

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin***Ri*** in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, über die Beschwerde vom 10. Dezember 2019 gegen den Bescheid des ***FA*** (nunmehr FA Österreich) vom 6. November 2019, mit dem der Antrag vom 24.4.2019 auf Gewährung der Ausgleichszahlung (Familienbeihilfe) für das Kind ***2*** ***3***, geboren ***1***, ab Mai 2017 abgewiesen wurde, SVNR ***4***, zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird für den Zeitraum 5/2017 bis 10/2019 ersatzlos aufgehoben.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Der BF brachte mit Antrag vom 24.4.2019, eingegangen am 7.5.2019, beim ***FA*** (nunmehr FA Österreich) einen Antrag auf Familienbeihilfe für seine Tochter ab 5/2017 ein. Dieser wurde als Antrag auf Ausgleichszahlung gewertet und abgewiesen mit der Begründung, dass das Kind nicht im gemeinsamen Haushalt mit dem BF lebe und die Kindesmutter vorrangig anpruchsberechtigt sei.

In der dagegen erhobenen Beschwerde vom 10.12.2019, eingegangen am 12.12.2019, führte der BF aus, dass er als Personenbetreuer in Österreich arbeite und im Herkunftsland gemeinsam mit der Kindesmutter und der Tochter an der gleichen Adresse lebe. In der vorgelegten Ausweiskopie sei seine Geburtsadresse gestanden, welche nun richtiggestellt worden sei. Um Gewährung der Ausgleichszahlung ab 5/2017 werde ersucht.

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 21.1.2020 wurde die Beschwerde abgewiesen. Es sei aus den vorgelegten Unterlagen nicht erkennbar, dass ein gemeinsamer Haushalt mit Kind und Kindesmutter bis 27.11.2019 vorgelegen sei.

Mit 16.2.2020 stellte der BF einen Vorlageantrag und brachte vor, dass er die notwendigen Nachweise über den ordentlichen gemeinsamen Wohnsitz mit der Tochter nachreichen werde. Weitere Eingaben dazu erfolgten nicht.

Im März 2021 brachte er einen weiteren Antrag auf Ausgleichszahlung durch seinen steuerlichen Vertreter ein. Für 11/2019 bis 3/2021 wurde dem BF die Ausgleichszahlung gewährt.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Der Beschwerdeführer (BF) ist rumänischer Staatsbürger und von 5/2017 bis 3/2021 als Personenbetreuer in Österreich erwerbstätig und hatte seinen Nebenwohnsitz hier.

Seine minderjährige Tochter wohnt mit ihrer Mutter in Rumänien.

Der BF lebt mit der Kindesmutter, Arbeitnehmerin in Rumänien, in einer eheähnlichen Gemeinschaft, ab 11/2019 liegt eine Bestätigung vor, dass die gesamte Familie an derselben Adresse in Rumänien gemeldet ist.

Für die Zeit davor wurde vom Einwohnermeldeamt kein gemeinsamer Wohnsitz bestätigt.

Von 11/2019 bis 3/2021 wurde an den BF die Ausgleichszahlung gewährt.

Für den Zeitraum 5/2017 bis 10/2019 erhielt er keine Ausgleichszahlung für die Tochter, weil er für diesen Zeitraum keinen gemeinsamen Wohnsitz mit der Tochter und der Kindesmutter in Rumänien nachweisen konnte.

Der BF leistet nach seinen Angaben und unbestritten den überwiegenden Unterhalt für die Tochter.

Die Kindesmutter hat zum Familienbeihilfenanspruch in Österreich eine Verzichtserklärung abgegeben.

2. Beweiswürdigung

Die Sachverhaltsfeststellungen beruhen auf den aktenkundigen Unterlagen, den in der Beihilfendatenbank, im Abgabensinformationssystem und im Zentralen Melderegister gespeicherten Daten.

3. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 2 Abs. 1 des FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder (§ 2 Abs 3 FLAG 1967) unter den in lit. a bis lit. i dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen.

