

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R in der Beschwerdesache BF,  
1) über die Beschwerden vom 18.03.2014 und vom 27.03.2014 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Gmunden Vöcklabruck vom 05.03.2014 zu VNR 001, mit dem ein Antrag auf Gewährung von Differenzzahlungen (Ausgleichszahlungen) für das Kind K (VNR 002) betreffend den Zeitraum Jänner 2008 bis Dezember 2010 abgewiesen wurden, und  
2) über die Beschwerde vom 27.03.2014 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Gmunden Vöcklabruck vom 05.03.2014 zu VNR 001 über die Rückforderung zu Unrecht für das Kind K (VNR 002) für den Zeitraum Jänner 2011 bis Dezember 2012 bezogener „Beträge an Familienbeihilfe“, für den Zeitraum Jänner 2013 bis November 2013 bezogener "Beträge an Ausgleichszahlung gem. Verordnung (EG) 883/2004 (DZ)" und für den Zeitraum Jänner 2011 bis November 2013 bezogener Kinderabsetzbeträge in Höhe von insgesamt 6.507,05 € zu Recht erkannt:

Die Beschwerden werden gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Der Spruch des erstangefochtenen Bescheides wird insoweit abgeändert, dass der zugrundeliegende Antrag hinsichtlich des Zeitraumes Jänner 2008 bis Mai 2008 als unzulässig zurückgewiesen wird.

Der Spruch des zweitangefochtenen Bescheides wird dahingehend präzisiert, dass die darin angeführten „Beträge an Familienbeihilfe“ gewährte Differenzzahlungen im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 betreffen.

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

## Entscheidungsgründe

### Sachverhalt

Der Beschwerdeführer ist tschechischer Staatsbürger, in Österreich wohnhaft und hier nichtselbständig erwerbstätig. Der Beschwerdeführer ist leiblicher Vater des anspruchsvermittelnden Kindes K.

Die Kindesmutter KM ist tschechische Staatsbürgerin, vom Kindesvater geschieden und in Tschechien (P) wohnhaft. Dort führt sie unter der Firma „XY“ seit 22 Jahren ein Fachgeschäft für Kunstbedarf. Seit dem Jahr 2003 wird auch ein E-Shop betrieben. Ferner werden Kunstkurse organisiert (Quelle: [www.XY.com](http://www.XY.com)).

Das anspruchsvermittelnde Kind ist tschechischer Staatbürger und lebte im beschwerderelevanten Zeitraum im Haushalt der Kindesmutter in Tschechien.

Nach den Anmerkungen in der Beihilfendatenbank sowie den dort gespeicherten behördlichen Erledigungen wurden dem Beschwerdeführer aufgrund eines (nicht aktenkundigen) Antrages vom 19.3.2013 mit Ausgleichszahlungsbescheiden vom 2.5.2013 Differenzzahlungen im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 inklusive Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Jänner 2011 bis Dezember 2011 in Höhe von 2.287,32 € und für den Zeitraum Jänner bis Dezember 2012 in Höhe von 2.197,81 € gewährt. Ferner ist der Beihilfendatenbank zu entnehmen, dass auch für den Zeitraum Jänner bis November 2013 (ohne Erlassung eines Bescheides sondern lediglich unter Ausstellung einer entsprechenden Mitteilung im Sinne des § 12 FLAG) Differenzzahlungen gewährt wurden. Insgesamt wurden an den Beschwerdeführer für den Zeitraum Jänner 2011 bis November 2013 Leistungen in Höhe von 6.507,05 € ausbezahlt.

Der Beschwerdeführer beantragte mit weiteren Formblättern Beih 38, unterfertigt am 10.6.2013, beim Finanzamt eingelangt am 11.6.2013, die Gewährung von Differenzzahlungen für seinen Sohn für die Zeiträume 1.1.2008 bis 31.12.2008, 1.1.2009 bis 31.12.2009, sowie 1.1.2010 bis 31.12.2010. In diesen Formblättern gab der Beschwerdeführer an, dass das Kind bei der Kindesmutter in P wohne und Schüler sei. Er sei seit 2007 von der Kindesmutter geschieden, in Österreich wohnhaft und hier auch nichtselbständig erwerbstätig. Als „Dienstgeber“ der Kindesmutter gab der Beschwerdeführer „XY“ an.

Im Zuge einer Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe (31.10.2013) wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, Zeugnisse seines Sohnes sowie eine Dienstgeberbestätigung betreffend seine Erwerbstätigkeit vorzulegen.

