

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Ri in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr*** vertreten durch Steuerberater, über die Beschwerde vom 18. Mai 2017 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 16. März 2017 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe, Differenzzahlungen und Kinderabsetzbeträgen für das Kind ***1*** in den Zeiträumen vom 1. Dezember 2012 bis zum 31. August 2015 (FB und KG) sowie vom 1. September 2015 bis zum 31. Jänner 2017 (DZ und KG) zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

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

Entscheidungsgründe

Auf Grund einer Mitteilung der slowakischen Behörden betreffend ab dem 01.09.2015 an die Ehegattin des Bf. erfolgte Auszahlungen von Familienleistungen wurde von dem in Österreich wohnhaften, nämlich Staatsbürgerschaft besitzenden Bf. mit Bescheid vom 26.08.2016 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge als - im Ausmaß der Differenz zu den slowakischen Familienleistungen - für das in der Slowakei wohnhafte Kind ***2*** im Zeitraum vom 01.09.2015 bis zum 31.08.2016 zu Unrecht bezogen, rückgefordert.

In der Folge wurde aus Anlass eines seitens des Bf. am 07.12.2016 gestellten Antrages auf Gewährung einer Differenzzahlung für seinen bei der ehelichen Kindesmutter in der Slowakei wohnhaften Sohn sowie des Hinweises in seiner mit nämlichen Datum eingebrachten Erklärung zur Durchführung der Arbeitnehmerveranlagung für das Jahr 2015, demgemäß der Bf. neben seiner österreichischen Pension auch eine slowakische Pension bezieht, dem Bf. mittels Vorhaltes vom 06.02.2017 aufgetragen den slowakischen Pensionsbescheid, die Dienstgeberbestätigung seiner Ehegattin sowie die Zeugnisse seines Sohnes nachzureichen.

Den am 07.03.2017 präsentierten Unterlagen war zu entnehmen, dass die Ehegattin des Bf. seit dem 01.12.2013 bei einem in der Slowakei domizilierten Unternehmen im nichtselbständigen Verhältnis beschäftigt sei, der Sohn des Bf. in der Slowakei die Schule besuche, bzw. dem Bf. laut Bestätigung der slowakischen Sozialversicherungsanstalt eine mit 01.01.2015 valorisierte Monatsrente von 213,20 Euro zugezählt werde.

In der Folge wurde vom Bf. mit Bescheid vom 16.03.2017 Familienbeihilfe, Differenzzahlungen sowie Kinderabsetzbeträge als für das Kind ***2*** in den Zeiträumen vom 01.12.2012 bis zum 31.08.2015 (FB und KG) sowie vom 01.09.2015 bis zum 31.01.2017 (DZ und KG) zu Unrecht bezogen, rückgefordert. Hierbei wurde seitens der belangten Behörde begründend auf den Umstand verwiesen, dass die Rangfolge des Art. 68 Abs. 1 lit. a der VO (EG) 883/2004 die vorrangige Zuständigkeit des Beschäftigungsstaates gegenüber den Rentenstaaten bestimme, wobei Art. 68 Abs. 1 lit. b der VO(EG) 883/2004 darüber hinaus besage, dass bei Bezug von Renten auf Grund von Rechtsvorschriften verschiedener Staaten der Wohnortstaat der Kinder für Familienleistungen zuständig sei. Da die Gattin in der Slowakei beschäftigt sei und der Bf. auch aus der Slowakei eine Rente beziehe, sehe die VO(EG) in Österreich keine Familienleistungen vor.

Innerhalb verlängerter Rechtsmittelfrist wurde gegen vorgenannten Bescheid mit Schriftsatz vom 18.05.2017 Beschwerde erhoben und - soweit für das Erkenntnis von Relevanz - ausgeführt:

„Die Rückforderung der Familienbeihilfe von Dez 2012 bis Aug 2015, des Kinderabsetzbetrags von Dez 2012 bis Aug 2015 und der Ausgleichszahlung gern. Verordnung (EG) 883/2004 von Sep. 2015 - Jän.2017 für das Kind ***1***, geb. am ***6*** in Höhe von insgesamt € 9.463,26 erfolgt zu Unrecht.

Sachverhalt:

Unser Mandant Hr. ***3***, wohnhaft in ***4***, österreichischer Staatsbürger war bis Nov 2012 in Österreich unselbständig beschäftigt. Seit Dez 2012 bezieht Hr. ***3*** von der österr. Pensionsversicherungsanstalt die Alterspension. Seine Ehefrau ***5*** ist wohnhaft mit dem gemeinsamen Sohn ***1***, geb. ***6*** in Bratislava, Slowakei. Die Ehefrau ist unselbständig beschäftigt in der Slowakei. Unser Mandant hat mittels Formular Beih38 Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung bzw. Differenzzahlung die Differenzzahlungen von Familienleistungen für Sohn ***1*** beantragt und zwar nachweislich am:

2.5.2012 für das Jahr 2011

14.5.2014 für das Jahr 2013

19.5.2015 für das Jahr 2014

7.12.2016 für das Jahr 2015

Am 31.12.2015 wurde vom Finanzamt 9/18/19 die Aufforderung geschickt, ein mitgeschicktes Datenblatt zu prüfen allenfalls zu berichtigen bzw. zu ergänzen und unterschrieben zu retournieren und Beweismittel an das Finanzamt zu übermitteln.

Am 27.1.2016 hat unser Mandant das Datenblatt samt Schulbesuchsbestätigung, Wohnsitzbestätigungen der Slowakei und Bestätigung über die Beschäftigung seiner Ehefrau in deutscher Übersetzung an das Finanzamt übermittelt.

Am 17.3.2016 hat das Finanzamt 9/18/19 mittels Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe nach Überprüfung des Anspruchs Familienbeihilfe für ***1*** für den Zeitraum Jän 2010 - Jän 2017 in vollem Umfang gewährt.

Am 29.8.2016 stellte das Finanzamt 2/20/21/22 folgende Bescheide aus:

1. Bescheid über Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum Sep 2015 bis Aug 2016 von insgesamt € 2.356 mit der Begründung, dass lt. slowakischer Behörde die Ehegattin seit Sep 2015 Familienleistungen in der Slowakei bezieht.
2. Mitteilung über den Bezug von Ausgleichszahlungen für den Zeitraum Sep 2015 bis Jän 2017
3. Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum Jan 2010 - Aug 2015

Am 7.12.2016 hat unser Mandant hat mittels Formular Beih38 Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung bzw. Differenzzahlung die Differenzzahlungen von Familienleistungen für Sohn ***1*** für das Jahr 2015 beantragt.

Am 16.3.2017 stellte das Finanzamt 2/20/21/22 den Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge aus für:

Familienbeihilfe Dez 2012 - Aug 2015

Kinderabsetzbetrag Dez 2012 - Jan 2017

Ausgleichszahlung gem. VO (EG) 883/2004 Sep 2015 - Jan 2017

Beschwerdebegründung:

Gem. Art 68 Abs. 1 lit. a der VO (EG) 883/2004 richtet sich die Zuständigkeit der Staaten für Familienleistungen nachfolgender Rangfolge:

1. Beschäftigungsstaat

2. Rentenstaat

3. Wohnortstaat

Die obige Rangfolge legt fest, welcher Staat vorrangig zuständig ist und welcher Staat nachrangig für Ausgleichszahlungen zuständig ist. Da die Ehefrau unseres Mandanten eine Beschäftigung in der Slowakei ausübt, ist es richtig, dass die Slowakei vorrangig für Familienleistungen zuständig ist. Aus der oben angeführten Rangfolge folgt aber, dass Österreich als Rentenstaat aufgrund des Bezugs der Alterspension durch unseren Mandanten nachrangig zuständig ist und Ausgleichszahlungen zu Familienleistungen zu leisten hat. Bei der Ausgleichszahlung handelt es sich um die Differenz zwischen ausländischer Familienleistungen und inländischer Familienleistungen.

Diese Rechtsmeinung wurde im Bescheid über die Rückzahlung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag vom 29.8.2016 vom Finanzamt in der Begründung wie folgt zutreffend angeführt: „Da laut slowakischer Behörde die Gattin ab 1.9.2015 Familienleistungen in der Slowakei bezieht, war der Differenzbetrag zurückzufordern.“

Auch unser Mandant hat stets einen Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung (Differenzzahlung) beantragt.

Dass unser Mandant auch aus der Slowakei eine kleine Rente bezieht, ändert nichts an den oben beschriebenen Zuordnungsregeln. Die slowakische Rente beträgt in etwa 10% der gesamten Einkünfte.

In 2015 betrugen die Einkünfte aus der slowakischen Rente lt. Einkommensteuerbescheid € 2.558. Im Vergleich dazu betrugen die Einkünfte aus der österreichischen Pension in 2015 € 21.946. Außerdem unterliegt unser Mandant laut Pensionsbescheid der PVA der österreichischen Krankenversicherung. Für die Frage welche Rechtsvorschriften bei einer Person anwendbar sind, ist die Krankenversicherung ein wichtiges Indiz dafür, dass die Rechtsvorschriften jenes Staates anwendbar sind in dem die Person krankenversichert ist. Daraus folgt für unseren Mandanten, dass die Rechtsvorschriften Österreichs anwendbar sind trotz zusätzlichen Bezugs einer slowakischen Pension.

Wie bereits dargestellt, ist Österreich aufgrund der Beschäftigung der Ehefrau in der Slowakei nachrangig für Familienleistungen zuständig. Herr ***3*** hat Anspruch auf Ausgleichszahlung der Familienbeihilfe im Zeitraum Sep 2015 - Jänner 2017. Für den Zeitraum Dez 2012 -Aug 2015 besteht Anspruch auf volle Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag, da in diesem Zeitraum lt. Finanzamt keine Familienleistungen in der Slowakei bezogen wurden.

Der dargestellte Sachverhalt war dem Finanzamt zur Gänze spätestens bekannt, als unser Mandant der Aufforderung vom Finanzamt vom 31.12.2015 zur Übermittlung des Datenblattes und von Beweismitteln am 27.1.2016 nachgekommen ist. Dass unser Mandant auch Einkünfte

aus einer slowakischen Pension bezieht, ist dem Finanzamt ebenfalls spätestens bekannt gewesen mit Erlassung des Einkommensteuerbescheides 2013 am 8. Jänner 2015.

Unser Mandant hat die Familienleistungen nicht zu Unrecht bezogen. In den ausgestellten Mitteilungen über den Bezug der Familienbeihilfe ist wörtlich angeführt, dass nach Überprüfung des Anspruchs die Familienleistungen gewährt wurden. Auch aufgrund des Bescheides über zu Unrecht bezogene Beträge vom 29.8.2016 muss unser Mandant davon ausgehen, dass der Anspruch vom Finanzamt eingehend geprüft wurde. Es ist daher § 26 FLAG über die Rückforderung von zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe nicht anwendbar.

Es wird beantragt, unserer Beschwerde stattzugeben und den Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge vom 16.3.2017 ersatzlos aufzuheben."

Beschwerdevorentscheidung (BVE) vom 26.07.2017

In der Folge schloss sich das Finanzamt den Ausführungen des Bf. nicht an und wies die Beschwerde mittels mit 26.07.2017 datierter, dem Bf. am 07.08. 2017 zugestellter Beschwerdevorentscheidung (BVE) ab. Hierbei wurde einleitend angemerkt, dass nach Art. 11 der VO (EG) 883/2004 nur ein Staat zur Zahlung von Familienleistungen zuständig sei, wobei im Falle des Bezuges von Renten auf Grund von Rechtsvorschriften verschiedener Staaten Art. 68 lit. b der VO (EG) 883/2004 in seinem sublit. ii den Wohnortstaat der Kinder, sprich im gegenständlichen Fall die Slowakei als zuständigen Staat bestimme. In Anbetracht vorstehender Ausführungen vermag auch der Umstand, dass die slowakische Rente des Bf. wesentlich geringer sei als seine österreichische Pension an der ab dem 01.12.2012 bestehenden Unzuständigkeit Österreichs zur Auszahlungen von Familienleistungen keine Änderung zu bewirken. In nämlicher Art und Weise gehe auch die im Rechtsmittel angezogene Argumentation, der Bf. habe die - nunmehr rückgeforderten - Leistungen nach behördlicher Überprüfung, sprich sohin gutgläubig bezogen ins Leere, da die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die in § 26 Abs. 1 FLAG determinierte Erstattungspflicht als rein auf objektiven Kriterien basierend erachtet, ein Umstand, der bedeutet, dass selbst behördliches Fehlverhalten bei Auszahlung von Familienleistungen deren Rückforderung nicht hinderlich sei.

