

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde des A B, Adresse\_Ö, vom 18.5.2015, eingebracht 19.5.2015, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf, 1030 Wien, Marxergasse 4, vom 27.4.2015, mit welchem der Antrag vom 19.1.2015 auf Ausgleichszahlung für den im Oktober 1996 geborenen C B für den Zeitraum Jänner 2012 bis Dezember 2014 abgewiesen wurde, Sozialversicherungsnummer X, im Umfang der Anfechtung durch den Vorlageantrag vom 16.11.2015, also hinsichtlich des Zeitraumes Jänner 2012 bis Oktober 2012, 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, Adresse\_Ö, auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder auf Ausgleichszahlung betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den im Oktober 1996 geborenen C B für den Zeitraum Jänner 2012 bis Oktober 2012 nicht besteht,

2. dass der Antrag des Vaters A B vom 19.1.2015 auf Ausgleichszahlung für den im Oktober 1996 geborenen C B als derartiger Antrag zugunsten der Mutter D B zu berücksichtigen ist,

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

## Entscheidungsgründe

### Abweisungsbescheid

Mit Bescheid vom 27.4.2015 wies das Finanzamt den Antrag des Beschwerdeführers (Bf) A B vom 19.1.2015 auf Ausgleichszahlung für den im Oktober 1996 geborenen C B für den Zeitraum Jänner 2012 bis Dezember 2014 ab. Begründend wurde ausgeführt:

*Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, 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.*

*Da kein gemeinsamer Haushalt zwischen ihnen und ihrem Sohn besteht und keine überwiegende Kostentragung (Unterhalt mindestens in Höhe der österreichischen Familienbeihilfe einschließlich Kinderabsetzbetrag) geleistet wird, war ihr Antrag auf Ausgleichszahlung lt. Art. 68a der Verordnung 883/2004 abzuweisen.*

### Beschwerde

Mit Schreiben vom 18.5.2015, am Finanzamt am 19.5.2015 eingelangt, legte der Bf Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid vom 27.4.2015 ein:

*Gegen den oben angeführten Bescheid erhebe ich innerhalb offener Frist Berufung*

*und begründe diese wie folgt:*

*In Ihren Abweisungshescheid vom 27.04.2015 wurde als Abweisungsgrund folgendes angegeben:*

- kein gemeinsames Haushalt mit meinem Sohn*
- zur niedrige Unterhaltskosten für meinem Sohn C*

*Ich gebe Ihnen bekannt, dass ich seit einigen Jahren mit meine Frau geschieden bin, seit damals wohnen wir getrennt. Mein Sohn C ist noch damals minderjährig gewesen, aufgrund dessen hat er ständig bei seine Mutter und meine Ex-Frau gewohnt. Mein Haus in Polen ist von Haus meiner Ex-Frau ca.ein Kilometer entfernt. Ich hin die ganze Zeit zwar in Österreich tätig gewesen, aber bei jedem Besuch in Polen (ca.jeder zweite Woche) habe ich am Wochenende meinem Sohn C bei mir gehabt. Er ist auch in Ferienzeit bei mir oft auf Besuch in Wien gewesen. Beim geschiedenen Ehepaare es ist oft unmöglich, dass man gemeinsamer Haushalt*

*pfllegt. Das bedeutet aber nicht, dass man bei anderen Gelegenheiten auf andere art und weise keinen gemeinsamen Haushalt hat.*

*Auch die monatlichen Unterhaltskosten sind nicht zu niedrig. Ich Überweise monatlich Alimente in der Höhe von 1.450,- Zloty (€ 362,50 ) für meinen Sohn und für meine Ex-Frau. In dem sind Alimente in der Höhe von € 200,- für meinem Sohn C enthalten ( siehe letzte Zahlungsbeleg im Anhang). Außer dem kaufe ich für meinen Sohn Kleidung und Sachen für die Schule, weil meine Ex-Frau nicht berufstätig ist und ihr Einkommen reicht für alle Ausgaben für das Kind nicht aus. Ich bin überzeugt, dass meine Ausgaben für meinen Sohn C weit über die Höhe der österreichischen Familienbeihilfe und Kindererhaltungsbetrag hinaus gehen.*

Der Beschwerde angefügt war ein Beleg über eine Zahlung von PLN 1.450,00 an D E B vom 4.5.2015, eine "Erklärung" des Bf, 34-600 Limanowa, Straße\_Vater, Polen, vom "72".(27.?).7.2013. Darin erklärt dieser, "Frau D B und dem Sohn C F B jeden Monat seit 29.07.2010 bis weiter den Betrag 1450 PLN" zu zahlen. "Die Quittungen habe ich." Weiters war eine Bescheinigung einer Schule in Limanowa vom 27.4.2015 beigelegt, aus der hervorgeht, dass C B, wohnhaft 34-600 Limanowa, Straße\_Mutter, im Schuljahr 2014/2015 Schüler der dritten Klasse der Fachschule ist. Planmäßiger Schulabschluss sei der 31.8.2015.

