

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde der A B, Adresse, Ungarn, vertreten durch Mag. Andreàs Ràdics, Steuerberater, 7100 Neusiedl am See, Obere Hauptstraße 18-20/6, vom 6.12.2013 gegen den Bescheid des Finanzamtes Gänserndorf Mistelbach, 2130 Mistelbach, Mitschastraße 5, vom 11.11.2013, Ordnungsbegriff X, womit der Antrag der Beschwerdeführerin vom 2.7.2013, eingebracht am 3.7.2013, auf Gewährung einer Ausgleichszahlung ab 07/2008 abgewiesen wurde, zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 Bundesabgabenordnung (BAO) Folge gegeben.

Der angefochtene Abweisungsbescheid vom 11.11.2013 wird aufgehoben.

Der Beschwerdeführerin steht für den Zeitraum Juli 2008 bis November 2013 Ausgleichszahlung (Differenzzahlung) zu.

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

## Entscheidungsgründe

### Antrag

Am 3.7.2013 langte ein mit 2.7.2013 datierter Antrag der Berufungswerberin (Bw) und nunmehrigen Beschwerdeführerin (Bf) A B auf Gewährung einer Ausgleichszahlung für "01/2006 - lfd." beim Finanzamt ein.

Die Bf sei ungarische Staatsbürgerin, wohne mit ihrem Kind C D E (jun.) im gemeinsamen Haushalt in Ungarn, sei bei einem ungarischen Arbeitgeber beschäftigt, seit dem Jahr 2011 geschieden und Alleinerzieherin, ihr geschiedener Mann C E (jun.) sei ebenfalls ungarischer Staatsbürger und Gesellschafter der österreichischen F OG. Der im Oktober 2003 geborene C jun. sei Schüler. Von Ungarn seien von 1/2006 bis 2/2011 monatlich 12.200 HUF und ab 3/2011 monatlich 13.700 HUF für C jun. an Familienleistungen erbracht worden.

Beigeschlossen waren laut Antrag eine Vollmacht für den einschreitenden steuerlichen Vertreter, Formulare E 401 und E 411 ("2x"), eine Schulbesuchsbestätigung, ein Gerichtsbeschluss über die Scheidung der Eltern und die Obsorge durch die Mutter, ein Firmenbuchauszug der F OG, Einkommensteuerbescheide des Vaters, eine Kopie der e-card des Vaters sowie eine Dienstgeberbescheinigung und die Lohnabrechnung der Mutter aus Ungarn.

## **E 401**

Die zuständige ungarische Behörde bestätigte am 25.6.2013 auf dem Formular E 401 die Antragsangaben betreffend den Familienstand und die Wohnverhältnisse.

## **E 411**

Das Formular E 411 ("2x") befindet sich nicht im vom Finanzamt elektronisch vorgelegten Akt.

## **Schulbestätigung**

Der Leiter einer Grundschule in Ungarn bestätigte am 17.5.2013, dass C jun. im Schuljahr 2012/2013 ganztägig am Unterricht teilnimmt und als Schüler eingetragen ist.

## **Gerichtsbeschluss**

Dem auszugsweise vorgelegten Gerichtsbeschluss wurde mit Wirkung vom 28.2.2011 die Ehe zwischen C E und A B geschieden und die Obsorge für den im Oktober 2003 geborenen C jun. der Mutter A B übertragen.

Laut Gerichtsvergleich verpflichtete sich der Vater, einen Kindesunterhalt i.H.v. 20.000 HUF pro Monat freiwillig ab dem 1.3.2011 bis zum 5. eines jeden Monats im Voraus zu zahlen. Der Vater sei mit der Kindesunterhaltszahlung nicht in Rückstand.

## **Einkommensteuerbescheide**

Vorgelegt wurden Einkommensteuerbescheide des Finanzamts Gänserndorf Mistelbach für den Vater C E, wonach dieser folgendes Einkommen auf Grund von Einkünften aus Gewerbebetrieb erzielt hat:

Jahr	Einkommen	Einkommensteuer
------	-----------	-----------------

2007	€ 4.028,49	€ 0,00
2008	kein Bescheid	
2009	€ 7.476,57	€ 0,00
2010	€ 827,42	€ 0,0
2011	€ 11.761,50	€ 256,00

### **E-Card**

Laut E-Card ist der Vater bei der Sozialversicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft versichert.

### **Firmenbuchauszug**

Laut Firmenbuchauszug vom 26.6.2013 besteht die F OG, Geschäftszweig KFZ-Technik, seit dem Jahr 2005. Es gibt zwei unbeschränkt haftende Gesellschafter, einer davon ist C E sen.

### **Lohnbestätigung**

Der Arbeitgeber der Bf, G-H Kft, bestätigte am 25.6.2013, dass die Bf bei ihm vollzeitbeschäftigt ist. Im Jahr 2013 habe das Gesamtbruttogehalt HUF 850.840, das Gehalt insgesamt HUF 607 300 betragen, woraus sich ein monatliches Durchschnittsbruttogehalt von HUF 170.168 und ein monatliches Durchschnittsgehalt von HUF 121.460 ergebe.

### **Steuerbescheinigung**

Die ungarische Steuerbehörde bestätigte, dass die Bf in den Jahren 2008 bis 2010 ihren Wohnsitz in Ungarn hatte. Die Bf erklärte Lohneinkünfte von HUF 1.828.261 (2008), HUF 1.810.228 (2009) und HUF 1.835.994 (2010).

### **Ersuchen um Ergänzung/Auskunft vom 12.7.2013**

Mit Ersuchen um Ergänzung/Auskunft vom 12.7.2013 des Finanzamtes Gänserndorf Mistelbach wurde die Bf "um Ergänzung betreffend Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung vom 02.07.2013 eingebbracht am 03.07.2013 ersucht":

Betr. ob. Antragstellung- Beih 38- wird um Nachreichung folgender Beweismittel ersucht:

1. Nachweisung der Ausübung der unselbstständigen Tätigkeit durch Vorlage eines Versicherungsdatenauszuges bzw. durch Bestätigung des Sozialversicherungsträgers, in dem die Versicherungszeiten dargestellt sind;
2. seit wann besteht das aufrechte Dienstverhältnis zu Ihrem jetzigen Arbeitgeber G H Kft;
3. Bekanntgabe der vorherigen Tätigkeitsausübungen unter Angabe von Arbeitgeber, Adresse, Beschäftigungszeiten bzw. Ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeiten;
4. Nachweisung des Familienstandes mit Bestätigung des Standesamtes;
5. sind Sie alleinlebend, in Partnerschaft lebend bzw. wieder verehelicht? seit wann?
6. Vorlage der Jahreslohnzetteln bzw. Vorlage der Einkommensteuerbescheide der KJ 2006 bis einschließlich 2012;

Um Beantwortung unter Anschluss der geforderten Beweismitteln innerhalb der gesetzten Frist werden Sie ersucht.

### Vorhaltsbeantwortung vom 12.9.2013

Hierzu Vorhaltsbeantwortung der Bf durch ihren steuerlichen Vertreter vom 12.9.2013:

Im Auftrag meiner Klientin, Frau B A, dürfen wir im Zusammenhang mit Ihrem beiliegenden Ergänzungsansuchen vom 12. Juli 2013 nachfolgende Unterlagen übermitteln bzw. zu Ihren Fragen wie folgt Stellung nehmen:

1. Bestätigung des ungarischen Sozialversicherungsträgers über die Versicherungszeiten von Frau B ab 1. Juli 2002
2. Das derzeitige Dienstverhältnis bei der G-H Kft. besteht seit 30.12.2011, vorher war Frau B bei einem verbundenen Unternehmen, der G-H Product Kft. ab 23.08.2010 beschäftigt.
3. Beiliegend erhalten Sie eine Aufstellung von Frau B von ihren Dienstgebern ab 1. Juli 2002 mit der Angabe des Firmennamens, der Adresse des Dienstgebers, Dauer der Beschäftigung, Anzahl der Wochenstunden und Arbeitslohn.

Der Dienstgeber I 2002 Kft. wurde im Jahre 2010 liquidiert, aus diesem Grund endete das Beschäftigungsverhältnis am 28.02.2010. Im Zeitraum 01.03.2010 bis zur Aufnahme der Beschäftigung bei der G-H Product Kft. am 23.08.2010 war Frau B beim ungarischen Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und bezog Arbeitslosengeld.

4. Bestätigung der Gemeinde J einschließlich deren beglaubigte deutsche Übersetzung, dass Frau B alleine mit ihrem Sohn C D an der gemeinsamen Wohnadresse in Adresse, zusammenlebt.

*Auch der zuständige Träger in Ungarn hat gemäß des beiliegendem Bescheides - unter Berücksichtigung des Alleinerzieherstatus von Frau B - die Höhe der Familienbeihilfe ab 1. März 2011 mit HUF 13.700,00/Monat festgesetzt. Dieser Betrag steht in Ungarn nur für Alleinerziehende mit einem Kind zu.*

*Beiliegend erhalten Sie weiters die ungarische Wohnsitzkarte des Sohnes C D bzw. dürfen wir nochmals die Kopie des vom ungarischen Meldeamt bestätigten Formulars E 401, welches wir in Original bereits mit dem Antrag auf Ausgleichszahlung an Ihr Finanzamt übermittelt haben, als Familienstandbescheinigung nachreichen.*

*5. Frau B ist alleinlebend, der Kindesvater hat mit 1.1.2010 die Lebensgemeinschaft mit seiner Familie endgültig aufgegeben, seit diesem Zeitpunkt lebt Frau B alleine mit ihrem Sohn.*

*6. Durch die ungarische Finanzbehörde bestätigten Formulare E9 von 2006 bis 2012 einschließlich der zu den einzelnen Jahren gehörenden Lohnzettel.*

*Einkommensteuerbescheide werden in Ungarn durch die Finanzbehörde nur dann erlassen, wenn das Finanzamt Abweichungen zu den abgegebenen Steuererklärungen feststellt.*

*Sollten Sie diesbezüglich Rückfragen haben, stehe ich Ihnen sehr gerne zur Verfügung...*

## **Bescheid vom 11.11.2013**

Das Finanzamt hat mit Datum 11.11.2013 folgenden Abweisungsbescheid zur Steuernummer X-IV03 erlassen:

### **Bescheid**

*Der Antrag von B A, Adresse. vom 02.07.2013, eingebbracht am 03.07.2013 betreffend Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung ab 07/2008 wird abgewiesen.*

*Über den Antragszeitraum 01/2006 bis einschließlich 06/2008 wird gesondert abgesprochen.*

### **Begründung:**

*Mit ob. Antrag wird für Ihr Kind E C D, geb.am ...10.2003, Schüler, wohnhaft im gemeinsamen Haushalt die Ausgleichszahlung beantragt.*

*Kindesvater ist E C, in Österreich als unbeschränkt haftender Gesellschafter seit 01.10.2005 in der GSVG pflichtversichert.*

*Sie sind durchgehend bereits seit 2006 bis laufend in Ungarn berufstätig.*

*Sie sind alleinlebend, der Kindesvater hat mit 1.1.2010 die Lebensgemeinschaft endgültig aufgegeben, seit diesem Zeitpunkt leben Sie alleine mit Ihrem Sohn; vom Kindesvater Ihres Sohnes sind Sie seit 28.02.2011 geschieden.*

*Kindesunterhaltszahlungen in Höhe von 20.000 HUF werden pro Monat vom Kindesvater geleistet.*

*Rechtliche Ausführung:*

*Nationales Recht:*

*Nach § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in der anzuwendenden Fassung haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, 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...*

*Absatz 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.*

*§ 53 Abs. 1 FLAG 1967: 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.*

*Gegenständlich sind nicht nur die innerstaatlichen gesetzlichen Bestimmungen sondern auch die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und Nr. 574/72 zu beachten. Diese waren für Unionsbürger bis Ende April 2010 anzuwenden.*

*Ab 01.05.2010 gelten für Unionsbürger die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit gelten und DVO 987/2009.*

*Diese hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat ("Durchgriffswirkung"). Die VO geht dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor ("Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts").*

*EU-Recht:*

*VO 1408/71 und DVO 571/72:*

*Als Familienangehörige im Sinne der Verordnung gelten jene Personen, die nach den Bestimmungen des FLAG 1967 als Familienangehörige oder Haushaltsangehörige bezeichnet werden. Das FLAG 1967 kennt die Bezeichnung Familienangehörige nicht.*

Es kennt jedoch den Begriff der Haushaltszugehörigkeit und normiert im § 2 Abs. 2 FLAG 1967 die Haushaltszugehörigkeit als Anspruchsvoraussetzung.

Im § 2 Abs. 5 FLAG 1967 wird die Haushaltszugehörigkeit definiert. Demnach ist ein Haushaltszugehöriger jemand, der bei einheitlicher Wirtschaftsführung die Wohnung mit der haushaltführenden Person teilt, wobei ein Kind bei beiden Eltern als haushaltszugehörig gilt, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen.