In seinem mit 31.8.2017 datierten Schriftsatz beantragte der Bf. die Behandlung der Beschwerde durch den Senat sowie die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung.

Vorhalt vom 27.9.2017

Mit Schriftsatz vom 27.9.2017 wurde dem Bf. nachstehendes vorgehalten:

In den Anträgen auf Ausgleichszahlung wird als Familienwohntort "Bratislava" angegeben, als Wohnort des Kindes "bei der Mutter". Tagsüber sind sie unter einer slowakischen Telefonnummer erreichbar.

Leben Sie mit der Kindesmutter und ihrem Sohn seit Dezember 2012 im gemeinsamen Haushalt oder leben Sie von der Familie getrennt?

In welchem Staat befindet sich Ihr Mittelpunkt der Lebensinteressen?

Sollten Sie mit Gattin und Kind im gemeinsamen Haushalt in der Slowakei leben, wird um eine gemeinsame Meldebestätigung ersucht.

Sollte sich Ihr Mittelpunkt der Lebensinteressen nicht in der Slowakei befinden, wird um die Mietverträge ab 2012 und den Nachweis von Mietenzahlungen und andere Beweismittel Ihres Mittelpunktes der Lebensinteressen in Österreich ersucht."

Vorhaltsbeantwortung vom 18.10.2017

Mit Schriftsatz vom 18.10.2017 wurde der Vorhalt wie folgt beantwortet:

Im Auftrag unseres Mandanten teilen wir Ihnen zu Ihrem Ergänzungsersuchen vom 27.9.2017 folgende Informationen mit;

1. Wohnort des Kindes

wie in den Anträgen angegeben ist der Wohnort des Sohnes unseres Mandanten ***1*** in Bratislava. Jedoch im Sommer 2017 hat er sich der Sohn für 2 Monate bei seinem Vater in Wien aufgehalten, um seine Deutschkenntnisse zu verbessern, weil er plant in 2018 an der Wirtschaftsuniversität Wien ein Studium zu beginnen.

2. Erreichbarkeit unseres Mandanten unter slowakischer Telefonnummer

Es handelt sich hier um eine slowakische Mobil-Telefonnummer. Dieses Mobiltelefon hat unser Mandant immer bei sich.

3. Leben Sie mit der Kindesmutter und dem Sohn seit 2012 im gemeinsamen Haushalt oder leben Sie von der Familie getrennt?

Unser Mandant lebte bis April 2016 in ***7***. Seit April 2016 lebt unser Mandant an der Adresse ***4***. Er wohnt hier bei Frau ***8***, einer engen Freundin unseres Mandanten. Die Freundin ist 68 Jahre alt und hat in Wien keine Angehörige und wäre ohne Herrn ***3*** alleine. An Wochenenden besucht Herr ***3*** seine Familie (Ehefrau und Sohn) in Bratislava. Der Lebensmittelpunkt von Herrn ***3*** liegt jedoch eindeutig in Österreich. Da Herr ***3*** schon seit 1982 einen Wohnsitz in Wien hat, besteht eine enge emotionale Bindung zu Österreich.

Aus den Bankauszügen unseres Mandanten geht hervor, dass auch fast alle Einkäufe in Österreich getätigt werden (siehe dazu Bankauszüge 2016 sowie Aufstellung über Bankomatkartenzahlungen und Bankomatbehebungen 2016).

4. Niederschrift Einvernahme Pensionsversicherungsanstalt (PVA)

Unser Mandant wurde 12.10.2017 von der PVA vorgeladen zur Vorsprache. Lt. angefügter Niederschrift hat er zu Protokoll gegeben, dass sein Lebensmittelpunkt in Österreich liegt.

5. Unbeschränkte Einkommensteuerpflicht

Unser Mandant ist in Österreich unbeschränkt steuerpflichtig. Die Pensionsbezüge werden in Österreich versteuert.

6. Mietvertrag

s. Mietvorschreibung an Frau ***8***

Vorhalt vom 21.11.2017

Mit Vorhalt vom 21.11.2017 wurde der Bf. auf den Umstand verwiesen, dass er laut Melderegister in der Zeit vom 01.10.2012 bis zum 13.04.2016 bei Frau ***9*** und ab dem 13.04.2016 bei Frau ***8*** gemeldet sei, wobei die nachgereichte, mit 22.05.2012 datierte Kostenvorschreibung an letztere Dame nicht als Abschluss eines Mietvertrages zu qualifizieren sei. Ergo dessen werde um die Vorlage der Mietverträge ersucht.

Ob fehlender Angaben in den Familienbeihilfenanträgen wurde der Bf. des Weiteren um Bekanntgabe, ob seine Ehegattin ab Dezember 2012 beschäftigt gewesen sei, ersucht.

Abschließend wurde der Bf. um einen Nachweis betreffend die von der slowakischen Behörde im Zeitraum vom Dezember 2012 bis August 2015 erfolgten Familienleistungen ersucht, sowie diesem aufgetragen den im Beschwerdeschriftsatz angeführten, jedoch nicht aktenkundigen Beihilfenantrag 2013 vom 14.05.2014 nachzureichen.

Vorhaltsbeantwortung vom 22.11.2017

Mit Schriftsatz vom 22.11.2017 wurde der Vorhalt wie folgt beantwortet:

1. Unterkunftgeber/Mietvertrag

Es besteht zwischen Herrn ***3*** und Frau ***8*** kein Mietvertrag. Auch mit Frau ***9*** wurde kein Mietvertrag abgeschlossen. Sowohl bei Frau ***9*** sowie bei Frau ***8*** handelt es sich um so enge Bekannte, dass diese keine finanziellen Gegenleistungen für das Wohnrecht erwarten. Somit wurden keine Mietzahlungen geleistet.

2. Beschäftigung Ehegattin bei folgenden Unternehmen:

Firma ***10***; 24.12.2010 -1.12.2013

Firma ***12***: seit 12/2013 bis laufend

3. Bestätigungen von slowakischer Behörde über Bezug slowakischer Familienleistungen

Laut angefügter Bestätigungen hat Frau ***5*** von 11/2014 bis 12/2016 Familienleistungen in Höhe von monatlich € 23,52 bezogen. Davor wurden keine Familienleistungen in der Slowakei weder von ***5*** noch von Herrn ***11*** bezogen.

4. Beihilfenantrag 2013

Laut angefügter Kopie wurde der Antrag am 19.5.2014 an das Finanzamt geschickt. Laut Hrn. ***3*** wurde der Antrag per Einschreiben geschickt, so wie alle anderen Anträge auch.

Ergänzungsvorhalt des BFG vom 31.5.2023

Mit Vorhalt des BFG vom 31.05.2023 wurde der Bf. aufgefordert, die im gesamtem Verwaltungsverfahren ins Treffen geführten Tragung des überwiegenden Unterhalts des Kindes ***2*** im Zeitraum vom 1.12.2012 bis zum 31.1.2017 via Nachreichung entsprechender Belege nachzuweisen.

Vorhaltsbeantwortung vom 21.6.2023

Mit Eingabe vom 21.6.2023 wurde der Vorhalt wie folgt beantwortet:

Übersicht Einkommen Herr ***3*** 2011 - 2017

In dieser Übersicht haben wir das Nettoeinkommen der Jahre 2011 - 2017 anhand der Einkommensteuerbescheide dargestellt. Hr. ***3*** war bis Nov 2012 unselbständig erwerbstätig. Seit Dez 2012 bezieht Hr. ***3*** die Pension von der PVA. Zusätzlich erhält Herr ***3*** seit 2012 eine kleine Pension (rd. € 2.500/Jahr) aus der Slowakei.

Wir haben zu den Einkünften laut Einkommensteuerbescheid die Sonderzahlungen (KZ 220 am Lohnzettel) reduziert um SV-Beiträge auf Sonderzahlungen (KZ 225 am Lohnzettel) sowie im Jahr 2021 die Abfertigung addiert. Nach Abzug der Einkommensteuer lt. Einkommensteuerbescheid ergibt sich das Jahresnettoeinkommen.

Für die bessere Vergleichbarkeit haben wir das Jahresnettoeinkommen durch 12 Monate dividiert und so ein durchschnittliches monatl. Nettoeinkommen errechnet.

im Jahr 2011, als Hr. ***3*** noch beschäftigt war, betrug sein durchschnittliches mon. Nettoeinkommen € 3.914. Im Jahr 2012 ergibt die Berechnung ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von € 8.935.

Im Jahres-Einkommen 2012 steckt eine Abfertigung von € 32.898 und weitere sonstige Bezüge in Höhe von rd. € 27.000. Ab dem Jahr 2013 beträgt das durchschnittliche monatliche Nettoeinkommen von Herrn ***3*** aufgrund seiner Pensionierung zwischen € 1.900 und € 2.143.

Frau ***3***, die Mutter von ***1*** hatte monatlich Nettoeinkünfte von rd. € 1.900. Aus der Aufstellung der Einkünfte von Herrn ***3*** geht hervor, dass er in allen betreffenden Jahren über dem Einkommen der Mutter verdient hat. Vor allem im Jahr 2012 konnten aufgrund der Abfertigung Liquiditätsreserven aufgebaut werden, die in den Folgejahren für die Schulausbildung des Sohnes ***1*** verwendet werden konnten. Einen entsprechenden Nachweis findet sich auf der Aufstellung über Barbehebungen und Zahlungen.

Aufstellung Barbehebungen und Zahlungen

Aus dem Zeitraum Dez. 2012 bis Dez 2014 sind keine Bankkontoauszüge von Hrn. ***3*** mehr vorhanden.

Ebenso gibt es die Bankkontoauszüge des Kontos auf welchem die slowakische Pension gutgeschrieben wurde nicht mehr.

Die Bankkontoauszüge der Jahre 2015 - 2017 sind vollständig vorhanden. Es handelt sich um ein Konto bei der ***14*** auf dem die österreichische Pension und in früheren Jahren die Bezüge aus dem Dienstverhältnis gutgeschrieben wurden.

In beigefügter Aufstellung sind alle Barbehebungen und Überweisungen an Frau ***3*** angeführt. Die Barbehebungen und Überweisungen wurden für die Familie verwendet und insbesondere für die Begleichung der Unterhaltskosten inkl. Schulausbildung des Sohnes ***1***.

Die Verwendung der Abfertigung für die Folgejahre lässt sich auch mit dem jeweiligen Kontostand verproben.

Am Bankauszug vom 2.2.2015 ist ein Anfangskontostand von € 27.834,57 ausgewiesen. Laut Bankauszug vom 31.1.2017 beträgt der Kontostand von € 1.340,32. Der Kontostand hat sich somit um € 26.500 verringert. Es ist daher offensichtlich, dass Herr ***3*** nicht nur mit seinen laufenden Einkünften aus der Pension, sondern mit Ersparnissen aus dem früheren Dienstverhältnis zum Unterhalt des Sohnes beigetragen hat.

Kosten Schulausbildung ***1***

Der Sohn ***1*** besuchte ein Privatgymnasium in Bratislava von Sep 2010 bis Juni 2018. Laut Bestätigungen der Schule fiel jährlich ein Schulgeld von rd. € 1.500 an. Zusätzlich wurden Deutsch- und Englischsprachkurse in den Sommerferien finanziert sowie ein Auslandsschuljahr in den USA von Aug 2015 bis Mai 2016.

Angefügte Aufstellung ist eine Zusammenfassung aller noch aufgefundenen Belege im Zusammenhang mit der Schulausbildung des Sohnes ***1***.

Aus der Aufstellung ist ersichtlich, dass in die Ausbildung des Sohnes sehr viel Geld investiert wurde, das der Mutter durch die zahlreichen Kontoabhebungen ersetzt wurde. Das Gehalt von Frau ***3*** hätte für die Finanzierung der Ausbildung keinesfalls ausgereicht.

