

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Ri in der Beschwerdesache Bf. über die Beschwerden vom 11.05.2017 sowie vom 14.08.2017 gegen die Bescheide der belangten Behörde Finanzamt Baden Mödling vom 28.04.2017 sowie vom 14.07.2017, betreffend Abweisung der Anträge auf Ausgleichszahlung für die Kinder 1 und 2 für die Zeiträume vom 01.02.2010 bis zum 31.05.2011, vom 01.06.2011 bis zum 31.12.2012, vom 01.01.2015 bis zum 31.12.2015 sowie vom 01.01.2016 bis zum 31.12.2016 zu Recht erkannt:

Die Beschwerden werden gemäß § 279 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

Mit Eingabe vom 17.06.2016 beantragte der die deutsche Staatsbürgerschaft besitzende und im Bundesgebiet seit dem 16.09.2012 nichtselbständig beschäftigte Bf. für die Jahre 2010, 2011, 2012 sowie 2015 Familienbeihilfe für seine beiden an der in 3 domizilierten Adresse der Ehegattin des Bf. wohnhaften Kinder.

In der Folge wurde der Bf. seitens des Finanzamtes mit Vorhalt vom 29.11.2016 aufgefordert neben Nachreichung von Meldenachweisen für die in 3 lebende Familie für die Jahre 2011, 2012 sowie 2015 die in vorgenannten Jahren an seine Ehegattin geleisteten Banküberweisungen vorzulegen, respektive der Abgabenbehörde via Vorlage von Flugtickets, Fahrscheinen etc. Auskunft über die Häufigkeit und die Dauer seiner Aufenthalte in 3 sowie das Erziehungsrecht betreffend das Kind 2 zu erteilen.

Aus den sukzessive nachgereichten Unterlagen geht hervor, dass sowohl die Ehegattin des Bf., als auch der Sohn bzw. Stiefsohn desselben an einem gemeinsamen, in 3 gelegenen Wohnsitz leben, respektive beide Kinder im Schuljahr 2015/2016 in 3 gelegene Schulen besuchen. In einer mit 16.01.2017 datierten, notariell beglaubigten Erklärung, bestätigt die Ehegattin des Bf. einerseits, dass dieser zwei- bis dreimal im Jahr nach 3 reise und sich hierbei am gemeinsamen Familienwohnsitz aufhalte, andererseits, dass der Bf. per Banküberweisung monatlich einen Betrag von 800 Euro zur Bestreitung der Unterhaltskosten der Kinder leiste. Aus weiteren Unterlagen, sprich dem Ergänzungsschriftsatz des Bf. sowie einer Sterbeurkunde ist ersichtlich, dass das

Kind 2 aus einer trennungsbedingten Liaison der nunmehrigen Ehegattin des Bf. stammt, wobei der leibliche Vater des Kindes Herr 5, welcher sich zu keinem Zeitpunkt um seinen Sohn gekümmert hat, nachweislich im Jahr 2015 verstorben ist. Schlussendlich ist einer mit 11.04.2016 datierten, in die deutsche Sprache übersetzten Bescheinigung der 4 zu entnehmen, dass in 3 für die beiden Kinder in Ermangelung einer entsprechenden Antragstellung bis zu nämlichem Zeitpunkt weder Sozialhilfe, noch monatliche Beihilfe ausbezahlt worden ist.

In der Folge wurde mit Bescheid vom 28.04.2017 der Antrag des Bf. auf Familienbeihilfe betreffend den Zeitraum vom 01.02.2011 bis zum 31.05.2011, mit der Begründung, dass nämliche Beihilfe ex lege nur fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung, sprich sohin ab dem 01.06.2016 gewährt werden kann, abgewiesen.

Des weiteren wurde ebenfalls mit Bescheiden vom 28.04.2017 dem Antrag des Bf. auf Gewährung der Familienbeihilfe betreffend die Zeiträume vom 01.06.2011 bis zum 31.12.2012, vom 01.01.2015 bis zum 31.12.2015 sowie vom 01.01.2016 bis zum 31.12.2016 mit der Begründung des fehlenden Nachweises der überwiegenden Tragung des Unterhalts eine Absage erteilt.

