

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde der A B, Adresse, vom 7.11.2013 gegen den Bescheid des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart, 7001 Eisenstadt, Neusiedlerstraße 46, vom 1.10.2013, Sozialversicherungsnummer X, womit der Antrag der Beschwerdeführerin vom 15.4.2013 auf Familienbeihilfe für ihre Kinder C, D und E jeweils ab April 2013 abgewiesen wurde, zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 279 Abs. 1 Bundesabgabenordnung (BAO) – ersatzlos – aufgehoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) eine Revision zulässig.

## Entscheidungsgründe

Das Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart hat am 28.3.2014 die Bescheidbeschwerde (§ 243 BAO) der Beschwerdeführerin (der beschwerdeführenden Partei) A B (Bf) vom 7.11.2013 gegen den Bescheid vom 1.10.2013, womit der Antrag der Bf vom 15.4.2013 auf Familienbeihilfe für ihre Kinder C, D und E jeweils ab April 2013 abgewiesen wurde, dem Bundesfinanzgericht gemäß § 265 BAO elektronisch vorgelegt.

Aus dem gleichzeitig gemäß § 266 Abs. 1 BAO vorgelegten Beschwerdeakt des Finanzamtes geht hervor:

Die Bf beantragte mit am 15.4.2013 beim Finanzamt eingelangtem Formular vom 8.4.2013 Familienbeihilfe für ihre drei minderjährigen Kinder.

Sie sei österreichische Staatsbürgerin und verheiratet. Ihre Anschrift sei Y WohnortÖ, der gemeinsame Haushalt mit den Kindern in Italien Adresse.

Die Familienbeihilfe solle auf ein näher genanntes Konto bei einer österreichischen Bank überwiesen werden.

Ihr Ehegatte sei englischer Staatsbürger und Angestellter. Er arbeite in Perugia, Italien.

Mit dem hier angefochtenen Bescheid vom 1.10.2013 wies das Finanzamt den Antrag der Bf auf Familienbeihilfe für ihre drei minderjährigen Kinder „ab Apr. 2013“ mit folgender Begründung ab:

*Gemäß § 2 Abs.8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland haben.*

*Eine Person hat den Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat. Bei der Beurteilung, ob eine Person den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet hat, sind nicht so sehr die wirtschaftlichen Interessen dieser Person, sondern vielmehr die persönlichen Beziehungen dieser Person, die sie zum Bundesgebiet hat, von ausschlaggebender Bedeutung.*

*Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 besagt, dass für die Familienleistungen der Wohnortstaat zuständig ist, wenn gleichzeitig eine Tätigkeit im Wohnortstaat und in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt wird und der wesentliche Teil der Tätigkeit in den Wohnortstaat fällt.*

Damit wollte das Finanzamt offenkundig zum Ausdruck bringen, dass die Bf den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen nicht in Österreich, sondern in Italien hat, und dass daher Wohnortstaat nicht Österreich, sondern Italien ist, und keine Zuständigkeit Österreichs zur Erbringung von Familienleistungen besteht.

Mit Schreiben vom 30.10.2013 erhab die Bf Berufung gegen den Abweisungsbescheid vom 1.10.2013, und begründete diese wie folgt:

*Ich bin österreichische Staatsbürgerin, habe meinen Wohnsitz in Adresse Ö, Gasse, bin wahlberechtigt, zahle seit 1996 meine Krankenkassen - und Pensionsbeiträge, Steuern und Kammermitgliedschaft als Fotografin in Österreich.*

*Mein Haupt-Auftraggeber ist nach wie vor ein internationales Magazin (Sitz in Zürich, Vertrag von 2013 habe ich den Unterlagen, die ich im August 2013 ins Finanzamt gebracht habe, beigelegt). Diese schicken mich quer durch Europa, ganz oft auch nach Österreich.*

*Der Rest meiner Kunden ist in Österreich und ich versuche so oft wie möglich den Auftragswünschen nach zu gehen, also ein paarmal im Jahr diese zu besuchen (ersichtlich an den Rechnungen, die ich in den letzten 2 Jahren ausgestellt habe und ebenfalls im August abgeliefert habe).*

