

## **BESCHLUSS**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde des A B, zunächst Adresse\_Wien\_10, nunmehr Adresse\_Wien\_15 bzw. Adresse\_PL, Polen, nunmehr vertreten durch Petsch Frosch Klein Arturo Rechtsanwälte, 1010 Wien, Esslinggasse 5, vom 3.8.2015 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10, 1030 Wien, Marxergasse 4, vom 2.7.2015, mit welchem der Antrag vom 31.3.2015 auf Ausgleichszahlung für die im Februar 1993 geborene C D B für den Zeitraum Jänner 2011 bis Dezember 2015 abgewiesen wurde, Sozialversicherungsnummer X, beschlossen:

I. Der angefochtene Bescheid vom 2.7.2015 und die Beschwerdeverentscheidung vom 21.1.2016 werden gemäß § 278 Abs. 1 BAO aufgehoben. Die Sache wird an das Finanzamt zurückverwiesen.

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

## **Entscheidungsgründe**

### **Antrag**

Mit dem Formular Beih 38 beantragte der Beschwerdeführer (Bf) A B am 23.3.2015, beim Finanzamt am 31.3.2015 persönlich überreicht, Differenzzahlung wie folgt:

A B sei polnischer Staatsbürger, verheiratet, lebe in einem gemeinsamen Haushalt mit seiner Ehegattin und seiner Tochter und wohne in Österreich in Adresse\_Wien\_10. Seine Ehegattin E F B sei ebenfalls polnische Staatsbürgerin. Ehegattin E F B erklärte auf dem Formular, auf die ihr gemäß § 2a Abs. 1 FLAG 1967 i.V.m. § 4 Abs. 2 FLAG 1967 vorrangig zustehende Ausgleichszahlung zugunsten des Bf zu verzichten.

Beantragt werde Differenzzahlung für die im Februar 1993 geborene C D B, Tochter des Bf, wohnhaft beim Bf am gemeinsamen Wohnort, überwiegende Kostentragung durch den Bf, Schülerin voraussichtlich bis Juni 2015 an der Postlyzeala Fotografie Schule in Katowice. Ein Zeitraum, für den Differenzzahlung beantragt wird, ist nicht angegeben.

Die beglaubigte Übersetzung einer Bescheinigung der Postlyzealen Fotografie-Schule Fotoedukacja in Katowice vom 8.9.2014 war beige schlossen:

## *Bescheinigung*

*Hiermit wird bescheinigt, dass Frau B C geboren am .... Februar 1993 in Katowice im Schuljahr 2014/2015 an einem durch die Postlyzeale Fotografie-Schule Fotoedukacja in Katowice veranstalteten Kurs zur Gewinnung beruflicher Qualifikationen teilnimmt.*

*Planmäßiger Abschluss der Schule in Qualifikation A.20. Bildregistrierung und - Verarbeitung - Januar 2015 und planmäßiger Abschluss der Schule in Qualifikation A.25. Ausführung und Realisierung multimedialer Projekte - Juni 2015.*

*An der Postlyzealen Fotografie-Schule Fotoedukacja in Katowice findet der Unterricht samstags und sonntags alle zwei Wochen statt (Fernstudium).*

*Die Postlyzeale Fotografie-Schule Fotoedukacja in Katowice ist im Register Nichtöffentlicher Schulen der Stadt Katowice unter der Nummer 8/2005 eingetragen. Die Schule hat Befugnisse der öffentlichen Schule.*

Die beglaubigte Übersetzung einer gekürzten Abschrift der Geburtsurkunde von C wurde vorgelegt. Laut beglaubigter Übersetzung des Abschlusszeugnisses eines allgemeinbildenden Lyzeums vom 27.4.2012 hat C D B im Schuljahr 2011/2012 das Allgemeinbildende Lyzeum in Katowice absolviert und Hochschulreife erlangt.

## **Vorhalt vom 20.4.2015**

Am 20.4.2015 versandte das Finanzamt folgenden Vorhalt an den Bf (Screenshot):

*89 Für welchen Zeitraum wird Familienbeihilfe beantragt?*

*50 , Geburtsdatum der Gattin*

*89 E9 für beide (Ehe)Partner (EU-Bescheinigung über das Einkommen, die vom zuständigen Finanzamt zu bestätigen ist)*

*Nachweis des Wohnsitzes der gesamten Familie*

*Bekanntgabe der Personal-/Sozialversicherungsnummer des Heimatlandes der gesamten Familie (bei Getrenntlebenden auch vom abderen Elternteil)*

*62 ab dem Schuljahr 2012/13*

*45 von Ihnen.*

## **Unterlagenvorlage vom 15.6.2015**

Am 15.6.2015 legte der Bf dem Finanzamt folgende Unterlagen vor:

## **Bestätigung des Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Katowicach**

Das Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Katowicach (Zentrum der Sozialhilfe in Kattowitz) bestätigte am 5.5.2015, dass von 2008 bis 4.5.2015 weder E B noch A B, wohnhaft Adresse\_PL, für die im Februar 1993 geborene C B Familienleistungen bezogen haben:

*Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej zaświadcza, że w okresie od 2008 r do nadal Pan/ Pani B E , PESEL ..., zam. Adresse\_PL oraz Pan B A nie pobierali w tutejszym Ośrodku świadczeń przyznawanych zgodnie z ustawą o świadczeniach rodzinnych (Dz.U. z 2006 r. nr 139, poz 992 z późn. zm.) na korzyść C B ur. ....02.1993 r.*

*W/w osoba na dzień 2015-05-04 nie złożyli w tutejszym Ośrodku wniosku o ustalenie prawa do świadczeń rodzinnych*

*Dokumentacja z przed 2008 r została wybrakowana.*

*Zaświadczenie wydaje się w celu uzyskania prawa do świadczeń rodzinnych poza granicami kraju (Austria).*

*Wydanie zaświadczenia nie podlega opłacie skarbowej na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy o opłacie skarbowej z dnia 16 listopada 2006r. (t. j. Dz.U. z 2014r., poz. 1628 z późn. zm.).*

*Jeżeli zaświadczenia, którego wydanie nie podlega opłacie skarbowej zostanie użyte w innej sprawie niż wymieniona w ust.1, wydanie tego zaświadczenia podlega opłacie skarbowej (art. 2 ust. 2 cytowanej ustawy).*

Handschriftlich ist vermerkt:

*Familienbeihilfe für Jahr:*

2011

2012

2013

2014

2015

## **Zeugnisse**

Vorgelegt wurde ein Gymnasialzeugnis betreffend C für das Schuljahr 2008/2009 (19.6.2009), ein Zeugnis des Lyceums für das Schuljahr 2010/2011 (22.6.2011) und eine Bestätigung eines Lyceums in Katowice vom 8.6.2015, dass C von 1.9.2009 bis 27.4.2012 diese Schule besucht hat.

## **Bestätigung des Naczelnik Pierwszego Urzędu Skarbowego w Katowicach**

Der Naczelnik Pierwszego Urzędu Skarbowego w Katowicach (Leiter des Ersten Finanzamtes in Kattowitz) bestätigte am 7.5.2015, dass von E B Steuererklärungen für die Jahre 2008 bis 2012 mit folgenden Einkommenshöhen abgegeben wurden (zu Details siehe unten):

2008: 19.498,87 zł

2009: 20.981,79 zł

2010: 22.024,58 zł

2011: 22.975,96 zł

2012: 21.676,64 zł.