Mit Schriftsatz vom 11.05.2017 erhab der Bf. gegen vorgenannte Bescheide Beschwerde und führte hierbei begründend aus, dass ungeachtet dessen, dass aus den nachgereichten Unterlagen klar und unmissverständlich hervorgehe, dass sich der Familienwohnsitz und somit der gemeinsame Haushalt in 3 befindet, die Ehegattin darüberhinaus die per Banküberweisung bewirkte Zuzählung eines monatlichen Unterhaltsbeitrages von 800 Euro eidesstattlich bestätigt habe, respektive nachweislich auf den Erhalt der Familienbeihilfe zugunsten des Bf. verzichtet habe. Aus vorgenannten Gründen ergebe sich - unter Rückrechnung von fünf Jahren somit eine Anspruchsberechtigung zumindest ab dem 01.06.2011.

In der Folge wies das Finanzamt mit Bescheid vom 14.07.2017 den Antrag des Bf. auf Gewährung der Familienbeihilfe betreffend den Zeitraum vom 01.01.2016 bis zum 31.12.2016 mit der Begründung der mangelnden Haushaltszugehörigkeit der Kinder ab.

Gegen diesen Bescheid wurde mit Schriftsatz vom 14.08.2017 Beschwerde erhoben, wobei der Bf. nochmals auf die Hauptwohnsitzbestätigung des in 3 domizilierten Einwohnermeldeamtes hinwies, respektive dieser ergänzend auf die Tatsache, der anstandslos erfolgten Auszahlung der Familienbeihilfe in den Jahren 2013 und 2014 aufmerksam machte.

In der Folge wurden die Beschwerden des Bf. mit Beschwerdevorentscheidungen (BVE) vom 07.09.2017 abgewiesen, wobei die belangte Behörde in der Begründung nachstehendes ausführte:

"Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf

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

Gemäß 5 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. Da Sie als leiblicher Vater bzw. Stiefvater in Österreich erwerbstätig sind, die Kindesmutter mit den beiden Söhnen in 3 lebt, somit ein mitgliedstaatübergreifender Sachverhalt vorliegt, ist die VO 883/2004 anzuwenden.

Aufgrund des Erkenntnis des EuGH vom 22.10.2015, C—378/14, RS Trapkowski kommt es nunmehr zu einer geänderten Rechtsauslegung.

Art. 60 Abs. 1 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 Koord/hierung der Systeme der sozialen Sicherheit,, vom 30. Oktober 2009, (in der Folge: Durchführungsverordnung Nr. 987/2009) lautet: "Verfahren bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung  
(1) Die Familienleistungen werden bei dem zuständigen Träger beantragt. Bei der Anwendung von Artikel 57 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.

Demnach ergibt sich aus Art. 60 Abs. 1 Salz 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 iVm Art. 67 VO 883/2004, dass die Möglichkeit ,Familienleistungen zu beantragen, unionsrechtlich nicht nur den Personen zuerkannt ist, die in dem zur Gewährung verpflichtenden 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.

Das bedeutet, dass, was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruches

anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen ist, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betroffenen Mitgliedstaates fallen und dort wohnen.

Wenn demnach der leibliche Vater durch seine Erwerbstätigkeit eine Zuständigkeit Österreichs auslöst, sind nach der in Rede stehenden Bestimmung die beteiligten Personen - also Mutter und Kind - als in Österreich aufhältig zu betrachten. In diesem Fall sieht das FLAG 1967 einen vorrangigen Anspruch für die haushaltszugehörige Person vor. Den Ausführungen in der Beschwerde betreffend des gemeinsamen Haushaltes in 3 ( ... " es liegen Ihnen behördlich ausgefertigte Belege vor, dass ich mit meiner Frau und umseitig angeführten Kindern an ein und der selben Adresse gemeldet bin und wir somit dort wohnen, in einem Haushalt ") ist entgegen zu halten, dass laut Ihrer eigenen Erklärung vom 12.1.2017 sowie der Erklärung der Kindesmutter vom 16.1.2017, Sie sich pro Jahr lediglich zwei bis drei Mal in 3 aufhalten. Eine Haushaltszugehörigkeit im Sinne des § 2 Abs. 5 FLAG 1967 (einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft) liegt daher jedenfalls nicht vor. Eine bloße Meldung des Wohnsitzes allein, stellt noch keinen Nachweis für den tatsächlichen Aufenthalt dar.

