

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Ri in der Beschwerdesache *****Bf1***, ***Bf1-Adr*****, über die Beschwerde vom 3. April 2023 gegen den Bescheid des Finanzamtes Österreich vom 15. März 2023 betreffend die Rückforderung von Ausgleichszahlungen und Kinderabsetzbeträgen für die Kinder *****1***** sowie *****2***** im Zeitraum vom 1. Februar 2018 bis zum 28. Februar 2019 Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

1. Anträge der vormaligen Ehegattin des Bf. auf Ausgleichszahlung

Mit Eingaben vom 22.08.2022 stellte die vormalige Ehegattin des Bf. unter Hinweis auf das im Scheidungsverfahren zugesprochene alleinige Sorgerecht für die Söhne *****2***** und *****1***** Anträge auf Gewährung der Ausgleichszahlung, wobei ergänzend ausgeführt wurde, dass sie im Anschluss eines gegen ihren vormaligen Ehegatten am 28.12.2018 ausgesprochenen Betretungsverbot aus dem gemeinsamen in Slowenien domizilierten Haushalt ausgezogen sei und bestätigtermaßen ab dem 08.01.2018 in einem Frauenhaus Zuflucht gefunden habe.

2. Rückforderungsbescheid vom 15.3.2023

Als Folge obiger Anträge wurde mit, mit 15.3.2023 datierten Bescheid vom Bf. Ausgleichszahlungen und Kinderabsetzbeträge, als für die Kinder *****1***** und *****2***** im Zeitraum vom 1. Februar 2018 bis zum 28. Februar 2019 zu Unrecht bezogen, rückgefordert, wobei begründend ausgeführt wurde, dass ein gemeinsamer Haushalt mit den Kindern in nämlichem Zeitraum nicht bestanden habe.

3. Beschwerde vom 3.4.2023

In seiner gegen den Rückforderungsbescheid erhobenen Beschwerde monierte der Bf., unter Hinweis auf den slowenischen Meldezettel, dass – entgegen der Ansicht der belangten Behörde - im Rückforderungszeitraum ein gemeinsamer Haushalt mit seiner vormaligen Ehegattin und den Kindern bestanden habe.

4. Beschwerde vorentscheidung (BVE) vom 23.10.2024

Mit der Begründung, dass der Mutter (Ehegattin des Bf.) nach innerstaatlichem Recht gemäß § 2a Abs.1 FLAG 1967 der vorrangige Anspruch auf Familienbeihilfe zukomme, bzw. ergo dessen dieser nämliche Familienleistung ab dem Monat Februar 2018 gewährt worden sei, wurde das Rechtsmittel des Bf. mit BVE vom 23.10.2024 abgewiesen.

5. Vorlageantrag vom 11.11.2024

In seinem als Einspruch titulierten Vorlageantrag verwies der seit dem tt.2.2020 geschiedene Bf. auf den Umstand, dass – bezogen auf den Rückforderungszeitraum - dem nachgereichtem Meldezettel gemäß sich die gesamte Familie an einem in Slowenien domizilierten Haushalt befunden habe und ergo dessen Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bestanden habe.

6. Vorlage der Beschwerde an des BFG vom 28.1.2025

Mit Vorlagebericht vom 28.1.2025 wurde die Beschwerde des Bf. dem BFG vorgelegt, wobei die belangte Behörde, ob der im Anschluss eines am **28.12.2018** gegenüber dem Bf. behördlicherseits ausgesprochenen Annäherungs- und Betretungsverbots am **8.1.2018** erfolgten „Übersiedlung“ der vormaligen Ehegattin und deren Kinder aus dem gemeinsamen Haushalt in das Frauenhaus dem Rechtsmittel des Bf. keine Berechtigung zukomme.

7. Eingabe des Bf. vom 3.4.2025

Mit - beim BFG am 7.4.2025 eingelangter – Eingabe vom 3.4.2025 führte der Bf. unter - Nachreichung in slowenischer Sprache abgefasster Dokumente - ins Treffen, dass seine nunmehrig geschiedene Ehegattin zusammen mit den Kindern tatsächlich erst am **8.1.2019** in das Frauenhaus gezogen sei. Angesichts der Tatsache, dass bis zu diesem Zeitpunkt ein gemeinsamer Haushalt bestanden habe, sei ein rechtmäßiger Anspruch des Bf. auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge im Zeitraum vom 1.2.2018 bis zum 31.1.2019 evident.

8. Nachreichung der in die deutsche Sprache übersetzte Dokumente

Mit Eingabe vom 29.4.2025 reichte der Bf. dem Verwaltungsgericht sämtliche unter Punkt 7 angeführte nunmehr in die deutsche Sprache übersetzte Dokumente nach, wobei Tatsache des

der tatsächlich am 8.1.2019 zusammen mit den Kindern erfolgte Einzug der vormaligen Ehegattin des Bf. in das Frauenhaus seitens nämlicher Institution bestätigt wurde.

9. Übermittlung der unter Punkt 8 nachgereichten Unterlagen an die belangte Behörde

In der Folge wurden seitens des BFG die vom Bf. nachgereichten Unterlagen am 25.7.2025 der belangten Behörde zur Kenntnis bzw. zur Erstattung einer Stellungnahme übermittelt.

