

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde des A B C, Adresse_Ö, vom 13.3.2017, gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling, 2500 Baden, Josefsplatz 13, vom 14.2.2017, mit welchem der Antrag vom 15.6.2016 auf Ausgleichszahlung für den im April 2001 geborenen A C und den im Februar 1997 geborenen H C für den Zeitraum Jänner 2015 bis November 2015 abgewiesen wurde, Sozialversicherungsnummer X, zu Recht erkannt:

- I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.
- II. Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 279 BAO abgeändert, dass sein Spruch zu lauten hat:

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

1. dass ein Anspruch des Vaters A B C, Adresse_Ö, auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder auf Ausgleichszahlung betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den im April 2001 geborenen A G C und den im Februar 1997 geborenen H G C für den Zeitraum Jänner 2015 bis November 2015 nicht besteht,
2. dass der Antrag des Vaters A B C vom 15.6.2016 auf Ausgleichszahlung für den im April 2001 geborenen A C und den im Februar 1997 geborenen H C als derartiger Antrag zugunsten der Mutter D E F zu berücksichtigen ist.

- III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

Entscheidungsgründe

Antrag

Mit Formular Beih 38 langte am 15.6.2017 beim Finanzamt ein undatierter Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung / einer Differenzzahlung ein.

Antragsteller sei der Beschwerdeführer (Bf) A B C, bulgarischer Staatsbürger, im Juli 2014 nach Österreich von Bulgarien eingereist, bei zwei näher angeführten österreichischen Arbeitgebern beschäftigt.

In Bulgarien bestehe ein gemeinsamer Wohnort in Adresse_BG, Partnerin bzw. Lebensgefährtin sei die im Jahr 2009 nach Österreich aus Bulgarien eingereiste I J K, ebenfalls bulgarische Staatsangehörige, bei einem näher angeführten österreichischen Arbeitgeber beschäftigt. Die Ausgleichs- oder Differenzzahlung werde für den Zeitraum 1.1.2015 bis 31.12.2015 für den im April 2001 geborenen A G C und den im Februar 1997 geborenen H G C, Kinder des Antragstellers, bulgarische Staatsbürger und Schüler, beantragt. Beide Kinder wohnten ständig beim Antragsteller am gemeinsamen Wohnort, der Antragsteller finanziere monatlich die überwiegenden Kosten.

Darüber hinaus enthält das vom Bf unterfertigte Formular keine Angaben, Beilagen dazu sind nicht ersichtlich.

Schulbesuchsbestätigungen

Zu einem aus dem elektronisch vorgelegten Akt nicht zu ersehenden Zeitpunkt langten beim Finanzamt Schulbesuchsbestätigungen für beide Kinder für das Schuljahr 2015/2016 im bulgarischen Original und in deutscher Übersetzung ein.

Behördenabfragen

Das Finanzamt erhob im Oktober 2016 im Zentralen Melderegister die Melde Daten des Bf, im Abgabeninformationssystem die Lohnzettel für das Jahr 2015 und auch die Sozialversicherungsdaten.

Der Bf war von 2.12.2014 bis 5.4.2015 geringfügig beschäftigter Arbeiter bei einer Arbeitgeberin sowie von 1.4.2015 bis 30.11.2015 und von 1.4.2016 bis laufend geringfügig beschäftigter Arbeiter bei einem anderen Arbeitgeber. Außerdem war der Bf im Jahr 2016 bis laufend bei einem Personalleasingunternehmen als Arbeiter beschäftigt. Der Bf sei Ehegatte von I K.

Für das Jahr 2015 sind Lohnzettel wie folgt aktenkundig:

0101-2703 Arbeitgeber 1 € 977,47

0104-3011 Arbeitgeber 2 € 1.050,00

2502-0704 Arbeitsmarktservice Österreich € 78,44

3110-2212 Arbeitsmarktservice Österreich € 99,29

1004-0806 Arbeitsmarktservice Österreich € 112,10

1409-2110 Arbeitsmarktservice Österreich € 70,91

Vorhalt vom 20.10.2016

Das Finanzamt ersuchte den Bf mit Vorhalt vom 20.10.2016 um Vorlage von Dienstverträgen, das gerichtliche Scheidungsurteil, einen behördlichen Nachweis über den Familienstand der Kindesmutter im Jahr 2015 sowie um eine Bestätigung des bulgarischen Meldeamts, welche Personen mit der Kindesmutter im gemeinsamen Haushalt leben.

Dieser Vorhalt wurde am 11.11.2016 vom Bf so beantwortet, dass er mitteilte, dass ein gerichtliches Scheidungsurteil nicht bestehe, weil er mit der Mutter des Kindes nicht verheiratet gewesen sei.

Vorsprache vom 19.1.2017

Am 19.1.2017 gab der Bf am Finanzamt bekannt, dass er und seine Gattin I K nach Adresse_Ö verzogen seien.

Vorhalt vom 25.1.2017

Mit Vorhalt vom 25.1.2017 ersuchte das Finanzamt den Bf um Vorlage allfälliger Unterhaltsvereinbarungen mit der Kindesmutter, um Nachweise der Unterhaltsleistungen für die Kinder im Jahr 2015 ("Banknachweise"), desweiteren um österreichische Meldenachweise für den Bf und seine Gattin.

Daraufhin teilte der Bf am 6.2.2017 dem Finanzamt mit, dass eine gerichtliche Unterhaltsvereinbarung nicht bestehe. Er habe mit der Kindesmutter vereinbart, Unterhalt nach seinen Einkommensverhältnissen zu zahlen, zumindest € 70 monatlich für beide Kinder. Er trage die überwiegenden Unterhaltskosten für beide Kinder. Beide Kinder wohnten in seinem "persönlichen Eigentumshaus" in Adresse_BG.

Angeschlossen war eine Erklärung von D E F, Hauptwohnsitz Adresse_BG, Unterschrift notariell beglaubigt, in bulgarischer Sprache und deutscher Übersetzung. Darin gab sie bekannt, vom Bf für ihre beiden Söhne H G C und A G C "eine Geldleistung (Beihilfe) für das Jahr 2015 und 2016" bekommen zu haben. Über die Höhe der Geldleistung enthält die Bestätigung keine Angaben. Es wurden auch Überweisungsbelege vorgelegt, wonach der Bf der Mutter am 27.8.2015 € 460,00 und am 15.12.2015 € 500,00 überwiesen hat. Darauf befindet sich eine handschriftlichen Anmerkung, dass ein großer Teil vom Bf in bar bezahlt worden sei. Die verlangten Meldebestätigungen wurden vorgelegt.

E 401 und E 411

Ein Formular E 401 sowie ein Formular E 411 sind aktenkundig. Diese sind teilweise ausgefüllt, eine Bestätigung der Behörde fehlt auf beiden Formularen.

Abweisungsbescheid

Mit Bescheid vom 14.2.2017 wies das Finanzamt den Antrag vom 15.6.2016 auf Ausgleichszahlung für den im April 2001 geborenen A C und den im Februar 1997 geborenen H C jeweils für den Zeitraum Jänner 2015 bis November 2015 ab. Bei nicht haushaltsgehörigen Kindern könne von einer überwiegenden Kostentragung nur dann ausgegangen werden, "wenn die Unterhaltsleistungen eindeutig nachgewiesen werden (Banknachweise)." Die vorgelegten Nachweise seien nicht ausreichend, es bestehe daher kein Anspruch auf Ausgleichszahlung.

Aus dem Bescheid geht nicht hervor, warum der Zeitraum Jänner 2015 bis November 2015 vom Finanzamt gewählt wurde (beantragt wurde von Jänner 2015 bis Dezember 2015).

Beschwerde

In seiner am 13.3.2017 eingelegten Beschwerde, die ersichtlich die Aufhebung des angefochtenen Bescheides begeht, gibt der Bf an:

Seit 2014 ich bin arbeitsbeschäftigt in Österreich. Die Kindern sind im Bulgarien und dort gehören zum einen gemeinsamen Haushalt mit mir, deren Kostentragens läuft auf mein Name und auf meinen Kosten. Das Haus, mit Meldeadresse [Adresse_BG], in dem die Kinder bei mir wohnen und die Kindermutter darf mit die Kinder bleiben ist meine völlig Eigentum! Alle Kosten für Wasser, Strom, Telefon, Internet, Kanal, Mühl, Grundsteuer trage ich.