## **Abweisungsbescheid**

Mit Bescheid vom 2.7.2015 wies das Finanzamt den Antrag vom 31.3.2015 auf Ausgleichszahlung für die im Februar 1993 geborene C D B für den Zeitraum Jänner 2011 bis Dezember 2015 ab. Die Begründung lautet:

*Da Sie trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht eingebracht haben und dadurch Ihrer Mitwirkungspflicht nach § 115 Bundesabgabenordnung nicht nachgekommen sind, muss angenommen werden, dass im oben genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden hat bzw. besteht.*

## **Beschwerde**

Mit internem Formular des Finanzamts legte der Bf am 3.8.2015 Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid vom 2.7.2015 mit dem ersichtlichen Antrag (der Vordruck des Finanzamts enthält weder ein Feld für die gemäß § 250 Abs. 1 lit. b BAO erforderliche Anfechtungserklärung noch für den gemäß § 250 Abs. 1 lit. d BAO erforderlichen Änderungsantrag) auf ersatzlose Aufhebung ein. Die Beschwerde wurde wie folgt begründet:

*Alle abverlangten Dokumente habe ich mitgebracht, außer meinen Beschäftigungsnachweis, weil meine Firma in Konkurs gegangen ist und ich habe keine Dokumente bekommen. Anbei sind die Kopien von Lohnzetteln.*

Unterlagen, aus denen sich ergibt, dass der Bf bei einem Unternehmen in Wien als Facharbeiter von 4.6.2014 (Eintritt) bis 5.9.2014 (Austritt) beschäftigt war, waren beigegeben.

## **Unterlagenvorlage vom 11.8.2015**

Am 11.8.2015 legte der Bf offenbar auf Grund eines nicht im vom Finanzamt vorgelegten Akt befindlichen Vorhalts dem Finanzamt folgende Unterlagen vor:

### **Übersetzung der Bestätigung des Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Katowicach**

Beglaubigte Übersetzung der bereits im Original vorgelegten Bestätigung des Zentrums der Sozialhilfe in Kattowitz vom 5.5.2015:

*Bescheinigung DPL...*

*Das Stadtzentrum für Sozialhilfe bescheinigt hiermit, dass Frau B E pers. ID - PESEL ..., wh. Adresse\_PL und Herr B A in der Zeit von 2008 an für die Tochter C B geb. am ....02.1993 bei diesem Zentrum keine Leistungen nach dem Gesetz über Familienleistungen (GBl. von 2006 Nr. 139, Pos. 992 m. spät. Änd.) beziehen.*

*Die o.g. Person haben zum 2015-05-04 bei diesem Zentrum keinen Antrag auf Ermittlung des Anspruchs auf Familienleistungen gestellt.*

*Die Dokumentation für die Zeit vor 2008 ist lückenhaft.*

*Die Bescheinigung wird zur Beantragung von Familienleistungen im Ausland (in Österreich) erteilt.*

*Die Bescheinigungsausstellung ist stempelsteuerfrei nach Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 des Stempelsteuergesetzes vom 16. November 2006 (GBl. von 2014, Nr. 1628 m. spät. Änd.).*

*Sollte jedoch die stempelsteuerfreie Bescheinigung zum anderen Zweck als der unter Abs. 1 genannte benutzt werden, ist die Bescheinigung gebührenpflichtig (Art. 2 Abs. 2 des angeführten Gesetzes).*

### **Übersetzung der Bestätigung des Naczelnik Pierwszego Urzędu Skarbowego w Katowicach**

Beglaubigte Übersetzung der Bestätigung des Leiters des Ersten Finanzamtes in Kattowitz vom 7.5.2015:

**BESCHEINIGUNG**

*Bescheinigungs-Nr. OB1...*

**ANGABEN ZUM STEUERPFLICHTIGEN**

*Pers. ID PESEL ...*

Name: B E

Anschrift: Adresse\_PL

*Es wird bescheinigt, dass die Antragstellerin bei dieser Steuerbehörde in den Jahren 2008-2012 Steuererklärungen (PIT-37) über das erzielte Einkommen (den erlittenen Verlust) eingereicht hat, in denen folgendes Einkommen ausgewiesen worden ist:*

2008 19.498,87 Zloty

2009 20.981,79 Zloty

2010 22.024,58 Zloty

2011 2.975,96 Zloty

2012 21.676,64 Zloty

*Gleichzeitig wird bescheinigt, dass aufgrund der jährlichen Steuerabrechnung der Rentenbehörde die Antragstellerin in den Geschäftsjahren 2013 und 2014 (P1T-40A) folgendes Einkommen erzielt hat:*

2013 20.064,16 Zloty

2014 20.462,80 Zloty

*Die Bescheinigung wird zur Vorlage bei einer österreichischen Behörde.*

*Die Bescheinigung ist Nachweis der Sach- oder Rechtslage am Tag deren Ausstellung nach Art. 306a § 3 der poln. Abgabenordnung vom 29. August 1997 (GBl. Pos. 749 von 2012 einheitlicher Text).*

*Es wurde eine Stempelsteuer von 17,00 Zloty entrichtet (§ 4 Ziff. I der Verordnung des Finanzministers über die Stempelsteuer-GBl. Nr. 187, Pos. 1330).*

*Diese Bescheinigung wurde nach Art. 143 der poln. Abgabenordnung im Auftrag des Finanzamtsleiters erteilt.*

## **Übersetzung der Meldebescheinigung vom 27.2.2015**

Beglaubigte Übersetzung der Meldebescheinigung des Stadtpräsidenten von Kattowitz vom 27.2.2015:

SO-IV....

**BESCHEINIGUNG ÜBER ANSCHRIFTEN UND MELDEZEITEN**

Herr B A

Pers. Ident.-Nr.: ...

Elternnamen: ...

geboren am 1955-12-... in BRZEZNA

*Personalausweis ...*

*ausgestellt durch den STADTPRÄSIDENTEN (2469011) KATOWICE*

*Meldung zum gewöhnlichen Aufenthalt:*

*(1210142) Gemeinde PODEGRODZIE*

*BRZEZNA Haus ...*

*Anmeldung 1955-12-... Abmeldung 1979-05-21*

*(2469011) Gemeinde KATOWICE*

*[Adresse\_PL]*

*Anmeldung 1986-01-28 Abmeldung 2005-03-29*

*Die vorstehende Bescheinigung wurde aufgrund des Bevölkerungsregisters ausgestellt.*

### **Übersetzung der Meldebescheinigung vom 6.8.2015**

Beglaubigte Übersetzung der Meldebescheinigung des Stadtpräsidenten von Kattowitz vom 6.8.2015:

*SO-IV....*

*MELDEBESCHEINIGUNG ÜBER GEWÖHNLICHEN AUFENTHALT*

*Frau G C D*

*Vatervorname: A*

*geboren am 1993-02-... in KATOWICE*

*Pers. Ident.-Nr.: ...*

*ausgewiesen durch den Personalausweis ...*

*ausgestellt durch den STADTPRÄSIDENTEN (2469011) KATOWICE*

*ist seit dem 1993-02-... zum gewöhnlichen .Aufenthalt unter folgender Adresse angemeldet*

*Gemeinde Ortsteil KATOWICE (2469011)*

*Woiwodschaft SCHLESIEN Kreis STADT KATOWICE*

*[Adresse\_PL]*

### **Übersetzung der Meldebescheinigung vom 6.8.2015**

Beglaubigte Übersetzung der Meldebescheinigung des Stadtpräsidenten von Kattowitz vom 6.8.2015:

SO-IV....