*Ja, ich lebe mit meinem Mann (Engländer) und unseren 3 Kindern, die österreichische Staatsbürger sind, in Italien, weil es der Beruf meines Mannes so verlangt. Wann immer es geht, bin ich aber mit den Kindern (meist in den Schulferien) in Österreich.*

*Mein Antrag auf Familienbeihilfe wurde hier in Umbrien abgewiesen, weil wir beide nicht italienische Staatsbürger sind und nur diese Anspruch haben. Mein Antrag in Österreich wurde abgewiesen, weil ich nicht den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich habe, also die meiste Zeit des Jahres in Italien lebe.*

*Also falle ich durch jegliches System und bekomme von niemandem Unterstützung.*

*Unsere Kinder besuchen hier eine internationale Schule, wo sie auch die Möglichkeit haben, Deutsch lesen und schreiben zu lernen, damit wir in Zukunft wieder zurück nach Österreich können.*

*Das ist aber mit hohen Kosten verbunden.*

*Als ich den Sommer heuer mit den Kindern in WohnortÖ verbrachte, habe ich festgestellt, dass die ungarischen Kellnerinnen aus Sopron in Österreich Familienbeihilfe bekommen. Obwohl die ganze Familie NICHT in Österreich wohnt, die Kinder in Sopron zur Schule gehen und der Vater in Ungarn arbeitet.*

*Also wo ist der Unterschied? Ich trage seit 17 Jahren mit meinen Beiträgen dazu bei, dass Pensionen ausbezahlt und Familien unterstützt werden können. Das kann ja nicht Gesetz sein, dass ich so unfair behandelt werde!*

*Ich berufe mich auf den Gleichheitsgrundsatz als österreichische Staatsbürgerin.*

*Durch die Entscheidung, mir die Familienbeihilfe nicht zu gewähren, bekomme ich überhaupt keine Unterstützung! Im Gegenteil, mit den Einnahmen der freien Arbeiten, die ich im Laufe des Jahres in Österreich ausübe, kann ich gerade mal meine SVA- und Wirtschaftskammer-Beiträge bezahlen und mich für meinen Job dementsprechend ausrüsten. Für die Familie bleibt da nichts mehr übrig.*

*Ich kann ja nicht gezwungen werden, meine Familie zu trennen! Wo wir doch heute in Europa leben und es das Ziel war, sich innerhalb der europäischen Gemeinschaft frei bewegen zu können.*

*Bei der Entscheidung der Abweisung wurde weder meine Lebenssituation berücksichtigt, noch die Tatsache, dass wir hier in Umbrien keinen Anspruch auf Familienbeihilfe haben.*

*Ich ersuche daher, der Berufung statt zu geben und mir die Familienbeihilfe zu gewähren....*

*P.S. Müssten meine 3 Söhne, die Österreicher sind, einmal zum Bundesheer, obwohl man ihnen jedes Recht auf Unterstützung verwehrt? Gibt es für sie nur Pflicht ohne Recht? Das werden sie nie verstehen!*

*Ergeht in Abschrift an die Volksanwaltschaft und die Klubs der SPÖ, ÖVP, FPÖ, GRÜNE und Team Stronach im Nationalrat“*

Der Erhebungsdienst des Finanzamtes berichtete am 29.8.2013:

*Bei der Erhebung am 5.7.2013 auf der Adresse AdressenÖ, Gasse konnten weder Frau B A noch ihre 3 Kinder (C, E, D) angetroffen werden.*

*Die Mutter von Frau B, F G, gab an, dass die Familie B in Perugia, Italien lebt. Da die Mutter der Antragstellerin in nächster Zeit dorthin auf Urlaub fährt, übermittelt sich die geforderten Informationen und Unterlagen an ihre Tochter.*

*Die Kinder besuchen in Perugia den Kindergarten (E, D) und in Assisi die Internationale Schule (C)- siehe beiliegende Bestätigungen.*

*Die Familie hält sich bis auf wenige Familienbesuche dauernd in Italien auf.*

*Frau B A hat einen Rahmenvertrag über freie Mitarbeit mit der Schweizer "I AG", CH-8050 Zürich abgeschlossen und ist für diese aber auch für ... tätig.*

