

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Rudolf Wanke in der Beschwerdesache betreffend die Beschwerde der Alice-Ricarda N*****, *****Adresse_Wien*****, Österreich, vom 6. 4. 2017 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf, 1030 Wien, Marxergasse 4, vom 27. 3. 2017, mit welchem ein Antrag vom 9. 2. 2017 auf Familienbeihilfe für den im April 2008 geborenen Marian N*****e ab November 2016 abgewiesen wurde, Versicherungsnummer 5*****, zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 279 BAO dahingehend abgeändert, dass sein Spruch zu lauten hat:

Es wird gemäß § 92 BAO i. V. m. §§ 10, 13 FLAG 1967 und Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 festgestellt,

1. dass ein Anspruch der Mutter Alice-Ricarda N*****, *****Adresse_Wien*****, Österreich, auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder auf Ausgleichszahlung/Differenzzahlung betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den im April 2008 geborenen Sohn Marian Felix Dănuț N*****e im Zeitraum November 2016 bis März 2017 derzeit nicht besteht,

2. dass der Antrag der Mutter Alice-Ricarda N***** vom 9. 2. 2017, auf Familienbeihilfe für den im April 2008 geborenen Sohn Marian Felix Dănuț N*****e als derartiger Antrag zugunsten der Großmutter Gheorghita M*****, wohnhaft in Reșița, *****Straße_Ro***** Rumänien, zu berücksichtigen ist.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine (ordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

Entscheidungsgründe

Antrag

Am 9. 2. 2017 beantragte die Beschwerdeführerin (Bf) Alice Ricarda N***** mit dem Formular Beih 1 Familienbeihilfe wie folgt:

Die Bf sei rumänische Staatsbürgerin und im Jänner 2011 nach Österreich eingereist. Sie sei seit 5/12 verheiratet und nehme die Kindererziehung allein vor.

Die Bf sei Schneiderin, wohne in *****Adresse_Wien*****, und seit 2015 "beschäftigt" bei "AMS ESTERPLATZ", also beim Arbeitsmarktservice Wien, Geschäftsstelle Esteplatz, als arbeitssuchend gemeldet.

Ihr Ehegatte sei Dragan N*****, serbischer Staatsbürger, im Jahr 1987 nach Österreich eingereist, Kaufmann und seit 2015 "beschäftigt" bei "AMS ESTERPLATZ".

Die Bf erhalte derzeit Familienbeihilfe für Sarah Jasmine N***** und Adam S*****.

Familienbeihilfe werde ab Oktober 2016 wegen "Verlängerung" für den im April 2008 geborenen Marian Felix Dănuț N*****e beantragt.

Dieser sei rumänischer Staatsbürger, "Vollwaise" (offenbar irrtümlich angekreuzt), wohne bei Gheorghița M*****, seiner Großmutter, an einer näher angeführten Adresse in Reșița, Rumänien, wobei die Bf die überwiegenden Kosten finanziere. Marian N*****e sei Schüler der zweiten Klasse einer Schule in Reșița.

Nachweise würden keine beigelegt, "alles ist bei Ihnen".

Ergänzungsersuchen vom 28. 2. 2017

Das Finanzamt ersuchte hierauf die Bf mit Ergänzungsersuchen vom 28. 2. 2017 um Folgendes:

Zahlungsbelege über Unterhaltszahlungen

für Adam für Oktober und November 2016 u. Marian ab November 2016-laufend

Nachweis, dass kein bzw. für welchen Zeitraum Anspruch auf eine der österr.

Familienbeihilfe gleichzusetzenden ausländische Beihilfe bestand/besteht für Adam und Marian von der rumänischen Behörde.

Die Bf legte hierauf dem Finanzamt vor:

Bestätigung vom 10. 12. 2016

Mit handschriftlichem Schreiben vom 10. 12. 2016 bestätigte Gheorghița M***** (Text laut angeschlossener handschriftlicher Übersetzung:

*Ich, Gheorghița M*****, hab ich gekriecht von N***** Alice, durch ihre bruder im July 300€ und im December 400€, ausere die 500€ (Western Union) und 50€ von Erzsebet C***** (Ihre Schwester).*

*Bruder S***** Robert.*

Reșița, 10. 12. 2016 Unterschrift.

Bestätigung vom 11. 11. 2016

Mit handschriftlichem Schreiben vom 11. 11. 2016 bestätigte Robert S*****:

*Ich habe von meine Schwester N***** Alice, genommen ein Packet und 100€ für S***** Adam, b.w. C***** Erzsebet unsere Schwester (100€) und getragen in Rumänien.*

*Für M***** Gheorghița 400€ für N*****e Marian.*

*Wien, 11. 11. 2016 S***** Robert.*

Bestätigung vom 1. 4. 2017

Mit handschriftlichem Schreiben vom 1. 4. 2017 bestätigte Katalin H*****:

*I H***** Katalin I have taken 1000€ from N***** Alice and I have given the woman M***** Gheorghița as maintenance für N*****e Marian.*

Enrich me under telephone Nr:

+40 746...

01. 04. 2017

Anmerkung der Bf hierzu:

*Weiterer Unterhalt für N*****e Marian bis 04.2017.*

Abweisungsbescheid

Mit dem angefochtenen Abweisungsbescheid vom 27. 3. 2017 (OZ 2) wies das Finanzamt einen Antrag der Bf vom 9. 2. 2017 auf Familienbeihilfe für den im April 2008 geborenen Marian N*****e ab November 2016 ab und begründete dies wie folgt:

Da kein gemeinsamer Haushalt zwischen ihnen und ihrem Sohn besteht und keine überwiegende Kostentragung (Unterhalt mindestens in Höhe der Österreichischen Familienbeihilfe einschließlich Kinderabsetzbetrag) geleistet wird, war ihr Antrag auf Familienbeihilfe abzuweisen.

Beschwerde

Unter Verwendung eines internen Formulars des Finanzamts erhob die Bf am 6. 3. 2017 persönlich Beschwerde beim Finanzamt gegen den Abweisungsbescheid vom 27. 3. 2017 (OZ 1).

Da dieses Formular einen Beschwerdeantrag (§ 250 Abs. 1 lit. c BAO) nicht vorsieht, wurde ein solcher von der Bf auch nicht ausdrücklich gestellt. Aus dem Gesamtzusammenhang ist jedoch ersichtlich, dass die Bf die Aufhebung des angefochtenen Bescheides beantragt.

Die Beschwerde wurde wie folgt begründet:

*Ich habe am 03.04.2017 um 10:51 abgegeben das ich 1000€ weitere Unterhaltsgeld am 01.04.17 geschickt habe in Rumänien. Ich habe am 04.04.2017 den Brief bekommen. Bitte um wiederfreigeben von Familienbeihilfe für meinen Sohn N*****e Marian 6*****. Eine Bestätigung von Fr. M***** liegt dabei.*

Beigefügt war folgende Bestätigung:

Nach einem handschriftlichen Text in rumänischer Sprache folgende handschriftliche Übersetzung:

*Ich, M***** Gheorghita, geb. 10.04, wohnhaft in Reșița, *****Straße_Ro***** erkläre ich das ich kriege für minderjährige N*****e Marian Felix Dănuț, geb. ... 04.2008 von seine Mutter N***** Alice Ricarda monatlich 150 € durch Privat Personen die kommen [?] von Wien in Reșița*

03.04.2017 Unterschrift

Bestätigung vom 27. 5. 2017

Mit handschriftlichem Schreiben vom 27. 5. 2017 bestätigte Robert S*****:

*Ich S***** ROBERT ARTHUR hab ich am 27.05.2017 von N***** ALICE 400€ genommen und in Rumänien getragen zu Frau M***** Gheorghita als Unterhalt für N*****e MARIAN (05-06.2017) Mein Tel.Nr. 0699181...*

*Wien, 27. 05. 2017 S***** Robert.*

Anmerkung der Bf hierzu:

Unterhaltsbestätigung für 05-06.2017.

Ergänzungsersuchen vom 20. 6. 2017

Das Finanzamt ersuchte im Beschwerdeverfahren die Bf mit Ergänzungsersuchen vom 20. 6. 2017 um Folgendes:

Bitte um Vorlage eines Nachweises, dass sich Marian seit mindestens November 2016 im Haushalt seiner Großmutter in Rumänien aufhält (z.B. Meldenachweise von Marian und seiner Großmutter).

Meldenachweis

Die Bf legte hierauf am 4. 7. 2017 dem Finanzamt eine Bestätigung der Meldung aus dem Zentralen Melderegister vom 3. 7. 2017 vor, wonach Marian-Felix-Dănuț N*****e, rumänischer Staatsbürger, seit 3. 7. 2017 mit Hauptwohnsitz in *****Adresse_Wien***** aufrecht gemeldet sei, vor.

Schülerausweis, Zeugnis

Ebenfalls vorgelegt wurde ein für N*****e Marian Felix Dănuț ausgestellter Schülerausweis einer Schule in Reșița mit Bestätigungen für die Schuljahre 2015/2016 und 2016/2017 sowie Auszüge (?) aus dem Zeugnis für die 2. Klasse.

Identitätskarte

Ferner wurde vorgelegt die Kopie der Identitätskarte (des Personalausweises) von Gheorghita M*****, wohnhaft in Reșița, *****Straße_Ro*****

Reisepass

Für Marian-Felix-Dănuț N*****e wurde am 26. 5. 2017 ein rumänischer Reisepass ausgestellt.

Ergänzungsersuchen vom 1. 8. 2017

Das Finanzamt ersuchte im Beschwerdeverfahren die Bf mit weiterem Ergänzungsersuchen vom 1. 8. 2017 um Folgendes:

(1) Lt. Zentralem Melderegister ist Marian seit 3.7.2017 an Ihrer Adresse gemeldet. Lebt er jetzt in Ihrem Haushalt? Wenn ja, seit wann? Bitte Nachweise vorlegen (z.B. Schulanmeldung etc.).

(2) Nachweis, dass kein bzw. für welchen Zeitraum Anspruch auf eine der österr. Familienbeihilfe gleichzusetzenden ausländische Beihilfe bestand/besteht vom bisherigen Wohnsitzstaat.

Die Bf antwortete am 11. 8. 2017:

Sehr geehrte Damen und Herren,

*(1) Ich habe klar und deutlich gesagt das mein Sohn N*****e Marian Felix Dănuț ist bei mir über Ferien (July-August) und das ich kein Unterhalt bezahle für die 2 Monate zu die Frau M*****. Welche Schulanmeldung wollen Sie?*

(2) Sein Sie mir nicht Bösse aber wie ich sehe sie spielen mit mir, mit ihren Schreiben immer wieder. Sie verlangen von mir die Dokumente die ich von Rumänischer Behörde nicht bekommen kann (Beweis das er kein Familienbeihilfe bekommt) weil Sie müssen das verlangen von denen (Laut EU-Gesetze).

Was bei Ihnen noch Interessant ist das nach jeder Abgabe des Dokument der Referent braucht 3 Monate das er wieder etwas verlangt und nicht weist von Anfang was genau braucht.

Also sehr geehrte Damen und Herren ich Bitte Sie das Sie endlich sagen klar und deutlich was das alles soll?

Ich habe seit 11.2016 kein Geld für meinen Sohn gekriegt! Ich bin am ende. Ich Bitte der Referent mein Fall arbeitet, Ihm auch ernst nimmt.