*MELDEBESCHEINIGUNG ÜBER GEWÖHNLICHEN AUFENTHALT*

*Frau G C D B E F*

*Vatervorname: ...*

*geboren am 1950-05-..... in CHRUSZCZYNY*

*Pers. Ident.-Nr.: ...*

*ausgewiesen durch den Personalausweis ...*

*ausgestellt durch den STADTPRÄSIDENTEN (2469011) KATOWICE*

*ist seit dem 1986-10-07 zum gewöhnlichen .Aufenthalt unter folgender Adresse  
angemeldet*

*Gemeinde Ortsteil KATOWICE (2469011)*

*Woiwodschaft SCHLESSEN Kreis STADT KATOWICE*

*[Adresse\_PL]*

**Vorhalt vom 15.12.2015**

Am 15.12.2015 versandte das Finanzamt folgenden Vorhalt an den Bf (Screenshot):

*89 Da Sie bereits seit 29.3.2005 in Polen abgemeldet sind und den Hauptwohnsitz in  
Österreich haben, werden Sie aufgefordert einen Nachweis über den monatlich erbrachten  
Unterhaltsbeitrag für Ihr Kind für den beantragten Zeitraum zu erbringen.*

**Vorhaltsbeantwortung vom 5.1.2016**

Am 5.1.2016 teilte der Bf mit:

*Ich, B A wohnt in Wien ..., ich wohne und arbeite in Wien, aber jede Wochenende fahre  
ich zu meiner Familie in Polen, und dort übernehme ich Kosten für unseres Leben, wie  
Lebensmittel, Rechnungen für Strom, Energie und alle Kosten für meine Tochter, wie  
Schulkosten, Tickets und Kleidungen usw.*

**Beschwerdevorentscheidung**

Das Finanzamt wies mit Beschwerdevorentscheidung vom 21.1.2016 die Beschwerde als  
unbegründet ab:

*Art. 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 regelt für den Fall, dass für dieselben  
Familienangehörigen Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer*



*Mitgliedstaaten zu gewähren sind, welcher Staat vorrangig/nachrangig für die Zahlung der Familienleistungen zuständig ist.*

*Der Begriff des "familienangehörigen Kindes" wird im § 2 Abs. 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 definiert; darunter zu verstehen sind leibliche Kinder, Enkel, Stiefkinder usw., allerdings immer unter der einschränkenden Voraussetzung, dass das Kind mit dem in Frage kommenden Elternteil im gemeinsamen Haushalt lebt oder dieser Elternteil überwiegend die Unterhaltskosten für das Kind trägt (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967). Im Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 26. November 2009 in der Rechtssache C-363/08 und im darauf folgenden Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 2. Februar 2010, Zl. 2009/1510204—11, wurde jedoch die Rechtsmeinung vertreten, dass ein leiblicher Vater — auch wenn er keinerlei Kontakt zu seinem leiblichen, im Ausland lebenden Kind mehr hat - als familienangehöriger Vater zu werten sei und eine von ihm in Österreich ausgeübte Erwerbstätigkeit einen Anspruch auf die Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung für das Kind im Ausland auslöse.*

*Als Folge dieser Rechtsprechung ist daher als ein familienangehöriges Kind im Sinne des Art. 68 der Verordnung (EG) 883/2004 ein leibliches Kind im Verhältnis zu seinem leiblichen Vater/zu seiner leiblichen Mutter zu werten. Bei der Beurteilung der Frage, nach welchen Rechtsvorschriften ein vorrangiger/nachrangiger Anspruch auf die Familienleistungen eines Landes für dieses Kind besteht, sind der Prüfung beide leibliche Elternteile zugrunde zu legen.*

*Da kein aufrechter Wohnsitz in Polen besteht und kein Nachweis über Unterhaltsleistungen erbracht wurde, war Ihre Beschwerde abzuweisen.*

## **Vorlageantrag**

Der Bf stellte am 22.2.2016 durch seine nunmehrigen rechtsfreundlichen Vertreter Vorlageantrag:

*Herr A B hat uns mit seiner rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt und uns Vollmacht erteilt und berufen wir uns gemäß § 8 RAO auf die erteilte Vollmacht und stellen im Namen und Auftrag unseres Mandanten den Antrag die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht*

### **Begründung**

*Der Beschwerdeführer wohnt und arbeitet seit mindestens 10 Jahren in Österreich und bestritt alleine die Unterhaltskosten für seine Tochter C B, die mit ihrer Mutter in gemeinsamen Haushalt in Katowice, Polen wohnt.*

*Der Beschwerdeführer ist mit der Mutter verheiratet und stand und steht in engem Kontakt mit seiner Familie. An den Wochenenden und wann immer ihm arbeitsfreie Zeit zur Verfügung stand hat er seine Familie in Polen besucht und seine arbeitsfreie Zeit mit seiner Familie verbracht.*

*Mit Beschwerde vorentscheidung vom 21.01.2016 wurde die Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid Familienbeihilfe vom 02.07.2015 als unbegründet abgewiesen.*

*Der Antragsteller, der der deutschen Sprache nicht mächtig ist, hat nach seiner Überzeugung alle von der Behörde angeforderten Dokumente vorgelegt und kann alle relevanten Tatsachen nachweisen. Nach seinem Verständnis wurde ihm von der Behörde vor Einbringung des Antrages beziehungsweise der Beschwerde informell mitgeteilt, dass in seinem Fall alle Voraussetzungen für die Auszahlung der Familienbeihilfe vorlägen. Der Beschwerdeführer hat alle Dokumente vorgelegt, die von der Behörde verlangt wurden. Er ist davon ausgegangen, dass seinem Antrag stattgegeben wird.*

*Die Beschwerdegründe werden wie folgt präzisiert:*

*Die Begründung der Beschwerde vorentscheidung ist lückenhaft und folgt nicht den Gesetzen der Logik. Zwar wird richtigerweise auf die Eigenschaft als Familienangehöriger als Voraussetzung eines Anspruches auf Familienbeihilfe eingegangen, jedoch werden falsche Schlussfolgerungen gezogen und ist die Begründung insgesamt inkonsistent und nicht nachvollziehbar.*

*Familienangehöriger im Sinne des Art. 1 lit i der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ist jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt wird. Wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Familienangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Versicherten in häuslicher Gemeinschaft lebt, gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend vom Versicherten bestritten wird.*

*Es ist daher die Frage, ob das Kind als Familienangehöriger angesehen anspruchsberechtigt ist, in erster Linie nach nationalen Vorschriften werden kann und der Kindesvater damit im vorliegenden Fall daher auf Basis des österreichischen Rechts - zu beurteilen.*