Dieser Aufforderung kam der Beschwerdeführer am 7.1.2014 nach und legte eine entsprechende Bestätigung seines inländischen Arbeitgebers, ein Schulzeugnis seines Sohnes, eine Bestätigung über den Besuch einer Mittelfachschule betreffend den Zeitraum 1.9.2008 bis 30.6.2010, eine Bestätigung über den Besuch eines einjährigen Abituriertenstudiums vom 22.10.2010 bis 30.6.2011 am Bezirkszentrum für Bildung und Sprachenschule mit dem Recht des staatlichen Sprachexamens in P, sowie eine Bestätigung über das Studium an einer höheren Fachoberschule für Gesundheitswesen, Management und öffentliche Verwaltung ab 1.9.2011 (voraussichtlicher Bildungsabschluss 31.8.2014) vor.

Mit Ergänzungersuchen vom 9.1.2014 forderte das Finanzamt den Beschwerdeführer auf, bis 30.1.2014 Nachweise (Bankbelege) dafür vorzulegen, dass er an seinen Sohn im Zeitraum 2008 bis laufend Unterhaltsleistungen erbringe. Ferner wurden Schulnachrichten/Jahreszeugnisse für die Schuljahre 2007/2008, 2008/2009 und 2009/2010 (mit Übersetzung) angefordert.

Eine Stellungnahme des Beschwerdeführers zu diesem Vorhalt ist nicht aktenkundig.

Mit **Bescheid vom 5.3.2014** wies das Finanzamt die am 11.6.2013 eingebrachten Anträge auf Gewährung von Differenzzahlungen für den Zeitraum Jänner 2008 bis Dezember 2010 ab, da der Beschwerdeführer trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen (Nachweis geleisteter Unterhaltszahlungen) nicht eingebracht habe.

Mit **weiterem Bescheid vom 5.3.2014** forderte das Finanzamt zu Unrecht für den Zeitraum Jänner 2011 bis Dezember 2012 bezogener „Beträge an Familienbeihilfe“, für den Zeitraum Jänner 2013 bis November 2013 bezogener „Beträge an Ausgleichszahlung gem. Verordnung (EG) 883/2004 (DZ)“ und für den Zeitraum Jänner 2011 bis November 2013 bezogener Kinderabsetzbeträge in Höhe von insgesamt 6.507,05 € zurück. Auch dieser Rückforderungsbescheid wurde damit begründet, dass der Beschwerdeführer Unterhaltszahlungen an seinen Sohn nicht nachgewiesen habe.

Mit Eingabe vom **18.3.2014** erhob der Beschwerdeführer **Einspruch gegen den Abweisungsbescheid vom 5.3.2014**. Das Finanzamt habe die Abweisung damit begründet, dass er die Unterhaltszahlungen nicht nachgewiesen hätte. Dazu halte er fest, dass er die vom Finanzamt geforderten Formulare und Bestätigungen eingereicht habe. Das Finanzamt möge ihm detailliert mitteilen, was jetzt genau nicht den Vorgaben entspreche, denn ansonsten habe er keinerlei Möglichkeit, die Alimentationszahlungen, welche er definitiv in der vorgeschriebenen Höhe lückenlos geleistet habe, so nachzuweisen, dass es den Formalitäten entspreche. Abgesehen davon sei ihm Folgendes unverständlich: Er sei vom einem Beamten des Finanzamtes darauf aufmerksam gemacht worden, dass er ein Recht auf Rückzahlung der geleisteten Alimente habe. Er selber wäre nie auf diese Idee gekommen, da ihm dies nicht bekannt gewesen sei. Im Sommer 2013 sei ihm für zwei Jahre Kindergeld ausbezahlt worden. Jetzt werde dies wieder zurückgefördert, und zwar erst, als er die ihm zustehenden weiteren drei Jahre beantragt und die gewünschten E-Formulare dazu einreicht habe. Das sei ihm völlig unverständlich. Zuerst würden zwei Jahre ausbezahlt und dann wieder rückgefordert. Zuerst benötigte er keine zusätzlichen Nachweise, jetzt würden diese nicht ausreichen. Das alles sei für ihn nicht nachvollziehbar. Er bitte daher um eine detaillierte Bekanntgabe der Art und Weise, wie er die geleisteten Alimente nachweisen müsse, damit es den Vorgaben des Finanzamtes entspreche.