Ich bedanke mich und ich hoffe endlich nach 10 Monate das Geld zu bekommen weil ich bin richtig Pleite mit Geld und Nerven.

Beschwerdevorentscheidung

Mit Beschwerde vorentscheidung vom 28. 8. 2017 (OZ 3) wies das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet ab:

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, 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.

Unter Haushalt ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft zu verstehen, wobei es für die Frage nach der Haushaltszugehörigkeit eines Kindes unerheblich ist, wer den Haushalt führt, dem das Kind angehört.

Für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit ist ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung, nicht dagegen das Erziehungsrecht (VwGH 22.10.1971, 0336/70).

Im Sinne dieses Gesetzes sind Kinder einer Person deren Nachkommen, deren Wahlkinder und deren Nachkommen, deren Stiefkinder oder deren Pflegekinder (§§ 186 und 186 a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).

§ 53 FLAG 1967 lautet:

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.

Die Verordnung Nr. 883/2004 regelt, welcher Mitgliedstaat für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet ist.

Vorrangig muss grundsätzlich jener Mitgliedstaat die Familienleistungen gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird.

Sind die Elternteile in verschiedenen Mitgliedstaaten erwerbstätig, trifft die vorrangige Verpflichtung zur Gewährung der Familienleistungen jenen Mitgliedsstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen (Kinder) wohnen.

Sind die Familienleistungen im anderen Mitgliedsstaat höher, besteht dort gegebenenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages (Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in Verbindung mit DVO (EG) 987/2009.

Zu den Familienangehörigen zählt Art. 1 Abs. 1 Buchstabe i Nummer 1 Unterbuchstabe 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.

„Wohnort“ ist der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person (Art. 1 Abs. 1 Buchstabe j VO 883/2004).

Art. 60 (1) DVO 987/2009 lautet:

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.

Im Urteil vom 22.10.2015, C-378/14 (Tomisław Trapkowski) hat der Gerichtshof der Europäischen Union dazu folgende Rechtsansicht vertreten:

Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der

sozialen Sicherheit ist dahin auszulegen, dass die in dieser Bestimmung vorgesehene Fiktion dazu führen kann, dass der Anspruch auf Familienleistungen einer Person zusteht, die nicht in dem Mitgliedstaat wohnt, der für die Gewährung dieser Leistungen zuständig ist, sofern alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind, was von dem vorlegenden Gericht zu prüfen ist.

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

Am 9.2.2017 haben Sie für Ihren, in Rumänien bei der Großmutter lebenden Sohn Marian einen Antrag auf Familienbeihilfe ab 10/2016 gestellt.

Die Abweisung dieses Antrages erfolgte, da weder eine Haushaltszugehörigkeit noch eine überwiegende Kostentragung gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 vorlag.

In Ihrem Antragsformular Beih 1 haben Sie angegeben, dass Marian bei der Großmutter in Rumänien lebt. Außerdem erfolgte die Vorlage mehrerer Bestätigungen, in welcher verschiedene Personen die Übergabe Ihrer Unterhaltszahlungen an die Großmutter in Rumänien bezeugen. Weiters liegt ein rumänischer Schülerausweis von Marian für die Schuljahre 2015/16 und 2016/17 vor.

Hinsichtlich der Anmeldung von Marian an Ihrer österreichischen Adresse mit 3.7.2017 ergab eine Anfrage, dass sich Ihr Sohn nur in den Ferienmonaten Juli und August in Österreich aufhält.

Das (teilweise) Verbringen der Ferien in Österreich ist jedoch als nur vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland (im Haushalt der Großmutter) nicht unterbrochen wurde (VwGH 27.4.2005, 2002/14/0050; VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 8.6.1982, 82/14/0047; VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079; VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160).

Auf Grund dieser Aktenlage ist somit davon auszugehen, dass sich Marian im Abweisungszeitraum im Haushalt seiner Großmutter in Rumänien aufgehalten hat.

Lt. der obigen Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union obliegt es der zuständigen nationalen Behörde, zu bestimmen, welche Personen nach nationalem Recht Anspruch auf Familienleistungen haben.

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 haben jene Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Nach § 2 Abs. 3 FLAG 1967 gehören auch die Großeltern zu diesem Personenkreis.

Da das Kind bereits dem Haushalt der Großmutter zugehörig ist, kann eine Prüfung der überwiegenden Unterhaltskostentragung im Sinne des zweiten Satzes des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 unterbleiben.

Ihre Beschwerde muss daher als unbegründet abgewiesen werden.

Die Beschwerdevorentscheidung wurde der Bf zugestellt, wobei die Hinterlegungsanzeige keinen Beginn der Abholfrist (Feld wurde nicht ausgefüllt) enthält (OZ 4).

Vorlageantrag

Am 25. 9. 2017 überreichte die Bf am Finanzamt persönlich ihren Vorlageantrag:

Ich habe am 06. September 2017 ein Schreiben von Ihnen erhalten.

Sie haben einige Voraussetzungen von mir verlangt die ich erfüllt habe:

*Sie haben mir im April 2017 schriftlich mitgeteilt, dass ich meinem Kind N*****e Marian04.2008 zu wenig Geld schicke. Ich habe meinem Kind bisher monatlich 150 € geschickt. Wie Sie aus meinen Unterlagen entnehmen können, habe ich seit November 2016 keinen Anspruch auf Familienbeihilfe. Mein finanzieller Zustand liegt nicht auf der Armutsgrenze jedoch bekomme ich von Ihnen keine Unterstützung obwohl Sie mir mitgeteilt haben, dass ich das Geld (150€) monatlich zurückerstattet bekomme. Ich habe bisher 18 Monate lang keine Probleme gehabt, obwohl ich unter denselben Umständen gelebt habe. Von April 2015 bis November 2016 habe ich Familienbeihilfe für mein Kind bezogen und seit November 2016 erhalte ich diese nicht mehr obwohl die selben Umstände vorhanden sind. Im letzten Schreiben verlangten Sie von mir das ich unter der Adresse der Mutter (M*****) meines Ex-Freundes (Vater von N*****e Marian) in Rumänien wohnhaft (Wohnbeisitz) angemeldet bin, jedoch bin ich verheiratet in Österreich und lebe hier. Dies haben sich auch bei Ihnen im Finanzamt vorliegen (ein Gerichtsbeschluss das ich nie in Rumänien unter dieser Adresse wohnhaft war). Ich habe im letzten Brief sehr viele Paragrafe gelesen, die ich einerseits aus sprachlichen Gründen nicht verstanden habe, aber ich habe mich informiert und mitgeteilt bekommen, dass es keine neuen Gesetzte ab 2016 gibt wodurch sich irgendetwas auf meinen Familienbeihilfeanspruch ändern könnte.*

Mein Anliegen an Sie wäre, dass Sie sich bitte noch einmal die Unterlagen anschauen, und dass mit diesem Schreiben eine Erklärung auf manche offenen Fragen beantwortet bekommen haben. Falls Sie noch weitere Anliegen an mich haben, oder weitere Unterlagen benötigen, bitte ich Sie mir dies in einem weiteren Schreiben, wenn möglich ohne juristische Formulierung mitzuteilen.

Vorlage

Mit Bericht vom 3. 11. 2017 legte das Finanzamt die Beschwerde der Bf dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und führte unter anderem aus (OZ 13):

Inhaltsverzeichnis zu den vorgelegten Aktenteilen (Aktenverzeichnis)

Beschwerde

1 Beschwerde 06.03.2017

Bescheide

2 Familienbeihilfe (Zeitraum: 11.2016-03.2017) 27.03.2017

Beschwerdevorentscheidung

3 Beschwerdevorentscheidung 28.08.2017

4 Rückschein 04.09.2017

Vorlageantrag

5 Vorlageantrag 25.09.2017

Vorgelegte Aktenteile

6 FB-Antrag 09.02.2017

7 Ergänzungsersuchen und Ergänzung 28.02.2017

8 Nachreichung 01.04.2017

9 Nachreichung 27.05.2017

10 Ergänzungsersuchen und Ergänzung 20.06.2017

11 Ergänzungsersuchen und Ergänzung 01.08.2017

12 FB-Bildschirmmaske 31.10.2017

...

Bezug habende Normen

§ 2 Abs. 2 FLAG 1967 i. V. mit Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und Verordnung (EG) Nr. 987/2009;

Sachverhalt:

Die Abweisung des Familienbeihilfenantrags und der Beschwerde erfolgte, da die Kindesmutter mit dem Stiefvater und zwei weiteren Kindern in Österreich in einem eigenen Haushalt lebt, während das betreffende Kind im Haushalt der Großmutter in Rumänien lebt. Die Kindesmutter leistet unregelmäßig Unterhalt.

Beweismittel:

Angaben der Kindesmutter und der Großmutter, Unterhaltsnachweise;

Stellungnahme:

Löst ein Elternteil im Sinne des § 2 Abs. 3 FLAG 1967 mit einer Erwerbstätigkeit in Österreich einen Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung aus, steht diese Leistung der anspruchsberechtigten Person zu, die das Kind im Ausland im gemeinsamen Haushalt hat (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967). Im Urteil vom 22.10.2015, C-378/14 (Tomisław Trapkowski) hat der Gerichtshof der Europäischen Union dazu

folgende Rechtsansicht vertreten: Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ist dahin auszulegen, dass die in dieser Bestimmung vorgesehene Fiktion dazu führen kann, dass der Anspruch auf Familienleistungen einer Person zusteht, die nicht in dem Mitgliedstaat wohnt, der für die Gewährung dieser Leistungen zuständig ist, sofern alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind.

Da gemäß nationalem Recht (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967) die Familienbeihilfe der haushaltsführenden Großmutter zu gewähren ist, wird um Abweisung der Beschwerde der lediglich Unterhalt leistenden Kindesmutter ersucht.

Versicherungsdaten

Laut vom Gericht am 7. 11. 2017 amtswegig beigeschafften Versicherungsdatenauszug war die Bf wie folgt in Österreich beschäftigt:

Beim AMS arbeitssuchend gemeldet:

12.07.2016 - laufend

Arbeitssuchend

28.08.2015 - 30.05.2016

Arbeitssuchend

27.07.2015 - 26.08.2015

Arbeitssuchend

16.07.2014 - 01.09.2014

Arbeitssuchend

19.02.2013 - 27.05.2013

Arbeitssuchend

Die Bf war von 2. 9. 2014 bis 27. 7. 2015 als Arbeiterin beschäftigt (Bezüge gesamt 10.166,73 €, Sonderzahlungen 1.902,50 €) und von 25. 10. 2013 bis 28. 11. 2013 als geringfügig beschäftigte Arbeiterin (Arbeitgeber: Erzsebet Sz*****, *****Adresse_Wien*****), ferner von 19. 4. 2011 bis 22. 5. 2011 als Erntehelferin gemäß § 18 Abs. 3 Z 2 FrG (Bezüge gesamt 607,01 €, Sonderzahlungen € 103,19, Arbeitgeber: Ludwig A*****, 1220 Wien) und von 31. 5. 2011 bis 18. 9. 2011 sowie von 2. 11. 2011 bis 30. 11. 2011 als Arbeiterin (Bezüge gesamt 4.927,52 €, Sonderzahlungen € 837,67, Arbeitgeber: Ludwig A*****, 1220 Wien).