*§ 2 Abs. 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 bestimmt, dass Anspruch auf Familienbeihilfe die Person hat, zu deren Haushalt das Kind gehört oder die die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, wenn keine andere Person berechtigt ist, Kind für das Kind Familienbeihilfe aufgrund eines gemeinsamen Haushalts zu beziehen.*

*Im vorliegenden Fall wurden die Unterhaltskosten zur Gänze vom Kindesvater getragen, der seinen Wohnsitz in Österreich hat, hier seine Berufstätigkeit ausübt und somit den Mittelpunkt seiner Lebensinteressen in Österreich hat. Es besteht kein Anspruch der*

*Kindesmutter auf Familienleistungen in Polen. Der Kindesvater ist daher anspruchsberechtigt.*

*Der in der Beschwerdeentscheidung zitierte Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 26. November 2009 in der Rechtssache C-363/08 lag zugrunde, dass eine Österreichische Staatsangehörige, die berechtigt war, in Österreich Familienbeihilfe zu beziehen, ihren Wohnsitz nach Griechenland verlegte und sich die Frage der Rückforderung Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag stellte, welche sie in Österreich für ihre Tochter erhalten hatte. Der Sachverhalt der zitierten Entscheidung ist mit dem vorliegenden Sachverhalt daher nicht vergleichbar.*

*Darüber hinaus wird die Folge dieses Urteils in der Beschwerdeentscheidung falsch interpretiert, zumal diese nicht ist, dass „als ein familienangehöriges Kind im Sinne des Art. 68 der Verordnung (EG) 883/2004 ein leibliches Kind im Verhältnis zu seinem leiblichen Vater/zu seiner leiblichen Mutter zu werten“ ist, sondern dass, wie der EuGH ausgesprochen hat, „Art. 73 der Verordnung Nr. 1408/71 dahin auszulegen ist, dass eine geschiedene Person, die von dem zuständigen Träger des Mitgliedstaats, in dem sie gewohnt hat und in dem ihr früherer Ehegatte weiterhin lebt und arbeitet, Familienbeihilfe erhalten hat, für ihr Kind, sofern es als Familienangehöriger des früheren Ehegatten im Sinne von Art. 1 Buchst. f Ziff. i dieser Verordnung anerkannt ist, den Anspruch auf diese Beihilfe beibehält, obwohl sie diesen Staat verlässt, um sich mit ihrem Kind in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, in dem sie nicht berufstätig ist, und obwohl der frühere Ehegatte die betreffende Beihilfe in seinem Wohnmitgliedstaat beziehen könnte.“ Die Entscheidung ist daher für den vorliegenden Fall nicht einschlägig, sondern bestätigt den Wortlaut der Verordnung, was zu einer Anspruchsberechtigung des Kindesvaters führt. Zuletzt ist anzumerken, dass im Ausgangsverfahren der Anspruch auf Familienbeihilfe bejaht wurde.*

*Der Beschwerdeführer stellt daher den Antrag  
die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vorzulegen.*

## **Vorlage**

Mit Bericht vom 28.4.2016 legte das Finanzamt dem Bundesfinanzgericht die Beschwerde zur Entscheidung vor und gab an:

*Sachverhalt: Kein gemeinsamer Haushalt mit Kindesmutter nachgewiesen Keine überwiegende Kostentragung nachgewiesen*

*Beweismittel: siehe Unterlagen*

*Stellungnahme: laut Meldezettel in Polen abgemeldet keine Unterhaltskosten nachgewiesen*

## **Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **Sachverhalt**

Aus dem bisher vom Finanzamt vorgelegten Akteninhalt ergibt sich für den Beschwerdezeitraum (Jänner 2011 bis Dezember 2015), dass E F B und A B die Eltern der im Februar 1993 geborenen C D B sind. A B verfügte über einen Wohnsitz in Österreich in Adresse\_Wien\_10, seine Ehegattin E lebte mit der gemeinsamen Tochter C in Polen in Adresse\_PL im gemeinsamen Haushalt. An der Adresse in Polen in Adresse\_PL war A B zwischen dem Jahr 1986 und dem Jahr 2005 gemeldet, die Ehegattin und die gemeinsame Tochter sind im Beschwerdezeitraum an dieser Anschrift gemeldet gewesen.

C D B hat im Schuljahr 2011/2012 das Allgemeinbildende Lyzeum in Katowice absolviert und die Hochschulreife erlangt. C hat diese Schule von 1.9.2009 bis 27.4.2012 besucht.

Im Schuljahr 2014/2015 nahm C an einem Fernstudium an der Postlyzealen Fotografie-Schule Fotoedukacja in Katowice statt, wobei der Unterricht alle zwei Wochen samstags und sonntags stattfand.

Von 4.6.2014 bis 5.9.2014 war A B bei einem österreichischen Arbeitgeber als Facharbeiter beschäftigt. E F F zugunsten von A B auf einen Anspruch auf österreichische Familienleistungen verzichtet. Für C wurden zwischen 1.1.2008 und 4.5.2015 keine polnischen Familienleistungen erbracht. E F B war von 2008 bis 2012 in Polen erwerbstätig und bezieht seit 2013 eine Pension.

### **Beweiswürdigung**

Die bisher getroffenen Feststellungen ergeben sich aus dem Akteninhalt und sind nicht strittig. Es steht weder fest, ob der Bf im Beschwerdezeitraum durchgehend in Österreich beschäftigt war noch dass der Bf im Beschwerdezeitraum in Polen mit seiner Ehegattin und seiner Tochter im selben Haushalt gewohnt hat.

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

c) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,

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

*freiwillige praktische Hilfstätigkeit bei einer von einem gemeinnützigen Träger der freien Wohlfahrtspflege zugewiesenen Einsatzstelle im Inland ausgeübt haben; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,*

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

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

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

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

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

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

*(3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person*

*a) deren Nachkommen,*

*b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,*

*c) deren Stiefkinder,*

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

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

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

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

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

*c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich*

*behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs 4).*

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

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

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

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

§ 2a FLAG 1967 lautet:

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

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

§ 4 FLAG 1967 lautet:

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

*(2) Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person (§ 5 Abs. 5) Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.*



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

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

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

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

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

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

§§ 10, 11, 12, 13 FLAG 1967 lauten:

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

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

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

*(4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.*

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

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

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

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

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

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

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

*§ 53 FLAG 1967 lautet:*

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

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

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

*§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet:*

*(3) Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.*

*§ 115 BAO lautet:*

*§ 115. (1) Die Abgabenbehörden haben die abgabepflichtigen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind. Diese Verpflichtung wird durch eine erhöhte Mitwirkungspflicht des Abgabepflichtigen, wie beispielsweise bei Auslandssachverhalten, eingeschränkt.*

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

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

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

*§§ 166 f BAO lauten:*

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

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

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

*Wird die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig, so sind gemäß § 177 Abs. 1 BAO die für Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellten Sachverständigen beizuziehen.*

*§ 183 BAO lautet:*

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

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

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

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

§ 278 BAO lautet:

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

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

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

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

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

*(3) Im weiteren Verfahren sind die Abgabenbehörden an die für die Aufhebung maßgebliche, im aufhebenden Beschluss dargelegte Rechtsanschauung gebunden. Dies gilt auch dann, wenn der Beschluss einen kürzeren Zeitraum als der spätere Bescheid umfasst.*

## **Unionsrecht**

Das maßgebende Unionsrecht findet sich insbesondere in der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO, Grundverordnung) und in der hierzu ergangenen Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (DVO, Durchführungsverordnung).