*Die Antragstellerin hat ihr Gewerbe in Österreich gemeldet und stellt die Rechnungen mit der österr. Adresse aus.*

*Die Rechnungen für 2012 und 2013 wurden übermittelt.*

*Die Umsätze für 2012 i.H. von gesamt 7.530,-- konnten dahingehend gesplittet werden, das sich 4.900,-- auf italienische Aufträge und 1.940,-- auf österreichische Aufträge beziehen,. Im Jahr 2013 konnten bei einem bisherigen Gesamtumsatz i.H. von 7.580,-- der Betrag von 5.640,-- italienischen Aufträgen und 1.940,--österreichischen Aufträgen zugeordnet werden.*

*Der Gatte von Frau B ist Engländer und als GF beschäftigt (siehe Lohnbestätigung), die Kinder und Frau B sind österreichische Staatsbürger. Laut Auskunft der italienischen Behörden - Kontaktadresse wurde in e-mail bekanntgegeben- hat nur ein italienischer Staatsbürger Anspruch auf Familienbeihilfe. Eine Bestätigung über diese Auskunft wird von den italienischen Behörden nicht ausgestellt.*

*Frau B beantragt die österreichische Familienbeihilfe, weil sie laut ihrer Aussage weder in England noch Italien Anspruch auf Familienbeihilfe hat und ihre Kinder österreichische Staatsbürger im Ausland sind.*

*Aktenkundig ist darüber hinaus noch ein Schreiben der Bf vom 30.7.2013 an das Finanzamt:*

*Die Kinder (C, E und D B) wohnen mit uns in Perugia und gehen hier zur Schule bzw. Kindergarten. Anbei die Einschreibung in die Assisi International School für das Schuljahr 2013/14.*

*Auch die Staatsbürgerschaftsnachweise habe ich in Kopie beigelegt. (Alle drei Kinder sind Österreicher)*

*Die Einkünfte meinerseits können Sie den Rechnungen entnehmen, ich habe 2012 und 2013 beigelegt. (Einnahmen-Ausgabenrechnung 2012 liegt beim Finanzamt auf).*

*Auch meinen Vertrag mit V finden Sie anbei.*

*Eine Lohnbestätigung meines Ehemannes lege ich auch bei.*

*Nach Anfrage beim INPS (Istituto Nazionale Previdenza Sociale), die Stelle, wo mein Mann seine Sozialbeiträge einzahlt, ob sie uns eine Bestätigung geben können, dass wir in Italien keine Familienbeihilfe beziehen, habe ich folgende Antwort bekommen: ...*

*Das heisst so viel wie dass sie keine Bestätigung schreiben können, aber wenn eine Stelle in Österreich Auskunft von ihnen möchte, dann können sie sie gerne kontaktieren unter angeführter Telefonnummer bzw. email. Es gibt auch ein Formular dazu, das heisst E411. Sie haben mir am Telefon bestätigt, dass nur jemand, der die italienische Staatsbürgerschaft besitzt überhaupt Anspruch auf eine mögliche Familienbeihilfe (in Italien heisst das "assegno nucleo familiare") hat. Mein Mann ist Engländer, also hat er keinen Anspruch....*

Beigeschlossen waren die angeführten Unterlagen. Die einzelnen Rechnungen weisen jeweils die österreichische Adresse der Bf aus und betreffen Aufträge in Österreich und in Italien.

Die Arbeitgeberin des Ehegatten der Bf bestätigte am 30.7.2013, dass dieser seit 1.1.2011 als Geschäftsführer tätig sei und ein monatliches Gehalt von netto € 2.000 beziehe.

Es wurde ein Rahmenvertrag über freie Mitarbeit vorgelegt, der zwischen der Bf und einer Schweizer Aktiengesellschaft abgeschlossen ist, wonach die Bf als freie Fotografin tätig ist und neben dieser Tätigkeit in maßgebender Tätigkeit bzw. mehrheitlich für Dritte tätig sei. In diesem Rahmenvertrag wurde die italienische Anschrift der Bf angeführt.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 20.11.2013 wies das Finanzamt die Berufung als unbegründet ab:

*Gem. § 2 FLAG haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre Kinder, wenn sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich befindet.*

