

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter M in der Beschwerdesache des L, Adresse, vertreten durch I, Adresse vom 17. Oktober 2017 gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling vom 4. Oktober 2017 betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für den Zeitraum Jänner bis Dezember 2016 für das Kind E zu Recht erkannt:

### I.

Die Beschwerde gegen den Bescheid vom 4. Oktober 2017 wird gemäß § 279 Abs. 1 Bundesabgabenordnung (BAO) abgewiesen.

### II.

Der angefochtene Bescheid hinsichtlich Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für den Zeitraum Jänner bis Dezember 2016 wird gemäß § 279 BAO dahingehend abgeändert, dass sein Spruch zu lauten hat:

1. Es wird gemäß § 92 BAO iVm §§ 10, 13 FLAG 1967 und Art. 60 Abs. 1 dritter Satz VO 987/2009 festgestellt, dass ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Familienleistungen für das Kind E für den Zeitraum Jänner bis Dezember 2016 nicht besteht,
2. der Antrag des Beschwerdeführers vom 12. April 2017 auf Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für das Kind E hinsichtlich des Zeitraums Jänner bis Dezember 2016 ist als Antrag zugunsten der Mutter des Kindes, Frau A in d 5, 0 ck, zu berücksichtigen.

### III.

Eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) unzulässig.

## **Entscheidungsgründe**

### **1) Verfahren vor der Abgabenbehörde**

#### **1.1 Antrag**

Im April 2017 stellte der Beschwerdeführer einen „Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung zur Kinderbeihilfe“ für das Jahr 2016 für seine in der Slowakei mit der Kindesmutter im gemeinsamen Haushalt lebende Tochter E und fügte dem Antrag folgende kopierte Unterlagen bei:

- Eine nicht übersetzte Bestätigung slowakischer Familienleistungen. Darin wird bestätigt, dass die Kindesmutter (A) in den Monaten August bis Dezember 2016 monatlich € 23,52 und in Summe € 117,60 an slowakischen Familienleistungen ausbezahlt bekommen habe,
- eine ins Deutsche übersetzte Bescheinigung der Gemeinde C (Slowakei), worin bestätigt wird, dass die Tochter des Beschwerdeführers E und ihre Mutter A ihren „*Daueraufenthalt in Österreich haben*“,
- Kopien von Kontoauszügen der Bankverbindung des Beschwerdeführers aus denen hervorgeht, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2016 monatlich 80 € an die Kindesmutter überwiesen habe, sowie
- ein nicht übersetztes slowakisches Schulzeugnis seiner Tochter E für das Schuljahr 2015/2016.

#### **1.2 Abweisung des Antrages auf Gewährung der Differenzzahlung (Familienbeihilfe)**

Die Abgabenbehörde wies den Antrag des Beschwerdeführers ab und führte in der Begründung unter anderem aus, dass gemäß § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt hätten, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder hätten. Absatz 2 bestimme, dass die Person Anspruch auf Familienbeihilfe habe, zu deren Haushalt das Kind gehöre. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehöre, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trage, habe dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 anspruchsberechtigt sei.

Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 22. Oktober 2015 in der Rechtssache C-378/14 (Tomislaw Trapkowski) obliege es der zuständigen nationalen Behörde, zu bestimmen, welche Personen nach nationalem Recht Anspruch auf Familienleistungen hätten.

Da in Österreich vorrangig jener Elternteil anspruchsberechtigt sei, der das Kind in seinem Haushalt habe, bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe, da das Kind wenn es nicht im Haushalt des Beschwerdeführers lebe.

#### **1.3 Beschwerde**

Gegen die Abweisung des Antrages wurde rechtzeitig eine Beschwerde eingebracht. In der Begründung wurde unter anderem Folgendes ausgeführt:

*„Einen solchen Bescheid habe ich schon einmal 2012 bekommen. Nach meiner Berufung entschied das Bundesfinanzgericht (Nam 3.3.2014), dass dieser Bescheid gehoben wurde. Davon wurden Sie informiert. Ihr angeführter EuGH-Fall kann für mich keinen Bezug haben. Die Bezahlung der Kinderbeihilfe an ausländische Kinder in der EU bezieht sich auf eine EU-Vereinbarung, die nicht geändert wurde. Auch bei E änderte sich nichts. Es wurde in Österreich auch kein nationales Gesetz gegen diese Vereinbarung gemacht. Als österreichischer Steuerzahler und Unterhaltspflichtiger für mein Kind ersuche ich Sie, dass Sie Ihren Bescheid überprüfen und rückgängig machen.“*

#### **1.4 Beschwerdevorentscheidung**

Die Beschwerde wurde durch Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung abgewiesen und unter anderem Folgendes ausgeführt:

*„Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in der ab 1. Mai 2010 gültigen Fassung 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 wohnen. Sind die Familienleistungen im anderen Mitgliedsstaat höher, besteht dort gegebenenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Unterschiedsbetrages (Artikel 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004). Wird in jenem Mitgliedstaat, der vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet ist, kein Antrag gestellt, so kann der andere Mitgliedsstaat dennoch jene Leistungen, die bei Antragstellung gewährt worden wären, bei der Berechnung des Unterschiedsbetrages berücksichtigen. Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a des Familienlastenausgleichsgesetzes - FLAG haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder. Abs. 2 FLAG 1967 bestimmt, dass die Person Anspruch auf Familienbeihilfe hat, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG anspruchsberechtigt ist. Wie der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seinem Urteil vom 22. Oktober 2015 in der Rechtssache C-378/14 (Tomislaw Trapkowski) ausgesprochen hat, ist Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit dahin auszulegen, dass die in dieser Bestimmung vorgesehene Fiktion dazu führen kann, dass der Anspruch auf Familienleistungen*

einer Person zusteht, die nicht in dem Mitgliedstaat wohnt, der für die Gewährung dieser Leistungen zuständig ist, sofern alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind. Es obliegt jedoch der zuständigen nationalen Behörde, zu bestimmen, welche Personen nach nationalem Recht Anspruch auf Familienleistungen haben. Nach dem FLAG kann ein Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs. 2 zweiter Satz leg. cit. bestehen. Nach dieser Bestimmung hat eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend tragt, dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG anspruchsberechtigt ist.