Mit der Kindern verbringe ich immer der Zeit, wann ich nicht arbeitsangagiert bin oder Urlaubszeit habe. Kosten für Lebensmittel als Vater des Kindes habe ich und die Mutter. Kosten für Kleidung, was für Schule brauchen, etc. sind komplett mein. Außer das alles, mit Kindermutter, habe ich einen Vereinbarung für einen obligatorischen Mindestbetrag von 180 lv. für beiden Kindern. Weil ich das Geld nicht immer durch Bank überwiesen habe, einen notariell Bestätigung von Kindermutter ist vorgestellt. Das ist nur eine zwingenden Mindest-, den mit Mutter des Kindes persönlich vereinbart ist und es ist nicht von großer Bedeutung, weil ich als Vater des Kindes und entsprechend den Bedürfnissen von Kindern, die Summe immer überschritten habe.

Die Kindermutter bekommt, nach der Gesetzeslage in Bulgarien, keine Kinderbeihilfe.

Aus diesem angeführte Gründen habe ich Anspruch auf Ausgleichzahlung.

Ich ersuche daher nochmals um Zuerkennung der Kinderbeihilfe für meinen Söhnen A C und H C, rückwirkend mit dem Beginn meiner Anspruchsberechtigung ab Januar 2015. Sollten noch weitere Unterlagen als die bisher vorgelegten erforderlich sein, werde ich diese nach Anforderung beibringen.

Vorhalt vom 20.7.2017

Das Finanzamt ersuchte den Bf mit Vorhalt vom 20.7.2017 um Aufklärung wie folgt:

Sie geben in Ihrer Beschwerde an, dass Ihre Kinder in Bulgarien "zum einen gemeinsamen Haushalt mit mir" gehören. Diese Haushaltsgemeinschaft ist für die Jahre 2015 u. 2016 eindeutig nachzuweisen; mit Übersetzung.

Unter einer Haushaltsgemeinschaft im Sinne des § 2 Absatz 2

Familienlastenausgleichsgesetz ist ein Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft zu verstehen. Eine solche Haushaltsgemeinschaft widerspricht jedoch in Ihrem Fall den Erfahrungen des täglichen Lebens. Sie sind in Österreich mit Frau K I J verheiratet und daher ist eine Haushaltsgemeinschaft von Ihnen bei der Kindermutter und Ihren Kindern in Bulgarien nicht glaubhaft.

Sie haben von 1.4.2015 bis 30.11.2015 bei ... geringfügig beschäftigt.

Weisen Sie nach, wieviele Wochenstunden Sie in dieser Zeit tätig waren (durch Nachweis Gebietskrankenkassen-Anmeldung; dort sind die Wochenstd. ersichtlich).

Der Bf gab am 1.12.2017 an, dass in der Gebietskrankenkassenanmeldung seine Wochenstunden "angemerkt" seien, und führte in einem gesonderten Schreiben aus:

Es tut mir leid, dass ich mich nicht klar genug geäußert habe. Beide Kinder wohnen in Bulgarien, in dem Haus, das mir gehört. Das bedeutet, ich stelle die Unterkunft für beide Kinder zur Verfügung. Da das Haus mein Eigentum ist, da mein Name im Grundbuch eingetragen ist.

Ich trage noch die Unterhaltskosten für das Haus, das Wasserverbrauch und den Stromverbrauch.

Zusätzlich zahle ich meine monatliche Unterhaltpflicht bar an die Kindermutter gegen Unterschrift. Damit es kein Problem mit der Zahlung gibt, habe ich von Mutter der Kinder eine schriftliche Bestätigung(notarbestätig) nachgewissen.

Die Banküberweisungen von 2015 und 2016, die ich vorgestellt habe, sind ein zusätzlicher Betrag. Die überwiegenden Kosten der Erziehung der Kinder trage ich, obwohl sie nicht alle durch die Banküberweisungen ersichtlich sind.

Auf Grund von Gesetzen in Bulgarien beziet die Mutter der Kinder kein Kindergeld.

Ich war vom 1.4.2015 bis 30.11.2015 bei ... geringfügig beschäftigt.

Die Wochenstunden kann ich leider nicht nachweisen, da bei der Anmeldung, bei der NGKK keine Wochenstunden eingetragen sind.

Der Arbeitsgeber hat mir die Gründe gezeigt, weshalb keine Wochenstunden eingetragen sind

Arbeitsruhegesetz (ARG)

3.3.2 -.: Keine Bindung an bestimmte Dienstreiten und einen Bestimmten Dienstort

3.3.2.1.-..

Ich lege einen Auszug aus dem Gesetz bei.

Sölden noch weitere Unterlagen, als die bisher vorgelegten, erforderlich sein, werde ich diese nach Anforderung beibringen.

Beigefügt war eine Bestätigung des damaligen Arbeitgebers vom 1.12.2017, dass der Bf von April bis November 2016 als freier Dienstnehmer für die Gartenbetreuung eines Objekts beschäftigt gewesen sei, wobei keine fixe Stundenzahl zu leisten gewesen sei.

Angeschlossen war eine Darstellung von Rechtsvorschriften, wonach auf freie Dienstnehmer als Liegenschaftsbetreuer die Arbeitszeitregelungen keine Anwendung fänden.

Außerdem ist die Anmeldung ab 1.4.2015 sowie ab 1.4.2016 und die Abmeldung mit 30.11.2015 sowie mit 30.11.2016 bei der Gebietskrankenkasse aktenkundig (Monatslohn brutto € 150,00, Beschäftigungstage 0, Stunden - Geringfügig: JA).

Laut einem Vermerk vom 31.3.2015 übernahm der Bf "folgende Aufgaben im Jahr 2015 für 150 € im Monat":

Rasen mähen nach gärtnerischen Ermessen

Weg und Parkplatz regelmäßig kehren

Bewässern nach gärtnerischen Ermessen

Entsorgen Gartenabfall

Für diese Leistungen erhalte der Bf von April bis Oktober jeweils am 15. € 150,00, zusammen € 1.050,00.

Laut Schreiben des Arbeitgebers vom 5.11.2015 wurde die Vereinbarung für die Gartenbetreuung bis Ende November verlängert und der Bf ersucht, "die restlichen Arbeiten noch zu erledigen (Laub rechen und an einem Platz für den Abtransport sammeln), Wasser abdrehen und alles winterfest machen."

Aktenkundig ist ein Dienstzettel eines weiteren Arbeitgebers, wonach der Bf als Hilfsarbeiter für "Schneeräumung, Gartenpflege und Reinigung" ab 2.12.2014 beschäftigt werde. Monatslohn € 300,00 plus Urlaubs- und Weihnachtsgeld i.H.v. jeweils einem Monatslohn, Wochenarbeitszeit 8,25 Stunden.

Dazu gibt es Gehaltsabrechnungen.

Gemeindestätigung

Die Gemeinde in Bulgarien bescheinigte am 4.11.2016, dass im Bevölkerungsregister für D E F eingetragen sei:

ständige Anschrift: Adresse_BG, ab Datum ... 2001;

aktuelle Anschrift: Adresse_BG, ab Datum ... 1996;

Sohn H G C

ständige Anschrift: Adresse_BG, ab Datum ... 2001;

aktuelle Anschrift: Adresse_BG, ab Datum ... 1997;

Sohn A G C

ständige Anschrift: Adresse_BG, ab Datum ... 2001;

aktuelle Anschrift: Adresse_BG, ab Datum ... 2001.

Es wurde von der Gemeinde am 4.11.2016 gemäß Art 14, Abs. 1 der Verordnung über die Ausstellung von Zertifikaten auf der Grundlage der Bevölkerungsregister bescheinigt, dass D E F ledig und A G C sowie H G C ihre Söhne seien.

Beschwerdevorentscheidung

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 15.1.2018 wies das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet ab und führte dazu aus:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a des Familienlastenausgleichsgesetzes - FLAG haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Abs. 2 FLAG 1967 bestimmt, dass die Person Anspruch auf Familienbeihilfe hat, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG anspruchsberechtigt ist.

Unter einer Haushaltzugehörigkeit ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft zu verstehen.

Nach § 2 Abs. 3 lit. a FLAG zählen zu den Kindern einer Person deren Nachkommen.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG haben Personen 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.