§ 2 Abs. 2 FLAG 1967 bestimmt, dass die Person Anspruch auf Familienbeihilfe hat, 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 § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 anspruchsberechtigt ist.

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

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 1967 sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), 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.

Nach Art. 1 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl Nr L 166 vom 30. April 2004, in der Fassung der Berichtigung ABl Nr L 200 vom 7. Juni 2004, (in der Folge: Verordnung Nr. 883/2004) bezeichnet für Zwecke dieser Verordnung der Ausdruck "Beschäftigung" jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt.

Art. 1 lit. i der Verordnung Nr. 883/2004 lautet:

"Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

...

i) 'Familienangehöriger':

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

ii) in Bezug auf Sachleistungen nach Titel III Kapitel 1 über Leistungen bei Krankheit sowie Leistungen bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft jede Person, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sie wohnt, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt wird oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird;

2. unterscheiden die gemäß Nummer 1 anzuwendenden

Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats die Familienangehörigen nicht von anderen Personen, auf die diese Rechtsvorschriften anwendbar sind, so werden der Ehegatte, die minderjährigen Kinder und die unterhaltsberechtigten volljährigen Kinder als Familienangehörige angesehen;

3. wird nach den gemäß Nummern 1 und 2 anzuwendenden

Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familien- oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Versicherten oder dem Rentner in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Versicherten oder dem Rentner bestritten wird;

..."

Nach Art. 1 lit. j der Verordnung Nr. 883/2004 bezeichnet der Ausdruck "Wohnort" den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person.

Als Familienleistungen werden in Art. 1 lit. z leg. cit. alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen nach Anhang I definiert.

Den persönlichen Geltungsbereich regelt Art. 2 Abs. 1 der Verordnung Nr. 883/2004 dahingehend, dass diese Verordnung für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen gilt.

Zum sachlichen Geltungsbereich ordnet Art. 3 Abs. 1 lit. j der Verordnung Nr. 883/2004 an, dass diese Verordnung für alle Rechtsvorschriften gilt, die Familienleistungen als Zweig der sozialen Sicherheit betreffen.

Gemäß Art. 4 der Verordnung Nr. 883/2004 haben - sofern in dieser Verordnung nicht anderes bestimmt ist - Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

Sofern in der Verordnung Nr. 883/2004 nichts anderes bestimmt ist, dürfen gemäß ihrem Art. 7 Geldleistungen, die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten oder nach dieser Verordnung zu zahlen sind, nicht auf Grund der Tatsache gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, dass der Berechtigte oder seine Familienangehörigen in einem anderen als dem Mitgliedstaat wohnt oder wohnen, in dem der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat.

Art. 11 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a der Verordnung Nr. 883/2004 lautet samt Überschrift:

"TITEL II

BESTIMMUNG DES ANWENDBAREN RECHTS

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.

...

(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;
..."

Im Titel III (Besondere Bestimmungen über die verschiedenen Arten von Leistungen) Kapitel 8 (Familienleistungen) der Verordnung Nr. 883/2004 lauten die Art 67 und 68 jeweils samt Überschrift:

"Artikel 67

Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen

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

Artikel 68

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."

Art. 60 Abs. 1 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, ABl Nr. L 284 vom 30. Oktober 2009, (in der Folge: Durchführungsverordnung Nr. 987/2009) lautet:

"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) ..."

3.1. Zu Spruchpunkt I. (Stattgabe)

Im Beschwerdefall unterliegt der Beschwerdeführer den Rechtsvorschriften Österreichs, weil er hier eine Beschäftigung ausübt (Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung Nr. 883/2004).

Die Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 wird für die in Rumänien lebende Tochter des Beschwerdeführers durch die Bestimmung des § 53 Abs. 1 zweiter Satz FLAG 1967 iVm Art 67 der Verordnung Nr. 883/2004 verdrängt.