Mit weiterer Eingabe vom **27.3.2014** wurde neuerlich gegen den Abweisungsbescheid vom 5.3.2014 und erstmals auch gegen den Rückforderungsbescheid vom 5.3.2014 **Beschwerde** erhoben. Diese begründete der Beschwerdeführer damit, dass er von seiner Frau (Kindesmutter) seit acht Jahren geschieden sei. Sie lebe mit einem Sohn in

Tschechien. Hinsichtlich der von ihm an seinen Sohn zu leistenden Unterhaltszahlungen liege ein gerichtliches Urteil (Gericht Stadt P) vor. Die jährlichen Unterhaltsleistungen seien damals mit ca. 26.700 tschechische Kronen festgesetzt worden. Die Art der Bezahlung des Unterhaltes (jährlich in einem Betrag oder monatlich) könne laut Gerichtsurteil zwischen seiner geschiedenen Frau und ihm frei vereinbart werden. Er habe mit seiner geschiedenen Frau vereinbart, die Unterhaltszahlungen zweimal jährlich in Form einer Barzahlung zu leisten. Er habe den Unterhalt in dieser Form immer pünktlich bezahlt. Dies sei auch von seiner Frau in einem dem Finanzamt vorliegenden Schreiben so bestätigt worden. Zusätzlich unterstütze er seit drei Jahren seinen Sohn, der eine höhere Privatschule absolviere, und bezahle ihm weitere 20.000 tschechische Kronen jährlich. Dies könne er durch Vorlage einer weiteren Bestätigung nachweisen. Es bestehe daher der Anspruch auf Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung zu Recht. Er beantrage die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und Erlassung eines neuen Bescheides, mit dem seinem Beschwerdevorbringen Rechnung getragen werde. Weiters beantrage er die Aussetzung der Einhebung in Höhe des strittigen Betrages von € 6.507,05 bis zur neuen Bescheiderlassung.

In einem schriftlichen **Auskunftsersuchen vom 19.5.2014** forderte das Finanzamt den Beschwerdeführer auf, folgende Fragen bis 10.6.2014 zu beantworten:

„Anspruch auf Familienbeihilfe hat nach § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 jene Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.“

Entsprechend dieser Bestimmung hat vorrangig jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein die Anspruchsvoraussetzungen erfüllendes Kind, zu dessen Haushalt das Kind gehört. Nur unter der Voraussetzung, dass keine Haushaltsgehörigkeit gegeben ist, kommt es auf die überwiegende Kostentragung an.

Um beurteilen zu können, wer die Unterhaltskosten für ein Kind überwiegend trägt, sind zunächst die tatsächlichen Kosten, die für den Unterhalt des Kindes aufgewendet werden, zu ermitteln. Zu den Unterhaltskosten gehören alle Kosten zur Deckung der Bedürfnisse des Kindes entsprechend § 140 ABGB, also insbesondere die Kosten der Nahrung, der Bekleidung, der Wohnung mit Licht und Heizung, der Körperpflege, der ärztlichen Behandlung, der Heilmittel und der Pflege in Krankheitsfällen, einer Erholungsreise, des Unterrichtes und der Berufsausbildung, der Befriedigung angemessener geistiger Bedürfnisse und Unterhaltungen und vieles mehr.

Diese Kosten sind grundsätzlich unter Mitwirkung des Familienbeihilfenwerbers konkret zu ermitteln.

Überweisungsbelege, oder Abbuchung vom Konto und Belege über die Zahlung von außerordentlichen Kosten für den Sohn.

Bestätigung der Universität über die abgelegten ECTS-Punkte seit Studienbeginn.

Wohnt der Sohn am Studienort oder bei seiner Mutter?

Ist die Kindesmutter wieder verheiratet?“

Dazu gab der Beschwerdeführer in einer **Stellungnahme** an, dass Bankauszüge nur für den Zeitraum ab 12/2011, nicht aber für die Zeit davor ab 2008 vorhanden wären. Der „Betrag“ sei zweimal im Jahr übergeben worden. Der Sohn wohne bei der Kindesmutter in P. Die Kindesmutter sei nicht wieder verheiratet. Ferner wurden die jährlichen Unterhaltskosten für das Kind näher aufgegliedert. Weiters legte der Beschwerdeführer inhaltlich gleichlautende Bestätigungen der Kindesmutter vom 20.1.2014 und 12.6.2014 vor, wonach der Beschwerdeführer seit 2005 Alimente für das Kind und seit 2008 die Hälfte des Schulgeldes bezahle. Schließlich wurden Kontoauszüge vorgelegt, auf denen (vom Beschwerdeführer durch Markierung hervorgehobene) Bargeldbehebungen ausgewiesen werden.