Nach § 3 Abs. 1 und 2 FLAG haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten, und für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann, wenn sich diese nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

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

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

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

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

"Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

i) Familienangehöriger":

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

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

2. unterscheiden die gemäß Nummer 1 anzuwendenden Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats die Familienangehörigen nicht von anderen Personen, auf die diese Rechtsvorschriften anwendbar sind, so werden der Ehegatte, die minderjährigen Kinder und die unterhaltsberechtigten volljährigen Kinder als Familienangehörige angesehen;

3. wird nach den gemäß Nummern 1 und 2 anzuwendenden Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familien- oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Versicherten oder dem Rentner in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese

Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Versicherten oder dem Rentner bestritten wird.

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

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

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

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

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

"TITEL II

BESTIMMUNG DES ANWENDBAREN RECHTS

Artikel 11

Allgemeine Regelung

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

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

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

..."

Art. 67 der Verordnung 883/2004 lautet samt Überschrift:

"KAPITEL 8

Familienleistungen

Artikel 67

Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen

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

Ein Rentner hat jedoch Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats."

Art. 68 der Verordnung 883/2004 enthält Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen, wenn für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren sind.

Art. 60 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABIEU Nr. L 284 vom 30. Oktober 2009, (in der Folge: Durchführungsverordnung Nr. 987/2009) lautet:

"Verfahren bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung

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

Wie der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seinem Urteil vom 22. Oktober 2015 in der Rechtssache C-378/14 (Tomislaw Trapkowski) ausgesprochen hat, ist Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit 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. Es obliegt jedoch der zuständigen nationalen Behörde, zu bestimmen, welche Personen nach nationalem Recht Anspruch auf Familienleistungen haben.

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.

Das bedeutet, dass ein Anspruch aufgrund überwiegender Kostentragung nur dann bestehen kann, wenn das Kind bei keinem anderen Elternteil haushaltsgehörig ist.

Sie haben daher keinen Anspruch auf die Ausgleichszahlung.

Laut Zustellnachweis wurde die Beschwerdevorentscheidung am 19.1.2018 zugestellt.

Vorlageantrag

Mit Schreiben vom 29.1.2018, dem Finanzamt persönlich überreicht am 2.2.2018, erhob der Bf als Berufung sowie "Antrag nach § 299 Bundesabgabenordnung bzw Vorlagenantrag in 2. Instanz" bezeichneten Vorlageantrag und führte aus:

Mit dem angefochtenen Bescheid und Beschwerdevorentscheidung, nach gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 erster Satz, wurde vorgenannte Antrag für Differenzzahlung/Ausgleichszahlung/, für meine Söhne A C geb.....04.01 und H C geb.....02.97, abgelehnt.

Beide Kinder leben in meinem eigenen Haus in Bulgarien (das Haus ist ein Erbe meiner Eltern). Die Mutter der Kinder wohnt in gleichen Haus.

Nach unserer Trennung 2009 mit der Mutter der Kinder, haben wir zugestimmt, dass ich mich darum kümmere, den Kindern Unterkunft zu bieten und bis zum Erreichen der Volljährigkeit der Kinder, hat sie das Recht ins Haus zu leben.

Außerdem die Kosten fürs Haus, Wasser und Strom - die die Kinder gebraucht haben, nach wie vor zahle ich.

Zwischen uns ist zugestimmt die Verpflichtung noch, der Mutter eine monatliche Summe von mindestens 180 BGN und mehr als diesen Betrag zu zahlen, abhängig von meinem Verdienst pro Monat, die ich seit 2009 zahle.

Ich verfüge über einen Wohnsitz in Österreich und über einen Wohnsitz in Bulgarien in deren die Kinder wohnen, wo ich bis zu meiner Ankunft in Österreich gelebt habe.

Ich wohne und übe meine Erwerbstätigkeit seit Ende 2014 durchgehend in Österreich aus. In Bulgarien übe ich dagegen keine Beschäftigung aus. (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967 lautet, dass haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben)

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG (Familienlastenausgleichsgesetz) 1967 idF des Budgetbegleitgesetzes 2001, BGBI. I Nr. 142/2000 sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Anspruch auf Familienbeihilfe hat gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 jene 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.

Das in meinem Fall ist nicht zu akzeptieren.

"Wenn die Betreuungsleistung der Mutter stehe der Erfüllung der Unterhaltpflicht durch Geldleistung gleich und sei ebenfalls als Vermögenswerte Leistung anzusehen, weshalb der bloß den Geldunterhalt Leistende nicht iSd § 2 Abs. 2 FLAG 1967 überwiegend die Unterhaltskosten trage, ist dem Folgendes entgegen zu halten: Das Gesetz spricht im Abs. 2 (wie auch in Abs. 4) des § 2 FLAG 1967 von "Kosten", nämlich Unterhaltskosten, und bringt damit zum Ausdruck, dass es im gegebenen Zusammenhang um die finanziellen Belange des Kindes geht. Das Tatbestandsmerkmal der überwiegenden Tragung der Unterhaltskosten in § 2 Abs. 2 FLAG 1967 stellt sohin auf die materiellen Leistungen ab, also in der Regel auf den Geldunterhalt (vgl. in diesem Zusammenhang sinngemäß auch das hg. Erkenntnis vom 19. April 2007, 2004/15/0049)."

Die Verordnung (EWG) Nr 1408/71 regelt, welcher Mitgliedstaat für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet ist. Vorrangig muss grünsetzlich jener Mitgliedstaat die Familienleistungen gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird.

Sind die Elternteile in verschiedenen Mitgliedstaaten erwerbstätig bzw. werden Leistungen aus der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung oder Pension bezogen, trifft die vorrangige Verpflichtung zur Gewährung der Familienleistungen jenen Mitgliedsstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen. Sind die Familienleistungen in anderen Mitgliedstaat höher, bestehet dort gegebenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages(Artikel76 Abs.1 der VO Nr 1408-71 in Verbindung mit Art. 10 der DVO 574-72)

Der Mitgliedsstaat, in dem der andere Elternteil erwerbstätig ist, gewährt unter Umständen Ausgleichszahlungen(Differenzzahlung)./ Verordnung 883/2004 /.

Die Mutter der Kinder ist erwerbstätig in Bulgarien.

Da die Mutter der Kinder in Bulgarien erwerbstätig ist und Kinder in Bulgarien einen Wohnsitz haben ist vorrangig dieser Staat für die Familienleistung zuständig. Leistet dieser Staat auf Grund von Gesetzen keine Familienleistung, kann nach Ablauf des Kalenderjares im anderen Mitgliedstaat, somit in Österreich die Differenzzahlung beantragt werden.

Pro Monat und Kind gebührt die Familienbeihilfe nur einmal (§ 10 Abs. 4 FLAG 1967). Daran ändern die Regelungen der Verordnung Nr. 1408/71 nichts. Bei einer Konstellation, wie sie dem gegenständlichen Fall zu Grunde liegt, steht der Anspruch auf Familienbeihilfe - oder gegebenenfalls bloß Ausgleichszahlung nach § 4 Abs. 2 FLAG 1967 - (allein) dem in Österreich verbliebenen Eltemteil zu, wenn er iSd § 2 Abs. 2 FLAG 1967 überwiegend den Unterhalt zahlt. Die Rz 32 des Urteils des EuGH Romana Slanina steht dem nicht entgegen, betraf diese Urteil doch den Fall der Rückforderung von Familienbeihilfe, die an die haushaltführende Mutter für Kinder gewährt worden ist, deren unterhaltpflichtiger Vater seiner

In meiner Fall richtet sich grundsätzlich nach nationalen Rechtsvorschriften und dem anwendbaren Recht der Union. Für ausländische Staatsbürger bestehen Sonderregelungen.

Ich beantrage auf Gewährung des Differenzbetrages (Beich 38) (Artikel 76 Abs. 1 der VO Nr 1408-71 in Verbindung mit Art. 10 der DVO 574-72) für der Zeit, zu der ich in 2015 und 2016 berechtigt bin.