Zum Familienbeihilfenanspruch eines in Österreich Beschäftigten oder selbständig Erwerbstätigen, dessen Kind in einem anderen Mitgliedstaat wohnt und zu dessen Haushalt es nicht gehört, hat der Verwaltungsgerichtshof bereits zur Vorgängerregelung der VO 883/2004 darauf abgestellt, ob der in Österreich lebende Elternteil die Unterhaltskosten für das in einem anderen Mitgliedstaat wohnende Kind überwiegend trägt (vgl etwa VwGH 24.2.2010, 2009/13/0240; VwGH 24.2.2010, 2009/13/0241; VwGH 24.2.2010, 2009/13/0243; VwGH 19.4.2007, 2004/15/0049).

Zu vergleichbaren Konstellationen hat der Verwaltungsgerichtshof im Anwendungsbereich der VO 883/2004 einen Anspruch des in einem anderen Mitgliedstaat im gemeinsamen Haushalt mit dem Kind wohnenden Elternteils dann verneint, wenn der in Österreich eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübende Elternteil, zu dessen Haushalt das Kind nicht gehört, die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt (vgl VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067; VwGH 27.9.2012, 2012/16/0135).

In seinem Erkenntnis vom 22.11.2016, Ro 2014/16/0067, sprach der VwGH aus, dass die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen des § 2 Abs. 1 FLAG 1967 zufolge des Art. 7 der Verordnung Nr. 883/2004 und dessen Anwendungsvorrangs insoweit keine Anwendung finden (Wohnortklauseln, welche betreffend den Familienbeihilfenbezug auf den Wohnort im Bundesgebiet abstellen; § 2 Abs. 8 FLAG 1967, welcher auf den wesentlich durch den Wohnort bestimmten Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet abstellt, und § 5 Abs. 3 FLAG 1967, der einen vom Wohnort abhängigen Ausschluss der Familienbeihilfe bei ständigem Aufenthalt des Kindes im Ausland vorsieht).

Zufolge des in Art. 4 der Verordnung Nr. 883/2004 normierten Gleichbehandlungsgrundsatzes für Personen, für die diese Verordnung gelte, fänden die durch den Anwendungsvorrang dieser Bestimmung verdrängten Bestimmungen des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG 1967 mit besonderen Voraussetzungen für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger seien, keine Anwendung. Weiters führte der Verwaltungsgerichtshof in diesem Erkenntnis aus, nach dem Familienlastenausgleichsgesetz könne ein Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs. 2 zweiter Satz leg. cit. bestehen; nach dieser Bestimmung habe eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehöre, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trage, dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 anspruchsberechtigt sei.

In dem von der belangten Behörde offensichtlich angewendeten Urteil des EuGH vom 22.10.2015, C-378/14, Tomislaw Trapkowski, führte der EuGH ua aus:

" ...

32 Zur Anwendbarkeit der Prioritätsregeln, die in Art. 68 Abs. 1 der Verordnung Nr. 883/2004 für den Fall des Zusammentreffens von Ansprüchen vorgesehen sind, ist darauf hinzuweisen, dass es nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs für die Annahme, dass in einem bestimmten Fall eine solche Kumulierung vorliegt, nicht genügt, 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 (Urteil Schwemmer, C-16/09, EU:C:2010:605, Rn. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung).

...

34 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 987/2009 dahin auszulegen ist, dass die in dieser Bestimmung vorgesehene Fiktion dazu führen könnte, dass der Anspruch auf Familienleistungen einer Person zusteht, die nicht in dem Mitgliedstaat wohnt, der für die Gewährung dieser Leistungen zuständig ist.

35 Zur Beantwortung dieser Frage ist erstens darauf hinzuweisen, dass die in Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 vorgesehene Fiktion zur Folge hat, dass eine Person Anspruch auf Familienleistungen für Familienangehörige, die in einem anderen als dem für die Gewährung dieser Leistungen zuständigen Mitgliedstaat wohnen, so erheben kann, als würden sie in dem zuständigen Mitgliedstaat wohnen.

36 Zweitens sieht Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 987/2009 vor, dass bei der Anwendung u. a. der Verordnung Nr. 883/2004, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Anspruchs auf Familienleistungen anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen ist, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen.