Mit **Beschwerdevorentscheidung vom 9.7.2014** sprach das Finanzamt – ungeachtet dessen, dass ausdrücklich nur die Beschwerde vom 18.3.2014 zitiert wurde – sowohl über die Beschwerden gegen den Abweisungsbescheid vom 5.3.2014, als auch die Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid vom 5.3.2014 dahingehend ab, dass die Beschwerde „für den Zeitraum 01-05/2008 zurückgewiesen und für den Zeitraum 06/2008-11/2013 als unbegründet abgewiesen“ wird. Begründet wurde dies zusammengefasst damit, dass der Beschwerdeführer die behauptete überwiegende Tragung der Unterhaltskosten für das Kind nicht nachgewiesen habe. Darüber hinaus löse die vom Kind im Zeitraum Oktober 2010 bis Juni 2011 absolvierte Sprachausbildung in Österreich keinen Anspruch auf Familienbeihilfe aus.

Im **Vorlageantrag vom 29.7.2014** erstattete der Beschwerdeführer weiteres Vorbringen, warum er entgegen der Ansicht des Finanzamtes sehr wohl die überwiegenden Unterhaltskosten für das Kind getragen habe.

Am 17.11.2015 legte das Finanzamt die Beschwerden dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor.

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

## **Beweiswürdigung**

Aufgrund des Vorbringens des Beschwerdeführers sowie der aktenkundigen Familienstandsbescheinigung (E 401) steht fest, dass das anspruchsvermittelnde Kind im beschwerderelevanten Zeitraum (Jänner 2008 bis Novmeber 2013) im Haushalt der Kindesmutter in Tschechien gewohnt hat. Ferner ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer in dieser Zeit von der Kindesmutter – seiner geschiedenen Ehegattin – getrennt gelebt hat. Der Beschwerdeführer war in Österreich nichtselbständig erwerbstätig

(Bestätigung des Arbeitgebers; Versicherungsdatenauszug), die Kindesmutter war in Tschechien während dieser Zeit selbständig erwerbstätig (Betrieb des Fachgeschäfts für Kunstbedarf in P).

## **Gegenstand des Beschwerdeverfahrens**

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sind die beiden Bescheide des Finanzamtes vom 5.3.2014, mit denen zum einen die Anträge des Beschwerdeführers auf Gewährung von Differenzzahlungen (auch) für die Jahre 2008, 2009 und 2010 abgewiesen wurden, und zum anderen die bereits gewährten Differenzzahlungen für den Zeitraum Jänner 2011 bis November 2013 wieder zurückgefordert wurden.

Gegen den Abweisungsbescheid vom 5.3.2014 richten sich die Beschwerden vom 18.3.2014 und vom 27.3.2014, die gemäß § 267 BAO zu einem gemeinsamen Verfahren verbunden wurden. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes könnte in der Beschwerde vom 27.3.2014 insoweit auch lediglich ein ergänzender Schriftsatz zur Beschwerde vom 18.3.2014 erblickt werden (vgl. etwa VwGH 25.6.2008, 2006/15/0085).

Gegen den Rückforderungsbescheid vom 5.3.2014 richtet sich die Beschwerde vom 27.3.2014.

## **Rechtslage**

### **Nationales Recht**

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

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

Im Sinne des ersten Abschnittes des FLAG sind gemäß § 2 Abs. 3 FLAG Kinder einer Person deren Nachkommen (lit. a), deren Wahlkinder und deren Nachkommen (lit. b), deren Stiefkinder (lit. c) und deren Pflegekinder im Sinne der §§ 186 und 186a ABGB (lit. d).

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

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,
- c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltpflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens

in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).

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

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

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

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

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

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

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

## **Unionsrecht**

Für den Zeitraum Jänner 2008 bis April 2010 sind die Bestimmungen der Verordnung (EWG) 1408/71 sowie der Durchführungsverordnung (EWG) 574/72 anzuwenden, für den Zeitraum Mai 2010 bis November 2013 die Bestimmungen der Verordnung (EG) 883/2004 sowie der Durchführungsverordnung (EG) 987/2009 (siehe Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 53 Tz 19 ff.).

Die **Verordnung (EWG) 1408/71** bestimmt auszugsweise:

Art. 1: Für die Anwendung dieser Verordnung werden die nachstehenden Begriffe wie folgt definiert:

a) „Arbeitnehmer“ oder „Selbständiger“: jede Person, die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige oder einem Sondersystem für Beamte erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist;

Art. 2 (1): Diese Verordnung gilt für Arbeitnehmer und Selbständige sowie für Studierende, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

Als Familienangehöriger gilt gemäß Art. 1 lit. f sublit. i dieser Verordnung jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, oder in den Fällen des Artikels 22 Absatz 1 Buchstabe a) und des Artikels 31 in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sie wohnt, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbständigen oder dem Studierenden in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird. Gestatten es die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht, die Familienangehörigen von den anderen Personen, auf die sie anwendbar sind, zu unterscheiden, so hat der Begriff "Familienangehöriger" die Bedeutung, die ihm in Anhang I gegeben wird.

