

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R in der Beschwerdesache BF, über die Beschwerde vom 25.07.2014 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Braunau Ried Schärching vom 16.07.2014 zu VNR, mit dem ein Antrag auf Gewährung von Differenzzahlungen (Ausgleichszahlungen) im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 für das Kind K für den Zeitraum von September 2013 bis Dezember 2013 abgewiesen wurde, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin ist rumänische Staatsbürgerin, war in Österreich kurzfristig selbst als Pflegekraft tätig und vermittelt seit Oktober 2013 rumänische Pflegerinnen. Die Gewerbeberechtigung lautete zunächst (31.10.2013 bis 8.9.2016) auf Vermittlung von Werk- und Dienstleistungsverträgen an Befugte unter Ausschluss der Übernahme von Aufträgen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung sowie ausgenommen näher angeführte Vermittlungstätigkeiten. Seit dem 8.9.2016 lautet das Gewerbe: Organisation von Personenbetreuung.

Mit einem am **20.2.2014** unterfertigten und am 3.3.2014 persönlich beim Finanzamt eingereichten Formblatt Beih 38 stellte die Beschwerdeführerin einen **Antrag** auf Gewährung einer Differenzzahlung im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 für ihren Sohn K.

In diesem Formblatt gab die Beschwerdeführerin an, dass sie am 20.8.2013 aus Rumänien nach Österreich eingereist sei. Sie lebe (vom Kindesvater KV) dauernd getrennt. Sie sei in Österreich seit 6.9.2013 selbständig erwerbstätig. Als Beschäftigungsorte wurden zwei näher bezeichnete inländische Adressen angeführt.

Zum Ehegatten hielt das Finanzamt in einem anlässlich der persönlichen Abgabe des Formblattes auf diesem angelegten Aktenvermerk vom 3.3.2014 fest, dass der Ehegatte

in Rumänien als Polizist beschäftigt sei. Die Kindeseltern würden in Scheidung leben, „überwiegende Kostentragung nicht gegeben“. Das Kind sei derzeit noch in Rumänien, da der Kindesvater dessen Ausreise verweigere, „gemeinsamer Wohnsitz in Rumänien“.

Der Kindesvater gab auf diesem Formblatt folgende mit 20.2.2014 datierte Verzichtserklärung ab: „Ich verzichte auf die mir gemäß § 2a Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 vorrangig zustehende Ausgleichszahlung für das/die umseits angeführte(n) Kind(er) zugunsten der antragstellenden Person.“

Zu dem am 26.12.2003 geborenen Kind gab die Beschwerdeführerin an, dass dieses in Rumänien wohne und dort die Grundschule (von 2010 bis 2018) besuche. Sie finanziere monatlich die überwiegenden Kosten.

Das Finanzamt sendete am 22.4.2014 die Formblätter E 401 und E 411 an die zuständige rumänische Behörde und forderte weiters mit **Vorhalt vom 22.4.2014** die Beschwerdeführerin zur Vorlage folgender Unterlagen auf: Meldebestätigung, Pflegeverträge und Honorarnoten ab September 2013, Vorschreibungen und Zahlungsbelege über eingezahlte Sozialversicherungsbeiträge, Schulbestätigung für das Kind (mit Übersetzung).

In der Familienstandsbescheinigung (E 401) wird festgestellt, dass die Beschwerdeführerin vom Kindesvater getrennt lebt, und das Kind beim erwerbstätigen Kindesvater in Rumänien an einer näher bezeichneten Adresse lebt.

In der Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen im Wohnmitgliedsstaat (E 411) wurde vom zuständigen rumänischen Träger am 23.6.2014 bestätigt, dass der Kindesvater in der Zeit von 1.8.2013 bis laufend (30.6.2014) Familienleistungen in Höhe von insgesamt 462 LEI (monatlich 42 LEI) bezogen hat.