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

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

Die VO 883/2004 gilt 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.

Art. 11 VO 883/2004 lautet auszugsweise:

### *Artikel 11*

#### *Allgemeine Regelung*

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

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

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

- a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;*
- b) ein Beamter unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, dem die ihn beschäftigende Verwaltungseinheit angehört;*
- c) eine Person, die nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats Leistungen bei Arbeitslosigkeit gemäß Artikel 65 erhält, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;*
- d) eine zum Wehr- oder Zivildienst eines Mitgliedstaats einberufene oder wiedereinberufene Person unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;*
- e) jede andere Person, die nicht unter die Buchstaben a) bis d) fällt, unterliegt unbeschadet anders lautender Bestimmungen dieser Verordnung, nach denen ihr Leistungen aufgrund der Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zustehen, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats....*

*Art. 13 VO 883/2004 lautet:*

*Ausübung von Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten*

*(1) Eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Beschäftigung ausübt, unterliegt:*

- a) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt, oder*
- b) wenn sie im Wohnmitgliedstaat keinen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt,*
  - i) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen oder der Arbeitgeber seinen Sitz oder Wohnsitz hat, sofern sie bei einem Unternehmen bzw. einem Arbeitgeber beschäftigt ist, oder*
  - ii) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem die Unternehmen oder Arbeitgeber ihren Sitz oder Wohnsitz haben, wenn sie bei zwei oder mehr Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt ist, die ihren Sitz oder Wohnsitz in nur einem Mitgliedstaat haben, oder*
  - iii) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen oder der Arbeitgeber außerhalb des Wohnmitgliedstaats seinen Sitz oder Wohnsitz hat, sofern sie bei zwei oder mehr Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt ist, die ihre Sitze oder Wohnsitze in zwei Mitgliedstaaten haben, von denen einer der Wohnmitgliedstaat ist, oder*
  - iv) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, sofern sie bei zwei oder mehr Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt ist, von denen mindestens zwei ihren Sitz oder Wohnsitz in verschiedenen Mitgliedstaaten außerhalb des Wohnmitgliedstaats haben.*

*(2) Eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt:*

*a) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt,*

*oder*

*b) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sich der Mittelpunkt ihrer Tätigkeiten befindet, wenn sie nicht in einem der Mitgliedstaaten wohnt, in denen sie einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt.*

*(3) Eine Person, die gewöhnlich in verschiedenen Mitgliedstaaten eine Beschäftigung und eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sie eine Beschäftigung ausübt, oder, wenn sie eine solche Beschäftigung in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt, den nach Absatz 1 bestimmten Rechtsvorschriften.*

*(4) Eine Person, die in einem Mitgliedstaat als Beamter beschäftigt ist und die eine Beschäftigung und/oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, dem die sie beschäftigende Verwaltungseinheit angehört.*

*(5) Die in den Absätzen 1 bis 4 genannten Personen werden für die Zwecke der nach diesen Bestimmungen ermittelten Rechtsvorschriften so behandelt, als ob sie ihre gesamte Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit in dem betreffenden Mitgliedstaat ausüben und dort ihre gesamten Einkünfte erzielen würden.*

Nach Art. 67 VO 883/2004 hat eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

Art. 68 VO 883/2004 lautet:

*Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen*

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

*a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge: an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.*

*b) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren, so richtet sich die Rangfolge nach den folgenden subsidiären Kriterien:*

*i) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird, und subsidiär gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung. Im letztgenannten Fall werden die Kosten für die Leistungen nach in der Durchführungsverordnung festgelegten Kriterien aufgeteilt;*

*ii) bei Ansprüchen, die durch den Bezug einer Rente ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass nach diesen Rechtsvorschriften eine Rente geschuldet wird, und subsidiär gegebenenfalls die längste Dauer der nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;*

*iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.*

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

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

*a) Dieser Träger leitet den Antrag unverzüglich an den zuständigen Träger des Mitgliedstaats weiter, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, teilt dies der betroffenen Person mit und zahlt unbeschadet der Bestimmungen der Durchführungsverordnung über die vorläufige Gewährung von Leistungen erforderlichenfalls den in Absatz 2 genannten Unterschiedsbetrag;*

*b) der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, bearbeitet den Antrag, als ob er direkt bei ihm gestellt worden wäre; der Tag der Einreichung des Antrags beim ersten Träger gilt als der Tag der Einreichung bei dem Träger, der vorrangig zuständig ist.*

**Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der**



## **Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit**

Die Verordnung enthält Durchführungsbestimmungen zur VO 883/2004.

Art. 14 VO 987/2009 lautet:

### **Artikel 14**

#### *Nähere Vorschriften zu den Artikeln 12 und 13 der Grundverordnung*

*(1) Bei der Anwendung von Artikel 12 Absatz 1 der Grundverordnung umfassen die Worte „eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird“ auch eine Person, die im Hinblick auf die Entsendung in einen anderen Mitgliedstaat eingestellt wird, vorausgesetzt die betreffende Person unterliegt unmittelbar vor Beginn ihrer Beschäftigung bereits den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen, bei dem sie eingestellt wird, seinen Sitz hat.*

*(2) Bei der Anwendung von Artikel 12 Absatz 1 der Grundverordnung beziehen sich die Worte „der gewöhnlich dort tätig ist“ auf einen Arbeitgeber, der gewöhnlich andere nennenswerte Tätigkeiten als reine interne Verwaltungstätigkeiten auf dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen niedergelassen ist, ausübt, unter Berücksichtigung aller Kriterien, die die Tätigkeit des betreffenden Unternehmens kennzeichnen; die maßgebenden Kriterien müssen auf die Besonderheiten eines jeden Arbeitgebers und die Eigenart der ausgeübten Tätigkeiten abgestimmt sein.*

*(3) Bei der Anwendung von Artikel 12 Absatz 2 der Grundverordnung beziehen sich die Worte „eine Person, die gewöhnlich in einem Mitgliedstaat eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt“ auf eine Person, die üblicherweise nennenswerte Tätigkeiten auf dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats ausübt, in dem sie ansässig ist. Insbesondere muss die Person ihre Tätigkeit bereits einige Zeit vor dem Zeitpunkt, ab dem sie die Bestimmungen des genannten Artikels in Anspruch nehmen will, ausgeübt haben und muss während jeder Zeit ihrer vorübergehenden Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat in dem Mitgliedstaat, in dem sie ansässig ist, den für die Ausübung ihrer Tätigkeit erforderlichen Anforderungen weiterhin genügen, um die Tätigkeit bei ihrer Rückkehr fortsetzen zu können.*

*(4) Bei der Anwendung von Artikel 12 Absatz 2 der Grundverordnung kommt es für die Feststellung, ob die Erwerbstätigkeit, die ein Selbständiger in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, eine „ähnliche“ Tätigkeit wie die gewöhnlich ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit ist, auf die tatsächliche Eigenart der Tätigkeit und nicht darauf an, ob dieser andere Mitgliedstaat diese Tätigkeit als Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert.*

(5) Bei der Anwendung von Artikel 13 Absatz 1 der Grundverordnung beziehen sich die Worte „eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Beschäftigung ausübt“ insbesondere auf eine Person,

a) die eine Tätigkeit in einem Mitgliedstaat beibehält, aber zugleich eine gesonderte Tätigkeit in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten ausübt, und zwar unabhängig von der Dauer oder der Eigenart dieser gesonderten Tätigkeit;

b) die kontinuierlich Tätigkeiten alternierend in zwei oder mehr Mitgliedstaaten nachgeht, mit der Ausnahme von unbedeutenden Tätigkeiten, und zwar unabhängig von der Häufigkeit oder der Regelmäßigkeit des Alternierens.