Die Definition, wer nach dem FLAG 1967 als Kind zu verstehen ist, findet sich im § 2 Abs. 3 FLAG 1967. Kinder sind demnach die Nachkommen, die Wahlkinder, die Stiefkinder und die Pflegekinder einer Person.

Gemäß Artikel 1 der VO ist "Arbeitnehmer" u.A. jede Person, die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige oder einem Sondersystem für Beamte erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist.

Der Arbeitnehmerbegriff der VO hat einen gemeinschaftsspezifischen Inhalt und wird vom EuGH sozialversicherungsrechtlich und nicht arbeitsrechtlich definiert. Demnach ist jede Person als Arbeitnehmer bzw. Selbständiger anzusehen, die, unabhängig davon, ob sie eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitzt.

Entscheidend ist, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist (siehe EuGH Rs. C-431/03, Dodl und Oberholzenzer, Slg 2005, 1-05049). Riger"

Gem. Artikel 1 lit. f ist "Familienangehöriger" jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, oder in Fällen des Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe a) und des Artikel 39 in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sie wohnt, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine solche Person jedoch nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt dieser Person überwiegend von dem Arbeitnehmer bestritten wird;

Artikel 2 der VO EWG 1408/71 regelt den persönlichen Geltungsbereich. Demnach gilt diese VO nach Abs. 1 für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind oder als Staatenlose, Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

Gemäß Artikel 3 der VO EWG 1408/71 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedsstaats wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie die

*Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nicht anderes vorsehen.*

*Gemäß Artikel 4 der VO EWG 1408/71 gilt diese Verordnung für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, u.a. die, die Familienleistungen betreffen.*

*Artikel 13 der VO EWG 1408/71 bestimmt:*

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

*(2) ... b) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt ... ;*

*Diese Bestimmung erklärt somit den Beschäftigungsstandort zum grundsätzlichen Anknüpfungspunkt.*

*Nach Artikel 73 der VO 1408/71 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.*

*Damit war der Antrag für obigen Zeitraum abzuweisen.*

*VO Nr. 883/2004 und DVO Nr. 987/2009:*

*In Art. 1 Buchstabe i der VO wird der Begriff "Familienangehöriger" definiert als:*

*"1. i) jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger 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 Haushaltsangehöriger 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;"*

Art. 11 Abs. 1 bis 3 der VO ("Allgemeine Regelung") lauten:

"(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;

Art. 67 der VO ("Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen" lautet:

"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."

Art 68 Abs. 1 und 2 der VO ("Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen") lauten:

"(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;

Demnach steht das Recht auf Erhebung des Leistungsanspruches in Österreich alleine dem (geschiedenen) Gatten zu.

*Auch für diesen Zeitraum war der Antrag abzuweisen.*

*Rechtsmittelbelehrung:*

*Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung bei dem vorbezeichneten Amt das Rechtsmittel der Berufung eingebracht werden. Die Berufung ist zu begründen. Durch Einbringung einer Berufung wird die Wirksamkeit des angefochtenen Bescheides gemäß § 254 Bundesabgabenordnung (BAO) nicht gehemmt.*

### **Berufung vom 6.12.2013**

Gegen den Abweisungsbescheid vom 11.11.2013 wurde durch den steuerlichen Vertreter mit Eingabe vom 6.12.2013 Berufung erhoben:

*Betreff: Berufung gegen Ihren Abweisungsbescheid des Antrages auf Familienbeihilfe vom 11. November 2013 (St.Nr.: X-IV03)*

*Sehr geehrte Damen und Herren!*

*Im Auftrag meiner Klientin, Frau B A, lege ich gegen den Abweisungsbescheid des Antrages auf Ausgleichszahlung der Familienbeihilfe ab Juli 2008 vom 11. November 2013 das Rechtsmittel der*

*Berufung*

*ein und begründe diese wie folgt:*

*In Ihrem Bescheid begründen Sie die Abweisung der Familienbeihilfe, dass Frau B aufgrund ihrer Erwerbstätigkeit in Ungarn kein Anspruch auf die Österreichische Familienbeihilfe hätte, sondern ausschließlich der in Österreich eine selbständige Tätigkeit ausführende (geschiedene) Ehemann, Herr E C.*

*Dem wird folgendes entgegen gehalten:*

•

*Gemäß Art 67 VO 883/2004 ist ein Export von Familienleistungen für Familienangehörige vorgesehen, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen.*

*Aufgrund der Vorgaben des Art I lit i VO 883/2004 ist Österreichische Familienbeihilfe auch an Kinder mit Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat auszuzahlen, wenn ein unterhaltpflichtiger (geschiedener) Elternteil in Österreich einer (un-)selbständigen Beschäftigung nachgeht (siehe auch Spiegel (Hrsg.): Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht, 9. Lfg., 5 6 f).*

*Aufgrund der Definition des Familienangehörigen in Art 1 lit i kann ein Anspruch auf Familienleistungen auch dann abgeleitet werden, wenn ein geschiedener, unterhaltpflichtiger Elternteil in einem anderen Mitgliedstaat als der Wohnsitzstaat eine Erwerbstätigkeit ausführt.*

•

Auch gemäß Csaszar/Lenneis/Wanke (Hrsg.): FLAG Familienlastenausgleichsgesetz Kommentar, S. 574) fällt ein Kind, das zumindest einen Elternteil hat, der vom persönlichen Geltungsbereich gemäß § 2 der VO erfasst ist, als Familienangehöriger in den Anwendungsbereich der VO.

Es ist gemäß der Verordnung auch nicht untersagt, die Familienbeihilfe dem den Geldunterhalt (überwiegend) leistenden Elternteil zu gewähren. Aus der Sicht der Verordnung ist nur sicherzustellen, dass die Familienleistungen entweder der den Haushalt führenden Person oder der den (überwiegend) Unterhalt leistenden Person gewährt werden.

•

Im vorliegenden Fall von Frau B ist der Kindesvater- wie auch in der Begründung Ihres Abweisungsbescheides angeführt- seit 01.10.2005 in Österreich selbständig erwerbstätig. Es wird vom geschiedenen Ehemann ein gesetzlicher Unterhalt in Höhe von HUF 20.000,00/Monat (ca. EUR 80,00) an Frau B gezahlt.

Aufgrund der Unterhaltsverpflichtung des Kindesvaters besteht somit grundsätzlich Anspruch auf Familienbeihilfe für das Kind C D, geboren am ....10.2003, in Österreich.

• Da aufgrund der oben angeführten unionsrechtlichen Vorschriften die Familienleistungen entweder der den Haushalt führenden Person oder der den (überwiegend) Unterhalt leistenden Person gewährt werden sollen, und Frau B als Alleinstehende sowohl den Haushalt mit dem Kind C D führt und gleichzeitig überwiegend für den Unterhalt des Kindes sorgt, besteht alleiniger (abgeleiteter) Anspruch auf die Österreichische Familienbeihilfe für Frau B.

Beilegends erhalten Sie noch eine vom Kindesvater unterschriebene Verzichtserklärung auf den Bezug der Österreichischen Familienbeihilfe, welcher letztlich für die Gewährung der Österreichischen Familienbeihilfe - aufgrund des unionsrechtlichen vorrangigen Anspruches von Frau B- eine nur untergeordnete Bedeutung zukommt.

Aufgrund des unionsrechtlich abgeleiteten Anspruchs von B auf die Österreichische Familienbeihilfe ersuche ich um Aufhebung des Abweisungsbescheides vom 11. November 2013 und um Gewährung der Familienbeihilfe ab Juli 2008.

Sollten Sie diesbezüglich Rückfragen haben, stehe ich Ihnen sehr gerne zur Verfügung.

## **Verzichtserklärung**

Der Vater C E erklärte am 21.11.2013, "auf die mir gemäß § 2a Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 vorrangig zustehende Familienbeihilfe zugunsten meiner Exehefrau, Frau B A (...)", für C jun. zu verzichten.

## **Säumnisbeschwerde**

Mit Eingabe vom 9.10.2014, zur Post gegeben am selben Tag, beim Bundesfinanzgericht eingelangt am 13.10.2014, hat die Bf durch ihren steuerlichen Vertreter Säumnisbeschwerde wegen behaupteter Verletzung der Entscheidungspflicht durch das Finanzamt Gänserndorf Mistelbach betreffend Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung hinsichtlich der Berufung vom 6.12.2013 gegen den Bescheid des Finanzamtes Gänserndorf Mistelbach vom 11.11.2013, St.Nr.: X-IV03, womit der Antrag der Beschwerdeführerin vom 2.7.2013, eingebracht am 3.7.2013 auf Gewährung einer Ausgleichszahlung ab 07/2008 abgewiesen wurde, erhoben:

*... Am 06.12.2013 wurde die damals noch als Berufung zu bezeichnende Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid vom 11. November 2013 des Antrages auf Familienbeihilfe für meiner Klientin, Frau B A (St.Nr.: X-IV03), beim Finanzamt Gänserndorf Mistelbach eingereicht.*

*Laut Telefonat mit dem Finanzamt Gänserndorf Mistelbach am 11. Juni 2014 ist das Formular E 411 vom ungarischen Träger Magyar Allamkincstar bereits am 07.04.2014 beim Finanzamt eingelangt.*

*Da bis dato keine weiteren wie immer feststellbaren Amtshandlungen zur Erledigung der Beschwerde erkennbar waren, ist auszuschließen, dass die Säumnis nicht ausschließlich im Verschulden der Behörde gelegen ist.*

*Die Abgabenbehörde ist daher mit ihrer Erledigung mehr als sechs Monate säumig.*

*Es wird beantragt, dem Finanzamt Gänserndorf Mistelbach aufzutragen, über die Berufung/Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid des Antrages auf Familienbeihilfe innerhalb einer Frist von nicht länger als drei Monaten ab Einlangen dieser Säumnisbeschwerde zu entscheiden...*

## **Auftrag zur Bescheiderlassung**

Mit Beschluss vom 15.10.2014, zugestellt am 22.10.2014, hat das Bundesfinanzgericht hierauf dem Finanzamt Gänserndorf Mistelbach aufgetragen, innerhalb einer Frist von vier Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses zu entscheiden und entweder eine Abschrift der Beschwerdevorentscheidung (samt Zustellnachweis) vorzulegen oder schließlich anzugeben, warum eine Verletzung der Entscheidungspflicht nicht oder nicht mehr vorliegt.

## **Vorhalt**

Mit Datum 10.11.2014 richtete das Finanzamt einen Vorhalt an die Bf, wonach um Klärung folgender Punkte gebeten werde:

- *Nachweisung der gesamten Leistung des monatlichen (freiwillig/verpflichtend geleisteten) Kindesunterhaltes seit 01/2010 anhand von Kontoauszügen; Nachweisung der Festsetzung des Kindesunterhaltes, wenn zwischenzeitlich abgeändert (mit Übersetzung);*
- *Nachweisung des Auszuges aus dem gemeinsamen Haushalt des Kindesvaters sowie der neuen Wohnsitzbegründung (von der zuständigen Behörde); mit Übersetzung; sowie*
- *Bekanntgabe der gesamten Unterhaltskosten für E C D, geb.am 10.03 in den Jahren der Beantragung anhand einer Aufstellung, worin die zu deckenden Bedürfnisse des Kindes nach der Art mit betragsmäßiger Höhe dargestellt werden; mit Übersetzung, innerhalb obig gesetzter Frist wird ersucht.*

*Einer Beschäftigung im Wohnsitzstaat Ungarn ist der Kindesvater nachgegangen bis?*

## **Fristverlängerung**

Über Antrag des Finanzamtes Gänserndorf Mistelbach vom 19.11.2014 wurde mit Beschluss vom 21.11.2014 die Frist zur Bescheiderlassung auf sechs Monate ab Zustellung dieses Beschlusses erstreckt. Der Beschluss wurde dem Finanzamt am 26.11.2014 zugestellt.

## **Vorhaltsbeantwortung**

Der Vorhalt vom 10.11.2014 wurde am 21.11.2014 von der Bf wie folgt beantwortet:

*./ Erklärung des Kindesvaters über die Unterhaltszahlung von HUF 20.000/Monat (ca. EUR 67,00/Monat) einschließlich deren deutschen Übersetzung.*

*Die Auszahlung des Unterhalts erfolgt durch den Kindesvater immer bar, weshalb keine Kontoauszüge vorgelegt werden können. Die Höhe der Alimente hat das Gericht zwischenzeitlich nicht geändert.*

*./ Kopie der Meldekarten des Kindesvaters und seiner Lebensgefährtin, Frau K L, die unter der Adresse Neue\_Adresse\_Vater zusammenleben.*

*./ Monatliche und jährliche Aufstellung der Lebenshaltungskosten von Frau B und ihrem Sohn C D inkl. Erlagscheine über die monatlichen Betriebskostenzahlungen (Strom, Wasser, Müllabfuhr etc.).*

Gemäß Kommentar zum § 12a FLAG 1967 ergibt sich die Höhe der Unterhaltsverpflichtung aus dem in einem Gerichtsurteil oder in einem gerichtlichen bzw. behördlichen Vergleich festgesetzten Betrag oder im Falle einer außergerichtlichen Einigung aus dem in dem schriftlichen Vergleich festgehaltenen Unterhaltsbetrag (siehe auch Csaszar/Lenneis/Wanke (Hrsg.): FLAG Familienlastenausgleichsgesetz Kommentar, 5. 256).

