

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf., über die Beschwerde vom 31. Mai 2016 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt FA vom 4. Mai 2016, VNR000, über die Abweisung eines Antrags auf Gewährung einer Ausgleichszahlung für das Kind K., geb. Dat01, für den Zeitraum „ab August 2012“ zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 Bundesabgabenordnung (BAO) als unbegründet abgewiesen.

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

## **Entscheidungsgründe**

Der Beschwerdeführer (Bf.), ein ungarischer Staatsbürger, stellte unter Verwendung des Formblattes Beih 38 einen am 10. November 2015 beim Finanzamt eingelangten Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung (Differenzzahlung) für seinen am Dat01 geborenen Sohn.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 4. Mai 2016 für den Zeitraum „ab August 2012“ mit nachstehender Begründung ab:

Art. 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 regle für den Fall, dass für dieselben Familienangehörigen Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren seien, welcher Staat vorrangig/nachrangig für die Zahlung der Familienleistungen zuständig sei.

Der Begriff des „familienangehörigen Kindes“ werde im § 2 Abs. 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 definiert; darunter zu verstehen seien leibliche Kinder, Enkel, Stiefkinder usw., allerdings immer unter der einschränkenden Voraussetzung, dass das Kind mit dem in Frage kommenden Elternteil im gemeinsamen Haushalt lebe oder dieser Elternteil überwiegend die Unterhaltskosten für das Kind trage (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967).

Im Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 26. November 2009 in der Rechtssache C-363/08 und im darauf folgenden Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 2. Februar 2010, Zl. 2009/15/0204-11, werde jedoch die Rechtsmeinung vertreten, dass

ein leiblicher Vater - auch wenn er keinerlei Kontakt zu seinem leiblichen, im Ausland lebenden Kind mehr habe - als familienangehöriger Vater zu werten sei und eine von ihm in Österreich ausgeübte Erwerbstätigkeit einen Anspruch auf die Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung für das Kind im Ausland auslöse.

Als Folge dieser Rechtsprechung sei daher als ein familienangehöriges Kind im Sinne des Art. 68 der Verordnung (EG) 883/2004 ein leibliches Kind im Verhältnis zu seinem leiblichen Vater/zu seiner leiblichen Mutter zu werten.

Bei der Beurteilung der Frage, nach welchen Rechtsvorschriften ein vorrangiger/ nachrangiger Anspruch auf die Familienleistungen eines Landes für dieses Kind bestehe, seien der Prüfung beide leibliche Elternteile zugrunde zu legen.

Ein gemeinsamer Haushalt mit dem Kind liege nicht vor und laut einer vorgelegten Bestätigung der Kindesmutter leiste der Bf. 70.000,00 HUF an Unterhalt.

Da diese Bestätigung der Kindesmutter über eine Unterhaltsleistung von 70.000,00 HUF nicht unterschrieben sei, sei nur von der gerichtlichen Festsetzung der Unterhaltsleistungen in Höhe von 15.000,00 HUF auszugehen. Daher sei nicht vom Vorliegen einer überwiegenden Kostentragung durch den Bf. auszugehen.

Dagegen wurde mit Eingabe vom 31. Mai 2016 fristgerecht eine Bescheidbeschwerde eingebracht. Der Bf. bringt darin sinngemäß vor, dass er für das Kind überwiegend Unterhalt leiste. Er lege zum Beweis dieses Vorbringens eine notariell beglaubigte Erklärung der Kindesmutter vor, wonach diese seit 1. Jänner 2012 vom Bf. monatlich 70.000,00 HUF in bar an Unterhalt erhalte.

Das Finanzamt wies in der Folge die Beschwerde mit Beschwerdevereentscheidung vom 19. Dezember 2016 als unbegründet ab. Es kam in seiner Beweiswürdigung zum Ergebnis, dass der Bf. eine überwiegende Kostentragung nicht nachgewiesen habe.

Mit der fristgerechten Einbringung des als „Beschwerde gegen die Beschwerdevereentscheidung vom 19.12.2016“ bezeichneten Vorlageantrags vom 13. Jänner 2017 gilt die Bescheidbeschwerde wiederum als unerledigt (§ 264 Abs. 3 Bundesabgabenordnung - BAO).

Mit Vorlagebericht vom 12. Juli 2018 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor.

### **Das Bundesfinanzgericht hat über die Beschwerde erwogen:**

Sachverhalt:

Der Bf., die Kindesmutter und das im angefochtenen Bescheid genannte Kind sind ungarische Staatsbürger. Der Bf. hat seinen Wohnsitz in Ungarn und ist seit 20. August 2012 in Österreich erwerbstätig.