10. Stellungnahme der belangten Behörde vom 24.07.2025

In der Folge gab die belangte Behörde eine Stellungnahme nachstehenden Inhalts ab:

„Betreffend der Bestätigung des Frauenhauses „***3***“ wurde von unserer Seite eine Anfrage bezüglich der Richtigkeit des Datums der Unterbringung gestellt. Am 08.07.2025 erhielten wir die Mitteilung, dass auf der ursprünglichen Bestätigung das Datum mit 08.01.2018 falsch ist. Das korrekte Datum der Unterbringung im Frauenhaus war der 08.01.2019.

Somit wäre bis 01/2019 die Haushaltszugehörigkeit noch gegeben gewesen.

Wir geben hiermit jedoch auch bekannt, dass der Kindsmutter ***4*** ab 02/2018 die Familienbeihilfe bzw. Ausgleichszahlung gewährt und ausbezahlt wurde. Sie hat am 28.09.2022 die Anträge gestellt und als Grund der Zuerkennung „Änderung der Wohnsitze“ angegeben. Das Zuerkennungsdatum wurde von ihr nicht ausgefüllt. Jedoch wurde aufgrund der, wie sich herausstellte, falschen Bestätigung des Frauenhauses angenommen, dass ab dem Monat 02/2018 kein gemeinsamer Haushalt mehr bestand. Die Gewährung erfolgte daher ab 02/2018 bei der Kindsmutter. Mit diesem Antrag ist somit die Verzichtserklärung widerrufen.

Der Vater hat daher keinen Anspruch für stittigen Zeitraum.“

10. Übermittlung der Stellungnahme an den Bf.

In der Folge wurde die unter Punkt 9 angeführte Stellungnahme dem Bf. mit Schriftsatz des BFG vom 26.7.2025 zur Kenntnisnahme bzw. eventualiter zur Erstattung einer Replik übermittelt.

11. Ergänzende Stellungnahme des FA Österreich vom 28.7.2025

In der Folge langte beim BFG am 29.7.2025 – neben Nachreichung einer Kopie des Antrages vom 16.3.20217 - eine ergänzende Stellungnahme des FA Österreich nachstehenden Inhalts ein:

„In unserem Archiv wurde nun ein Antrag von Herrn ***5*** vom 16.03.2017 gefunden. Beantragt wurde der Zeitraum ab 2017. Am 24.04.2017 wurde der Antrag bearbeitet. Gewährt

wurde ab 01/2017 bis laufend. In diesem Antrag wurde die Verzichtserklärung der Mutter nicht unterschrieben.

Der nächste Antrag kam erst am 13.03.2019 - in diesem wurde um Einstellung der Familienbeihilfe beantragt, da Scheidung der Eltern.

Es wird von uns nicht mehr in Frage gestellt, dass im strittigen Zeitraum kein gemeinsamer Haushalt bestanden hat. Die Kindsmutter ist mit den Kindern laut Bestätigung des Frauenhauses erst mit 08.01.2019 dort untergekommen. Ein gemeinsamer Haushalt bestand daher bis 01/2019. Jedoch gilt bei Eltern, die im gemeinsamen Haushalt leben folgendes:

In § 2a FLAG 1967 werden der vorrangige Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn die Eltern im gemeinsamen Haushalt leben, sowie die Verzichtsmöglichkeit des vorrangig anspruchsberechtigten Elternteils geregelt. Diese gesetzliche Bestimmung regelt somit den „Konkurrenzfall“ betreffend den Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn ein Kind mit beiden Elternteilen in einem Haushalt lebt.

Gemäß § 2a FLAG 1967 geht bei einem Kind, welches zum gemeinsamen Haushalt der Eltern gehört, also in deren gemeinsamen Haushalt lebt, der Anspruch auf Familienbeihilfe des Elternteils, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteils vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils gilt die Vermutung, dass die Mutter jener Elternteil ist, der den Haushalt überwiegend führt.

Auf Grund der gesetzlichen Vermutung ist für den Fall, dass die Mutter die Familienbeihilfe beantragt, ohne nähere Prüfung davon auszugehen, dass sie vorrangig anspruchsberechtigt ist.

Der das Kind im gemeinsamen Haushalt überwiegend betreuende Elternteil (gesetzliche Vermutung: die Mutter des Kindes) kann auf seinen vorrangigen Anspruch zu Gunsten des anderen Elternteiles verzichten. Die Form des Verzichtes richtet sich nach § 85 BAO.

Eine Verzichtserklärung der Mutter lag im strittigen Zeitraum nicht vor. Nach Ansicht der Behörde hatte der Vater somit keinen Anspruch.“

12. Übermittlung der unter Punkt 10 verzeichneten Stellungnahme samt Kopie des Antrages vom 16.03.2017 an den Bf.

Mit Schriftsatz des BFG vom 29.07.2025 wurden sowohl die Stellungnahme des FA Österreich als auch eine Kopie des Antrags vom 16.03.2017 zur Kenntnisnahme bzw. eventualiter zur Erstattung einer Replik innerhalb von vier Wochen ab Zustellung des Schriftsatzes übermittelt.

Die unter Punkt 10 und 12 verzeichneten Schriftsätze wurden dem Bf. nachweislich am 4.8.2025 zugestellt, wobei die Erstattung einer Replik unterblieben ist.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Der die slowenische Staatsbürgerschaft besitzende Bf. ist seit dem **5.9.2016** in Österreich im nicht selbständigen Dienstverhältnis erwerbstätig und war dieser bis zusammen mit seiner vormaligen Ehegattin und den Kindern *****1***** und *****2***** bis zum **8.1.2019** in gemeinsamen, in Slowenien domizilierten Haushalt wohnhaft.