Art. 3 (1): Die Personen, für die diese Verordnung gilt, haben die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen.

Art. 4 (1): Diese Verordnung gilt für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die folgende Leistungsarten betreffen: ...

#### h) Familienleistungen

Art. 13 (1): Vorbehaltlich der Artikel 14c und 14f unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, gilt folgendes:

a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat;

b) eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt;

Art. 73: Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Art 76: (1) Sind für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, Familienleistungen aufgrund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgesehen, so ruht der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gegebenenfalls gemäß Artikel 73 bzw. 74 geschuldeten Familienleistungen bis zu dem in den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats vorgesehenen Betrag.

(2) Wird in dem Mitgliedstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, kein Antrag auf Leistungsgewährung gestellt, so kann der zuständige Träger des anderen Mitgliedstaates Absatz 1 anwenden, als ob Leistungen in dem ersten Mitgliedstaat gewährt würden.

Die **Verordnung (EWG) 574/72** über die Durchführung der Verordnung (EWG) 1408/71 bestimmt auszugsweise:

Art. 10: (1) a) Der Anspruch auf Familienleistungen oder -beihilfen, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats geschuldet werden, nach denen der Erwerb des Anspruchs auf diese Leistungen oder Beihilfen nicht von einer Versicherung, Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit abhängig ist, wird, wenn während desselben Zeitraums für dasselbe Familienmitglied Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats oder nach den Artikeln 73, 74, 77 oder 78 der Verordnung geschuldet werden, bis zur Höhe dieser geschuldeten Leistung ausgesetzt.

b) Wird jedoch

i) in dem Fall, in dem Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats oder nach Artikel 73 oder 74 der Verordnung geschuldet werden, von der Person, die Anspruch auf die Familienleistungen hat, oder von der Person, an die sie zu zahlen sind, in dem unter Buchstabe a) erstgenannten Mitgliedstaat eine Berufstätigkeit ausgeübt, so wird der Anspruch auf die allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedstaats oder nach den genannten Artikeln geschuldeten Familienleistungen ausgesetzt, und zwar bis zur Höhe der Familienleistungen, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats vorgesehen sind, in dessen Gebiet das Familienmitglied wohnhaft ist. Leistungen, die der Mitgliedstaat zahlt, in dessen Gebiet das Familienmitglied wohnhaft ist, gehen zu Lasten dieses Staates;

ii) in dem Fall, in dem Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats oder nach Artikel 77 oder 78 der Verordnung geschuldet werden, von der Person, die Anspruch auf diese Leistungen hat, oder von der Person, an die sie zu zahlen sind, in dem unter Buchstabe a) erstgenannten Mitgliedstaat eine Berufstätigkeit ausgeübt, so wird der Anspruch auf diese Familienleistungen oder -beihilfen, die allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedstaats oder nach diesen Artikeln geschuldet werden, ausgesetzt; in diesem Falle hat der Betreffende Anspruch auf die Familienleistungen oder -beihilfen des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Kinder wohnen, zu Lasten dieses Mitgliedstaats sowie gegebenenfalls auf nicht unter die Familienbeihilfen nach den Artikeln 77 oder 78 der Verordnung fallende Leistungen zu Lasten des nach diesen Artikeln zuständigen Staates.

(3) Werden nach Artikel 73 und/oder 74 der Verordnung Familienleistungen für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen von zwei Mitgliedstaaten geschuldet, so zahlt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften den höheren Leistungsbetrag vorsehen, diesen ganzen Betrag aus, der ihm dann von dem zuständigen Träger des anderen Mitgliedstaats zur Hälfte zu erstatten ist, wobei der nach den Rechtsvorschriften des letzteren Mitgliedstaats vorgesehene Leistungssatz die obere Grenze bildet.

Art. 86: (1) Ein Arbeitnehmer hat für den Bezug von Familienleistungen nach Artikel 73 der Verordnung gegebenenfalls über seinen Arbeitgeber bei dem zuständigen Träger einen entsprechenden Antrag zu stellen.

(2) Der Arbeitnehmer hat mit seinem Antrag eine Bescheinigung über seine Familienangehörigen vorzulegen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats als desjenigen wohnen, in dem sich der zuständige Träger befindet. Diese Bescheinigung wird entweder von den für Personenstandsangelegenheiten zuständigen Behörden des Wohnlandes dieser Familienangehörigen oder von dem für die Krankenversicherung zuständigen Träger des Wohnorts dieser Familienangehörigen oder von einem anderen Träger ausgestellt, der von der zuständigen Behörde des Mitgliedstaats bezeichnet wird, in dessen Gebiet diese Familienangehörigen wohnen. Diese Bescheinigung ist jährlich zu erneuern.