Beigelegt war ein Ausdruck des Erkenntnisses VwGH 16.12.2009, 2009/15/0207 und eine Bescheinigung der Wohnortgemeinde des Bf in Bulgarien auf Grund des Art. 14 Abs. 1 der Verordnung über die Ausstellung von Bescheinigungen auf Grund des Einwohnerregisters, aus der sich entnehmen lässt, dass der Bf mit I J K verheiratet ist und A G C sowie H G C seine Söhne und die im Jahr 1988 geborene L Ga Ca seine Tochter seien (im Original und in deutscher Übersetzung). Beigelegt war auch eine Bescheinigung dieser Wohnortgemeinde vom 28.12.2017, die besagt, dass der Bf seit dem Jahr 2000 seinen Hauptwohnsitz in Adresse_BG, habe (im Original und in deutscher Übersetzung).

Vorlage

Mit Bericht vom 30.3.2018 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und führte unter anderem aus:

Sachverhalt:

Kindesvater in Österreich beschäftigt; Kindesmutter und Kinder leben in Bulgarien im gemeinsamen Haushalt ,

Beweismittel:

im Akt

Stellungnahme:

Aufgrund der neuen Rechtslage nach dem EuGH Urteil vom 22.10.2015 in der Rechtssache C - 378/14 steht die Familienbeihilfe demjenigen zu , der mit den Kindern im gemeinsamen Haushalt lebt.

Im gegenständlichen Fall ist das die Kindesmutter in Bulgarien, daher war der Antrag des Kindesvaters abzuweisen.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Sachverhalt

Der Vater A B C, die Mutter D E F und die Söhne A G C und H G C sind bulgarische Staatsbürger, daher Unionsbürger.

Im Beschwerdezeitraum Jänner 2015 bis November 2015 arbeitete der Vater A B C in Österreich und hatte gemeinsam mit seiner Ehegattin I J K, die ebenfalls in Österreich erwerbstätig und bulgarische Staatsbürgerin ist, eine Wohnung in Österreich. Einer Erwerbstätigkeit in Bulgarien ging der Vater im Beschwerdezeitraum nicht nach.

Von 1.1.2012 bis November 2014 ging der Vater in Österreich laut Versicherungsdatenabfrage keiner gemeldeten Erwerbstätigkeit nach. Im Jahr 2014 wurden vom Vater im Dezember netto € 349,98 als Hilfsarbeiter verdient. Für das Jahr 2015 sind Einkünfte von insgesamt € 2.388,21 aktenkundig.

Die Mutter D E F und die Söhne A G C und H G C wohnen in Bulgarien in einem Haus in Adresse_BG, das der Vater geerbt hat, und ihm, der Mutter und den Söhnen bis zum Auszug des Vaters im Jahr 2009 als gemeinsamer Wohnsitz gedient hat. Es besteht weiterhin eine Hauptwohnsitzmeldung des Vaters an dieser Adresse, der Vater kommt für alle Kosten des Hauses auf. Die Kinder gingen im Beschwerdezeitraum in Bulgarien in die Schule.

Der Vater leistete der Mutter für die beiden Söhne im Beschwerdezeitraum Unterhalt und zwar jedenfalls am 27.8.2015 € 460 und am 15.12.2015 € 500. Die genaue Höhe der Unterhaltskosten sowie der Unterhaltsleistungen des Vaters steht nicht fest.

Nach Angaben des Vaters ist die Mutter in Bulgarien erwerbstätig und bezieht keine Familienleistungen.

Beweiswürdigung

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus der Aktenlage. Sie sind nicht strittig.

Zuerst war im Verwaltungsverfahren die Höhe der Unterhaltsleistungen des Vaters strittig. Die Höhe steht nach wie vor nicht fest, da außer zwei Überweisungsbelegen lediglich eine allgemein gehaltene Bestätigung der Mutter, dass diese für ihre beiden Söhne H G C und A G C "eine Geldleistung (Beihilfe) für das Jahr 2015 und 2016" erhalten habe, aktenkundig ist. Es stehen somit weder die Unterhaltskosten der Kinder noch die Höhe der Unterhaltszahlungen des Vater fest.

Weitere Feststellungen durch das Bundesfinanzgericht können unterbleiben, da die haushaltführende Mutter einen vorrangigen Anspruch auf österreichische Familienleistungen im Beschwerdezeitraum hatte.

Rechtsgrundlagen

Nationales Recht

§ 2 FLAG 1967 lautet:

§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) für minderjährige Kinder,

b) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBl. Nr. 291/1986. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahrs hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des

betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß,

- c) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,*
- d) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird,*
- e) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Zivildienstes begonnen oder fortgesetzt wird,*
- f) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 111/2010)*
- g) für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,*
- h) für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5), das 25 Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; § 2 Abs. 1 lit. b zweiter bis letzter Satz sind nicht anzuwenden,*
- i) für volljährige Kinder, die sich in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 24. Lebensjahres ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,*

- j) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, bis längstens zum erstmöglichen Abschluss eines Studiums, wenn sie
- aa) bis zu dem Kalenderjahr, in dem sie das 19. Lebensjahr vollendet haben, dieses Studium begonnen haben, und
 - bb) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums bis zum erstmöglichen Studienabschluss zehn oder mehr Semester beträgt, und
 - cc) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums nicht überschritten wird,
- k) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, und die sich in Berufsausbildung befinden, wenn sie vor Vollendung des 24. Lebensjahres einmalig in der Dauer von acht bis zwölf Monaten eine freiwillige praktische Hilfstätigkeit bei einer von einem gemeinnützigen Träger der freien Wohlfahrtspflege zugewiesenen Einsatzstelle im Inland ausgeübt haben; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,
- l) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die teilnehmen am
- aa) Freiwilligen Sozialjahr nach Abschnitt 2 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
 - bb) Freiwilligen Umweltschutzjahr nach Abschnitt 3 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
 - cc) Gedenkdienst, Friedens- und Sozialdienst im Ausland nach Abschnitt 4 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
 - dd) Europäischen Freiwilligendienst nach dem Beschluss Nr. 1719/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. November 2006 über die Einführung des Programms „Jugend in Aktion“ im Zeitraum 2007 - 2013.
- (2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.
- (3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person
- a) deren Nachkommen,
 - b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,
 - c) deren Stiefkinder,
 - d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186 a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).
- (4) Die Kosten des Unterhalts umfassen bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung und bei volljährigen Kindern, die für einen Beruf ausgebildet oder in ihrem Beruf fortgebildet werden, auch die Kosten der Berufsausbildung oder der Berufsfortbildung.

(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 Anstaltpflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs 4).

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

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

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

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

§ 2a FLAG 1967 lautet:

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

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

§ 3 FLAG 1967 lautet:

(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), BGBI. I Nr. 100/2005, oder nach § 54 des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBI. I Nr. 100/2005 idF BGBI. 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), BGBI. 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 unselbstständig oder selbstständig 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. Gleches 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:

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

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

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

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

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

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

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

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

§§ 10, 11, 12, 13 FLAG 1967 lauten:

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

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

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

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

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

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

§ 12. (1) Das Wohnsitzfinanzamt hat bei Entstehen oder Wegfall eines Anspruches auf Familienbeihilfe eine Mitteilung auszustellen. Eine Mitteilung über den Bezug der

Familienbeihilfe ist auch über begründetes Ersuchen der die Familienbeihilfe beziehenden Person auszustellen.

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

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

§ 53 FLAG 1967 lautet:

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

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

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

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet:

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

Unionsrecht

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.

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 Nummer 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". "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 Abs. 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 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.

"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. 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:

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.

(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.

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

Artikel 13 VO 883/2004 lautet:

Artikel 13

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.

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. 59 VO 987/2009 lautet:

Artikel 59

Regelungen für den Fall, in dem sich die anzuwendenden Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen ändern

(1) Ändern sich zwischen den Mitgliedstaaten während eines Kalendermonats die Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen, so setzt der Träger, der die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gezahlt hat, nach denen die Leistungen zu Beginn dieses Monats gewährt wurden, unabhängig von den in den Rechtsvorschriften dieser Mitgliedstaaten für die Gewährung von Familienleistungen vorgesehenen Zahlungsfristen die Zahlungen bis zum Ende des laufenden Monats fort.

(2) Er unterrichtet den Träger des anderen betroffenen Mitgliedstaats oder die anderen betroffenen Mitgliedstaaten von dem Zeitpunkt, zu dem er die Zahlung dieser Familienleistungen einstellt. Ab diesem Zeitpunkt übernehmen der andere betroffene Mitgliedstaat oder die anderen betroffenen Mitgliedstaaten die Zahlung der Leistungen.