Am **16.3.2017** stellte der Bf. mittels Formular Beih 38 ab dem Jahr 2017 den Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung/Differenzzahlung für die minderjährigen Kinder *****1***** und *****2*****, wobei eine Verzichtserklärung des haushaltsführenden Elternteils gemäß § 2a Abs. 1 iVm § 4 Abs. 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 zugunsten der antragstellenden Person nicht abgegeben wurde.

In der Folge wurden dem Bf. ob vorstehenden Antrags im Zeitraum Jänner 2017 bis zum Februar 2019 Differenzzahlungen und Kinderabsetzbeträge für dessen Söhne *****1***** und *****2***** zugezählt.

Im Zuge des Beschwerdeverfahrens hält der Bf. der für den Zeitraum vom 1.2.2018 bis zum 28.2.2019 verfügten Rückforderung von Ausgleichszahlungen und Kinderabsetzbeträgen einen - aus dem bis 8.1.2019 gemeinsamen Haushalt abgeleiteten - und demzufolge bis zum 31.1.2019 aufrechten Anspruch auf nämliche Familienleistungen entgegen.

2. Beweiswürdigung

Obiger Sachverhalt ist unstrittig und basiert dieser betreffend die Tätigkeit des Bf. in Österreich auf dem aktenkundigen SV- Auszug, während die Nichtabgabe des Verzichtes durch die haushaltsführende Ehegattin des Bf. zugunsten des antragstellenden Bf. sowie die an diesen erfolgten Zuzählungen der Familienleistungen im Rückforderungszeitraum aus dem Inhalt des mit 16.3.2017 datierten Antrages (Formular Beih 38) sowie jenem des der Datenbank FABIAN entnommenen Leistungsverzeichnis herrühren.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I.

Rechtsgrundlagen

Nationales Recht (Österreich)

§ 2 FLAG 1967 lautet i. d. F. BGBl. I Nr. 24/2019 (diese Fassung ist seit 1. 7. 2018 anzuwenden, die für den Streitfall maßgebenden Bestimmungen blieben gegenüber der in den Beschwerdezeiträumen maßgebenden Rechtslage inhaltlich unverändert):

§ 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.

(3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person

a) deren Nachkommen,

b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,

c) deren Stiefkinder,

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

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

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

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

c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).

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

§ 2a FLAG 1967 lautet i. d. F. BGBl. Nr. 367/1991:

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

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

§ 3 FLAG 1967 lautet i. d. F. BGBl. I Nr. 35/2014:

§ 3. (1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, oder nach § 54 des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 87/2012, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG oder nach § 54 AsylG 2005 rechtmäßig in Österreich aufhalten.

(3) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.

(4) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde.

(5) In den Fällen des Abs. 2, Abs. 3 letzter Satz und Abs. 4 letzter Satz wird für nachgeborene Kinder die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt. Gleiches gilt für Adoptiv- und Pflegekinder, rückwirkend bis zur Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8) durch den Elternteil und das Kind. Als nachgeborene Kinder gelten jene Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden.

§ 4 FLAG 1967 lautet i. d. F. BGBl. Nr. 201/1996:

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

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

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

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

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

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

§ 5 (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, 11, 12, 13 FLAG 1967 lauten i. d. g. F.:

§ 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 Ausschließungsgrund hinzukommt.

(3) Die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) werden höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der

Antragstellung gewährt. In bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist § 209 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, anzuwenden.

(4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.

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

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

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

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

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

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

§ 26 Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautete bis zum BGBl. I Nr. 83/2018:

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

Seit der Novelle BGBl. I Nr. 83/2018 lautet § 33 Abs. 3 EStG 1988 (ab 2019):

(3) Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Abweichend davon gilt:

1. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu.

2. Für Kinder, die sich ständig in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz aufhalten, ist die Höhe des Kinderabsetzbetrages auf Basis der vom Statistischen Amt der Europäischen Union veröffentlichten vergleichenden Preisniveaus für jeden einzelnen Mitgliedstaat der EU, jede Vertragspartei des Europäischen Wirtschaftsraumes und die Schweiz im Verhältnis zu Österreich zu bestimmen:

a) Die Höhe der Kinderabsetzbeträge ist erstmals ab 1. Jänner 2019 auf Basis der zum Stichtag 1. Juni 2018 zuletzt veröffentlichten Werte anzupassen. Die Höhe der Kinderabsetzbeträge ist in der Folge jedes zweite Jahr auf Basis der zum Stichtag 1. Juni des Vorjahres zuletzt veröffentlichten Werte anzupassen.

b) Die Höhe der Kinderabsetzbeträge ist gemäß § 8a Abs. 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 kundzumachen.

Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

§ 53 FLAG 1967 lautet i. d. F. BGBl. I Nr. 83/2018:

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

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

(3) § 41 ist im Rahmen der Koordinierung der sozialen Sicherheit im Europäischen Wirtschaftsraum mit der Maßgabe anzuwenden, dass ein Dienstnehmer im Bundesgebiet als

beschäftigt gilt, wenn er den österreichischen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit unterliegt.

(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.