### **Beschwerdevorentscheidung**

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 19.10.2015 wurde der Beschwerde "teilweise, von November 2012 bis Dezember 2014 stattgegeben":

*Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, 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.*

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

*Da in Ihrem Fall sowohl das Kind als auch die Kindesmutter in Polen leben, besteht gemäß den Bestimmungen des FLAG 1967 kein Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe.*

*Auf Grund des Anwendungsvorranges von EU-Recht ist jedoch zu prüfen, ob nicht auf Grund von EU-Verordnungen Familienbeihilfenzahlungen für dieses Kind zu leisten wäre.*

*Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (ab 1.5.2010) 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 grundsätzlich jener Mitgliedstaat die Familienleistungen gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird.*

*Sind die Elternteile in verschiedenen Mitgliedstaaten erwerbstätig, trifft die vorrangige Verpflichtung zur Gewährung der Familienleistungen jenen Mitgliedsstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen (Kinder) wohnen.*

*Sind die Familienleistungen im anderen Mitgliedsstaat höher, besteht dort gegebenenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages (Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in Verbindung mit DVO (EG) 987/2009.*

*Der Artikel 68 a der Verordnung Nr. 883/2004 lautet:*

*„Verwendet die Person, der die Familienleistungen zu gewähren sind, diese nicht für den Unterhalt der Familienangehörigen, zahlt der zuständige Träger auf Antrag des Trägers im Mitgliedstaat des Wohnorts der Familienangehörigen, des von der zuständigen Behörde im Mitgliedstaat ihres Wohnorts hierfür bezeichneten Trägers oder der von dieser Behörde hierfür bestimmten Stelle die Familienleistungen mit befreiender Wirkung über diesen Träger bzw. über diese Stelle an die natürliche oder juristische Person, die tatsächlich für die Familienangehörigen sorgt.“*

*Diese Vorschrift dient der Erfüllung des Zweckes von Familienleistungen, der darin liegt, zum Unterhalt der Familienangehörigen beizutragen. Die Vorschrift sieht damit eine Regelung für den Fall vor, dass eine Person, an die die Leistungen normalerweise zu zahlen sind, diese nicht diesem Zweck entsprechend verwendet.*

*Lt. Aktenlage waren Sie im Abweisungszeitraum Jänner 2012 bis Dezember 2014 in Österreich berufstätig bzw. befanden sich in einer der Beschäftigung gleichgestellten Situation.*

*Ihr Sohn C besuchte in Polen die Schule und wohnte in dieser Zeit bei seiner Mutter (Haushaltszugehörigkeit).*

*Von Jänner bis Oktober 2012 wurden von Ihnen Unterhaltszahlungen in Höhe von monatlich PLN 750,-- (ca. € 170,-- bis € 182,--) und von November 2012 bis Dezember 2014 Unterhaltszahlungen in Höhe von monatlich PLN 850,-- (ca. € 195,-- bis € 208,--) nachgewiesen. Die österreichischen Familienleistungen betrugen in diesem Zeitraum jedoch € 189,30 (bzw. € 194,60 ab 7/2014) monatlich.*

*Da im Zeitraum Jänner bis Oktober 2012 weder ein gemeinsamer Haushalt, noch die überwiegende Unterhaltsleistung (zumindest in Höhe der österreichischen Familienleistungen - vgl. Art. 68a der EU-VO 883/2004) nachgewiesen wurde, haben Sie für diese Monate keinen Anspruch auf österreichische Familienleistungen.*

*Ihrer Beschwerde kann daher nur spruchgemäß stattgegeben werden.*

Die Beschwerdeentscheidung wurde dem Bf am 28.10.2015 zugestellt.

