

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch R in der Beschwerdesache Bf., W.straße, 2500 B., über die Beschwerde vom 23.10.2016 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt B. Mödling vom 20.09.2016 betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung von Familienbeihilfe für den Zeitraum Jänner 2015 bis April 2015 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer, in der Folge Bf. genannt, ist polnischer Staatsbürger und seit 2005 in Österreich teils selbstständig teils unselbstständig erwerbstätig.

Er ist bei zwei verschiedenen Firmen saisonal beschäftigt (G und GR), wobei Zeiten der Beschäftigung, der geringfügigen Beschäftigung und des Arbeitslosengeldbezuges einander abwechseln bzw. überschneiden.

Lt. Versicherungsdatenauszug ergibt sich für den Streitzeitraum folgendes:

Bis 16.12.2014 war er als Arbeiter bei der Firma GR beschäftigt.

Von 17.12.2014 bis 6.4.2015 bezog er Arbeitslosengeld.

In diesem Zeitraum war er von 17.12.2014 bis 1.1.2015 und von 2.2.2015 bis 20.2.2015 geringfügig bei der gleichen Firma (G) beschäftigt.

Ab 7.4.2015 bis 10.12.2015 war er wieder bei der Firma GR beschäftigt.

Er ist seit 2005 in Österreich aufhältig.

Seit 25.2.2009 ist er in B. mit Hauptwohnsitz gemeldet.

Er beantragte am 5.4.2016 die Gewährung einer Ausgleichszahlung für seine beiden Kinder für den Zeitraum Jänner 2015 bis Dezember 2016.

Seine Ehefrau war in Polen nicht beschäftigt und hat keine Familienleistungen bezogen.

Auf dem Antrag ist zwar unter "Verzichtserklärung des haushaltführenden Elternteiles" der Name der Ehefrau in Blockbuchstaben angeführt, ihre eigenhändige Unterschrift fehlt jedoch.

Der Antrag wurde mit Bescheid vom 20.9.2016 für den Zeitraum Jänner 2015 bis April 2015 mit der Begründung abgewiesen, dass sich der Bf. in diesem Zeitraum nicht im Inland aufgehalten und kein Arbeitsverhältnis bestanden habe.

Gegen diesen Bescheid wurde mit Schriftsatz vom 20.10.2016 Beschwerde erhoben.

Zur Begründung brachte der Bf. vor, er habe von 17.12.2014 bis 6.4.2015 Arbeitslosengeld bezogen und sich auch während dieser Zeit immer in B. aufgehalten.

Die Beschwerde wurde mit Beschwerdevorentscheidung vom 8.3.2017 als unbegründet abgewiesen.

Begründet wurde dies folgendermaßen:

Wenn es sich um eine vorübergehende Unterbrechung der Erwerbstätigkeit handelt, sind unter anderem Leistungen wegen Arbeitslosigkeit einer Erwerbstätigkeit gleichgestellt.

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

Sie waren bis 16.12.2014 in Österreich erwerbstätig. Von 17.12.2014 bis 6.4.2015 haben Sie in Österreich Arbeitslosengeld bezogen. Ab 7.4.2015 waren Sie wieder erwerbstätig.

Mit der Beschwerden haben Sie einen Versicherungsdatenauszug vorgelegt, wonach Sie neben dem Arbeitslosengeldbezug von 17.12.2014 bis 1.1.2015 und von 2.2.2015 bis 20.2.2015 geringfügig beschäftigt waren.

Bei den nachgewiesenen geringfügigen Beschäftigungen handelt es sich um keine Erwerbstätigkeiten im Sinne der genannten Verordnung, da das erforderliche Ausmaß nicht erreicht wird.

Nach Anforderung des Finanzamtes von Nachweisen bezüglich Ihres Österreichaufenthaltes

haben Sie folgende Nachweise vorgelegt:

Bestätigung der Unterkunftgeberin Frau C vom 16.2.2017, dass Sie in der W.straße wohnen. Wieviele Tage Sie im betreffenden Zeitraum in Österreich bzw. der Wohnung verbracht haben, konnte nicht bestätigt werden.