*Gem. Art. 2 der EU-VO 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit gilt diese Verordnung für alle Staatsangehörige eines Mitgliedstaates.*

*Gem. Art. 11 können Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Staates unterliegen.*

*Gem. Art. 13 unterliegt eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine selbständige Beschäftigung ausübt, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaates, wenn sie dort den wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt.*

*Die amtlichen Ermittlungen haben ergeben, dass sich an der angegebenen Adresse in WohnortÖ nicht der Mittelpunkt der Lebensinteressen befindet. Bei der Überprüfung Ihrer Einnahmen als Fotografin ist das Finanzamt zu dem Schluss gekommen, dass die weitaus höheren Einnahmen in Italien, Ihrem Wohnsitzstaat, erzielt werden. Es ist überdies zweifelhaft, dass die Einnahmen, über die österreichische Rechnungen mit Adresse Ihrer Eltern ausgestellt wurden, einer österreichischen Betriebstätte zuzuordnen sind, da Sie sich in WohnortÖ nur in den Ferien und zu Besuch aufzuhalten.*

*Die Voraussetzungen, die innerstaatliches und EU-Recht vorschreiben, sind demnach nicht erfüllt, sodass kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.*

Die Bf stellte mit Schreiben vom 18.12.2013, eingelangt am Finanzamt am 23.12.2013, Vorlageantrag:

#### *Berufungsvorentscheidung*

*Die mir am 3. Dez dieses Jahres zugestellte Berufungsvorentscheidung ist in der Begründung in wesentlichen Punkten falsch.*

- 1) *Der Mittelpunkt meiner Lebensinteressen befindet sich sehr wohl in Österreich. Ich arbeite hier als selbständige Fotografin (so ich Arbeit habe), bin im Wählerverzeichnis, zahle hier Pensionsbeiträge und Krankenkassenbeiträge, bin mit meinen drei Kindern österreichische Staatsbürgerin und halte mich nur vorübergehend aus beruflichen Gründen meines Mannes (Engländer) in Italien auf.*
- 2) *Der Verweis auf die Verordnung, dass Personen den Rechtsvorschriften nur eines Staates unterliegen können, ist ein Hohn, zumal der italienische Staat auf meine Staatsbürgerschaft verweist und mir jede Unterstützung untersagt.*
- 3) *Die amtlichen Ermittlungen hinsichtlich meiner Einnahmen (angeblich mehrheitlich in Italien) und meiner Betriebsstätte sind falsch. Ich habe in WohnortÖ ein Labor eingerichtet und kann als Fotografin überall tätig sein, ohne eine eigene Betriebsstätte zu haben. Seit wann ist zweifelhaft, wenn Kinder bei den Eltern wohnen. In Österreich gibt es tausende solcher Fälle. Übrigens bin ich jede freie Minute in Österreich. (Das Finanzamt kann mir auch eine Fußfessel zur Überprüfung dieser Zeit anlegen). Vielleicht kommt das Amt dann zu einer anderen Beurteilung meiner Aufenthalte.*
- 4) *Der Verweis darauf, dass die Voraussetzungen auf innerstaatliches und EU-Recht nicht erfüllt sind, ist entweder Unkenntnis oder Bösartigkeit. Wie ist es möglich, dass tausende Grenzgänger aus Ungarn und anderen Nachbarländern sehr wohl Familienbeihilfe beziehen, obwohl die Kinder dieser Familien in ihren Ländern wohnen, dort in den Kindergarten oder zur Schule gehen, der Vater nicht in Österreich arbeitet, aber die Mutter als Kellnerin Familienbeihilfe in Österreich bezieht. Das ist mir gegenüber eine Ungerechtigkeit. Wieso wird hier EU-Recht oder staatliches nationales Recht verschieden ausgelegt.*
- 5) *Ich bekomme derzeit für meine drei Kinder keinerlei Unterstützung. Italien lehnt es ab, weil ich österreichische Staatsbürgerin bin und keinen festen Wohnsitz in Italien habe. Österreich (das Finanzamt Eisenstadt) lehnt jede Unterstützung ab, weil ich in Italien bin. Kann mir irgendwer sagen, wo ich mit meinen Kindern hingehöre und wie ich so wie tausende andere Österreicher eine Familienunterstützung bekomme?*