Unionsrecht

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

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

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

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

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

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

Nach Art. 2 Abs. 1 VO 883/2004 gilt diese Verordnung für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in dem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

Zu den Familienangehörigen zählt Art. 1 Abs. 1 Buchstabe i Z 1 VO 883/2004 (Unterbuchstabe i) jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird. Wird nach den anzuwendenden nationalen Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familien- oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Versicherten oder dem Rentner in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. i Z 3 VO 883/2004 diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Versicherten oder dem Rentner bestritten wird.

Art. 4 VO 883/2004 zufolge haben die Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen nach Art. 11 Abs. 1 VO 883/2004 den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats.

Art. 11 VO 883/2004 lautet auszugsweise:

Artikel 11

Allgemeine Regelung

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

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

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

a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

b) ein Beamter unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, dem die ihn beschäftigende Verwaltungseinheit angehört;

c) eine Person, die nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats Leistungen bei Arbeitslosigkeit gemäß Artikel 65 erhält, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

d) eine zum Wehr- oder Zivildienst eines Mitgliedstaats einberufene oder wiedereinberufene Person unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

e) jede andere Person, die nicht unter die Buchstaben a) bis d) fällt, unterliegt unbeschadet anders lautender Bestimmungen dieser Verordnung, nach denen ihr Leistungen aufgrund der Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zustehen, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats....

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

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

Art. 68 VO 883/2004 lautet:

Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit

Die Verordnung enthält Durchführungsbestimmungen zur VO 883/2004.

Art. 60 VO 987/2009 lautet:

Artikel 60

Verfahren bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung

(1) Die Familienleistungen werden bei dem zuständigen Träger beantragt. Bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung ist, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen. Nimmt eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahr, berücksichtigt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, einen Antrag auf Familienleistungen, der von dem anderen Elternteil, einer als Elternteil behandelten Person oder von der Person oder Institution, die als Vormund des Kindes oder der Kinder handelt, gestellt wird.

(2) Der nach Absatz 1 in Anspruch genommene Träger prüft den Antrag anhand der detaillierten Angaben des Antragstellers und berücksichtigt dabei die gesamten tatsächlichen und rechtlichen Umstände, die die familiäre Situation des Antragstellers ausmachen.

Kommt dieser Träger zu dem Schluss, dass seine Rechtsvorschriften nach Artikel 68 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung prioritär anzuwenden sind, so zahlt er die Familienleistungen nach den von ihm angewandten Rechtsvorschriften.

Ist dieser Träger der Meinung, dass aufgrund der Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats ein Anspruch auf einen Unterschiedsbetrag nach Artikel 68 Absatz 2 der Grundverordnung bestehen könnte, so übermittelt er den Antrag unverzüglich dem zuständigen Träger des anderen Mitgliedstaats und informiert die betreffende Person; außerdem unterrichtet er den Träger des anderen Mitgliedstaats darüber, wie er über den Antrag entschieden hat und in welcher Höhe Familienleistungen gezahlt wurden.

(3) Kommt der Träger, bei dem der Antrag gestellt wurde, zu dem Schluss, dass seine Rechtsvorschriften zwar anwendbar, aber nach Artikel 68 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung nicht prioritär anwendbar sind, so trifft er unverzüglich eine vorläufige Entscheidung über die anzuwendenden Prioritätsregeln, leitet den Antrag nach Artikel 68 Absatz 3 der Grundverordnung an den Träger des anderen Mitgliedstaats weiter und informiert auch den Antragsteller darüber. Dieser Träger nimmt innerhalb einer Frist von zwei Monaten zu der vorläufigen Entscheidung Stellung.

Falls der Träger, an den der Antrag weitergeleitet wurde, nicht innerhalb von zwei Monaten nach Eingang des Antrags Stellung nimmt, wird die oben genannte vorläufige Entscheidung anwendbar und zahlt dieser Träger die in seinen Rechtsvorschriften vorgesehenen Leistungen und informiert den Träger, an den der Antrag gerichtet war, über die Höhe der gezahlten Leistungen.

(4) Sind sich die betreffenden Träger nicht einig, welche Rechtsvorschriften prioritär anwendbar sind, so gilt Artikel 6 Absätze 2 bis 5 der Durchführungsverordnung. Zu diesem Zweck ist der in Artikel 6 Absatz 2 der Durchführungsverordnung genannte Träger des Wohnorts der Träger des Wohnorts des Kindes oder der Kinder.

(5) Der Träger, der eine vorläufige Leistungszahlung vorgenommen hat, die höher ist als der letztlich zu seinen Lasten gehende Betrag, kann den zu viel gezahlten Betrag nach dem Verfahren des Artikels 73 der Durchführungsverordnung vom vorrangig zuständigen Träger zurückfordern.

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

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

a) aufgrund einer tatsächlichen Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit oder auch

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

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

ii) durch bezahlten Urlaub, Streik oder Aussperrung oder

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

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

Unionsrecht ist anzuwenden

Der Bf. ist Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats der Europäischen Union (EU) und fällt damit - ebenso wie seine Kinder und deren Mutter - nach Art. 2 Abs. 1 VO 883/2004 in den persönlichen Anwendungsbereich der Grundverordnung. Ebenso sind die Familienbeihilfe nach dem FLAG 1967 und der Kinderabsetzbetrag nach dem EStG 1988 eine Familienleistung i. S. d. Art. 1 Buchst. z VO 883/2004, weshalb auch deren sachlicher Anwendungsbereich nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. j VO 883/2004 eröffnet ist.