Ein Mietvertrag und Nachweise über Mietezahlungen konnten nicht vorgelegt werden.

Die vorgelegten Nachweise für den strittigen Zeitraum (1-4/2015) sind nicht ausreichend, um einen vorwiegenden Aufenthalt in Österreich zu beweisen.

Da Sie einen gemeinsamen Hauptwohnsitz in Polen mit Ihrer Familie haben, widerspricht es den Erfahrungen des täglichen Lebens, dass Sie sich im Zeitraum der Nichtbeschäftigung ständig bzw. vorwiegend in Österreich aufgehalten haben und nicht am Hauptwohnsitz bei Ihrer Familie.

Der Bezug des Arbeitslosengeldes erfolgte daher offensichtlich nicht rechtmäßig. Es besteht daher im Zeitraum Jänner bis April 2015 kein Anspruch auf die Ausgleichszahlung.

Im Vorlageantrag vom 9.4.2017 verwies der Bf. nochmals darauf, dass er in der Zeit, in der er in Österreich geringfügig beschäftigt gewesen sei, sich auch hier aufgehalten habe.

Außerdem habe ihn seine Familie oft besucht.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt steht auf Grund des Vorbringens des Bf. und der vorgelegten Unterlagen fest:

Der Bf. ist polnischer Staatsbürger.

Er ist verheiratet. Seine Ehefrau und die beiden Kinder leben in Polen. Die Familie ist in Polen an der gleichen Adresse gemeldet.

Er ist in Österreich seit 25.2.2009 mit Hauptwohnsitz in B. gemeldet.

Eine Bestätigung der Vermieterin wurde vorgelegt.

Weitere Nachweise über die tatsächliche Nutzung der Wohnung durch den Bf. liegen nicht vor.

Er ist bei zwei verschiedenen Firmen saisonal beschäftigt (G und GR), wobei Zeiten der Beschäftigung, der geringfügigen Beschäftigung und des Arbeitslosengeldbezuges einander abwechseln bzw. überschneiden.

Bis 16.12.2014 war er als Arbeiter bei der Firma GR beschäftigt.

Von 17.12.2014 bis 6.4.2015 bezog er Arbeitslosengeld.

In diesem Zeitraum war er von 17.12.2014 bis 1.1.2015 und von 2.2.2015 bis 20.2.2015 geringfügig bei der gleichen Firma (G) beschäftigt.

Ab 7.4.2015 bis 10.12.2015 war er wieder bei der Firma GR beschäftigt.

Die Ehefrau war in Polen nicht beschäftigt. Weder sie noch der Bf. bezogen dort Familienleistungen.

Die haushaltführende Ehefrau hat auf die Familienbeihilfe nicht verzichtet.

Zunächst ist auszuführen, dass es nach Auffassung des Bundesfinanzgerichtes weder diesem noch dem Finanzamt obliegt, zu prüfen, ob der Bf. rechtmäßig Arbeitslosengeld bezogen hat. Hat er laut Versicherungsdatenauszug Arbeitslosengeld bezogen, so ist dies als Tatsache den rechtlichen Erwägungen zu Grunde zu legen und davon auszugehen, dass der Bezug rechtmäßig war und alle für den Bezug notwendigen Voraussetzungen von den hierzu zuständigen Stellen geprüft und als gegeben erachtet wurden.

Es ist daher nicht zulässig auf Grund eines vom Finanzamt angenommenen unrechtmäßigen Arbeitslosengeldbezuges (in der Beschwerdevorentscheidung mit der Begründung, sich nicht vorwiegend in Österreich aufzuhalten zu haben) die Familienbeihilfe zu verwehren.

Da die Familienbeihilfe monatlich ausgezahlt wird, ist der Anspruch monatlich zu überprüfen.

Wenn das Finanzamt einerseits auf den überwiegenden Aufenthalt in Österreich als Anspruchsvoraussetzung abstelle und diesen für den gesamten Zeitraum Jänner bis April 2015 verneinte (siehe letzter Absatz der Beschwerdevorentscheidung) andererseits die (geringfügige) Beschäftigung von 2.2.2015 bis 20.2.2015 und die Tatsache kannte, dass der Bf. ab 7.4.2015 wieder durchgehend als Arbeiter in Beschäftigung stand ist die Abweisung des Anspruches für diese beiden Monate nicht nachvollziehbar, da zumindest für diese Monate auf einen überwiegenden Aufenthalt (wenn es denn auf diesen ankäme) in Österreich abzustellen wäre.