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

Sie haben daher für den betreffenden Zeitraum für Ihre Tochter E keinen Anspruch auf die Ausgleichszahlung. Diesen Anspruch kann nur die Kindesmutter geltend machen.“

## 1.5 Vorlageantrag

Gegen die Abweisung der Beschwerde wurde rechtzeitig ein Vorlageantrag eingebracht. In der Begründung wurde unter anderem Folgendes ausgeführt:

„Die Erwähnung der EuGH-Entscheidung, die sich im Wesentlichen auf einen Fall eines Kindes aus einem Nicht-Mitgliedstaates bezieht, hat keinen Bezug für meine Tochter E. Außerdem wurde darauf hingewiesen, dass es nationalen Behörden obliegt zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für die Gewährung für Kinderbeihilfe erfüllt sind. Nationale Behörden müssen sich an das geltende Recht zu halten! In Österreich hat sich seit dem Bescheid des Bundes-Finanzgerichtes vom 3.3.2014 für E nichts geändert. Sie weisen darauf hin, dass nur die Mutter ein Recht auf Kinderbeihilfe hat. Nur wenn sie keine bekommt, hat der Vater auch ein Recht darauf. Dazu ist zu sagen, dass die Mutter wegen Arbeitslosigkeit viele Monate keine Familienbeihilfe bekam und auch jetzt wegen der Geburt eines zweiten Kindes von einem anderen Vater längere Zeit nicht arbeitsfähig ist und somit auch keinen Anspruch auf Kinderbeihilfe für E hat. Weiters ist mir klar, dass ich keinen Anspruch auf eine volle Kinderbeihilfe für E hier in Österreich habe, aber sehr wohl eine Anspruch auf eine Differenzzahlung, die die Differenz der österreichischen zur slowakischen Kinderbeihilfe ausgleicht. Um eine solche Zahlung wurde von mir auch bei Ihnen auch angesucht. Ich habe also vollen Anspruch auf genannte Differenzzahlung und ersuche höflichst um rasche Gewährung, da ich schon bald 2 Jahre darauf warte.“

Die Beschwerde wurde im Mai 2018 dem Bundesfinanzgericht vorgelegt.

## 2. Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht

Mit Schriftsatz vom 11. September 2018, eingelangt am 13. September 2018, bevollmächtigte der Beschwerdeführer seinen Vater I mit seiner Vertretung.

## **Über die Beschwerde wurde erwogen**

### **A) Festgestellter Sachverhalt**

Der Beschwerdeführer ist in Österreich unselbstständig erwerbstätig und erzielte aus seiner Tätigkeit im Jahr 2016 steuerpflichtige Einkünfte. Seine aus der Ehe mit A stammende minderjährige Tochter E, wohnt und lebt im gemeinsamen Haushalt mit ihrer Mutter A, die vom Beschwerdeführer geschieden ist, in Adresse in der Slowakei.

A hat im Jahr 2016 in der Slowakei in den Monaten Jänner bis Juli keine und in den Monaten August bis Dezember monatlich € 23,50 an slowakischen Familienleistungen bezogen.

Der Beschwerdeführer hat der Kindesmutter nachweislich durch Banküberweisung monatlich € 80,00 an Unterhaltsleistungen für seine aus der Ehe mit A stammende minderjährige Tochter E überwiesen.

### **B) Beweiswürdigung**

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich unstrittig aus den von der Abgabenbehörde elektronisch vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere den darin enthaltenen Unterlagen des Beschwerdeführers, sowie dem Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung. Hinsichtlich der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Unterlagen bestehen keine Bedenken.

### **C) Rechtslage**

#### **1. Nationales Recht**

##### **1.1. Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967)**

Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, haben nach § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind 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.

Gemäß § 2 Abs. 3 FLAG 1967 sind im Sinne dieses Abschnittes 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).

Personen haben nach § 2 Abs. 8 FLAG 1967 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.

§ 3 FLAG 1967 legt zusätzliche Voraussetzungen für Personen und Kinder fest, die nicht österreichische Staatsbürger sind.

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

Nach § 4 Abs. 2 FLAG 1967 erhalten Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, 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.

Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach § 5 Abs. 4 FLAG 1967 für Kinder, für die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht. Die Gewährung einer Ausgleichzahlung (§ 4 Abs. 2) wird dadurch nicht ausgeschlossen.

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

Nach § 10 Abs. 1 erster Satz FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe nur auf Antrag gewährt.

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.

Das Wohnsitzfinanzamt hat gemäß § 12 Abs. 1 erster Satz FLAG 1967 bei Entstehen oder Wegfall eines Anspruches auf Familienbeihilfe eine Mitteilung auszustellen.

Über Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe hat gemäß § 13 FLAG 1967 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.

## **1.2 Bundesabgabenordnung (BAO)**

Erledigungen einer Abgabenbehörde sind nach § 92 Abs. 1 BAO als Bescheide zu erlassen, wenn sie für einzelne Personen,

- a) Rechte oder Pflichten begründen, abändern oder aufheben, oder
- b) abgabenrechtlich bedeutsame Tatsachen feststellen, oder

c) über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses absprechen.

Jeder Bescheid ist nach § 93 Abs. 2 BAO ausdrücklich als solcher zu bezeichnen, er hat den Spruch zu enthalten und in diesem die Person (Personenvereinigung, Personengemeinschaft) zu nennen, an die er ergeht.

Der Bescheid hat nach § 93 Abs. 3 BAO ferner zu enthalten:

- a) eine Begründung, wenn ihm ein Anbringen (§ 85 Abs. 1 oder 3) zugrunde liegt, dem nichtvollinhaltlich Rechnung getragen wird, oder wenn er von Amts wegen erlassen wird;
- b) eine Belehrung, ob ein Rechtsmittel zulässig ist, innerhalb welcher Frist und bei welcher Behörde einzubringen ist, ferner, dass das Rechtsmittel begründet werden muss und dass ihm aufschiebende Wirkung nicht zukommt (§ 254).