Es ist daher davon auszugehen, dass Hr. Herr ***3*** von Dez 2012 bis Jän 2017 die überwiegenden Unterhaltskosten getragen hat.“

Rücknahme des Antrages auf Senat und mündliche Verhandlung vom 23.6.2023

Mit Telefax vom 23.6.2023 hat die steuerliche Vertretung den im Vorlageantrag gestellten Antrag auf Behandlung der Beschwerde durch den Senat sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurückgenommen.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

1. Festgestellter Sachverhalt und Streitgegenstand

In der Folge legt das BFG dem Erkenntnis nachstehenden, sich aus der Aktenlage und dem Vorbringen im Verwaltungsverfahren ergebenden Sachverhalt zu Grunde:

Der die österreichische Staatsbürgerschaft besitzende, laut eigenen Angaben zumindest seit dem Jahr 1982, laut Auszug aus dem ZMR- bei einem ab 20.06.1985 bestehenden Nebenwohnsitz in Salzburg - seit 1996 in Wien einen Hauptwohnsitz innehabende Bf. ist seit 2009 mit der, die slowakische Staatsbürgerschaft besitzenden Mutter des im streitgegenständlichen Zeitraum minderjährigen, eine slowakische Schule besuchende Kind ***2*** verheiratet.

Der Bf. bezieht seit dem 01.12.2012 sowohl eine österreichische als auch eine slowakische Rente.

Die gemeinsam mit vorgenanntem Kind in einem an einer slowakischen Adresse domizilierten Haushalt wohnhafte Ehegattin des Bf. ist in vorgenanntem Staat seit Dezember 2010 bis laufend im nichtselbständigen Verhältnis erwerbstätig und hat diese bestätigermäßen im

Zeitraum vom **01.11.2014 bis zum 31.12.2016** slowakisches Kindergeld im Ausmaß von **23,52 Euro** pro Monat erhalten.

Schlussendlich gab im Verwaltungsverfahren zur getrennten Haushaltsführung im Streitzeitraum befragte Bf. an, sich unter der Woche bei zwei guten, ihm jeweils ein Wohnrecht gewährenden Bekannten in Wien aufgehalten und seine in der Slowakei wohnhafte Familie nur an den Wochenenden besucht zu haben.

Den aktenkundigen Anträgen des Bf. auf Differenzzahlungen betreffend die Jahre 2013 bis 2015 ist unisono der Hinweis zu entnehmen, in vorgenannten Zeiträumen den überwiegenden Unterhalt für das Kind *****2***** geleistet zu haben.

Via Ausstellung - der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nachgereichten - Mitteilungen vom 29.8.2016 sowie vom 17.3.2017, wurde seitens der belangten Behörde nämlich Anträgen „nach Überprüfung des Anspruches“ entsprochen.

Was die finanzielle Gesamtsituation der Ehegatten anlangt, zeitigen die nachnachgereichten Einkommensbelege des Bf., sprich die Einkommensteuerbescheide des Bf. für die Jahre 2011 bis 2017 im Verhältnis zu jenen für die Jahre 2014 bis 2016 vorhandenen Gehaltsbestätigungen der Kindesmutter ein Übergewicht dessen durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommens.

Während Belege des Bf. betreffend die überwiegende Tragung des Unterhaltes für den Dezember 2012 sowie die Jahre 2013 und 2014 seitens der steuerlichen Vertretung als nicht mehr vorhanden titulierte wurden, sind den als Nachweis für die überwiegenden Tragung der Kosten für den Unterhalt des Kindes *****2***** beigelegten Aufstellungen des Zeitraumes 2015 bis Jänner 2017 für das **Jahr 2015** Barabhebungen des Bf. von **21.529,40 Euro** (darin enthalten Überweisungen an Frau *****5***** von **2.729,40 Euro**), für das **Jahr 2016** solche von **15.691,45 Euro** (darin enthalten ein offensichtlicher Einkauf von Markenkleidung für das Kind *****2***** von **541,45 Euro**) sowie für den **Jänner 2017** solche von **2.550,00 Euro** (darin enthalten eine Überweisung an Frau *****5***** von **550,00 Euro**) zu entnehmen, während die Belege betreffend die Ausbildung für den Sohn des Bf. den **Anfall von Schulgeld** im Ausmaß von rund **1.500,00 Euro per anno** (belegmäßig bestätigt für die Schuljahre 2013/2014, 2014/2015 sowie 2016/2017), angefallene Kosten von **2.413,00 Euro** für einen den Zeitraum vom 30.6.2013 bis 20.7.2013 umfassenden Sprachkurs an der *****13*****, von **2.915,00 Euro** für einen im **Jahre 2014** absolvierten Sprachkurs in Oxford sowie - unter Ausschluss der nicht mehr belegbaren Kosten für das Ticket des Rückfluges - angefallene Gesamtkosten von **8.647,46 Euro** (Agenturkosten, Flugticket für den Hinflug sowie Visaabrechnungen) für einen den Zeitraum von **August 2015 bis zum Mai 2016** umfassenden Aufenthalt in den Vereinigten Staaten widerspiegeln. Darüber hinaus sind in den Abrechnungen der Jahre 2015 und 2016 gleichmäßige Barabhebungen des Bf. in Höhe von **400,00 Euro pro Monat** zu entnehmen.

Vor dem Hintergrund obiger Ausführungen bildet die Anspruchsberechtigung des Bf. auf Differenzzahlungen für seinen Sohn, respektive andersrum gesprochen die Rechtmäßigkeit des in Beschwerde gezogenen Rückforderungsbescheides den Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.

2. Rechtliche Würdigung

2.1. Rechtsgrundlagen

2.1.1. Unionsrecht

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 für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, welche Familienleistungen betreffen (Art. 3 Abs. 1 Buchstabe j VO 883/2004). Die in Rede stehende Familienbeihilfe ist eine Familienleistung.

Zu den Familienangehörigen zählt Art. 1 Buchstabe i Nummer 1 Ziffer 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". "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" (Art. 1 Buchstabe i Nummer 2 VO 883/2004). 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 Buchstabe i Nummer 3 VO 883/2004 diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Versicherten oder dem Rentner bestritten wird.

"Wohnort" ist der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person (Art. 1 Abs. 1 Buchstabe j VO 883/2004), "Aufenthalt" der vorübergehende Aufenthalt (Art. 1 Abs. 1 Buchstabe k VO 883/2004).

"Familienleistungen" sind alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen (Art. 1 Abs. 1 Buchstabe z VO 883/2004).

Art. 1 VO 883/2004 lautet auszugsweise:

Artikel 1 Definitionen

Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

a) "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;

b) "selbstständige Erwerbstätigkeit" 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;

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) ...;

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;

j) "Wohnort" den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person;

k) "Aufenthalt" den vorübergehenden Aufenthalt;

...

w) "Renten" nicht nur Renten im engeren Sinn, sondern auch Kapitalabfindungen, die an deren Stelle treten können, und Beitragserstattungen sowie, soweit Titel III nichts anderes bestimmt, Anpassungsbeträge und Zulagen;

x) "Vorruhestandsleistungen" alle anderen Geldleistungen als Leistungen bei Arbeitslosigkeit und vorgezogene Leistungen wegen Alters, die ab einem bestimmten Lebensalter Arbeitnehmern, die ihre berufliche Tätigkeit eingeschränkt oder beendet haben oder ihr vorübergehend nicht mehr nachgehen, bis zu dem Lebensalter gewährt werden, in dem sie Anspruch auf Altersrente oder auf vorzeitiges Altersruhegeld geltend machen können, und deren Bezug nicht davon abhängig ist, dass sie der Arbeitsverwaltung des zuständigen Staates zur Verfügung stehen; eine "vorgezogene Leistung wegen Alters" ist eine Leistung, die vor dem Erreichen des Lebensalters, ab dem üblicherweise Anspruch auf Rente entsteht, gewährt und nach Erreichen dieses Lebensalters weiterhin gewährt oder durch eine andere Leistung bei Alter abgelöst wird;

.....

z) "Familienleistungen" alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen nach Anhang I.

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:

Artikel 4 Gleichbehandlung

Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

Art. 5 VO 883/2004 lautet:

Artikel 5 Gleichstellung von Leistungen, Einkünften, Sachverhalten oder Ereignissen

Sofern in dieser Verordnung nicht anderes bestimmt ist, gilt unter Berücksichtigung der besonderen Durchführungsbestimmungen Folgendes:

a) Hat nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats der Bezug von Leistungen der sozialen Sicherheit oder sonstiger Einkünfte bestimmte Rechtswirkungen, so sind die entsprechenden Rechtsvorschriften auch bei Bezug von nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gewährten gleichartigen Leistungen oder bei Bezug von in einem anderen Mitgliedstaat erzielten Einkünften anwendbar.

b) Hat nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats der Eintritt bestimmter Sachverhalte oder Ereignisse Rechtswirkungen, so berücksichtigt dieser Mitgliedstaat die in

einem anderen Mitgliedstaat eingetretenen entsprechenden Sachverhalte oder Ereignisse, als ob sie im eigenen Hoheitsgebiet eingetreten wären.

Art. 7 VO 883/2004 lautet:

Aufhebung der Wohnortklauseln

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

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:

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.

(4) Für die Zwecke dieses Titels gilt eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit, die gewöhnlich an Bord eines unter der Flagge eines Mitgliedstaats fahrenden Schiffes auf See ausgeübt wird, als in diesem Mitgliedstaat ausgeübt. Eine Person, die einer Beschäftigung an Bord eines unter der Flagge eines Mitgliedstaats fahrenden Schiffes nachgeht und ihr Entgelt für diese Tätigkeit von einem Unternehmen oder einer Person mit Sitz oder Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat erhält, unterliegt jedoch den Rechtsvorschriften des letzteren Mitgliedstaats, sofern sie in diesem Staat wohnt. Das Unternehmen oder die Person, das bzw. die das Entgelt zahlt, gilt für die Zwecke dieser Rechtsvorschriften als Arbeitgeber.

(5) Eine Tätigkeit, die ein Flug- oder Kabinenbesatzungsmitglied in Form von Leistungen im Zusammenhang mit Fluggästen oder Luftfracht ausübt, gilt als in dem Mitgliedstaat ausgeübte Tätigkeit, in dem sich die "Heimatbasis" im Sinne von Anhang III der Verordnung (EWG) Nr 3922/91 befindet.

Artikel 13 VO 883/2004 lautet:

Ausübung von Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten

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

a) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt oder wenn sie bei mehreren Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt ist, die ihren Sitz oder Wohnsitz in verschiedenen Mitgliedstaaten haben, oder

b) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen oder der Arbeitgeber, das bzw. der sie beschäftigt, seinen Sitz oder Wohnsitz hat, sofern sie keinen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeiten in dem Wohnmitgliedstaat ausübt.

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

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

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

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

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

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

Art. 16 VO 883/2004 lautet:

Ausnahmen von den Artikeln 11 bis 15

(1) Zwei oder mehr Mitgliedstaaten, die zuständigen Behörden dieser Mitgliedstaaten oder die von diesen Behörden bezeichneten Einrichtungen können im gemeinsamen Einvernehmen Ausnahmen von den Artikeln 11 bis 15 im Interesse bestimmter Personen oder Personengruppen vorsehen.

(2) Wohnt eine Person, die eine Rente oder Renten nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten erhält, in einem anderen Mitgliedstaat, so kann sie auf Antrag von der Anwendung der Rechtsvorschriften des letzteren Staates freigestellt werden, sofern sie diesen Rechtsvorschriften nicht aufgrund der Ausübung einer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit unterliegt.

Art. 67 VO 883/2004 lautet:

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

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 darüberhinausgehenden 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:

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.

2.1.2. Österreichisches Recht

Familienlastenausgleichsgesetz 1967

§ 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,

(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.

(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.

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

(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.

§ 5 FLAG 1967 lautet:

(3) Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

(4) Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, für die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht. Die Gewährung einer Ausgleichszahlung (§ 4 Abs. 2) wird dadurch nicht ausgeschlossen.

§ 10 FLAG 1967 lautet:

§ 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.

§ 26 FLAG 1967 lautet:

§ 26. (1) Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

(2) Zurückzuzahlende Beträge nach Abs. 1 können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.

(3) Für die Rückzahlung eines zu Unrecht bezogenen Betrages an Familienbeihilfe haftet auch derjenige Elternteil des Kindes, der mit dem Rückzahlungspflichtigen in der Zeit, in der die Familienbeihilfe für das Kind zu Unrecht bezogen worden ist, im gemeinsamen Haushalt gelebt hat.

(4) Die Oberbehörde ist ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes das zuständige Finanzamt anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.

§ 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.

(4) Abs. 1 zweiter Satz findet in Bezug auf § 8a Abs. 1 bis 3 keine Anwendung.

(5) § 26 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, findet in Bezug auf Leistungen nach diesem Bundesgesetz bis 31. Dezember 2018 Anwendung. Ab 1. Jänner 2019 ist für Leistungen nach diesem Bundesgesetz § 26 Abs. 3 BAO nur für Personen mit Dienstort im Ausland, die im Auftrag einer Gebietskörperschaft tätig werden, sowie für deren Ehegatten und Kinder anwendbar.