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.

Unionsrecht ist neben dem nationalen Recht (vorrangig) anzuwenden

Zunächst ist zu den rechtlich detaillierten Ausführungen in der Beschwerde und im Vorlageantrag festzuhalten:

Auch wenn der Bf vorbringt, seinen Lebensmittelpunkt in Österreich zu haben und damit eine Anspruchsvoraussetzung (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) auf Familienleistungen nach österreichischem Recht zu erfüllen, übersieht er, dass nach österreichischem Recht vorrangig der Elternteil Anspruch auf Familienleistungen hat, dessen Haushalt das Kind angehört (§ 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967) und erst nachrangig ein Anspruch des Elternteils, der die überwiegenden Unterhaltskosten trägt (§ 2 Abs. 2 Satz 2 FLAG 1967), vorgesehen ist. Zu der von ihm zitierten Rechtsprechung ist auf die folgenden Ausführungen zu verweisen.

Der Bf ist nicht im Recht, wenn er die Meinung vertritt, hier wäre Unionsrecht nicht zu anzuwenden. Der Bf kam in Ausübung seines durch die Union verbürgten Freizügigkeitsrechts als Unionsbürger von Bulgarien nach Österreich. In Österreich wohnt und arbeitet er nunmehr, seine Kinder und die Kindesmutter, auch Unionsbürger, wohnen in Bulgarien. Es liegt daher ein mitgliedstaatsübergreifender Sachverhalt vor, das Unionsrecht ist (vorrangig) anzuwenden, das Bundesfinanzgericht entscheidet (auch) als Gericht der Union.

Für den Beschwerdezeitraum gültig ist nicht die vom Bf zitierte VO 1408/71, sondern die VO 883/2004.

Rechtmäßiger Aufenthalt

Gem. § 3 Abs. 1 FLAG 1967 ist der rechtmäßige Aufenthalt des Bf als Antragsteller in Österreich Voraussetzung für den Bezug von Familienbeihilfe bzw. einer Ausgleichs- oder Differenzzahlung.

Bürger aus Mitgliedstaaten der EU, des EWR sowie aus der Schweiz sind grundsätzlich zum Aufenthalt in Österreich berechtigt. Bei einer Aufenthaltsdauer von weniger als drei Monaten ist überhaupt kein Aufenthaltstitel erforderlich, bei einer Aufenthaltsdauer von mehr als drei Monaten kommen die in § 9 NAG angeführten Aufenthaltstitel in Betracht (vgl. Aigner/Wanke in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 3 Rz 133).

Diese Aufenthaltstitel nach § 9 NAG sind im Gegensatz zu jenen nach § 8 NAG (und nach § 54 AsylG 2005) deklarativ und nicht konstitutiv (vgl VwGH 3.4.2009, 2008/22/0439; VwGH 17.11.2011, 2009/21/0378; VwGH 22.10.2015, 2013/16/0217).

Liegt ein aufrechter Aufenthaltstitel vor, ist die Voraussetzung des rechtmäßigen Aufenthalts in Österreich gegeben und der Anspruch auf Familienbeihilfe ist nur mehr

nach den allgemeinen Voraussetzungen, die auch für österreichische Staatsbürger gelten, zu beurteilen (vgl. BFG 20.6.2014, RV/5100906/2012).

Für den Beschwerdezeitraum ist keine Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger/-innen und für Schweizer Bürger/-innen gemäß Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz aktenkundig.

Eigenständige Beurteilung

Die Beihilfenbehörde und das Bundesfinanzgericht haben daher eigenständig zu beurteilen, ob im Beschwerdezeitraum der Aufenthalt des Bf in Österreich rechtmäßig war (vgl. Aigner/Wanke in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 3 Rz 163).

Unionsrechtliches Aufenthaltsrecht

Jeder Unionsbürger hat gemäß Artikel 7 Absatz 1 Unionsbürger-RL 2004/38/EG das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von über drei Monaten, wenn er

- a) Arbeitnehmer oder Selbständiger im Aufnahmemitgliedstaat ist oder
- b) für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, und er und seine Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen oder
- c) bei einer privaten oder öffentlichen Einrichtung, die von dem Aufnahmemitgliedstaat aufgrund seiner Rechtsvorschriften oder seiner Verwaltungspraxis anerkannt oder finanziert wird, zur Absolvierung einer Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung als Hauptzweck eingeschrieben ist und über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügt und der zuständigen nationalen Behörde durch eine Erklärung oder durch jedes andere gleichwertige Mittel seiner Wahl glaubhaft macht, dass er für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, oder
- d) ein Familienangehöriger ist, der den Unionsbürger, der die Voraussetzungen des Buchstabens a), b) oder c) erfüllt, begleitet oder ihm nachzieht.

Erwerbstätigkeit bei sehr niedrigen (erklärten) Einkünften?

Nach der Aktenlage übte der Bf im Jahr 2015 hintereinander zwei geringfügige Beschäftigungen aus. Er verdiente dabei laut Anmeldungen € 150 brutto monatlich sowie

€ 300 brutto monatlich (plus Sonderzahlungen). Insgesamt verfügte der Bf im Jahr 2015 über dem Finanzamt offengelegte Einkünfte von € 2.388,21.

Unter die unionsrechtlichen Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer fällt auch ein Angehöriger eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis ausübt, "mit der er weniger verdient, als im letztgenannten Staat als Existenzminimum angesehen wird, wobei es nicht darauf ankommt, ob er die Einkünfte aus seiner Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis durch andere Einkünfte bis zu diesem Minimum ergänzt oder sich mit Existenzgrundlagen begnügt, die darunter liegen, vorausgesetzt, er übt tatsächlich eine echte Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis aus" (vgl. EuGH 23.3.1982, 53/81, Levin).

Auch wenn die vom Bf im Jahr 2015 ausgeübte, den Behörden offengelegte Tätigkeit als geringfügig beschäftigter Arbeitnehmer zu nur geringen Einkünften geführt hat, handelte es sich doch um eine im Sinne der Rechtsprechung ernsthafte und nicht bloß zum Schein ausgeübte Tätigkeit. Das Bundesfinanzgericht zweifelt nicht daran, dass der Bf tatsächlich als Liegenschaftsbetreuer in einem fremdüblichen Arbeitsverhältnis oder freien Dienstverhältnis tätig war.

Im Hinblick auf die zu dieser Zeit bekannten schlechten Aussichten auf dem bulgarischen Arbeitsmarkt, die viele bulgarische Staatsbürger zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit außerhalb ihrer Heimat veranlasste, waren anscheinend auch die geringfügigen Beschäftigungen ein wirksames Mittel zur Verbesserung der Lebensbedingungen des Bf. Für den Bf war diese geringfügige Beschäftigung keineswegs "vollständig untergeordnet und unwesentlich", sondern im Gegenteil die oder eine wesentliche Einkunftsquelle. In den vorgelegten Akten gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Bf über andere Einkunftsquellen außerhalb Österreichs verfügt hat, dies wird vom Bf auch verneint.

Der Bf hielt sich damit im Beschwerdezeitraum rechtmäßig als Arbeitnehmer in Österreich auf; die Anspruchsvoraussetzung nach § 3 Abs. 1 FLAG 1967 ist also erfüllt (vgl. BFG 9.4.2018, RV/7101954/2016).

Wie ausgeführt, erzielte der Bf im Jahr 2015 dem Finanzamt offengelegte Einkünfte von € 2.388,21. Nennenswerte Ersparnisse aus Vorjahren können nicht vorhanden gewesen sein, da der Bf zuvor lediglich im Dezember 2014 ebenfalls geringfügig erwerbstätig war.

Nach Abzug der beiden Überweisungen an die Mutter der Kinder verblieb dem Bf im Jahr 2015 ein Betrag von € 1.438,20, das sind monatlich rund € 120. Auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Ehegattin des Bf in Österreich erwerbstätig war, ist fraglich, ob mit den offengelegten Einkünften auch ein nur notdürftiger Lebensunterhalt im Umland von Wien bestritten werden kann.