37 Drittens geht aus Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 987/2009 hervor, dass dann, wenn eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf Familienleistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahrnimmt, der 'andere Elternteil' zu den Personen und Institutionen gehört, die einen Antrag auf Gewährung dieser Leistungen stellen können.

38 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.

39 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.

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

41 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.

..."

Den vom VwGH in seinem Erkenntnis vom 12.11.2019, Ra 2019/16/0133, erfolgten Ausführungen zufolge habe der EuGH damit fallbezogen verdeutlicht, "dass die in Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 vorgesehene Fiktion zur Folge hat, dass eine Person Anspruch auf Familienleistungen für Familienangehörige, die in einem anderen als dem für die Gewährung dieser Leistungen zuständigen Mitgliedstaat wohnen, so erheben kann, als würden sie in dem zuständigen Mitgliedstaat wohnen, bei der Anwendung u. a. der Verordnung Nr. 883/2004, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Anspruchs auf Familienleistungen anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen ist, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen, Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 987/2009 dahin auszulegen ist, 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, aus Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 987/2009 hervorgeht, dass dann, wenn eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf Familienleistungen zu erheben, dieses Recht nicht

wahrnimmt, der "andere Elternteil" zu den Personen und Institutionen gehört, die einen Antrag auf Gewährung dieser Leistungen stellen können."

Damit habe der EuGH in seinem Urteil vom 22.10.2015, C-378/14, Tomislaw Trapkowski, den Ausführungen des VwGH zufolge ausdrücklich zwischen Satz 2 und Satz 3 von Art. 60 Abs. 1 Verordnung Nr. 987/2009 unterschieden: von der im dortigen Fall primär zu beantwortenden Frage, wem aller ein Anspruch zustehen kann, sei die Frage zu unterscheiden, wer dieses Recht wahrnehmen kann. Nimmt eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahr, sei nach Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 987/2009 auch ein Antrag der dort genannten anderen Personen zu berücksichtigen. Es sei daher ohne Bedeutung, welcher Elternteil den entsprechenden Antrag stellt. Die Rsp des VwGH, wie sie ua im Erkenntnis vom 22.11.2016, Ro 2014/16/0067, zum Ausdruck gelangte, sei somit durch das Urteil des EuGH vom 22.10.2015, C-378/14, Tomislaw Trapkowski, nicht "überholt" (vgl VwGH 12.11.2019, Ra 2019/16/0133, Rn 13).

In diesem Zusammenhang hat der VwGH auch ausgesprochen, dass Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 987/2009 Anwendungsvorrang beansprucht und hiedurch § 2 Abs. 2 letzter Halbsatz FLAG 1967 verdrängt (vgl VwGH 12.11.2019, Ra 2019/16/0133, Rn 14).

Folglich kann im Beschwerdefall aber nicht der gemäß § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 den Haushalt, dem das einen Anspruch begründende Kind zugehöre, führenden Kindesmutter ein primärer Anspruch zugesprochen werden; stünde dies obigen Ausführungen zufolge doch im Widerspruch zu Art 60 Abs 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 987/2009.

Vielmehr ist aus dem Erkenntnis des VwGH vom 24.6.2021, Ro 2018/16/0040, abzuleiten, dass im Beschwerdefall ein primärer Anspruch dem Elternteil, der die Unterhaltskosten für das verfahrensgegenständliche Kind überwiegend trägt, zusteht: So führe den Ausführungen des VwGH zufolge die in Art. 60 Abs. 1 zweiter Satz der Verordnung Nr. 987/2009 vorgesehene Fiktion nach der Rsp des EuGH dazu, 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 (Verweis auf EuGH 18.9.2019, C-32/18, Michael Moser, Rn 44). Zudem habe der EuGH auch klargestellt, dass die Verordnung Nr. 987/2009 und die Verordnung 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, bestimme sich nämlich, wie aus Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 klar hervorgehe, nach dem nationalen Recht (EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomislaw Trapkowski, Rn 43 und 44). Dergestalt bestehe gemäß § 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG 1967 der Anspruch auf Familienbeihilfe des Elternteils, welcher im Bundesgebiet wohnt und die Unterhaltskosten des Kindes überwiegend trägt, wenn der andere Elternteil, zu dessen Haushalt das Kind gehört, im