Einkommensteuergesetz 1988

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet:

1. 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 (Anm. 1) 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.

2. Der Kinderabsetzbetrag ist mit Wirksamkeit ab 1. Jänner eines jeden Kalenderjahres mit dem Anpassungsfaktor des § 108f ASVG zu vervielfachen. Der Vervielfachung ist der im vorangegangenen Kalenderjahr geltende Betrag zugrunde zu legen. Der vervielfachte Betrag ist kaufmännisch auf eine Dezimalstelle zu runden. Der Bundesminister für Finanzen hat den für das folgende Kalenderjahr geltenden Betrag bis spätestens 15. November jeden Jahres zu ermitteln und mit Verordnung kundzumachen.

Bundesabgabenordnung 1961

§ 279 Abs. 1 BAO lautet:

Außer in den Fällen des § 278 immer in der Sache selbst mit Erkenntnis zu entscheiden. Es ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung seine Anschauung an die Stelle jener der Abgabenbehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern, aufzuheben oder die Bescheidbeschwerde als unbegründet abzuweisen.

2.2. Rechtliche Beurteilung

2.2.1. Rückzahlung zu Unrecht bezogener Familienleistungen

Aus § 26 Abs. 1 FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 EStG 1988 ergibt sich eine objektive Rückzahlungspflicht desjenigen, der Familienbeihilfe (allenfalls in Form einer Ausgleichszahlung/ Differenzzahlung) und Kinderabsetzbetrag zu Unrecht bezogen hat (vgl. die bei Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2. A. § 26 Rz 12 zitierte Rechtsprechung).

Fehlt es an einem Anspruch auf Familienbeihilfe (Ausgleichszahlung / Differenzzahlung), ist auch der Kinderabsetzbetrag zurückzufordern.

Es kommt nur auf die objektive Rechtswidrigkeit des Bezugs der Familienleistungen an (vgl. etwa VwGH 10. 12. 1997, 97/13/0185; VwGH 22. 4. 1998, 98/13/0067), also auf das Fehlen der Anspruchsvoraussetzungen für den Leistungsbezug (vgl. VwGH 28. 11. 2002, 2002/13/0079; VwGH 9. 7. 2008, 2005/13/0142). Subjektive Momente, wie Verschulden an der (ursprünglichen oder weiteren) Auszahlung der Familienleistungen (etwa durch unrichtige Angaben im Antrag gemäß § 10 FLAG 1967 oder Verstoß gegen die Meldepflicht gemäß § 25 FLAG 1967), Gutgläubigkeit des Empfangs der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags oder die Verwendung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags, sind nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Verpflichtung zur Rückerstattung

unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Gleiches gilt für den gutgläubigen Verbrauch der Beträge (vgl. die bei Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2. A. § 26 Rz 13 zitierte Rechtsprechung). Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (vgl. etwa VwGH 19. 12. 2013, 2012/16/0047 oder VwGH 24. 6. 2009, 2007/15/0162).

Diese objektive Erstattungspflicht hat zur Folge, dass der Behörde, sobald die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nicht mehr gegeben sind, hinsichtlich der Rückforderung von bereits bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag kein Ermessensspielraum bleibt (vgl. BFG 13. 6. 2018, RV/7104954/2017).

Zur Rückzahlung eines unrechtmäßigen Bezuges an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag ist nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 derjenige verpflichtet, der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu Unrecht bezogen hat (vgl. VwGH 19. 12. 2013, 2012/16/0047). Die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag müssen demjenigen, von dem sie zurückgefordert wird, tatsächlich ausbezahlt worden sein.

Einer Rückforderung steht auch nicht entgegen, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch das Finanzamt verursacht worden ist (vgl. VwGH 19. 12. 2013, 2012/16/0047; VwGH 28. 10. 2009, 2008/15/0329; VwGH 24. 6. 2009, 2007/15/0162; VwGH 19. 3. 2008, 2008/15/0002; VwGH 18. 4. 2007, 2006/13/0174; VwGH 3. 8. 2004, 2001/13/0048; VwGH 2. 6. 2004, 2001/13/0160; VwGH 28. 11. 2002, 2002/13/0079; VwGH 25. 1. 2001, 2000/15/0183; VwGH 25. 6. 1997, 97/15/0013). Zu dem zu § 31 Abs. 2 KBGG ergangenen Erkenntnis VfGH 28. 9. 2022, G 181/2022 ua ist festzuhalten, dass der Verfassungsgerichtshof eine Rückforderungsvorschrift, die wie § 26 Abs. 1 FLAG 1967 lediglich auf den objektiven Umstand des Nichtvorliegens der Anspruchsvoraussetzungen abstellt, als in der österreichischen Rechtsordnung nicht ungewöhnlich angesehen hat und dass anders als beim Kinderbetreuungsgeld mit dem Bezug von Familienbeihilfe durch einen Elternteil keine irreversible Disposition über dessen Berufstätigkeit verbunden ist. Im Geltungsbereich des § 26 Abs. 1 FLAG 1967 ist daher weiterhin das Risiko einer irrtümlich gezahlten Leistung trotz fehlender Erkennbarkeit des Behördenfehlers vom Leistungsempfänger zu tragen (vgl. BFG 22. 11. 2022, RV/7103136/2022).

Es ist daher zu prüfen, ob der Bf. im Beschwerdezeitraum zu Unrecht Ausgleichszahlung (Unterschiedszahlung) und Kinderabsetzbetrag erhalten hat.

2.2.2. Streitpunkt Renten aus zwei Mitgliedstaaten

Das Finanzamt sieht den Grund für die Rückforderung ausschließlich darin, dass ungeachtet dessen, dass der Bf. nur mehr Pensionen aus zwei Mitgliedstaaten der Europäischen Union bezieht, ausschließlich die slowakischen Rechtsvorschriften als Wohnmitgliedstaat des Kindes ***2*** gemäß Art. 68 Abs. 1 Buchst. b Unterbuchst. ii VO 883/2004 anzuwenden seien.

Die früher unterschiedliche Entscheidungspraxis in Bezug auf eine Sachverhaltskonstellation wie der gegenständlichen hat das Bundesfinanzgericht in seinem Erkenntnis BFG 26. 1. 2022, RV/7101391/2021 ausführlich dargestellt.

Zur gegenständlichen Rechtsfrage hat das BFG (betreffend einen in Slowenien wohnhaften Pensionsbezieher) unter anderem ausgeführt (siehe dazu Lenneis, Differenzzahlung bei Bezug von zwei Renten aus zwei Mitgliedstaaten, BFGjournal 2022, 60):

Dem Finanzamt ist beizupflichten, dass Personen, für die die Verordnung 883/2004 gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats unterliegen (Art. 11 Abs. 1 VO 883/2004). Dies schließt aber im Bereich der Familienleistungen nicht aus, dass Ansprüche auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren sind (Art. 68 VO 883/2004).

Art. 68 Abs. 1 VO 883/2004 spricht einleitend von Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten für denselben Zeitraum und dieselben Familienangehörigen und regelt in Buchstabe a den Fall, dass Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren sind, und in Buchstabe b den Fall, dass Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren sind.

Bei Zusammentreffen von Ansprüchen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten regelt Art. 68 Abs. 2 VO 883/2004, welcher Mitgliedstaat vorrangig und welcher Mitgliedstaat nachrangig zur Leistungserbringung verpflichtet ist. Ist ein Mitgliedstaat vorrangig verpflichtet, entbindet dies den nachrangig verpflichteten Mitgliedstaat aber nicht gänzlich von seiner Leistungspflicht, sondern deckelt diese nur insoweit, dass die anspruchsberechtigte Person insgesamt eine Leistung erhält, die der höchsten für die in Betracht kommende Familienleistung der leistungspflichtigen Mitgliedstaaten entspricht.

Art. 68 VO 883/2004 schränkt lediglich die Möglichkeit einer Kumulierung von Beihilfen ein (vgl. EuGH 4. 7. 1990, C-117/89, Kracht, Rn 15 zu Art. 76 VO 1408/71). Das Unionsrecht verlangt, dass dann, wenn der Betrag der vom Wohnstaat gezahlten Leistungen unter dem der von dem anderen verpflichteten Staat gewährten Leistungen liegt, dem Arbeitnehmer der höhere Betrag erhalten bleibt und er vom zuständigen Träger des letztgenannten Staates eine Zusatzleistung in Höhe des Unterschieds zwischen den beiden Beträgen erhält (EuGH 12. 6. 1980, C-733/79, Laterza Rn 9 zu Art. 77 VO 1408/71 sowie EuGH 9. 7. 1980, C-807/79, Gravina; EuGH 12. 7. 1984, C-242/83, Patteri; EuGH 14. 3. 1989, C-1/88, Baldi; EuGH 11. 6. 1991, C-251/89, Athanasopoulos; EuGH 27. 2. 1997, C-59/95, Bastos Moriana).

Die Antikumulierungsvorschriften des Art. 68 der VO 883/2004 finden Anwendung, wenn mehrere Ansprüche aufgrund unterschiedlicher Rechtsordnungen geschuldet werden (vgl. EuGH 18. 9. 2019, C-32/18, Moser, und zu Art. 73 VO 1408/71 EuGH 14. 10. 2010, C-16/09, Schwemmer).

Art. 68 VO 883/2004 ist auch dann anwendbar, wenn einer einzigen Person Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren sind. Es ist keineswegs erforderlich, dass zwei Personen, etwa Mutter und Vater, Familienleistungen zu gewähren sind, um die vorrangige oder nachrangige Leistungsverpflichtung eines Mitgliedstaats auszulösen.

Art. 11 Abs. 1 VO 883/2004 regelt, dass unionsrechtlich immer nur ein Mitgliedstaat vorrangig zu einer Leistungserbringung verpflichtet sein kann, es also hinsichtlich einer Person nicht gleichzeitig zwei Mitgliedstaaten geben kann, die vorrangig zu Familienleistungen verpflichtet sind.

Art. 11 Abs. 1 VO 883/2004 normiert aber keineswegs, dass ein Mitgliedstaat in Bezug auf Familienleistungen vollkommen leistungsfrei wäre, nur weil eine Person nach den Regelungen der Art. 11 ff. VO 883/2004 unter die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats fällt (siehe auch die von BFG 29. 3. 2019, RV/7104627/2015 zitierte Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs). Die Ansicht des Finanzamts (und der diese Auffassung teilenden, oben angeführten Erkenntnissen des Bundesfinanzgerichts), würde dem erklärten Zweck der VO 883/2004, im Rahmen des freien Personenverkehrs zur Verbesserung des Lebensstandards und der Arbeitsbedingungen beizutragen (Erwägungsgrund 1 zur Verordnung) und Personen, die sich innerhalb der Gemeinschaft bewegen, sowie ihren Angehörigen und Hinterbliebenen die Wahrung erworbener Ansprüche und Vorteile sowie der Anwartschaften zu ermöglichen (Erwägungsgrund 13), diametral entgegenstehen.

Die Vorschriften zum Schutz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union und des EWR (vgl. Art. 28 Abs. 2 EWR-Abkommen, der, wie Art. 45 Abs. 2 AEUV, jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer der EG-Mitgliedstaaten und der EFTA-Staaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen verbietet), stützen sich, so Generalanwalt Jean Richard de la Tour in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache EuGH C-328/20 (Europäische Kommission gegen Republik Österreich betreffend Indexierung von Familienbeihilfe, Kinderabsetzbetrag, Familienbonus Plus, Alleinverdienerabsetzbetrag, Alleinerzieherabsetzbetrag und Unterhaltsabsetzbetrag - Indexation des prestations familiales, Rn 143) auf ein Gesamtsystem, in dem zum einen im Bereich der sozialen Sicherheit allgemein die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats anzuwenden sind, in dem die betreffende Person eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt (vgl. 17. Erwägungsgrund zu VO 883/2004), und zum anderen Wanderarbeitnehmer mit den Sozialbeiträgen und Abgaben, die sie im Aufnahmemitgliedstaat aufgrund der dort von ihnen ausgeübten unselbstständigen Erwerbstätigkeit entrichten, zur Finanzierung der sozialpolitischen Maßnahmen des Aufnahmemitgliedstaats beitragen (vgl. EuGH 14. 12. 2016, C-238/15, Bragança Linares Verruga u. a., Rn. 49 und 50).