Nach § 279 Abs. 1 BAO hat das Verwaltungsgericht außer in den Fällen des § 278 immer in der Sache selbst mit Erkenntnis zu entscheiden. Es ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung seine Anschauung an die Stelle jener der Abgabenbehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern, aufzuheben oder die Bescheidbeschwerde als unbegründet abzuweisen.

## 2      Unionsrecht

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

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

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

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

Zu den Familienangehörigen zählt Art. 1 Abs. 1 Buchstabe i Nummer 1 Unterbuchstabe i VO 883/2004 jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird. Unterscheiden die gemäß Nummer 1 anzuwendenden Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats die Familienangehörigen nicht von anderen Personen, auf die diese Rechtsvorschriften anwendbar sind, so werden der Ehegatte, die minderjährigen Kinder und die unterhaltsberechtigten volljährigen Kinder als Familienangehörige angesehen" (Art. 1 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.

### **2.1.1 Art. 11 VO 883/2004**

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

### **2.1.2 Art. 67 VO 883/2004**

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.

#### **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.

„Familienangehöriger“ ist nach Art. 1 lit. i VO 883/2004 jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird.

„Wohnort“ ist nach Art. 1 lit. j VO 883/2004 der Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes einer Person.

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

Nach Art. 3 Abs. 1 lit. j VO 883/2004 umfasst der sachliche Geltungsbereich dieser Verordnung auch Familienleistungen.

Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben nach Art. 4 VO 883/2004 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. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt nach Art. 11 Abs. 3 VO 883/2004 Folgendes:

- a) Eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbständige 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 Wohnmitgliedstaates 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 Wohnmitgliedstaates.

Eine Person hat nach Art. 67 erster Satz VO 883/2004 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.

Sind für denselben Zeitraum und für denselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten nach Art. 68 Abs. 1 VO 883/2004 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 selbständige 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 folgenden subsidiären Kriterien:
  - i) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbständige 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 widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;
- iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.

Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden die Familienleistungen gemäß Art. 68 Abs. 2 VO 883/2004 nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Abs. 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.

## **2.2 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**

Diese Verordnung enthält Durchführungsbestimmungen zur VO 883/2004.

### **2.2.1 Art. 11 VO 987/2009**

#### **Bestimmung des Wohnortes**

(1) Besteht eine Meinungsverschiedenheit zwischen den Trägern von zwei oder mehreren Mitgliedstaaten über die Feststellung des Wohnortes einer Person, für die die Grundverordnung gilt, so ermitteln diese Träger im gegenseitigen Einvernehmen den Mittelpunkt der Interessen dieser Person und stützen sich dabei auf eine Gesamtbewertung aller vorliegenden Angaben zu den einschlägigen Fakten, wozu gegebenenfalls die Folgenden gehören können:

- a) Dauer und Kontinuität des Aufenthalts im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats;
- b) die Situation der Person, einschließlich
  - i) der Art und der spezifischen Merkmale jeglicher ausgeübten Tätigkeit, insbesondere des Ortes, an dem eine solche Tätigkeit in der Regel ausgeübt wird, der Dauerhaftigkeit der Tätigkeit und der Dauer jedes Arbeitsvertrags,
  - ii) ihrer familiären Verhältnisse und familiären Bindungen,
  - iii) der Ausübung einer nicht bezahlten Tätigkeit,
  - iv) im Falle von Studierenden ihrer Einkommensquelle,
  - v) ihrer Wohnsituation, insbesondere deren dauerhafter Charakter,

vi) des Mitgliedstaats, der als der steuerliche Wohnsitz der Person gilt.

(2) Können die betreffenden Träger nach Berücksichtigung der auf die maßgebenden Fakten gestützten verschiedenen Kriterien nach Absatz 1 keine Einigung erzielen, gilt der Wille der Person, wie er sich aus diesen Fakten und Umständen erkennen lässt, unter Einbeziehung insbesondere der Gründe, die die Person zu einem Wohnortwechsel veranlasst haben, bei der Bestimmung des tatsächlichen Wohnortes dieser Person als ausschlaggebend.

## **2.2.2 Art. 60 VO 987/2009**

### **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.

Nach Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 werden die Familienleistungen 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 Mitgliedstaates 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 Mitgliedstaates, 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.

### **2.3 Fehlende Haushaltzugehörigkeit**

Im Verwaltungsverfahren wurde die Tragung der überwiegenden Unterhaltskosten durch den Beschwerdeführer diskutiert. Hier kommt es allerdings nicht darauf an:

Der Anspruch des in der Slowakei lebenden haushaltführenden Mutter geht einem Anspruch des nicht mit der Mutter im gemeinsamen Haushalt lebenden Vater auf Familienbeihilfe bzw. Ausgleichszahlung vor (vgl. BFG 11.12.2017, RV/7102126/2016; BFG 1.12.2017, RV/7105145/2017; BFG 21.11.2017, RV/7105252/2016; BFG 17.10.2017, RV/7101596/2016; BFG 6.10.2017, RV/7103701/2016; BFG 9.10.2017, RV/5101534/2016; BFG 5.9.2017, RV/3100527/2017; BFG 31.5.2017, RV/5100349/2016; BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015; BFG 24.10.2016, RV/7101771/2015; BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016; BFG 19.7.2016, RV/3100164/2016; BFG 14.8.2015, RV/7105142/2014; BFG 8.6.2015, RV/7100958/2015).

## **2.4 Vorrangiger Anspruch der haushaltsführenden Mutter auf österreichische Familienbeihilfe**

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).