Folgende Leistungszeiten beim Arbeitsmarktservice sind erfasst:

12.07.2016 - 29.10.2017

Notstandshilfe, Überbrückungshilfe

03.04.2016 - 30.05.2016

Notstandshilfe, Überbrückungshilfe

28.08.2015 - 02.04.2016

Arbeitslosengeldbezug

28.07.2015 - 26.08.2015

Arbeitslosengeldbezug

16.07.2014 - 01.09.2014

Arbeitslosengeldbezug

01.03.2013 - 27.05.2013

Arbeitslosengeldbezug

Meldende Stellen:

Wiener Gebietskrankenkasse

Beitragsgrundlage für Arbeitslosenbezug 01.01.2017 - 01.01.2017

Wiener Gebietskrankenkasse

Beitragsgrundlage für Arbeitslosenbezug 01.01.2016 - 01.01.2016

Wiener Gebietskrankenkasse

Krankengeldbezug, Sonderfall 27.08.2015 - 27.08.2015

Wiener Gebietskrankenkasse

Beitragsgrundlage für Arbeitslosenbezug 01.01.2015 - 01.01.2015

Wiener Gebietskrankenkasse

Beitragsgrundlage für Krankengeldbezug 01.01.2015 - 01.01.2015

Wiener Gebietskrankenkasse

Arbeiterin 02.09.2014 - 27.07.2015

Wiener Gebietskrankenkasse

Beitragsgrundlage für Arbeitslosenbezug 01.01.2014 - 01.01.2014

Wiener Gebietskrankenkasse

geringfügig beschäftigte Arbeiterin 25.10.2013 - 28.11.2013

Wiener Gebietskrankenkasse

Bezug/Anspruch von/auf pauscha(em)s KBG 19.09.2013 - 18.07.2014

Pensionsversicherungsanstalt

vorläuf. Ersatzzeit wg. Kindererziehung 01.08.2013 - 31.07.2017

Wiener Gebietskrankenkasse

Anzeige einer Lebendgeburt07.2013 -07.2013

Wiener Gebietskrankenkasse

Wochengeldbezug, Sonderfall 28.05.2013 - 17.09.2013

Wiener Gebietskrankenkasse

Beitragsgrundlage für Arbeitslosenbezug 01.01.2013 - 01.01.2013

Wiener Gebietskrankenkasse

Beitragsgrundlage für Wochengeldbezug 01.01.2013 - 01.01.2013

Wiener Gebietskrankenkasse

Arbeiterin 02.11.2011 - 30.11.2011

Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft

KV-PfVers. § 2/1/1 - § 2/1/3 GSVG SachL 28.10.2011 - 28.02.2013

SVA - Landesstelle Wien

gewerbl.selbständig Erwerbstätige 28.10.2011 - 28.02.2013

Wiener Gebietskrankenkasse

Arbeiterin 31.05.2011 - 18.09.2011

Wiener Gebietskrankenkasse

Erntehelfer gem. § 18 Abs.3 Z 2 FremdenG 19.04.2011 - 22.05.2011

Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft

KV-PfVers. § 2/1/1 - § 2/1/3 GSVG SachL 08.03.2011 - 30.04.2011

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Sachverhalt

Beschwerdeführerin (Bf) Alice Ricarda N***** ist Mutter des im April 2008 geborenen Marian Felix Dănuț N*****e. Mutter und Kind sind rumänische Staatsbürger.

Die Mutter lebt seit dem Jahr 2011 in Österreich. Sie ist gelernte Schneiderin und seit dem Jahr 2015 arbeitslos. Die Bf war zuletzt von 2. 9. 2014 bis 27. 7. 2015 als Arbeiterin beschäftigt und bezieht seither Leistungen vom Arbeitsmarktservice.

Seit dem Jahr 2012 ist die Mutter mit einem serbischen Staatsbürger, der im Jahr 1987 nach Österreich eingereist ist, verheiratet. Ihr Ehegatte ist nicht der Vater von Marian. Die Mutter wohnt mit ihrem Ehegatten und ihrer gemeinsamen Tochter Sarah in Wien. Für Sarah und Adam S***** bezog die Bf nach ihren Angaben Familienbeihilfe. In welcher Beziehung Adam S***** (Bruder der Bf ist Robert S*****) zur Bf steht, ist aus der Aktenlage nicht ersichtlich.

Ihr Sohn Marian lebte im Beschwerdezeitraum (November 2016 bis März 2017) bei seiner Großmutter Gheorghița M*****, in Reșița, Rumänien. Marian ging in Reșița zur Schule.

Laut verschiedenen Bestätigungen soll die Bf an Gheorghița M***** Geldunterhalt für Marian wie folgt geleistet haben:

Juli 2016: 300 €

Dezember 2016: 400 €

weitere 500 € und 50 €

April 2017: 1.000 €

Mai, Juni 2017: 400 €

Einer anderen Bestätigung von Gheorghița M***** zufolge, soll diese von der Bf für Marian monatlich 150 € durch von Wien kommende Personen erhalten haben.

Ob für Marian Felix Dănuț N*****e im Beschwerdezeitraum rumänische Familienleistungen erbracht wurden, steht derzeit nicht fest.

Beweiswürdigung

Die getroffenen Feststellungen gründen sich auf den Akteninhalt.

Soweit Sachverhaltsfeststellungen derzeit noch offen sind, ist eine Ergänzung hinsichtlich der vom Bundesfinanzgericht in diesem Verfahren derzeit zu treffenden Entscheidung nicht erforderlich, da diese an einem vorrangigen Anspruch der Großmutter von Marian, falls Anspruch auf Familienbeihilfe oder Ausgleichszahlung besteht, nichts ändern.

Rechtsgrundlagen

Nationales Recht (Österreich)

§ 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.

§ 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. 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 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.

Unionsrecht

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

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

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

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 Art. 3 Abs. 1 Buchstabe j VO 883/2004 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 Buchstabe i Z 1 VO 883/2004 (Unterbuchstabe i) 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....*

Nach Art. 11 Abs. 3 lit. a VO 883/2004 unterliegt daher 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. 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. 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.

Der Beschluss Nr. F1 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der Sozialen Sicherheit vom 12. 6. 2009 zur Auslegung des Artikels 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Prioritätsregeln beim Zusammentreffen von Familienleistungen, 2010/C 106/04, lautet (siehe BFG 23. 2. 2015, RV/7103542/2014):

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

a) aufgrund einer tatsächlichen Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit oder auch

b) während Zeiten einer vorübergehenden Unterbrechung einer solchen Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit

i) wegen Krankheit, Mutterschaft, Arbeitsunfall, Berufskrankheit oder Arbeitslosigkeit, solange Arbeitsentgelt oder andere Leistungen als Renten in Zusammenhang mit diesen Versicherungsfällen zu zahlen sind, oder

ii) durch bezahlten Urlaub, Streik oder Aussperrung oder

iii) durch unbezahlten Urlaub zum Zweck der Kindererziehung, solange dieser Urlaub nach den einschlägigen Rechtsvorschriften einer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit gleichgestellt ist.

2. Dieser Beschluss wird im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Er gilt ab dem Datum des Inkrafttretens der Verordnung (EG) Nr. 987/2009.

Nationales Recht (Rumänien)

In Rumänien besteht ein steuerfinanziertes universelles Fürsorgesystem mit Geld- und Sachleistungen einschließlich des Staatlichen Kindergelds (alocatie de stat pentru copii) und der Familienbeihilfe (alocatie pentru sustinerea familiei).

Folgende Kindergeldleistungen werden erbracht(http://www.missoc.org/MISSOC/INFORMATIONBASE/COMPARATIVETABLES/MISSOCDATABASE/comparativeTablesSearchResultTree_de.jsp):

Staatliches Kindergeld (alocatie de stat pentru copii): Wohnsitz oder Aufenthalt in Rumänien.

Familienbeihilfe (alocatie pentru sustinerea familiei): Wohnsitz oder Aufenthalt in Rumänien.

Ausnahme: Die Bedingung gilt nicht für rumänische Bürger, die ohne Wohnsitz, Aufenthalt oder Zuhause im rumänischen Hoheitsgebiet leben (z. B. Obdachlose oder Personen, die ein Haus besetzen, ohne eine rechtliche Genehmigung).

Staatliches Kindergeld (alocatie de stat pentru copii): Das Kind lebt bei den Eltern.

Familienbeihilfe (alocatie pentru sustinerea familiei): Kind im Schulalter, das ohne Unterbrechung (oder mit einer zeitlichen Unterbrechung aus medizinischen Gründen) eine Bildungseinrichtung besucht und keine schlechtere Note als eine Acht fürs Fehlverhalten aufgrund unentschuldigtem Fehlgangs während des Semesters erhält.

Staatliches Kindergeld (alocatie de stat pentru copii): Bis zu 18 Jahre (oder Alter des Abschlusses einer weiterführenden Schule oder eines postsekundären Abschlusses).

Familienbeihilfe (alocatie pentru sustinerea familiei): Bis zu 18 Jahre.

Staatliches Kindergeld (alocatie de stat pentru copii): gezahlt an die Eltern (einschließlich Adoptiv- und Pflegeeltern, Vormünder) bis das Kind 14 Jahre alt ist.

Der monatliche Betrag variiert entsprechend dem Alter des Kindes und dem sozialen Referenzindikator (indicator social de referinta).

<i>Alter</i>	<i>Betrag</i>
--------------	---------------

<i>Kinder (J.)</i>	
--------------------	--

<i>bis zu 2</i>	<i>0,4*SRI</i>
-----------------	----------------

<i>2 bis 18</i>	<i>0,168*SRI</i>
-----------------	------------------

<i>18 bis Alter des Abschlusses</i>	
-------------------------------------	--

<i>einer weiterführenden Schule oder eines postsekundären Kurses</i>	<i>0,168*SRI</i>
--	------------------

Wobei:

SRI = sozialer Referenzindikator = RON 500 (€110)

Familienbeihilfe (alocatie pentru sustinerea familiei): gezahlt an den bestellten Familienvertreter.

Der monatliche Betrag variiert entsprechend der Einkommensgrenze, der Anzahl der Kinder und dem sozialen Referenzindikator (indicator social de referinta).

Der Gesamtbetrag der Sozialhilfeleistungen einer Einzelperson oder Familie darf einen bestimmten Koeffizienten, welcher jährlich durch Regierungsbeschluss festgelegt wird und mit dem SRI im Zusammenhang steht, nicht übersteigen.

Persönliche Anspruchsvoraussetzungen nach österreichischen Recht gegeben

Da die Mutter in Österreich mit ihrem Ehegatten und ihrer gemeinsamen Tochter seit mehreren Jahren in Österreich wohnt, somit von einem Wohnsitz (§ 2 Abs. 1 Satz 1 FLAG 1967) und dem Mittelpunkt der Lebensinteressen (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) der Mutter in Österreich auszugehen ist (vgl. VwGH 24. 11. 2011, 2008/15/0235), und sich die Bf als erwerbstätige Unionsbürgerin gemäß § 9 NAG zu Recht in Österreich aufhält (§ 3 Abs. 1 FLAG 1967), sind hinsichtlich der Mutter die persönlichen Anspruchsvoraussetzungen auf Familienbeihilfen bereits nach nationalem österreichischem Recht grundsätzlich gegeben.