Die Verzichtserklärung der Kindesmutter auf dem Formular Beih1 ist daher hinfällig, kommt eine derartige Verzichtserklärung ja nur dann in Betracht, wenn das Kind, für das der Familienbeihilfenanspruch besteht, zum gemeinsamen Haushalt der Eltern gehört.

Da in Österreich vorrangig anspruchsberechtigt jener Elternteil ist, der das Kind in seinem Haushalt hat, besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe, da die Kinder nicht in Ihrem Haushalt leben.

#### Verjährung:

Gemäß § 10 Abs. 1 und 2 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe nur auf Antrag gewährt. Die Familienbeihilfe wird (offenbar gemeint gemäß) § 10 Abs. 2 FLAG 1967 zufolge vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.

Gemäß § 10 Abs. 3 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe maximal für 5 Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt.

Wie Sie in Ihrer Beschwerde ausführen, wurde der Antrag auf Familienbeihilfe/ Ausgleichszahlung im Juni 2016 beim Finanzamt eingereicht, somit bestünde grundsätzlich ein Anspruch erst ab dem Juni 2011. Für die Jahre davor (2/2010- 5/2011) war der Antrag daher abzuweisen, weil er verspätet eingebracht wurde."

In dem gegen vorgenannte BVE eingebrachten Vorlageantrag vom 04.10.2017 verwies der Bf. nochmals auf die Tatsache des in 3 befindlichen und auch behördlicherseits bestätigten Familienwohnsitzes. Darüberhinaus sei es für den Bf. nicht nachvollziehbar, dass seitens der belangten Behörde aus einem, - urlaubsanspruchsbedingten (sprich 25 Arbeitstage pro Jahr) - zwei bis dreimaligen Aufenthalt am Familienwohnsitz auf das Fehlen eines gemeinsamen Haushaltes geschlossen werde. In realiter sei der Bf. ob der in 3 vorherrschenden wirtschaftlichen Verhältnisse gezwungen gewesen einer Beschäftigung in Österreich nachzugehen, wobei zu betonen sei, dass die aus beruflichen Tätigkeit stammenden Geldmittel evidenter Maßen der Familie zugezählt worden seien, mit dem Ziel diese zu versorgen, respektive den Söhnen eine gute Bildung

angedeihen zu lassen. Der Umstand, dass der Bf. tatsächlich für den Lebensunterhalt sei auch durch die auf seinen Namen lautenden, dem Vorlageantrag in Ablichtung beigelegten - in die deutsche Sprache übersetzte - Rechnungen betreffend die in den Zeiträumen vom 04.02.2011 bis zum 07.03.2011 sowie vom 04.11.2016 bis zum 03.12.2016 Stromkosten des Familienwohnsitzes dokumentiert. Abschließend verwies der Bf. auf die Tatsache, dass selbst unter Anwendung der "Rückrechnung von fünf Jahren" ein Anspruch auf Familienbeihilfe ab dem 01.06.2011 bestehe, wobei sich derselbe nicht zuletzt auf die Tatsache der auf den Vorschriften der VO (EG) Nr. 883/2004 sowie der Durchführungsverordnung (EG) Nr. Nr.987/2009 basierenden Zuzählungen der Ausgleichszahlungen für die Jahre 2013 und 2014 gründe.

In einem beim Bundesfinanzgericht (BFG) am 31.10.2017 eingelangten Schriftsatz wies der Bf. sowohl auf die Unmöglichkeit eines über die Dauer seines Urlaubsanspruchs von 25 Arbeitstagen hinausgehenden Aufenthaltes bei seiner in 3 lebenden Familie als auch die im Verwaltungsverfahren vorgelegte Erklärung seiner Ehegattin, wonach diese dem Bf. zusammen mit den Kindern mehrmals im Jahr einen Besuch abstatte, hin.

Abschließend gab der Bf. dem BFG mit E-Mails vom 07.01.2018 sowie vom 15.02.2018 seine ob Besuches seiner Familie bedingte, bis Mitte Februar 2018 andauernde Ortsabwesenheit bekannt.

### **Über die Beschwerden wurde erwogen:**

#### **1. Festgestellter Sachverhalt:**

In Ansehung der Aktenlage steht unzweifelhaft fest, dass der die deutsche Staatsbürgerschaft besitzende, seit dem Jahr 2012 verheiratete und in nn, wohnhafte Bf. in Österreich seit dem 16.09.2009 nichtselbständig erwerbstätig ist.

