

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Ri in der Beschwerdesache Bf., Adresse ,Adresse , über die Beschwerde vom 20.12.2016 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt A vom 07.12.2016, betreffend Abweisung des Antrages auf "Ausgleichszahlung" für das Kind Vorname , geb.00000, für den Zeitraum 11/2014 bis 12/2015 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird 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

Der steuerlich nicht vertretene Beschwerdeführer (im Folgenden mit Bf. abgekürzt) ist griechischer Staatsbürger ,SV-Nr. 00001 und arbeitet seit 24. Juli 2000 bei der Firma B KG als Kraftfahrer in D.

Im **Vorlagebericht** v.09.04.2018 führte die **Abgabenbehörde** zum Sachverhalt Folgendes aus:

"Mit Antrag vom 24. März 2016 beantragte er ab Geburt seiner Tochter im November 2014 die Ausgleichszahlung. Laut angeforderter Bestätigung des Arbeitgebers übte Hr. Bf. seine Tätigkeit sowohl in Österreich als auch im Ausland aus. Durch den Dienstgeber wurden für das Jahr 2014: 42 Arbeitstage und für 2015: 40 Arbeitstage bestätigt, die der Dienstnehmer in Österreich tätig war. Im Ausland war er im Jahr 2014: 265 Arbeitstage und 2015: 283 Arbeitstage tätig, wobei ein Teil auf Fahrten im Wohnsitzstaat Griechenland entfallen ist und auf sonstige Fahrten in andere Mitgliedsstaaten - außerhalb von Österreich. Laut Artikel 11 Abs 3 unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats. Wird die Tätigkeit in verschiedenen Mitgliedsstaaten ausgeübt, so ist der Wohnsitzstaat dann zuständig, wenn ein wesentlicher Teil der Tätigkeit in diesem ausgeübt wurde. Als wesentlich ist ein Anteil von mindestens 25 v. H. anzusehen, die der Dienstnehmer in seinem Wohnsitzstaat tätig war. Wird im Wohnsitzstaat kein wesentlicher

Teil der Beschäftigung ausgeübt, dann ist jener Mitgliedstaat für die Auszahlung der Familienleistung zuständig, in dem der Arbeitgeber seinen Sitz hat (Österreich). In der Bestätigung des Dienstgebers vom 29. Juli 2016 wurde angeführt, dass die Tätigkeit zu einem wesentlichen Teil außerhalb von Österreich ausgeübt wurde - der Antrag auf Gewährung der Ausgleichszahlung war daher für den Zeitraum November 2014 bis Dezember 2015 abzuweisen.

In der Stellungnahme des Finanzamtes im Vorlagebericht heißt es weiters:

*"Der Beschwerde wurde mit **Beschwerdevorentscheidung vom 12. Jänner 2018** zum **Teil stattgegeben**. Aufgrund einer detaillierten Bestätigung mit Auflistung der Reisetage und den jeweils angefahrenen Mitgliedsstaaten, wurde festgestellt, dass die Tätigkeit in den Monaten November und Dezember 2014 nicht im erforderlichen Ausmaß von 25 v. H. im Wohnsitzstaat ausgeübt wurde. Für diesen Zeitraum konnte der Beschwerde daher entsprochen werden. Der übrige Beschwerdezeitraum wurde als unbegründet abgewiesen."*

Kurzdarstellung des Verfahrens (schlagwortartige Zusammenfassung)