Zum Vorhalt vom 22.4.2014 wurden von der Beschwerdeführerin die geforderte Meldebestätigung, Vorschreibungen und Zahlungsbelege über eingezahlte Sozialversicherungsbeiträge sowie eine Schulbesuchsbestätigung des Gymnasiums in T betreffend das Schuljahr 2013/2014 vorgelegt. Demnach besuchte das Kind im Schuljahr 2013/2014 die dortige 4. Klasse. Wann diese Unterlagen eingereicht wurden, ist den vorgelegten Aktenteilen nicht eindeutig zu entnehmen.

Mit **Bescheid vom 16.7.2014** wies das Finanzamt den am 3.3.2014 eingelangten Antrag auf Gewährung der Differenzzahlungen (Ausgleichszahlungen) für den Zeitraum September 2013 bis Dezember 2013 ab, und begründete dies wie folgt: „Da Sie trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht eingebracht haben und dadurch Ihrer Mitwirkungspflicht nach § 115 Bundesabgabenordnung nicht nachgekommen sind, muss angenommen werden, dass im oben genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden hat bzw. besteht. Da die Unterlagen wie Pflegeverträge und Honorarnoten nicht vorgelegt wurden, war Ihr Antrag abzuweisen!“

Gegen diesen Bescheid richtet sich die **Beschwerde vom 25.7.2014**, eingelangt am 1.8.2014. Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin aus: "Zunächst ist festzustellen, dass es überhaupt nur einen Pflegevertrag und eine einzige Honorarnote gibt was die Ausübung der Tätigkeit als Personenbetreuerin betrifft, da ich bereits im Oktober 2013 ein weiteres Gewerbe (Vermittlung von Werk- und Dienstleistungsverträgen) angemeldet und fortan ausschließlich dieses ausgeübt habe. Es wurden zwar bereits im November und Dezember 2013 Einnahmen aus diesem Gewerbe generiert, Zahlungseingänge haben indes jedoch erst ab Januar 2014 stattgefunden. Diesbezüglich liegt dem Finanzamt ja auch mein Quartalsabschluss Januar mit März 2014, eingereicht von meiner Buchhalterin E, vor. Bereits am 22.04.2014 wurde dieser Umstand telefonisch mit einem Mitarbeiter des Finanzamtes Braunau erörtert, dieser hat mich sodann aufgefordert, lediglich den "neuen" Gewerberegisterauszug (Vermittlung von Werk- und Dienstleistungsverträgen) einzureichen, was auch unverzüglich gemacht wurde. Ihr Mitarbeiter meinte ferner, dass ich seitens des Finanzamtes darüber informiert würde, wenn dies nicht ausreichend sei. Zudem möchte ich betonen, dass dieser eine Pflegevertrag (nebst weiteren Unterlagen, wie Personalausweis, Geburtsurkunde K, Meldezettel, etc.) - unter Zeugen! - bereits am 03.03.2014 bei Antragstellung Ihrer Mitarbeiterin vorgelegt wurde. Die Unterlagen wurden somit eingebracht und ich bin meiner Mitwirkungspflicht nach § 115 Bundesabgabenverordnung sehr wohl nachgekommen. Nichts desto trotz füge ich diesem Schreiben erneut den Pflegevertrag und die Honorarnote, sowie den "neuen" Gewerbeschein an."

Dazu legte die Beschwerdeführerin einen Werkvertrag über Leistungen in der Personenbetreuung gemäß § 159 GewO vom 10.8.2013 sowie die zugehörige Honorarnote vom 11.9.2013 vor. Ferner wurde der erwähnte Gewerberegisterauszug übermittelt. Aktenkundig sind ferner eine Fülle von Honorarnoten der von der Beschwerdeführerin betriebenen „XY“ betreffend erfolgreich vermittelte Werkverträge.