(3) Sehen die Rechtsvorschriften des zuständigen Staates vor, dass die Leistungen an eine andere Person als den Arbeitnehmer gezahlt werden können oder müssen, so hat der Arbeitnehmer mit seinem Antrag auch die Angaben über die Person zu machen (Name, Vorname, vollständige Anschrift), der die Familienleistungen im Wohnland zu zahlen sind.

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

Art. 2 (1): Diese Verordnung gilt für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines

oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

Als „Familienangehöriger“ gilt gemäß Art. 1 lit. i Zif. 1 sublit. i der VO jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird;

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

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

Art. 11: (1) Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

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

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

Art. 67: Eine Person hat auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden. Ein Rentner hat jedoch Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats.

Art. 68 trifft folgende Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen, wenn für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren sind:

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

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

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

- i) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird, und subsidiär gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung. Im letztgenannten Fall werden die Kosten für die Leistungen nach in der Durchführungsverordnung festgelegten Kriterien aufgeteilt;
- ii) bei Ansprüchen, die durch den Bezug einer Rente ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass nach diesen Rechtsvorschriften eine Rente geschuldet wird, und subsidiär gegebenenfalls die längste Dauer der nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;
- iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.

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

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

- a) Dieser Träger leitet den Antrag unverzüglich an den zuständigen Träger des Mitgliedstaats weiter, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, teilt dies der betroffenen Person mit und zahlt unbeschadet der Bestimmungen der Durchführungsverordnung über die vorläufige Gewährung von Leistungen erforderlichenfalls den in Absatz 2 genannten Unterschiedsbetrag;
- b) der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, bearbeitet den Antrag, als ob er direkt bei ihm gestellt worden wäre; der Tag der Einreichung des Antrags beim ersten Träger gilt als der Tag der Einreichung bei dem Träger, der vorrangig zuständig ist.

Art. 60 Abs. 1 der **Verordnung (EG) 987/2009** zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) 883/2004 lautet: Die Familienleistungen werden bei dem zuständigen Träger beantragt. Bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung ist, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines

Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen. Nimmt eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahr, berücksichtigt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, einen Antrag auf Familienleistungen, der von dem anderen Elternteil, einer als Elternteil behandelten Person oder von der Person oder Institution, die als Vormund des Kindes oder der Kinder handelt, gestellt wird.

## **Rechtliche Erwägungen**

### **1) Zeitraum ab Mai 2010; Geltung der Verordnung (EG) 883/2004**

Der Beschwerdeführer, die Kindesmutter und das Kind sind tschechische Staatsbürger und damit Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Europäischen Union, sodass für sie die Verordnung (EG) 883/2004 gilt.

Daher finden die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen des § 2 Abs. 1 FLAG, welche den Familienbeihilfenbezug auf den Wohnort im Bundesgebiet abstellt, des § 2 Abs. 8 FLAG, welche auf den wesentlich durch den Wohnort bestimmten Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet abstellt, und des § 5 Abs. 3 FLAG, das einen vom Wohnort abhängigen Ausschluss der Familienbeihilfe bei ständigem Aufenthalt des Kindes im Ausland vorsieht, zufolge des Art. 7 der Verordnung Nr. 883/2004 und dessen Anwendungsvorrangs insoweit keine Anwendung. Zufolge des in Art. 4 der Verordnung Nr. 883/2004 normierten Gleichbehandlungsgrundsatzes für Personen, für die diese Verordnung gilt, finden die durch den Anwendungsvorrang dieser Bestimmung verdrängten Bestimmungen des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG mit besonderen Voraussetzungen für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, keine Anwendung (vgl. VwGH 27.9.2012, 2012/16/0066).

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

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

<sup>38</sup> 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.*

<sup>39</sup> *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.*

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

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

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

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

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

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

§ 2 Abs. 2 erster Satz FLAG stellt hinsichtlich des Familienbeihilfenanspruches primär auf die Haushaltszugehörigkeit mit einem Kind ab und nur subsidiär (§ 2 Abs. 2 zweiter Satz) darauf, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. Einem Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des zweiten Satzes des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 steht der ausschließliche Anspruch einer Person, bei der das Kind im strittigen Zeitraum haushaltszugehörig war, zwingend entgegen (VwGH 25.2.1987, 86/13/0158). Auf diese Rechtslage hat bereits das Finanzamt im Auskunftsersuchen vom 19.5.2014 zutreffend hingewiesen.