Antrag auf Ausgleichszahlung für den Zeitraum ab 00000 bis laufend für sein Kind Vorname geb. am 00000 - persönlich beim Finanzamt am 24.03.2016 abgegeben (Formular Beih 38)
Vorhalteverfahren 1 v. 15.07.2016
Abweisungsbescheid v. 07.12.2016 für den Zeitraum v.11/2014 bis 12/2015
<i>Begründung: ... "Gem. Art. 13 Abs. 1 lit a der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 unterliegt eine Person den Rechtsvorschriften des Wohnsitzstaates, wenn sie dort einen wesentlichen Teil (zu mindestens 25 %) ihrer Tätigkeit ausübt. Sie haben einen wesentlichen Teil der Tätigkeit in Griechenland ausgeübt, daher unterliegen Sie den griechischen Rechtsvorschriften ."</i>
Beschwerde (handschriftlich) v. 20.12.2016 (Begehren auf Stattgabe wegen Erwerbstätigkeit in Österreich, Branche Transportverkehr, Tragung der Lebenshaltungskosten)
Vorhalteverfahren 2 v.04.01.2018 zur Klärung der Inlands- u. Auslandsfahrtentage des Bfs. und Emailverkehr (Vorhaltsbeantwortung)
Beschwerdevorentscheidung v. 12.01.2018 (Stattgabe für das Jahr 2014 -25 %-Regel "wesentliche Tätigkeit" in Österreich, für das Jahr 2015 hingegen in Griechenland mehr als 25 % wesentlicher Tätigkeit nach Maßgabe des Art 13 /1/a VO 883/2004 -Abweisung, insgesamt teilweise Stattgabe)
Vorlageantrag (handschriftlich) v. 29.01.2018 (Wiederholung des Begehrens auf Stattgabe ,österr. Wohnsitz, kein Wohnsitz des Bfs. in Griechenland, Steuerleistung in Österreich, Pensionsleistung in Zukunft von Österreich, Beschäftigung für österr.Arbeitgeber)

Über die Beschwerde wurde vom Bundesfinanzgericht erwogen:

Sachverhalt

Zu den sachverhaltsmäßigen Feststellungen im Vorlagebericht v.09.04.2018 wird vom Gericht noch ergänzt:

Die mit Frau KM am 5.11.2015 in Griechenland geschlossene Ehe ist aufrecht. Das gemeinsame Kind Vorname wurde in Griechenland geboren. In Griechenland wurde bis dato noch keine Familienleistung an die Kindesmutter ausbezahlt. Warum in Griechenland von der Kindesmutter kein Antrag gestellt wurde, ist nicht aktenkundig. In Griechenland hat der Bf. nach der Aktenlage keinen Wohnsitz. Der Wohnort seiner Familienangehörigen (Ehefrau und gemeinsame Tochter Vorname) liegt in Griechenland. Es kann weiters davon ausgegangen werden, dass die Kindesmutter - seit der Geburt des Kindes am 00000 in Griechenland- im maßgeblichen Zeitraum (11/2014 bis 12/2015) ihrem Beruf als Landwirtin nicht nachgegangen ist. In diese Richtung gehen auch die Ausführungen des Bfs. im Vorlageantrag v. 29.01.2018, wonach er seine Ehefrau von der griechischen Finanz abgemeldet habe (also keine Erwerbstätigkeit der Ehefrau in Griechenland). In den eingeholten Bescheinigungen E 401 u. E 411 scheint auch keine Erwerbstätigkeit der Ehefrau auf (vom zuständigen griechischen Träger am 11.06.2015 abgestempelt -Leermeldung). Es lag keine Verzichtsleistung der Kindesmutter auf die Familienleistungen vor. Die Unterschrift des steuerlich unvertretenen Kindesvaters scheint - offenbar versehentlich- im dafür vorgesehenen Formularfeld des Beih 38 Formulares auf.

Umfangreiche Erhebungen des Finanzamtes beim österr. Arbeitgeber wurden vom Finanzamt getätigt (siehe Vorhalteverfahren 1 (Dok.10 des elektronischen Aktes) und Vorhalteverfahren 2 (Dok.11 des elektronischen Aktes). Dabei handelte es sich um Anfragen über die Reisetage des Bfs. über dienstlichen Auftrag des Arbeitgebers "In- u. Auslandsfahrtentage" aus der angeforderten Reisekostenabrechnung - s. dazu auch die Begründung der Beschwerdevorentscheidung).

Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus der dem Bundesfinanzgericht bekannten Aktenlage (elektronische Dokumentenauszug aus der FB-Datenbank, Formularen E 401 u. E 411, Meldeabfragen des Finanzamtes und sonstigen Dokumenten der griechischen Behörden (beglaubigte Übersetzungen, Abfragen beim österr. Arbeitgeber, der Fa. B KG in OÖ. vgl. im einzelnen Dok1-Dok.14 des elektronischen Aktes).

Über die Beschwerde wurde vom Bundesfinanzgericht erwogen:

Unionsrechtslage

Griechenland ist Mitglied *der Europäischen Union*.

Es liegt beim gegenständlichen Beschwerdefall ein Sachverhalt mit mitgliedsstaatlich übergeifenden Berührungspunkten [(eine Person (Bf.) wohnt und arbeitet in Österreich und auch in Griechenland und in anderen Mitgliedsstaaten, der andere Elternteil (Kindesmutter) wohnt in Griechenland (keine Erwerbstätigkeit in Griechenland für den Beschwerdezweitraum)] vor.

Art. 68 VO 883/2004 lautet:

Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen

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

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

§ 53 Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

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

Während eine Ausgleichszahlung gemäß § 4 FLAG 1967 dann zum Zug kommt, wenn ein Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe durch Drittstaaten besteht, liegt bei einem (gleichzeitigen) Anspruch auf Familienleistungen durch EU-Staaten in einem Anwendungsfall *der* Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des *Europäischen Parlamentes und des Rates* vom 29. April 2004 zur Koordinierung *der* Systeme *der* sozialen Sicherheit, ABIEU Nr. L vom 30. April 2004 (im Folgenden: Verordnung Nr. 883/2004) bzw. nach *der* Verordnung (EG) Nr. 987/2009 allenfalls zu gewährenden „Ausgleichszahlung“ **eine sog. Differenzzahlung** vor, die jedoch inhaltlich weitgehend einer Ausgleichszahlung iSd § 4

gleicht und auch vielfach von *der Verwaltungspraxis* als solche behandelt wird (*Aigner/ Lenneis* in Csaszar, Lenneis/Wanke, FLAG, § 4, Rz 2).

Arbeitnehmereigenschaft

Die ständige Judikatur hat die Rechtsauffassung, dass *der* Begriff des Arbeitnehmers im Sinne von Artikel 45 (ex-Artikel 39 *der* EGV) des Vertrages über die Arbeitsweise *der Europäischen Union* in welchem die Freizügigkeit *der* Arbeitnehmer festgelegt wurde, nicht eng auszulegen ist. Arbeitnehmer ist jeder, *der* eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach dieser Rechtsprechung darin, dass jemand, während eines bestimmten Zeitraumes für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Außerdem ist es für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des *Gemeinschaftsrechts* ohne Bedeutung, dass das Beschäftigungsverhältnis nach nationalem Recht ein Rechtsverhältnis *sui generis* ist, wie hoch die Produktivität des Betreffenden ist, woher die Mittel für die Vergütung stammen oder dass sich die Höhe *der* Vergütung in Grenzen hält (vgl. *EuGH* vom 7.9.2004, C-456/02, Michel Trojani gegen Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)).

An der Arbeitnehmereigenschaft des Bfs. ist daher im beschwerdegegenständlichen Fall nicht zu zweifeln.

1 Beschäftigungsverhältnis mit einem österr. Arbeitgeber, Zielorte in mehreren Mitgliedsstaaten (Rechtsgrundlagen Art 11 VO 883/2004 u. Art 13 VO 883/2004 u. Art 14 DVO 987/2009)

Der Bf. ging unstrittig im maßgeblichen Beschwerdezeitraum in Österreich, aber auch in Griechenland und in weiteren EU-Staaten unzweifelhaft einer Beschäftigung nach. Es gilt grundsätzlich das Beschäftigungslandprinzip. Ein Entsendungsfall ("Outbound") liegt nicht vor.