### **Vorlageantrag**

Mit Schreiben vom 16.11.2015, das am 17.11.2015 beim Finanzamt einlangte, stellte der Bf ersichtlich betreffend des abweisenden Teils der Beschwerdeentscheidung Vorlageantrag:

*In Ihrer Beschwerdeentscheidung vom 19.10.2015 wurde meiner Beschwerde vom 19.05.2015 nur teilweise ( von November 2012 bis Dezember 2014 ) stattgegeben.*

*Ich gebe Ihnen bekannt, dass ich in dem Zeitraum von Jänner 2012 bis Oktober 2012 für meinem Sohn C B die laufenden Unterhaltszahlungen in der Höhe von PLN 750," ( ca. € 170," bis € 182,- ) und von November 2012 bis laufend Unterhaltszahlungen in der Höhe von monatlich PLN 850,- ( ca. € 195,- bis € 208,- ) geleistet habe.*

*Außer diese regelmäßigen Unterhaltszahlungen habe ich für seine laufenden Ausgaben wie Bekleidung, Schulsachen, Schuhe usw. Barbeträge von PLN 200,- bis PLN 300,- ihn persönlich gegeben. Dieses Geld habe ich meinem Sohn C ab Jänner 2012 laufend gegeben. Die mir von Gericht vorgeschriebenen Unterhaltszahlungen haben wir ab November 2012 trotz dem erhöht.*

Beigefügt war eine "Erklärung" des Bf per Adresse Adresse\_Ö vom 30.10.2015:

*Ich benachrichtige hiermit: Ausser Bankkontosendung 850. 00 PLN für meinen Sohn C gebe ich ihm von Hand jeden Monat von Januar 2012 bis heute 200.00 PLN bis 300,00 PLN für Bekleidung, Schuhe und Schulgeräte.*

*Für meine Exgattin sende ich auf Konto 600,- PLN.*

Diese Erklärung ist vom Vater A B und vom Sohn C B unterfertigt.

### **Vorlage**

Mit Bericht vom 7.1.2016 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und gab dazu an:

*Sachverhalt:*

*Der Beschwerdeführer beantragte mit 19.1.2015 die Ausgleichszahlung 2012 bis 2014 für das in Polen bei der Kindesmutter lebende Kind.*

*Die Abweisung am 27.4.2015 erfolgte, da weder ein gemeinsamer Haushalt vorlag noch die überwiegende Kostentragung nachgewiesen wurde.*

*Im Rahmen der Beschwerde vom 19.5.2015 erfolgte der Nachweis der Höhe der Alimentationszahlungen und die Gewährung der vollen Ausgleichszahlung (kein Anspruch in PL wegen zu hohen Einkommens) für den Zeitraum November 2012 bis Dezember 2014, da die Unterhaltszahlungen die österreichischen Familienleistungen überstiegen (Art. 68a der VO Nr. 883/2004). Hinsichtlich des Zeitraumes Jänner bis Oktober wurde vom Bf. der Unterhalt des Kindes nicht mindestens in Höhe der Familienbeihilfe (inklusive Kinderabsetzbetrag, € 130,90 & € 58,40) bestritten, sodaß die Beschwerde diesbezüglich abgewiesen worden ist. Im Zuge des Vorlageantrages vom 16.11.2015 wurde vom Beschwerdeführer erstmals vorgebracht, daß er zusätzlich zu den regelmäßigen Unterhaltszahlungen seinem Kind auch "laufend" Barbeträge für laufende Ausgaben überreicht hätte (monatlich 200 bis 300 PLN).*

*Beweismittel:*

*Übersetzung eines Auszuges der gerichtliche Unterhaltsfestsetzung vom 17.8.2010 ("AZ-Antrag", S. 7/54); Übersetzung der gerichtlichen Ladung betreffend die Erhöhung der Alimente vom 21.9.2012 ("AZ-Antrag", S. 5/54); Überweisungsbestätigung der Bank ("Ergänzung zu Beschwerde", S. 4/6); Monatliche Umrechnung der Alimente in Euro ("Gegenüberstellung Alimente - Fb")*