*Ich weise daher die nicht zutreffende Vorentscheidung einer Berufungsablehnung zurück, weil sie in der Sache nicht richtig ist und juristisch im Sinne der geltenden Gesetze nicht richtig sein kann.*

## **Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **Sachverhalt**

Die Bf und ihre drei minderjährigen Kinder sind österreichische Staatsbürger. Die Bf verfügt über einen Wohnsitz in Österreich und über einen Wohnsitz in Italien. Sie ist mit einem Staatsbürger des Vereinigten Königreichs verheiratet, der in Italien zumindest seit Anfang 2011 als Geschäftsführer unselbstständig beschäftigt ist. Die Bf ist als Fotografin selbstständig erwerbstätig, wobei in den letzten Jahren der überwiegende Teil dieser Einkünfte aus einer Tätigkeit in Italien, der geringere, aber nicht unerhebliche Teil dieser Einkünfte aus einer Tätigkeit in Österreich herrühren. Hauptauftraggeber ist eine Schweizer Aktiengesellschaft, ausgeübt wird die Tätigkeit jedoch nicht in der Schweiz, sondern in Italien und in Österreich. Der Sohn C wurde 2006 in Wien geboren, der Sohn E 2008 ebenfalls in Wien, die Tochter D 2010 in Italien. Die Kinder der Bf gehen in Italien in den Kindergarten bzw. in eine Internationale Schule, wobei sie auch Deutsch lesen und schreiben lernen. Die Bf hält sich nach ihren Angaben in Italien vorübergehend auf die Dauer der dortigen Berufstätigkeit ihres Ehegatten auf und sieht den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Österreich gelegen. Die Bf ist in Österreich steuer- und sozialversicherungspflichtig. Soweit es ihre Zeit und die Zeit ihrer Familie zulässt, hält sich die Bf – auch mit ihren Kindern – in Österreich auf, länger zumeist während der Schulferien, die meiste Zeit jedoch in Italien. Italien erbringt für die drei Kinder derzeit keine Familienleistungen, ein formeller Antrag auf Familienleistungen wurde nur in Österreich, nicht aber in Italien gestellt.

Dieser festgestellte Sachverhalt beruht auf den Angaben der Bf und den Erhebungen des Finanzamtes, er ist unstrittig.

### **Nationales Recht**

Gemäß § 2 FLAG 1967 haben auf Familienbeihilfe unter anderem Personen Anspruch, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, unter anderem für haushaltzugehörige minderjährige Kinder. 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. Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht unter anderem kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Da sich die Kinder der Bf ständig in Italien aufhalten, besteht für die Bf nach österreichischem nationalen Recht § 5 Abs. 3 FLAG 1967 zufolge kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Das Verbringen der Ferien in Österreich ändert nach der ständigen

Rechtsprechung (siehe bei Nowotny in *Czaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 5 Rz 9) nichts daran, dass ein ständiger Aufenthalt im Ausland besteht.

In Italien haben Arbeitnehmer, Rentenempfänger sowie Bezieher von Lohnersatzleistungen Anspruch auf Familienleistungen, wobei die Höhe dieser Beihilfen von der Anzahl der Familienmitglieder und vom Familieneinkommen abhängt. Dieses muss zu mindestens 70% aus abhängiger Beschäftigung stammen, wenn es sich um Arbeitnehmer handelt. Der Antrag ist elektronisch über ein Online Verfahren beim INPS einzureichen, nähere Informationen finden sich auf INPS-Internetseite unter <http://www.inps.it> (Europäische Kommission, Ihre Rechte der sozialen Sicherheit in Italien, [http://ec.europa.eu/employment\\_social/empl\\_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Italy\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Italy_de.pdf)).

Ob der Bf nach nationalem italienischem Recht Familienleistungen zustehen, ist nicht von den österreichischen, sondern von den italienischen Behörden zu beurteilen.

## **Unionsrecht**

Das maßgebende Unionsrecht findet sich insbesondere in der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO, Grundverordnung) und in der hierzu ergangenen 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 (DVO, Durchführungsverordnung).