## **2.5 Wohnortklauseln des FLAG 1967 bei Unionsbezug sind 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).

In seinem Erkenntnis VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067, hat der Verwaltungsgerichtshof (ohne Bezug auf die Urteile EuGH 11.9.2014, C-394/13, B, und EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomisław Trapkowski) klargestellt, dass im Anwendungsbereich des Unionsrechts die Wohnortklauseln des FLAG 1967 nicht anzuwenden sind:

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

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

## **2.6 Österreichische Rechtsvorschriften sind anzuwenden**

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).“*

Es sind somit nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a VO 883/2004 betreffend einen Anspruch der Mutter die österreichischen Rechtsvorschriften anzuwenden. Insoweit folgt das Bundesfinanzgericht der in Rn 19 des Erkenntnisses des VwGH vom 22.11.2016, Ro 2014/16/0067, vertretenen Auffassung.

## **2.7 Anspruchsprüfung unter Berücksichtigung des Unionsrechts nach nationalem Recht**

Nach den allgemeinen Regelungen des FLAG 1967 kann – außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts – die Führung des Haushaltes im Ausland für den haushaltführenden Elternteil keinen Anspruch auf die Familienbeihilfe begründen, weil die Grundvoraussetzung des § 2 Abs. 1 FLAG 1967, nämlich ein Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt in Österreich, nicht gegeben ist. In aller Regel wird es auch am Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 mangeln.

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

Das Bundesfinanzgericht hat in seinem Erkenntnis BFG 8. 6. 2015, RV/7100958/2015, besprochen von Radics in BFG-Journal 2015, 407, darauf verwiesen, dass das Unionsrecht gewährleistet, dass den Familienangehörigen eines den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegenden Erwerbstätigen, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, die ihnen die in den anwendbaren Rechtsvorschriften des Staates der Erwerbstätigkeit vorgesehenen Familienleistungen gewährt werden (vgl. EuGH 10.10.1996, C-245/94 und C-312/94, Hoever und Zachow, ECLI:EU:C:1996:379). Aus unionsrechtlicher Sicht sei daher sicherzustellen, dass die Familienbeihilfe jedenfalls auch dann gewährt wird, wenn die Kinder in einem anderen Mitgliedstaat wohnen (vgl. VwGH 16. 12. 2009, 2009/15/0207).

Das BFG hat unter anderem ausgeführt:

*„Unionsrechtlich ist die Beihilfe entweder der den Unterhalt (überwiegend) leistenden Person oder der haushaltführenden Person zu gewähren (vgl. EuGH 26. 11. 2009, C-363/08, Romana Slanina; EuGH 13. 6. 2013, C-45/12, Radia Hadj Ahmed), es gebührt aber nach nationalem Recht pro Monat und Kind die Familienbeihilfe nur einmal (§ 10 Abs. 4 FLAG 1967). Daran ändert das Unionsrecht nichts (vgl. VwGH 24. 2. 2010, 2009/13/0241)...“*

*Zwischen eigenen und aus der Stellung als Familienangehöriger abgeleiteten Rechten ist bei Ansprüchen auf Familienleistungen nicht zu unterscheiden (vgl. Csazsar in Csazsar/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 Beschäftigungsmittelstaat 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 haushaltsgleichzeitig 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 Europäische Gerichtshof zu einer vergleichbaren Konstellation (der Vater wohnte in Deutschland und bezog zeitweise Arbeitslosengeld, die Mutter wohnte mit dem Kind in Polen, die Bundesagentur für Arbeit - Familienkasse Sachsen lehnte einen Antrag des Vaters auf Kindergeld ab, weil nach deutschem Recht - § 64 Abs. 2 dEStG - vorrangig die Mutter, in deren Haushalt das Kind lebt, ähnlich wie nach § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 anspruchsberechtigt sei) mit Urteil EuGH 22. 10. 2015, C-378/14, Tomisław Trapkowski, ECLI:EU:C:2015:720, entschieden, dass der Familienbeihilfeanspruch auch einer Person, die nicht im Mitgliedstaat der Antragstellung wohnt, zustehen kann.

Der EuGH stellte zunächst fest (Rn. 25), dass eine Person, die periodisch in einem Mitgliedstaat erwerbstätig ist und dort auch wohnt, gemäß Art. 2 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 3 Buchst. a VO 883/2004 in deren Geltungsbereich fällt. Das Kindergeld falle als Leistung, die die Kosten für den Unterhalt von Kindern verringern soll, unter den Begriff "Familienleistung" i. S. d. VO 883/2004 (vgl. EuGH 15. 3. 2001, C-85/99, Offermanns, EU:C:2001:166, Rn. 41, und EuGH 24. 10. 2013, C-177/12, Lachheb, EU:C:2013:689, Rn. 35).

Zur Anwendbarkeit der Prioritätsregeln, die in Art. 68 Abs. 1 VO 883/2004 für den Fall des Zusammentreffens von Ansprüchen vorgesehen sind, sei darauf hinzuweisen, dass es für die Annahme, dass in einem bestimmten Fall eine solche Kumulierung vorliege, nicht genüge, dass Leistungen in dem Mitgliedstaat, in dem das betreffende Kind wohnt, geschuldet werden und zugleich in einem anderen Mitgliedstaat, in dem ein Elternteil dieses Kindes arbeitet, lediglich potenziell gezahlt werden können (vgl. EuGH 14. 10. 2010, C-16/09, Schwemmer, Rn. 52 m. w. N.). Bestehe im Wohnmitgliedstaat kein Anspruch auf Familienleistungen, fänden diese Prioritätsregeln keine Anwendung (Rn. 33).

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

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

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

*alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind, zum Bezug dieser Leistungen berechtigt ist.*

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

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

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

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

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

*Zudem sieht Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 987/2009 vor, dass dann, wenn eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf Familienleistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahrnimmt, die zuständigen Träger der Mitgliedstaaten die Anträge auf Familienleistungen zu berücksichtigen haben, die von den in dieser Bestimmung genannten Personen oder Institutionen, zu denen der „andere Elternteil“ gehört, gestellt werden.*

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

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

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

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

*Nach alledem ist Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 987/2009 dahin auszulegen, dass danach nicht verlangt wird, dass der Anspruch auf Familienleistungen, die für ein Kind gewährt werden, dem Elternteil des Kindes, der in dem für die Gewährung dieser Leistungen zuständigen Mitgliedstaat wohnt, deshalb zuerkannt werden muss, weil der andere Elternteil, der in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, keinen Antrag auf Familienleistungen gestellt hat.“*

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

Wie oben ausgeführt, sind nach Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a VO 883/2004 die österreichischen Rechtsvorschriften anzuwenden, da Beschäftigungsmitgliedstaat des leiblichen Vaters Österreich ist und die Mutter im Beschwerdezeitraum weder erwerbstätig war noch sich in einer Erwerbstätigkeit vergleichbaren Position befunden hat.