In einem weiteren **Vorhalt vom 23.10.2014** wies das Finanzamt die Beschwerdeführerin darauf hin, dass sie nach ihren Angaben vom Kindesvater getrennt lebe. Ihr Sohn lebe beim Kindesvater, da dieser die Ausreise (des Kindes) nach Österreich verweigere. Es wären daher von der Beschwerdeführerin Nachweise betreffend ihre überwiegende Kostentragung und Zahlungsbelege über Unterhaltszahlungen für den Zeitraum „ab Oktober 2013 bis laufend“ vorzulegen.

Dazu legte die Beschwerdeführerin mit **E-Mail vom 13.11.2014** eine eidesstattliche Erklärung des Kindesvaters samt Übersetzung vor, in welcher dieser erklärt, dass er mit seinem Sohn an einer näher bezeichneten Anschrift in Rumänien „wohne und diesen pflege, in der Zeitspanne in der er in der Schule ist“. Ferner bestätigt der Kindesvater, dass die Beschwerdeführerin „aus finanzieller Sicht alle Kosten des Kindes in dieser Zeitspanne versichert“.

Weiters führte die Beschwerdeführerin in der E-Mail aus, dass es keine Zahlungsbelege über Unterhaltszahlungen gäbe, da nahezu sämtliche notwendigen Anschaffungen, z.B. Kleidung, Schulartikel, Spielsachen, etc., von ihr in Österreich eingekauft und

nach Rumänien verbracht würden. Beruflich bedingt befinde sie sich zwei bis dreimal pro Monat selbst in Rumänien (sie betreibe ja eine Agentur für die Vermittlung von Personenbetreuern mit rumänischen Pflegerinnen), bei dieser Gelegenheit würden von ihr auch Einkäufe für Lebensmittel, Hygieneartikel, etc. ihren Sohn betreffend sowohl in Österreich, als auch in Rumänien vorgenommen. Auch ein Taschengeld werde ihrem Sohn von ihr bei dieser Gelegenheit bar ausgehändigt. Geldleistungen an ihren Ehemann im Sinne von Unterhaltszahlungen fänden also nicht statt.

Daraufhin wies das Finanzamt mit **Beschwerdevorentscheidung vom 17.11.2014** die Beschwerde als unbegründet ab. Vom Vorliegen einer überwiegenden Kostentragung durch einen Elternteil könne nur dann ausgegangen werden, wenn von diesem der Unterhalt des Kindes mindestens in Höhe der Familienbeihilfe (einschließlich des Kinderabsetzbetrages) bestritten werde. Da die Beschwerdeführerin trotz Aufforderung nicht nachgewiesen habe, in welcher Höhe sie die Unterhaltskosten für das Kind trage, sei die Beschwerde abzuweisen gewesen.

Dagegen richtet sich der **Vorlageantrag vom 2.12.2014**. Bereits am 13.11.2014 habe die Beschwerdeführerin mittels eidesstattlicher Versicherung ihres Ehemannes dargelegt, dass sie überwiegend die Unterhaltskosten für das Kind gemäß § 2 Abs. 2 FLAG trage. Diese eidesstattliche Versicherung allein besage schon, dass sie den Unterhalt für das Kind mindestens in Höhe der Familienbeihilfe einschließlich des Kinderabsetzbetrages bestreite. Mit gesondertem Schreiben würden auch entsprechende Belege vorgelegt, die die eidesstattliche Versicherung ihres Ehemannes unterstreichen und belegen, dass sie überwiegend den Unterhalt ihres Sohnes bestreite.

Dazu legte die Beschwerdeführerin mit diesem „gesonderten Schreiben“ eine Reihe von Einkaufsrechnungen aus dem Zeitraum 21.1.2014 bis 3.12.2014 sowie von Bestätigungen des Kindesvaters über von der Beschwerdeführerin im Jahr 2014 erhaltene Geldbeträge zur Versorgung des Kindes vor, und erstattete weiteres Vorbringen, warum sie die überwiegenden Kosten für das Kind trage.

Am 22.12.2014 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor.