Unionsrecht ist anzuwenden

Die Bf Alice Ricarda N***** ist Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Europäischen Union (EU) und fällt damit - ebenso wie ihr Sohn Marian Felix Dănuț N*****e und dessen Großmutter Gheorghița M***** - nach Art. 2 Abs. 1 VO 883/2004 in den persönlichen Anwendungsbereich der Grundverordnung. Ebenso sind die Familienbeihilfe nach dem FLAG 1967 und der Kinderabsetzbetrag nach dem EStG 1988 eine Familienleistung i. S. d. Art. 1 Buchst. z VO 883/2004, weshalb auch deren sachlicher Anwendungsbereich nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. j VO 883/2004 eröffnet ist.

Die Bf ist als rumänische Staatsangehörige in Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts zwecks Arbeitsaufnahme von Rumänien nach Österreich zugezogen. Ihr Sohn Marian lebt weiterhin in Rumänien. Es liegt daher ein mitgliedstaatsübergreifender Sachverhalt vor, auf den die VO 883/2004 anzuwenden ist.

Österreichische Rechtsvorschriften sind nach Unionsrecht zufolge Erwerbstätigkeit gleichgestellter Situation anzuwenden

Zufolge der Erwerbstätigkeit der Bf Alice Ricarda N***** in Österreich ist in Bezug auf den in Rumänien wohnhaften Marian Felix Dănuț N*****e Österreich Beschäftigungsmitgliedstaat.

Die Bf war zuletzt bis Mai 2015 als Arbeiterin unselbständig erwerbstätig. Sie bezog danach bis August 2015 Arbeitslosengeld und im Anschluss Notstandshilfe (die Überbrückungshilfe, die unter bestimmten Voraussetzungen an ehemalige Bundesbedienstete zu zahlen ist, siehe das Überbrückungshilfengesetz BGBl. Nr. 174/1963, kommt hier nicht zum Tragen).

Da es sich bei der Notstandshilfe wie beim Arbeitslosengeld um eine Leistung aus der Arbeitslosenversicherung (§ 6 Abs. 1 Z 2 Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 BGBl. Nr.

609/1977) handelt, liegt eine einer Erwerbstätigkeit gleichgestellte Situation im Sinne des Beschlusses Nr. F1 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der Sozialen Sicherheit vom 12. 6. 2009 zur Auslegung des Artikels 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Prioritätsregeln beim Zusammentreffen von Familienleistungen, 2010/C 106/04, vor.

Hingegen ist Wohnortstaat der Großmutter von Marian N*****e, Gheorghita M*****, Rumänien. Ob die Großmutter einer Erwerbstätigkeit nachgeht, lässt sich aus den Ermittlungen des Finanzamts nicht entnehmen; ein Anhaltspunkt für eine allfällige Erwerbstätigkeit der Großmutter außerhalb Rumäniens ist nicht ersichtlich.

Im Bezug auf Familienleistungen für Marian an dessen Großmutter ist daher grundsätzlich Rumänien als Wohnortmitgliedstaat zuständig.

Wohnortklauseln des FLAG 1967 bei Unionsbezug nicht anzuwenden

Der Verwaltungsgerichtshof hat in mehreren Erkenntnissen unmittelbar nach dem Urteil EuGH 26.11.2009, Rs C-363/08, *Romana Slanina*, die Ansicht vertreten, einer in einem anderen Mitgliedstaat der Union im gemeinsamen Haushalt mit dem Kind lebenden Unionsbürgerin (in der Schweiz lebenden Schweizer Bürgerin) stehe nach nationalem Recht die Bestimmung des § 2 Abs. 1 FLAG 1967 entgegen. Personen hätten nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, und sei daher § 2 Abs. 2 Satz 2 FLAG 1967 anzuwenden, wonach eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, dann Anspruch auf Familienbeihilfe hat, wenn keine andere Person nach § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 anspruchsberechtigt ist (vgl. VwGH 16. 12. 2009, 2009/15/0207; VwGH 2. 2. 2010, 2009/15/0209; VwGH 2. 2. 2010, 2009/15/0206; VwGH 24. 2. 2010, 2009/13/0243; VwGH 23. 2. 2010, 2009/15/0205; VwGH 24. 2. 2010, 2009/13/0241; VwGH 24. 2. 2010, 2009/13/0240; VwGH 22. 12. 2011, 2011/16/0068; VwGH 27. 9. 2012, 2011/16/0189).

Diese Auffassung ist spätestens seit den Urteilen EuGH 11. 9. 2014, C-394/13, *B*, und EuGH 22. 10. 2015, C-378/14, *Tomisław Trapkowski*, als überholt anzusehen (vgl. BFG 7. 2. 2017, RV/7106469/2016; BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016).

In seinem Erkenntnis VwGH 22. 11. 2016, Ro 2014/16/0067, hat der Verwaltungsgerichtshof (ohne Bezug auf die Urteile EuGH 11. 9. 2014, C-394/13, *B*, und EuGH 22. 10. 2015, C-378/14, *Tomisław Trapkowski*) klargestellt, dass im Anwendungsbereich des Unionsrechts die Wohnortklauseln des FLAG 1967 nicht anzuwenden sind:

14 Sowohl die Mitbeteiligte als auch deren Sohn und dessen leiblicher Vater hatten im Streitzeitraum nach den Feststellungen im angefochtenen Erkenntnis ihren Wohnort in Ungarn und sie sind nach dem Revisionsvorbringen sowie dem Akteninhalt ungarische

Staatsangehörige, sodass für sie die Verordnung Nr. 883/2004 gemäß deren Art. 2 Abs. 1 gilt.

15 Daher finden die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen des § 2 Abs. 1 FLAG, welche den Familienbeihilfenbezug auf den Wohnort im Bundesgebiet abstellt, des § 2 Abs. 8 FLAG, welche auf den wesentlich durch den Wohnort bestimmten Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet abstellt, und des § 5 Abs. 3 FLAG, das einen vom Wohnort abhängigen Ausschluss der Familienbeihilfe bei ständigem Aufenthalt des Kindes im Ausland vorsieht, zufolge des Art. 7 der Verordnung Nr. 883/2004 und dessen Anwendungsvorrangs insoweit keine Anwendung. Zuzufolge des in Art. 4 der Verordnung Nr. 883/2004 normierten Gleichbehandlungsgrundsatzes für Personen, für die diese Verordnung gilt, finden die durch den Anwendungsvorrang dieser Bestimmung verdrängten Bestimmungen des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG mit besonderen Voraussetzungen für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, keine Anwendung (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. September 2012, 2012/16/0066).

Anzuwendende Rechtsvorschriften

Der Gerichtshof hat in seinem oben zitierten Erkenntnis VwGH 22. 11. 2016, Ro 2014/16/0067, weiter ausgeführt:

19 Für den Anspruch auf Familienleistungen nach Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 ist zunächst darauf hinzuweisen, dass nach Art. 11 Abs. 3 lit a leg. cit. auf die in Ungarn beschäftigte Mitbeteiligte die Rechtsvorschriften Ungarns anzuwenden sind, sodass ihr nach § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG die Familienbeihilfe oder eine Differenzzahlung nicht zusteht. Der leibliche Vater hingegen unterliegt gemäß Art. 11 Abs. 3 lit a der Verordnung Nr. 883/2004 zufolge seiner Beschäftigung in Österreich den österreichischen Rechtsvorschriften. Nach dem FLAG kann ein Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs. 2 zweiter Satz leg. cit. bestehen. Nach dieser Bestimmung hat eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG anspruchsberechtigt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Februar 2010, 2009/15/0205).

Wie oben ausgeführt, fällt die Großmutter des Kindes (voraussichtlich) nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe e VO 883/2004 hinsichtlich eines eigenen, nicht von der Mutter des Kindes abgeleiteten Anspruchs unter die rumänischen Rechtsvorschriften. Es sind somit nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a VO 883/2004 betreffend einen Anspruch der Mutter des Kindes die österreichischen Rechtsvorschriften anzuwenden. Insoweit folgt das Bundesfinanzgericht der in Rn 19 des Erkenntnisses VwGH 22. 11. 2016, Ro 2014/16/0067, vertretenen Auffassung (vgl. BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016)

Wie im Folgenden ausführlich dargestellt, ist nach Ansicht des Bundesfinanzgerichts auf Grund des Urteils EuGH 22. 10. 2015, C-378/14, *Tomisław Trapkowski*, zufolge der

Anwendung der österreichischen Rechtsvorschriften auf die in Österreich erwerbstätige Mutter zu prüfen, ob nicht daraus abgeleitet ein (nach nationalem Recht vorrangiger) Anspruch der Großmutter auf österreichische Familienleistungen (in Form einer Ausgleichs- bzw. Differenzzahlung nach Art. 68 VO 883/2004 oder bei fehlenden rumänischen Familienleistungen auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) besteht. Dem Erkenntnis VwGH 22. 11. 2016, Ro 2014/16/0067 ist daher insoweit nicht zu folgen (i. d. S. etwa auch BFG 9. 10. 2017, RV/5101534/2016; BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016; anders etwa BFG 11. 9. 2017, RV/7103504/2017; BFG 22. 5. 2017, RV/7105665/2016; BFG 7. 2. 2017, RV/7104110/2016; BFG 2. 2. 2017, RV/7106543/2016, letzteres im fortgesetzten Verfahren nach VwGH 22. 1. 2016, Ro 2014/16/0067).

Entscheidend ist, ob unionsrechtlich ein Familienangehöriger, auf den gemäß Art. 11 VO 883/2004 die Rechtsvorschriften des Wohnortmitgliedstaates anzuwenden sind, den Anspruch eines anderen Familienangehörigen, auf den gemäß Art. 11 VO 883/2004 die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsmitgliedstaates anzuwenden sind, im Beschäftigungsmitgliedstaat geltend machen kann.

Das Erkenntnis VwGH 22. 11. 2016, Ro 2014/16/0067 verneint dies offenbar implizit, indem es auf die Anwendung der Rechtsvorschriften des Wohnortmitgliedstaates (im zitierten Erkenntnis: Ungarn) in Bezug auf die Stellung des im Wohnortmitgliedstaat lebenden Familienangehörigen verweist.

Das Erkenntnis enthält jedoch keinerlei Ausführungen zu Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 und zum Urteil EuGH 22. 10. 2015, C-378/14, *Tomisław Trapkowski*, ECLI:EU:C:2015:720.

So ergibt sich nach Ansicht des EuGH (Rn 38 des Urteils *Tomisław Trapkowski*) aus Art. 67 VO 883/2004 i. V. Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 zum einen, dass eine Person Anspruch auf Familienleistungen auch für Familienangehörige erheben kann, die in einem anderen als dem für ihre Gewährung zuständigen Mitgliedstaat wohnen, und zum anderen, dass die Möglichkeit, Familienleistungen zu beantragen, nicht nur den Personen zuerkannt ist, die in dem zu ihrer Gewährung verpflichteten Mitgliedstaat wohnen, sondern auch allen "beteiligten Personen", die berechtigt sind, Anspruch auf diese Leistungen zu erheben, zu denen die Eltern des Kindes gehören, für das die Leistungen beantragt werden.

Typischerweise fällt der im Wohnortmitgliedstaat lebende Familienangehörige nicht nach Art. 11 VO 883/2004 unter die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsmitgliedstaats des anderen Familienangehörigen. Folgte man der Auslegung von VwGH 22. 11. 2016, Ro 2014/16/0067 führte dies dazu, dass es Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 weitgehend an einem Anwendungsbereich fehlte.