Die österreichische Familienbeihilfe wird durch Beiträge der Arbeitgeber finanziert, die auf der Grundlage des Gesamtbetrags der Arbeitnehmerlöhne berechnet werden. Ein Wanderarbeitnehmer ist dadurch an der Festsetzung der Höhe der von seinem Arbeitgeber gezahlten Beträge in gleicher Weise wie ein inländischer Arbeitnehmer beteiligt (vgl. Schlussanträge Generalanwalt Jean Richard de la Tour in der Rechtssache EuGH C-328/20, Rn 144).

Es widerspräche den Grundsätzen der Union, dem Unionsrecht einen Inhalt zuzusinnen, der einen Wanderarbeitnehmer von Leistungen der sozialen Sicherheit in einem Mitgliedstaat ausnimmt, dessen Sozialsystem der Wanderarbeitnehmer durch seine Beiträge mitfinanziert hat. Das Gegenteil ist der Fall.

[...]

Art. 11 Abs. 1 VO 883/2004 unterwirft Personen, die sich innerhalb der Gemeinschaft bewegen, dem System der sozialen Sicherheit nur eines Mitgliedstaats, um eine Kumulierung anzuwendender nationaler Rechtsvorschriften und die sich daraus möglicherweise ergebenden Komplikationen zu vermeiden (Erwägungsgrund 15). Zur Vermeidung ungerechtfertigter Doppelleistungen sieht Art. 68 VO 883/2004 für den Fall des Zusammentreffens von Ansprüchen auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats mit Ansprüchen auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats der Familienangehörigen Prioritätsregeln vor (vgl. Erwägungsgrund 35).

Ein Anspruch auf Familienleistungen durch einen anderen Mitgliedstaat im Anwendungsbereich der VO 883/2004 führt dazu, dass ein österreichischer Familienbeihilfenanspruch nach den Prioritätsregeln des Art. 68 VO 883/2004 zu beurteilen ist (vgl. VwGH 1. 6. 2021, Ro 2020/10/0002). Die Prioritätsregeln des Art. 68 VO 883/2004 setzen bei Zusammentreffen von Ansprüchen die Gebührlichkeit von Familienleistungen in mehreren Mitgliedstaaten voraus und normieren eine Rangfolge dieser Leistungen untereinander (vgl. VwGH 9. 1. 2020, Ra 2019/16/0111).

Zahlen zwei Mitgliedsstaaten, [...], eine Rente, bestehen Ansprüche des Rentenempfängers gegen beide Mitgliedstaaten. Der Rentenempfänger hat nicht Anspruch auf Familienleistungen beider Rentenstaaten zusammen, sondern gemäß Art. 68 VO 883/2004 insgesamt auf jene Familienleistung, die höher ist - sei es auf die höhere Leistung des vorrangig zuständigen Staats, sei es auf die höhere Leistung des nachrangig zuständigen Staates abzüglich der niedrigeren Leistung des vorrangig zuständigen Staates. Der Rentenempfänger muss sich aber nicht mit den niedrigeren bzw. gar nicht gegebenen Familienleistungen Sloweniens begnügen, weil die slowenischen Rechtsvorschriften gemäß Art. 11 VO 883/2004 anzuwenden sind.

Die Antikumulierungsvorschriften sollen dem Empfänger (nicht "den Empfängern") der von mehreren Mitgliedstaaten gezahlten Leistungen einen Gesamtbetrag an Leistungen

garantieren, der gleich dem Betrag der günstigsten Leistung ist, die ihm nach dem Recht nur eines dieser Staaten zusteht (vgl. EuGH 14. 5. 1981, 98/80, Romano; EuGH 30. 4. 2014, C-250/13, Wagener; EuGH 18. 9. 2019, C-32/18, Moser).

[...]

Unter Zugrundelegung der anzuwendenden Wohnortfiktion nach Art. 5 VO 883/2004 und Art 67 VO 883/2004 (vgl. EuGH 7. 6. 2005, C-543/03, Dodl und Oberhollenzer, Rn 45; EuGH 22. 10. 2015, C-378/14, Trapkowski, Rn 35 sowie EuGH 18. 9. 2019, C-32/18, Moser, Rn 37 und 38; EuGH 12. 3. 2020, C-769/18, Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail d'Alsace-Moselle, Rn 42 bis 44) hat ein in Slowenien wohnhafter slowenischer Staatsbürger, der eine Rente sowohl von Slowenien als auch von Österreich bezieht, für sein in Slowenien wohnhaftes minderjähriges oder in Berufsausbildung befindliches Kind Anspruch auf österreichische Familienleistungen gemäß § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 bzw. § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967. Nach nationalem Recht ist es für die Familienbeihilfe unerheblich, ob der Anspruchsberechtigte erwerbstätig ist oder nicht; die Anspruchsvoraussetzungen des Wohnorts (§ 2 Abs. 1 FLAG 1967) und des Mittelpunkts der Lebensinteressen des Antragstellers (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) sowie des nicht ständigen Auslandsaufenthalts des Kindes (§ 5 Abs. 3 FLAG 1967) sind unionsrechtlich in Bezug auf die Union gegeben.[...]

Die belangte Behörde hat eine österreichische Leistungspflicht lediglich damit bestritten, dass der Bf. unionsrechtlich unter die slowenischen Rechtsvorschriften falle.

Wie ausgeführt, ist die belangte Behörde mit dieser Auffassung im Unrecht.

Der Bf. hat daher im Beschwerdezeitraum - im Einklang mit BFG 22. 3. 2018, RV/7103009/2015; BFG 29. 3. 2019, RV/7104627/2015; BFG 28. 8. 2020, RV/1100368/2018 und BFG 1. 10. 2020, RV/7104768/2018 sowie Gebhart in Lenneis/Wanke, FLAG 2. A. 2020 § 53 Rz 302 ff - Anspruch auf österreichische Familienleistungen.

Bezogen auf den vorliegenden Fall bedeuten vorstehende Ausführungen, dass Österreich nachrangig zu einer Familienleistung verpflichtet ist, also zur Leistung des Unterschiedsbetrags zwischen österreichischer Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag einerseits und allfälligen slowakischen Familienleistungen andererseits.

2.2.3. EuGH 13. 10. 2022, C-199/21, DN

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat mit Urteil EuGH 13. 10. 2022, C-199/21, DN auf Grund eines Vorabentscheidungsersuchens (BFG 19. 3. 2021, RE/7100001/2019) unter anderem für Recht erkannt (siehe dazu auch Gebhart. Zur Zuständigkeit des ehemaligen Beschäftigungsstaates für Familienleistungen bei Rentenbezug und Anerkennung von Rechtfertigungsgründen bei Rückforderungen, BFGjournal 2022, 365):

Art. 67 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ist dahin auszulegen, dass eine Person, die in zwei Mitgliedstaaten Renten bezieht, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften beider dieser Mitgliedstaaten hat. Ist der Bezug solcher Leistungen in einem dieser Mitgliedstaaten nach den nationalen Rechtsvorschriften ausgeschlossen, kommen die Prioritätsregeln nach Art. 68 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 883/2004 nicht zur Anwendung.

Im Detail hat der Gerichtshof dazu ausgeführt:

26 Mit den ersten drei Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, wie Art. 67 Satz 2 und Art. 68 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 883/2004 auszulegen sind, um für den Fall, dass eine Person in zwei Mitgliedstaaten Renten bezieht, zu bestimmen, nach den Rechtsvorschriften welches dieser beiden Mitgliedstaaten diese Person gegebenenfalls vorrangig Anspruch auf Familienleistungen hat.

27 Zunächst ist festzustellen, dass eine Person wie DN in den persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 883/2004 fällt, die nach ihrem Art. 2 Abs. 1 für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats mit Wohnort in einem Mitgliedstaat gilt, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

28 Außerdem weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass es sich bei den in Rede stehenden Familienleistungen um "Familienleistungen" im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. j der Verordnung Nr. 883/2004 handelt.

29 Art. 67 dieser Verordnung betrifft, wie sich schon aus seiner Überschrift ergibt, die Gewährung von Familienleistungen u. a. für den Fall, dass "Familienangehörige ... in einem anderen Mitgliedstaat wohnen". Art. 67 Satz 2 enthält hierzu eine Sonderregelung, wonach ein Rentner in einem solchen Fall "Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats [hat]" (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 27. Februar 2014, Würker, C-32/13, EU:C:2014:107, Rn. 49).

30 Was den im Sinne des genannten Satzes für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaat betrifft, ergibt sich aus Art. 1 Buchst. s der Verordnung Nr. 883/2004, dass für die Zwecke dieser Verordnung der Begriff "zuständiger Mitgliedstaat" den Mitgliedstaat bezeichnet, in dem der zuständige Träger seinen Sitz hat, wobei der zuständige Träger in Art. 1 Buchst. q insbesondere als der Träger definiert wird, bei dem die betreffende Person zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Leistungen versichert ist oder jener, gegenüber dem die betreffende Person einen Anspruch auf Leistungen hat oder hätte, wenn sie selbst oder ihr Familienangehöriger bzw. ihre Familienangehörigen in dem Mitgliedstaat wohnen würden, in dem dieser Träger seinen Sitz hat.

31 Daher kann der Begriff "zuständiger Mitgliedstaat" für die Anwendung von Art. 67 Satz 2 der Verordnung Nr. 883/2004 nicht auf den Mitgliedstaat beschränkt werden, der zur Leistung einer Rente an den Betroffenen verpflichtet ist, weil dieser in der Vergangenheit im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats sein Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit ausgeübt hat.

32 Im Ausgangsverfahren bezieht DN sowohl von der Republik Polen als auch von der Republik Österreich Rentenzahlungen, da er in beiden Mitgliedstaaten Versicherungszeiten erworben hat. Folglich ist im Sinne der in der vorstehenden Randnummer genannten Bestimmung im Fall von DN jeder dieser Mitgliedstaaten als "für die Rentengewährung zuständig" anzusehen, so dass er nach den Rechtsvorschriften beider Mitgliedstaaten Anspruch auf Familienleistungen hat.

33 Werden aufgrund unterschiedlicher nationaler Rechtsordnungen mehrere Ansprüche geschuldet, müssen die Antikumulierungsvorschriften des Art. 68 der Verordnung Nr. 883/2004 Anwendung finden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. September 2019, Moser, C-32/18, EU:C:2019:752, Rn. 40).

34 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs für die Annahme, dass in einem bestimmten Fall eine solche Kumulierung vorliegt, nicht genügt, dass Familienleistungen in einem Mitgliedstaat geschuldet werden und zugleich in anderen Mitgliedstaaten lediglich potenziell gezahlt werden können (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 22. Oktober 2015, Trapkowski, C-378/14, EU:C:2015:720, Rn. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung).

35 Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich nämlich, dass Familienleistungen nur dann als nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats geschuldet gelten können, wenn das Recht dieses Staates dem betroffenen Familienangehörigen einen Anspruch auf Gewährung von Leistungen verleiht. Der Betroffene muss folglich alle in den Rechtsvorschriften dieses Staates aufgestellten - formellen und materiellen - Anspruchsvoraussetzungen erfüllen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. Oktober 2010, Schwemmer, C-16/09, EU:C:2010:605, Rn. 53).

36 Im vorliegenden Fall geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass weder DN noch seine geschiedene Ehefrau in Polen aufgrund der Unterhaltslast für ihre Tochter, die in diesem Mitgliedstaat wohnt, Familienleistungen beziehen konnten, da die Höhe der von DN in Österreich bezogenen Rente die Einkommensobergrenze überstieg, die nach polnischem Recht für einen Anspruch auf solche Leistungen besteht.

37 Da weder DN noch seine frühere Ehefrau in Polen Anspruch auf Familienleistungen haben, kommen die Prioritätsregeln von Art. 68 der Verordnung Nr. 883/2004 in einer Situation wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden daher nicht zur Anwendung.

38 Folglich ist auf die ersten drei Fragen zu antworten, dass Art. 67 Satz 2 der Verordnung Nr. 883/2004 dahin auszulegen ist, dass eine Person, die in zwei Mitgliedstaaten Renten bezieht, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften beider dieser Mitgliedstaaten hat. Ist der Bezug solcher Leistungen in einem dieser Mitgliedstaaten nach den nationalen Rechtsvorschriften ausgeschlossen, kommen die Prioritätsregeln nach Art. 68 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 883/2004 nicht zur Anwendung.