Diese Verordnungen sind anwendbar, wenn, so wie hier, ein Sachverhalt vorliegt, der zwei oder mehr Mitgliedstaaten berührt. Sie ist auf Unionsbürger, Staatenlose und Flüchtlinge anwendbar, und zwar für alle versicherten Personen und deren Angehörige.

Nach dem Unionsrecht unterliegen Personen, für die die VO gilt, immer nur den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates (Art. 11 Abs. 1 VO), wobei bei nachrangiger Zuständigkeit der andere Mitgliedstaat zu einer Differenzzahlung verpflichtet sein kann (Art. 68 VO). In der Regel sind dies gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. a VO die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaates, also jenes Staates, in welchem eine selbständige oder nichtselbständige Tätigkeit ausgeübt wird, anzuwenden (vgl. *Czaszar* in *Czaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 53 Rz 60).

Gemäß Art. 13 Abs. 2 VO unterliegt eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt,

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.

Da die Bf ihre selbständige Erwerbstätigkeit in zwei Mitgliedsstaaten ausübt, kommt es somit auf den Wohnmitgliedstaat an.

Die VO definiert den Wohnmitgliedstaat nicht unmittelbar. Dies ist jener Staat, in dem sich der Wohnort einer Person befindet.

„Wohnort“ ist nach Art. 1 lit. f VO der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person.

Für den Fall, dass unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen, wo sich der Wohnort einer Person befindet, enthält Art. 11 DVO folgende Regelung zur 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.*

Nach dem unbestrittenen Vorbringen der Bf, halten sich weder Italien noch Österreich für zuständig, Familienleistungen an die Familie der Bf zu erbringen.

Die Träger der Mitgliedstaaten Italien und Österreich hätten daher gemäß Art. 11 DVO einvernehmlich den Lebensmittelpunkt der Bf zu ermitteln. Art. 11 Abs. 1 DVO zählt dafür Kriterien beispielhaft auf. Im Falle einer Nichteinigung nach Art. 11 Abs. 2 DVO kommt

dem Willen dieser Person maßgebende Bedeutung unter Berücksichtigung der Umstände der Übersiedlung zu.

Dazu ist auszuführen, dass nach den unbestrittenen Angaben der Bf die Übersiedlung nach Italien durch die Berufsausübung ihres Ehegatten bedingt war, nur vorübergehend sein soll, und die Bf selbst ihren Lebensmittelpunkt weiterhin in Österreich, wo sie über ihren Hauptwohnsitz verfügt, sieht.

Da ein derartiges Verfahren längere Zeit in Anspruch nehmen kann, sieht Art. 6 DVO die vorläufige Anwendung der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats und die vorläufige Gewährung von Leistungen wie folgt vor:

*(1) Besteht zwischen den Trägern oder Behörden zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten eine Meinungsverschiedenheit darüber, welche Rechtsvorschriften anzuwenden sind, so unterliegt die betreffende Person vorläufig den Rechtsvorschriften eines dieser Mitgliedstaaten, sofern in der Durchführungsverordnung nichts anderes bestimmt ist, wobei die Rangfolge wie folgt festgelegt wird:*

*a) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem die Person ihrer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit tatsächlich nachgeht, wenn die Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit in nur einem Mitgliedstaat ausgeübt wird;*

*b) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, in dem die Person einen Teil ihrer Erwerbstätigkeit(en) ausübt oder in dem sie nicht beschäftigt ist oder eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt;*

*c) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, deren Anwendung zuerst beantragt wurde, wenn die Person einer Erwerbstätigkeit oder mehreren Erwerbstätigkeiten in zwei oder mehreren Mitgliedstaaten nachgeht.*

*(2) Besteht zwischen den Trägern oder Behörden zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten eine Meinungsverschiedenheit darüber, welcher Träger die Geld- oder Sachleistungen zu gewähren hat, so erhält die betreffende Person, die Anspruch auf diese Leistungen hätte, wenn es diese Meinungsverschiedenheit nicht gäbe, vorläufig Leistungen nach den vom Träger des Wohnorts anzuwendenden Rechtsvorschriften oder — falls die betreffende Person nicht im Hoheitsgebiet eines der betreffenden Mitgliedstaaten wohnt — Leistungen nach den Rechtsvorschriften, die der Träger anwendet, bei dem der Antrag zuerst gestellt wurde.*