Der Bf. ist als slowenischer Staatsangehöriger in Ausübung seines Freizügigkeitsrechts zwecks Arbeitsaufnahme in Österreich erwerbstätig. Seine Familie lebt weiterhin in Slowenien, Slowenien ist auch sein Wohnortmitgliedstaat. Es liegt daher ein mitgliedstaatsübergreifender Sachverhalt vor, auf den die VO 883/2004 anzuwenden ist.

Ein Anspruch auf Familienbeihilfe nach nationalem Recht setzt unter anderem nach § 2 Abs. 8 FLAG 1967 voraus, dass der Antragsteller im Antragszeitraum den Mittelpunkt seiner Lebensinteressen in Österreich gehabt hat.

Der Bf. hat nicht vorgetragen, seinen Lebensmittelpunkt von Slowenien nach Österreich verlegt zu haben. Die engeren persönlichen Beziehungen (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) bestanden in den Beschwerdezeiträumen offenkundig zu Rumänien, wo die Familie des Bf. lebte und der Familienwohnsitz bestand. Zu Österreich bestehen lediglich Beziehungen als Erwerbstätiger.

Ein Anspruch auf Familienbeihilfe nach Unionsrecht des Bf. ist nach Art. 11 VO 883/2004 gegeben, da der Bf. in Österreich erwerbstätig gewesen war und weiterhin ist.

Österreichische Rechtsvorschriften sind nach Unionsrecht zufolge Erwerbstätigkeit gleichgestellter Situation anzuwenden.

Zufolge der Erwerbstätigkeit des Bf. in Österreich ist Österreich unstrittig Beschäftigungsmitgliedstaat.

Hingegen ist Wohnortstaat der haushaltsführenden Mutter der Kinder ***1*** und ***2*** Slowenien und ist in Bezug auf Familienleistungen grundsätzlich nämlicher Staat zuständig.

Wohnortklauseln des FLAG 1967 bei Unionsbezug nicht anzuwenden

Der Verwaltungsgerichtshof hat in mehreren Erkenntnissen unmittelbar nach dem Urteil EuGH 26.11.2009, Rs C-363/08, Romana Slanina, die Ansicht vertreten, einer in einem anderen Mitgliedstaat der Union im gemeinsamen Haushalt mit dem Kind lebenden Unionsbürgerin (in

der Schweiz lebenden Schweizer Bürgerin) stehe nach nationalem Recht die Bestimmung des § 2 Abs. 1 FLAG 1967 entgegen. Personen hätten nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, und sei daher § 2 Abs. 2 Satz 2 FLAG 1967 anzuwenden, wonach eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, dann Anspruch auf Familienbeihilfe hat, wenn keine andere Person nach § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 anspruchsberechtigt ist (vgl. VwGH 16. 12. 2009, 2009/15/0207; VwGH 2. 2. 2010, 2009/15/0209; VwGH 2. 2. 2010, 2009/15/0206; VwGH 24. 2. 2010, 2009/13/0243; VwGH 23. 2. 2010, 2009/15/0205; VwGH 24. 2. 2010, 2009/13/0241; VwGH 24. 2. 2010, 2009/13/0240; VwGH 22. 12. 2011, 2011/16/0068; VwGH 27. 9. 2012, 2011/16/0189).

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

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

14 Sowohl die Mitbeteiligte als auch deren Sohn und dessen leiblicher Vater hatten im Streitzeitraum nach den Feststellungen im angefochtenen Erkenntnis ihren Wohnort in Ungarn und sie sind nach dem Revisionsvorbringen sowie dem Akteninhalt ungarische Staatsangehörige, sodass für sie die Verordnung Nr. 883/2004 gemäß deren Art. 2 Abs. 1 gilt.

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

Anzuwendende Rechtsvorschriften

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

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

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

Wie im Folgenden ausführlich dargestellt, ist nach Ansicht des Bundesfinanzgerichts auf Grund des Urteils EuGH 22. 10. 2015, C-378/14, Tomisław Trapkowski, zufolge der Anwendung der österreichischen Rechtsvorschriften auf der in Österreich erwerbstätige Vater zu prüfen, ob nicht daraus abgeleitet ein (nach nationalem Recht vorrangiger) Anspruch der Mutter auf österreichische Familienleistungen (in Form einer Ausgleichs- bzw. Differenzzahlung nach Art. 68 VO 883/2004 oder bei fehlenden slowenischen Familienleistungen auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) besteht. Dem Erkenntnis VwGH 22. 11. 2016, Ro 2014/16/0067 ist daher insoweit nicht zu folgen (i. d. S. etwa für viele BFG 9. 10. 2017, RV/5101534/2016; BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016; anders etwa BFG 11. 9. 2017, RV/7103504/2017; BFG 22. 5. 2017, RV/7105665/2016; BFG 7. 2. 2017, RV/7104110/2016; BFG 2. 2. 2017, RV/7106543/2016, letzteres im fortgesetzten Verfahren nach VwGH 22. 1. 2016, Ro 2014/16/0067).