(6) Bei der Anwendung von Artikel 13 Absatz 2 der Grundverordnung beziehen sich die Worte „eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt“ insbesondere auf eine Person, die gleichzeitig oder abwechselnd eine oder mehrere gesonderte selbständige Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt, und zwar unabhängig von der Eigenart dieser Tätigkeiten.

(7) Um die Tätigkeiten nach den Absätzen 5 und 6 von den in Artikel 12 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung beschriebenen Situationen zu unterscheiden, ist die Dauer der Tätigkeit in einem oder weiteren Mitgliedstaaten (ob dauerhaft, kurzfristiger oder vorübergehender Art) entscheidend. Zu diesem Zweck erfolgt eine Gesamtbewertung aller maßgebenden Fakten, einschließlich insbesondere, wenn es sich um einen Arbeitnehmer handelt, des Arbeitsortes, wie er im Arbeitsvertrag definiert ist.

(8) Bei der Anwendung von Artikel 13 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung bedeutet die Ausübung „eines wesentlichen Teils der Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit“ in einem Mitgliedstaat, dass der Arbeitnehmer oder Selbständige dort einen quantitativ erheblichen Teil seiner Tätigkeit ausübt, was aber nicht notwendigerweise der größte Teil seiner Tätigkeit sein muss.

Um festzustellen, ob ein wesentlicher Teil der Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt wird, werden folgende Orientierungskriterien herangezogen:

a) im Falle einer Beschäftigung die Arbeitszeit und/oder das Arbeitsentgelt und

b) im Falle einer selbständigen Erwerbstätigkeit der Umsatz, die Arbeitszeit, die Anzahl der erbrachten Dienstleistungen und/oder das Einkommen.

Wird im Rahmen einer Gesamtbewertung bei den genannten Kriterien ein Anteil von weniger als 25 % erreicht, so ist dies ein Anzeichen dafür, dass ein wesentlicher Teil der Tätigkeit nicht in dem entsprechenden Mitgliedstaat ausgeübt wird.

(9) Bei der Anwendung von Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe b der Grundverordnung wird bei Selbständigen der „Mittelpunkt ihrer Tätigkeiten“ anhand sämtlicher Merkmale bestimmt, die ihre berufliche Tätigkeit kennzeichnen; hierzu gehören namentlich der Ort, an dem sich die feste und ständige Niederlassung befindet, von dem aus die betreffende Person ihre Tätigkeiten ausübt, die gewöhnliche Art oder die Dauer der ausgeübten

*Tätigkeiten, die Anzahl der erbrachten Dienstleistungen sowie der sich aus sämtlichen Umständen ergebende Wille der betreffenden Person.*

*(10) Für die Festlegung der anzuwendenden Rechtsvorschriften nach den Absätzen 8 und 9 berücksichtigen die betroffenen Träger die für die folgenden 12 Kalendermonate angenommene Situation.*

*(11) Für eine Person, die ihre Beschäftigung in zwei oder mehreren Mitgliedstaaten für einen Arbeitgeber ausübt, der seinen Sitz außerhalb des Hoheitsgebiets der Union hat, gelten die Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn diese Person in einem Mitgliedstaat wohnt, in dem sie keine wesentliche Tätigkeit ausübt.*

Art. 16 VO 987/2009 lautet:

#### *Artikel 16*

##### *Verfahren bei der Anwendung von Artikel 13 der Grundverordnung*

*(1) Eine Person, die in zwei oder mehreren Mitgliedstaaten eine Tätigkeit ausübt, teilt dies dem von der zuständigen Behörde ihres Wohnmitgliedstaats bezeichneten Träger mit.*

*(2) Der bezeichnete Träger des Wohnorts legt unter Berücksichtigung von Artikel 13 der Grundverordnung und von Artikel 14 der Durchführungsverordnung unverzüglich fest, welchen Rechtsvorschriften die betreffende Person unterliegt. Diese erste Festlegung erfolgt vorläufig. Der Träger unterrichtet die bezeichneten Träger jedes Mitgliedstaats, in dem die Person eine Tätigkeit ausübt, über seine vorläufige Festlegung.*

*(3) Die vorläufige Festlegung der anzuwendenden Rechtsvorschriften nach Absatz 2 erhält binnen zwei Monaten, nachdem die von den zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaats bezeichneten Träger davon in Kenntnis gesetzt wurden, endgültigen Charakter, es sei denn, die anzuwendenden Rechtsvorschriften wurden bereits auf der Grundlage von Absatz 4 endgültig festgelegt, oder mindestens einer der betreffenden Träger setzt den von der zuständigen Behörde des Wohnmitgliedstaats bezeichneten Träger vor Ablauf dieser zweimonatigen Frist davon in Kenntnis, dass er die Festlegung noch nicht akzeptieren kann oder diesbezüglich eine andere Auffassung vertritt.*

*(4) Ist aufgrund bestehender Unsicherheit bezüglich der Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften eine Kontaktaufnahme zwischen den Trägern oder Behörden zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten erforderlich, so werden auf Ersuchen eines oder mehrerer der von den zuständigen Behörden der betreffenden Mitgliedstaaten bezeichneten Träger oder auf Ersuchen der zuständigen Behörden selbst die geltenden Rechtsvorschriften unter Berücksichtigung von Artikel 13 der Grundverordnung und der einschlägigen Bestimmungen von Artikel 14 der Durchführungsverordnung einvernehmlich festgelegt.*

*Sind die betreffenden Träger oder zuständigen Behörden unterschiedlicher Auffassung, so bemühen diese sich nach den vorstehenden Bedingungen um Einigung; es gilt Artikel 6 der Durchführungsverordnung.*

*(5) Der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften entweder vorläufig oder endgültig als anwendbar bestimmt werden, teilt dies unverzüglich der betreffenden Person mit.*

*(6) Unterlässt eine Person die Mitteilung nach Absatz 1, so erfolgt die Anwendung dieses Artikels auf Initiative des Trägers, der von der zuständigen Behörde des Wohnmitgliedstaats bezeichnet wurde, sobald er — möglicherweise durch einen anderen betroffenen Träger — über die Situation der Person unterrichtet wurde.*

## **Nationales Recht (Polen)**

Nach polnischem Recht wurden im Beschwerdezeitraum Familienleistungen nur erbracht, wenn das monatliche Familieneinkommen grundsätzlich PLN 504,00 bzw. PLN 539,00 pro Person nicht überschreitet (vgl. [http://ec.europa.eu/employment\\_social/empl\\_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Poland\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Poland_de.pdf); BFG 15.10.2015, RV/7105434/2014).