Eine derartige, in Widerspruch zu EuGH 22. 10. 2015, C-378/14, *Tomisław Trapkowski*, stehende Auslegung wäre jedoch mit dem primären Normzweck von Art. 67 VO 883/2004 und Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009, sicherzustellen, dass Eltern und Kinder im Unionsgebiet bzw. im Anwendungsgebiet der VO 883/2004 jedenfalls bei durch eine Erwerbstätigkeit ausgelösten mitgliedstaatenübergreifenden Sachverhalten in Bezug auf

Familienleistungen gleich mit "rein inländischen" Erwerbstätigen und Kindern von "rein inländischen" Erwerbstätigen behandelt werden, nicht vereinbar.

Es gebietet daher der Grundsatz des *effet utile*, also des Effektivitätsgrundsatzes, eine Auslegung zu wählen, die die Verwirklichung der Ziele des Unionsrechts am meisten fördert.

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union ist das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat, verpflichtet, für deren volle Wirksamkeit Sorge zu tragen (für viele etwa zuletzt EuGH 6. 7. 2017, C-254/16, *Glencore Agriculture Hungary Kft.*, ECLI: EU:C:2017:522).

Die Auslegung von Normen darf die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (vgl. für viele etwa zuletzt EuGH 8. 6. 2017, C-54/16, *Vinyls Italia SpA in Insolvenz*, ECLI: EU:C:2017:433 unter Verweis auf EuGH 15. 10. 2015, C-310/14, *Nike European Operations Netherlands*, ECLI: EU:C:2015:690).

Anspruchsprüfung unter Berücksichtigung des Unionsrechts nach nationalem Recht

Nach den allgemeinen Regelungen des FLAG 1967 kann - außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts - die Führung des Haushaltes im Ausland für den haushaltsführenden (Groß-)Elternteil keinen Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe begründen, weil die Grundvoraussetzung des § 2 Abs. 1 FLAG 1967, nämlich ein Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt in Österreich, nicht gegeben ist. In der Regel wird auch der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 fehlen (vgl. BFG 15. 11. 2016, RV/7103786/2015).

Der Aufenthalt der Kinder in einem anderen Mitgliedstaat der Union hingegen ist auch vor dem Hintergrund des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 unbedenklich, da gemäß § 53 FLAG 1967 und der unionsrechtlichen Vorschriften als "Ausland" i. S. d. FLAG 1967 ein Drittstaat, nicht jedoch ein anderer Mitgliedstaat der Europäischen Union (bzw. ein Staat des EWR oder die Schweiz) anzusehen ist (siehe auch *Kuprian*, Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem "Drittland", UFS Journal 2011, 371; BFG 15. 10. 2015, RV/7105434/2014; BFG 19. 8. 2016, RV/7101889/2016).

Das Bundesfinanzgericht hat dazu in seinem Erkenntnis BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016, unter anderem ausgeführt:

Das Bundesfinanzgericht hat in seinem Erkenntnis BFG 8.6.2015, RV/7100958/2015, besprochen von Radics in BFGjournal 2015, 407, darauf verwiesen, dass 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, Hoeber und Zachow, ECLI:EU:C:1996:379). Aus unionsrechtlicher Sicht sei 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).

Das BFG hat in diesem Erkenntnis unter anderem ausgeführt:

Unionsrechtlich ist die Beihilfe entweder der den Unterhalt (überwiegend) leistenden Person oder der haushaltsführenden 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)...

Zwischen eigenen und aus der Stellung als Familienangehöriger abgeleiteten Rechten ist bei Ansprüchen auf Familienleistungen nicht zu unterscheiden (vgl. Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 53 Rz 90 m.w.N.). Es kommt daher nicht darauf an, welcher Elternteil nach nationalem Recht leistungsberechtigt ist (vgl. EuGH 5.2.2002, C-255/99, Humer)...

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 haushaltszugehörig 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) ...

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 (...) 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...

Wenige Monate nach dieser Entscheidung des BFG hat der Gerichtshof der Europäischen Union zu einer vergleichbaren Konstellation mit Urteil EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomisław Trapkowski, ECLI:EU:C:2015:720, entschieden, dass der Familienbeihilfeanspruch auch einer Person, die nicht im Mitgliedstaat der Antragstellung wohnt, zustehen kann.

Diesem Urteil lag der Fall zugrunde, dass der Vater in Deutschland wohnte und zeitweise Arbeitslosengeld bezog, während die Mutter mit dem Kind in Polen wohnte. Die Bundesagentur für Arbeit - Familienkasse Sachsen lehnte einen Antrag des Vaters auf Kindergeld ab, weil nach deutschem Recht, nämlich nach § 64 Abs. 2 dEStG, ähnlich wie nach § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967, vorrangig derjenige anspruchsberechtigt ist, dessen Haushalt das Kind angehört (siehe BFH 8.5.2014, III R 17/13).

Nach deutscher Rechtslage (§ 62 Abs. 1 dEStG) hat für Kinder i.S.d. § 63 dEStG Anspruch auf Kindergeld, wer 1. im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder 2. ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland a) nach § 1 Abs. 2 dEStG unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist oder b) nach § 1 Abs. 3 dEStG als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelt wird.

Der Anspruch nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 dEStG entspricht jenem nach § 2 Abs. 1 Satz 1 FLAG 1967: "§ 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, ...".

Wie § 2 Abs. 2 FLAG 1967 ("(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.") und in weiterer Folge § 2 Abs. 3 FLAG 1967 regelt § 64 Abs. 2 dEStG das Zusammentreffen mehrerer anspruchsberechtigter Personen: "(2) Bei

mehreren Berechtigten wird das Kindergeld demjenigen gezahlt, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat. Ist ein Kind in den gemeinsamen Haushalt von Eltern, einem Elternteil und dessen Ehegatten, Pflegeeltern oder Großeltern aufgenommen worden, bestimmen diese untereinander den Berechtigten. Wird eine Bestimmung nicht getroffen, so bestimmt das Familiengericht auf Antrag den Berechtigten. Den Antrag kann stellen, wer ein berechtigtes Interesse an der Zahlung des Kindergeldes hat. Lebt ein Kind im gemeinsamen Haushalt von Eltern und Großeltern, so wird das Kindergeld vorrangig einem Elternteil gezahlt; es wird an einen Großelternteil gezahlt, wenn der Elternteil gegenüber der zuständigen Stelle auf seinen Vorrang schriftlich verzichtet hat."

Der EuGH stellte zunächst fest (Rn. 25), dass eine Person, die periodisch in einem Mitgliedstaat erwerbstätig ist und dort auch wohnt, gemäß Art. 2 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 3 Buchst. a VO 883/2004 in deren Geltungsbereich fällt. Das Kindergeld falle als Leistung, die die Kosten für den Unterhalt von Kindern verringern soll, unter den Begriff "Familienleistung" i. S. d. VO 883/2004 (vgl. EuGH 15.3.2001, C-85/99, Offermanns, EU:C:2001:166, Rn. 41, und EuGH 24. 10. 2013, C-177/12, Lachheb, EU:C:2013:689, Rn. 35).

Zur Anwendbarkeit der Prioritätsregeln, die in Art. 68 Abs. 1 VO 883/2004 für den Fall des Zusammentreffens von Ansprüchen vorgesehen sind, sei darauf hinzuweisen, dass es für die Annahme, dass in einem bestimmten Fall eine solche Kumulierung vorliege, nicht genüge, dass Leistungen in dem Mitgliedstaat, in dem das betreffende Kind wohnt, geschuldet werden und zugleich in einem anderen Mitgliedstaat, in dem ein Elternteil dieses Kindes arbeitet, lediglich potenziell gezahlt werden können (vgl. EuGH 14.10.2010, C-16/09, Schwemmer, Rn. 52 m. w. N.). Bestehe im Wohnmitgliedstaat kein Anspruch auf Familienleistungen, fänden diese Prioritätsregeln keine Anwendung (Rn. 33).

Im einzelnen führte der Gerichtshof unter anderem aus (Rn. 38 ff):

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

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

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

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

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

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

Welche Personen Anspruch auf Familienleistungen haben, bestimmt sich nämlich, wie aus Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 klar hervorgeht, nach dem nationalen Recht. Zudem sieht Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 987/2009 vor, dass dann, wenn eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf Familienleistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahrnimmt, die zuständigen Träger der Mitgliedstaaten die Anträge auf Familienleistungen zu berücksichtigen haben, die von den in dieser Bestimmung genannten Personen oder Institutionen, zu denen der "andere Elternteil" gehört, gestellt werden.

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

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

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

Folglich ist es, sofern alle Voraussetzungen für die Gewährung von Familienleistungen für ein Kind erfüllt sind und diese Leistungen tatsächlich gewährt werden, ohne Bedeutung, welcher Elternteil nach nationalem Recht als diejenige Person gilt, die den Anspruch

auf diese Leistungen hat (vgl. in diesem Sinne Urteil Hoeber und Zachow, C-245/94 und C-312/94, EU:C:1996:379, Rn. 37).

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

Das Unionsrecht selbst vermittelt keinen originären Anspruch auf nationale Familienleistungen. Es ist nach wie vor Sache der Mitgliedstaaten, wem sie unter welchen Voraussetzungen wie lange Familienleistungen zuerkennen. Das Unionsrecht verlangt allerdings im allgemeinen, dass diese Zuerkennung diskriminierungsfrei erfolgen muss, und im besonderen, dass die nach dem nationalen Recht, hilfsweise nach dem Unionsrecht zu ermittelnden Familienangehörigen einer Person, die in den Anwendungsbereich der VO 1408/71 oder der VO 883/2004 fällt, also im wesentlichen einer Person, die (nur oder auch) in einem anderen Mitgliedstaat einer Erwerbstätigkeit nachgeht als in jenem, in dem ihre Familie wohnt, so zu behandeln sind, als hätten alle Familienangehörigen ihren Lebensmittelpunkt in dem Mitgliedstaat, der Familienleistungen gewähren soll. Da ein derartiger Sachverhalt territorial die Geltung der nationalen Rechtsvorschriften zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten nach sich zieht, enthält das Unionsrecht Kollisionsregeln, welche nationalen Rechtsvorschriften allein, primär, sekundär oder gar nicht anwendbar sind (BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016; BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015; BFG 7.2.2017, RV/7106469/2016; BFG 31.5.2017, RV/5100349/2016; BFG 17.8.2017, RV/5101177/2016; BFG 24.8.2017, RV/5101270/2017).

Wie ausgeführt, sind nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a VO 883/2004 betreffend den Antrag der Mutter die österreichischen Rechtsvorschriften anzuwenden, da Beschäftigungsmitgliedstaat der Mutter Österreich ist und sich im Verfahren nicht ergeben hat, dass Beschäftigungsmitgliedstaat der Mutter auch ein anderer Staat ist.

Da die Mutter in Österreich mit ihrem Ehegatten und ihrer gemeinsamen Tochter seit mehreren Jahren in Österreich wohnt, somit von einem Wohnsitz und dem Mittelpunkt der Lebensinteressen der Mutter in Österreich auszugehen ist, besteht, wie ebenfalls schon ausgeführt, grundsätzlich ein Familienbeihilfenanspruch der Mutter auch nach nationalem österreichischem Recht, falls die weiteren Voraussetzungen gegeben sind und keine andere Person einen vorrangigeren Anspruch hat.