Die vom Bf. getrennt lebende Kindesmutter wohnt mit dem zu ihrem Haushalt zugehörigen Kind, K., geb. am Dat01, ebenfalls in Ungarn. Sie war von 27. April 2012 bis 26. Juli 2012, von 1. September 2012 bis 30. September 2012 sowie von 5. Mai 2014 bis 10. Juni 2014 in Ungarn beschäftigt und übt seit 11. Juni 2014 keine Erwerbstätigkeit mehr aus.

Aufgrund des vorgelegten Gerichtsprotokolls des Stadtgerichts G. vom Dat02 ist der Bf. zu einer monatlichen Unterhaltsleistung in Höhe von 15.000,00 HUF verpflichtet.

Beweiswürdigung:

Der relevante Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt der vorgelegten Verwaltungsakten des Finanzamtes, den Anmerkungen und Eintragungen in der Beihilfendatenbank sowie aus den Angaben und Vorbringen des Bf.

Rechtslage:

§ 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) lautet auszugsweise:

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

- a) für minderjährige Kinder,
- b) ...

(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) ..."

§ 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."

§ 53 Abs. 1 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."

Artikel 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABl. L 166,

S. 1, in der durch die Verordnung (EU) Nr. 465/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2012 (ABl. L. 149, S. 4) geänderten Fassung (im Folgenden Verordnung (EG) Nr. 883/2004) lautet auszugsweise:

"Artikel 1

Für Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

...

i) "Familienangehöriger":

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

Artikel 2 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 lautet:

"Artikel 2

Persönlicher Geltungsbereich

Diese Verordnung gilt für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen."

Artikel 4 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 lautet:

"Artikel 4

Gleichbehandlung

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

Artikel 7 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 lautet:

"Artikel 7

Aufhebung der Wohnortklauseln

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

Artikel 11 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 lautet auszugsweise:

"Artikel 11

Allgemeine Regelung

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

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

Artikel 67 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 lautet:

"Artikel 67

Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen

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

Artikel 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 lautet:

"Artikel 68

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."

Artikel 60 Abs. 1 und 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 (im Folgenden Verordnung Nr. 987/2009) lautet:

"Artikel 60

(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 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 Abs. 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."

Rechtliche Erwägungen:

Der Bf., die Kindesmutter und das im angefochtenen Bescheid genannte Kind sind ungarische Staatsbürger. Der Bf. ist seit 20. August 2012 in Österreich nichtselbständig erwerbstätig. Die Kindesmutter war von 27. April 2012 bis 26. Juli 2012, von 1. September 2012 bis 30. September 2012 sowie von 5. Mai 2014 bis 10. Juni 2014 in Ungarn beschäftigt und übt seit 11. Juni 2014 keine Erwerbstätigkeit mehr aus (Formular „E 411“ vom 19. Oktober 2015). Die Wohnorte des Bf., der von ihm getrennt lebenden Kindesmutter und des ihrem Haushalt zugehörigen Kindes liegen in Ungarn. Es liegt somit ein grenzüberschreitender Sachverhalt mit Unionsbezug vor und es sind die Vorschriften der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 anzuwenden.

Demzufolge finden die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen des § 2 Abs. 1 FLAG 1967, welche den Familienbeihilfenbezug auf den Wohnort im Bundesgebiet abstellt, des § 2 Abs. 8 FLAG 1967, welche auf den wesentlich durch den Wohnort bestimmten Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet abstellt, und des § 5 Abs. 3 FLAG 1967, das einen vom Wohnort abhängigen Ausschluss der Familienbeihilfe bei ständigem Aufenthalt des Kindes im Ausland vorsieht, zufolge des Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und dessen Anwendungsvorrangs insoweit keine Anwendung. Zuzufolge des in Art. 4 der Verordnung (EG) 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 1967 mit besonderen Voraussetzungen für Personen, die

nicht österreichische Staatsbürger sind, keine Anwendung (vgl. VwGH 27.9.2012, 2012/16/0066).

Der Bf. unterliegt aufgrund seiner seit 20. August 2012 in Österreich ausgeübten Beschäftigung gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 den österreichischen Rechtsvorschriften, die Kindesmutter für die Zeiten ihrer in Ungarn ausgeübten Beschäftigung nach derselben Bestimmung den ungarischen Rechtsvorschriften. Nach Art. 68 Abs. 1 Buchstabe b sublit. i der Verordnung (EG) 883/2004 ist daher aufgrund des in Ungarn gelegenen Wohnortes des Kindes für diese Zeiträume Ungarn primär und Österreich subsidiär (für die allfällige Gewährung einer Differenzzahlung) zuständig.