Die Mutter ist als Familienangehörige anzusehen (§ 2 Abs. 2 und 3 FLAG 1967) und daher ist in Anwendung von Art. 67 VO 883/2004 zu unterstellen, dass alle beteiligten Personen (Mutter und Tochter) in Österreich wohnen (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 (Bundesfinanzhof in der Folge abgekürzt mit BFH vom 10. 3. 2016, III R 62/12).

Diese Fiktion besagt aber nur, 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). Ob ein gemeinsamer Haushalt besteht, ist sachverhaltsbezogen festzustellen.

Wer von den unionsrechtlich grundsätzlich als anspruchsberechtige Personen anzusehenden Familienangehörigen tatsächlich primär oder sekundär (oder gar keinen) Anspruch auf österreichische Familienleistungen hat, ist daher nach dem nationalen Recht zu beurteilen (vgl. auch BFH 4. 2. 2016, III R 17/13; BFH 10. 3. 2016, III R 62/12 und BFH 28. 4. 2016, III R 68/13).

Wer von den unionsrechtlich grundsätzlich als anspruchsberechtige 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 haushaltführenden 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).

## **2.8 Vorrangiger Anspruch der haushaltsführenden Mutter**

Das FLAG 1967 verwendet den Begriff des "Familienangehörigen" nicht. § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 stellt den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich auf die Haushaltsgehörigkeit mit einem Kind (als welches nach § 2 Abs. 3 FLAG 1967 auch ein Stiefkind 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 haushaltsgehörig war, zwingend entgegen (VwGH 25. 2. 1987, 86/13/0158).

Bei Zugehörigkeit des Kindes zum gemeinsamen Haushalt der Eltern 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. Das FLAG 1967 spricht nicht von "leiblichen Eltern", sondern allgemein von "Eltern" (s Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 2a Rz 1).

*"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 BGBI. Nr. 367/1991)."*

Nach der widerlegbaren Legalvermutung des § 2a Abs. 1 Satz 2 FLAG 1967 ist als haushaltsführender Elternteil die Mutter anzusehen.

Da E dem Haushalt ihrer Mutter A in der Slowakei angehört, hat gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 daher die Mutter den vorrangigen Anspruch auf die österreichischen Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) (vgl. auch BFH 28. 4. 2016, III R 68/13).

## **2.9 Anspruch der Mutter nach nationalem Recht i. V. m. Unionsrecht**

Die Mutter hat ihren Wohnsitz sowie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen nicht in Österreich (Bundesgebiet), sondern in einem anderen Mitgliedstaat der Union, in der Slowakei. Außerhalb des Anwendungsbereichs der VO 883/2004 stünde der Mutter allein nach nationalem Recht daher keine Familienbeihilfe für ihre Kinder zu.

Da der leibliche Vater im Beschwerdezeitraum in Österreich erwerbstätig ist, liegt somit ein mitgliedstaatübergreifender Sachverhalt vor und die VO 883/2004 ist 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 f. 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 – s: 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) dieser Person (vgl. Czaszar 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).

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).

Aus Art. 67 VO 883/2004 i. V. m. Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 ergibt sich somit, 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 Elternteil, der in einem anderen als dem zur Gewährung dieser Leistungen verpflichteten Mitgliedstaat wohnt, kann daher diejenige Person sein, die, sofern 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 dies 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.

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.

Da nach Art. 67 VO 883/2004 i. V. m. Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 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) als gegeben anzusehen ist, besteht ein grundsätzlicher (und zufolge Haushaltsführung primärer) Anspruch der Mutter auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag in Österreich.

Der Familienleistungsanspruch des in Österreich wohnhaften Elternteils (hier: des leiblichen 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 dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebenden Elternteils (hier: der Mutter) verdrängt (vgl. BFH 28. 4. 2016, III R 68/13).

## **Rechtliche Würdigung**

### **I. Sache im Sinne des § 279 Abs. 1 BAO; Sammelbescheid**

Gemäß § 279 Abs. 1 BAO hat das Bundesfinanzgericht außer in hier nicht interessierenden Fällen immer in der Sache selbst zu entscheiden. Unter „Sache“ ist in diesem Zusammenhang die Angelegenheit zu verstehen, die den Inhalt des Spruches des Bescheides der Abgabenbehörde gebildet hat.

Die durch § 279 Abs. 1 BAO eingeräumte Abänderungsbefugnis des Bundesfinanzgerichtes „nach jeder Richtung“ ist durch die „Sache“ begrenzt. (vgl. VwGH vom 19.10.2016, Ra 2014/15/0058, VwGH vom 25.04.2013, 2012/15/0161, VwGH vom 27.09.2012, 2010/16/0032, VwGH vom 29.07.2010, 2009/15/0152).

Die gegenständliche Beschwerde vom 17. Oktober 2017 richtet sich gegen den Abweisungsbescheid vom 9. Oktober 2017, welcher über den Zeitraum „Jän. 2016 – Dez. 2016“ abspricht.

„Sache“ sind somit im gegenständlichen Fall für das Bundesfinanzgericht zweifellos die Monate Jänner 2016 bis einschließlich Dezember 2016.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist es der Abgabenbehörde nicht verwehrt, mehrere Absprüche in Form von Sammelbescheiden zu erlassen. Dabei ist es als ausreichend und unproblematisch anzusehen, dass ein solcher Sammelbescheid die Bezeichnung „Bescheid“, den Bescheidadressaten und die Rechtsmittelbelehrung nur einmal enthält. Dies ändert nichts daran, dass jeder Spruch für sich gesondert anfechtbar ist bzw. für sich gesondert der Rechtskraft fähig ist (vgl. VwGH vom 19.12.2013, 2012/15//0039, VwGH vom 29.11.2000, 99/13/0225, Schwaiger in SWK 22/2010, S 695 ff, BFG vom 28.06.2017, RV/7102013/2016).