## **Rechtswidrigkeit des angefochtenen Abweisungsbescheides**

Der angefochtene Abweisungsbescheid vom 2.7.2015 wirft dem Bf unter Hinweis auf § 115 BAO mangelnde Mitwirkung vor und nimmt an, dass ein Anspruch auf Familienbeihilfe nicht bestehe. Aus dem angefochtenen Bescheid geht nicht hervor, worin das Finanzamt die fehlende Mitwirkung sieht.

Ein Blick in das Gesetz würde genügen um zu sehen, dass § 115 BAO der Partei (§ 78 BAO) keine Mitwirkungspflichten auferlegt, sondern im Gegenteil die Behörde dazu verpflichtet, von Amts wegen den maßgebenden Sachverhalt zu ermitteln (vgl. BFG 10.3.2017, RV/7104415/2016 u. a.).

Auch durch die Einfügung des Satzes "Diese Verpflichtung wird durch eine erhöhte Mitwirkungspflicht des Abgabepflichtigen, wie beispielsweise bei Auslandssachverhalten, eingeschränkt" mit BGBl. I Nr. 136/2017 (nach Ergehen des angefochtenen Bescheids) hat sich daran nichts geändert. Dieser Satz gibt nur die bisherige Lehre und Rechtsprechung wieder, begründet aber keine Mitwirkungspflicht der Partei, sondern geht von dieser in § 119 BAO geregelter aus (vgl. BFG 12.10.2017, RV/7104176/2017).

Die Partei (§ 78 BAO) trifft zwar eine Offenlegungs- und Wahrheitspflicht, die in § 119 BAO geregelt ist, die die Behörde nicht von ihrer Ermittlungspflicht entbindet. Die amtswegige Ermittlungspflicht besteht auch dann, wenn die Partei (§ 78 BAO) ihre Verpflichtungen verletzt (vgl. Ritz, BAO<sup>5</sup>, § 115 Tz. 9 m.w.N.).

Die Behörde hat nicht "anzunehmen", ob Anspruch auf Familienbeihilfe oder auf Ausgleichszahlung besteht, sie hat in einem ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahren

festzustellen, ob Anspruch auf Familienbeihilfe oder auf Ausgleichszahlung besteht oder nicht. Dieses Ermittlungsverfahren hat das Finanzamt nicht auf den jeweiligen Antragsteller abzuwälzen, sondern selbst durchzuführen. Nur dort, wo das Finanzamt begrenzte Ermittlungsmöglichkeiten hat und daher eine erhöhte Mitwirkungspflicht der Partei (§ 78 BAO) besteht, zum Beispiel bei Fragen des höchstpersönlichen Lebensbereichs oder bei der Beischaffung von Unterlagen von Behörden eines Staates, mit dem keine umfassende Amtshilfe besteht (was in Verfahren, bei denen die VO 883/2004 von der Behörde anzuwenden ist, besonders also in Familienbeihilfeverfahren nicht zutrifft), kann eine fehlende Mitwirkung der Partei (§ 78 BAO) dieser zur Last gelegt werden (vgl. BFG 10.3.2017, RV/7104415/2016 u.a.).

Der angefochtene Bescheid ist allein deswegen rechtswidrig, da auszuführen ist, aus welchen Erwägungen die belangte Behörde zur Einsicht gelangt ist, dass gerade dieser Sachverhalt vorliegt, und aus welchen Gründen die Behörde die Subsumtion des Sachverhaltes unter einem bestimmten Tatbestand für zutreffend erachtet. Diese für das allgemeine Verwaltungsverfahren in § 60 AVG verankerten Grundsätze sind auch im Verfahren nach der BAO zu beachten (vgl. BFG 25.4.2014, RV/7101531/2014; BFG 23.2.2016, RV/7104898/2015; BFG 10.03.2017, RV/7104415/2016 u.a.).

Das gilt auch für die Beschwerdeentscheidung vom 21.1.2016:

Die Beschwerdeentscheidung geht (siehe im letzten Satz) offenbar davon aus, dass der Bf entgegen seinen Angaben nicht dem Haushalt seiner Frau und seiner Tochter in Polen angehörte und auch keine (überwiegenden) Unterhaltsleistungen erbracht hat. Wie das Finanzamt zu diesen Feststellungen kommt, wird nicht dargelegt.

Der Vorlagebericht beschränkt sich auf wenige Schlagworte.

## **Fehlende Entscheidungsreife**

Die Sache ist aus mehreren Gründen nicht entscheidungsreif:

## **Haushaltszugehörigkeit**

§ 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 stellt den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich auf die Haushaltszugehörigkeit mit einem Kind ab und nur subsidiär (§ 2 Abs. 2 Satz 2 FLAG 1967) darauf, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. Auf die Unterhaltungspflicht der diese Unterhaltskosten überwiegend tragenden Person kommt es nicht an (vgl. VwGH 27.9.2012, 2012/16/0054). Einem Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des zweiten Satzes des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 steht der ausschließliche Anspruch einer Person, bei der das Kind im strittigen Zeitraum haushaltszugehörig war, zwingend entgegen (VwGH 25.2.1987, 86/13/0158).

Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG 1967 näher definiert; so kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an (vgl. VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214; VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058; VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120).

Der Bf gibt an, in gemeinsamen Haushalt mit seiner Ehegattin und seiner Tochter in Polen zu leben. Er kehre "an den Wochenenden und wann immer ihm arbeitsfreie Zeit zur Verfügung stand" in die Ehewohnung in Polen zurück und verbringe seine arbeitsfreie Zeit mit seiner Familie.

Wenn dieses Vorbringen zutrifft, so lebten der Bf, seine Ehegattin und seine Tochter in einem gemeinsamen Haushalt. In diesem Fall wäre die Ehegattin gem. § 2a FLAG 1967 vorrangig anspruchsberechtigt, die Ehegattin hat allerdings gemäß § 2a FLAG 1967 auf ihren Anspruch zugunsten des Bf verzichtet.

Die Haushaltszugehörigkeit gilt gemäß § 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967 unter anderem nicht als aufgehoben, wenn das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt. Dies gilt auch dann, wenn ein Elternteil aus beruflichen Gründen teilweise außerhalb der gemeinsamen Wohnung nächtigt, wenn dieser regelmäßig in den gemeinsamen Haushalt zurückkehrt und wesentlich zu den Aufwendungen für den gemeinsamen Haushalt beiträgt. Nach der Aktenlage ist der Bf allerdings seit dem Jahr 2005 an der Adresse Adresse\_PL nicht mehr gemeldet.

Eine behördliche Wohnsitzmeldung ist zwar kein Nachweis über das tatsächliche Bestehen eines Wohnsitzes, allerdings ein wesentliches Indiz für einen Wohnsitz.