Aufgrund dieser Bestimmung ist der sonstige, freiwillig ausbezahlt Unterhalt außer Acht zu lassen. Selbst wenn der Kindesvater, Herr E C, zu irgendeinen Zeitpunkt freiwillig tatsächlich Unterhalt gezahlt hätte, dürften diese Beträge nicht berücksichtigt werden, weil daraus kein Unterhaltsanspruch abzuleiten wäre.

Aus der Aufstellung der Lebenshaltungskosten ist zu entnehmen, dass nur für die Bedürfnisse von C D (Schule, Bekleidung, Brille, sportliche Aktivitäten etc.) - ohne Berücksichtigung der Verpflegung zu Hause bzw. der tatsächlichen Haushaltsskosten- ca. HUF 35.000,00/Monat aufgewendet werden müssen.

Aufgrund der dargestellten Höhe der Lebenshaltungskosten ist ersichtlich, dass der Kindesvater nicht zur überwiegenden Kostentragung seines Kindes beiträgt, somit ausschließlich der Kindesmutter, Frau B, der Anspruch auf die Ausgleichszahlung der Österreichischen Familienbeihilfe zukommt.

./ Kopie eines Abweisungsbescheides des Finanzamtes Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf im Falle eines anderen Kindesvaters, der monatlich Unterhaltszahlungen für seine Kinder leistet.

Unser diesbezüglicher Antrag auf Ausgleichszahlung wurde durch das oben genannte Finanzamt mit der Begründung abgewiesen, dass keine überwiegende Kostentragung vorliege, weil die Unterhaltszahlungen die Höhe der Österreichischen Familienbeihilfe einschließlich Kinderabsetzbetrag unterschreiten.

Da die Unterhaltszahlungen durch den Kindesvater von C D an Frau B ebenfalls die Höhe der Österreichischen Familienbeihilfe einschließlich Kinderabsetzbetrag unterschreiten, ist ein Anspruch durch Herrn E auf die Österreichische Familienbeihilfe - analog zu den Ausführungen des Finanzamtes Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf im anderen Fall- ebenfalls auszuschließen .

./ Eine Beschäftigung oder selbständige Tätigkeit in Ungarn ist der Kindesvater nicht nachgegangen...

Die angeführten Beilagen waren beigeschlossen.

Soweit die Kopien der Adresskarten (Lakcímet Igazoló Hatósági Igazolvány) lesbar sind, erfolgte eine Meldung von C E sowie von L K an der Anschrift Neue\_Adresse\_Vater. Auf den Adresskarten ist als Datum jeweils 4.3.2013 angegeben, um welches Datum es sich hierbei handelt, ist nicht leserlich.

Die Kostenaufstellung lautet:

Havi bontásban		Éves Bontásban	
Besi 2 főre településekben, tör 2 Personen		Mark részére tör jutak	
1.000 Ft	10.000 Ft	Villamos energia	Szomszédság
2.750 Ft	4.500 Ft	Víz és csatorna díj	Üzleti k. ü. önkormányzat
3.000 Ft	6.000 Ft	Gáz	Gasz
	1.000 Ft	Hulladék	Műfall
	6.000 Ft	Tv+internet	
10.000 Ft	50.000 Ft	Étkezés	Elvadultak
2.000 Ft	20.000 Ft	Uzemanyag költség	Középhálózat
	2.800 Ft	birtoklás	Nemzetközny
Egyéb Mark részére		Soroljuk meg tör jutak	
10.000 Ft		Ruhákodás, egyéb	Kleidung
10.000 Ft		Étkezés az iskolában	Lehava
2.000 Ft		Foci edény	Fußballausstattung
1.500 Ft		Osztálypénz	Klassenziegel
		Schulamtseistung	
		Lehrbücher	
		Schulklötze	
		Sollklausuren	
		Übersicht	
		Sondige megtanulásai a műszaki	
		Törlő	
		12.000 : 1000 = 12.000	

nealed. 100.300,- geleist. 100.300,- 100.000,-

H 224 22,000 - + 10,000 - 32,000 - 20,000 - 20,000 -  
 20,000 - 20,000 - 20,000 - 20,000 - 20,000 -  
 20,000 - 20,000 - 20,000 - 20,000 - 20,000 -

abt.: 111.000: 11 = 10.000 cf

3) Primo Superiore RESULTS: 1,200 000  
PRIMI 400,000  
1,600 000

Der anonymisierte Abweisungsbescheid wurde wie folgt begründet:

*Da kein gemeinsamer Haushalt zwischen ihnen und ihren Kindern besteht und keine überwiegende Kostentragung (Unterhalt mindestens in Höhe der Österreichischen Familienbeihilfe einschließlich Kinderabsetzbetrag) geleistet wird, war ihr Antrag auf Ausgleichszahlung lt. Art. 68a der Verordnung 883/2004 abzuweisen.*

## **Beschwerdevorentscheidung**

Mit Datum 7.1.2015 erging folgende Beschwerdeentscheidung:

*Es ergeht die Beschwerdeentscheidung betreffend die Beschwerde vom 09.12.2013 von Frau B A, Adresse, gegen Abweisungsbescheid vom 11.11.2013.*

*Über die Beschwerde wird auf Grund des § 263 Bundesabgabenordnung (BAO) entschieden:*

*Ihrer Beschwerde vom 09.12.2013 wird teilweise stattgegeben:*

betr. den Zeitraum Juli 2008 bis einschließlich Februar 2011 wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

*Den Zeitraum März 2011 bis Dezember 2013 wird der Beschwerde vollinhaltlich entsprochen, die Ausgleichszahlung (Differenzzahlung) wird zuerkannt.*

## Begründung:

*Sie sind ungarische Staatsbürgerin, geschieden von E C seit 28.02.2011, SVNR .... Mit dem gemeinsamen Kind E. C D, geb.am ....10.2003, leben Sie an obiger Adresse. In Ungarn gehen Sie einer unselbstständigen Beschäftigung seit 01.07.2002 (Unterbrechung Kinderbetreuungsgeldbezug 29.10.2013 bis 12.2006) nach. Sie haben keinen Österreichbezug.*

*Der Kindesvater E C ist in Österreich an der Fa. F OG, ... seit 27.10.2005 beteiligt. In Ungarn ging bzw. geht der Kindesvater keiner Beschäftigung nach.*

*Gemeinsamer Familienwohnsitz lag bis zur Scheidung (lt. Scheidungsurteil) an obiger Adresse.*

*Nachweislich wohnt der Kindesvater mit seiner Lebensgefährtin seit 04.03.2013 an der Adresse Neue\_Adresse\_Vater.*

*Die Ehe wurde am 28.02.2011 geschieden, die Obsorge für den aus der Ehe stammenden Sohn C D wurde Ihnen zugesprochen.*

*Die monatlichen Unterhaltsleistungen des Kindesvaters betragen HUF 20.000,-.*

*Der gesetzlich festgesetzte Unterhalt von HUF 20.000,00 wurde jeden Monat bar ausbezahlt.*

*Als Alleinerziehende haben Sie Anspruch auf Kindergeld i.H. von 13.700,-HUF (Alleinerzieher mit einem Kind) ab 01.03.2011, Beschluss des Ungarischen Schatzamtes vom 10.03.2011.*

*Aus der schätzungsweisen Feststellung der gesamten Unterhaltskosten für das Kind D ergibt sich, dass bei einer verhältnismäßigen Zuteilung der Wohnungskosten –mit Licht und Heizung- von 50%- monatlich HUF 10.250,- sowie Nahrung anteilmäßig mit HUF 10.000,-geschätzt, da der Sohn in der Mensa ( Kosten monatlich HUF 10.000,- )versorgt wird, die monatlichen gesamten Unterhaltskosten ca. HUF 50.000,- betragen.*

*Auch können für die Klärung des Überwiegens die sogenannten "Regelbedarfsätze" herangezogen werden. Nach dem Erlass des BMF, GZ BMF-010222/0198-VI/7/2012 vom 12.10.2012 betragen diese für Kinder im hier maßgeblichen Alter von über sechs bis 10 Jahren 2013 € 313,-, 2012 € 306,-, 2011 € 296,-per Monat. Das bedeutet, dass in Österreich mit diesem Betrag für die Besteitung der Unterhaltskosten eines Kindes grundsätzlich das Auslangen gefunden werden kann.*

*In den Monaten wurde der Unterhalt bar, umgerechnet von ca. € 63,-- geleistet. Vor dem Hintergrund des geringen Lebensstandards und der billigeren Lebenshaltungskosten (laut WKO beträgt das BIP je Einwohner in Ungarn gemessen an Österreich lediglich ca. 50/51%) kann von einer überwiegenden Kostentragung im Sinne des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 nicht ausgegangen werden.*

*Rechtliche Ausführungen:*

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

*Nach § 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.

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind nach § 2 Abs. 5 FLAG 1967 dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Der Wohnsitz fehlt im gegenständlichen Fall bei Ihnen und Ihrem Kind.

Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ist jedoch zusätzlich die Verordnung (EWG) Nr. 883/2004 (VO) anzuwenden.

Eine Person, für die die VO gilt, unterliegt immer nur den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates. Die VO bestimmt in den Art. 11 bis 16, welchem Mitgliedstaat die Person unterliegt (anwendbares Recht in der VO). Um in grenzüberschreitenden Fällen die Zuständigkeiten eines Staates für Familienleistungen zu eruieren, muss vorab geprüft werden, welchen Rechtsvorschriften der Elternteil bzw. jeder Elternteil für sich gesehen nach den Art. 11 bis 16 VO unterliegt. Maßgeblich dabei sind immer die leiblichen Eltern, unabhängig davon, ob sie im gemeinsamen Haushalt leben oder nicht und auch, ob sie verheiratet oder geschieden sind (vgl. EuGH-Urteil "Slanina" vom 26.11.2009, C-363/08 und VwGH vom 02.02.2010, ZI. 2009/15/0204-11).

Eine Person unterliegt grundsätzlich den Rechtsvorschriften jenes Staates, in dem sie eine Beschäftigung bzw. selbständige Erwerbstätigkeit tatsächlich ausübt.

Sie leben in Ungarn mit ihrem Kind. Sie gehen in Österreich keiner Beschäftigung nach. Es kann sich daher wegen fehlendem Österreichbezug kein direkter Anspruch auf Familienleistungen ergeben.

In Ungarn gehen Sie einer Beschäftigung nach und besteht ein Anspruch auf die Familienleistungen.

Der Kindsvater übt in Österreich eine Beschäftigung aus.

Aufgrund seiner Beschäftigung begründet er einen Beihilfenanspruch in Österreich nach der genannten VO.