*Stellungnahme:*

*Das erstmals im Zuge des Vorlageantrages vorgebrachte Vorbringen, der Bf. würde auch zusätzlich zu den Unterhaltszahlungen regelmäßig laufende Ausgaben des Kindes in bar begleichen, geht über die Behauptungsebene nicht hinaus. Da im Zeitraum Jänner bis Oktober 2012 der Bf. die Unterhaltskosten seines Kindes nicht überwiegend bzw. mindestens in Höhe der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages getragen hat und somit die Voraussetzung des Art. 68a der VO Nr. 883/2004 nicht erfüllt sind, wird beantragt, die Bescheidbeschwerde gem. § 279 Abs. 1 BAO als unbegründet abzuweisen (vgl. z.B. BFG GZ. RV/7104515/2014 vom 12.5.2015).*

## **Weiterer Akteninhalt**

Es ist die Erwerbstätigkeit des Vaters A B im Beschwerdezeitraum im Österreich und die Haushaltszugehörigkeit seines Sohns C B zur vom Vater getrennt lebenden Mutter D E B in Polen unstrittig. Daher kann die Darstellung des weiteren Inhalts des elektronisch vorgelegten Finanzamtsakts unterbleiben.

## **Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **Sachverhalt**

Der Vater A B, die Mutter D E B und deren Sohn C F B sind polnische Staatsbürger, daher Unionsbürger.

Im Beschwerdezeitraum arbeitete der Vater A B in Österreich und hatte eine Wohnung in Adresse\_Ö, Österreich, und eine Wohnung in 34-600 Limanowa, Straße\_Vater, Polen. Rund einen Kilometer von der Wohnung des Vaters entfernt befindet sich die Wohnung der Mutter D E B in 34-600 Limanowa, Straße\_Mutter, Polen. In der Wohnung der Mutter wohnte im Beschwerdezeitraum der damals in Limanowa eine Schule besuchende Sohn C F B. Der Sohn gehörte im Beschwerdezeitraum dem Haushalt der Mutter an.

Ungefähr jedes zweite Wochenende kehrte der Vater in seine Wohnung nach Polen zurück. An diesen Wochenenden wohnte der Sohn bei seinem Vater. Der Sohn besuchte auch seinen Vater in den Ferien in Wien. Der Vater leistete für seinen Sohn Unterhalt.

### **Beweiswürdigung**

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

Im Verwaltungsverfahren war die Höhe der Unterhaltsleistungen des Vaters strittig. Weitere Feststellungen durch das Bundesfinanzgericht können unterbleiben, da die haushaltsführende 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 Höchstausmaß 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 Lebensjahres 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 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.*

*(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:

*§ 3. (1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes*

(NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, oder nach § 54 des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 87/2012, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

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

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

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

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

§ 4 FLAG 1967 lautet:

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

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

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

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

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

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

*(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 Ausschlussgrund 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 haushaltszugehörige Familienmitglieder nicht österreichischer Staatsbürgerschaft einen Leistungsausschluss aus dem Familienlastenausgleich vorsehen.*

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

*§ 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.*

## **Verfahrensgegenstand**

Nach der teilweise stattgebenden Beschwerdeentscheidung des Finanzamts und der entsprechenden Einschränkung des Vorlageantrags auf den abweisenden Teil der Beschwerdeentscheidung ist nur mehr die Abweisung für den Zeitraum Jänner 2012 bis Oktober 2012 Gegenstand des Verfahrens.

## **Österreichische Rechtsvorschriften sind anzuwenden**

Wohnmitgliedstaat des Vaters, der Mutter und des Kindes ist Polen.

Beschäftigungsmitgliedstaat des Vaters war im Beschwerdezeitraum Polen. Die Mutter war im Beschwerdezeitraum arbeitslos. Es sind somit nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a VO 883/2004 betreffend einen Anspruch des Vaters die österreichischen Rechtsvorschriften anzuwenden.

Dagegen fallen die Mutter nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe e VO 883/2004 für einen eigenen, nicht vom Vater abgeleiteten Anspruch unter die polnischen 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 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).

### **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. Zuzufolge des in Art. 4 der Verordnung Nr. 883/2004 normierten Gleichbehandlungsgrundsatzes für Personen, für die diese Verordnung gilt, finden die durch den Anwendungsvorrang dieser Bestimmung verdrängten Bestimmungen des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG mit besonderen Voraussetzungen für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, keine Anwendung (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. September 2012, 2012/16/0066).*

## **Anzuwendende Rechtsvorschriften**

Der Gerichtshof hat in seinem oben zitierten Erkenntnis VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067, weiter ausgeführt:

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

*wenn keine andere Person nach § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG anspruchsberechtigt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Februar 2010, 2009/15/0205).*

Wie oben ausgeführt, fällt die Mutter nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe e VO 883/2004 hinsichtlich eines eigenen, nicht vom Vater abgeleiteten Anspruchs unter die polnischen Rechtsvorschriften. Es sind somit 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 haushaltsführenden 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).