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört. Wie sich aus § 2 Abs. 2 FLAG ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit an. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß § 7 FLAG für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt, andererseits gibt es unter dem Gesichtspunkt "Haushaltszugehörigkeit" keine Regelungen über eine Reihung von potentiell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit. Lediglich dann, wenn das Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, kennt das FLAG den "Konkurrenzfall", der in § 2a geregelt ist (z.B. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058 mit Hinweis auf VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120).

Das anspruchsvermittelnde Kind befand sich im beschwerdegegenständlichen Zeitraum noch in Ausbildung und wohnte in dieser Zeit bei der Kindesmutter in Tschechien. Der Beschwerdeführer lebte in dieser Zeit in Österreich und war hier auch nichtselbständig erwerbstätig; es lag daher kein gemeinsamer Haushalt in Tschechien vor.

Mangels gemeinsamen Haushaltes der Kindeseltern im beschwerderelevanten Zeitraum kommt die Bestimmung des § 2a FLAG nicht zur Anwendung. Anspruch auf Familienbeihilfe kommt in diesem Fall jener Person zu, zu dessen Haushalt das Kind gehört, somit der Person, die bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dem Kind teilt.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hängt die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung im Sinne des § 2 Abs. 5 FLAG teilt, ganz wesentlich davon ab, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtigt, und zwar jedenfalls dann, wenn die betreffende Person die üblicherweise mit diesen Nächtigungen in Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen (z.B. Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt (VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120). Dass das Kind im beschwerdegegenständlichen Zeitraum in der Wohnung der Kindesmutter nächtigte, wurde auch vom Beschwerdeführer nicht in Abrede gestellt. Da sich der Beschwerdeführer aufgrund seiner nichtselbständigen Erwerbstätigkeit in Österreich aufgehalten hat, steht

auch fest, dass die Kindesmutter in diesem Zeitraum die mit den Nächtigungen des Kindes in ihrer Wohnung verbundenen altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen erbracht hat.

Was der Gesetzgeber unter „einheitlicher Wirtschaftsführung“ im Sinne des § 2 Abs. 5 FLAG versteht, ist weder den Materialien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (549 der Beilagen XI. GP), noch den Materialien zu den Vorläufergesetzen (45 der Beilagen VI. GP zum Kinderbeihilfengesetz vom 16.12.1949, BGBl. Nr. 31/1950 und 419 der Beilagen VII. GP zum Familienlastenausgleichsgesetz vom 15.12.1954, BGBl. Nr. 18/1955) zu entnehmen. Voraussetzung für die Haushaltzugehörigkeit eines Kindes ist nach herrschender Ansicht eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft. Eine einheitliche Wirtschaftsführung setzt voraus, dass die Kinder im Rahmen der dem Haushalt zur Verfügung stehenden Mittel entsprechend bedacht und damit der elterlichen Obsorge teilhaft werden (Durchführungsrichtlinien zum FLAG, Punkt 02.05.2 mit Hinweis auf VwGH 19.10.1960, 1509/58). Nicht maßgebend ist in diesem Zusammenhang, wer die Mittel für die Führung des Haushaltes zur Verfügung stellt. Diese Mittel können demnach auch von Personen, die dem Haushalt nicht (mehr) angehören, stammen. Es kommt lediglich darauf an, dass über diese Mittel im Rahmen der „einheitlichen Wirtschaftsführung“ verfügt wird. Die Bedürfnisse des Kindes müssen daher in dieser einheitlichen Wirtschaftsführung entsprechend Berücksichtigung finden (Wittmann-Galletta, Kommentar zu § 2 FLAG, Seite 11). Auch aus dem Vorrang der Haushaltzugehörigkeit vor der Kostentragung in § 2 Abs. 2 FLAG ergibt sich, dass eine gemeinsame Wirtschaftsführung nicht voraussetzt, dass die finanziellen Mittel, die im Haushalt zur Verfügung stehen und verwendet werden, auch von der haushaltführenden Person selbst erarbeitet werden müssen. Vielmehr ist die Herkunft der finanziellen Mittel nicht ausschlaggebend und spielt es daher keine Rolle, ob diese durch eigenes Erwerbseinkommen, Transfer- oder Unterstützungsleistungen von Versicherungen, der öffentlichen Hand oder dritten Personen oder aus vorhandenem Vermögen lukriert werden. Entscheidend ist ausschließlich, ob die im Haushalt vorhandenen finanziellen Mittel für das gemeinsame Zusammenleben verwendet werden. Bei getrennt lebenden Elternteilen steht die Familienbeihilfe jenem Elternteil zu, bei dem das Kind lebt; dies auch dann, wenn der andere Elternteil sämtliche Lebenshaltungskosten (z.B. in Form von Unterhaltszahlungen) bestreitet (vgl. BFG 11.7.2014, RV/3100595/2012; in diesem Sinne auch VwGH 16.3.1989, 89/14/0002: die vom Kindesvater geleisteten Unterhaltsbeträge für Frau und Kind vermögen an der Haushaltzugehörigkeit des Kindes bei der Mutter nichts zu ändern). Anders formuliert: Der Gesetzgeber hat eben gerade nicht normiert, dass ein Kind nur dann zum Haushalt einer bestimmten Person gehören soll, wenn nicht eine dem Haushalt nicht (mehr) angehörige Person den überwiegenden Unterhalt für das Kind leistet.