Als Familienangehöriger gilt nach Art. 1 Buchstabe i VO 883/2004:

"1. i) jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger 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 Haushaltsangehöriger 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;"*

*Der für Familienleistungen zuständige Staat lässt sich daher nach Art. 67/68 in Verbindung mit Art. 11-16 der VO hier eindeutig ermitteln. Den "Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen" des Art. 68 nach ist Österreich ist aufgrund der Beschäftigung des Kindesvaters in Österreich (nachrangig) zuständig für die Auszahlung von Familienleistungen.*

*Ergänzend zu erwähnen ist, dass die im Zeitraum bis April 2010 anwendbare Verordnung Nr. 1408/71 der VO Nr. 883/2004 in den relevanten Artikeln inhaltlich entspricht.*

*Bereits aus dem klaren Wortlaut des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 geht hervor, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe in zwei Stufen zu prüfen ist (vgl. VwGH 16.2.1988, 85/14/0130). Demnach räumt das Gesetz den Anspruch auf Familienbeihilfe zunächst demjenigen ein, zu dessen Haushalt das Kind gehört. Es liegt somit in der Absicht des Gesetzgebers, die Familienbeihilfe dem Haushalt zuzuleiten, in dem das Kind lebt. Damit wird bezweckt, die mit der Betreuung des Kindes verbundene Mehrleistung abzugelten (siehe VwGH 25.6.1997, 97/15/0025). Die Betreuung, Erziehung und Pflege des Kindes als vermögenswerte Leistung kommt ja einer Erfüllung der Sorgepflicht durch Geldleistung gleich.*

*Aus dem Gesetz selbst ergibt sich somit, dass der primäre Anknüpfungspunkt für den Erhalt der Familienbeihilfe die Haushaltszugehörigkeit des Kindes ist (so auch VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120). Derjenige Elternteil, bei dem das Kind im Haushalt lebt, hat demnach ausschließlich Anspruch auf Familienbeihilfe, ohne dass auf die Frage der überwiegenden Kostentragung eingegangen werden muss (vgl. erneut VwGH 16.2.1988, 85/14/0130).*

*„...Der Zweck des Artikels 73 der VO Nr. 1408/71 besteht darin, zugunsten der Familienangehörigen des den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegenden Erwerbstätigen, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, sicherzustellen, dass ihnen die in den anwendbaren Rechtsvorschriften des ersten Staates vorgesehenen Familienleistungen gewährt werden, wobei aus der Sicht der Verordnung nur sicherzustellen ist, dass die Beihilfe entweder der den Unterhalt leistenden Person oder der haushaltführenden Person geleistet wird.“ (vgl. Urteil des EuGH vom 26. November 2009, C-363/08, Romana Slanina, Rz 22, 23).*

*Pro Monat und Kind gebührt die Familienbeihilfe nur einmal (§ 10 Abs. 4 FLAG 1967). Daran ändern die Regelungen der Verordnung nichts.*

*Gegenständlich steht bis zur Scheidung im Februar 2011 der Anspruch auf Familienbeihilfe - bloß die Ausgleichszahlung nach § 4 Abs. 2 FLAG 1967 - (allein) dem in Österreich beschäftigten Kindesvater zu, da aus der Sicht des nationalen Rechts gem. § 2 Abs.2 FLAG das Kind haushaltsgehörig war.*

*Hinsichtlich des Zeitraumes ab März 2011 bis einschließlich Dezember 2013 war dem Begehr zu entsprechen.*

*Es war spruchgemäß zu entscheiden.*

*(Für Zeiträume ab Jänner 2014 wird in einem gesonderten Antragsverfahren abzusprechen sein).*

Am 21.1.2015 legte das Finanzamt den Zustellnachweis dazu vor. Danach wurde ein "Verf. 40 v 17.12.14" X-IV03 am 20.1.2015 an den steuerlichen Vertreter zugestellt.

## **Vorlageantrag**

Mit Schreiben vom 16.1.2015, beim Finanzamt eingelangt am 19.1.2015, stellte die Bf durch ihren steuerlichen Vertreter Vorlageantrag:

*In der Beschwerdevorentscheidung wird die Gewährung der Ausgleichszahlung der Familienbeihilfe im oben genannten Zeitraum Juli 2008 bis Februar 2011 mit der Begründung abgewiesen, dass Frau B in Österreich keiner Beschäftigung nachgegangen sei, weshalb kein direkter Anspruch auf Familienleistungen im Sinne der VO 883/2004 bestehen würde.*

*In gegenständlicher Beschwerdevorentscheidung wird zudem angeführt, dass bis zur Scheidung im Februar 2011 allein der in Österreich beschäftigte Kindesvater Anspruch auf Ausgleichszahlung in Österreich hätte, weil nur er und das Kind als haushaltsgehörig im Sinne der VO 883/2004 gelten würden.*

*Frau B gilt zweifelsfrei als Familienangehöriger im Sinne der VO 883/2004, da sie die leibliche Mutter des Kindes C D ist.*

*Im Zuge der Tätigkeit des Kindesvaters, Herrn E C, in Österreich lebte die Familie bis zur und auch nach der Scheidung in Ungarn. Frau B war in Ungarn beschäftigt und versorgte vorrangig gleichzeitig das Kind im damals noch gemeinsamen Haushalt, da der Kindesvater in Österreich tätig war und deshalb sich regelmäßig zumindest wochentags nicht in Ungarn aufgehalten hat.*

*Beiliegend erhalten Sie desweiteren die vom ungarischen Finanzamt an Frau B für die Jahre 2008 bis 2010 bestätigten Formulare E 9 bzw. Einkommensteuerbescheide des Kindesvaters, aus denen ersichtlich ist, dass die Einkünfte von Frau B in Ungarn höher als die Österreichischen Einkünfte des Kindesvaters waren.*

*Frau B hat somit nicht nur den Haushalt, in dem das gemeinsame Kind gelebt hat, geführt, sondern auch mit ihren höheren Einkünften zum gemeinsamen Unterhalt der Familie überwiegend beigetragen.*

*Wie in der beiliegenden Berufung vom 6. Dezember 2013 gegen den Abweisungsbescheid der Familienbeihilfe bereits angeführt, hat Frau B nicht nur nach der Scheidung, sondern auch für vorhergehende Zeiträume einen (abgeleiteten) Anspruch auf die Österreichische Familienbeihilfe.*

*Da Frau B sowohl den Haushalt geführt hat als auch überwiegend zum Unterhalt der Familie beigetragen hat, kommt ihr im Sinne der VO 883/2004 alleiniger Anspruch auf die Ausgleichszahlung der Österreichischen Familienbeihilfe zu (siehe auch Spiegel (Hrsg.): Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht, 9. Lfg., 56 f bzw. Csaszar/Lenneis/Wanke (Hrsg.): FLAG Familienlastenausgleichsgesetz Kommentar, S. 574 f).*

*Aus diesen Gründen ersuche ich um Gewährung der Ausgleichszahlung der Österreichischen Familienbeihilfe auch für den vor der Scheidung liegenden Anspruchszeitraum Juli 2008 bis Februar 2011.*

*Zur Entscheidungsfindung über die Beschwerde wird vorsorglich die Mitwirkung des Senats bzw. die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt...*

Zu den angeführten Beilagen siehe oben.

## **Vorlage**

Mit Bericht vom 6.2.2015 legte das Finanzamt die als Beschwerde weiterwirkende Berufung dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und führte unter anderem aus:

*Sachverhalt:*

*Mit Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung –Beih 38- beantragte die Beschwerdeführerin und Kindesmutter für das Kind E C D, geb.am ....10.2003 die Ausgleichszahlung für den Zeitraum ab 01/2006 bis laufend. Der Antrag wurde am 03.07.2013 bei dem Finanzamt eingebbracht.*

*Die Beschwerdeführerin, ungarische Staatsbürgerin, wohnt mit dem Kind E C D, geb. am ....10.2003 im gemeinsamen Haushalt, vom Kindsvater E C, SVNR ..., ist sie seit 28.02.2011 geschieden. In Ungarn war sie während des Beschwerdezeitraumes durchgehend unselbstständig beschäftigt.*

*Der Kindsvater bezieht in Österreich gewerbliche Einkünfte aus einer Beteiligung an der Fa. F OG, ...*

*Bis zur Scheidung wohnte der Kindsvater mit der Familie am Familienwohnsitz.*

*Betreffend den verjährten Zeitraum 01/2006 bis 06/2008 wurde der Antrag abgewiesen.*

*Betreffend den Zeitraum 03/2011 bis einschließlich Dezember 2013 wurde die Ausgleichszahlung zuerkannt. Der Kindesvater ist zu monatlichen Unterhaltsleistungen von HUF 20.000,- verpflichtet. Eine überwiegende Kostentragung im Sinne des § 2 Abs.2 FLAG 1967 ist nicht gegeben.*

*Im Beschwerdezeitraum wurde die Familienbeihilfe dem Kindesvater gewährt; die gesetzlichen Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 FLAG 1967- der Haushaltszugehörigkeit waren erfüllt.*

*Die Beschwerdeführerin vermeint, da sie sowohl den Haushalt geführt als auch überwiegend zum Unterhalt der Familie beigetragen hat, kommt ihr im Sinne der VO Nr. 883/2004 der alleinige (abgeleitete) Anspruch auf Ausgleichszahlung der österreichischen Familienbeihilfe zu.*

*Beweismittel:*

*Akt Antrag*

*Akt Beschwerde-Vorhaltsverfahren und Erledigung*

*Stellungnahme:*

*In der im Beschwerdefall gegebenen Konstellation steht nach nationalem Recht der Beihilfenanspruch dem Kindesvater zu. Das Tatbestandsmerkmal der Haushaltszugehörigkeit des § 2 Abs.2 FLAG 1967 ist erfüllt. Die vom nationalen Gesetzgeber vorgegebene Gestaltung erfährt durch die VO Nr. 883/2004 keine Änderung dahingehend, dass der Kindesmutter bei der gegebenen Konstellation ein unbedingter Anspruch eingeräumt wird.*

## **Auskunftsersuchen**

Das Bundesfinanzgericht ersuchte das Finanzamt mit E-Mail vom 24.3.2015, gelesen am selben Tag, um folgende Informationen:

*Das Finanzamt gibt im Vorlagebericht vom 6.2.2015 in Sachen A B (erstmals) an:*

*„Im Beschwerdezeitraum wurde die Familienbeihilfe dem Kindesvater gewährt; die gesetzlichen Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 FLAG 1967- der Haushaltszugehörigkeit waren erfüllt.“*

*Mit Beschwerdezeitraum ist laut BVE offenbar der Zeitraum von Juli 2008 bis Februar 2011 gemeint, ab März 2011 wurde laut BVE Ausgleichszahlung an die Bf gewährt.*

*Das Finanzamt wird ersucht, innerhalb von zwei Wochen den vollständigen Familienbeihilfeakt des Kindesvaters als PDF dem Bundesfinanzgericht vorzulegen.*

*Im Vorlagebericht und in der BVE wird auch angegeben:*

*„Bis zur Scheidung wohnte der Kindesvater mit der Familie am Familienwohnsitz.“*

*Demgegenüber wird von der Bf angegeben, die damaligen Ehegatten lebten seit 1.1.2010 getrennt (Aktenvermerk auf dem Scheidungsurteil).*

*Das Finanzamt wird daher ersucht, ebenfalls innerhalb von zwei Wochen Beweismittel dafür vorzulegen, dass der gemeinsame Haushalt erst im Februar 2011 aufgegeben wurde.*

## **Vorlage des Scheidungsurteils und der Obsorgevereinbarung**

Am 7.4.2015 ergänzte das Finanzamt den elektronischen Akt kommentarlos um das Scheidungsurteil und die Obsorgevereinbarung wie folgt:

Seite 1: Deutsche Übersetzung des Spruchs des Scheidungsurteils, wonach die Ehe zwischen C E und A B geschieden wird. Die Wohnsitze von C E und A B sind im Spruch jeweils mit Adresse angegeben.

Seite 2: Deutsche Übersetzung des Obsorgevergleichs:

*Die am Rechtsstreit Beteiligten schließen auf der Grundlage ihrer Verhandlungen den folgenden*

### **VERGLEICH**

*Die Beteiligten vereinbaren, dass der Aufenthaltsort ihres .... Oktober 2003 geborenen Kindes mit dem Vornamen C D bei der Mutter ist.*

*Der Kläger verpflichtet sich, zu Händen der Beklagten einen Kindesunterhalt für das Kind i. H. v. 20.000 HUF pro Monat freiwillig ab dem 1. März 2011 bis zum 5. eines jeden Monats im Voraus zu zahlen. Der Kläger ist mit der Kindesunterhaltszahlung nicht in Rückstand.*

*Der klägerische Vater ist zur kontinuierliche Kontakthaltung mit dem Kind wie folgt berechtigt: er kann das Kind jeden Samstag ab 9 Uhr vormittags bis 18 Uhr sehen und mit sich nehmen. Die Parteien wollen jetzt keine Vereinbarung zum Ersatz eines ausgefallenen Termins im Rahmen der kontinuierlichen Kontakthaltung bzw. der Regelung der periodischen Kontakthaltung treffen. Sie haben keinen Anspruch auf Ehegattenunterhalt zueinander. Sie haben ihr bewegliches Vermögen außergerichtlich bereits aufgeteilt, die Aufteilung wurde in die Tat umgesetzt und sie haben diesbezüglich keine weiteren Forderungen aneinander. Die ausschließliche Nutzerin der Immobilie unter Adresse, die im ausschließlichen Eigentum der Beklagten steht, ist die Beklagte. Der Kläger erhebt keinen Anspruch auf den Gegenwert des Wohnungsnutzrechtes.*

*Die Parteien wollen sonst nichts vortragen, sie ersuchen um Billigung ihres Vergleichs.*

Seite 3: Seite 1 des Schreibungsurteils im Original. Dort wird bei C Kovas als Adresse Adresse mit dem Vermerk "szam alatti lakos" angeführt, bei A B "ugyanottani lakos". Unter der Begründung ist auf dieser Seite zu lesen:

**INDOKOLÁS:**

*A bíróság a felperes keresetlevele, a becsatolt okiratok, a felek személyes nyilatkozatai és a rendelkezesre álló egyéb adatok alapján az alábbiakat állapíthatta meg:*

*A peres felek mintegy 10 évi ismeretség, ezen belül 3 évi élettársi kapcsolat után kötöttek házasságot, mely rnindkettőjüknek első házassága. Házasságukból 2003. október 19-én C D utónevű gyermekük született. Az utolsó közös lakóhelyük az alperes kizárolagos tulajdonát képező Adresse. szám alatti ingatlanban volt.*

*A peres felek házassága évekig harmonikus és kiegyensúlyozott volt, majd eltérő életfelfogásuk miatt ez fokozatosan megrömlött, ami oda vezetett, hogy 2010. január 1-jén az életközösséget a felek végleg megszakították. Ekkor a felperes a visszatérés szándéka nélkül elhagyta...*

Eine Übersetzung lag zunächst nicht vor, aus dem letzten wiedergegebenen Absatz kann aber auf eine Beendigung der ehelichen Gemeinschaft mit 1.1.2010 (wie telefonisch vom steuerlichen Vertreter gegenüber dem Finanzamt angegeben) geschlossen werden (zur vollständigen Übersetzung siehe weiter unten).