Für jene Zeiträume, in denen die Kindesmutter in Ungarn keine Beschäftigung ausübte, ist nach Art. 68 Abs. 1 Buchstabe a der Verordnung (EG) 883/2004 Österreich der zur Erbringung von Familienleistungen vorrangig zuständige Mitgliedstaat.

Nach § 2 Abs. 1 FLAG 1967 wären die Anspruchsvoraussetzungen in der Person des Beschwerdeführers grundsätzlich erfüllt. Der Beschwerdeführer ist in Österreich erwerbstätig, die Kindesmutter lebt in Ungarn und hat in Österreich weder einen Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt. Dennoch ist die Kindesmutter vorrangig anspruchsberechtigt. Denn nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf die Familienbeihilfe für ein in Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.

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.

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).

Im gegenständlichen Fall wird auch vom Bf. nicht bestritten, dass das im angefochtenen Bescheid genannte Kind im hier maßgeblichen Zeitraum bei seiner Mutter haushaltszugehörig war.

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

Nach Art. 60 Abs. 1 zweiter Satz der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 ist bei der Anwendung von Art. 67 und 68 der Verordnung (EG) Nr. 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 Rechtsordnung des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen. Art. 67 erster Satz



der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, der bestimmt, dass eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats hat, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden, ist ungeachtet dessen anzuwenden, dass es bereits nach nationalem Recht nicht darauf ankommt, ob das Kind seinen Wohnsitz im Inland oder in einem EU-Mitgliedstaat hat (§ 53 FLAG 1967).

Zu den beteiligten Personen im Sinn des Art. 60 Abs. 1 zweiter Satz der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 gehören die Familienangehörigen im Sinne des Art. 1 Buchst. i) Nr. 1 Buchst. i) der Verordnung (EG) Nr. 883/2004. Darunter sind alle Personen zu verstehen, die nach nationalem Recht berechtigt sind, Anspruch auf Familienleistungen zu erheben (vgl. EUGH 22.10.2015, Rs. C-378/14, Tomislav Trapkowski, Rz 38).

Aufgrund der Fiktion des Art. 60 Abs. 1 zweiter Satz der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 lässt sich nach dem zuletzt genannten EUGH-Urteil vom 22. Oktober 2015, Rz 39, "nicht ausschließen", dass ein Elternteil, der in einem anderen als dem zur Gewährung von Familienleistungen verpflichteten Mitgliedstaat wohnt, diejenige Person ist, die zum Bezug dieser Leistungen berechtigt ist. Dies ist der Fall, wenn - wie nach der österreichischen Rechtslage - bei konkurrierenden Ansprüchen derjenige Elternteil vorrangig Anspruch auf Familienleistungen hat, der das Kind in seinem Haushalt aufgenommen hat. Derjenige, der die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person anspruchsberechtigt ist (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967). Letzteres trifft im vorliegenden Fall jedoch nicht zu.

Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 2a Abs. 2 FLAG 1967 ist ein Verzicht auf den Familienbeihilfenanspruch nur in den Fällen des Abs. 1 und somit nur dann möglich, wenn das Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern gehört. Ein Verzicht eines Elternteiles, zu dessen Haushalt das Kind gehört, zugunsten des Elternteiles, zu dessen Haushalt das Kind nicht gehört, welcher jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, ist im Gesetz nicht vorgesehen (vgl. VwGH 16.3.1989, 89/14/0002; zur vergleichbaren Vorgängerbestimmung des § 11 Abs. 2 FLAG 1967, idF BGBl 1976/290; vgl. auch UFS 1.12.2004, RV/0251-F/04).

Somit ist auch für den Anspruch auf die Gewährung von Familienleistungen zu fingieren, dass gemäß Art. 60 Abs. 1 zweiter Satz der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 die getrennt lebende Kindesmutter mit dem gemeinsamen Kind in einem eigenen Haushalt in Österreich lebt und damit bei gegebenem Sachverhalt vorrangig anspruchsberechtigt ist.

Es mag sein, dass bisher in der Verwaltungspraxis bei gleichgelagerten Fällen beim Familienbeihilfenanspruch auf die Unterhaltszahlung abgestellt und dabei die Leistung eines Betrages mindestens in Höhe der Familienbeihilfe (einschließlich des Kinderabsetzbetrages) als ausreichend angesehen wurde. Dies entspricht jedoch nicht der hierzu ergangenen neueren Rechtsprechung (vgl. etwa BFG 31.5.2017, RV/5100349/2016; BFG 5.9.2017, RV/3100527/2017).

Die Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.

Unzulässigkeit 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.

Die Erhebung einer Revision war als unzulässig zu erklären, weil keine zu lösende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt. Das Bundesfinanzgericht ist in rechtlicher Hinsicht der Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Union gefolgt.

Linz, am 31. Juli 2018