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

Das Erkenntnis VwGH 22. 11. 2016, Ro 2014/16/0067 verneint dies offenbar implizit, indem es auf die Anwendung der Rechtsvorschriften des Wohnortmitgliedstaates (im zitierten

Erkenntnis: Ungarn) in Bezug auf die Stellung des im Wohnortmitgliedstaat lebenden Familienangehörigen verweist.

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

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

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

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

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

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

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

Anspruchsprüfung unter Berücksichtigung des Unionsrechts nach nationalem Recht

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

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

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

Das Bundesfinanzgericht hat in seinem Erkenntnis BFG 8.6.2015, RV/7100958/2015, besprochen von Radics in BFGjournal 2015, 407, darauf verwiesen, dass das Unionsrecht gewährleistet, dass den Familienangehörigen eines den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegenden Erwerbstätigen, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, die ihnen die in den anwendbaren Rechtsvorschriften des Staates der Erwerbstätigkeit vorgesehenen Familienleistungen gewährt werden (vgl. EuGH 10.10.1996, C-245/94 und C-312/94, Hoever und Zachow, ECLI:EU:C:1996:379). Aus unionsrechtlicher Sicht sei daher sicherzustellen, dass die Familienbeihilfe jedenfalls auch dann gewährt wird, wenn die Kinder in einem anderen Mitgliedstaat wohnen (vgl. VwGH 16.12.2009, 2009/15/0207).

Das BFG hat in diesem Erkenntnis unter anderem ausgeführt:

Unionsrechtlich ist die Beihilfe entweder der den Unterhalt (überwiegend) leistenden Person oder der haushaltsführenden Person zu gewähren (vgl. EuGH 26.11.2009, C-363/08, Romana Slanina; EuGH 13.6.2013, C-45/12, Radia Hadj Ahmed), es gebührt aber nach nationalem Recht pro Monat und Kind die Familienbeihilfe nur einmal (§ 10 Abs. 4 FLAG 1967). Daran ändert das Unionsrecht nichts (vgl. VwGH 24.2.2010, 2009/13/0241)...

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

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

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

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

Während des gemeinsamen Haushalts mit dem Kind kommt es nach nationalen Recht nicht auf die überwiegende Unterhaltskostentragung an. Nur wenn kein Haushaltsangehöriger anspruchsberechtigt ist, vermittelt die überwiegende Unterhaltskostentragung den Familienbeihilfenanspruch (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967).

Verzichtet der primär anspruchsberechtigte Elternteil gemäß § 2a Abs. 2 FLAG 1967, geht der Anspruch auf den anderen Elternteil über, wenn dieser die Anspruchsvoraussetzungen (...) erfüllt.

Auch bei Sachverhalten mit Unionsrechtsbezug ist diese Prioritätsfolge maßgebend (vgl. VwGH 22.12.2011, 2011/16/0068; VwGH 24. 6. 2012, 2009/16/0131; VwGH 24.2.2010, 2009/13/0240). Das Bundesfinanzgericht hat ausdrücklich ausgesprochen, dass das Unionsrecht nicht die dem österreichischen Familienbeihilfenrecht eigene Reihenfolge der Prüfung der vorrangig anspruchsberechtigten Person ändert (BFG 14.5.2015, RV/3100177/2012). Art. 1 lit. f VO 1408/71 und Art. 1 Abs. 1 lit. i Z 1 sublit. i VO 883/2004 verweisen zur Anspruchsberechtigung auf das nationale Recht. Daher ist die nach nationalem Recht anspruchsberechtigte Person (der antragsberechtigte Elternteil) zu bestimmen. Nimmt diese ihren Anspruch nicht wahr, ergibt sich eine Antragsberechtigung einer anderen Person (des anderen Elternteils), die zum Kreis der Familienangehörigen im unionsrechtlichen Sinn zählt...

Wenige Monate nach dieser Entscheidung des BFG hat der Gerichtshof der Europäischen Union zu einer vergleichbaren Konstellation mit Urteil EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomisław

Trapkowski, ECLI:EU:C:2015:720, entschieden, dass der Familienbeihilfeanspruch auch einer Person, die nicht im Mitgliedstaat der Antragstellung wohnt, zustehen kann.

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

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

Der Anspruch nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 dEStG entspricht jenem nach § 2 Abs. 1 Satz 1 FLAG 1967: "§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, a) für minderjährige Kinder, b) für volljährige Kinder, ...".

Wie § 2 Abs. 2 FLAG 1967 ("(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.") und in weiterer Folge § 2 Abs. 3 FLAG 1967 regelt § 64 Abs. 2 dEStG das Zusammentreffen mehrerer anspruchsberechtigter Personen: "(2) Bei mehreren Berechtigten wird das Kindergeld demjenigen gezahlt, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat. Ist ein Kind in den gemeinsamen Haushalt von Eltern, einem Elternteil und dessen Ehegatten, Pflegeeltern oder Großeltern aufgenommen worden, bestimmen diese untereinander den Berechtigten. Wird eine Bestimmung nicht getroffen, so bestimmt das Familiengericht auf Antrag den Berechtigten. Den Antrag kann stellen, wer ein berechtigtes Interesse an der Zahlung des Kindergeldes hat. Lebt ein Kind im gemeinsamen Haushalt von Eltern und Großeltern, so wird das Kindergeld vorrangig einem Elternteil gezahlt; es wird an einen Großelternteil gezahlt, wenn der Elternteil gegenüber der zuständigen Stelle auf seinen Vorrang schriftlich verzichtet hat."