Seiten 4, 5: Seiten 1 und 3 des Obsorgevergleichs (im Orginal ausführlicher als in der Übersetzung)

Seite 6: Beglaubigung des Übersetzers.

Ein Familienbeihilfeakt des Vaters wurde nicht vorgelegt.

## **Beschluss vom 20.4.2015**

Mit Beschluss vom 20.4.2015, den Parteien zugestellt am 23.4.2015, trug das Bundesfinanzgericht den Parteien auf:

*I. Dem Finanzamt Gänserndorf als belangte Behörde wird unter Hinweis auf die Säumnisfolgen gemäß § 266 Abs. 4 BAO aufgetragen, innerhalb von einer Woche nach Zustellung dieses Beschlusses jene Akten vollständig vorzulegen, auf die sich die Behauptung im Vorlagebericht der belangten Behörde vom 6.2.2015, im Beschwerdezeitraum sei Familienbeihilfe dem Kindsvater gewährt worden, stützt. Insbesondere ist auch eine allfällige Verzichtserklärung der Beschwerdeführerin gemäß § 2a Abs. 2 FLAG 1967 vorzulegen oder anzugeben, dass eine solche nicht vorliegt. Ferner ist innerhalb dieser Frist das Formular E 411 ("2x"), welches laut Ausgleichszahlungsantrag dem Antrag beigelegt war, vorzulegen oder anzugeben, dass dieses Formular ("2x") dem Finanzamt nicht übermittelt worden ist.*

*II. Der Beschwerdeführerin A B wird unter Hinweis auf § 119 BAO aufgetragen, sich innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses zur Behauptung im Vorlagebericht der belangten Behörde vom 6.2.2015, im Beschwerdezeitraum sei Familienbeihilfe dem Kindsvater gewährt worden, zu äußern, ebenso, ob die Beschwerdeführerin seinerzeit eine Verzichtserklärung gemäß § 2a Abs. 2 FLAG*

*1967 abgegeben hat. Ferner möge innerhalb dieser Frist eine Kopie des vollständigen Scheidungsurteils (sämtliche Seiten) im Original samt vollständiger deutscher Übersetzung vorgelegt werden.*

Begründend wurde unter anderem ausgeführt:

*Die belangte Behörde hat auf die E-Mail vom 24.3.2015 nur insoweit reagiert, als kommentarlos Teile des Scheidungsurteils und des Obsorgevergleichs vorgelegt wurden.*

*Da die belangte Behörde im Vorlagebericht erstmals behauptet, dass im Beschwerdezeitraum "die Familienbeihilfe" dem Kindesvater gewährt geworden sei, diese Behauptung aber in den bisher vorgelegten Akten keine Deckung findet, ist die belangte Behörde unter Hinweis auf die Säumnisfolgen des § 266 Abs. 4 BAO förmlich zur ergänzenden Aktenvorlage aufzufordern. Im Hinblick auf das vorangegangene E-Mail vom 24.3.2015 ist die Nachfrist von einer Woche angemessen.*

*Die Beschwerdeführerin hat sich bislang zu dieser Behauptung nicht geäußert. Es ist daher unklar, ob die Sachverhaltsbehauptung des Finanzamtes, dass im Beschwerdezeitraum "die Familienbeihilfe" dem Kindesvater gewährt geworden sei, aus Sicht der Beschwerdeführerin zutreffend ist. Sollte diese Behauptung zutreffen, wäre eine rechtliche Begründung, warum an Stelle des Kindesvaters der Beschwerdeführerin Familienbeihilfe bzw. Ausgleichszahlung zustehen sollte, zweckmäßig.*

*Außerdem wäre von beiden Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens klarzustellen, ob die Bf gemäß § 2a Abs. 1 FLAG 1967 eine Verzichtserklärung zugunsten des Kindesvaters abgegeben hat.*

*Da Scheidungsurteil und Obsorgevergleich nicht vollständig und nur teilweise übersetzt vorliegen, sich das Finanzamt hierauf zur Frage der gemeinsamen Haushaltsführung bis Februar 2011 stützt, jedoch zweifelhaft ist, ob hieraus tatsächlich eine gemeinsame Haushaltsführung bis zu diesem Zeitpunkt hervorgeht, ist die Vorlage dieser Urkunden zur Gänze und in vollständiger Übersetzung - unabhängig von der rechtlichen Beurteilung dieses Umstands - erforderlich.*

Das Finanzamt kam innerhalb der gesetzten Frist dem Auftrag des Bundesfinanzgerichts nicht nach.

## **Mitteilung des Finanzamtes vom 6.5.2015**

Am 8.5.2015, zur Post gegeben am 7.5.2015, langte folgende Mitteilung des Finanzamtes beim Bundesfinanzgericht ein:

*Ich beziehe mich zu obigem Betreff auf den Beschluss vom 20.4.2015 indem der Behörde eine Frist von einer Woche für die Beantwortung zuerkannt wurde und darf folgendes ausführen:*

*Das Schreiben langte zwar am 23.4.2015 im Finanzamt Gänserndorf Mistelbach - Standort Mistelbach ein, jedoch erfolgte die Weitergabe von der Poststelle an den Fachbereich erst am 28.4. 2015. Die Sachbearbeiterin, Frau M war jedoch von 28.4. bis 30.4 auf Weiterbildungsseminar in der BFA. Von 1.5.- 3.5. war wegen Feiertag und Wochenende dienstfrei. In der Folge nahm Frau M an der BFA wieder an Weiterbildungsseminar (Salzburger Steuerdialog) teil. Erst heute (6.5.2015) wurde Sie des Schriftstückes gewahr und hat mich umgehend vom Inhalt des Beschlusses informiert.*

*Ich bedauere daher die einwöchige Frist nicht eingehalten zu haben.*

*Zur Aufforderung den Familienbeihilfenakt des Kindesvaters vorzulegen wird ausgeführt: Es existiert bis dato kein Familienbeihilfenakt des Kindesvaters. Fälschlicherweise wurde im Vorlagebericht anstelle der Formulierung: Im Beschwerdezeitraum wäre die Familienbeihilfe dem Kindesvater zu gewähren; die gesetzlichen Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 -der Haushaltsgesetzmäßigkeit- waren erfüllt" bedauerlicherweise eine falsche Aussage getroffen und zwar: Im Beschwerdezeitraum wurde die Familienbeihilfe dem Kindesvater gewährt; die gesetzlichen Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 FLAG 1967- der Haushaltsgesetzmäßigkeit- waren erfüllt.*

*Diese Aussage wurde jedoch mit der Nachreichung vom 7.4.2015 wieder korrigiert indem im Betreff angeführt wurde, dass demgemäß kein Familienbeihilfenakt des Kindesvaters existiert:*

*Betreff:*

*FA18/2015000552 B A, Bezug E-Mail vom 24.03.2015 von Frau Elisabeth Wanke Punkt FB-Bezug durch KV E C: in der Sachverhaltsdarstellung unrichtig ausgeführt (siehe dazu Seite 4 BVE); richtiger Wortlaut: ... "ist zu gewähren (eine Antragstellung durch den KV unterblieb bis zum heutigen Tag) ... " Demgemäß existiert kein Familienbeihilfenakt des Kindesvaters. Punkt Beweismittelvorlage betr. Vorliegen eines gemeinsamen Haushaltes mit dem KV bis zur Scheidung im Februar 2011: diesbezüglich wird auf das Scheidungsurteil verwiesen, worin der erste Satz lautet: Das Stadtgericht Szekesfehervar hat in der Rechtssache des Klägers C E (wohnhaft in Adresse) wider die Beklagte A B (wohnhaft in Adresse) wegen Scheidung der Ehe und Nebenkosten ......."*

*Akt:*

*Scheidungsurteil und Obsorgebeschluss (07.04.2015) AOL*

*Hinsichtlich der Annahme des Finanzamtes nach einem gemeinsamen Wohnsitz von Kindesvater und Kindesmutter wird ausgeführt, dass eine Meldekarte vom Kindesvater und dessen Lebensgefährtin vorliegen auf dem als Ausstellungsdatum 4.3.2013 angegeben ist (ist gescannt im Vorlageakt vorhanden). Der Vorhalt an den steuerlichen Vertreter von Frau B, es mögen Nachweise hinsichtlich des Auszuges aus dem gemeinsamen Haushaltes des Kindesvaters vorgelegt werden, blieben unbeantwortet.*

*Aus diesem Grund ging die Behörde davon aus, dass der Auszug aus der "gemeinsamen Wohnung" unmittelbar um das Datum der Meldekarte erfolgte.*

Abgesehen davon, dass bei Eingaben einer Behörde an das Gericht im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ein gewisses Mindestmaß an Förmlichkeit vorausgesetzt werden kann und dem Gericht nicht zuzusinnen ist, Datenbanken nach möglichen Behördeneintragungen zu durchsuchen, wurde im elektronischen Aktenverwaltungsprogramm des Bundesfinanzgerichts vom Finanzamt ein derartiger Betreff vom Finanzamt, sollte dieser tatsächlich am 7.4.2015 verfasst worden sein, nicht hochgeladen.

Im Akteneingang des Aktenverwaltungsprogramms des BFG RemIS findet sich keine Eintragung im Feld "Betreff" (der Eingang vom 6.2.2015 - als Einbringer wurde die Bf und nicht das Finanzamt angegeben - ist die Beschwerdevorlage, der Eingang vom 7.4.2015 - als Einbringer wurde die Bf und nicht das Finanzamt angegeben - ist die Vorlage von Scheidungsurteil und Obsorgebeschluss, der Eingang vom 8.5.2015 ist die gegenständliche Mitteilung):

Anzahl Eingänge: 3								
Typ	EingangsNr.	Einbringer	Betreff	Einbr.-Dat.	Fremdzahl	Eing.-Dat.	Aktio	
E	E/2402-W/15	[REDACTED]		06.02.2015	826625-172-037	06.02.2015	<input checked="" type="checkbox"/>	
E	E/5366-W/15	[REDACTED]				07.04.2015	<input checked="" type="checkbox"/>	
E	E/7189-W/15	FA Gänserndorf Mistelbach	Stellungnahme des FA	06.05.2015		08.05.2015	<input checked="" type="checkbox"/>	

Im Rechtsmittelakt des BFG RemA, der mit dem RemIS verknüpft ist, finden sich unter "Sonstiges - Scheidungsurteil und Obsorgebeschluss" die oben wiedergegebenen Auszüge aus dem Scheidungsurteil und dem Obsorgebeschluss:

- [RV/7100958/2015](#)
  - [Beschwerdevorlage](#)
  - [Beschwerde](#)
    - [BeschwerdeScan](#)
  - [Bescheide](#)
    - Familienbeihilfe (Zeitraum:  
07.2008-12.2013)
  - [Vorlageberichte](#)
    - [Beschwerdevorlage](#)  
FA18/2015/000552
  - [Vorlageanträge](#)
    - [VorlageantragScan](#)
  - [Beschwerdevorentscheidung](#)
    - [BeschwerdevorentscheidungScan](#)
  - [Sonstiges](#)
    - Antrag vom 2.7.2013
    - Beschwerde-Vorhaltsverfahren  
und Erledigung
  - [Sonstiges](#)
    - Scheidungsurteil und  
Obsorgebeschluss
  - [Zwischenerledigungen](#)
    - A [Verfahrensergänzung](#)
  - [Enderledigungen](#)
    - Erkenntnis
  - [Eingänge](#)
    - [Stellungnahme des FA](#)  
Mitteilung
  - [Ausgänge](#)
    - [Papierkorb](#)
    - [Alle](#)

Auch in der Detailansicht des Eingangs vom 7.4.2015 im RemIS finden sich die Ausführungen laut Angaben in der Mitteilung des Finanzamtes vom 8.5.2015 nicht (weder im Feld "Betreff" noch im Feld "Bemerkung"):