Der gegenständliche Abweisungsbescheid vom 17. Oktober 2017 spricht – wie bereits ausgeführt – über das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Anspruches auf Familienbeihilfe des Beschwerdeführers für seine aus der Ehe mit A stammenden Tochter E hinsichtlich der Monate 01/2016 bis 12/2016 ab.

Die Frage, ob für einen bestimmten Anspruchszeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten.

Der in § 10 Abs. 2 FLAG 1967 gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum ist der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruchs für ein Kind kann somit von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein. (VwGH vom 19.05.2015, 2013/16/0082, VwGH vom 25.03.2010, 2009/16/0121, VwGH vom 24.06.2010, 2009/16/0127).

Der gegenständliche Abweisungsbescheid vom 4. Oktober 2017 ist dementsprechend ein Sammelbescheid, da er über das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Anspruchs auf Familienbeihilfe für die Tochter E über die (einzelnen) Monate Jänner 2012 bis Dezember 2012 abspricht. Die einzelnen Monate können somit unterschiedlich beurteilt werden.

## **II. Familienbeihilfe/Differenzzahlung für die Monate 01/2016 bis 12/2016**

Ab Mai 2010 gilt die Verordnung (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit mit der Durchführungsverordnung (EG) 987/2009 für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union. (vgl. Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz 19 und 20 zu § 53).

Diese Verordnungen sind anwendbar, wenn ein Sachverhalt vorliegt, der zwei oder mehr Mitgliedstaaten berührt.

Aufgrund des in Österreich gegebenen Wohnsitzes des Beschwerdeführers und des Wohnortes der Tochter bei ihrer Mutter in der Slowakei, sowie aufgrund der Tatsache, dass alle genannten Personen slowakische Staatsangehörige sind, liegt ein grenzüberschreitender Sachverhalt mit Unionsbezug vor.

Die VO 883/2004 ist gemäß deren Art. 2 Abs. 1 auf den Beschwerdeführer persönlich anwendbar, da er vom 01.01.2016 bis 31.12.2016 als Arbeiter bei der Firma P bei der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse versichert war.

Die vom Beschwerdeführer beantragte Familienbeihilfe/Differenzzahlung ist weiters unter die Familienleistungen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. j VO 883/2004 zu subsumieren und daher ist diese Verordnung im gegenständlichen Fall auch sachlich anwendbar.

Für die Definition des Begriffs „Familienangehörige“ im Sinne des Unionsrechtes ist gemäß Art. 1 lit i 1. i) VO 883/2004 § 2 Abs. 2 und 3 FLAG 1967 heranzuziehen (Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 53, Rz 92 und 102).

Der Beschwerdeführer, seine Tochter E und A sind dementsprechend Familienangehörige im Sinne des Unionsrechts. Dem Umstand, dass der Beschwerdeführer und die Kindesmutter A geschieden sind, kommt keine Bedeutung zu (EuGH vom 26.11.2009, C-363/08, Romana Slanina).

Die Tochter des Beschwerdeführers A und die Mutter der Tochter E, fallen somit ebenfalls in den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich der VO 883/2004.

### **III Wohnort**

Einerseits ist nationales Recht für den Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 von Belang, andererseits nach Unionsrecht für die Feststellung, welcher Mitgliedstaat der Union Wohnmitgliedstaat ist, da an die Eigenschaft als Wohnmitgliedstaat verschiedene Rechtsfolgen geknüpft sind (Vgl. BFG vom 25.05.2016, RV/7100414/2016).

Die VO 883/2004 definiert den Wohnmitgliedstaat nicht unmittelbar. Wohnmitgliedstaat ist jener Staat, in dem sich der Wohnort einer Person befindet. (BFG vom 25.05.2016, RV/7100414/2016, EuGH vom 05.06.2014, C-255/13).

Nach Art. 1 lit. j VO 883/2004 bedeutet der Ausdruck „Wohnort“ den „gewöhnlichen Aufenthalt“ einer Person. Er hat damit eine eigenständige unionsrechtliche Bedeutung. Der Begriff bezeichnet den Ort, an welchem eine Person gewöhnlich wohnt und wo eine Person den gewöhnlichen Mittelpunkt ihrer Lebensführung bzw. ihrer Lebensinteressen hat. (EuGH vom 05.06.2014, C-255/13, EuGH vom 11.09.2014, C-394/13).

Bei der Bestimmung des gewöhnlichen Mittelpunkts der Interessen sind sämtliche erheblichen Kriterien, insbesondere die in Art. 11 Abs. 1 VO 987/2009 genannten Kriterien, wie ua. die Familiensituation dieser Person und die Dauer und Kontinuität des Wohnens, zu berücksichtigen.

§ 2 Abs. 8 FLAG 1967 sieht ebenso wie das Unionsrecht den Mittelpunkt der Lebensinteressen als in dem Staat gelegen an, zu dem die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen bestehen. Wirtschaftlichen Beziehungen kommt dabei in der Regel eine geringere Bedeutung zu als persönlichen Beziehungen (VwGH vom 29.01.2015, Ra 2014/15/0059).

Wohnort bzw. Wohnsitz und Mittelpunkt der Lebensinteressen des Beschwerdeführers ist somit Österreich und Wohnort bzw. Wohnsitz und Mittelpunkt der Lebensinteressen der Tochter E und der Mutter A ist die Slowakei.

#### **IV Anwendungsbereich der VO 883/2004:**

Im beschwerdegegenständlichen Zeitraum ist die Verordnung (EG) 883/2004 anzuwenden (ab Mai 2010, vgl Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz 19 und 20 zu § 53).