Das Finanzamt wird daher in Ausübung seiner sich nach §§ 114, 115 ergebenden Verpflichtungen zu prüfen haben, welche Lebenshaltungskosten der Bf tatsächlich hatte und mit welchen Mitteln diese bestritten wurden. Auch wenn sich im weiteren Verfahren ergeben sollte, dass aus weiteren, dem Finanzamt und der Gebietskrankenkasse bzw. der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft entgegen den gesetzlichen

Bestimmungen nicht bekannt gegebenen Erwerbstätigkeiten Einkünfte erzielt wurden, und alle Einkünfte zusammen unterhalb des steuerlichen Existenzminimums (§ 33 Abs. 1 EStG 1988) gelegen sein sollten, kann sich, abgesehen von möglichen finanzstrafrechtlichen Auswirkungen, aus § 48b BAO eine Verständigungspflicht des Finanzamts der Sozialversicherung gegenüber (möglicher Eintritt der Vollversicherungspflicht) ergeben (vgl. etwa BFG 9.4.2018, RV/7101954/2016).

Österreichische Rechtsvorschriften sind anzuwenden

Wohnmitgliedstaat des Vaters ist (unbeschadet des Wohnsitzes auch in Bulgarien) zufolge des gemeinsamen Zusammenlebens mit seiner Ehefrau Österreich, der Mutter und der Kinder ist Bulgarien. Beschäftigungsmitgliedstaat des Vaters war im Beschwerdezeitraum Österreich. Die Mutter war nach Angaben des Vaters im Beschwerdezeitraum im Bulgarien erwerbstätig. Es sind somit nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a VO 883/2004 betreffend einen Anspruch des Vaters die österreichischen Rechtsvorschriften anzuwenden. Dagegen fällt die Mutter nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a VO 883/2004 oder Art. 11 Abs. 3 Buchstabe e VO 883/2004 für einen eigenen, nicht vom Vater abgeleiteten Anspruch unter die bulgarischen Rechtsvorschriften.

Vorrangiger Anspruch der haushaltsführenden Mutter

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 geht ein Anspruch des haushaltsführenden Elternteils einem solchen des im Wege des Geldunterhalts den überwiegenden Unterhalt finanzierenden Elternteils vor (vgl. für viele VwGH 27.9.2012, 2012/16/0054 m.w.N.).

Das Bundesfinanzgericht hat in ständiger Rechtsprechung bei mitgliedstaatsübergreifenden Sachverhalten den Vorrang der haushaltsführenden Elternteils, auch wenn dieser in einem anderen Mitgliedstaat der Union wohne, gegenüber dem nicht haushaltsführenden oder bloß Geldunterhalt leistendem Elternteil betont (vgl. etwa BFG 14.5.2015, RV/3100177/2012; BFG 8.6.2015, RV/7100958/2015; BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016; BFG 1.9.2016, RV/7102211/2015; BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015; BFG 7.2.2017, RV/7106469/2016; BFG 31.5.2017, RV/5100349/2016; BFG 26.7.2017, RV/7103017/2017; BFG 6.10.2017, RV/7103701/2016; BFG 9.10.2017, RV/5101534/2016; BFG 17.10.2017, RV/7101596/2016; BFG 30.10.2017, RV/5100844/2012; BFG 20.11.2017, RV/5101197/2017; BFG 21.11.2017, RV/7105252/2016; BFG 27.11.2017, RV/7103534/2015; BFG 1.12.2017, RV/7105145/2017; BFG 5.12.2017, RV/7102456/2017; BFG 11.12.2017, RV/7102126/2016; BFG 4.1.2018, RV/5100738/2015; BFG 4.1.2018, RV/5101842/2014; BFG 15.1.2018, RV/7103360/2017; BFG 17.1.2018, RV/7102075/2017; BFG 24.1.2018, RV/7102814/2017; BFG 29.1.2018,

RV/7102782/2017; BFG 22.2.2018, RV/5101916/2016; BFG 9.4.2018, RV/7101954/2016; BFG 6.6.2018, RV/7100050/2016).

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 9.4.2018, RV/7101954/2016 u.v.a.).

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. Zufolge 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 nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a VO 883/2004 oder Art. 11 Abs. 3 Buchstabe e VO 883/2004 hinsichtlich eines eigenen, nicht vom Vater abgeleiteten Anspruchs unter die bulgarischen Rechtsvorschriften. Es sind hingegen nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a VO 883/2004 betreffend einen Anspruch des Vaters die österreichischen Rechtsvorschriften anzuwenden. Insoweit folgt das Bundesfinanzgericht der in Rn 19 des Erkenntnisses VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067, vertretenen Auffassung.

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 den in Österreich erwerbstätigen 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 des Gesamtbetrags an Familienbeihilfe) besteht:

Anspruchsprüfung unter Berücksichtigung des Unionsrechts nach nationalem Recht

Nach den allgemeinen Regelungen der §§ 2 bis 30 FLAG 1967 (Abschnitt I, Familienbeihilfe) kann - außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts (siehe vor allem § 53 FLAG 1967 i.V.m. VO 883/2004, VO 987/2009) - die Führung des Haushaltes im Ausland für den haushaltführenden Elternteil keinen Anspruch auf die 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. Der Aufenthalt der Kinder in einem anderen Mitgliedstaat der Union ist allerdings 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 Drittland, 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; BFG 7.2.2017, RV/7106469/2016; BFG 9.4.2018, RV/7101954/2016; BFG 6.6.2018, RV/7100050/2016).

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 ausgeführt:

Unionsrechtlich ist die Beihilfe entweder der den Unterhalt (überwiegend) leistenden Person oder der haushaltführenden 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 haushaltsgleichzugehörig 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 Trąkowski, 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, so 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, dass diese Zuerkennung diskriminierungsfrei erfolgen muss und 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 (vgl. für viele 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 24.08.2017, RV/5101270/2017; BFG 9.4.2018, RV/7101954/2016).

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.

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). Da der Vater als Familienangehöriger sowohl seiner Söhne als der 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). 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 lebenden 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.).

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 oder BFG 24.10.2016, RV/7101771/2015). Sachverhaltsbezogen ist festzustellen, ob ein gemeinsamer Haushalt besteht (BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016; BFG 24.8.2017, RV/5101270/2017; BFG 9.4.2018, RV/7101954/2016; BFG 6.6.2018, RV/7100050/2016).

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. jeweils unter Verneinung eines vorrangigen Anspruchs des in Deutschland arbeitenden Vaters die 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 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; ferner die Entscheidungen des Bundesfinanzgerichts BFG 31.5.2017, RV/5100349/2016; BFG 26.7.2017, RV/7103017/2017; BFG 6.10.2017, RV/7103701/2016; BFG 9.10.2017, RV/5101534/2016; BFG 17.10.2017, RV/7101596/2016; BFG 30.10.2017, RV/5100844/2012; BFG 20.11.2017, RV/5101197/2017; BFG 21.11.2017, RV/7105252/2016; BFG 27.11.2017, RV/7103534/2015; BFG 1.12.2017, RV/7105145/2017; BFG 5.12.2017, RV/7102456/2017; BFG 11.12.2017, RV/7102126/2016; BFG 4.1.2018, RV/5100738/2015; BFG 4.1.2018, RV/5101842/2014; BFG 15.1.2018, RV/7103360/2017; BFG 17.1.2018, RV/7102075/2017; BFG 24.1.2018, RV/7102814/2017; BFG 29.1.2018, RV/7102782/2017; BFG 22.2.2018, RV/5101916/2016; BFG 9.4.2018, RV/7101954/2016; BFG 6.6.2018, RV/7100050/2016).

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 die Söhne, die Mutter und der Vater anzusehen.

§ 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 stellt den Familienbeihilfensanspruch grundsätzlich auf die Haushaltsgeshörigkeit 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 haushaltsgleich 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).

Bei Zugehörigkeit des Kindes zum gemeinsamen Haushalt eines Familienangehörigen gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 i.V.m. § 2 Abs. 3 FLAG 1967 geht gemäß § 2a Abs. 1 Satz 1 FLAG 1967 der Anspruch des überwiegend haushaltsführenden Elternteils dem Anspruch des anderen Elternteils vor. "Eltern" ist im Sinne von Anspruchsberechtigter nach § 2 Abs. 3 FLAG 1967 zu verstehen ("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 Söhne dem Haushalt der Mutter angehört haben, die im Beschwerdezeitraum getrennt vom Vater der Kinder gelebt hat.