Geschäftszahl: E/5366-W/15      Suche erweitern

Wände Ausgänge

Eingangsnummer: E/5366-W/15      Einbringer: Beschwerdeführer  
 Organisationseinheit: Wien      direkt eingebraucht

Einbringerdatum: 07.04.2015      Eingang 1. Instanz: 07.04.2015  
 Datum Poststempel: 07.04.2015      Eingangsdatum UFS: 07.04.2015

Vorname: [REDACTED]  
 Nachname: [REDACTED]  
 PLZ / Ort: [REDACTED]  
 Straße / Hausnr.: [REDACTED]  
 St-Nr.: [REDACTED]  
 Postvermerk: [REDACTED]

Fremdzahlen:

Art	FZ	Übern.	Aktion
			[REDACTED]

Betreff:

Beilagen:

Typ	Bemerkung	Erstelldatum	Ausschl. Akteneins.	Physisches Dokument	Dokumenttitel / Datei	Aktion
Sonstiges		07.04.2015		---	Scheidungsurteil und Ob 20150407114004066.pdf	[REDACTED] Download

ReMa Schließen

## Stellungnahme der steuerlichen Vertretung

Die steuerliche Vertretung gab mit Schreiben vom 7.5.2015, beim Bundesfinanzgericht eingelangt am 12.5.2015, folgende Stellungnahme ab und legte die erbetenen Dokumente vor:

*Im Auftrag meiner Klientin, Frau B A, darf ich Ihnen in Ergänzung unseres Vorlageantrags wegen Gewährung der Ausgleichszahlung der Familienbeihilfe an Frau B entsprechend Ihres Beschlusses vom 20. April 2015 nachfolgende Unterlagen übermitteln bzw. wie folgt Stellung nehmen:*

- *Vollständiges Scheidungsurteil samt vollständiger beglaubigter deutscher Übersetzung*
- *Kopie der nochmaligen Verzichtserklärung des Kindesvaters, da von der ursprünglichen, mit der Berufung vom 6.12.2013 übermittelten Verzichtserklärung versehentlich keine Kopie in unseren Akten aufbewahrt wurde.*
- *Auszüge aus dem elektronischen Steuerakt (FinOnline) des Kindesvaters, Herrn E C (St.Nr.: Y), welche belegen, dass an den Kindesvater niemals die Österreichische Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag gewährt wurden.*

*Wie Sie sehen, fühlt sich der Kindesvater in jeden Belangen verpflichtet, seiner ehemaligen Frau und seinem Sohn beim endgültigen Abschluss der Beantragung der Österreichischen Familienbeihilfe zu helfen, weshalb er einerseits erneut bereit war, eine weitere Verzichtserklärung zu unterfertigen, andererseits hat er unsere Kanzlei eine steuerliche Vollmacht erteilt, damit wir in der Lage sind, über seinen elektronischen Steuerakt abzufragen und dem Finanzamt in seiner Behauptung entgegenzutreten, dass Herr E jemals die Österreichische Familienbeihilfe in Anspruch genommen hätte.*

- Auszug aus der VO 987/2009 zur Durchführung der VO 883/2004 samt Erläuterung zu dieser Verordnung (siehe Spiegel (Hrsg.): Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht, 24. Lfg., S 15), aus denen ersichtlich ist, dass es aufgrund der Familienbetrachtungsweise unerheblich ist, welcher Elternteil Anspruch auf Familienleistungen erhebt.

*Gemäß Art 60 Abs. 1 kann ein Elternteil, sofern der andere berechtigte Elternteil kein Anspruch auf die ihm zustehenden Leistungen erhebt, für den jeweiligen anderen Elternteil seinen Anspruch auf Familienleistungen geltend machen, und der zuständige Träger, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden ist, muss diesen Antrag entsprechend berücksichtigen.*

*Frau B hat den Antrag auf Familienbeihilfe statt des in Österreich erwerbstätigen Kindesvaters gestellt, und da Herr E nachweislich keine Familienbeihilfe in Österreich bezogen hat, steht Frau B die Ausgleichszahlung der Österreichischen Familienbeihilfe jedenfalls zu.*

*Es sei im Zusammenhang mit dem Vorlagebericht des zuständigen Finanzamts angemerkt, dass nach Zustellung des Vorlageberichts an unsere Kanzlei das Finanzamt in einem Telefongespräch darauf aufmerksam gemacht worden ist, dass die Behauptung, dem Kindesvater sei Familienbeihilfe gewährt worden, nicht stimmt. Es wurde uns telefonisch die Auskunft gegeben, dass dies tatsächlich ein Irrtum gewesen sei und versehentlich so falsch formuliert wurde bzw. dies dem Bundesfinanzgericht auch ergänzend mitgeteilt wird, was offensichtlich letztlich nicht passiert ist.*

*Außerdem soll zur allgemeinen Verwaltungspraxis anderer Behörden entsprechend des vorliegenden Sachverhalts und unionsrechtlicher Rechtslage, welche in unserer täglichen Praxis auch bei weiteren Klienten vorkommen, angemerkt werden, dass die Gewährung von Familienleistungen, insbesondere von Kinderbetreuungsgeld, welches ebenfalls eine Familienleistung im Sinne der VO 883/2004 ist, durch die Gebietskrankenkassen, an in Österreich niemals erwerbstätig gewesenen und in einem anderen Mitgliedstaat wohnenden Kindesmüttern, noch nie zu einem sich so lang unnötig ziehenden Verfahren gekommen ist, weil bei diesen anderen Fällen noch nie in Frage gestellt wurde, ob die Kindesmutter Anspruch auf Familienleistungen aus Österreich hätte.*

*Sollten Sie diesbezüglich Rückfragen haben, stehe ich Ihnen sehr gerne zur Verfügung.*

## **Scheidungsurteil**

Der beglaubigten Übersetzung des Scheidungsurteils vom 28.2.2011 lässt sich in Bezug auf die gemeinsame Haushaltsführung entnehmen:

*... Das Gericht hat auf der Grundlage der Klageschrift des Klägers, der eingereichten Dokumente, der Aussagen der Beteiligten und sonstiger Daten den folgenden Sachverhalt festgestellt:*

*Die am Rechtsstreit beteiligten Parteien haben nach 10 Jahren Bekanntschaft geheiratet, davon lebten sie 3 Jahre als Lebensgefährten zusammen. Das war für beide die erste Ehe. In der Ehe ist das Kind C D am .... Oktober 2003 geboren. Ihr letzter gemeinsamer Wohnort war die im ausschließlichen Eigentum der Beklagten befindliche Immobilie unter [Adresse].*

*Die Beziehung der Parteien war jahrelang harmonisch und ausgeglichen, hat sich aber aufgrund ihrer unterschiedlichen Lebensauffassung sukzessive verschlechtert. Die häusliche Gemeinschaft wurde am 1. Januar 2010 aufgehoben, als der Kläger aus dem gemeinsamen Haushalt ohne Rückkehrabsicht ausgezogen war.*

*Seitdem haben sich die Parteien nicht versöhnt und auch ein diesbezüglicher Versuch des Gerichts führte zu keinem Erfolg.*

*Die Parteien beantragten gemeinsam die Scheidung der Ehe und wollten die Gründe, die zur Verschlechterung der Ehe geführt haben, nicht darlegen. Sie wollten zu den Nebensachen eine Einigung abschließen.*

*Das Gericht konnte auf der Grundlage der zur Verfügung stehenden Angaben als Fakt feststellen, dass die Ehe der Parteien tiefgreifend und unheilbarer zerrüttet ist und es keine Hoffnung besteht, die häusliche Gemeinschaft wieder herzustellen. Ihre Scheidungsabsicht beruht auf ihrer einflussfreien entschlossenen Willenserklärung. Das wird auch dadurch bestätigt, dass die Lebensgemeinschaft seit derer Abbrechen nicht wiederhergestellt werden konnte und der Kläger in einer Beziehung mit einer Lebensgefährtin lebt. Die Parteien haben außerdem eine Einigung hier am Gericht abgeschlossen...*

## **Obsorgevergleich**

Gegenüber dem bisher vorgelegenen Text des Obsorgevergleichs (siehe oben) vom 28.2.2011 ist keine für das gegenständliche Verfahren bedeutsame Änderung festzustellen.

Der Vater verpflichtete sich zur Zahlung von 20.000 HUF an Unterhalt für seinen Sohn ab 1.3.2011, ein Unterhaltsrückstand bestehe nicht.

## **Verzichtserklärung**

Mit Datum 26.4.2015 hat C E sen. neuerlich erklärt, "auf die mir gemäß § 2a Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 vorrangig zustehende Familienbeihilfe zugunsten meiner Exehefrau, Frau B A" für C D E jun zu verzichten.

## **Finanz-Online**

Laut Abfrage des steuerlichen Vertreters vom 7.5.2015 konnten zur Steuernummer Y (jene des Vaters) "keine Familienbeihilfedaten ermittelt werden."

## **Spiegel (Hrsg.): Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht, 24. Lfg., S 15**

Der vom steuerlichen Vertreter vorgelegte Auszug aus Spiegel (Hrsg.):

Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht, 24. Lfg., S 15 lautet (Rz 1 bis 3):

### *I. Familienbetrachtungsweise*

Rz 1

*Art 60 Abs 1 normiert für den Bereich der Familienleistungen die Anwendbarkeit der sog "Familienbetrachtungsweise". Das bedeutet, dass für die Frage, ob ein Anspruch auf Familienleistungen besteht und in welcher Höhe dieser gebührt, die gesamte Situation der Familie vom zuständigen Träger zu berücksichtigen ist, auch wenn gewisse Sachverhaltselemente (zB Wohnsitz oder Beschäftigungsort) in einem anderen MS liegen oder dort eingetreten sind (zB Arbeitsverdienst bzw Erwerbseinkommen). Die Familienbetrachtungsweise stellt somit im Ergebnis eine spezielle Ausformung der Sachverhaltsgleichstellung iSd Art 5 VO 883/2004 dar. Entwickelt wurde sie vom EuGH in der Rs Hoever und Zachow<sup>1</sup>) und als allgemeiner Grundsatz des Koordinierungsrechts in der Rs Dodl und Oberholzenzer<sup>2</sup>) bestätigt.*

Rz 2

*Abs 1 sieht darüber hinaus vor, dass ein Elternteil für den jeweiligen anderen Elternteil einen Anspruch auf Familienleistungen geltend machen kann. Für die Antragstellung ist mit anderen Worten die Frage, wer nach nationalem Recht als Leistungsempfänger vorgesehen ist, irrelevant. Ein in Ö erwerbstätiger Ehemann kann daher zB einkommensabhängiges KBG nach dem KBGG für seine im gemeinsamen Haushalt lebende Ehegattin beantragen, wenn diese vor ihrer Mutterschaftskarenz in Deutschland beschäftigt war. Obgleich Karenzzeitenaufgrund von Mutterschaft gem dem Beschluss Nr F1 der VWK (s Anlage 3 bzw Art 68 Rz 6 VO 883/2004) als Beschäftigung*

*iSd Art 68 anzusehen sind, wäre im konkreten Fall dennoch Ö gem Art 68 Abs 1 lit b sublit ii VO 883/2004 der prioritär zuständige MS, wenn hier auch der Wohnort der Kinder ist. Ö hat daher den Antrag des Ehegatten gem Art 60 Abs 1 zu berücksichtigen, auch wenn nicht dieser sondern die Ehegattin nach dem KBGG materiell anspruchsberechtigt ist.<sup>3)</sup>*

Rz 3

*Freilich ist der Berechnung des Anspruchs nicht das Einkommen des antragstellenden Ehemanns zugrunde zu legen, da dieser nicht den Einkommensausfall erleidet. Deshalb ist für die Leistungsberechnung jedenfalls auf die Ehegattin abzustellen (vgl Art 68 Rz 11 VO 883/2004). Seit der Rs Bergström<sup>4)</sup> ist jedoch unklar, ob im oben genannten Beispiel der in Deutschland erwirtschaftete Arbeitsverdienst zugrunde zu legen ist, oder jener Arbeitsverdienst, den eine Person mit vergleichbarer Ausbildung und Tätigkeit in Ö verdient hätte. Letzteres hat der EuGH für die Rechtslage unter der VO 1408/71 vertreten. Ob dies auch für die neue VO 883/2004 gilt, ist fraglich. Dagegen könnte die Einführung des Grundsatzes der Sachverhaltsgleichstellung gem Art 5 VO 883/2004 sprechen. Der EuGH hat sein Ergebnis jedoch in erster Linie mit dem Argument der Gleichbehandlung begründet. Dies wäre auch auf die VO 883/2004 übertragbar. Es bestehen daher gute Gründe anzunehmen, dass die Rs Bergström weiterhin auch für die VO 883/2004 beachtlich ist. Unstrittig ist jedoch seit der Rs Bergström, dass das Erwerbseinkommen von Personen, die nicht den RV des zuständigen MS unterliegen, für die Berechnung von Familienleistungen dem Grunde nach zu berücksichtigen ist. Damit im Widerspruch steht die ö Praxis in diesen Fällen lediglich pauschales und nicht einkommensabhängiges KBG zu gewähren. Die Regelung des § 24 Abs 2 KBGG, nach der lediglich in Ö sv-pflichtige Erwerbseinkommen für das einkommensabhängige KBGG zu berücksichtigen sind, ist daher als unionsrechtswidrig zu qualifizieren.*

1) EuGH C-245/94, Hoever und Zachow, Slg 1996, 1-4895.

