

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R in der Beschwerdesache BF, über die Beschwerde vom 29.05.2015 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Amstetten Melk Scheibbs vom 18.05.2015 zu VNR, betreffend Rückforderung zu Unrecht in den Monaten September und November 2014 für die Kinder K1 (geb. 00.00.1994) und K2 (geb. 99.99.1996) bezogener Differenzzahlungen im Sinne der Verordnung (EG) 883/2004 und Kinderabsetzbeträgen in Höhe von insgesamt 742,53 € zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

Sachverhalt

Dem Vorlagebericht des Finanzamtes und den diesen angeschlossenen Aktenteilen ist zu entnehmen, dass mit einem Formular F016 der polnischen Behörde der Antrag der Kindesmutter, KM (die nach der Scheidung vom Beschwerdeführer wieder den Namen Km angenommen hat), den diese in Polen gestellt hatte, an das Finanzamt Amstetten Melk Scheibbs weitergeleitet wurde. Es wurde ausgeführt, dass die Antragstellerin und der Kindesvater (Beschwerdeführer) damals in Scheidung lebten und die Kindesmutter daher den Antrag auf Familienbeihilfe in Österreich stellen würde. Der Kindesvater würde nicht überwiegend Unterhalt leisten und daher keine Verbindung zu seinen Kindern aufweisen, weder durch Haushaltzugehörigkeit noch durch überwiegende Kostentragung. Der Kindesvater ist seit zumindest Jänner 2005 bis laufend in Österreich nicht selbstständig beschäftigt. In Polen wurde von der Kindesmutter laut Bestätigung der polnischen Behörde kein Antrag auf Familienleistungen gestellt. Die Kindesmutter ist in Polen selbstständig erwerbstätig. Die Differenzzahlung, die bisher der Kindesvater bezogen hatte, wurde unter Abzug des polnischen Anspruches auf Familienleistungen im Zeitraum Jänner 2012 bis Juni 2014 an die Kindesmutter ausbezahlt.

Mit Scheidungsurteil des Bezirksgerichtes in Warschau vom 7.3.2014 wurde die Ehe der Kindeseltern geschieden und der Beschwerdeführer zu einem Unterhalt von 1.100 Zloty pro Monat (fällig jeweils am 10. des Monats) für seinen minderjährigen Sohn K2

verpflichtet. Eine Unterhaltsleistung für den Sohn K1 wurde offenbar aufgrund dessen Volljährigkeit nicht vereinbart.

Mit den am **17.9.2014** beim Finanzamt Amstetten Melk Scheibbs eingelangten Formblättern (Beih 1) stellte der Kindesvater (Beschwerdeführer) einen **Antrag** auf Gewährung der Familienbeihilfe für die beiden im Spruch der gegenständlichen Entscheidung angeführten Kinder ab Mai 2014. Der Beschwerdeführer gab unter anderem an, dass er, die Kindesmutter und beide Kinder polnische Staatsbürger seien. Beide Kinder würden bei der Kindesmutter in Polen leben. Das Kind K2 sei Schüler, das Kind K1 Student. Die Antragsformulare weisen keine Verzichtserklärung der haushaltsführenden Kindesmutter im Sinne des § 2a Abs. 1 FLAG aus.

Dieser Antrag wurde in weiterer Folge auf den Zeitraum ab Juli 2014 eingeschränkt, da die Familienleistungen bis Juni 2014 bereits an die Kindesmutter ausbezahlt worden waren. Dem Antrag beigelegt waren Überweisungsbelege für Alimentationszahlungen iHv. € 533,- für den Monat Mai 2014, € 535,- für den Monat Juni 2014, € 525,- für den Monat Juli 2014, € 530,- für den Monat August 2014.

Die Differenzzahlungen für zwei Kinder inklusive Kinderabsetzbetrag beliefen sich in diesen Monaten auf jeweils € 425,30. Da zumindest in Höhe der Familienleistungen Unterhalt durch den Beschwerdeführer geleistet wurde, wurden vom Finanzamt die Zahlungen an die Kindesmutter eingestellt und die Differenzzahlung aufgrund überwiegender Kostentragung durch den Beschwerdeführer (wieder) diesem gewährt.