Das Finanzamt wird im weiteren Verfahren den Bf aufzufordern haben, zu erklären, wieso eine Wohnsitzmeldung in Polen im Beschwerdezeitraum nicht besteht, und Beweismittel für den behaupteten gemeinsamen Wohnsitz in Polen (etwa Erklärungen von Frau und Tochter) vorzulegen. Mittels des Formulars E 401 wird die Wohnsitzfrage unter Hinweis auf das Vorbringen des Bf mit der zuständigen polnischen Behörde zu klären sein.

## **Erwerbstätigkeit**

Der Bf gibt an, im Beschwerdezeitraum (nur) in Österreich erwerbstätig gewesen zu sein. Nur für den Zeitraum 4.6.2014 bis 5.9.2014 liegen dafür Beweismittel vor. Das Finanzamt wird im weiteren Verfahren beim Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger von Amts wegen (§ 115 BAO) mittels Versicherungsdatenauszugs zu erheben haben, ob der Bf im Beschwerdezeitraum in Österreich erwerbstätig war.

Bei der zuständigen polnischen Behörde wird mit Formular E 411 zu erheben sein, ob der Bf im Beschwerdezeitraum auch in Polen erwerbstätig war. Sollte der Bf, wie von

ihm angegeben, im Beschwerdezeitraum (nur) in Österreich erwerbstätig gewesen sein, wäre Österreich als Beschäftigungsstaat zur Erbringung von Familienleistungen nachrangig (da die Mutter nach der Aktenlage in Polen erwerbstätig war) im Wege einer Ausgleichszahlung bzw. Differenzzahlung zuständig. Dann bestünde in Österreich grundsätzlich Anspruch auf die volle Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag, da in Polen offenbar auf Grund der Höhe des Familieneinkommens kein Anspruch auf polnische Familienleistungen bestand.

## **Berufsausbildung**

Nach der Aktenlage ist auszugehen, dass sich die im Februar 1993 geborene Tochter C im Beschwerdezeitraum jedenfalls bis April 2012 in Berufsausbildung (§ 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967) befunden hat. Nicht fest steht nach der Aktenlage, ob und welche Berufsausbildung ab Mai 2012 bis Beginn des Schuljahres 2014/2015 von C vorgenommen wurde. Der Bf wird aufzufordern sein, dazu Angaben zu machen und entsprechende Beweismittel vorzulegen.

Im Schuljahr 2014/2015 ist C einem Fernstudium nachgegangen.

Nach der Rechtsprechung des VwGH fallen unter den Begriff "Berufsausbildung" alle Arten schulischer oder kursmäßiger Ausbildung, in deren Rahmen noch nicht berufstätigen Personen ohne Bezugnahme auf die spezifischen Tätigkeiten in einem konkreten Arbeitsplatz für das künftige Berufsleben erforderliches Wissen vermittelt wird (vgl. VwGH 18.11.1987, 87/13/0135). Jede Berufsausbildung i.S.d. FLAG 1967 weist ein qualitatives und ein quantitatives Element auf: Entscheidend ist sowohl die Art der Ausbildung als auch der zeitliche Umfang (vgl. Lenneis in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 2 Rz 36; BFG 14.6.2016, RV/7101100/2016 u.v.a.).

Eine Berufsausbildung i.S.d. FLAG 1967 liegt in zeitlicher Hinsicht nur vor, wenn ein wöchentlicher Zeitaufwand von etwa 30 Stunden für Kurse und Vorbereitung auf eine Prüfung entfällt (vgl. Lenneis in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 2 Rz 40; BFG 14.6.2016, RV/7101100/2016 u.v.a.).

Das Bundesfinanzgericht nimmt bei Schulen für Berufstätige einen erforderlichen wöchentlichen Zeitaufwand von durchschnittlich 20 bis 25 Stunden zuzüglich Hausaufgaben an (vgl. BFG 6.7.2016, RV/5101257/2015), insgesamt von mindestens 30 Wochenstunden (vgl. BFG 23.5.2016, RV/7101739/2014; "Echtstunden" zu 60 Minuten, BFG 29.2.2016, RV/7105391/2014), um von einer Berufsausbildung i.S.d. FLAG 1967 zu sprechen (vgl. BFG 21.9.2017, RV/7105997/2015). Die Qualifizierung als Berufsausbildung kann auch bei einem Fernstudium gegeben sein, wenn ein Schulunterricht von bloß zehn Wochenstunden durch verstärkte "Hausaufgaben" und Vorbereitungszeit sowie E-Learning kompensiert wird (vgl. BFG 6.7.2015, RV/7102197/2013).

Es wird zu prüfen sein, ob das Fernstudium an der Postlyzealen Fotografie-Schule Fotoedukacja in Katowice inhaltlich eine Berufsausbildung war, und ob diese Ausbildung die überwiegende Zeit von C in Anspruch genommen hat. Schließlich fehlen ab dem Ende des Schuljahres 2014/2015 Angaben über eine Berufsausbildung.

Auch dazu werden vom Bf Angaben zu machen und entsprechende Beweismittel vorzulegen sein.

### **Monatsweise Betrachtungsweise**

Die Entscheidung über die Gewährung von monatlich wiederkehrenden Leistungen ist ein zeitraumbezogener Abspruch. Das heißt, dass im Familienbeihilfverfahren der Anspruch auf Familienleistungen (Familienbeihilfe, Kinderabsetzbetrag, Ausgleichszahlung) monatsbezogen zu prüfen ist (vgl. etwa BFG 20.6.2017, RV/7102677/2017 unter Hinweis auf VwGH 17.9.1991, 91/08/0004; VwGH 30.5.2001, 2000/11/0015; VwGH 18.11.2008, 2007/15/0067 oder VwGH 30.1.2014, 2012/16/0052).

Also kann auch nur für einzelne Monate des Beschwerdezeitraums Anspruch auf österreichische Familienleistungen bestehen.

### **Zurückverweisung**

Auch wenn die Verwaltungsgerichte grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden haben (vgl. etwa VwGH 1.9.2015, Ro 2014/15/0029), erweist sich im gegenständlichen Fall im Hinblick auf die nicht entscheidungsreife Vorlage, den Umfang der noch durchzuführenden Ermittlungen sowie den Umstand, dass auch der zuständige polnische Träger der Familienleistungen zu befassen ist, die Zurückverweisung der Sache an das Finanzamt als zweckmäßig. Das Finanzamt hat bisher zweckdienliche Ermittlungen nur in geringem Umfang vorgenommen und mehr Annahmen getätigt als Feststellung getroffen.

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

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



das Vorliegen eines Anspruchs der Bf auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder Ausgleichszahlung im Beschwerdezeitraum oder Teilen davon feststellen, kann dieses verwaltungsökonomisch mit der Auszahlung vorgehen, ohne dass eine Entscheidung durch das Verwaltungsgericht zu treffen und diese dann erst vom Finanzamt umzusetzen ist (vgl. BFG 9.6.2015, RV/7102797/2015).

### **Revisionsnichtzulassung**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 9 B-VG i.V.m. Art. 133 Abs. 4 B-VG und § 25a VwGG eine (ordentliche) Revision nicht zulässig, da sie nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil die Entscheidung nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Der Beschluss folgt vielmehr der dargestellten Rechtsprechung.

Wien, am 19. Oktober 2017