Der für die Erledigung der Beschwerde zuständig gewesene Richter trat mit 1.9.2017 in den Ruhestand. Aufgrund einer Verfügung des Geschäftsverteilungsausschusses des Bundesfinanzgerichtes vom 2.10.2017 wurde in weiterer Folge die Gerichtsabteilung des erkennenden Richters für die Erledigung der Beschwerde zuständig.

Beweiswürdigung

Aufgrund der Angaben der Beschwerdeführerin, der Erklärungen des Kindesvaters sowie den zitierten Aktenteilen steht fest, dass das anspruchsvermittelnde Kind im beschwerdegegenständlichen Zeitraum (September bis Dezember 2013) beim Kindesvater in Rumänien gewohnt und dort die Schule besucht hat. Die Beschwerdeführerin lebte in diesem Zeitraum vom Kindesvater getrennt. Die

Beschwerdeführerin war in Österreich selbständig erwerbstätig, der Kindesvater in Rumänien als Polizist (nichtselbständig) beschäftigt.

Rechtslage und Erwägungen

Sache des Beschwerdeverfahrens

Gemäß § 279 Abs. 1 BAO hat das Verwaltungsgericht (außer in den Fällen des § 278) immer in der Sache selbst mit Erkenntnis zu entscheiden. Es ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung seine Anschauung an die Stelle jener der Abgabebehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern, aufzuheben oder die Bescheidbeschwerde als unbegründet abzuweisen. Diese Bestimmung entspricht inhaltlich dem für Berufungsentscheidungen bisher geltenden § 289 Abs. 2 BAO. Die Änderungsbefugnis ist durch die Sache begrenzt. Sache ist die Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches erster Instanz gebildet hat (Ritz, BAO-Kommentar, 5. Auflage, § 279 Tz 10 mit Hinweis auf VwGH 29.7.2010, 2009/15/0152; VwGH 27.9.2012, 2010/16/0032 und VwGH 25.4.2013, 2012/15/0161). Im Spruch des angefochtenen Bescheides hat das Finanzamt den Antrag auf Gewährung von Differenzzahlungen (Ausgleichszahlungen) für den Zeitraum September 2013 bis Dezember 2013 abgewiesen. Damit ist auch die Entscheidungsbefugnis des Bundesfinanzgerichtes auf diesen Zeitraum beschränkt.

Nationales Recht

Gemäß § 2 Abs. 1 FLAG haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, unter den in lit. a bis l genannten Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige bzw. volljährige Kinder.

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

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,
- c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).

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

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.

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 (§ 2a Abs. 1 FLAG).

In diesen Fällen 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 (§ 2a Abs. 2 FLAG).

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.

Unionsrecht

Die Verordnung (EG) 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit bestimmt auszugsweise:

Art. 2 (1): Diese Verordnung gilt 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.

Art. 4: Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

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

Art. 11: (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: 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 trifft folgende Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen, wenn für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren sind:

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

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

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

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

ii) bei Ansprüchen, die durch den Bezug einer Rente ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass nach diesen Rechtsvorschriften eine

Rente geschuldet wird, und subsidiär gegebenenfalls die längste Dauer der nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;

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

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

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

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

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

Art. 60 Abs. 1 der Verordnung (EG) 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) 883/2004 lautet: Die Familienleistungen werden bei dem zuständigen Träger beantragt. Bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung ist, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen. Nimmt eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahr, berücksichtigt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, einen Antrag auf Familienleistungen, der von dem anderen Elternteil, einer als Elternteil behandelten Person oder von der Person oder Institution, die als Vormund des Kindes oder der Kinder handelt, gestellt wird.

Die Beschwerdeführerin, der Kindesvater und das im angefochtenen Rückforderungsbescheid genannte Kind sind rumänische Staatsbürger und damit

Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Europäischen Union, sodass für sie die Verordnung (EG) 883/2004 gilt.

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. Z 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. VwGH 27.9.2012, 2012/16/0066).