Nach § 2 Abs. 3 lit. a FLAG 1967 zählen zu den Familienangehörigen im unionsrechtlichen Sinn zunächst die Eltern eines Kindes (vgl. etwa auch VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067), aber auch die Großeltern (vgl. BFG 15. 11. 2016, RV/7103786/2015).

Da die Mutter des Kindes als Familienangehöriger sowohl ihres Kindes als auch dessen Großmutter anzusehen ist (§ 2 Abs. 2 und 3 FLAG 1967), ist unionsrechtlich in

Anwendung von Art. 67 VO 883/2004 zu unterstellen, dass alle beteiligten Personen (also Großmutter, Mutter, Kind) in Österreich wohnen, also hier ihren Lebensmittelpunkt haben (Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO 987/2009).

Die nach Art. 67 VO 883/2004 i. V. m. Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO 987/2009 vorzunehmende Fiktion bewirkt, dass die Wohnsituation auf Grundlage der im Streitzeitraum im anderen EU-Mitgliedstaat gegebenen Verhältnisse (fiktiv) ins Inland übertragen wird (BFH 10. 3. 2016, III R 62/12; BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016).

Diese Fiktion führt dazu, dass der Anspruch auf Familienleistungen des Beschäftigungsstaates nicht dem im für Familienleistungen zuständigen Mitgliedstaat sondern dem in einem anderen Staat der EU (des EWR, der Schweiz) lebenden (Groß-)Elternteil zusteht, wenn dieser das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat (vgl. BFH 4. 2. 2016, III R 17/13; BFH 21. 7. 2016, V R 46/11 u.a.; BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016).

Diese Fiktion besagt zwar, dass zu unterstellen ist, dass alle Familienangehörige im zuständigen Mitgliedstaat wohnen, nicht aber, dass diese - wenn dies nicht im Wohnmitgliedstaat der Fall ist - im selben Haushalt wohnen (vgl. auch BFH 28. 4. 2016, III R 68/13; BFG 24. 10. 2016, RV/7101771/2015 oder BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016). Ob ein gemeinsamer Haushalt besteht, ist sachverhaltsbezogen festzustellen (BFG 19. 8. 2016, RV/7101889/2016; BFG vom 15.11.2016, RV/7103786/2015; BFG 24. 8. 2017, RV/5101270/2017; BFG 31. 5. 2017, RV/5100349/2016; BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016; BFG 17. 10. 2017, RV/7101596/2016).

Wer von den unionsrechtlich grundsätzlich als anspruchsberechtigte Personen anzusehenden Familienangehörigen tatsächlich primär oder sekundär (oder gar keinen) Anspruch auf österreichische Familienleistungen hat, ist daher nach dem nationalen Recht zu beurteilen (vgl. BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016 unter Hinweis auf die jeweils einen vorrangigen Anspruchs des in Deutschland arbeitenden Vaters verneinenden Entscheidungen des Bundesfinanzhofs BFH 4. 2. 2016, III R 17/13 betreffend im Haushalt der Mutter in Polen lebendes Kind; BFH 10. 3. 2016, III R 62/12 betreffend im Haushalt der Großmutter in Griechenland lebendes Enkelkind; BFH 28. 4. 2016, III R 68/13 betreffend im Haushalt der Mutter in Spanien lebendes Kind; BFH 15. 6. 2016, III R 60/12 betreffend im Haushalt der Schwester und des Schwagers in Polen lebendes Pflegekind; BFH 23. 8. 2016, V R 19/15 betreffend im Haushalt der Mutter in Litauen lebendes Kind; BFH 4. 8. 2016, III R 10/13 betreffend im Haushalt der Mutter in Ungarn lebendes Kind sowie die weiteren Entscheidungen BFH 23. 8. 2016, V R 26/14; BFH 23. 8. 2016, V R 25/14; BFH 23. 8. 2016, V R 10/15; BFH 26. 10. 2016, III R 27/13; BFH 13. 7. 2016, XI R 23/12; BFH 23. 8. 2016, V R 40/13; BFH 23. 8. 2016, V R 16/13; BFH 7. 7. 2016, III R 46/14; BFH 23. 8. 2016, V R 31/14; BFH 23. 8. 2016, V R 11/13; BFH 23. 8. 2016, V R 49/11; BFH 23. 8. 2016, V R 50/11; BFH 4. 8. 2016, III R 10/13; BFH 7. 7. 2016, III R 11/13; BFH 23. 8. 2016, V R 19/15; BFH 23. 8. 2016, V R 29/13; BFH 23. 8. 2016, V R 2/14; BFH 13. 7. 2016, XI R 33/12; BFH 15. 6. 2016, III R 67/13; BFH 13. 7. 2016, XI R 28/12; BFH 13. 7. 2016, XI R 44/13; BFH 13. 7. 2016, XI R 7/15; BFH 21. 7. 2016, V

R 46/11; BFH 28. 4. 2016, III R 45/13; BFH 28. 4. 2016, III R 65/13; BFH 13. 4. 2016, III R 14/13 sowie auf die Entscheidungen des Bundesfinanzgerichts BFG 19. 8. 2016, RV/7101889/2016 betreffend im Haushalt der Mutter und des Stiefvaters in der Slowakei lebende Kinder; BFG 24. 10. 2016, RV/7101771/2015 betreffend vorrangigen Anspruch des in Polen mit seinem Sohn lebenden Vaters gegenüber der in Österreich arbeitenden Mutter; BFG 7. 2. 2017, RV/7106469/2016 betreffend vorrangigen Anspruch der in Ungarn wohnhaften haushaltsführenden Mutter; BFG 17. 10. 2017, RV/7101596/2016 betreffend vorrangigen Anspruch der in Polen wohnhaften haushaltsführenden Mutter; BFG 30. 10. 2017, RV/5100844/2012 betreffend vorrangigen Anspruch der in Polen wohnhaften haushaltsführenden Mutter; BFG 21. 11. 2017, RV/7105252/2016 betreffend vorrangigen Anspruch der in der Slowakei wohnhaften Großmutter).

Vorrangiger Anspruch der haushaltsführenden Großmutter

Das FLAG 1967 verwendet den Begriff des "Familienangehörigen" nicht. Im gegenständlichen Fall sind - da es um Marian N*****e geht - als "Familienangehörige" i. S. d. Unionsrechts (Art. 1 Buchst. i Nr. 1 Buchst. i VO 883/2004) gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 i. V. m. § 2 Abs. 3 FLAG 1967 jedenfalls der Sohn Marian N*****e, die Mutter Alice-Ricarda N***** und die Großmutter Gheorghita M***** anzusehen (vgl. auch BFH 10.3.2016, III R 62/12, oder BFG 15. 11. 2016, RV/7103786/2015, jeweils betreffend im Haushalt der Großmutter lebendes Enkelkind).

§ 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 stellt den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich auf die Haushaltszugehörigkeit mit einem Kind (als welches nach § 2 Abs. 3 FLAG 1967 auch ein Enkelkind zählt) 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). Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann (vgl. VwGH 28. 10. 2009, 2008/15/0214).

"Eltern" ist im Sinne von Anspruchsberechtigter nach § 2 Abs. 3 FLAG 1967 zu verstehen, hierzu zählt auch ein Großvater oder eine Großmutter (vgl. BFG 1. 12. 2016, RV/7104669/2015; BFG 15. 11. 2016, RV/7103786/2015; BFG 21. 11. 2017, RV/7105252/2016; i. d. S. wohl auch *Nowotny* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG § 2a Rz 1). § 2a FLAG 1967 spricht nicht von "leiblichen Eltern", sondern allgemein von "Eltern" (vgl. BFG 19. 8. 2016, RV/7101889/2016):

"Der Begriff der Eltern leitet sich aus der Definition der anspruchsvermittelnden Kinder in § 2 Abs. 3 des Gesetzes ab. Demnach sind Eltern alle Personen, die für Kinder im Sinne

der zitierten Gesetzesstelle einen Familienbeihilfenanspruch haben können" (ErläutRV RV 126 Blg NR 18. GP zur Novelle BGBl. Nr. 367/1991).

Aus den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen ergibt sich nicht, dass die Bf in Rumänien einen Haushalt (mit ihrem Sohn und dessen Großmutter) geführt hat. Die Bf hatte vielmehr in Österreich einen Haushalt mit ihrer Tochter und ihrem Ehegatten.

Aus den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen ergibt sich vielmehr, dass im Beschwerdezeitraum der Sohn Marian N***** dem Haushalt seiner Großmutter Gheorghița M***** angehört hat.

Da Marian N***** dem Haushalt seiner Großmutter Gheorghița M***** angehört hat, hatte die Großmutter Gheorghița M***** gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 daher vorrangigen Anspruch auf Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag), selbst wenn die Mutter Alice Ricarda N***** im Beschwerdezeitraum die überwiegenden Unterhaltskosten für Marian N***** getragen haben sollte.

Das Bundesfinanzgericht hat wiederholt bei mitgliedstaatsübergreifenden Sachverhalten den Vorrang des haushaltsführenden (Groß-)Elternteils, auch wenn dieser in einem anderen Mitgliedstaat der Union wohne, gegenüber dem nicht haushaltsführenden oder bloß Geldunterhalt leistenden Elternteil betont (vgl. etwa BFG 14. 5. 2015, RV/3100177/2012; BFG 8. 6. 2015, RV/7100958/2015; BFG 19. 8. 2016, RV/7101889/2016; BFG 1. 9. 2016, RV/7102211/2015; BFG 15. 11. 2016, RV/7103786/2015 [betreffend Großmutter]; BFG 7. 2. 2017, RV/7106469/2016; BFG 31. 5. 2017, RV/5100349/2016; BFG 26. 7. 2017, RV/7103017/2017; BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016; BFG 17. 10. 2017, RV/7101596/2016; BFG 21. 11. 2017, RV/7105252/2016 [betreffend Großmutter]).

Dies entspricht auch der im Erkenntnis BFG 11. 9. 2017, RV/7103504/2017 wie folgt wiedergegebenen Rechtsansicht des Bundesministeriums für Familien und Jugend, das sich auf das Erkenntnis BFG 19. 8. 2016, RV/7101889/2016 bezieht:

„Ich darf zunächst auf das Erkenntnis des EuGH vom 22.10.2015, C-378/14, RS Trapkowski, hinweisen.

Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden:

Der Gerichtshof setzt sich in diesem Erkenntnis insbesondere mit der Fiktion des Art. 60 Abs. 1 Satz 2 auseinander (siehe RZ 34, 36, 41).

Demnach ist, was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruches anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betroffenen Mitgliedstaates fallen und dort wohnen.

Wenn demnach der leibliche Vater durch seine Erwerbstätigkeit eine Zuständigkeit Österreichs auslöst, sind nach der in Rede stehenden Bestimmung die beteiligten Personen – also Mutter und Kind - als in Österreich aufhältig zu betrachten. In diesem Fall sieht das FLAG 1967 – der EuGH repliziert ja auch die nationalen Rechtsvorschriften -

einen vorrangigen Anspruch für die haushaltszugehörige Person – also in diesem Fall der Mutter – vor.

Der Rechtsmeinung dieser Judikatur – die auch in der BRD auf Grund der Betroffenheit im Erkenntnis angewendet wird – hat sich das BMFJ angeschlossen.