Da die Söhne dem Haushalt ihrer Mutter in Bulgarien angehörten, hatte gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 daher vorrangigen Anspruch auf Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag) die Mutter.

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

Soweit zu ersehen ist, erfüllt die Mutter D E F im Beschwerdezeitraum folgende Voraussetzungen für einen Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder für eine Ausgleichszahlung für die Söhne: Diese hatten das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet (§ 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967) oder befanden sich in Berufsausbildung (§ 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967), D E F ist die Mutter, (§ 2 Abs. 3 lit. a FLAG 1967), die Söhne waren bei ihrer Mutter und nicht bei ihrem Vater haushaltsgleich (§ 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967).

Im gegenständlichen Fall sind aber in Verbindung mit dem Unionsrecht auch die territorialen Voraussetzungen - Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 1 FLAG 1967) sowie Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) - hinsichtlich der Mutter gegeben (vgl. BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016; BFG 6.6.2018, RV/7100050/2016).

Die Mutter hatte den Wohnsitz sowie den Mittelpunkt der Lebensinteressen nicht in Österreich (Bundesgebiet), sondern in einem anderen Mitgliedstaat der Union, in Bulgarien.

Außerhalb des Anwendungsbereichs der VO 883/2004 stünde der Mutter allein nach nationalem Recht daher keine Familienbeihilfe für ihr Kind zu.

Da der Vater im Beschwerdezeitraum in Österreich erwerbstätig war, somit ein mitgliedstaatübergreifender Sachverhalt vorliegt, ist die VO 883/2004 anzuwenden (Art. 2 Abs. 1 VO 883/2004).

Die VO 883/2004 ist unabhängig davon anzuwenden, ob der Vater in Österreich im Beschwerdezeitraum den Mittelpunkt seiner Lebensinteressen (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) hatte.

Wäre Unionsrecht nicht anwendbar, stünde dem Vater schon deswegen keine Familienbeihilfe oder Ausgleichszahlung zu, da sich die Kinder im Beschwerdezeitraum nicht ständig in Österreich aufgehalten haben (§ 5 Abs. 3 FLAG 1967).

Nach Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 ist in Bezug auf die Familienleistungen regelnden Art. 67 und Art. 68 VO 883/2004 "insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen."

Art. 1 Abs. 1 Buchstabe j VO 883/2004 definiert den "Wohnort" einer Person als den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person. Darunter ist - siehe etwa Art. 11 Abs. 1 VO 987/2009 - im Sinn des nationalen Rechts nicht bloß (irgendein) Wohnsitz i.S.d. § 26 Abs. 1 BAO zu verstehen, sondern der Mittelpunkt der Lebensinteressen (§ 2 Abs. 8 Satz 2 FLAG 1967) bzw. der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen (§ 1 Abs. 8 Meldegesetz 1991) dieser Person (vgl. Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 53 Rz 81, unter Hinweis auf OGH 17.8.2006, 10 ObS 65/06s; Stöger, Unionsrechtliche Aspekte des Anspruchs auf Familienbeihilfe, 2016, 58; BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016).

Auch der EuGH hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Begriff „Wohnort“ in Art. 1 Buchst. j VO 883/2004 als der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person definiert wird und Art. 11 VO 987/2009 den Wohnort mit dem Mittelpunkt der Interessen der betreffenden Person gleichsetzt (EuGH 11.9.2014, C-394/13, B, ECLI:EU:C:2014:2199, Rn. 34).

Der unionsrechtliche Begriff "Wohnort" ist daher nicht mit dem Begriff "Wohnsitz" des nationalen Rechts zu verwechseln (vgl. Stöger, Unionsrechtliche Aspekte des Anspruchs auf Familienbeihilfe, 2016, 59). Der unionsrechtliche "Wohnort" ist jener "Wohnsitz" i.S.d. § 26 BAO, an welchem sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen i.S.d. § 2 Abs. 8 FLAG 1967 befindet (vgl. Stöger, Unionsrechtliche Aspekte des Anspruchs auf Familienbeihilfe, 2016, 60; BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016).

Aus Art. 67 VO 883/2004 i.V.m. Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 geht hervor, dass die Möglichkeit, Familienleistungen zu beantragen, unionsrechtlich nicht nur den Personen zuerkannt ist, die in dem zu ihrer Gewährung verpflichteten Mitgliedstaat wohnen, sondern auch allen „beteiligten Personen“, die berechtigt sind, Anspruch auf diese Leistungen

zu erheben, zu denen die Eltern des Kindes gehören, für das die Leistungen beantragt werden (vgl. EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomisław Trąkowski, ECLI:EU:C:2015:720, Rn. 38).

Ein (Groß)Elternteil, der in einem anderen als dem zur Gewährung dieser Leistungen verpflichteten Mitgliedstaat wohnt, kann daher diejenige Person sein, die, wenn im Übrigen alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind, zum Bezug der Familienleistungen berechtigt ist (vgl. EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomisław Trąkowski, ECLI:EU:C:2015:720, Rn. 41).

"Im Übrigen" i.S.d. Rn. 41 des zitierten Urteils ist so zu verstehen, dass die im nationalen Recht vorgesehenen persönlichen Voraussetzungen für den Bezug von Familienleistungen erfüllt sein müssen, während die Erfüllung der territorialen Voraussetzungen ("Wohnen" i.S.v. Lebensmittelpunkt) durch das Unionsrecht im Anwendungsbereich der Sozialsystemkoordinierungsverordnung VO 883/2004 fingiert wird (BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016).

Ist die VO 883/2004 anzuwenden, ist daher nach Art. 67 VO 883/2004 i.V.m. Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 zu fingieren, dass sowohl die Voraussetzung des inländischen Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts (§ 2 Abs. 1 FLAG 1967) als auch die Voraussetzung des Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) hinsichtlich aller Mitglieder der jeweiligen Familie ("beteiligten Personen") vorliegt, auch wenn einzelne oder alle Mitglieder dieser Familie tatsächlich in einem anderen Mitgliedstaat der Union (des EWR oder in der Schweiz) wohnen (BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016).

Da nach Art. 67 VO 883/2004 i.V.m. Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 die Voraussetzung des inländischen Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts (§ 2 Abs. 1 FLAG 1967) und die Voraussetzung des Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) als gegeben anzusehen ist, besteht ein (von der Erwerbstätigkeit des Vaters in Österreich, auf die die österreichischen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, abgeleiteter) grundsätzlicher (und zufolge Haushaltsführung primärer) Anspruch der Mutter auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder auf Ausgleichszahlung in Österreich. Der Familienleistungsanspruch des in Österreich erwerbstätigen Familianteils (hier: des Vaters) wird nach § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 i.V.m. Art. 67 VO 883/2004 und Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO 987/2009 durch den vorrangigen Familienleistungsanspruch des in einem anderen Mitgliedstaat der Union (des EWR oder in der Schweiz) mit den Kindern im gemeinsamen Haushalt lebenden Familianteils (hier: der Mutter) verdrängt (vgl. BFH 28.4.2016, III R 68/13).

Im Bezug auf den von dem erwerbstätigen Vater abgeleiteten Anspruch auf österreichische Leistungen kommt es nicht darauf an, dass auf einen allfälligen originären Anspruch der Mutter die bulgarischen Rechtsvorschriften anzuwenden sind. Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 ordnet nämlich ausdrücklich an, dass bei der Anwendung von Art. 67 und Art. 68 VO 883/2004, "insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie

in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen." Daher kann die unter die bulgarischen Rechtsvorschriften fallende Mutter den Anspruch des unter die österreichischen Rechtsvorschriften fallenden Vaters nach Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 geltend machen.

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

Da im Anwendungsbereich des Unionsrechts die Wohnortklausel unbeachtlich ist, hätten grundsätzlich sowohl der Vater als auch die Mutter als Elternteile Anspruch auf Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag).

§ 2 Abs. 2 FLAG 1967 i.V.m. § 2 Abs. 3 FLAG 1967 und § 2a FLAG 1967 regelt die Reihenfolge des Anspruchs nach § 2 Abs. 1 FLAG 1967.