Die Beschwerdeführerin war im beschwerdegegenständlichen Zeitraum in Österreich selbständig erwerbstätig, der Kindesvater in Rumänien als Polizist nichtselbständig erwerbstätig. Die Beschwerdeführerin unterliegt daher gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung (EG) 883/2004 den österreichischen, der Kindesvater nach derselben Bestimmung den rumänischen Rechtsvorschriften. Nach den zitierten Prioritätsregeln des Art. 68 der Verordnung (EG) 883/2004 ist daher Rumänien primär und Österreich subsidiär (für die allfällige Gewährung einer Differenzzahlung) zuständig.

Zu den oben zitierten Bestimmungen der Art. 67 der Verordnung (EG) 883/2004 und Art. 60 Abs. 1 der Verordnung (EG) 987/2009 hat der EuGH in seiner Entscheidung vom 22.10.2015, C-378/14 (Tomislaw Trapkowski) ausgesprochen:

³⁸ *Aus Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 in Verbindung mit Art. 60 Abs. 1 der Verordnung Nr. 987/2009 ergibt sich zum einen, dass eine Person Anspruch auf Familienleistungen auch für Familienangehörige erheben kann, die in einem anderen als dem für ihre Gewährung zuständigen Mitgliedstaat wohnen, und zum anderen, dass die Möglichkeit, Familienleistungen zu beantragen, nicht nur den Personen zuerkannt ist, die in dem zu ihrer Gewährung verpflichteten Mitgliedstaat wohnen, sondern auch allen „beteiligten Personen“, die berechtigt sind, Anspruch auf diese Leistungen zu erheben, zu denen die Eltern des Kindes gehören, für das die Leistungen beantragt werden.*

³⁹ *Folglich lässt sich, da die Eltern des Kindes, für das die Familienleistungen beantragt werden, unter den Begriff der zur Beantragung dieser Leistung berechtigten „beteiligten Personen“ im Sinne von Art. 60 Abs. 1 der Verordnung Nr. 987/2009 fallen, nicht ausschließen, dass ein Elternteil, der in einem anderen als dem zur Gewährung dieser Leistungen verpflichteten Mitgliedstaat wohnt, diejenige Person ist, die, sofern im Übrigen alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind, zum Bezug dieser Leistungen berechtigt ist.*

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

⁴¹ *Nach alledem ist Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 987/2009 dahin auszulegen, dass die in dieser Bestimmung vorgesehen Fiktion dazu führen kann, dass der Anspruch auf Familienleistungen einer Person zusteht, die nicht in dem Mitgliedsstaat wohnt, der für die Gewährung der Leistung zuständig ist, sofern alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind, was vom dem vorlegenden Gericht zu prüfen ist.*

⁴⁴ *Welche Personen Anspruch auf Familienleistungen haben, bestimmt sich nämlich, wie aus Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 klar hervorgeht, nach dem nationalen Recht.*

Das Unionsrecht selbst vermittelt somit keinen originären Anspruch auf nationale Familienleistungen. Es ist nach wie vor Sache der Mitgliedstaaten, wem sie unter welchen Voraussetzungen wie lange Familienleistungen zuerkennen. Das Unionsrecht verlangt allerdings im Allgemeinen, dass diese Zuerkennung diskriminierungsfrei erfolgen muss, und im Besonderen, dass die Familienangehörigen einer Person, die in den Anwendungsbereich der Verordnung (EG) 883/2004 fällt, so zu behandeln sind, als hätten alle Familienangehörigen ihren Lebensmittelpunkt in dem Mitgliedstaat, der Familienleistungen gewähren soll.

Die nach Art. 67 der Verordnung (EG) 883/2004 in Verbindung mit Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) 987/2009 vorzunehmende Fiktion bewirkt, dass die Wohnsituation auf Grundlage der im Streitzeitraum im anderen EU-Mitgliedstaat gegebenen Verhältnisse (fiktiv) ins Inland übertragen wird. Diese Fiktion besagt aber nur, dass zu unterstellen ist, dass alle Familienangehörige im zuständigen Mitgliedstaat wohnen. Ob etwa ein gemeinsamer Haushalt besteht, ist dagegen sachverhaltsbezogen festzustellen.