Im Übrigen wird auch auf die Entscheidung des BFG vom 19. August 2016, GZ. RV/7101889/2016, verwiesen. (siehe insbesondere Ausführungen S. 57 ff)."

Anspruch der Großmutter nach nationalem Recht i. V. m. Unionsrecht

Die Großmutter Gheorghița M***** erfüllt im Beschwerdezeitraum die persönlichen Voraussetzungen für einen Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für Marian N*****: Der im April 2008 geborene Marian N***** war minderjährig (§ 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967), Gheorghița M***** ist die Großmutter (§ 2 Abs. 3 lit. a FLAG 1967), Marian N***** ist bei der Großmutter Gheorghița M***** und nicht bei der Mutter Alice Ricarda N***** haushaltszugehörig (§ 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967).

Im gegenständlichen Fall sind aber in Verbindung mit dem Unionsrecht auch die territorialen Voraussetzungen - Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 1 FLAG 1967) sowie Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) - hinsichtlich der Großmutter gegeben (vgl. BFG 19. 8. 2016, RV/7101889/2016; BFG 15. 11. 2016, RV/7103786/2015).

Die Großmutter hatte im Beschwerdezeitraum ihren Wohnsitz sowie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen nicht in Österreich (Bundesgebiet), sondern in einem anderen Mitgliedstaat der Union, in Rumänien.

Außerhalb des Anwendungsbereichs der VO 883/2004 stünde der Großmutter allein nach nationalem Recht daher keine Familienbeihilfe für ihre Kinder zu.

Da Kind, Mutter und Großmutter Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Union sind, ist jedoch neben dem nationalen Recht auch die VO 883/2004 anzuwenden (Art. 2 Abs. 1 VO 883/2004).

Zufolge der Erwerbstätigkeit bzw. der einer Erwerbstätigkeit gleichgestellten Situation der Mutter im Beschwerdezeitraum sind nach Art. 11 VO 883/2004 betreffend die Mutter die österreichischen Rechtsvorschriften anzuwenden.

Nach Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 ist in Bezug auf die Familienleistungen regelnden Art. 67 VO 883/2004 und Art. 68 VO 883/2004 "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."

Art. 1 Abs. 1 Buchstabe j VO 883/2004 definiert den "Wohnort" einer Person als den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person. Darunter ist - siehe etwa Art. 11 Abs. 1 VO

987/2009 - im Sinn des nationalen Rechts nicht bloß (irgendein) Wohnsitz i. S. d. § 26 Abs. 1 BAO zu verstehen, sondern der Mittelpunkt der Lebensinteressen (§ 2 Abs. 8 Satz 2 FLAG 1967) bzw. der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen (§ 1 Abs. 8 Meldegesetz) dieser Person (vgl. *Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG § 53 Rz 81, unter Hinweis auf OGH 17. 8. 2006, 10 ObS 65/06s; *Stöger*, Unionsrechtliche Aspekte des Anspruchs auf Familienbeihilfe, 2016, 58).

Auch der EuGH hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Begriff "Wohnort" in Art. 1 Buchst. j VO 883/2004 als der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person definiert wird und Art. 11 VO 987/2009 den Wohnort mit dem Mittelpunkt der Interessen der betreffenden Person gleichsetzt (EuGH 11. 9. 2014, C-394/13, B, ECLI:EU:C:2014:2199, Rn. 34).

Der unionsrechtliche Begriff "Wohnort" ist daher nicht mit dem Begriff "Wohnsitz" des nationalen Rechts zu verwechseln (vgl. *Stöger*, Unionsrechtliche Aspekte des Anspruchs auf Familienbeihilfe, 2016, 59). Der unionsrechtliche "Wohnort" ist jener "Wohnsitz" i. S. d. § 26 BAO, an welchem sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen i. S. d. § 2 Abs. 8 FLAG 1967 befindet (vgl. *Stöger*, Unionsrechtliche Aspekte des Anspruchs auf Familienbeihilfe, 2016, 60).

Aus Art. 67 VO 883/2004 i. V. m. Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 ergibt sich somit, dass die Möglichkeit, Familienleistungen zu beantragen, unionsrechtlich nicht nur den Personen zuerkannt ist, die in dem zu ihrer Gewährung verpflichteten Mitgliedstaat wohnen, sondern auch allen „beteiligten Personen“, die berechtigt sind, Anspruch auf diese Leistungen zu erheben, zu denen die (Groß-)Eltern des Kindes gehören, für das die Leistungen beantragt werden (vgl. EuGH 22. 10. 2015, C-378/14, *Tomisław Trapkowski*, ECLI:EU:C:2015:720, Rn. 38).

Ein (Groß-)Elternteil, der in einem anderen als dem zur Gewährung dieser Leistungen verpflichteten Mitgliedstaat wohnt, kann daher diejenige Person sein, die, sofern im Übrigen alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind, zum Bezug der Familienleistungen berechtigt ist (vgl. EuGH 22. 10. 2015, C-378/14, *Tomisław Trapkowski*, ECLI:EU:C:2015:720, Rn. 41).

"Im Übrigen" i. S. d. Rn. 41 des zitierten Urteils ist so zu verstehen, dass die im nationalen Recht vorgesehenen persönlichen Voraussetzungen für den Bezug von Familienleistungen erfüllt sein müssen, während die Erfüllung der territorialen Voraussetzungen ("Wohnen" i. S. v. Lebensmittelpunkt) durch das Unionsrecht im Anwendungsbereich der Sozialsystemkoordinierungsverordnung VO 883/2004 fingiert wird.

Ist die VO 883/2004 anzuwenden, ist daher nach Art. 67 VO 883/2004 i. V. m. Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 zu fingieren, dass sowohl die Voraussetzung des inländischen Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts (§ 2 Abs. 1 FLAG 1967) als auch die Voraussetzung des Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) hinsichtlich aller Mitglieder der jeweiligen Familie ("beteiligten Personen") vorliegt, auch wenn einzelne

oder alle Mitglieder dieser Familie tatsächlich in einem anderen Mitgliedstaat der Union (des EWR oder in der Schweiz) wohnen (vgl. BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016 u.a.).

Da nach Art. 67 VO 883/2004 i. V. m. Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 sowohl die Voraussetzung des inländischen Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts (§ 2 Abs. 1 FLAG 1967) als auch die Voraussetzung des Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) als gegeben anzusehen ist, besteht ein (von der Erwerbstätigkeit der Mutter in Österreich, auf die die österreichischen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, abgeleiteter) grundsätzlicher (und zufolge Haushaltsführung primärer) Anspruch der Großmutter auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder auf Ausgleichszahlung/Differenzzahlung in Österreich.

Der Familienleistungsanspruch des in Österreich wohnhaften und erwerbstätigen Elternteils (hier: der Mutter) wird nach § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 i. V. m. Art. 67 VO 883/2004 und Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO 987/2009 durch den vorrangigen Familienleistungsanspruch des in einem anderen Mitgliedstaat der Union (des EWR oder in der Schweiz) mit den Kindern im gemeinsamen Haushalt lebenden Elternteils (hier: der Großmutter) verdrängt (vgl. BFH 28. 4. 2016, III R 68/13; BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016 u.a.).

Im Bezug auf den von der erwerbstätigen Mutter abgeleiteten Anspruch auf österreichische Leistungen kommt es nicht darauf an, dass auf einen allfälligen originären Anspruch der Großmutter die rumänischen Rechtsvorschriften anzuwenden sind. Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 ordnet nämlich - wie bereits ausgeführt - ausdrücklich an, dass bei der Anwendung von Art. 67 und Art. 68 VO 883/2004, "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." Daher kann die unter die rumänischen Rechtsvorschriften fallende Großmutter den Anspruch der unter die österreichischen Rechtsvorschriften fallenden Mutter nach Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 geltend machen (vgl. BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016).

Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag) haben nach § 2 Abs. 1 FLAG 1967, wie ausgeführt, Personen mit Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet a) für minderjährige Kinder und b) für bestimmte, im § 2 Abs. 1 lit. b bis l FLAG 1967 angeführte volljährige Kinder.

Das FLAG 1967 will (§ 1 FLAG 1967) einen Lastenausgleich im Interesse der Familie herbeiführen. "Der Ausgleich der finanziellen Mehrbelastung, die die Ernährung, Bekleidung, häusliche Unterbringung und Erziehung von Kindern verursacht, ist ... nicht nur eine Forderung der sozialen Gerechtigkeit, sondern auch eine gesellschaftliche Existenznotwendigkeit" (Materialien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1954, übernommen in die Materialien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967 RV 549 BlgNR 11. GP).

Da im Anwendungsbereich des Unionsrechts die Wohnortklausel unbeachtlich ist, hätten grundsätzlich sowohl die Mutter als auch die Großmutter als Familienangehörige ([Groß-]Elternteile) Anspruch auf Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag).

§ 2 Abs. 2 FLAG 1967 i. V. m. § 2 Abs. 3 FLAG 1967 und § 2a FLAG 1967 regelt die Reihenfolge des Anspruchs nach § 2 Abs. 1 FLAG 1967. Vorzugsweise soll nach dem Willen des Gesetzgebers der Person, zu deren Haushalt das Kind gehört, die Familienbeihilfe gewährt werden (RV 549 BlgNR 11. GP).

Demzufolge hat für ein (nach nationalem Recht: in Österreich lebendes) minderjähriges Kind jedenfalls der (nach nationalem Recht: in Österreich lebende) Elternteil, der den Haushalt, dem das Kind angehört, führt, Anspruch auf Familienbeihilfe. Ist das Kind bei keinem Elternteil haushaltszugehörig, steht die Familienbeihilfe demjenigen Elternteil i. S. d. § 2 Abs. 3 FLAG 1967 zu, der die überwiegenden Unterhaltskosten trägt. Leben beide Eltern nicht mehr oder leisten die lebenden Eltern nicht den überwiegenden Unterhalt, sieht § 6 FLAG 1967 einen Eigenanspruch des Kindes auf Familienbeihilfe vor.

Das FLAG 1967 gewährleistet damit, dass grundsätzlich für alle in Österreich lebenden minderjährigen und bestimmte volljährige Kinder Familienbeihilfe bezahlt wird. Ausnahmen bestehen nur in Fällen eines bloß vorübergehenden oder unrechtmäßigen Aufenthalts oder bei Finanzierung der Unterhaltskosten durch die öffentliche Hand (§ 3 FLAG 1967, § 6 Abs. 5 FLAG 1967).

Diese Grundsätze sind auch auf Fälle mit Unionsrechtsbezug anzuwenden.

Das Bundesfinanzgericht hat hierzu in seinem Erkenntnis BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016 ausgeführt:

Das Unionsrecht beabsichtigt mit den VO 883/2004 und VO 987/2009 eine Gleichstellung von Eltern und Kindern, die in einem einzigen Mitgliedstaat wohnen und arbeiten, mit Eltern und Kindern, die in einem Mitgliedstaat arbeiten und in einem anderen wohnen.

Das österreichische Recht gewährleistet, wie ausgeführt, den Familienbeihilfebezug für ein bei einem Elternteil haushaltszugehöriges Kind auch dann, wenn der nicht haushaltszugehörige andere Elternteil nicht überwiegend zu den Unterhaltskosten des Kindes beiträgt. Nach österreichischem Recht kommt es bei Haushaltszugehörigkeit zu einem Elternteil nämlich auf die Unterhaltskostentragung nicht an, im Großteil der Familienbeihilfeverfahren ist daher die Kostentragung auch nicht zu prüfen.