Diese Verordnung ist anzuwenden, wenn ein Sachverhalt vorliegt, der zwei oder mehr Mitgliedsstaaten berührt. Der Beschwerdeführer ist ein in Österreich lebender und arbeitender slowakischer Staatsbürger. Seine Tochter E und deren Mutter A wohnen in der Slowakei. Es liegt daher ein mitgliedsstaatsübergreifender Sachverhalt vor.

Die VO 883/2004 ist gemäß deren Art. 2 Abs. 1 auf den Beschwerdeführer persönlich anwendbar, da er seinen Wohn- und Beschäftigungsstandort in Österreich hat.

Die vom Beschwerdeführer beantragte Familienbeihilfe/Differenzzahlung ist eine Familienleistungen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. j VO 883/2004, daher ist diese Verordnung im gegenständlichen Fall auch sachlich anwendbar.

Für die Definition des Begriffs „Familienangehörige“ im Sinne des Unionsrechtes ist gemäß Art. 1 lit i 1. i) VO 883/2004 § 2 Abs. 2 und 3 FLAG 1967 heranzuziehen (Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz 92 und 102 zu § 53).

Der Beschwerdeführer, seine Tochter und die Kindesmutter der sind demnach Familienangehörige im Sinne des Unionsrechts. Dem Umstand, dass der Beschwerdeführer und die Kindesmutter geschieden sind, kommt keine Bedeutung zu (EuGH vom 26.11.2009, C-363/08, Romana Slanina).

Die Tochter des Beschwerdeführer und die Kindesmutter fallen somit ebenfalls in den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich der VO 883/2004.

#### **V Anwendbare Rechtsvorschriften**

Die VO 883/2004 ist vom Grundsatz getragen, dass Personen, für die sie gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates unterliegen (Art. 11 Abs. 1; vgl. BFG vom 21.11.2017, RV/7105252/2016).

Da eine Person im Anwendungsbereich der VO 883/2004 immer nur den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates unterliegt, ist festzustellen, welche Rechtsvorschriften im konkreten Fall anzuwenden sind. Die entsprechenden Regelungen finden sich in den Artikeln 11 bis 16. (Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz 45 zu § 53).

Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Frage, welcher Mitgliedstaat zuständig ist, ist der Beschäftigungsstaat. Subsidiär wird an den Wohnsitzmitgliedstaat angeknüpft. (vgl BFG vom 21.11.2017, RV/7105252/2016).

Im Hinblick darauf, dass der Beschwerdeführer in Österreich neben seinem Wohnsitz auch einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit nachgeht, sind die österreichischen Rechtsvorschriften auf den Beschwerdeführer anwendbar.

Auf die Kindesmutter sind aufgrund ihres Wohnsitzes die slowakischen Rechtsvorschriften hinsichtlich ihres eigenen, nicht vom Beschwerdeführer abgeleiteten Anspruches, anzuwenden.

## **VI Prioritätsregeln**

Unterliegen beide Elternteile den Rechtsvorschriften unterschiedlicher Mitgliedstaaten, legt die VO 883/2004 in ihren Artikeln 67 und 68 anhand von Prioritätsregeln fest, welche Rechtsvorschriften primär zur Anwendung gelangen. Aufgrund des weiteren Grundsatzes, dass für ein Kind immer die höchsten der in einem von mehreren Mitgliedstaaten vorgesehenen Familienleistungen gewährt werden, kann es zu Differenzzahlungen an den anderen Elternteil durch den sekundär zuständigen Mitgliedstaat kommen. (Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz 46 zu § 53).

Nach Artikel 68 Abs 1 lit a VO gilt, wenn Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren sind folgende Rangfolge:

- an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche,
- darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche
- und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.

Österreich hat also als Beschäftigungsland nach Art. 68 Abs 2 VO 883/2004 vorrangig Familienleistungen zu erbringen.

## **VII Haushaltzugehörigkeit: FLAG**

Da der Beschwerdeführer den österreichischen Rechtsvorschriften und der VO 883/2004 unterliegt, stünde ihm somit bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 nach Art. 68 Abs. 2 zweiter Satz VO 883/2004 Familienleistungen für seine minderjährige Tochter, trotz ausländischer Staatsangehörigkeit beider Personen und eines ständigen Aufenthalts der Tochter im Ausland, zu.

In diesem Zusammenhang führt der EuGH seiner Entscheidung vom 22.10.2015, C-378/14 (Tomislaw Trapkoski) Folgendes aus:

*„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“ 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 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 einem Mitgliedstaat wohnt, der für die Gewährung der Leistung zuständig ist, sofern alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind, was von dem vorlegenden Gericht zu prüfen ist.“*

Durch diese Rechtsprechung des EuGH aus dem Jahr 2015, also nach Ergehen des ersten BFG-Erkenntnisses vom 3.3.2014 an den Beschwerdeführer, wurde klargestellt, dass das Unionsrecht selbst keinen originären Anspruch auf nationale Familienleistungen vermittelt.

Es ist Sache der Mitgliedstaaten, wem sie unter welchen Voraussetzungen und wie lange Familienleistungen zuerkennen. Diese Zuerkennung muss nach Unionsrecht diskriminierungsfrei erfolgen. Familienangehörigen einer Person, die in den Anwendungsbereich der VO 883/2004 fällt, so zu behandeln sind, als hätten alle Familienangehörigen ihren Lebensmittelpunkt in dem Mitgliedstaat der Familienleistungen gewähren soll. (BFG vom 21.11.2017, RV/7105252/2016, BFG vom 24.08.2017, RV/5101270/2017, BFG vom 31.05.2017, RV/5100349/2016, BFG vom 07.02.2017, RV/7106469/2016, BFG vom 15.11.2016, RV/7103786/2015, BFG vom 19.08.2016, RV/76101889/2016).

Das Bundesfinanzgericht ist durch die Mitgliedschaft Österreichs zur Europäischen Union auch ein Gericht der Europäischen Union und daher an die Rsp des EuGH gebunden.