Der Grundsatz des **Art 11 Abs. 1 VO 883/2004**, wonach nur ein Mitgliedstaat (MS) für eine bestimmte Person zuständig ist, gilt auch dann, wenn diese Person Tätigkeiten in mehreren MS (wie hier) ausübt. Auch wenn mehrere Beschäftigungsverhältnisse (dies ist hier nicht der Fall) vorliegen würden, ist auf die gesamte Berufstätigkeit abzustellen. Der von der Verwaltungskommission ausgearbeitete Praktische Leitfaden II enthält Kriterien zur Ausübung einer Tätigkeit in zwei oder mehreren MS (weitergehend dazu Stöger in "Unionsrechtliche Aspekte des Anspruches auf Familienbeihilfe, Band 35, ÖGB-Verlag, Pkt. 4.3.3, S.40).

Die VO 883/2004 enthält keine Sonderregelungen für Arbeitnehmer im internationalen Transport(Verkehrs-)wesen. Für andere Tätigkeiten etwa auf Schiffen ("Flaggenrecht") oder Luftfahrtunternehmen (Art 11/5 VO 883/2004 "Heimatbasis") gibt es solche Sonderregelungen.

Art. 13 VO 883/2004 lautet:

Ausübung von Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten

(1) Eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Beschäftigung ausübt, unterliegt:

- a) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt, oder
- b) wenn sie im Wohnmitgliedstaat keinen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt,
 - i) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen oder der Arbeitgeber seinen Sitz oder Wohnsitz hat, sofern sie bei einem Unternehmen bzw. einem Arbeitgeber beschäftigt ist, oder
 - ii) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem die Unternehmen oder Arbeitgeber ihren Sitz oder Wohnsitz haben, wenn sie bei zwei oder mehr Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt ist, die ihren Sitz oder Wohnsitz in nur einem Mitgliedstaat haben, oder
 - iii) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen oder der Arbeitgeber außerhalb des Wohnmitgliedstaats seinen Sitz oder Wohnsitz hat, sofern sie bei zwei oder mehr Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt ist, die ihre Sitze oder Wohnsitze in zwei Mitgliedstaaten haben, von denen einer der Wohnmitgliedstaat ist, oder
 - iv) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, sofern sie bei zwei oder mehr Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt ist, von denen mindestens zwei ihren Sitz oder Wohnsitz in verschiedenen Mitgliedstaaten außerhalb des Wohnmitgliedstaats haben.

Art. 14 Abs. 5 DVO VO 987/2009 führt dazu aus:

"Bei der Anwendung von Artikel 13 Abs. 1 der Grundverordnung beziehen sich die Worte einer Person, "die gewöhnlich in zwei oder mehr MS eine Beschäftigung ausübt" insbesondere auf jene Person, die eine Tätigkeit in einem oder mehreren anderen MS beibehält, aber zugleich eine gesonderte Tätigkeit in einem oder mehreren anderen MS ausübt, und zwar unabhängig von der Dauer der Eigenart dieser gesonderten Tätigkeit; die kontinuierlich Tätigkeiten alternierend in zwei oder mehr MS nachgeht, mit der Ausnahme von unbedeutenden Tätigkeiten, und zwar unabhängig von der Häufigkeit oder der Regelmäßigkeit des Alternierens".

Abs. 8 leg.cit. normiert weiters:

"Bei der Anwendung von Artikel 13 Abs. 1 u. Abs. 2 der Grundverordnung bedeutet die Ausübung eines **wesentlichen Teiles** der Beschäftigung oder ...in einem Mitgliedstaat,

dass der Arbeitnehmer oder der... dort einen **quantitativen erheblichen Teil** seiner Tätigkeit ausübt, was aber **nicht notwendigerweise der größte Teil seiner Tätigkeit** sein muss".