Bundesgebiet weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt hat und somit die Voraussetzung des § 2 Abs. 1 FLAG 1967 nicht erfüllt. Insoweit bedürfe es einer Verdrängung der nationalen Bestimmung des Wohnsitzerfordernisses in § 2 Abs 1 FLAG 1967 durch Art. 60 Abs 1 zweiter Satz der Verordnung Nr. 987/2009 nicht, um den Anspruch für das Kind zu begründen. Erst wenn der in Österreich wohnhafte Elternteil die Unterhaltskosten für das Kind nicht überwiegend trägt und deshalb aus § 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG 1967 keinen Anspruch ableiten kann und auch sonst nach nationalem Recht keine andere Person in Betracht käme, greife die Verdrängung des Wohnsitzerfordernisses in § 2 Abs. 1 FLAG für einen in § 2 Abs 2 erster Satz FLAG 1967 genannten Anspruchsberechtigten.

Ob im vorliegenden Fall der Beschwerdeführer oder seine Partnerin den Unterhalt für das Kind überwiegend trägt, muss nicht mehr näher geprüft werden. Hat der Beschwerdeführer die Unterhaltskosten überwiegend getragen wie angegeben, wovon nach der Aktenlage auszugehen ist, besteht ein eigenständiger Anspruch des Beschwerdeführers. Hat dagegen seine Partnerin diese Kosten überwiegend getragen, besteht aufgrund der von dieser abgegebenen Verzichtserklärung ein vom Anspruch der Kindesmutter abgeleiteter Anspruch des Beschwerdeführers, den dieser gemäß Art. 60 Abs. 1 Durchführungsverordnung Nr. 987/2009 geltend machen kann, da er von der Kindesmutter nicht begehrt wird (vgl BFG 23.4.2019, RV/5101186/2017, unter Verweis auf VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067, Rn 21; BFG 29.9.2021, RV/51014019/2018).

Da somit dem Beschwerdeführer zu dem im Spruch des angefochtenen Bescheides zum Ausdruck gebrachten Beginn des Anspruchszeitraumes (Mai 2017) ein Anspruch auf Ausgleichszahlungen zusteht, erweist sich der angefochtene Abweisungsbescheid als rechtswidrig und ist dieser für den Zeitraum der nicht erfolgten Familienbeihilfengewährung aufzuheben.

Steht Familienbeihilfe zu, ist diese gemäß § 11 FLAG 1967 vom Finanzamt auszusahlen und hierüber vom Finanzamt gemäß § 12 FLAG 1967 eine Mitteilung auszustellen. Diese Mitteilung ist nicht rechtskraftfähig. Nur wenn einem Antrag auf Familienbeihilfe nicht oder nicht zur Gänze stattgegeben ist, ist hinsichtlich des(monatsbezogenen) Abspruchs über die Abweisung gemäß § 13 Satz 2 FLAG 1967 ein Bescheid (Abweisungsbescheid) auszufertigen (vgl. Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG² 2020, § 26 Rz 3 mwN).

Das BFG darf bei einer Stattgabe der Beschwerde den abweisenden Bescheid des Finanzamtes nicht abändern, sondern hat diesen ersatzlos zu beheben (VwGH 25.3.2021, Ra 2018/16/0164 RS 5).

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

die Auszahlung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags im ausgeführten Umfang, also bereits ab Mai 2017 für den Zeitraum der Erwerbstätigkeit in Österreich vorzunehmen.

Gemäß der Rechtslage nach BGBl. I Nr. 135/2022 vom 28.7.2022 entfällt § 8a FLAG 1967 rückwirkend ab 1.1.2019 und ist die Ausgleichszahlung in voller Höhe (also ohne Indexierung) zu leisten.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

3.2. Zu Spruchpunkt II. (Revision)

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

Graz, am 29. Juli 2022