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

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

Diese Grundsätze sind auch auf Fälle mit Unionsrechtsbezug anzuwenden, um eine unionsrechtlich unzulässige Diskriminierung zu vermeiden:

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

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

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

Gehört der andere Elternteil auch bei auswärtiger Beschäftigung weiterhin dem Haushalt des Kindes an, käme es auf die überwiegende Unterhaltskostentragung nicht an. Wenn ein Elternteil, wie hier der Fall, vom anderen Elternteil und vom Kind getrennt lebt, käme es dazu, dass bei einer Auslegung, die nur auf die überwiegende Kostentragung des getrennt lebenden Elternteils abstellt, in den keineswegs seltenen Fällen, dass der nicht haushaltzugehörige Elternteil aus welchen Gründen immer nicht die überwiegenden Unterhaltskosten trägt, für das Kind vom Beschäftigungsmitgliedstaat keinerlei Familienleistungen erbracht werden, obwohl bei einem ausschließlich national zu beurteilenden Sachverhalt in diesem Fall Familienleistungen dem haushaltsführenden Elternteil zuständen.

§ 2 Abs. 2 FLAG 1967 ist daher unionsrechtskonform (Art. 67 VO 883/2004 und Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO 987/2009) diskriminierungsfrei auszulegen, dass bei einer in einem anderen Mitgliedstaat der Union (Vertragsstaat des EWR oder in der Schweiz) wohnenden Familie, die unter die VO 883/2004 fällt, im Fall der Haushaltzugehörigkeit zu einem Elternteil für das haushaltzugehörige Kind unter denselben Voraussetzungen Familienbeihilfe bezogen werden kann, wie wenn diese Familie in Österreich wohnt (vgl. etwa BFG 9.4.2018, RV/7101954/2016; BFG 6.6.2018, RV/7100050/2016).

Haushaltzugehörigkeit zur Mutter

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

Die Bedingungen einer Haushaltzugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG 1967 näher umschrieben. Demnach kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an (vgl. VwGH 20.4.1995, 95/13/0071; VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120; VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214).

Es steht fest, dass im Beschwerdezeitraum A G C und H G C bei ihrer Mutter D E F und nicht bei ihrem Vater A B C i.S.d. § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 haushaltzugehörig war.

Dass dem Vater das Haus, in dem Mutter und Söhne leben, gehört, führt nicht zu einer Haushaltzugehörigkeit wie auch nicht die polizeiliche Meldung in diesem Haus.

Der Vater wohnte im gemeinsamen Haushalt mit seiner Ehegattin in Österreich.

Selbst bei einer Haushaltzugehörigkeit ginge der Anspruch der Mutter gemäß § 2a Abs. 1 FLAG 1967 jenem des Vaters vor.

Anspruch der haushaltsführenden Mutter geht jenem des nicht haushaltzugehörigen Vaters vor

Da nach den getroffenen Feststellungen die Söhne dem Haushalt ihrer Mutter angehörten, kommt es - wie oben ausgeführt - auf die überwiegende Unterhaltskostentragung nicht an.

Der Anspruch der haushaltsführenden Mutter geht gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 jenem des nicht haushaltzugehörigen Vaters vor:

Bei gemeinsamer Haushaltsführung mit dem Kind stehen die Familienleistungen dem im Haushalt lebenden Elternteil zu. Nur bei getrennter Haushaltsführung ist die Feststellung der tatsächlichen Höhe der Unterhaltskosten sowie des Umstands, wer diese überwiegend getragen hat, erforderlich.

Es kann also dahingestellt bleiben, ob vom Vater im Beschwerdezeitraum, vom Finanzamt bestritten, tatsächlich die überwiegenden Unterhaltskosten getragen wurden. Es wären dazu die tatsächlichen Unterhaltsleistungen des Vaters und der Mutter sowie anderer Personen oder der öffentlichen Hand festzustellen gewesen, und auch die tatsächlichen Unterhaltskosten der Kinder (vgl. BFG 8.6.2015, RV/7100958/2015; BFG 18.10.2015, RV/7101655/2015; BFG 2.7.2016, RV/7102318/2015; u.a.; BFG 6.6.2018, RV/7100050/2016; VwGH 24.6.2010, 2009/16/0131 u.a.).

Teilentscheidung mittels Feststellung

Da, wie ausgeführt, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bzw. Ausgleichszahlung im Beschwerdezeitraum der haushaltsführenden Mutter zusteht, wäre der Antrag des Vaters grundsätzlich abzuweisen.

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

(gänzliche oder teilweise) ersatzlose Aufhebung des den Antrag abweisenden Bescheides für Monate, in denen (ganz oder teilweise) Familienbeihilfe zusteht, lauten (vgl. BFG 16.10.2015, RV/7100657/2015 oder BFG 13.7.2016, RV/7102305/2016).

Im gegenständlichen Fall ist zu beachten, dass gemäß Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009, das österreichische Finanzamt den vom Vater gestellten Antrag auf Ausgleichszahlung bzw. Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag), wenn und soweit diesem ein Anspruch der haushaltführenden Mutter vorgeht, zugunsten des Anspruchs der Mutter auf österreichische Familienleistungen zu berücksichtigen hätte (vgl. BFH 28.4.2016, III R 68/13; BFH 13.7.2016, XI R 7/15 u.v.a.; BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016; BFG 9.4.2018, RV/7101954/2016; BFG 6.6.2018, RV/7100050/2016).

Es ist zwar die Beschwerde des Vaters abzuweisen. Der Antrag des Vaters ist aber nicht abzuweisen, sondern ist dieser als Antrag zugunsten der Mutter zu berücksichtigen.

Das bedeutet, dass die Mutter nicht einen eigenen (Erst)Antrag gemäß § 10 Abs. 1 FLAG 1967 stellen muss, sondern der vom Vater gestellte Antrag zugunsten des Anspruchs der Mutter zu berücksichtigen ist. In Bezug auf die Verjährung gemäß § 10 Abs. 3 FLAG 1967 ist daher auf den Zeitpunkt des Einlangens des Antrags des Vaters (19.1.2015) abzustellen.

Im Fall einer Abweisung des Antrags des Vaters wäre das Verfahren mit dieser Abweisung abgeschlossen. Da der Antrag aber zugunsten der Mutter wirkt, kommt vorerst ein endgültiger Abspruch über diesen Antrag nicht in Frage.

Es ist daher gemäß § 92 BAO i.V.m. §§ 10, 13 FLAG 1967 und Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 festzustellen, dass einerseits ein Anspruch des Vaters A B C auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder auf Ausgleichszahlung betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den im April 2001 geborenen A C und den im Februar 1997 geborenen H C jeweils für den Zeitraum Jänner 2015 bis November 2015 nicht besteht, sowie dass andererseits der Antrag der Antrag des Vaters A B C vom 19.1.2015 auf Ausgleichszahlung für den im April 2001 geborenen A C und den im Februar 1997 geborenen H C als derartiger Antrag zugunsten der Mutter D E F zu berücksichtigen ist.

Revisionszulassung

Eine Revision ist nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, wenn ein Erkenntnis von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Revision wird zu den in der Judikatur des Bundesfinanzgerichts unterschiedlich beantworteten Fragen, a) ob ein Anspruch der in einem anderen Mitgliedstaat lebenden haushaltführenden Mutter dem Anspruch eines in Österreich erwerbstätigen Vaters

vorgeht (etwa BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016, BFG 24.10.2016, RV/7101771/2015, BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015 oder BFG 6.6.2018, RV/7100050/2016 gegen BFG 8.11.2016, RV/7102424/2014) und b) ob bei Abweisung eines Antrags eines Familienangehörigen auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder auf Ausgleichszahlung betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag anstelle eines Abweisungsbescheids ein Feststellungbescheid zu erlassen ist, wenn dieser Antrag nach Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 als Antrag eines anderen Familienangehörigen, der bisher am Verfahren nicht beteiligt war, zu berücksichtigen ist (etwa BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015 oder BFG 6.6.2018, RV/7100050/2016 gegen BFG 24.10.2016, RV/7101771/2015; BFG 5.9.2017, RV/3100527/2017; BFG 31.5.2017, RV/5100349/2016) zugelassen (vgl. etwa BFG 9.4.2018, RV/7101954/2016).

Information der Abgabenbehörde

Eine Ausfertigung des Erkenntnisses wird dem Finanzamt Baden Mödling unter Hinweis auf bisher nicht geprüften Lebenshaltungskosten des Bf gemäß §§ 2, 2a, 114 BAO als Kontrollmitteilung zur Kenntnis gebracht.

Wien, am 26. Juni 2018