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

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

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

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

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

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

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

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

Wenige Monate nach dieser Entscheidung des BFG hat der Gerichtshof der Europäischen Union zu einer vergleichbaren Konstellation mit Urteil EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomisław Trapkowski, ECLI:EU:C:2015:720, entschieden, dass der Familienbeihilfensanspruch 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 Hoeber 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 seines Sohnes 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, Kind) 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).

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).

### **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 der Sohn, die Mutter und der Vater anzusehen.

§ 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 stellt den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich auf die Haushaltszugehörigkeit mit einem Kind (als welches nach § 2 Abs. 3 FLAG 1967 auch ein Enkelkind zählt) ab und nur subsidiär (§ 2 Abs. 2 Satz 2 FLAG 1967) darauf, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. Auf die Unterhaltspflicht der diese Unterhaltskosten überwiegend tragenden Person kommt es nicht an (vgl. VwGH 27.9.2012, 2012/16/0054). Einem Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des zweiten Satzes des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 steht der ausschließliche Anspruch einer Person, bei der das Kind im strittigen Zeitraum haushaltszugehörig war, zwingend entgegen (VwGH 25.2.1987, 86/13/0158). Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann (vgl. VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214).

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 der Sohn dem Haushalt der Mutter angehört hat, die im Beschwerdezeitraum getrennt vom Vater des Kindes gelebt hat.

Da der Sohn dem Haushalt seiner Mutter in Polen angehörte, 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, erfüllt die Mutter D E B im Beschwerdezeitraum folgende Voraussetzungen für einen Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder für eine Ausgleichszahlung für den Sohn: Der Sohn C F hatte das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet (§ 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967), D E B ist die Mutter, (§ 2 Abs. 3 lit. a FLAG 1967), der Sohn war bei seiner Mutter und nicht bei seinem Vater haushaltszugehörig (§ 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).

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

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).

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 Trapkowski, 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 Trapkowski, 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 Familienteils (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 Familienteils (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 polnischen 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 polnischen 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 l 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 haushaltszugehörig, 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 haushaltszugehöriges Kind auch dann, wenn der nicht haushaltszugehörige andere Elternteil nicht überwiegend zu den Unterhaltskosten des Kindes beiträgt. Nach österreichischem Recht kommt es bei Haushaltszugehörigkeit 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 haushaltszugehörige 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 zustünden.

§ 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 Haushaltszugehörigkeit zu einem Elternteil für das haushaltszugehörige Kind unter denselben Voraussetzungen Familienbeihilfe bezogen werden

kann, wie wenn diese Familie in Österreich wohnt (vgl. etwa BFG 9.4.2018, RV/7101954/2016).

### **Haushaltszugehörigkeit 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 Haushaltszugehörigkeit 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 C B bei seiner Mutter D B und nicht bei seinem Vater A B i.S.d. § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 haushaltszugehörig war. Dass C B seinen Vater A B an zwei Wochenenden im Monat in Polen und in den Ferien in Österreich besucht hat, bedeutet im gegenständlichen Fall keine Haushaltszugehörigkeit zum Vater A B.

### **Anspruch der haushaltsführenden Mutter geht jenem des nicht haushaltszugehörigen Vaters vor**

Da nach den getroffenen Feststellungen der Sohn C B dem Haushalt der Mutter D B angehörte, 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 haushaltszugehörigen 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.; 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 Beschwerdeentscheidung 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 haushaltsführenden 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).

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, auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag oder auf Ausgleichszahlung betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den im Oktober 1996 geborenen C B für den Zeitraum Jänner 2012 bis Oktober 2012 nicht besteht, sowie dass andererseits der Antrag des Vaters A B vom 19.1.2015 auf Ausgleichszahlung für den im Oktober 1996 geborenen C B als derartiger Antrag zugunsten der Mutter D B 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 haushaltsführenden Mutter dem Anspruch eines in Österreich erwerbstätigen Vaters vorgeht (etwa BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016, BFG 24.10.2016, RV/7101771/2015 und BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015 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 Feststellungsbescheid 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 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).

Wien, am 6. Juni 2018