Der EuGH stellte zunächst fest (Rn. 25), dass eine Person, die periodisch in einem Mitgliedstaat erwerbstätig ist und dort auch wohnt, gemäß Art. 2 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 3 Buchst. a VO 883/2004 in deren Geltungsbereich fällt. Das Kindergeld falle als Leistung, die die Kosten für den Unterhalt von Kindern verringern soll, unter den Begriff "Familienleistung" i. S. d. VO

883/2004 (vgl. EuGH 15.3.2001, C-85/99, Offermanns, EU:C:2001:166, Rn. 41, und EuGH 24. 10. 2013, C-177/12, Lachheb, EU:C:2013:689, Rn. 35).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Folglich ist es, sofern alle Voraussetzungen für die Gewährung von Familienleistungen für ein Kind erfüllt sind und diese Leistungen tatsächlich gewährt werden, ohne Bedeutung, welcher Elternteil nach nationalem Recht als diejenige Person gilt, die den Anspruch auf diese Leistungen hat (vgl. in diesem Sinne Urteil Hoever und Zachow, C-245/94 und C-312/94, EU:C:1996:379, Rn. 37).

Nach alledem ist Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 987/2009 dahin auszulegen, dass danach nicht verlangt wird, dass der Anspruch auf Familienleistungen, die für ein Kind gewährt werden, dem Elternteil des Kindes, der in dem für die Gewährung dieser Leistungen

zuständigen Mitgliedstaat wohnt, deshalb zuerkannt werden muss, weil der andere Elternteil, der in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, keinen Antrag auf Familienleistungen gestellt hat."

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

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

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

Da der Vater des Kindes als Familienangehöriger sowohl seiner Kinder als auch deren Mutter anzusehen ist (§ 2 Abs. 2 und 3 FLAG 1967), ist unionsrechtlich in Anwendung von Art. 67 VO 883/2004 zu unterstellen, dass alle beteiligten Personen (also Vater, Mutter, Kinder) in Österreich wohnen, also hier ihren Lebensmittelpunkt haben (Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO 987/2009).

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

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

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

Wer von den unionsrechtlich grundsätzlich als anspruchsberechtigte Personen anzusehenden Familienangehörigen tatsächlich primär oder sekundär (oder gar keinen) Anspruch auf österreichische Familienleistungen hat, ist daher nach dem nationalen Recht zu beurteilen (vgl. BFG 6. 10. 2017, RV/7103701/2016 unter Hinweis auf die jeweils einen vorrangigen Anspruchs des in Deutschland arbeitenden Vaters verneinenden Entscheidungen des Bundesfinanzhofs BFH 4. 2. 2016, III R 17/13 betreffend im Haushalt der Mutter in Polen lebendes Kind; BFH 10. 3. 2016, III R 62/12 betreffend im Haushalt der Großmutter in Griechenland lebendes Enkelkind; BFH 28. 4. 2016, III R 68/13 betreffend im Haushalt der Mutter in Spanien lebendes Kind; BFH 15. 6. 2016, III R 60/12 betreffend im Haushalt der Schwester und des Schwagers in Polen lebendes Pflegekind; BFH 23. 8. 2016, V R 19/15 betreffend im Haushalt der Mutter in Litauen lebendes Kind; BFH 4. 8. 2016, III R 10/13 betreffend im Haushalt der Mutter in Ungarn lebendes Kind sowie die weiteren Entscheidungen BFH 23. 8. 2016, V R 26/14; BFH 23. 8. 2016, V R 25/14; BFH 23. 8. 2016, V R 10/15; BFH 26. 10. 2016, III R 27/13; BFH 13. 7. 2016, XI R 23/12; BFH 23. 8. 2016, V R 40/13; BFH 23. 8. 2016, V R 16/13; BFH 7. 7. 2016, III R 46/14; BFH 23. 8. 2016, V R 31/14; BFH 23. 8. 2016, V R 11/13; BFH 23. 8. 2016, V R 49/11; BFH 23. 8. 2016, V R 50/11; BFH 4. 8. 2016, III R 10/13; BFH 7. 7. 2016, III R 11/13; BFH 23. 8. 2016, V R 19/15; BFH 23. 8. 2016, V R 29/13; BFH 23. 8. 2016, V R 2/14; BFH 13. 7. 2016, XI R 33/12; BFH 15. 6. 2016, III R 67/13; BFH 13. 7. 2016, XI R 28/12; BFH 13. 7. 2016, XI R 44/13; BFH 13. 7. 2016, XI R 7/15; BFH 21. 7. 2016, V R 46/11; BFH 28. 4. 2016, III R 45/13; BFH 28. 4. 2016, III R 65/13; BFH 13. 4. 2016, III R 14/13 sowie auf die Entscheidungen des Bundesfinanzgerichts BFG 19. 8. 2016, RV/7101889/2016 betreffend im Haushalt der Mutter und des Stiefvaters in der Slowakei lebende Kinder; BFG 24. 10. 2016, RV/7101771/2015 betreffend vorrangigen Anspruch des in Polen mit seinem Sohn lebenden Vaters gegenüber der in Österreich arbeitenden Mutter; BFG 7. 2. 2017, RV/7106469/2016 betreffend vorrangigen Anspruch der in Ungarn wohnhaften haushaltsführenden Mutter; BFG 17. 10. 2017, RV/7101596/2016 betreffend vorrangigen Anspruch der in Polen wohnhaften haushaltsführenden Mutter; BFG 30. 10. 2017, RV/5100844/2012 betreffend vorrangigen Anspruch der in Polen wohnhaften

haushaltsführenden Mutter; BFG 21. 11. 2017, RV/7105252/2016 betreffend vorrangigen Anspruch der in der Slowakei wohnhaften Großmutter).

