freiwillig weiterversichert ist. Der Bw. hat durch Vorlage der SVA-Auszüge nachgewiesen, dass er GSVG-pflichtversichert ist. Damit aber ist die VO 883/2004 auf ihn anwendbar. Aufgrund des dort normierten Beschäftigungslandprinzips hat er einen grundsätzlichen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe (sh. VwGH 22.2.2012, [2011/16/0236](#); 19.6.2013, [2011/16/0040](#); *Aigner/Wanke*, in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 3, Rz 190 und 191).

2.4 Haushaltzugehörigkeit und Unterhaltsleistung

Da – wie oben ausgeführt – eine überwiegende Unterhaltsleistung an beide Kinder nicht nachgewiesen wurde und völlig unglaublich ist, sondern eine Unterhaltsleistung nur im Rahmen der gemeinsamen Haushaltführung erfolgt sein kann, knüpft der Familienbeihilfenspruch im Berufungsfall an die Haushaltzugehörigkeit an. Somit besteht für M. bis März 2011 und für Lu ab März 2011 ein grundsätzlicher Anspruch auf Familienbeihilfe. Bei M. kommt dazu, dass – wie das Finanzamt richtig feststellt – jedenfalls ab Juni 2011 kein zielstrebiges Studium mehr ersichtlich ist. Hinzuzufügen ist, dass für den Fall, dass die Kindesmutter Ka. J. im Wohnsitzstaat eine Beschäftigung ausübt, sie primären Anspruch auf Familienleistungen hat und daher dem Bw. bloß eine Differenzzahlung zusteht.

Wien, am 13. September 2013