*(3) Erzielen die betreffenden Träger oder Behörden keine Einigung, so können die zuständigen Behörden frühestens einen Monat nach dem Tag, an dem die Meinungsverschiedenheit im Sinne von Absatz 1 oder Absatz 2 aufgetreten ist, die Verwaltungskommission anrufen. Die Verwaltungskommission bemüht sich nach ihrer Befassung binnen sechs Monaten um eine Annäherung der Standpunkte.*

*(4) Steht entweder fest, dass nicht die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats anzuwenden sind, die für die betreffende Person vorläufig angewendet worden sind, oder dass der Träger, der die Leistungen vorläufig gewährt hat, nicht der zuständige Träger ist,*

*so gilt der als zuständig ermittelte Träger rückwirkend als zuständig, als hätte die Meinungsverschiedenheit nicht bestanden, und zwar spätestens entweder ab dem Tag der vorläufigen Anwendung oder ab der ersten vorläufigen Gewährung der betreffenden Leistungen.*

*(5) Falls erforderlich, regeln der als zuständig ermittelte Träger und der Träger, der die Geldleistungen vorläufig gezahlt oder Beiträge vorläufig erhalten hat, die finanzielle Situation der betreffenden Person in Bezug auf vorläufig gezahlte Beiträge und Geldleistungen gegebenenfalls nach Maßgabe von Titel IV Kapitel III der Durchführungsverordnung.*

*Sachleistungen, die von einem Träger nach Absatz 2 vorläufig gewährt wurden, werden von dem zuständigen Träger nach Titel IV der Durchführungsverordnung erstattet.*

Strittig ist vorerst, welche Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates (Art. 11 Abs. 1 VO) anzuwenden sind, sodass auf vorläufige Leistungen hier Art. 6 Abs. 1 DVO anzuwenden ist.

Da die Bf nicht nur in einem Mitgliedstaat erwerbstätig ist, kommt die Regelung des Art. 6 Abs. 1 lit. a DVO nicht in Betracht.

Es ist aber auch Art. 6 Abs. 1 lit. b DVO nicht anwendbar, da gerade die Frage, welcher Mitgliedstaat Wohnmitgliedstaat ist, strittig ist.

Somit ist die Regelung des Art. 6 Abs. 1 lit. c DVO anzuwenden, da die Bf in Österreich erstmals die Anwendung der österreichischen Rechtsvorschriften beantragt hat.

Auf die Bf sind daher nach Art. 6 DVO vorläufig die österreichischen Rechtsvorschriften anzuwenden.

Das bedeutet, dass der Bf vorläufig Familienbeihilfe kraft Unionsrechts zusteht.

In weiterer Folge wird die zuständige österreichische Behörde als Träger i.S.d. Art. 1 lit. p VO gemeinsam mit der zuständigen italienischen Behörde als Träger i.S.d. Art. 1 lit. p VO gemäß Art. 11 DVO den Wohnort der Bf festzustellen haben.

Von dieser Feststellung hängt dann ab, ob überhaupt und zutreffendenfalls in welchem Umfang, Österreich gegenüber der Bf Familienleistungen zu erbringen hat.

Der angefochtene Bescheid ist somit rechtswidrig (Art. 134 Abs. 1 Z 1 B-VG), da der Bf zumindest vorläufig Familienbeihilfe zusteht. Er war daher gemäß § 279 Abs. 1 BAO aufzuheben.

Gemäß § 25 Abs. 1 BFGG und § 282 BAO ist das Finanzamt verpflichtet, im gegenständlichen Fall mit den ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Bundesfinanzgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen und die entsprechenden Buchungen am Beihilfenkonto vorzunehmen.

Gegen dieses Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß Art. 133 Abs. 3 B-VG die Revision zulässig, da zur Anwendung der 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, ABIEU Nr. L 284 vom 30. Oktober 2009, in Bezug auf die vorläufige Leistung von Familienbeihilfe bei unterschiedlichen Auffassungen über den Wohnmitgliedstaat eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes - soweit im Rechtsinformationssystem des Bundes ersichtlich – fehlt.

Wien, am 26. Mai 2014