Dem Finanzamt ist insoweit beizupflichten, als der Bf. im streitgegenständlichen Zeitraum sowohl nach Unionsrecht als auch nach innerstaatlichem Recht den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Polen hatte.

Diese Feststellung gründet sich auf die Tatsache, der Meldebestätigung der Heimatgemeinde für die ganze Familie und die Angaben im Antrag.

Diese Tatsache schließt allerdings nicht aus, dass dennoch in Österreich Anspruch auf eine Familienleistung bestehen könnte.

Im Gegensatz zur Auffassung des Finanzamtes kommt es nämlich, wie noch darzustellen sein wird, unionsrechtlich für die Frage, ob der Bf. in Österreich Anspruch auf

Familienbeihilfe hat, nicht auf den gewöhnlichen Aufenthalt oder den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich an.

Art. 1 lit. j VO (EG) 883/2004 bestimmt als „Wohnort“ den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts. Durch diese Definition wird der Wohnort vom „Aufenthalt“ grundsätzlich unterschieden, den Art. 1 lit. k der Verordnung als den „vorübergehenden Aufenthalt“ definiert. Der Wohnort als Ort des gewöhnlichen Aufenthalts befindet sich stets an denjenigem Ort, an welchem eine Person den Mittelpunkt ihrer Lebensführung bzw. ihrer Lebensinteressen hat. (OGH vom 17.08.2006, 10ObS65/06s, Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, *FLAG*, § 53 Rz 81).

Sämtliche innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG, die auf den Wohnort oder den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich abstellen, sind im Anwendungsbereich der VO 883/2004 durch Unionsrecht verdrängt.

Folgende Bestimmungen hinsichtlich der hier strittigen Frage, ob Österreich derjenige Mitgliedstaat ist, in dem eine Beschäftigung ausgeübt wird und damit Art. 68 der VO 883/2004 zur Anwendung kommt, sind maßgeblich:

Innerstaatliches Recht:

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

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

In § 4 Abs. 2 FLAG 1967 ist vorgesehen, dass österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 und § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, eine Ausgleichszahlung erhalten, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.

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

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

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

In diesem Zusammenhang bestimmt jedoch § 53 Abs. 1 FLAG 1967, dass Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Das Bundefinanzgericht kommt aus folgenden Erwägungen zur Auffassung, dass Unionsrecht auf den vorliegenden Sachverhalt anzuwenden ist:

Artikel 1 lit a der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 lautet:

Für Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

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

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

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

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

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

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

....

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

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

....

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

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

Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen

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

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

Artikel 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 lautet:

Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen

(1) Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten folgende Prioritätsregeln:

- a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge: an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.
- b) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren, so richtet sich die Rangfolge nach den folgenden subsidiären Kriterien:
 - i)) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird, und subsidiär gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung. Im letztgenannten Fall werden die Kosten für die Leistungen nach in der Durchführungsverordnung festgelegten Kriterien aufgeteilt;
 - ii)) bei Ansprüchen, die durch den Bezug einer Rente ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass nach diesen Rechtsvorschriften eine Rente geschuldet wird, und subsidiär gegebenenfalls die längste Dauer der nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;
 - iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.

(2) Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Absatz 1 Vorrang haben. Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren. Ein derartiger Unterschiedsbetrag muss jedoch nicht für Kinder gewährt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschließlich durch den Wohnort ausgelöst wird.