Des weiteren sieht es das BFG auf Grund der nachgereichten Unterlagen sowie der Ausführungen der Ehegattin des Bf. als erwiesen an, dass diese - im gesamten Streitzeitraum - zusammen mit ihren minderjährigen Söhnen (dem Sohn, bzw. Stiefsohn des Bf.) im gemeinsamen Haushalt an einer in 3 domizilierten Adresse gelebt hat, wobei auch der Bf. an nämlicher Adresse behördlich gemeldet ist.

Darüberhinaus steht ebenfalls außer Streit, dass die Ehegattin, welche in 3 weder Einkünfte erzielt, noch für ihre Kinder von nämlichen Staat Sozialhilfe oder sonstige Beihilfen erhalten hat, auf den Anträgen vom 11.06.2016 bzw. vom 28.02.2017 einen Verzicht gemäß § 2a Abs. 1 FLAG 1967 zugunsten des Bf. abgegeben hat.

Während der Bf. in seiner gegen den, den Antrag auf Familienbeihilfe für den Zeitraum vom 01.02.2010 bis zum 31.05.2011 abweisenden Bescheid erhobenen Beschwerde das Argument wonach ein Anspruch jedenfalls ab dem 01.06. 2011 zum Tragen komme entgegenhält, repliziert dieser auf die, die Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe in den Zeiträumen vom 01.06.2011 bis 31.12.2012, vom 01.01.2015 bis 31.12.2015 sowie vom 01.01.2016 bis 31.12.2016 abweisenden Bescheiden mit den Vorbringen der behördlich belegten Anmeldung am Wohnsitz der Ehegattin bzw. der Unmöglichkeit

eines über den gesetzlichen Urlaubsanspruch hinausgehenden Aufenthaltes in 3, der überwiegenden Tragung des Unterhaltes, des zu seinen Gunsten abgegeben Verzichtes der Ehegattin, sowie der reibungslosen Auszahlung der Familienbeihilfe in den Jahren 2013 und 2014.

## **2. Rechtliche Beurteilung**

### **2.1. gesetzliche Grundlagen:**

#### **2.1.1 gesetzliche Grundlagen – nationales Recht:**

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

Nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Der Bestimmung des § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gemäß gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Nach § 2a Abs. 1 erster Satz FLAG 1967 geht für den Fall, dass ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern gehört der Anspruch des Elternteils der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteils vor. Hierbei wird nach dem zweiten Satz leg. cit. bis zum Beweis des Gegenteils die Vermutung statuiert, dass die Mutter den Haushalt führt.

Die Bestimmung des § 2 a Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 führt aus, dass in den Fällen des Abs. 1 der Elternteil der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteils verzichten kann. Nach dem zweiten Satz leg. cit. kann der Verzicht auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde.

Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

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

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

Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Nach § 10 Abs. 3 erster Satz FLAG werden die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt.

### **2.1.2 Unionsrecht:**

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

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

Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben nach Art. 4 VO 883/2004 Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

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, gemäß Art. 7 VO 883/2004 nicht auf Grund 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.

Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen nach Art. 11 Abs. 1 VO 883/2004 den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind bestimmt sich nach diesem Titel.

Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt nach Art. 11 Abs. 3 lit a VO (EG) 883/2004 Folgendes:

Eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats.

Eine Person hat nach Art. 67 erster Satz VO 883/2004 auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten nach Art. 68 Abs. 1 VO 883/2004 folgende Prioritätsregeln:

a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge: an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf

folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.

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

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

Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden die Familienleistungen gemäß Art. 68 Abs. 2 VO 883/2004 nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Abs. 1 Vorrang haben. Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren. Ein derartiger Unterschiedsbetrag muss jedoch nicht für Kinder gewährt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschließlich durch den Wohnort ausgelöst wird.

Wird nach Artikel 67 beim zuständigen Träger eines Mitgliedsstaats, dessen Rechtsvorschriften gelten, aber nach den Prioritätsregeln der Absätze 1 und 2 des vorliegenden Artikels nachrangig sind, ein Anspruch 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 Abs. 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.

Nach Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 werden die Familienleistungen bei dem zuständigen Träger beantragt. Bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung ist,

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

## **2.2 rechtliche Würdigung:**

In Anbetracht der unter den Punkten 2.1.1. und 2.1.2. dargelegten Gesetzesgrundlagen war unter Zugrundelegung des in Punkt 1 festgestellten Sachverhalt über die Anspruchsberechtigung des Bf. wie folgt zu befinden.