In Ansehung vorstehender Ausführungen wird - unter Anwendung der in Art. 68 Abs. 1 lit. a VO (EG) 883/2004 Prioritätsregeln - der unionsrechtlich nachrangige Anspruch auf österreichische Differenzzahlung für das Kind ***2*** über den Rentenbezug des Bf. vermittelt.

Da im gegenständlichen Fall die VO 883/2004 zu berücksichtigen ist, finden allerdings die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen des § 2 Abs. 1 FLAG 1967, welche den Familienbeihilfenbezug auf den Wohnort im Bundesgebiet abstellt, des § 2 Abs. 8 FLAG 1967, welche auf den wesentlich durch den Wohnort bestimmten Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet abstellt, und des § 5 Abs. 3 FLAG 1967, das einen vom Wohnort abhängigen Ausschluss der Familienbeihilfe bei ständigem Aufenthalt des Kindes im Ausland vorsieht, zufolge des Art. 7 VO 883/2004 und dessen Anwendungsvorrangs insoweit keine Anwendung. Z zufolge des in Art. 4 VO 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 1967 mit besonderen Voraussetzungen für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, keine Anwendung. (vgl. VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067).

2.2.4. Anspruch des Bf. auf Familienbeihilfe/Differenzzahlung nach österreichischem Recht

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.

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 Leistung zuständig ist, sofern alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind.

Das Unionsrecht selbst vermittelt somit 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 Familienangehörigen einer Person, die in den Anwendungsbereich der VO 883/2004 fällt, so zu behandeln sind, als hätten alle Familienangehörigen ihren Lebensmittelpunkt in dem Mitgliedstaat der Familienleistungen gewähren soll. (BFG vom 24.08.2017, RV/5101270/2017, BFG vom 31.05.2017, RV/5100349/2016, BFG vom 07.02.2017, RV/7106469/2016, BFG vom 15.11.2016, RV/7103786/2015, BFG vom 19.08.2016, RV/76101889/2016)

Die nach Art. 67 VO 883/2004 iVm 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. Diese Fiktion besagt aber nur, dass zu unterstellen ist, dass alle Familienangehörigen im zuständigen Mitgliedstaat wohnen. Ob etwa ein gemeinsamer Haushalt besteht, ist dagegen sachverhaltsbezogen festzustellen. (BFG vom 24.08.2017, RV/5101270/2017, BFG vom 31.05.2017, RV/5100349/2016, BFG vom 07.02.2017, RV/7106469/2016, BFG vom 15.11.2016, RV/7103786/2015, BFG vom 19.08.2016, RV/76101889/2016).

Wer von den unionsrechtlich grundsätzlich als anspruchsberechtigten Personen anzusehenden Familienangehörigen tatsächlich primär oder sekundär oder gar keinen Anspruch auf österreichische Familienleistungen hat, ist daher nach nationalem Recht zu beurteilen. (BFG vom 07.02.2017, RV/7106469/2016, BFG vom 15.11.2016, RV/7103786/2015, BFG vom 19.08.2016, RV/76101889/2016).

Es ist daher im gegenständlichen Fall nach österreichischem Recht zu prüfen, ob der Bf. einen Familienbeihilfenanspruch hat oder nicht, wobei zu fingieren ist, dass alle Familienangehörigen, sprich die Mutter der Bf., sowie der im Streitzeitraum minderjährige Sohn des Bf. in Österreich wohnen (weshalb – wie bereits ausgeführt – die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen außer Acht zu lassen sind).

§ 2 Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 stellt hinsichtlich des Familienbeihilfenanspruchs primär auf die Haushaltszugehörigkeit mit einem Kind ab und nur subsidiär (§ 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG 1967) darauf ab, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. 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 vom 25.02.1987, 86/13/0158, VwGH vom 27.09.2012, 2012/16/0054).

Da im gegenständlichen Fall das Kind des Bf. bei der Kindesmutter (in der Slowakei) getrennt vom Bf. lebt und daher bei dieser haushaltszugehörig sind, besteht nach österreichischem Recht kein Anspruch auf Familienleistungen des Bf; ein nach nationalem Recht nicht bestehender Anspruch kann nicht durch das Unionsrecht begründet werden. Der vorrangige Anspruch auf Familienleistungen steht somit bei dem gegebenen Sachverhalt der Kindesmutter zu, solange die Anspruchsvoraussetzungen dem Grunde nach in der Person des Bf. erfüllt sind.

Insoweit kommt auch dem in den Anträgen des Bf. auf Gewährung der Differenzzahlungen für die Jahre 2012 bis 2016 getätigten Hinweis, dass die überwiegende Kostentragung für das Kind ***2*** durch seine Person erfolge, in Ansehung vorstehender Ausführungen keine Entscheidungsrelevanz zu.

2.2.5. Gerechtfertigte Rückforderung im Sinne des Urteils Rs C-199/21 bzw. des Erkenntnisses des BFG vom 7.2 2023, RV/7100487/2016

In der Folge war ob der an oberer Stelle zitierten Rechtsprechung des EUGH bzw. jener des BFG - anhand der tatsächlichen Gegebenheiten des vorliegenden Falles - über das Vorhandensein etwaiger, der Rückforderung entgegenstehender Rechtfertigungsgründe zu befinden.

2.2.5.1 Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Rückforderung von Familienbeihilfe nach § 26 FLAG 1967 im Inlandsfall

Einleitend wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die diesbezüglichen Ausführungen unter Punkt 2.2.1. zu verweisen, wobei als Conclusio die Rückforderung von Familienbeihilfe bei dem einen Elternteil, bloß damit sie dem anderen, berechtigten Elternteil gewährt werden könne im Inlandsfall als durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gedeckt zu erachten ist.

Demgegenüber wurde in unionsrechtlichen Rückforderungsfällen dem Verwaltungsgerichtshof noch nicht die Frage vorgetragen, ob Rechtfertigungsgründe, wie sie der EuGH im Urteil Rs C-199/21 ausgesprochen hat, gegen eine Rückforderung sprechen könnten.

Zum Unionsrecht hat der Verwaltungsgerichtshof zur Vorgänger VO 1408/71 in ständiger Rechtsprechung den anderen, geschiedenen Elternteil, der in Österreich einer Erwerbstätigkeit nachging, ausschließlich unter der Voraussetzung als anspruchsberechtigte Person anerkannt, dass dieser die Geldunterhaltslasten überwiegend iSd § 2 Abs. 2 FLAG 1967 getragen hat (VwGH 19.04.2007, 2004/15/0049; VwGH 24.2.2010, 2009/13/0243, VwGH 24.2.2010, 2009/13/0241, VwGH 24.2.2010, 2009/13/0240). Die zitierten Entscheidungen betrafen exklusiv Antragserledigungen.

"Zu[r] 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**" (VwGH 27.9.2012, 2012/16/0135, VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067, VwGH 24.06.2021, Ro 2018/16/0040, VwGH 23.09.2021, Ra 2020/16/0125).

Bei Haushaltszugehörigkeit des Kindes zu einer Person iSd § 2 Abs. 3 FLAG 1967 im Fall getrenntlebender Eltern verschafft die überwiegende Tragung der Unterhaltslasten nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 der Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, unter keinen Umständen einen Anspruch auf die Familienleistungen FB und KAB. Diesfalls hat die Haushaltszugehörigkeit absoluten Vorrang vor der überwiegenden Tragung der Unterhaltslasten.

Die zuvor zitierte Rechtsprechung des VwGH zu unionsrechtlichen Sachverhalten ist demnach konträr zur Rechtsprechung des VwGH zu gleichgelagerten Inlandssachverhalten. Methodisch dürfte der Verwaltungsgerichtshof nach der Rechtsauffassung des BFG eine Lücke im Unionsrecht durch richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts geschlossen haben, was eine contra-legem-Interpretation des nationalen Rechts zur Folge hatte bzw. hat. Nach Ansicht des BFG konfligiert diese Rechtsprechung mit dem Gebot der Inländergleichbehandlung gemäß Art 4 und 5 VO 883/2004 bzw. Art 3 VO 1408/71.

Soweit das BFG feststellen konnte, hatte der VwGH im Antragsverfahren **den anderen Elternteil** als anspruchsberechtigte Person nur unter der Voraussetzung dessen **überwiegender Tragung der Unterhaltslasten** anerkannt.

2.2.5.2. Exklusiver Anspruch der Kindesmutter nach FLAG 1967 (Rn 49, 50 des Urteils)

Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass der Bf. in seinen aktenkundigen Anträgen auf Gewährung der Differenzzahlung ordnungsgemäß offengelegt hat, dass das Kind *****2***** nicht seinem Haushalt, sondern jenem dem in der Slowakei domizilierten Haushalt der Kindesmutter angehört.

Nach hg. Auffassung hat der Gerichtshof der Europäischen Union mit seinem Urteil EuGH 13.10.2022, Rs C-199/21, Grundsätze ausgesprochen, wie die in Art 60 Abs. 1 Satz 3 DVO 987/2004 genannten Personen und die in § 2 Abs. 3 FLAG 1967 genannten Personen im Einzelfall unter Beachtung der mitgliedstaatlichen Zielsetzungen und jener der Union zu berücksichtigen sind. In der Ausgangssituation geht es ausschließlich um den nach dem FLAG berechtigten Elternteil (konkret die Kindesmutter) und dem Bf. als anderen Elternteil.

Die Beihilfenbehörde ist nach Art 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 keinesfalls verpflichtet, den haushaltsführenden Elternteil oder den Elternteil, in dessen Haushalt das Kind lebt, was in der Regel die Kindesmutter ist, zu übergehen und jedenfalls den anderen Elternteil anstelle der anspruchsberechtigten Person zu wählen, auch wenn dieser überwiegend den Geldunterhalt

leistet (aA VwGH 19.04.2007, 2004/15/0049; VwGH 24.2.2010, 2009/13/0243, VwGH 24.2.2010, 2009/13/0241, VwGH 24.2.2010, 2009/13/0240 zur VO 1408/71 sowie VwGH 27.9.2012, 2012/16/0135, VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067, VwGH 24.06.2021, Ro 2018/16/0040, VwGH 23.09.2021, Ra 2020/16/0125, zur VO 883/2004).

Den nach dem FLAG vorrangigen Anspruch des haushaltsführenden Elternteils, in dessen Haushalt das Kind lebt, kann die Beihilfenbehörde nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nur im Antragsverfahren des anderen Elternteils durchsetzen. Voraussetzung ist die Durchführung eines mängelfreien Verfahrens, das die Abweisung des Antrages trägt. Von dieser Befugnis hat die belangte Behörde im Antragsverfahren des Bf. keinen Gebrauch gemacht, weshalb die gegenüber dem Bf. erfolgte Antragserledigung mit Art 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 in Einklang steht. (EuGH 13.10.2022, Rs C-199/21, Finanzamt Österreich, Rn 49, 50).

Die von der belangten Behörde in der Stellungnahme genannten Gründe, weshalb der Alleinanspruch der Kindesmutter im Rückforderungsverfahren durchgesetzt werden müsse, konnte sie demnach nur bei Erledigung des vom Bf. gestellten Antrages verfolgen.

Die belangte Behörde ist befugt, den im Wohnmitgliedstaat der Familie verbliebenen Elternteil auch dann als anspruchsberechtigte Person aufgrund eines vom anderen Elternteil gestellten Antrages auf Familienbeihilfe heranzuziehen, wenn der in Österreich beschäftigte oder von Österreich eine Rente beziehende andere Elternteil überwiegend die Unterhaltskosten für das Kind trägt (EuGH 13.10.2022, Rs C-199/21, Finanzamt Österreich, Rn 49, 50), was nach der Rechtsprechung des VwGH nicht zulässig zu sein scheint (VwGH 27.9.2012, 2012/16/0135, VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067, VwGH 24.06.2021, Ro 2018/16/0040, VwGH 23.09.2021, Ra 2020/16/0125, zur VO 883/2004).

2.2.5.3. Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu Art 60 Abs. Satz 3 VO 987/2009

Mit Erkenntnis VwGH 24.06.2021, Ro 2018/16/0040, hat der Verwaltungsgerichtshof zu Recht erkannt:

"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 VwGH 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, VwSlg 8225 F/2007).

Zu vergleichbaren Konstellationen hat der VwGH 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).

Der VwGH hat weiters ausgesprochen, dass seine Rechtsprechung auch nicht durch die Rechtsprechung des EUGH (EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomislaw Trapkowski) überholt ist (vgl. VwGH 12.11.2019, Ra 2019/16/0133).