(3) Wird nach Artikel 67 beim zuständigen Träger eines Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften gelten, aber nach den Prioritätsregeln der Absätze 1 und 2 des vorliegenden Artikels nachrangig sind, ein Antrag auf Familienleistungen gestellt, so gilt Folgendes:

- a) Dieser Träger leitet den Antrag unverzüglich an den zuständigen Träger des Mitgliedstaats weiter, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, teilt dies der betroffenen Person mit und zahlt unbeschadet der Bestimmungen der Durchführungsverordnung über die vorläufige Gewährung von Leistungen erforderlichenfalls den in Absatz 2 genannten Unterschiedsbetrag;
- b) der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, bearbeitet den Antrag, als ob er direkt bei ihm gestellt worden wäre; der Tag der Einreichung des Antrags beim ersten Träger gilt als der Tag der Einreichung bei dem Träger, der vorrangig zuständig ist.

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

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

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

In der Durchführungsverordnung (EG) Nr. 987/2009 heißt es in Art. 59 bezüglich Beschäftigungsverhältnisse, die nicht einen vollen Monat dauern:

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

Er unterrichtet den Träger des anderen betroffenen Mitgliedstaates oder die anderen betroffenen Mitgliedstaaten von dem Zeitpunkt, zu dem er die Zahlung dieser Familienleistungen einstellt. Ab diesem Zeitpunkt übernehmen der andere betroffene

Mitgliedstaat oder die anderen betroffenen Mitgliedstaaten die Zahlung der Leistungen (Art. 59 Abs. 2 DVO).

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

Als polnischer Staatsbürger fällt der Bf. unter den persönlichen Anwendungsbereich der VO 883/2004. Dies gilt auch für seine Ehefrau.

Unstrittig handelt es sich auch bei der Familienbeihilfe bzw. Ausgleichszahlung um eine Familienleistung im Sinne der Verordnung.

Wohnmitgliedstaat des Bf. ist Polen.

Wenn eine Person, die ihren Wohnort in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union hat, in einem anderen Mitgliedstaat eine Beschäftigung im Sinne des Unionsrechtes ausübt, greifen die Art 68 der VO 883/2004 normierten Prioritätsregeln.

Es ist daher zu prüfen, ob der Bf. dem sachlichen Anwendungsbereich der VO 883/2004 unterliegt.

Der Bf. war im Jänner 2015 nur einen Tag als geringfügig beschäftigter Arbeiter tätig.

Nach Art. 59 der DVO 987/2009 reicht dies aus, damit Österreich für den gesamten Monat Jänner für die Gewährung von Familienleistungen zuständig bleibt.

Wie auch das Finanzamt in der Beschwerdevorentscheidung richtig feststellte, ändern kurzfristige Unterbrechungen an der Erwerbstätigkeit nichts.

Von einer kurzfristigen Unterbrechung der Erwerbstätigkeit ist unter dem Gesichtspunkt auszugehen, dass die, wenn auch geringfügige, Beschäftigung vom 2.2.2015 bis 20.2.2015 eine Beschäftigung im Sinne des Unionrechtes darstellt und es sich um den gleichen Arbeitgeber handelt.

So vertritt der EuGH in ständiger Judikatur die Rechtsauffassung, dass der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne von Artikel 45 (ex-Artikel 39 der EGV) des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union in welchem die Freizügigkeit der Arbeitnehmer festgelegt wurde, nicht eng auszulegen ist. Arbeitnehmer ist jeder, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach dieser Rechtsprechung darin, dass jemand, während eines bestimmten Zeitraumes für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Außerdem ist es für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Gemeinschaftsrechts ohne Bedeutung, dass das Beschäftigungsverhältnis nach nationalem Recht ein Rechtsverhältnis sui generis ist, wie hoch die Produktivität des Betreffenden ist, woher die Mittel für die Vergütung stammen oder dass sich die Höhe

der Vergütung in Grenzen hält (vgl. EuGH vom 7.9.2004, C-456/02, Michel Trojani gegen Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS).

Der EuGH hat auch im Fall einer kurzen, nicht existenzsichernden geringfügigen Beschäftigung, die wenig mehr als einen Monat dauerte, darauf hingewiesen, dass der Begriff Arbeitnehmer nicht eng auszulegen sei. Dass die Bezahlung einer unselbständigen Tätigkeit unter dem Existenzminimum liege, hindert nicht, die Person, die diese Tätigkeit ausübt, als Arbeitnehmer anzusehen, selbst wenn der Betroffene die Vergütung durch andere Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts wie eine aus öffentlichen Mitteln des Wohnortmitgliedstaats gezahlte finanzielle Unterstützung zu ergänzen sucht (siehe EuGH vom 4.6.2009, Athanasios Vatsuras (C-22/08) und Josif Koupantze (C-23/08) gegen Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900).