Die nach Art. 67 VO 883/2004 iVm. Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO 987/2009 vorzunehmende Fiktion bewirkt, dass die Wohnsituation im anderen EU-Mitgliedstaat (fiktiv) ins Inland übertragen wird. Es ist demnach zu unterstellen, dass alle Familienangehörigen im zuständigen Mitgliedstaat wohnen.

Ob etwa ein gemeinsamer Haushalt besteht, ist dagegen sachverhaltsbezogen festzustellen. (BFG vom 21.11.2017, RV/7105252/2016, BFG vom 24.08.2017, RV/5101270/2017, BFG vom 31.05.2017, RV/5100349/2016, BFG vom 07.02.2017, RV/7106469/2016, BFG vom 15.11.2016, RV/7103786/2015, BFG vom 19.08.2016, RV/76101889/2016).

Es ist also im gegenständlichen Fall nach österreichischem Recht zu prüfen, ob der Beschwerdeführer einen Anspruch auf Familienbeihilfe hat, wobei zu fingieren ist, dass alle Familienangehörigen in Österreich wohnen.

§ 2 Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 stellt hinsichtlich des Familienbeihilfanspruchs primär auf die Haushaltsgugehörigkeit mit einem Kind ab und nur subsidiär (§ 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG 1967) darauf ab, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. Einem Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des zweiten Satzes des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 steht der ausschließliche Anspruch einer Person, bei der das Kind im strittigen Zeitraum haushaltsgugehörig war, zwingend entgegen. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann (VwGH vom 25.02.1987, 86/13/0158, VwGH vom 27.09.2012, 2012/16/0054, VwGH 18.04.2007, 2006/13/0120).

Die Bedingungen einer Haushaltsgugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG 1967 näher umschrieben; demgemäß kommt es ausschließlich auf eine auf längere Zeit berechnete Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft an (vgl. VwGH vom 26.04.2013, 2011/11/0188, VwGH vom 18.04.2004, 2006/13/0120, BFG vom 15.11.2016, RV/7103786/2015).

Eine auf längere Zeit berechnete Wohngemeinschaft zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Tochter bestand nach den getroffenen Sachverhaltsdarstellungen nicht. Die Tochter lebte im gegenständlichen Zeitraum mit ihrer Mutter in der Slowakei im gemeinsamen Haushalt.

Da die Tochter des Beschwerdeführers im Streitzeitraum Jänner bis Dezember 2016 dem Haushalt ihrer Mutter in der Slowakei angehörte, hat auch die Mutter und nicht der Beschwerdeführer gemäß § 2 Abs. 2 Satz FLAG 1967 vorrangig Anspruch auf Familienbeihilfe (vgl. BFG vom 21.11.2017, RV/7105252/2016; BFG vom 09.10.2017, RV/5101534/2016).

Die Beschwerde war daher abzuweisen.

#### **E) Weiterwirken des Antrags zugunsten der Kindesmutter**

Da die Familienbeihilfe, wie gerade ausgeführt, nicht dem Beschwerdeführer, sondern der haushaltsführenden Kindesmutter zusteht, wäre der Antrag des Beschwerdeführer zur Gänze abzuweisen.

§ 13 FLAG 1967 Satz 2 ist in Verbindung mit den §§ 11 und 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 (BFG vom 21.11.2017, RV/7105252/2016).

Ist für einen Kalendermonat ein Antrag nicht zur Gänze abzuweisen oder einem Antrag nicht zur Gänze Folge zu geben, sondern einem Antrag nur teilweise Folge zu geben, ist insoweit, als dem Antrag nicht Folge gegeben wird, ein Abweisungsbescheid zu erlassen, ansonsten mit Auszahlung vorzugehen. Die meritorische Erledigung einer gegen einen Abweisungsbescheid erhobenen Beschwerde mittels Beschwerdevorentscheidung oder Erkenntnisses kann, jeweils für einen bestimmten Zeitraum, entweder auf (gänzliche oder teilweise) Abweisung des Familienbeihilfantrags 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 vom 21.11.2017, RV/7105252/2016; BFG 16.10.2015, RV/7100657/2015; 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 Beschwerdeführer 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 (BFG vom 06.06.2018, RV/7100050/2016, BFG vom 06.06.2018, RV/7100050/2016, BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016; BFG 9.4.2018, RV/7101954/2016; BFG vom 21.11.2017, RV/7105252/2016).

Es ist demnach zwar die Beschwerde des Beschwerdeführers abzuweisen, der Antrag des Beschwerdeführers ist aber nicht abzuweisen, sondern ist dieser als Antrag zugunsten der Kindesmutter zu berücksichtigen.

Das bedeutet, dass die Mutter nicht einen eigenen (Erst)Antrag gemäß § 10 Abs. 1 FLAG 1967 stellen muss, sondern der vom Beschwerdeführer 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 (12. April 2017) abzustellen.

Im Fall einer Abweisung des Antrags des Beschwerdeführers wäre das Verfahren mit dieser Abweisung abgeschlossen. Da der Antrag aber zugunsten der Mutter wirkt, kommt es vorerst nicht zu einem endgültigen Abspruch über diesen Antrag.

Es ist daher gemäß § 92 BAO iVm. §§ 10, 13 FLAG 1967 und Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 festzustellen, dass einerseits ein Anspruch des Beschwerdeführers, auf die österreichischen Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) oder auf Ausgleichszahlung betreffend der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrag nicht besteht, sowie, dass andererseits der Antrag des Beschwerdeführers vom 12. April 2017 auf Familienbeihilfe als derartiger Antrag zugunsten der Mutter zu berücksichtigen ist.

## **F) Zulässigkeit einer Revision**

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Im gegenständlichen Verfahren war weder eine Rechtfrage zu lösen der grundsätzliche Bedeutung zukommt noch fehlte eine Rechtsprechung für die zu lösende Rechtsfrage. Im Übrigen ist das Bundesfinanzgericht in seinem Erkenntnis nicht von der ständigen Rechtsprechung abgewichen.

Salzburg-Aigen, am 5. März 2019