Es sind daher im konkreten Beschwerdefall die gleichen allgemeinen Vorschriften anzuwenden wie für Personen, die in mindestens zwei Mitgliedstaaten tätig sind. Dadurch ergeben sich in der **Praxis** schwierige Erhebungen. Der Praktische Leitfaden II/4 (<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=de&catId=868>) sollte dazu eine Hilfestellung zur Feststellung des wesentlichen Teiles der Tätigkeit in dieser Branche geben (zB. Arbeitszeit bei der Be- und Entladetätigkeit der Fracht in den verschiedenen MS als ein geeignetes Kriterium). Das Finanzamt geht von den Inlands/Auslandsfahrtentagen aus. Csaszar führt im Kommentar zum FLAG 1967, Csaszar/Lenneis/Wanke, Stand 01.01.2011, in § 53, Rz 143 die Arbeitszeit und/oder das Arbeitsentgelt bei einer Beschäftigung als Orientierungskriterium für die 25 % Grenze zwecks Feststellung der jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften aus (s. dazu auch den Beschluss Nr A2 v. 12.06.2009, Rz 128 an zitiertener Stelle zur Auslegung des Art. 12 im Falle einer Entsendung [(Weitergeltung der Vorschriften des Entsendestaates (hier nicht vorliegend)]).

Leider konnte im Verfahren keine vom Bf. ausgefüllte A1-Bescheinigung (Vordruck) vorgelegt werden bzw. wurde vom österr. zuständigen Träger des Bfs. bzw. infolge Erwerbsausübung des Bfs. auch in Griechenland keine Bestätigung des gr. Trägers über die Anwendung (zB. der griechischen) Rechtsvorschriften vorgelegt.

Im gegenständlichen Fall hatte dies - wie noch ausgeführt wird nach der gesamtwürdigen Auslegung des Bundesfinanzgerichtes - aber keine Auswirkung.

Auszugsweise wird die **Beschwerdevorentscheidung (teilweise Stattgabe)** an dieser Stelle wiedergegeben:

"Gemäß Art. 13 Abs. 1 lit a der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 unterliegt eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Beschäftigung ausübt, den Rechtsvorschriften des Wohnsitzstaates, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt. Die Ausübung eines wesentlichen Teiles der Tätigkeit ist dann gegeben, wenn im Wohnortstaat die Tätigkeit zu mindestens 25 % ausgeübt wird. Laut der vorgelegten Bestätigung der Firma B waren Sie wie folgt in Ihrem Wohnsitzstaat Griechenland tätig: 2014: an 58 von 307 Tagen = 22,15 %, 2015: an 83 von 323 Tagen = 25,70 %. Da Sie im Wohnortstaat Griechenland im Jahr 2015 einen wesentlichen Teil ihrer Beschäftigung ausgeübt haben, unterliegen Sie in diesem Jahr den griechischen Rechtsvorschriften. Es liegt daher keine Beschäftigung im Sinne der EU-Verordnung in Österreich vor. Sie haben somit keinen Anspruch auf Ausgleichszahlung für das Kind Vorname in Österreich im Jahr 2015."

Antragsrecht/Anspruchsberechtigung

Hinsichtlich des Antragsrechtes gilt unionsrechtlich Folgendes:

Art. 60 der DVO 987/2009 zu VO 883/2004, besagt:

Verfahren bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung

(1) Die Familienleistungen werden bei dem zuständigen Träger beantragt. Bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung ist, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen. Nimmt eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahr, berücksichtigt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, einen Antrag auf Familienleistungen, der von dem anderen Elternteil, einer als Elternteil behandelten Person oder von der Person oder Institution, die als Vormund des Kindes oder der Kinder handelt, gestellt wird.