Für den Monat März wird insbesondere auf den Beschluss Nr. F1 vom 12. Juni 2009 (2010/C 106/04) lit.i (siehe oben) abzustellen sein, wonach Ansprüche, die durch eine tatsächliche Beschäftigung ausgelöst werden, u.a. jenen infolge Arbeitslosigkeit gleichgestellt werden.

Im April war der Bf. als Arbeiter beschäftigt, sodass kein Zweifel an einem durch seine Beschäftigung im Sinne des Unionsrechtes ausgelösten Anspruch auf Familienleistungen bestehen kann.

Aus diesen Ausführungen folgt, dass für den streitgegenständlichen Zeitraum Jänner bis April 2015 **Österreich Beschäftigungsmitgliedstaat** war.

Aus dieser Tatsache folgt, dass nach Art 11 Abs. 3 lt. a der VO 883/2004 die **österreichischen Rechtsvorschriften anzuwenden** sind.

Dies allein besagt aber noch nicht, wer nun tatsächlich anspruchsberechtigt ist.

Da Wohnmitgliedstaat Polen ist und Beschäftigungsmitgliedstaat Österreich greifen die in Art. 68 der Verordnung normierte Prioritätsregeln:

Hinsichtlich des Antragsrechtes gilt unionsrechtlich folgendes:

Art. 60 der DVO 987/2009 zu VO 883/2004, besagt:

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.*

Dazu wird im Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes vom 7.2.2017, RV/7106469/2016 unter Hinweis auf das Erkenntnis vom 8.6.2015, RV/7100958 und das Urteil des EuGH vom 22.10.2015, C-378/14, Tomislaw Trapowski folgendes ausgeführt:

Aus Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 in Verbindung mit Art. 60 Abs. 1 der Verordnung Nr. 987/2009 ergibt sich zum einen, dass eine Person Anspruch auf Familienleistungen auch für Familienangehörige erheben kann, die in einem anderen als dem für ihre Gewährung zuständigen Mitgliedstaat wohnen, und zum anderen, dass die Möglichkeit, Familienleistungen zu beantragen, nicht nur den Personen zuerkannt ist, die in dem zu ihrer Gewährung verpflichteten Mitgliedstaat wohnen, sondern auch allen „beteiligten Personen“, die berechtigt sind, Anspruch auf diese Leistungen zu erheben, zu denen die Eltern des Kindes gehören, für das die Leistungen beantragt werden.

Folglich lässt sich, da die Eltern des Kindes, für das die Familienleistungen beantragt werden, unter den Begriff der zur Beantragung dieser Leistung berechtigten „beteiligten Personen“ im Sinne von Art. 60 Abs. 1 der Verordnung Nr. 987/2009 fallen, nicht ausschließen, dass ein Elternteil, der in einem anderen als dem zur Gewährung dieser Leistungen verpflichteten Mitgliedstaat wohnt, diejenige Person ist, die, sofern im Übrigen alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind, zum Bezug dieser Leistungen berechtigt ist.

Es obliegt jedoch der zuständigen nationalen Behörde, zu bestimmen, welche Personen nach nationalem Recht Anspruch auf Familienleistungen haben.

Nach alledem ist Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 987/2009 dahin auszulegen, dass die in dieser Bestimmung vorgesehene Fiktion dazu führen kann, dass der Anspruch auf Familienleistungen einer Person zusteht, die nicht in dem Mitgliedstaat wohnt, der für die Gewährung dieser Leistungen zuständig ist, sofern alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind, was von dem vorlegenden Gericht zu prüfen ist."

Der Anspruch auf Familienleistungen, die für ein Kind gewährt werden, müsse auch nicht nach Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 dem Elternteil des Kindes, der in dem für die Gewährung dieser Leistungen zuständigen Mitgliedstaat wohnt, deshalb zuerkannt werden, weil der andere Elternteil, der in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, keinen Antrag auf Familienleistungen gestellt hat (Rn. 43 ff.).

"Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Verordnungen Nr. 987/2009 und Nr. 883/2004 nicht bestimmen, welche Personen Anspruch auf Familienleistungen haben, auch wenn sie die Regeln festlegen, nach denen diese Personen bestimmt werden können.

Welche Personen Anspruch auf Familienleistungen haben, bestimmt sich nämlich, wie aus Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 klar hervorgeht, nach dem nationalen Recht.

Zudem sieht Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 987/2009 vor, dass dann, wenn eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf Familienleistungen zu erheben, dieses Recht nicht

wahrnimmt, die zuständigen Träger der Mitgliedstaaten die Anträge auf Familienleistungen zu berücksichtigen haben, die von den in dieser Bestimmung genannten Personen oder Institutionen, zu denen der „andere Elternteil“ gehört, gestellt werden.

Erstens geht sowohl aus dem Wortlaut als auch aus der Systematik von Art. 60 Abs. 1 der Verordnung Nr. 987/2009 hervor, dass zwischen der Einreichung eines Antrags auf Familienleistungen und dem Anspruch auf diese Leistungen zu unterscheiden ist.

Zweitens geht aus dem Wortlaut dieses Artikels auch hervor, dass es ausreicht, wenn eine der Personen, die Anspruch auf Familienleistungen erheben kann, einen Antrag auf deren Gewährung stellt, damit der zuständige Träger des Mitgliedstaats verpflichtet ist, diesen Antrag zu berücksichtigen.

Das Unionsrecht hindert diesen Träger jedoch nicht daran, in Anwendung seines nationalen Rechts zu dem Ergebnis zu gelangen, dass der Anspruch auf Familienleistungen für ein Kind einer anderen Person zusteht als der, die den Antrag auf diese Leistungen gestellt hat.

Folglich ist es, sofern alle Voraussetzungen für die Gewährung von Familienleistungen für ein Kind erfüllt sind und diese Leistungen tatsächlich gewährt werden, ohne Bedeutung, welcher Elternteil nach nationalem Recht als diejenige Person gilt, die den Anspruch auf diese Leistungen hat (vgl. in diesem Sinne Urteil Hoever und Zachow, C-245/94 und C-312/94, EU:C:1996:379, Rn. 37).

Nach alledem ist Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 987/2009 dahin auszulegen, dass danach nicht verlangt wird, dass der Anspruch auf Familienleistungen, die für ein Kind gewährt werden, dem Elternteil des Kindes, der in dem für die Gewährung dieser Leistungen zuständigen Mitgliedstaat wohnt, deshalb zuerkannt werden muss, weil der andere Elternteil, der in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, keinen Antrag auf Familienleistungen gestellt hat."

Das Unionsrecht selbst vermittelt keinen originären Anspruch auf nationale Familienleistungen. Es ist nach wie vor Sache der Mitgliedstaaten, wem sie unter welchen Voraussetzungen wie lange Familienleistungen zuerkennen. Das Unionsrecht verlangt allerdings im allgemeinen, dass diese Zuerkennung diskriminierungsfrei erfolgen muss, und im besonderen, dass die nach dem nationalen Recht, hilfsweise nach dem Unionsrecht zu ermittelnden Familienangehörigen einer Person, die in den Anwendungsbereich der VO 1408/71 oder der VO 883/2004 fällt, also im wesentlichen einer Person, die (nur oder auch) in einem anderen Mitgliedstaat einer Erwerbstätigkeit nachgeht als in jenem, in dem ihre Familie wohnt, so zu behandeln sind, als hätten alle Familienangehörigen ihren Lebensmittelpunkt in dem Mitgliedstaat, der Familienleistungen gewähren soll. Da ein derartiger Sachverhalt territorial die Geltung der nationalen Rechtsvorschriften zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten nach sich zieht, enthält das Unionsrecht Kollisionsregeln, welche nationalen Rechtsvorschriften allein, primär, sekundär oder gar nicht anwendbar sind.