### **2.2.1 Anspruchsberechtigung des Bf. auf Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung im Zeitraum vom 01.02.2010 bis zum 31.05.2011**

Nach § 10 Abs. 3 FLAG 1967 ist für Zeiträume, die weiter als fünf Jahre, gerechnet vom Beginn des Monats der nachweislich am 17.06.2016 erfolgten Antragstellung, zurückliegen, Familienbeihilfe nicht zu gewähren. Mit Ablauf dieser Frist ist der Anspruch auf Familienbeihilfe für weiter zurückliegende Zeiträume erloschen (vgl. VwGH 25.11.2005, 2004/14/0106). Die Begrenzung des Beihilfenanspruches für vergangene Zeiträume ist vom Zeitpunkt des Antrages um Beihilfengewährung an zu berechnen (vgl. VwGH 11.7.1963, 0512/63).

In Anbetracht vorstehender Ausführung vermag das Verwaltungsgericht in der Abweisung des Antrages für obigen Zeitraum keine Rechtswidrigkeit zu erblicken und war demzufolge der Beschwerde in diesem Punkt der Erfolg zu versagen.

### **2.2.2 Anspruchsberechtigung des Bf. auf Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung in den Zeiträumen vom 01.06.2011 bis zum 13.12.2012, vom 01.01.2015 bis zum 31.12.2015 sowie vom 01.01.2016 bis zum 31.12.2016**

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

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

Aufgrund der Erwerbstätigkeit des Bf. in Österreich und des Wohnortes der Kindesmutter und der Kinder in 3 liegt ein grenzüberschreitender Sachverhalt mit Unionsbezug vor, mit der Folge, dass die VO 883/2004 gemäß deren Art. 2 Abs. 1 auf die genannten Personen persönlich anwendbar ist.

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

Nach dem Unionsrecht unterliegen Personen, für die die VO 883/2004 gilt, immer nur den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates (Art. 11 Abs. 1 VO 883/2004). Welche Rechtsordnung hierfür in Frage kommt, ist unter Titel II Art. 11 ff VO 883/2004 geregelt.

In der Regel sind dies gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. a VO 883/2004 die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaates, also jenes Staates, in welchem eine selbständige oder nichtselbständige Tätigkeit ausgeübt wird, und zwar auch dann, wenn die Person im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnt.

Der Bf. ist nicht nur in Österreich wohnhaft, sondern in Österreich auch beschäftigt. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass er auch außerhalb des Bundesstaates Österreich einer nichtselbständigen oder selbständigen Tätigkeit nachgeht. Der Bf. unterliegt daher den österreichischen Rechtsvorschriften.

Da im gegenständlichen Fall die VO 883/2004 zu berücksichtigen ist, finden allerdings 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 VO 883/2004 und dessen Anwendungsvorrangs insoweit keine Anwendung. Zufolge des in Art. 4 VO 883/2004 normierten Gleichbehandlungsgrundsatzes für Personen, für die diese Verordnung gilt, finden die durch den Anwendungsvorhang 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 22.11.2016, Ro 2014/16/0067).

In diesem Zusammenhang hat der EuGH zu Art. 67 VO 883/2004 und Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 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>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 vorgesehene Fiktion dazu führen kann, dass der Anspruch auf Familienleistungen einer Person zusteht, die nicht in dem Mitgliedstaat wohnt, der für die Gewährung dieser Leistung zuständig ist, sofern alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind, was von dem vorlegenden Gericht zu prüfen ist.“

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 VO 883/2004 fällt, so zu behandeln sind, als hätten alle Familienangehörigen ihren Lebensmittelpunkt in dem Mitgliedstaat der Familienleistungen gewähren soll. (BFG vom 24.08.2017, RV/5101270/2017, BFG vom 31.05.2017, RV/5100349/2016, BFG vom 07.02.2017, RV/7106469/2016, BFG vom 15.11.2016, RV/7103786/2015, BFG vom 19.08.2016, RV/76101889/2016)

Die nach Art. 67 VO 883/2004 iVm Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO987/2009 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. (BFG vom 24.08.2017, RV/5101270/2017, BFG vom 31.05.2017, RV/5100349/2016, BFG vom 07.02.2017, RV/7106469/2016, BFG vom 15.11.2016, RV/7103786/2015, BFG vom 19.08.2016, RV/76101889/2016).