Dazu wird im Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes vom 7.2.2017, RV/7106469/2016 unter Hinweis auf das Erkenntnis vom 8.6.2015, RV/7100958 und das Urteil des EuGH vom 22.10.2015, C-378/14, Tomislaw Trapkowski Folgendes ausgeführt:

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

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

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

Nach alledem ist Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 987/2009 dahin auszulegen, dass die in dieser Bestimmung vorgesehene Fiktion dazu führen kann, dass der Anspruch

auf Familienleistungen einer Person zusteht, die nicht in dem Mitgliedstaat wohnt, der für die Gewährung dieser Leistungen zuständig ist, sofern alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind, was von dem vorlegenden Gericht zu prüfen ist."

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

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

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

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

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

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

Im Sinne des Art. 60 Abs. 1 der VO 987/2009 und der EuGH-Rechtsprechung ist daher davon auszugehen, dass alle Familienmitglieder in Österreich wohnen (Fiktion).

Nationales Recht

Da infolge hinsichtlich des tatsächlichen Anspruches auf eine Familienleistung auf innerstaatliches Recht abzustellen ist (vgl. zB. RV/7102456/2017 vom 5.12.2017 und die dort zitierte weitere Judikatur des BFG), sind folgende Bestimmungen des FLAG 1967 maßgeblich:

Gemäß § 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.

§ 2 Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 stellt hinsichtlich des Familienbeihilfenanspruchs primär auf die Haushaltsgehörigkeit mit einem Kind ab und nur subsidiär (§ 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG 1967) darauf, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt.

Gem. § 2a Abs. 1 FLAG geht der Anspruch des überwiegend den Haushalt führenden Elternteiles dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Es wird vermutet, dass die Mutter überwiegend den Haushalt führt.

Diese kann auf ihren Anspruch zu Gunsten des anderen Elternteiles verzichten.

Im gegenständlichen Fall ist der Bf., der in Österreich seinen Wohnsitz hat, verheiratet (Eheschließung am 00000). Seine Ehefrau und das gemeinsame Kind leben lt. vorgelegter Meldebestätigungen im gemeinsamen Haushalt in Griechenland.

Die Kindesmutter hat daher vorrangigen Anspruch auf die Familienbeihilfe. Sie hat auf diesen Anspruch nicht verzichtet.

Im Formularfeld "Verzicht der Kindesmutter" (Beih 38) hat der Kindesvater irrtümlich unterschrieben, was offenkundig auf ein Versehen des Kindesvaters zurückzuführen war (unvertretener Bf.).

Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (zuletzt VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067) ist durch die dargestellte Rechtsprechung des EuGH überholt.

Die Ansicht des VwGH, dass eine überwiegende Kostentragung eines in Österreich erwerbstätigen Unionsbürgers, die bei bestehender Haushaltsgehörigkeit der Kinder zum anderen Elternteil (bzw. zu einer anderen Person, gegenüber der Kindeseigenschaft gegeben ist) nach dem anzuwendenden innerstaatlichem Recht keine Entscheidungsrelevanz hat, hier doch Voraussetzung für einen Differenzzahlungsanspruch sein soll, findet weder im Unionsrecht noch im innerstaatlichen Recht Deckung. Diese Rechtsansicht führte im Ergebnis regelmäßig zu einer Diskriminierung von Unionsbürgern (der haushaltführenden Mutter der Bf.) gegenüber inländischen Staatsbürgern.

Zusammenfassung

Im beschwerdegegenständlichen **Antragszeitraum** ergibt sich nach Ansicht des Finanzamtes für jenen Teil des Antragszeitraums, in dem nur Österreich Beschäftigungsstaat war (November und Dezember 2014 -Stattgabe in der Beschwerdevorentscheidung v.12.01.2018 lt. Finanzamt), dass Österreich zur Erbringung der beantragten Differenzzahlung zuständig sei ,für den Teil des Antragszeitraumes , in dem sowohl Österreich als auch Griechenland Beschäftigungsstaaten waren, hingegen Griechenland als zudem Wohnmitgliedstaat der Kindesmutter zur vollständigen Erbringung von Familienleistungen zuständig sei. Österreich treffe für das Jahr 2015 nach Ansicht des Finanzamtes keine Verpflichtung zur Leistung einer "Ausgleichszahlung" Differenzzahlung (Abweisung lt. FA in der Beschwerdevorentscheidung v.12.01.2018 für 2015).