Bei "Wanderarbeitern" ist es typisch, dass Kind bei einem Elternteil im Wohnmitgliedstaat lebt, während der andere Elternteil im Beschäftigungsmitgliedstaat arbeitet.

Gehört der andere Elternteil auch bei auswärtiger Beschäftigung weiterhin dem Haushalt des Kindes an, käme es auf die überwiegende Unterhaltskostentragung nicht an. Wenn ein Elternteil, wie hier der Fall, vom anderen Elternteil und vom Kind getrennt lebt, käme es dazu, dass bei einer Auslegung, die nur auf die überwiegende Kostentragung des getrennt lebenden Elternteils abstellt, in den keineswegs seltenen Fällen, dass der nicht haushaltszugehörige Elternteil aus welchen Gründen immer nicht

die überwiegenden Unterhaltskosten trägt, für das Kind vom Beschäftigungsmitgliedstaat keinerlei Familienleistungen erbracht werden, obwohl bei einem ausschließlich national zu beurteilenden Sachverhalt in diesem Fall Familienleistungen dem haushaltsführenden Elternteil zustünden.

§ 2 Abs. 2 FLAG 1967 ist daher unionsrechtskonform (Art. 67 VO 883/2004 und Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO 987/2009) diskriminierungsfrei auszulegen, dass bei einer in einem anderen Mitgliedstaat der Union (Vertragsstaat des EWR oder in der Schweiz) wohnenden Familie, die unter die VO 883/2004 fällt, im Fall der Haushaltszugehörigkeit zu einem Elternteil für das haushaltszugehörige Kind unter denselben Voraussetzungen Familienbeihilfe bezogen werden kann, wie wenn diese Familie in Österreich wohnt.

Bereits zuvor hat das Bundesfinanzgericht in seinem Erkenntnis BFG 9. 10. 2017, RV/5101534/2016, auf das Erfordernis einer diskriminierungsfreien Auslegung verwiesen.

Der effet utile gebietet daher eine unionsrechtskonforme Auslegung von § 2 Abs. 2 FLAG 1967 im vorgenannten Sinn.

Haushaltszugehörigkeit zur Großmutter

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

Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG 1967 näher umschrieben. Demnach kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an (vgl. VwGH 20. 4. 1995, 95/13/0071; VwGH 18. 4. 2007, 2006/13/0120; VwGH 28. 10. 2009, 2008/15/0214).

Dass im Beschwerdezeitraum Marian N*****e bei seiner Großmutter Gheorghița M***** i. S. d. § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 haushaltszugehörig war, ist unstrittig.

Ein allfälliger vorübergehender Ferienaufenthalt von Marian N*****e in Österreich ändert, worauf bereits das Finanzamt hingewiesen hat, nichts am ständigen Aufenthalt von Marian N*****e im Haushalt seiner Großmutter in Rumänien.

Anspruch der haushaltszugehörigen Großmutter geht jenem der nicht haushaltszugehörigen Mutter vor

Da nach den getroffenen Feststellungen Marian N*****e (nur) dem Haushalt der Großmutter Gheorghița M***** angehört, hat die Großmutter auch wenn die Mutter Unterhaltskosten von Marian überwiegend getragen haben sollte, einen vorrangigen Familienleistungsanspruch.

Der Anspruch der haushaltszugehörigen Großmutter geht gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 jenem der nicht haushaltszugehörigen Mutter vor:

Bei gemeinsamer Haushaltsführung mit dem Kind stehen die Familienleistungen dem den Haushalt, in dem das Kind lebt, führenden (Groß-)Elternteil zu. Nur bei getrennter Haushaltsführung ist die Feststellung der tatsächlichen Höhe der Unterhaltskosten sowie des Umstands, wer diese überwiegend getragen hat, erforderlich.

Das Bundesfinanzgericht kann es daher dahingestellt lassen, ob von der Mutter im Beschwerdezeitraum - was vom Finanzamt bestritten wurde - tatsächlich die überwiegenden Unterhaltskosten getragen wurden. Hierfür wären die tatsächlichen Unterhaltsleistungen sowohl des leiblichen Vaters, der sowohl von der Mutter als auch von dem gemeinsamen Kind getrennt lebt, als auch der Mutter sowie jene der Großeltern sowie allfällige Leistungen des rumänischen Staates festzustellen gewesen, und auch die tatsächlichen Unterhaltskosten des Kindes (vgl. BFG 8. 6. 2015, RV/7100958/2015; BFG 18. 10. 2015, RV/7101655/2015; BFG 2. 7. 2016, RV/7102318/2015; BFG 15. 11. 2016, RV/7103786/2015 u.a.). Auch die überwiegende Tragung der Unterhaltskosten durch die Mutter änderte, wie ausgeführt, nichts am Vorrang des haushaltsführenden (Groß-)Elternteils.

Teilentscheidung mittels Feststellung

Da, wie ausgeführt, im Beschwerdezeitraum ein Anspruch der haushaltsführenden Großmutter auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bzw. Ausgleichszahlung einem solchen der Geldunterhalt leistenden Mutter vorgeht, wäre der diesbezügliche Antrag der Mutter grundsätzlich abzuweisen.

Dem Finanzamt ist diesbezüglich hinsichtlich der Ausführungen in der Beschwerdeverentscheidung und im Vorlagebericht zuzustimmen.

§ 13 FLAG 1967 Satz 2 ist in Verbindung mit §§ 11, 12 FLAG 1967 grundsätzlich so zu verstehen, dass der Bescheidspruch im Familienbeihilfverfahren bei erstmaliger Erlassung eines Bescheides nur auf (gänzliche oder teilweise) Abweisung eines Beihilfenantrags bezogen auf einen bestimmten Zeitraum lauten kann, während die (gänzliche oder teilweise) Stattgabe eines Beihilfenantrags bezogen auf einen bestimmten Zeitraum grundsätzlich im Wege der Auszahlung nach § 11 FLAG 1967, verbunden mit einer Mitteilung nach § 12 FLAG 1967, zu erfolgen hat. Ist für einen Kalendermonat ein Antrag nicht zur Gänze abzuweisen oder einem Antrag nicht zur Gänze Folge zu geben, sondern einem Antrag nur teilweise Folge zu geben, ist insoweit, als dem Antrag nicht Folge gegeben wird, ein Abweisungsbescheid zu erlassen, ansonsten mit Auszahlung vorzugehen. Die meritorische Erledigung einer gegen einen Abweisungsbescheid erhobenen Beschwerde mittels Beschwerdeverentscheidung oder Erkenntnisses kann, jeweils für einen bestimmten Zeitraum, entweder auf (gänzliche oder teilweise) Abweisung des Familienbeihilfenantrags für Monate, in denen Familienbeihilfe nicht zusteht, oder auf

(gänzliche oder teilweise) ersatzlose Aufhebung des den Antrag abweisenden Bescheides für Monate, in denen (ganz oder teilweise) Familienbeihilfe zusteht, lauten (vgl. BFG 16. 10. 2015, RV/7100657/2015 oder BFG 13. 7. 2016, RV/7102305/2016).

Im gegenständlichen Fall ist jedoch zu beachten, dass gemäß Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009, das österreichische Finanzamt den von der Mutter gestellten Antrag auf Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag), wenn und soweit diesem ein Anspruch der haushaltsführenden Großmutter vorgeht, zugunsten des Anspruchs der Großmutter auf österreichische Familienleistungen zu berücksichtigen hat (vgl. BFH 28. 4. 2016, III R 68/13; BFH 13. 7. 2016, XI R 7/15 u. v. a.; BFG 19. 8. 2016, RV/7101889/2016; BFG 15. 11. 2016, RV/7103786/2015 u.v.a.).

Es ist zwar die Beschwerde der Mutter als unbegründet abzuweisen.

Der dieser Beschwerde zugrunde liegende Antrag der Mutter ist aber nicht abzuweisen, sondern ist dieser als Antrag zugunsten der Großmutter zu berücksichtigen (vgl. BFG 15. 11. 2016, RV/7103786/2015; BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016 oder BFG 21. 11. 2017, RV/7105252/2016).

Es ist daher gemäß § 92 BAO i. V. m. §§ 10, 13 FLAG 1967 und Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 festzustellen, dass einerseits ein Anspruch der Mutter Alice Ricarda N***** auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder auf Ausgleichszahlung/Differenzzahlung betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag Marian N*****e im Beschwerdezeitraum nicht besteht, sowie dass andererseits der Antrag der Mutter Alice Ricarda N***** auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für Marian N*****e als derartiger Antrag zugunsten der Großmutter Gheorghița M***** zu berücksichtigen ist (vgl. BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016).

Da die Großmutter Gheorghița M***** bisher am Verfahren nicht als Partei (§ 78 BAO) beteiligt war und außerdem noch Ermittlungen durch das Finanzamt vorzunehmen sein werden, ist eine sofortige Entscheidung in der Sache hinsichtlich der Großmutter Gheorghița M***** nicht möglich (vgl. BFG 21. 11. 2017, RV/7105252/2016).

Revisionszulassung

Eine Revision ist nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, wenn ein Erkenntnis von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss 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.

Die Revision wird zu den in der Judikatur des Bundesfinanzgerichts unterschiedlich beantworteten Fragen, a) ob ein Anspruch der in einem anderen Mitgliedstaat lebenden haushaltsführenden (Groß-)Elternteils dem Anspruch eines in Österreich erwerbstätigen Elternteils vorgeht (BFG 8. 6. 2015, RV/7100958/2015; BFG

14. 8. 2015, RV/7105142/2014; BFG 19. 7. 2016, RV/3100164/2016; BFG 19. 8. 2016, RV/7101889/2016; BFG 24. 10. 2016, RV/7101771/2015; BFG 15. 11. 2016, RV/7103786/2015; BFG vom 31. 5. 2017, RV/5100349/2016; BFG 5. 9. 2017, RV/3100527/2017; BFG 9. 10. 2017, RV/5101534/2016; BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016; BFG 17. 10. 2017, RV/7101596/2016; BFG 21. 11. 2017, RV/7105252/2016 vs. BFG 8. 11. 2016, RV/7102424/2014; BFG 2. 2. 2017, RV/7106543/2016; BFG 7. 2. 2017, RV/7104110/2016; BFG 22. 5. 2017, RV/7105665/2016; BFG 11. 9. 2017, RV/7103504/2017) und b) ob bei Abweisung eines Antrags eines Familienangehörigen auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder auf Ausgleichszahlung betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag anstelle eines Abweisungsbescheids ein Feststellungsbescheid zu erlassen ist, wenn dieser Antrag nach Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 als Antrag eines anderen Familienangehörigen, der bisher am Verfahren nicht beteiligt war, zu berücksichtigen ist (in Bezug auf ausdrückliche Feststellung im Beschwerdeverfahren BFG 15. 11. 2016, RV/7103786/2015; BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016; BFG 21. 11. 2017, RV/7105252/2016 vs. BFG 19. 7. 2016, RV/3100164/2016; BFG 24. 10. 2016, RV/7101771/2015; BFG 5. 9. 2017, RV/3100527/2017; BFG 31. 5. 2017, RV/5100349/2016; BFG 5. 9. 2017, RV/3100527/2017; BFG 17. 10. 2017, RV/7101596/2016) zugelassen.

Wien, am 1. Dezember 2017