2) EuGH C-543/03, Dodl und Oberholzenzer, Slg 2005, 1-5049.

3) Vgl hierzu auch Spiegel, FS Bauer/Maier/Petrag 375.

4) EuGH C-257/10, Bergström, Slg 2011, 1-0000.

Mit E-Mail vom 12.5.2015 wurde das Schreiben samt Beilagen des steuerlichen Vertreters der Bf A B dem Finanzamt mit dem Ersuchen sich hierzu mittels E-Mail innerhalb einer Frist von zwei Wochen zu äußern übermittelt.

## **Mitteilungen der Parteien**

Das Finanzamt teilte mit E-Mail vom 1.6.2015 mit:

*Die Abgabenbehörde nimmt die im Verfahren aufgenommenen Beweise des steuerlichen Vertreters der Bf A B zur Kenntnis.*

*Eine diesbezügliche Äußerung seitens der Abgabenbehörde unterbleibt.*

Der steuerliche Vertreter teilte mit Telefax vom 1.6.2015 mit, "dass die mit Vorlageantrag vom 16.01.2015 beantragte mündliche Verhandlung vor dem Senat und die Befassung des gesamten Senats mit der Beschwerde zurückgezogen werden."

## **Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **Sachverhalt**

Die Bf A B ist ungarische Staatsbürgerin, wohnt in Ungarn und war in Ungarn im Beschwerdezeitraum (Juli 2008 bis November 2013) durchgehend nichtselbständig erwerbstätig. Ihre monatlichen Einkünfte betrugen rund HUF 170.500,00.

Ihr im Oktober 2003 geborener Sohn C D E jun. wohnt mit der Bf im gemeinsamen Haushalt in Ungarn und geht in Ungarn zur Schule.

Der Vater von C jun., C E sen., war mit der Bf verheiratet und erzielte in Österreich seit dem Jahr 2005 Einkünfte aus Gewerbebetrieb als unbeschränkt haftender Gesellschafter einer OG:

Jahr	Einkommen	Einkommensteuer
2007	€ 4.028,49	€ 0,00
2008	kein Bescheid	
2009	€ 7.476,57	€ 0,00
2010	€ 827,42	€ 0,00
2011	€ 11.761,50	€ 256,00

Die Ehe zwischen A B und C E wurde am 28.2.2011 geschieden, wobei die Obsorge für den gemeinsamen Sohn C der Mutter übertragen wurde. Der Vater leistet monatliche Unterhaltszahlungen von HUF 20.000,00 seit 1.3.2011. Die eheliche Gemeinschaft wurde bereits mit Jänner 2010 endgültig aufgegeben.

Für den Unterhalt von C jun. kam im Beschwerdezeitraum überwiegend die Bf auf.

Von Ungarn wurden von 1/2006 bis 2/2011 monatlich HUF 12.200 und ab 3/2011 monatlich HUF 13.700 für C jun. an Familienleistungen erbracht.

Der geschiedene Ehegatte C D E sen. verzichtete am 21.11.2013 zugunsten der Bf auf "die mir gemäß § 2a Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 vorrangig zustehende Familienbeihilfe".

Nicht festgestellt werden kann, dass die Bf zugunsten von C E sen. gemäß § 2a FLAG 1967 auf die Familienbeihilfe bzw. Ausgleichszahlung verzichtet hat. Es steht auch nicht

fest, dass C E sen. im Beschwerdezeitraum Familienbeihilfe bzw. Ausgleichszahlung bezogen hat.

## Beweiswürdigung

Die getroffenen Sachverhaltsfeststellungen gründen sich auf das Vorbringen der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und den Akteninhalt.

Nach dem glaubwürdigen Vorbringen der Bf betragen die gemeinsamen Lebenshaltungskosten (Wohnung, TV, Internet, Lebensmittel, Tanken... ) insgesamt rund HUF 100.300 monatlich, hinzu kommen Aufwendungen für Kleidung, Mensa, Trainung usw. von C jun. von rund HUF 22.500.

Selbst wenn die Annahme des Finanzamtes in der Beschwerdevorentscheidung (BVE), die gesamten Unterhaltskosten von C jun. lägen bei HUF 50.000 monatlich, zutreffend sein sollte, ist der davon auf die Bf entfallende Anteil jedenfalls höher als der Anteil des Vaters von HUF 20.000.

Damit trägt die Bf überwiegend die Unterhaltskosten von C jun. Dies entspricht auch der Ansicht des Finanzamts im Vorlagebericht und in der BVE.

Beweise dafür, dass die Bf zugunsten von C E sen. gemäß § 2a FLAG 1967 auf die Familienbeihilfe bzw. Ausgleichszahlung verzichtet hat, wurden nicht vorgelegt. Es steht auch nicht fest, dass C E sen. im Beschwerdezeitraum Familienbeihilfe bzw. Ausgleichszahlung bezogen hat. Erst mit Eingabe vom 6.5.2015 stellte das Finanzamt richtig, dass die entsprechende Behauptung der belangten Behörde im Vorlagebericht falsch gewesen ist. Dies entspricht auch den vom steuerlichen Vertreter vorgelegten Beweisen.

Da das Finanzamt keinen Familienbeihilfen- bzw. Ausgleichszahlungsakt betreffend C E sen. als Anspruchsberechtigter vorlegen konnte, geht das Bundesfinanzgericht in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der belangten Behörde vom 6.5.2015 und den Angaben des Bf davon aus, dass vom Vater im Beschwerdezeitraum überhaupt keine Familienbeihilfe bzw. Ausgleichszahlung bezogen wurde. Auch während des gesamten lang dauernden Verwaltungsverfahrens wurde vom Finanzamt ein Familienbeihilfen- bzw. Ausgleichszahlungsbezug durch den Vater nicht behauptet, dies wurde erstmals im Vorlagebericht - beweislos - in den Raum gestellt.

Zur Frage der gemeinsamen Haushaltsführung folgt das Bundesfinanzgericht den Angaben des steuerlichen Vertreters, wonach die eheliche Gemeinschaft bereits mit Jänner 2010 endgültig aufgegeben wurde. Dies steht im Einklang mit der im Beschwerdeverfahren vorgelegten vollständigen Begründung des Scheidungsurteils, in welchem ausdrücklich angegeben wird, dass der Vater von C D jun am 1.1.2010 ohne Rückkehrabsicht aus dem gemeinsamen Haushalt ausgezogen ist.

Allein aus dem Spruch des Urteils in der deutschen Übersetzung (im Orginal offenkundig nicht wortident) zu schließen, dass infolge Anführung derselben Adresse bei beiden Parteien die Haushaltsgemeinschaft bis zur Scheidung angehalten hat, ohne sich mit der Urteilsbegründung auseinanderzusetzen, entspricht nicht einem ordnungsgemäßen Beweisverfahren, zumal es der Lebenserfahrung widerspricht, dass Ehegatten bis zum Tag ihrer Scheidung einen gemeinsamen Haushalt führen. Normalweise wird der gemeinsame Haushalt schon eine Zeit vor der tatsächlichen Scheidung aufgegeben. Ein Auszug aus dem gemeinsamen Haushalt bereits vor einer behördlichen Meldung ist nicht außerhalb der Lebenswahrscheinlichkeit, im Zweifel ist den Angaben in der Begründung des Scheidungsurteils zu folgen. Den geschiedenen Gatten der Bf hat das Finanzamt, obwohl in dessen Wirkungsbereich berufstätig, hierzu nicht einvernommen. Da der Frage der gemeinsamen Haushaltung im gegenständlichen Fall, wie noch auszuführen ist, keine entscheidende Bedeutung zukommt, sind diesbezügliche weitere Erhebungen entbehrlich.

## **Rechtsgrundlagen**

### **Nationales Recht**

§ 2 FLAG 1967 lautet:

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

*a) für minderjährige Kinder,*

*b) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, 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 Höchstmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit*

*einzurechnen. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBl. Nr. 291/1986. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß,*

- c) *für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,*
- d) *für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird,*
- e) *für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Zivildienstes begonnen oder fortgesetzt wird,*
- f) *(Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 111/2010)*
- g) *für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,*

*h) für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5), das 25 Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; § 2 Abs. 1 lit. b zweiter bis letzter Satz sind nicht anzuwenden,*

*i) für volljährige Kinder, die sich in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 24. Lebensjahrs ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahrs; 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. Lebensjahrs, 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. Lebensjahrs, und die sich in Berufsausbildung befinden, wenn sie vor Vollendung des 24. Lebensjahrs 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 Haushaltsgehörigkeit 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 Anstaltpflege 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 haushaltsgehörig, 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, BGBI. 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.

§§ 11, 12, 13 FLAG 1967 lauten:

§ 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 haushaltsgeschäftliche 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**

Ungarn ist seit Mai 2004 Mitglied der Europäischen Union.

### **Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern**

Auf den gegenständlichen Fall ist bis März 2010 die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der konsolidierten Fassung ABIEG Nr. L 28 vom 30.1.1997 (im Folgenden VO 1408/71) anzuwenden.

Die VO 1408/71 gilt nach ihrem Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, welche Familienleistungen betreffen. Die in Rede stehende Familienbeihilfe ist ohne Zweifel eine Familienleistung iSd Art. 1 Buchstabe u sublit. i der Verordnung Nr. 1408/71.

Gemäß Art. 2 Abs. 1 VO 1408/71 gilt diese Verordnung "für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene."

Art. 3 Abs. 1 VO 1408/71 zufolge haben die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen.

Zu den Familienangehörigen zählt Art. 1 lit. f VO 1408/71 jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbständigen (oder dem Studierenden) in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird.

Art. 13 Abs. 1 der VO 1408/71 bestimmt, dass - vorbehaltlich hier nicht in Betracht kommender Sonderbestimmungen - Personen, für die diese VO gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats unterliegen, und zwar:

Art. 13 Abs. 2 lit. a VO 1408/71 lautet:

*Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat;*

Art. 13 Abs. 2 lit. b VO 1408/71 lautet:

*eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt;*

Nach Art. 73 der VO 1408/71 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Art. 76 VO 1408/71 lautet:

*Prioritätsregeln für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Familienleistungen gemäß den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates und den Rechtsvorschriften des Staates, in dem die Familienangehörigen wohnen*

(1) *Sind für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, Familienleistungen aufgrund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgesehen, so ruht der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gegebenenfalls gemäß Artikel 73 bzw. 74 geschuldeten Familienleistungen bis zu dem in den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats vorgesehenen Betrag.*

(2) *Wird in dem Mitgliedstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, kein Antrag auf Leistungsgewährung gestellt, so kann der zuständige Träger des anderen Mitgliedstaates Absatz 1 anwenden, als ob Leistungen in dem ersten Mitgliedstaat gewährt würden.*

## **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 ab Mai 2010 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 nach ihrem Art. 3 Abs. 1 Buchstabe j für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, welche Familienleistungen betreffen. 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 lit. i Z 1 Sublit. i VO 883/2004 jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird. 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.

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.

Nach Art. 11 Abs. 3 lit. a VO 883/2004 unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats.

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. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit**

Die Verordnung enthält Durchführungsbestimmungen zur VO 883/2004.

A rt. 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.*

## **Grundsätzlicher Anspruch auf Familienleistungen**

Es liegt ein mitgliedsstaatenübergreifender Sachverhalt vor, nämlich eines Unionsbürgers, der in einem Mitgliedstaat einer Erwerbstätigkeit nachgeht, während seine Familie in einem anderen Mitgliedstaat wohnt (vgl. Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 53 Rz 40).

Da im Beschwerdezeitraum sowohl der Vater, nämlich in Österreich, als auch die Mutter, nämlich in Ungarn, erwerbstätig waren, ist Beschäftigungsstaat einerseits Österreich, andererseits Ungarn. Wohnsitzstaat ist Ungarn.

Es kommen daher die Bestimmungen von Art. 75 f. VO 1408/71 und von Art. 68 Abs. 1 lit. b sublit. i VO 883/2004 zur Anwendung, wobei auf Grund des Wohnortes des Kindes primär Ungarn zur Erbringung von Familienleistungen zuständig ist.