Nationales Recht, das in einer konkreten Konstellation im Widerspruch zu unmittelbar anwendbarem Unionsrecht steht, wird für diese Konstellation verdrängt. Nationales Recht bleibt insoweit unangewendet, als ein Verstoß gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht gegeben ist. Die Verdrängungswirkung des Unionsrechts hat zur Folge, dass die nationale gesetzliche Regelung in jener Gestalt anwendbar bleibt, in der sie nicht mehr im Widerspruch zum Unionsrecht steht. Die Verdrängung erreicht dabei bloß jenes Ausmaß, das gerade noch hinreicht, um einen unionsrechtskonformen Zustand herbeizuführen (vgl. VwGH 19.3.2013, 2010/15/0065, VwSlg 8795 F/2013; und VwGH 17.4.2008, 2008/15/0064, VwSlg 8332 F/2008).

Lässt das Unionsrecht für eine bestimmte Konstellation mehrere Lösungen zu, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, innerhalb des vom Unionsrecht vorgegebenen Rahmens eine nationale Regelung zu normieren. Solange der Gesetzgeber diese Entscheidung nicht getroffen hat, und soweit dem Unionsrecht unmittelbare Anwendbarkeit zukommt, muss der Rechtsanwender eine "bereinigte Rechtslage" zur Anwendung bringen. Bestehen mehrere gleichwertige unionsrechtskonforme Lösungen, hat der Rechtsanwender nicht ein freies Wahlrecht, sondern hat jene Lösung zur Anwendung zu bringen, mit welcher materiell am wenigsten in das nationale Recht eingegriffen wird. Soweit als möglich ist die normative Anordnung des nationalen Gesetzgebers aufrechtzuerhalten (vgl. VwGH 19.3.2013, 2010/15/0065, VwSlg 8795 F/2013; und VwGH 25.10.2011, 2011/15/0070, VwSlg 8674 F/2011, mwN).

Die VO 987/2009 und die VO 883/2004 bestimmen nicht, 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 VO 883/2004 klar hervorgeht, nach dem nationalen Recht (EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomislaw Trapkowski, Rn 43 und 44).

Gemäß § 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG besteht 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 nicht erfüllt. Insoweit bedarf es einer Verdrängung der nationalen Bestimmung des Wohnsitzerfordernisses in § 2 Abs. 1 FLAG durch Art. 60 Abs. 1 zweiter Satz der VO 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 keinen Anspruch ableiten kann, und auch sonst nach nationalem Recht keine andere Person in Betracht käme, greift die Verdrängung des Wohnsitzerfordernisses in § 2 Abs. 1 FLAG für einen in § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG genannten Anspruchsberechtigten."

Aus dem Erkenntnis VwGH 23.09.2021, Ra 2020/16/0125, ergibt sich darüber hinaus:

"Aus der VO 987/2009 ergeben sich keine verfahrensrechtlichen Vorgaben, wie der zuständige Träger bei der Berücksichtigung eines Antrages gemäß Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der VO 987/2009 vorzugehen hat.

In so einem Fall hat das Finanzamt als zuständiger Träger den Antrag auf Familienleistungen der anderen Person (anderer Elternteil, einer als Elternteil behandelten Person oder Person oder Institution, die als Vormund des Kindes handelt) als Antrag der anspruchsberechtigten, den Anspruch nicht wahrnehmenden Person zu prüfen und die für die Berücksichtigung des Antrages erforderlichen Ermittlungen nach nationalem Verfahrensrecht anzustellen. Diese Verpflichtung des zuständigen Trägers ergibt sich dabei unmittelbar aus Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009. Das Finanzamt als zuständiger Träger hat den Antrag auf Familienleistungen einer Person in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen als Antrag einer anderen Person zu berücksichtigen, wenn sich Hinweise darauf ergeben, dass die Person, die berechtigt ist, Anspruch auf Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahrnimmt. Da die Verpflichtung des Finanzamtes bereits unmittelbar auf Grund des Unionsrechts in Verbindung mit dem Erledigungsanspruch nach dem FamLAG 1967 auf Grund eines Antrages besteht, steht der Person, die berechtigt ist, Anspruch auf Leistungen zu erheben, und dieses Recht nicht wahrnimmt, ein Verfahren nach nationalem Recht zur Verfügung. Kommt das Finanzamt in diesem Fall - erforderlichenfalls nach Durchführung weiterer Ermittlungen - zum Ergebnis, dass die Voraussetzungen für die Auszahlung der Familienleistung vorliegen, ist die Leistung gemäß § 11 Abs. 1 FamLAG 1967 auszusahlen. Soweit dem als Antrag einer Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistung zu erheben und dieses Recht nicht wahrnimmt, mangels Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Auszahlung der Familienbeihilfe nicht oder nicht vollständig stattzugeben ist, ist gemäß § 13 FamLAG 1967 ein Bescheid zu erlassen.

Erweist sich der Antrag der Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistung zu erheben, und dieses Recht nicht wahrnimmt, nach den Bestimmungen des FamLAG 1967 als berechtigt, wird Familienbeihilfe gemäß § 10 Abs. 3 FamLAG 1967 höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. Als maßgeblicher Zeitpunkt gilt dabei der Zeitpunkt der Antragstellung durch die andere Person (anderer Elternteil, einer als Elternteil behandelten Person oder Person oder Institution, die als Vormund des Kindes handelt)."

2.2.5.4. der andere Elternteil (Rn 45, 46, 50 des Urteils)

Die günstigen sozialen Folgen der Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit soll nicht an Formalien, wie der Antragstellung durch die Person, die nach den Rechtsvorschriften des vorrangig zuständigen Mitgliedstaates dazu nicht berechtigt ist, scheitern. Die Vermeidung einer Abweisung eines Antrages auf Familienleistungen aus rein formalen Gründen, weil Antragsteller nicht die Person ist, der nach den mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften dieses Recht zukommt, ist Normzweck des Art 60 Abs. 1 Satz 3 DVO 987/2009.

Art 60 Abs. 1 Satz 3 DVO 987/2009 nennt neben den nach den mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften anspruchsberechtigte Personen als zur Antragstellung berechtigt ausdrücklich ua "den anderen Elternteil". Mit Erkenntnis BFG 16.12.2022, RV/7103245/2019, erkannte das BFG zu Recht, dass Art 60 Abs. 1 Satz 3 DVO 987/2009 den Kreis der nach den mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften anspruchsberechtigten Personen erweitert, also zu den in § 2 Abs. 3 FLAG 1967 genannten Personen hinzutritt.

Eine Einschränkung des anderen Elternteils, diesen ausschließlich unter der Voraussetzung als anspruchsberechtigte Person zu berücksichtigen, dass er überwiegend (hauptsächlich) nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 die Unterhaltslasten trägt, worauf es dem Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung anzukommen scheint, ergibt sich nach Ansicht des BFG aus dem Urteil EuGH 13.10.2022, Rs C-199/21, nicht.

Mit der vierten Frage seines Vorabentscheidungsersuchens wollte das BFG erfahren, ob dem in Art 60 Abs. 1 Satz 3 DVO 987/2009 angeführten "anderen Elternteil" allein aufgrund seiner persönlichen Eigenschaft als anderer Elternteil die Parteistellung im Beihilfenverfahren zukommt oder ob iZm der Antragstellung weiters erforderlich ist, dass er überwiegend den Unterhalt trägt. Partei ist nach sämtlichen zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Prozessordnungen die Person, die - im hier fraglichen Kontext - das Recht auf Antragstellung, auf abschließende Sachentscheidung (Mitteilung) und auf deren Vollziehung (Auszahlung der Beihilfe) hat. Die belangte Behörde hat den Bf. im Antragsverfahren als Partei in diesem Rechtssinn anerkannt und ihm die Familienbeihilfe ausbezahlt.

Der EuGH hat dem BFG in dem, - in das Erkenntnis nämlichen Verwaltungsgerichtes vom 7.2.2023, RV/7100487/20216 mündenden - Verfahren zu prüfen aufgetragen, ob "der [vom Bf] gestellte Antrag auf Familienleistungen im vorliegenden Fall offensichtlich gemäß Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 987/2009 von der Finanzverwaltung berücksichtigt [wurde], die dem Antrag zunächst stattgegeben hat". War das der Fall, so verstieße die Rückforderung gegen Art 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 (EuGH Rs C-199/21 Rn 45 und 46).

Nach Ansicht des BFG geht es dabei um die Beantwortung der Frage, ob sich die belangte Behörde im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag bewusst war, dass der Bf. der andere Elternteil des im Spruch bezeichneten Kindes ist, der nach dem FLAG nicht anspruchsberechtigt ist und nicht antragsberechtigt ist, sie den Bf. aber willentlich als anderen Elternteil iSd Art 60

Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 als antragslegitimiert, anspruchsberechtigt und empfangsberechtigt berücksichtigt hat.

Zunächst ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass der Bf. in seinen Anträgen die tatsächlichen Verhältnisse sprich getrennte Wohnsitze der Ehegatten, respektive Haushaltszugehörigkeit des Kindes ***2*** zur Kindesmutter wahrheitsgemäß offengelegt hat und diesen laut den nachgereichten Mitteilungen nach „Überprüfung der Voraussetzungen“ samt und sonders entsprochen wurden.

Der von einigen Richtern des BFG herausgegebene Kommentar zum FLAG erschien erstmals am 21.04.2011. Darin wurde ausgeführt, dass "es ohne Bedeutung [ist], welcher Elternteil den entsprechenden Antrag stellt" (vgl. Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, Kommentar zum FLAG 1, Rz 208 zu Art 60 Abs. 1 VO 987/2009 bei § 53 FLAG mwN). Der FLAG-Kommentar lag im Zeitpunkt der Stattgabe des Antrages bereits vor. Eine Trennung der Parteienrechte in Einreichung des Antrages und Auszahlung/Empfang der Familienbeihilfe wurde damals seitens der belangten Behörde noch nicht vorgenommen.

Daraus ergibt sich nach der Überzeugung des BFG zweifelsfrei, dass die belangte Behörde die Eigenschaft des Bf. als "anderen Elternteil" iSd Art 60 Abs. 1 Satz 3 VO 883/2004 bewusst wahrgenommen hat und diesen Umstand in ihre Willensbildung aufgenommen hat, weshalb die spätere Rückforderung gegen leg. cit. verstößt. Das korrespondiert mit den Ausführungen des EuGH zur übergangenen Kindesmutter (EuGH 13.10.2022, Rs C-199/21 Rn 45, 46, 50).

Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt es bei der Auswahl des anderen Elternteils in dessen Antragsverfahren auf die überwiegende Tragung der Unterhaltskosten für das Kind nicht an. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass die Beihilfenbehörde solches nicht prüfen kann, denn ihre Befugnis dazu besteht. Die Auswahl des anderen Elternteils iSd Art 60 Abs. 1 Satz 3 VO 883/2004 ist aber auch dann legitim, wenn die Beihilfenbehörde den vorrangigen oder alleinigen Anspruch der Kindesmutter/des haushaltsführenden Elternteils nicht gewährt hat und den anderen Elternteil bewusst ausgewählt hat und das auch wollte (EuGH 13.10.2022, Rs C-199/21, Rn 45, 46, 50).

Es darf dem Arbeitnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat nicht zum Nachteil gereichen, dass der österreichische Gesetzgeber oder zumindest die österreichische Behörde in ihren Dienstanweisungen keine klaren Regeln zu Art 60 Abs. 1 VO 987/2009 vorsieht. Zu Recht weist der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung - bislang vergebens - auf diese Pflichten des Gesetzgebers hin (VwGH 24.06.2021, Ro 2018/16/0040, VwGH 23.09.2021, Ra 2020/16/0125 jeweils mwN).

Auch wenn eine Unionsverordnung nicht wie eine Richtlinie in mitgliedstaatliches Recht umzusetzen ist, ist das mitgliedstaatliche Recht an das Unionsrecht anzupassen, wozu auf die oben erwähnte EuGH-Rechtsprechung zum unionsrechtlich gebotenen "Erfordernis der

Rechtssicherheit und der Transparenz" verwiesen wird (EuGH 06.11.2014, Rs C-43, Fassbender-Firman).

Gerade zu einer Norm wie Art 60 Abs. 1 VO 987/2009, die so viel Deutungsmöglichkeiten zulässt, sind klare Anordnungen zu treffen, zumal das Unionsrecht, anders als das österreichische FLAG, zur Geltendmachung von Ansprüchen nicht zwischen verheirateten und geschiedenen Elternteilen unterscheidet. Ziel des Unionsrechts ist der Ausgleich für das Tragen von Kinderlasten, was nach der Scheidung vermehrt den zum Geldunterhalt verpflichteten Elternteil trifft.