Vorrangiger Anspruch der haushaltsführenden Mutter

Das FLAG 1967 verwendet den Begriff des "Familienangehörigen" nicht. Im gegenständlichen Fall sind als "Familienangehörige" i. S. d. Unionsrechts (Art. 1 Buchst. i Nr. 1 Buchst. i VO 883/2004) gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 i. V. m. § 2 Abs. 3 FLAG 1967 jedenfalls die Kinder ***1*** und ***2*** die Mutter ***6*** und der Bf. anzusehen (vgl. auch BFH 10.3.2016, III R 62/12, oder BFG 15. 11. 2016, RV/7103786/2015).

§ 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 stellt den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich auf die Haushaltszugehörigkeit mit einem Kind (als welches nach § 2 Abs. 3 FLAG 1967 auch ein Enkelkind zählt) ab und nur subsidiär (§ 2 Abs. 2 Satz 2 FLAG 1967) darauf, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. Auf die Unterhaltspflicht der diese Unterhaltskosten überwiegend tragenden Person kommt es nicht an (vgl. VwGH 27. 9. 2012, 2012/16/0054). Einem Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des zweiten Satzes des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 steht der ausschließliche Anspruch einer Person, bei der das Kind im strittigen Zeitraum haushaltszugehörig war, zwingend entgegen (VwGH 25. 2. 1987, 86/13/0158). Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann (vgl. VwGH 28. 10. 2009, 2008/15/0214).

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

"Der Begriff der Eltern leitet sich aus der Definition der anspruchsvermittelnden Kinder in § 2 Abs. 3 des Gesetzes ab. Demnach sind Eltern alle Personen, die für Kinder im Sinne der zitierten Gesetzesstelle einen Familienbeihilfenanspruch haben können" (ErläutRV RV 126 Blg NR 18. GP zur Novelle BGBl. Nr. 367/1991).

Aus den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen ergibt sich, dass die Kinder in den jeweiligen Beschwerdezeiträumen jedenfalls im gemeinsamen Haushalt mit ihrer Mutter gewohnt haben. Nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens steht fest, dass auch der im Streitzeitraum in aufrechter Ehe mit der Mutter lebende Vater dem Familienhaushalt in Slowenien angehört hat.

Gehörten somit die Kinder zum gemeinsamen Haushalt beider Eltern, kommt die Bestimmung des § 2a Abs. 1 FLAG 1967 zum Tragen, wonach der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vorgeht, und dass bis zum Nachweis des Gegenteils vermutet wird, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

Unter Haushaltsführung ist die hauptverantwortliche Erledigung der Alltagsversorgung der Familie (des „Haushalts“), insbesondere der Nahrungsbeschaffung sowie der Wartung, Heizung und Reinigung des gemeinsamen privaten Lebensbereiches einschließlich der Wäschereinigung, zu verstehen. Dabei kommt es regelmäßig nicht nur auf die Organisation, also die Planung dieser Tätigkeit, sondern vor allem auf die Erledigung der alltäglich anfallenden Arbeiten an (vgl. Smutny in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.04 § 95 Anm 1). In Bezug auf das FLAG 1967 ist entscheidend, wer die haushaltszugehörigen Kinder im altersadäquaten Umfang betreut (vgl. auch VwGH 18. 4. 2007, 2006/13/0120).

Diese Leistungen hat nicht der schon berufsbedingt weitgehend in Österreich aufhältig gewesene Vater, sondern die in Slowenien lebende Mutter erbracht.

Dass der Vater mit seinem Einkommen aus Erwerbstätigkeit den Haushalt weitgehend finanziert, bedeutet nicht, dass er den Haushalt führt.

Daher war die Mutter i. S. v. § 2a Abs. 1 FLAG 1967 haushaltsführend.

Die Mutter hat keine Verzichtserklärung gemäß § 2a Abs. 2 FLAG 1967 abgegeben.

Aus vorgenannten Gründen hat der Bf. mangels innerstaatlicher Anspruchsberechtigung (im Zeitraum vom 1.2.2018 bis zum 31.1.2019 mangels Verzichtes der haushaltsführenden Ehegattin, bzw. im Februar 2019 ob - der auch seitens des Bf. im Zuge des Verfahrens außer Streit gestellten- fehlenden Zugehörigkeit der Kinder zu dessen Haushalt.) Differenzzahlungen/Ausgleichszahlungen und Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen und erweist sich somit der angefochtene Rückforderungsbescheid als rechtens.

Es war daher wie im Spruch zu befinden.

3.2. Zu Spruchpunkt II. (Revision)

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Eine derartige Rechtsfrage liegt nicht vor, da die mangelnde Anspruchsberechtigung des Bf. direkt auf den gesetzlichen Grundlagen des FLAG 1967 gründet. Demzufolge war eine ordentliche Revision nicht zuzulassen.

Klagenfurt am Wörthersee, am 3. Dezember 2025