Österreich als einer der beiden Beschäftigungsstaaten ist hingegen nach Art. 75 f. VO 1408/71 und nach Art. 68 Abs. 2 VO 883/2004 zur Leistung einer Differenzzahlung verpflichtet, da ein Anspruch auf ungarische Familienleistungen bestand. Nach nationalem Recht besteht gemäß § 4 FLAG 1967 ein Anspruch auf Ausgleichszahlung, der § 53 FLAG 1967 zufolge nicht nur für österreichische Staatsbürger, sondern auch für Unionsbürger (und Bürger eines EWR-Mitgliedsstaates) gilt.

Gemäß der in Art. 10 Abs. 1 lit. a VO 574/72 (entspricht inhaltlich Art. 68 Abs. 1 lit. a VO 883/2004) aufgestellten Antikumulierungs-Regel haben die vom Beschäftigungsmittelstaat gezahlten Beihilfen Vorrang gegenüber den vom Wohnmitgliedstaat gezahlten, die infolgedessen ruhen. Wird jedoch im letztgenannten Staat eine Erwerbstätigkeit ausgeübt, sieht Art. 10 Abs. 1 lit. b Ziff. i VO 574/72 (entspricht inhaltlich Art. 68 Abs. 1 lit. b sublit. i VO 883/2004) die entgegengesetzte Lösung vor, d. h., dass der Anspruch auf die vom Wohnmitgliedstaat gezahlten Beihilfen dem vom Beschäftigungsmittelstaat gezahlten vorgehen, die somit ruhen. Der EuGH hat daher entschieden, dass, sofern eine Person, die das Sorgerecht

für die Kinder hat, insbesondere der Ehegatte des Leistungsempfängers im Sinne von Art. 73 der Verordnung Nr. 1408/71, eine Erwerbstätigkeit im Mitgliedstaat der Wohnung der Kinder ausübt, der Anspruch auf die in Art. 73 der Verordnung Nr. 1408/71 vorgesehenen Leistungen nach Art. 10 der Verordnung Nr. 574/72 bis zur Höhe der vom Wohnmitgliedstaat tatsächlich gezahlten Beihilfen gleicher Art ausgesetzt wird, und zwar unabhängig davon, wen die Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats als unmittelbaren Empfänger der Familienbeihilfen bestimmen. Vom zuständigen Träger des vom Wohnsitzstaat unterschiedlichen (ersten) Beschäftigungsstaates kann nur die Höhe des Unterschiedsbetrags in Höhe der Differenz zwischen den nach dem Recht des (ersten) Beschäftigungsstaates vorgesehenen Leistungen und den nach dem Recht des Wohnsitzstaates und (zweiten) Beschäftigungsstaates bezogenen Leistungen beansprucht werden (vgl. EuGH 8.5.2014, C-347/12, Ulrike und Marcus Wiering).

Diesen grundsätzlichen Anspruch hat das Finanzamt in der Beschwerdevorentscheidung auch anerkannt. Allerdings hält das Finanzamt einen Anspruch der Bf erst ab Aufgabe des gemeinsamen Haushalts für gegeben, zuvor ausschließlich einen solchen des Vaters.

## **Anspruchsberechtigter**

C D E jun. ist das Kind der Bf und ihres (mittlerweile) Ex-Mannes. Nach dem unionsrechtlich grundsätzlich maßgebenden nationalen Recht sind die Eltern gemäß § 2 Abs. 3 FLAG 1967 prinzipiell familienbeihilfananspruchsberechtigt und im unionsrechtlichen Sinn Familienangehörige.

Zwischen eigenen und aus der Stellung als Familienangehöriger abgeleiteten Rechten ist bei Ansprüchen auf Familienleistungen nicht zu unterscheiden (vgl. Csazsar in Csazsar/Lenneis/Wanke, FLAG § 53 Rz 90 m.w.N.). Es kommt daher nicht darauf an, ob die Bf oder ihr (mittlerweile) Ex-Mann nach nationalem Recht leistungsberechtigt sind (vgl. EuGH 5.2.2002, C-255/99, Humer). Ebenso kommt dem Umstand der Scheidung in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu, auch eine geschiedene Person behält einen Anspruch auf Familienbeihilfe bei (vgl. EuGH 26.11.2009, C-363/08, Romana Slanina; EuGH 14.10.2010, C-16/09, Gudrun Schwemmer).

Das Unionsrecht gewährleistet, dass den Familienangehörigen eines den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegenden Erwerbstätigen, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, die ihnen die in den anwendbaren Rechtsvorschriften des Staates der Erwerbstätigkeit vorgesehenen Familienleistungen gewährt werden (vgl. EuGH 10.10.1996, C-245/94 und C-312/94, Hoever und Zachow). Aus unionsrechtlicher Sicht ist daher sicherzustellen, dass die Familienbeihilfe jedenfalls auch dann gewährt wird, wenn die Kinder in einem anderen Mitgliedstaat wohnen (vgl. VwGH 16.12.2009, 2009/15/0207).

Hierbei ist unionsrechtlich die Beihilfe entweder der den Unterhalt (überwiegend) leistenden Person oder der haushaltführenden Person zu gewähren (vgl. EuGH

26.11.2009, C -363/08, Romana Slanina; EuGH 13.6.2013, C-45/12, Radia Hadj Ahmed), es gebührt aber nach nationalem Recht pro Monat und Kind die Familienbeihilfe nur einmal (§ 10 Abs. 4 FLAG 1967). Daran ändert das Unionsrecht nichts (vgl. VwGH 24.2.2010, 2009/13/0241).

Österreich ist hier, anders als in den etwa den Entscheidungen VwGH 24.2.2010, 2009/13/0241 und VwGH 24.2.2010, 2009/13/0243, zugrundeliegenden Fällen, von keinem der Familienangehörigen Wohnsitzstaat.

Das Unionsrecht kennt keine eigenen Regelungen, welcher der Familienangehörigen vorrangig anspruchsberechtigt ist. Die Anwendbarkeit des Unionsrechts wird zwar wie hier durch die Berufstätigkeit eines Elternteils in einem anderen Mitgliedstaat als dem Wohnsitzmitgliedstaat ausgelöst, dies bedeutet aber noch nicht, dass der im anderen Mitgliedstaat berufstätige Elternteil primär anspruchsberechtigt ist. Das Unionsrecht verlangt nur, dass dem unterhaltsleistenden oder dem haushaltsführenden Elternteil Familienleistungen durch den Beschäftigungsmitgliedstaat zu gewähren sind. Ein Elternteil kann unionsrechtlich für den jeweiligen anderen Elternteil einen Anspruch auf Familienleistungen geltend machen.

Nach nationalem Recht hat Anspruch auf Familienbeihilfe grundsätzlich die Person, bei der das Kind haushaltsgerechtig ist. Nur wenn kein im selben Haushalt mit dem Kind lebender Anspruchsberechtigter in Frage kommt, hat Anspruch auf Familienbeihilfe derjenige, der überwiegend die Unterhaltskosten trägt (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967).

Nach nationalem Recht geht bei gemeinsamen Haushalt der Eltern der Anspruch des haushaltsführenden Elternteils dem Anspruch des anderen Elternteils vor, wobei bis zum Beweis des Gegenteils die überwiegende Haushaltsführung der Mutter gesetzlich vermutet wird (§ 2a Abs. 1 FLAG 1967).

Da C D E jun. während des gesamten Beschwerdezeitraums mit seiner Mutter A B im gemeinsamen Haushalt lebte und keinerlei Beweis für eine überwiegende Haushaltsführung durch den Vater C E sen. während der Zeit der Haushaltsangehörigkeit des Vaters besteht, ist im Streitfall nach nationalem Recht in Verbindung mit dem Unionsrecht primär die Mutter A B anspruchsberechtigt - unabhängig davon, ob die gemeinsame Haushaltsführung mit dem Vater bis Dezember 2009 oder bis Februar 2011 bestand. Diese hat auf ihren Anspruch auch nicht nach § 2a Abs. 2 FLAG 1967 verzichtet.

Dass, wie das Finanzamt in Vorlagebericht anführt, "in der im Beschwerdefall gegebenen Konstellation" "nach nationalem Recht der Beihilfenanspruch dem Kindesvater" zustehe, ist unrichtig. Während des gemeinsamen Haushalts des Vaters mit dem Kind und der Mutter war das Kind zwar beim Vater haushaltsgerechtig, ebenfalls aber bei der Mutter. In diesem Fall kommt die nicht widerlegte gesetzliche Vermutung des § 2a Abs. 1 FLAG 1967 der überwiegenden Haushaltsführung durch die Mutter, die Bf, zum Tragen. Nach Beendigung des gemeinsamen Haushalts bestand eine Haushaltsgerechtigkeit nur mehr zur Mutter.

Während des gemeinsamen Haushalts mit dem Kind kommt es nach nationalen Recht nicht auf die überwiegende Unterhaltskostentragung an. Nur wenn kein Haushaltsangehöriger anspruchsberechtigt ist, vermittelt die überwiegende Unterhaltskostentragung den Familienbeihilfenanspruch (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967). Verzichtet der primär anspruchsberechtigte Elternteil gemäß § 2a Abs. 2 FLAG 1967, geht der Anspruch auf den anderen Elternteil über, wenn dieser die Anspruchsvoraussetzungen (Haushaltszugehörigkeit mit dem Kind oder überwiegende Unterhaltskostentragung, vgl. VwGH 22.12.2011, 2011/16/0068) erfüllt.

Auch bei Sachverhalten mit Unionsrechtsbezug ist diese Prioritätsfolge maßgebend (vgl. VwGH 22.12.2011, 2011/16/0068; VwGH 24.6.2012, 2009/16/0131; VwGH 24.2.2010, 2009/13/0240). Das Bundesfinanzgericht hat ausdrücklich ausgesprochen, dass das Unionsrecht nicht die dem österreichischen Familienbeihilfenrecht eigene Reihenfolge der Prüfung der vorrangig anspruchsberechtigten Person ändert (BFG 14.5.2015, RV/3100177/2012). Art. 1 lit. f VO 1408/71 und Art. 1 Abs. 1 lit. i Z 1 sublit. i VO 883/2004 verweisen zur Anspruchsberechtigung auf das nationale Recht. Daher ist die nach nationalem Recht anspruchsberechtigte Person (der antragsberechtigte Elternteil) zu bestimmen. Nimmt diese ihren Anspruch nicht wahr, ergibt sich eine Antragsberechtigung einer anderen Person (des anderen Elternteils), die zum Kreis der Familienangehörigen im unionsrechtlichen Sinn zählt.

Die Mutter war (überwiegend) Haushaltshörende. Der Vater hat keinen Anspruch auf österreichische Familienleistungen erhoben und überdies auf einen derartigen Anspruch ausdrücklich verzichtet. Die Mutter hat in Österreich einen Antrag auf Differenzzahlung auf Grund der Beschäftigung des Vaters in Österreich gestellt.

Die Bf ist daher im gesamten Beschwerdezeitraum anspruchsberechtigt.

Ist wie hier vorrangig Ungarn als Beschäftigungsstaat der Mutter und Wohnsitzstaat der Familienangehörigen zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet, ruht der Anspruch auf die nach den österreichischen Rechtsvorschriften infolge Berufstätigkeit des (mittlerweile: früheren) Ehegatten geschuldeten Familienleistungen bis zur Höhe des in den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats Ungarn vorgesehenen Betrags (vgl. EuGH 26.11.2009, C -363/08, Romana Slanina).

Ein Ausschluss des Anspruchs der Bf auf österreichische Familienleistungen wegen ihrer Beschäftigung in Ungarn besteht nicht. Ein Anspruch auf Familienleistungen nach ungarischem Recht führt lediglich zu einem Ruhen des Anspruches auf Familienbeihilfe samt Kinderbeihilfe bis zur Höhe des nach ungarischen Vorschriften vorgesehenen Betrages (vgl. VwGH 27.9.2012, 2011/16/0189).

## **Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids**

Der angefochtene Bescheid erweist sich somit als rechtswidrig (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG), er ist gemäß § 279 BAO aufzuheben.

Der Bf steht für den Beschwerdezeitraum Ausgleichszahlung (Differenzzahlung) zu.

Eine bescheidmäßige Erledigung ist, da dem Anbringen der Bf vollinhaltlich stattgeben wird, gemäß § 13 FLAG 1967 nicht erforderlich, daher ist der angefochtene Bescheid ersatzlos aufzuheben (vgl. BFG 23.10.2014, RV/4100268/2012 oder BFG 13.2.2015, RV/7103505/2014) und hat das Finanzamt gemäß § 282 BAO i.V.m. § 11 FLAG 1967 die automationsunterstützte Auszahlung zu veranlassen.

## **Nichtzulassung der Revision**

Eine Revision ist nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, wenn ein Erkenntnis/Beschluss von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss nicht von der Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig. Es handelt sich um keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, da das Bundesfinanzgericht in rechtlicher Hinsicht der Judikatur des EuGH und des VwGH folgt (vgl. VwGH 16.12.2009, 2009/15/0207 m.w.N.).

Wien, am 8. Juni 2015