2.2.5.5. Anwendung des Erkenntnis VfGH vom 28.09.2022, G181/2022 ua auf den zu beurteilenden Fall

Mit Erkenntnis VfGH 28.09.2022, G181/2022 ua, hat der Verfassungsgerichtshof die Wortfolge "oder die Auszahlung von Leistungen irrtümlich erfolgte," in § 31 Abs. 2 KinderbetreuungsgeldG (KBGG) idF BGBl I 100/2018 aufgehoben. Das Kinderbetreuungsgeld ist so wie die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag eine Familienleistung iSd Art 1 lit z VO 883/2004. Unter den betroffenen Fällen waren auch solche von Fremden.

Die aufgehobene Wortfolge wurde nach den Gesetzesmaterialien wie folgt gerechtfertigt: "Einige Eltern würden [...] durch Behördenfehler bessergestellt sein als andere Eltern, dies soll nun dezidiert verhindert werden. Wenn deshalb etwa dem Krankenversicherungsträger bei der Gewährung von Leistungen nach diesem Gesetz alle für die Gewährung maßgebenden Umstände bekannt waren, er aber irrtümlich - etwa aufgrund einer unrichtigen Rechtsansicht oder einer unrichtigen Berechnung etc - das Kinderbetreuungsgeld auszahlt, sind die zu Unrecht bezogenen Leistungen von den Eltern zurückzufordern und zu zahlen. Die Bundesregierung [brachte] ergänzend vor, der Rückforderungsstatbestand sei aus verwaltungsökonomischen Gründen notwendig, weil der Krankenversicherungsträger zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht jede Anspruchsvoraussetzung im Detail prüfen könne."

Die Gesetzesmaterialien zur aufgehobenen Wortfolge des § 31 Abs. 2 KBGG korrespondieren mit der strengen Rechtsprechung, die der Verwaltungsgerichtshof zur Rückforderung nach § 26 Abs 1 FLAG 1967 in ständiger Rechtsprechung praktiziert. Entscheidungsrelevant für die Aufhebung war, dass der Rechtsirrtum, der der Behörde bei Antragserledigung unterlaufen war, aus der Mitteilung, die im Fall einer Antragsstattgabe auszustellen ist, für den Leistungswerber nicht erkennbar war.

Da der belangten Behörde bei der Stattgabe der vom Bf. gestellten Anträge kein Irrtum unterlaufen ist, wie unter Punkt 2.2.5.4 ausgeführt wurde, ist das zitierte VfGH-Erkenntnis auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

2.2.5.6. Rechtfertigung wegen Weiterleitung der Familienbeihilfe (Rn 56, 57)

Die Weiterleitung der Familienbeihilfe an die nach dem FLAG berechnete Person ist im Geltungsbereich der unionsrechtlichen sozialen Koordinierung ein tauglicher Rechtfertigungsgrund im gegen den Beihilfenempfänger, der die Unterhaltslast für das Kind überwiegend trägt, eingeleiteten Rückforderungsverfahren, sofern die übrigen Voraussetzungen) erfüllt sind. Diesfalls haben die Familienleistungen ihr unionsrechtliches Ziel des Ausgleichs von Kinderlasten tatsächlich erreicht, sodass ihre Rückforderung dem Zweck von Art 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 zuwiderliefe" (EuGH 13.10.2022, Rs C-199/21, Rn 56, 57).

Gemäß der unter Punkt 2.2.1. dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist die Weiterleitung der Familienbeihilfe in Österreich anders als in Deutschland nicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt.

Mit Urteil BFH 22.09.2011, III R 82/08 BStBl 2012 II S 734, erkannte der deutsche Bundesfinanzgerichtshof zu Recht, dass "[d]er Einwand, das Kindergeld sei auf ein allein der Verfügungsmacht des Berechtigten unterliegendes Konto überwiesen worden, unbeachtlich [ist], solange der Berechtigte nicht nach der in der Verwaltungsanweisung dafür vorgesehenen Form bestätigt, seinen Anspruch auf Auszahlung von Kindergeld als erfüllt anzusehen (vgl. Abschn. 64.4 Abs. 3 DA-FamEStG; früher Abschn. 64.4 Abs. 4 bis 8 DA-FamEStG 2002/2004)."

Der Begriff "Weiterleitung" setzt nach Ansicht des BFG grundsätzlich voraus, dass die Familienbeihilfe zunächst in die Verfügungsgewalt des Bf. eingegangen ist.

Der Bf. hat als einkommens- und vermögensrechtlich in finanzieller Hinsicht besser situiertes Elternteil aufgrund der nachgereichten, wenn auch nicht für alle Jahre vorgelegten Unterlagen für den Streitzeitraum unstrittigermaßen überwiegenden Geldunterhalt geleistet. Es ist davon auszugehen, dass die vom Bf. geleisteten Zahlungen "auf jeden Fall ihrem Zweck entsprechend zum Familienbudget beitr[u]gen" (EuGH 199/21, Rn 54).

Nämliche Schlussfolgerung basiert auf der Tatsache, dass die uniformen Barhebungen von **400,00 Euro pro Monat** vorweg der Deckung der Grundbedürfnisse des Kindes *****2***** dienen.

Neben der Hingabe dieser auf eine **jeweilige Jahressumme** von **4.800,00 Euro** lautenden Beträgen fand – wie bereits unter Punkt 1 ausgeführt – im Jahr 2015 eine zusätzliche, auf den Verwendungszweck **„750,00 Euro Laptop ***2***“** lautende Überweisung an die Ehegattin im Ausmaß von **1.050,00 Euro** sowie eine im Jänner 2016 bewirkte Bekleidungsausstattung des Sohnes im Gesamtausmaß von **541,45 Euro** statt. Darüber hinaus nimmt das Verwaltungsgericht zusätzlich eine erhebliche Kostenbeteiligung des Bf. an den Aufwendungen für Schulgeld sowie den Aufenthalt des Kindes *****2***** in den Vereinigten Staaten als erwiesen an, da – ungeachtet des an slowakischen Durchschnittsverhältnissen gemessenen hohen Verdienstes der Ehegattin – deren exklusive Begleichung nämlicher Aufwendungen als außerhalb jeglicher Lebenserfahrung liegend zu erachten ist.

In Anbetracht der Tatsache, dass für den „nichtbelegten“ **Dezember 2012** sowie die ebenso „unbelegt“ verbliebenen **Jahre 2013 und 2014** für den Sohn des Bf. evidenter Maßen Schulgeld von **1.500,00 Euro** per anno sowie Kosten von **2.413,00 Euro** bzw. **2.915,77 Euro** für Sprachkurse angefallen sind, bzw. nicht davon auszugehen ist, dass der Bf. in Bezug auf die Deckung der sonstigen Bedürfnisse des Kindes ***2*** abweichend von der für die Jahre 2015 bis Jänner 2017 dargelegten Vorgangsweise verfahren ist, vermag das Fehlen von Belegen dem Bf. nicht zum Nachteil gereichen.

Mit anderen Worten ausgedrückt ist es dem Bf. somit aus oben genannten Überlegungen gelungen, die überwiegende Kostentragung des Unterhalts, respektive die Weiterleitung nämlicher Kosten im Ausmaß der Familienbeihilfe glaubhaft zu machen.

Die österreichischen Dienstanweisungen und die Rechtsprechung des VwGH sehen gegen eine Rückforderung nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 einen Rechtfertigungsgrund wegen Weiterleitung der Familienbeihilfe an den Berechtigten nicht vor. Folglich fehlen transparente Vorschriften zur Bestätigung des Berechtigten. Das Fehlen solcher Dienstanweisungen, aus denen sich bestimmte Formvorschriften ergeben könnte, darf nach Ansicht des BFG nicht zu Lasten des Bf. gehen, wenn der EuGH die Weiterleitung als Rechtfertigungsgrund anerkennt. Der EuGH hat in seinem Urteil C-199/21 keine Formvorschriften aufgestellt, sodass das BFG im Beschwerdefall die Weiterleitung der Familienbeihilfe als erfolgt ansieht, insbesondere weil der Bf. seine monatliche Unterhaltungspflicht erfüllt hat und die Unterhaltsbeträge in den österreichischen Familienleistungen Deckung finden.

Nach dem Dafürhalten des BFG ist der Bf. ist die Person, die die Unterhaltslast für das Kind tatsächlich überwiegend getragen und die Familienbeihilfe an seinen Sohn weitergeleitet hat. Er hat daher nach Unionsrecht Anspruch auf Ausgleich dieser Kosten (Art 1 lit z VO. 883/2004). Im konkreten Fall wurde das Unionsziel erreicht, indem ihm die österreichische Familienbeihilfe gewährt und ausbezahlt wurde. Die Rückforderung verstößt gegen Art 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 iVm Art 67 der Grundverordnung.

Wegen der Zugehörigkeit des Sohnes zum Haushalt der Kindesmutter wäre im Inlandsfall allein die Kindesmutter anspruchsberechtigte Person.

Der Sohn ist Familienangehörige des Bf nach Art 60 Abs. 1 Satz 3 VO 883/2004 und nach § 2 Abs. 3 FLAG 1967.

Nach der Rechtsprechung des EUGH ist auch die Weiterleitung der Familienbeihilfe an das (volljährige) Kind, das dem Haushalt des anderen Elternteiles zugehört, ein tauglicher Rechtfertigungsgrund im gegen den nach dem FLAG nicht berechtigten anderen Elternteil geführten Rückforderungsverfahren (EuGH 13.10.2022, Rs C-199/21, DN gegen FAÖ).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung bislang nur auf die Personen des § 2 Abs 2 FLAG 1967 Bezug genommen.

2.2.5.6. Rechtfertigung wegen überwiegender Tragung der Unterhaltskosten

Dieser Rechtfertigungsgrund wird als weiterer Eventualgrund ins Treffen geführt.

"Ob eine Person die Unterhaltskosten für ein Kind überwiegend getragen hat, hängt einerseits von der Höhe der gesamten Unterhaltskosten für ein den Anspruch auf Familienbeihilfe vermittelndes Kind in einem bestimmten Zeitraum und andererseits von der Höhe der im selben Zeitraum von dieser Person tatsächlich geleisteten Unterhaltsbeiträge ab. Ohne (zumindest schätzungsweise) Feststellung der gesamten Unterhaltskosten für ein Kind läßt sich, wenn dies nicht auf Grund der geringen (absoluten) Höhe der geleisteten Unterhaltsbeiträge ausgeschlossen werden kann, somit nicht sagen, ob die Unterhaltsleistung in einem konkreten Fall eine überwiegende war" (stellvertretend für viele VwGH 21.03.1996, 93/15/0208, VwGH 01.03.2018, Ra 2015/16/0058).

Wie bereits unter Punkt 2.2.5.5. ausgeführt ist der Bf. die Person, die die überwiegende Unterhaltslast für das Kind ***2*** getragen hat. Demzufolge hat er nach Unionsrecht Anspruch auf Ausgleich dieser Kosten (Art 1 lit. z VO 883/2004).

Mit anderen Worten wurde im konkreten Fall – via Auszahlung der österreichischen Familienbeihilfe/Differenzzahlung das Unionsziel erreicht, weswegen die Rückforderung als Verstoß gegen Art 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 iVm Art 67 der Grundverordnung zu erachten ist.

Demzufolge war wie im Spruch zu befinden.

Zulässigkeit einer 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.

Bislang fehlt eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu folgenden Rechtsfragen, die im Beschwerdeverfahren zu beantworten waren:

- 1) die Familienleistungen bei Rentenbezug aus zwei Mitgliedstaaten,
- 2) die Auslegung des Begriffes "anderer Elternteil" gemäß Art 60 Abs. 1 Satz 3 DVO 987/2009 sowie unter welchen Voraussetzungen der andere Elternteil als Partei des Beihilfenverfahrens zu berücksichtigen ist und damit verbunden die Frage, ob die Rückforderung unter den

besonderen Umständen des Ausgangsfalles wegen Weiterleitung der Familienbeihilfe oder überwiegender Tragung der Unterhaltslasten gerechtfertigt ist.

Obige Fragen waren dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt worden und sind von grundsätzlicher Bedeutung, weshalb die ordentliche Revision zuzulassen war.

Wien, am 27. Juni 2023