In einer Eingabe vom 22.9.2014 erkundigte sich die Kindesmutter beim Finanzamt, warum die Überweisungen des „Kindergeldes“ ab Juli 2014 eingestellt worden seien, welche bis dahin auf das Bankkonto ihres volljährigen Sohnes K1 geleistet worden seien. Ferner wurde die Ausbildung der beiden Kinder dargestellt (Gymnasium und Studium) und eine monatliche Aufstellung der Unterhaltskosten für beide Kinder erstellt. Darin wurden die näher aufgeschlüsselten Kosten für beide Kinder mit insgesamt 3.830,00 PLN (umgerechnet rund 922,00 €) beziffert.

Dieser Eingabe war die Ablichtung einer weiteren Eingabe der Kindesmutter an das Finanzamt vom 19.6.2014 angeschlossen, in der diese unter anderem bestätigt hatte, dass der Beschwerdeführer wesentlich mehr für den Unterhalt der beiden Söhne leiste als sie selbst, da ihr Einkommen dreimal niedriger sei als das des Beschwerdeführers.

In weiterer Folge geriet der Beschwerdeführer mit seinen Unterhaltszahlungen in Rückstand und wurde daher mit Urteil des Bezirksgerichtes Warschau vom 6.11.2014 zur Nachzahlung der offenen Beträge verpflichtet.

Die Nachzahlung wurde am 11.11.2014 unter anderem auch für die Monate September und November 2014 geleistet. Für diese beiden Monate wurden jeweils 1.100,- Zloty nachgezahlt. Diese Nachzahlung erfolgte von einem Konto des K (weiterer Sohn des Beschwerdeführers) bei der XY-Bank in Polen, für welches allerdings laut vorliegender Bestätigung auch der Beschwerdeführer „als Bevollmächtigter mit beschränkter Vollmacht bestellt“ wurde.

Mit **Bescheid vom 18.5.2015** forderte das Finanzamt vom Beschwerdeführer die für die Monate September und November 2014 für die beiden im gegenständlichen Spruch bezeichneten Kinder bezogenen Beträge an Differenzzahlungen und Kinderabsetzbeträgen in Höhe von insgesamt 742,53 € zurück, da er in diesen beiden Monaten die Unterhaltskosten für die beiden Kinder nicht überwiegend getragen habe.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die als „Berufung“ bezeichnete **Beschwerde vom 29.5.2015**. Darin wies der Beschwerdeführer lediglich darauf hin, dass er jeden Monat die Alimente zahle. Die Zahlscheine schicke er in den nächsten Tagen, da diese derzeit der polnische Gerichtsvollzieher habe.

In einem Vorhalt vom 25.6.2015 forderte das Finanzamt betreffend die oben erwähnte Zahlung vom 11.11.2014 vom Beschwerdeführer einen Nachweis dafür, dass er diesen Betrag (zuvor) auf das Konto seines Sohnes K überwiesen hatte (offenkundig um sicherzustellen, dass tatsächlich der Beschwerdeführer selbst die Nachzahlung des ausständig gewesenen Unterhaltes geleistet hatte). Ein solcher Nachweis ist jedoch nicht aktenkundig.

Mit **Beschwerdevorentscheidung vom 16.12.2015** wies das Finanzamt die gegenständliche Beschwerde als unbegründet ab, und begründete dies wie folgt:

Mit Bescheid vom 18.5.2015 wurden die Ausgleichszahlung und Kinderabsetzbeträge für die Monate September und November 2014 rückgefordert, da Sie in diesem Zeitraum nicht gem. § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) überwiegend Unterhalt geleistet haben. Nach § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet werden, Anspruch auf Familienbeihilfe. Nach Abs. 2 leg. cit. hat jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten überwiegend für das Kind trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist. In Zusammenhang mit § 53 Abs. 1 FLAG 1967 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. Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden (§ 10 Abs. 2 FLAG). Die Frage, ob für einen bestimmten Anspruchszeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist an Hand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum ist der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind kann somit von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (VwGH 25.3. 2010, 2009/16/0119). Es erfolgten, soweit mangels deutscher Übersetzungen erkennbar, im November 2014 Nachzahlungen für die Monate Mai bis November 2014 aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung. Aus den vorgelegten Belegen ist lediglich erkennbar, dass das Geld vom Konto des K an K1