Es ist daher nach nationalem Recht zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin einen Beihilfenanspruch hat, wobei lediglich zu fingieren ist, dass alle Familienangehörigen in Österreich wohnen (weshalb – wie bereits oben ausgeführt – die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen des FLAG außer Acht zu lassen sind).

§ 2 Abs. 2 erster Satz FLAG stellt hinsichtlich des Familienbeihilfenanspruches primär auf die Haushaltszugehörigkeit mit einem Kind ab und nur subsidiär (§ 2 Abs. 2 zweiter Satz) darauf, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. Einem Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des zweiten Satzes des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 steht der ausschließliche Anspruch einer Person, bei der das Kind im strittigen Zeitraum haushaltszugehörig war, zwingend entgegen (VwGH 25.2.1987, 86/13/0158).

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört. Wie sich aus § 2 Abs. 2 FLAG ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit an. Dabei geht das Gesetz

erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß § 7 FLAG für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt, andererseits gibt es unter dem Gesichtspunkt "Haushaltszugehörigkeit" keine Regelungen über eine Reihung von potentiell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit. Lediglich dann, wenn das Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, kennt das FLAG den "Konkurrenzfall", der in § 2a geregelt ist (z.B. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058 mit Hinweis auf VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120).

Das minderjährige Kind besuchte im beschwerdegegenständlichen Zeitraum (September bis Dezember 2013) die Grundschule in Rumänien und wohnt in dieser Zeit beim Kindesvater. Die Beschwerdeführerin lebte in dieser Zeit nach ihren Angaben vom Kindesvater dauernd getrennt, es lag daher kein gemeinsamer Haushalt in Rumänien mehr vor.

Mangels gemeinsamen Haushaltes der Kindeseltern im beschwerderelevanten Zeitraum kommt die Bestimmung des § 2a FLAG nicht zur Anwendung, sodass auch die vom Kindesvater am Antragsformular abgegebene Verzichtserklärung im Sinne des § 2a FLAG keine Rechtswirkungen entfaltet (vgl. VwGH 21.9.2009, 2009/16/0081 mit Hinweis auf VwGH 28.2.2002, 2001/15/0207). Anspruch auf Familienbeihilfe kommt in diesem Fall jener Person zu, zu dessen Haushalt das Kind gehört, somit der Person, die bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dem Kind teilt.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hängt die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung im Sinne des § 2 Abs. 5 FLAG teilt, ganz wesentlich davon ab, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtigt, und zwar jedenfalls dann, wenn die betreffende Person die üblicherweise mit diesen Nächtigungen in Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen (z.B. Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt (VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120). Dass das Kind im beschwerdegegenständlichen Zeitraum in der Wohnung des Kindesvaters nächtigte, wurde auch von der Beschwerdeführerin nicht in Abrede gestellt. Da sich die Beschwerdeführerin nach ihren Angaben aufgrund ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit überwiegend in Österreich aufgehalten hat, steht auch fest, dass der Kindesvater in diesem Zeitraum die mit den Nächtigungen seines Sohnes in seiner Wohnung verbundenen altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen erbracht hat.

Was der Gesetzgeber unter „einheitlicher Wirtschaftsführung“ im Sinne des § 2 Abs. 5 FLAG versteht, ist weder den Materialien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (549 der Beilagen XI. GP), noch den Materialien zu den Vorläufergesetzen (45 der Beilagen VI. GP zum Kinderbeihilfengesetz vom 16.12.1949, BGBl. Nr. 31/1950 und 419 der Beilagen VII. GP zum Familienlastenausgleichsgesetz vom 15.12.1954, BGBl. Nr. 18/1955) zu entnehmen. Voraussetzung für die Haushaltszugehörigkeit eines Kindes ist nach herrschender Ansicht eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft. Eine einheitliche Wirtschaftsführung setzt voraus, dass die Kinder im Rahmen der dem Haushalt zur