Im Sinne des Art. 60 Abs. 1 der VO 987/2009 und der EuGH-Rechtsprechung ist daher davon auszugehen, dass alle Familienmitglieder in Österreich wohnen.

Da infolge hinsichtlich des tatsächlichen Anspruches auf eine Familienleistung auf innerstaatliches Recht abzustellen ist (vgl. z.B RV/7102456/2017 vom 5.12.2017 und die dort zitierte weitere Judikatur des BFG), sind folgende Bestimmungen des FLAG 1967 maßgeblich:

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 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.

§ 2 Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 stellt hinsichtlich des Familienbeihilfenanspruchs primär auf die Haushaltszugehörigkeit mit einem Kind ab und nur subsidiär (§ 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG 1967) darauf, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt.

Gem. § 2a Abs. 1 FLAG geht der Anspruch des überwiegend den Haushalt führenden Elternteiles dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Es wird vermutet, dass die Mutter überwiegend den Haushalt führt.

Diese kann auf ihren Anspruch zu Gunsten des anderen Elternteiles verzichten.

Im gegenständlichen Fall ist der Bf. verheiratet und leben er, seine Ehefrau und die Kinder lt. vorgelegter Meldebestätigungen im gemeinsamen Haushalt in Polen.

Die Kindesmutter hat daher vorrangigen Anspruch auf die Familienbeihilfe.

Sie hat auf diesen Anspruch nicht verzichtet.

Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (zuletzt VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067) ist durch die dargestellte Rechtsprechung des EuGH überholt. Die Ansicht des VwGH, dass eine überwiegende Kostentragung eines in Österreich erwerbstätigen Unionsbürgers, die bei bestehender Haushaltszugehörigkeit der Kinder zum anderen Elternteil (bzw. zu einer anderen Person, gegenüber der Kindeseigenschaft gegeben ist) nach dem anzuwendenden innerstaatlichem Recht keine Entscheidungsrelevanz hat, hier doch Voraussetzung für einen Differenzzahlungsanspruch sein soll, findet weder im Unionsrecht noch im innerstaatlichen Recht Deckung. Diese Rechtsansicht führte im Ergebnis regelmäßig zu einer Diskriminierung von Unionsbürgern (der haushaltsführenden Mutter der Bf.) gegenüber inländischen Staatsbürgern.

Aus dem o.a. Urteil in der Rechtssache "Trapowski" ergibt sich, dass Familienleistungen, von allen "beteiligten" Personen beantragt werden können:

"Ein Elternteil, der in einem anderen als dem zur Gewährung der Familienleistung zuständigen Mitgliedstaat wohnt, kann daher diejenige Person sein, die sofern im Übrigen

alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind, zum Bezug dieser Leistungen berechtigt ist."

Somit wird gemäß Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 das österreichische Finanzamt den vom Kindesvater gestellten Antrag auf Familienbeihilfe, wenn und soweit diesem ein Anspruch der haushaltführenden Mutter vorgeht (wovon derzeit auf Grund des aktenkundigen Sachverhaltes auszugehen ist), zugunsten des Anspruchs der Mutter auf österreichische Familienleistungen zu berücksichtigen haben, da diese - wiederum nach innerstaatlichem Recht - iSd Art. 60 Abs. 1 dritter Satz der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 als Elternteil behandelt wird.

Ungeachtet des Umstandes, dass der Antrag des Bf. im Beschwerdefall als Antrag der Kindesmutter gilt, konnte dennoch die Beschwerde als unbegründet abgewiesen werden, da Partei dieses Verfahrens iSd § 78 BAO nur der Bf. ist und sich daher die Wirkung dieses Erkenntnisses nur auf ihn erstreckt (aA BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015; BFG 7.2.2017, RV/7106469/2016, wo mit Feststellungsbescheid nach § 92 BAO vorgegangen wurde, siehe auch zur verfahrensrechtlichen Vorgangsweise RV/7102456/2017 vom 5.12.2017).

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Zulässigkeit einer Revision

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

Da das Erkenntnis von der – wenn auch durch die zitierte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes überholten – Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig (vgl. VwGH 21.4.2015, Ra 2015/09/0006).

Wien, am 24. Jänner 2018