Das Finanzamt widmete sich ausschließlich der Frage des Ortes der Tätigkeit des Bfs. (wesentlich oder nicht wesentlich). Dieser Ansatzpunkt entspricht auch den europarechtlichen Vorschriften (Art 13 VO 883/2004 und Art 14 DVO 987/2009).

Für die Lösung des Falles wurde vom Gericht jedoch ein anderer möglicher Weg - unter Beachtung europarechtlicher Rahmengrundsätze - aus Vereinfachungsgründen , aber auch aus der Ableitung europarechtlicher Judikatur (Fall Trapkowski zu EuGH v.22.10.2015 ,C-378/14) eingeschlagen:

Es berücksichtigte **primär** den **Anspruch der Kindesmutter** und Ehefrau, Frau KM , geb.0000* , wohnhaft in Griechenland , Bezirk R, auf Differenzzahlung in Österreich.

Der Antrag des Kindesvaters v.24.03.2016 auf Differenzzahlung wurde als Antrag der Kindesmutter gewertet (aufrechte Ehe). Dadurch erwächst dem Kindesvater kein Nachteil (keine versteckte oder offene Diskriminierung).

Mit diesem **Auslegungsergebnis**

- europarechtlicher Vorschriften in Kombination mit der Rechtsprechung des EuGH sowie
- der unstrittig vorliegenden Haushaltführung der Kindesmutter in Griechenland sowie
- der unstrittig in Österreich vorliegenden Erwerbstätigkeit des Bfs. -unabhängig von ihrer zeitlichen Intensität in Österreich-

wird ein unnötiger Verwaltungsaufwand (Ermittlung von Arbeitszeiten bzw. aliquote Berücksichtigung von Fahrttagen im In-bzw.im EU-Ausland bzw. Überprüfung der Höhe des Arbeitsentgeltes oder B "reinen" Arbeitszeit beim Entladen der Fracht am Zielort).

für die Abgabenbehörde vermieden.

Ob eine Verlagerung der Tätigkeit des Bfs. nach Griechenland im Beschwerdezeitraum 2015 (bejahend lt. Finanzamt für dieses Jahr) stattgefunden hat, war daher nicht mehr einzugehen.

Dieses Auslegungsergebnis dient daher allen Beteiligten im aufrechten "österreichischen" Familienverband, aber es dient auch dem Finanzamt bei der Vollziehung von

europäischen und nationalen Gesetzesbestimmungen im formellen und materiellen Sinne (EU-VO).

Aus den angeführten Gründen war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Hinweis:

Ungeachtet des Umstandes, dass der Antrag des Bfs. im Beschwerdefall als Antrag der Kindesmutter gilt, konnte dennoch die Beschwerde als unbegründet abgewiesen werden, da Partei dieses Verfahrens iSd § 78 BAO nur der Bf. ist und sich daher die Wirkung dieses Erkenntnisses nur auf ihn erstreckt (aA BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015; BFG 7.2.2017, RV/7106469/2016, wo mit Feststellungsbescheid nach § 92 BAO vorgegangen wurde, siehe auch zur verfahrensrechtlichen Vorgangsweise RV/7102456/2017 vom 5.12.2017).

Eine Auszahlung des noch vom Finanzamt zu berechnenden Differenzbetrages an die Kindesmutter wegen der inländischen Anknüpfungspunkte beider Elternteile ist daher - nach Ansicht des Gerichtes - aus Praktikabilitätsgründen möglich und vertretbar.

Nichtzulassung einer ordentlichen 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.

Auf die Rechtsprechung des EuGH im Falle Trapkowski zu EuGH C-378/14 wird verwiesen.

Linz, am 13. April 2018