Verfügung stehenden Mittel entsprechend bedacht und damit der elterlichen Obsorge teilhaft werden (Durchführungsrichtlinien zum FLAG, Punkt 02.05.2 mit Hinweis auf VwGH 19.10.1960, 1509/58). Nicht maßgebend ist in diesem Zusammenhang, wer die Mittel für die Führung des Haushaltes zur Verfügung stellt. Diese Mittel können demnach auch von Personen, die dem Haushalt nicht (mehr) angehören, stammen. Es kommt lediglich darauf an, dass über diese Mittel im Rahmen der „einheitlichen Wirtschaftsführung“ verfügt wird. Die Bedürfnisse des Kindes müssen daher in dieser einheitlichen Wirtschaftsführung entsprechend Berücksichtigung finden (Wittmann-Galletta, Kommentar zu § 2 FLAG, Seite 11). Auch aus dem Vorrang der Haushaltszugehörigkeit vor der Kostentragung in § 2 Abs. 2 FLAG ergibt sich, dass eine gemeinsame Wirtschaftsführung nicht voraussetzt, dass die finanziellen Mittel, die im Haushalt zur Verfügung stehen und verwendet werden, auch von der haushaltsführenden Person selbst erarbeitet werden müssen. Vielmehr ist die Herkunft der finanziellen Mittel nicht ausschlaggebend und spielt es daher keine Rolle, ob diese durch eigenes Erwerbseinkommen, Transfer- oder Unterstützungsleistungen von Versicherungen, der öffentlichen Hand oder dritten Personen oder aus vorhandenem Vermögen lukriert werden. Entscheidend ist ausschließlich, ob die im Haushalt vorhandenen finanziellen Mittel für das gemeinsame Zusammenleben verwendet werden. Bei getrennt lebenden Elternteilen steht die Familienbeihilfe jenem Elternteil zu, bei dem das Kind lebt; dies auch dann, wenn der andere Elternteil sämtliche Lebenshaltungskosten (z.B. in Form von Unterhaltszahlungen) bestreitet (vgl. BFG 11.7.2014, RV/3100595/2012; in diesem Sinne auch VwGH 16.3.1989, 89/14/0002: die vom Kindesvater geleisteten Unterhaltsbeträge für Frau und Kind vermögen an der Haushaltszugehörigkeit des Kindes bei der Mutter nichts zu ändern). Anders formuliert: Der Gesetzgeber hat eben gerade nicht normiert, dass ein Kind nur dann zum Haushalt einer bestimmten Person gehören soll, wenn nicht eine dem Haushalt nicht (mehr) angehörige Person den überwiegenden Unterhalt für das Kind leistet. Zusammengefasst bedeutet dies für den Beschwerdefall: Auch wenn die Beschwerdeführerin bei ihren Besuchen in Rumänien den Haushalt des Kindesvaters mit Lebensmitteln, Kleidung, Schulartikeln, sonstigen Gütern des täglichen Bedarfs sowie Bargeldebeträgen versorgt hat, damit diese Gegenstände vom Kindesvater zum Wohl des Kindes verwendet werden, ändert dies nichts an der Zugehörigkeit des Kindes zum Haushalt des Kindesvaters, der diese Gegenstände zu einer der Versorgung des Kindes dienenden Wirtschaftsführung verwendet hat.

Da im gegenständlichen Fall im beschwerdegegenständlichen Zeitraum aufgrund der Zugehörigkeit des Kindes zum Haushalt des Kindesvaters ein vorrangiger Anspruch desselben gegeben war, welcher dem Anspruch der Beschwerdeführerin nach der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zwingend entgegensteht, erweist sich der angefochtene Bescheid als rechtmäßig und war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes

abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Da im gegenständlichen Verfahren die entscheidungsrelevanten Rechtsfragen bereits ausreichend durch die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geklärt sind, und die Entscheidung von dieser Rechtsprechung nicht abweicht, ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

Linz, am 4. Jänner 2018