Wer von den unionsrechtlich grundsätzlich als anspruchsberechtigte Personen anzusehenden Familienangehörigen tatsächlich primär oder sekundär oder gar keinen Anspruch auf österreichische Familienleistungen hat, ist daher nach nationalem Recht zu beurteilen. (BFG vom 07.02.2017, RV/7106469/2016, BFG vom 15.11.2016, RV/7103786/2015, BFG vom 19.08.2016, RV/76101889/2016)

Es ist daher im gegenständlichen Fall nach österreichischem Recht zu prüfen, ob der Bf. einen Familienbeihilfenanspruch hat oder nicht, wobei zu fingieren ist, dass alle Familienangehörigen in Österreich wohnen (weshalb – wie bereits ausgeführt – die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen außer Acht zu lassen sind).

§ 2 Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 stellt hinsichtlich des Familienbeihilfenanspruchs primär auf die Haushaltzugehörigkeit mit einem Kind ab und nur subsidiär (§ 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG 1967) darauf ab, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. Einem Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des zweiten Satzes des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 steht der ausschließliche Anspruch einer Person, bei der das

Kind im strittigen Zeitraum haushaltsgleich war, zwingend entgegen (VwGH vom 25.02.1987, 86/13/0158, VwGH vom 27.09.2012, 2012/16/0054).

Da im gegenständlichen Fall beide Kinder bei der Kindesmutter (in 3) – getrennt vom Bf. - leben und daher bei dieser haushaltsgleich sind, besteht nach österreichischem Recht kein Anspruch auf Familienleistungen des Bf; ein nach nationalem Recht nicht bestehender Anspruch kann nicht durch das Unionsrecht begründet werden.

In diesem Zusammenhang gehen die Einwendungen des Bf. nach dem Vorliegen einer behördlichen Meldung am Familienwohnsitz bzw. der auf beruflichen Gründen, sprich begrenztem Urlaubsanspruch basierenden Unmöglichkeit, eines längeren Aufenthaltes in 3 ins Leere, da weder die polizeiliche Meldung an der Familienadresse einen durch einen einheitlichen Wirtschaftsführer im Sinne des § 2 Abs. 5 FLAG 1967 geprägten gemeinsamen Haushalt zu begründen vermag, noch vorgenannte Gründe für das Fehlen eines gemeinsamen Haushaltes von Relevanz sind.

Dem Einwand des Bf. wonach dessen Ehegattin ausdrücklich auf die Familienbeihilfe zu seinen Gunsten verzichtet hat, ist seitens des BFG - unter grundsätzlichem Hinweis auf die diesbezüglichen Ausführungen in den BVE - entgegenzuhalten, dass der in § 2a Abs. 2 FLAG 1967, normierte Verzicht tatbestandsmäßig das Vorliegen eines gemeinsamen Haushaltes zwischen Eltern und Kind voraussetzt.

In Ansehung der Tatsache, dass im vorliegenden Fall aus oben angeführten Gründen zwischen dem Bf. seiner Ehegattin und den Kindern **kein** gemeinsamer Haushalt vorliegt, vermag der Verzicht keine Wirkungen zu entfalten.

Der Vollständigkeit halber ist der Bf. darauf zu verweisen, dass eine positive Erledigung, sprich die Gewährung der Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung für die Jahre 2013 und 2014 nicht mit Präjudizwirkung (Bindungswirkung) für die verwaltungsgerichtliche Beurteilung der Anspruchsberechtigung im streitgegenständlichen Zeitraum "ausgestattet" ist .

Zusammenfassend steht somit der vorrangige, - per Antrag geltend zu machende - Anspruch auf Familienleistungen bei dem gegebenen Sachverhalt der **Kindesmutter** zu, solange die Anspruchsvoraussetzungen dem Grunde nach in der Person des Bf. erfüllt sind.

Demzufolge war wie im Spruch zu befinden.

### **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.

Die Revision ist nicht zulässig, weil keine zu lösende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt. Die verfahrensrechtlichen Fragen wurden im Einklang mit der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gelöst. Die entscheidungsrelevanten (materiell)rechtlichen Fragen sind durch die zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und durch den klaren Regelungsinhalt der angeführten gesetzlichen Bestimmungen geklärt. Die gegenständliche Entscheidung weicht auch nicht von der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union ab.

Wien, am 23. Februar 2018