gelangte. Eine Überweisungsbestätigung von Ihnen wurde bis dato nicht vorgelegt. Da der Anspruchszeitraum der Familienbeihilfe der Monat ist, müssen die Unterhaltsleistungen auch tatsächlich monatlich zufließen. Eine Nachzahlung reicht daher für einen Anspruch auf Familienbeihilfe aus dem Titel der „überwiegenden Kostentragung“ nicht aus.

Gegen diese Beschwerdevorentscheidung richtet sich der **Vorlageantrag vom 4.1.2016**. Darin wies der Beschwerdeführer darauf hin, dass er die Alimente regelmäßig bezahle. Manchmal, wenn kein Geld auf dem (inländischen) Konto bei der R-Bank sei, zahle er vom Konto bei der XY-Bank in Polen. Das sei auch „sein Geld“. Das Konto laute auf den Namen seines Sohnes, weil er auf seinen Namen in Polen „kein Konto haben dürfe.“ Zu diesem Konto in Polen habe er Vollmacht, Die letzte „Familienbeihilfe“ habe er auch auf dieses Konto bei der XY-Bank in Polen geschickt.

Am 3.3.2016 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor.

Beweiswürdigung

Der festgestellte und unstrittige Sachverhalt ergibt sich aus den vorgelegten und zitierten Aktenteilen sowie den Eintragungen in der Beihilfendatenbank.

Rechtslage und Erwägungen

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 I 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.

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.

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 Aufenthalts gesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten, und für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann, wenn sich diese nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

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

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

Unionsrecht

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

Art. 2 (1): Diese Verordnung gilt für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

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

Art. 7: Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, dürfen Geldleistungen, die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten oder nach dieser Verordnung zu zahlen sind, nicht aufgrund der Tatsache gekürzt, geändert, zum Ruhentzogen 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.

Der Beschwerdeführer, die Kindesmutter und die im angefochtenen Rückforderungsbescheid genannten Kinder sind polnische Staatsbürger, 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 ist in Österreich nichtselbstständig, die Kindesmutter in Polen selbstständig 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 polnischen Rechtsvorschriften. Nach den zitierten Prioritätsregeln des Art. 68 der Verordnung (EG) 883/2004 ist daher Polen primär und Österreich subsidiär (für die allfällige Gewährung einer Differenzzahlung) zuständig.

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

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

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

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

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

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

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

Es ist daher nach nationalem Recht zu prüfen, ob 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 Haushaltsgehörigkeit 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 haushaltsgehörig war, zwingend entgegen (VwGH 25.2.1987, 86/13/0158).

Da im vorliegenden Fall beide Kinder bei der Kindesmutter in Polen leben und daher bei dieser haushaltsgehörig sind, besteht nach nationalem Recht kein Beihilfenanspruch des Beschwerdeführers; ein nach nationalem Recht nicht bestehender Anspruch kann auch nicht durch das Unionsrecht begründet werden.

Der im Verwaltungsverfahren erörterten Frage, ob die Nachzahlung der rückständigen Unterhaltszahlungen eine überwiegende Kostentragung für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum bewirken, kommt damit keine Entscheidungsrelevanz zu. Ungeachtet dessen sei der Vollständigkeit halber auch noch diese Rechtsfrage geklärt:

Vom Finanzamt wurde diese Frage verneint, da der Beschwerdeführer mit den Unterhaltszahlungen für die Monate September und November 2014 in Rückstand geraten war und diese erst nach einer Unterhaltsklage durch die Kindesmutter bzw. ein entsprechendes Gerichtsurteil „nachgezahlt“ hat. Diese Nachzahlung erfolgte laut aktenkundigem Zahlschein am 11.11.2014 für die Monate September und November 2014 (neben einer Zuzahlung für Oktober). Die Zahlung erfolgte zwar vom Konto eines weiterer Sohnes des Beschwerdeführers. Der Beschwerdeführer hat aber durch Vorlage einer Bescheinigung der polnischen XY-Bank ausreichend glaubhaft gemacht, dass er für dieses Konto zeichnungsberechtigt ist und daher diese Zahlung ihm zuzurechnen ist. Es stellt sich damit die Rechtsfrage, ob diese im November 2014 geleistete Zahlung als Nachweis der überwiegenden Kostentragung für die Monate September und November 2014 gewertet werden kann. Grundsätzlich wäre diese Frage jedenfalls für den Zeitraum September 2014 eher zu verneinen, da die Frage, ob für einen bestimmten Anspruchszeitraum Familienbeihilfe zusteht, anhand der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum (dem konkreten Kalendermonat) zu beurteilen ist. Werden daher in einem bestimmten Monat (hier jedenfalls September 2014) vom Beschwerdeführer die Unterhaltsleistungen nicht in voller Höhe erbracht, so fehlt es damit an einer überwiegenden Kostentragung im Sinne des § 2 Abs. 2 FLAG. Eine nachträgliche Zahlung für diesen Zeitraum würde daran nichts ändern. Der Verwaltungsgerichtshof teilt diese Ansicht jedoch nicht. Schon im Erkenntnis VwGH 11.2.1964, 1959/63, welches im FLAG-Kommentar vom Wittmann-Galletta im B-Teil zu § 2 auf Seite 10 zitiert wird, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass es eine unberechtigte Bevorzugung eines säumigen Unterhaltsschuldners bedeuten würde, wenn die verspätete Unterhaltszahlung dazu führen sollte, die Zahlung bei der Prüfung, ob überwiegende

Kostentragung vorliegt, *für* den Zeitraum zu berücksichtigen, *in dem* sie verspätet erfolgt ist. An dieser Rechtsansicht hielt der Verwaltungsgerichtshof auch im Erkenntnis VwGH 23.2.2010, 2009/15/0205, fest. In diesem Fall hatte der damalige Beschwerdeführer aufgrund eines bezirksgerichtlichen Urteils vom 6.6.2002 im Oktober 2002 (konkret am 22.10.2002) einen Betrag von 20.000,- € an Unterhaltsnachzahlungen für Zeiträume vor Oktober 2002 geleistet. Der unabhängige Finanzsenat hat damals diese im Oktober 2002 geleistete Zahlung für den Zeitraum berücksichtigt, für den sie nach dem angeführten Verwendungszweck geleistet wurden (eben die Monate vor Oktober 2002); der damalige Beschwerdeführer wollte sie dagegen für die beschwerdegegenständlichen Zeiträume ab Oktober 2002 berücksichtigt haben. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Rechtsansicht des unabhängigen Finanzsenates unter Hinweis auf die erwähnte Kommentarstelle und wörtlicher Zitierung der Entscheidung vom 11.2.1964 bestätigt und die Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Das bedeutet im Ergebnis, dass die Nachzahlung ausständiger Unterhaltsleistungen nicht *in dem* Monat zu berücksichtigen ist, in dem sie geleistet wurde (hier: November 2014), sondern *für den* Monat, für den die Zahlung erfolgte (hier: September und November 2014). Damit hat der Beschwerdeführer zwar auch in diesen Monaten überwiegend die Unterhaltskosten für die beiden Kinder geleistet; daraus ist für ihn aber nichts zu gewinnen, da nach der oben zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes einem Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des zweiten Satzes des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 der ausschließliche Anspruch einer Person, bei der das Kind im strittigen Zeitraum haushaltsgerechtig war, zwingend entgegen steht.

Für den streitgegenständlichen Zeitraum bestand daher kein Anspruch des Beschwerdeführers auf Gewährung einer Differenzzahlung, sodass sich der auf § 26 Abs. 1 FLAG in Verbindung mit § 33 Abs. 3 EStG gestützte Rückforderungsbescheid als rechtmäßig erweist.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Da im gegenständlichen Verfahren die entscheidungsrelevanten Rechtsfragen bereits ausreichend durch die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und die unionsrechtlichen Fragen durch die zitierte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes geklärt sind, und die gegenständliche Entscheidung von dieser Rechtsprechung nicht abweicht, ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