Zusammengefasst bedeutet dies für den Beschwerdefall: Auch wenn der Beschwerdeführer durch seine Zahlungen unbestritten einen Beitrag zum Unterhalt des Kindes geleistet hat, ändert dies nichts an der Zugehörigkeit des Kindes zum Haushalt der Kindesmutter.

Da im gegenständlichen Fall im beschwerdegegenständlichen Zeitraum aufgrund der Zugehörigkeit des Kindes zum Haushalt der Kindesmutter ein vorrangiger Anspruch derselben gegeben war, welcher dem Anspruch des Beschwerdeführers nach der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zwingend entgegensteht, erweisen sich der angefochtene Rückforderungsbescheid und auch der Abweisungsbescheid, soweit dieser den Zeitraum Mai 2010 bis Dezember 2010 (zeitlicher Anwendungsbereich der Verordnung (EG) 883/2004) betrifft, als rechtmäßig.

## 2) Zeitraum Jänner 2008 bis April 2010; Geltung der Verordnung (EWG) 1408/71

Gemäß § 10 Abs. 3 FLAG wird die Familienbeihilfe höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. In Bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist seit der Änderung durch BGBl 201/1996 (Strukturanpassungsgesetz 1996) die Bestimmung des § 209 Abs. 3 BAO anzuwenden. Diese Bestimmung normiert, dass das Recht auf Festsetzung einer Abgabe spätestens zehn Jahre nach Entstehung des Abgabenanspruches verjährt. Welche konkrete Bedeutung diese Bestimmung im Zusammenhang mit der antragsgebundenen Gewährung der Familienbeihilfe (bzw. Differenzzahlung) haben soll, legte der Gesetzgeber nicht dar (die erläuternden Bemerkungen zum Strukturanpassungsgesetz 1996 zu Art. 72 Zif. 4, 10 bis 18, 37 und 28 zur Regierungsvorlage, 72 der Beilagen XX. GP, enthalten dazu keinerlei Aussagen).

Den mit Bescheid vom 5.3.2014 abweisend erledigten Antrag vom 10.6.2013 brachte der Beschwerdeführer am 11.6.2013 beim Finanzamt ein. Gemäß § 10 Abs. 3 FLAG konnte sich dieser Antrag in zeitlicher Hinsicht rückwirkend höchstens bis einschließlich Juni 2008 erstrecken. Für den begehrten Zeitraum Jänner bis Mai 2008 war somit im Zeitpunkt der Einbringung des Antrages das Antragsrecht bereits verjährt. Insoweit war der Antrag daher als unzulässig zurückzuweisen (die in der Beschwerdevorentscheidung insoweit ausgesprochene Zurückweisung der Beschwerde selbst war dagegen verfehlt).

Im Übrigen (Juni 2008 bis Dezember 2010) erfolgte die Abweisung des Antrages zu Recht. Aus den oben zitierten Bestimmungen der Verordnung (EWG) 1408/71 in Verbindung mit der Durchführungsverordnung (EWG) 574/72 ergibt sich zwar auch für diesen Zeitraum ein Differenzzahlungsanspruch, der jedoch aufgrund der Zugehörigkeit des Kindes zum Haushalt der Kindesmutter auch in diesem Zeitraum der Kindesmutter zusteht und einem allfälligen sekundären Anspruch des Beschwerdeführers wegen überwiegender Kostentragung zwingend entgegen steht. Auf die obigen Ausführungen unter Punkt 1 wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

## Zulässigkeit einer Revision

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

wird. Da im gegenständlichen Verfahren die entscheidungsrelevanten Rechtsfragen, insbesondere die Frage des ausschließlichen Beihilfenanspruches jener Person, bei der das Kind im strittigen Zeitraum haushaltszugehörig war, bereits ausreichend durch die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geklärt sind, und die Entscheidung von dieser Rechtsprechung nicht abweicht, ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

Linz, am 4. Jänner 2018