

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf., Adr, über die Beschwerde vom 11. April 2017 gegen den Bescheid des Finanzamtes Innsbruck vom 20. März 2017, betreffend Familienbeihilfe (Ausgleichszahlung),

zu Recht erkannt:

1. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

Verfahrensgang:

Der Beschwerdeführer, ein ungarischer Staatsbürger, stellte unter Verwendung des Formblattes Beih 38 den am 15. Dezember 2016 beim Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart eingelangten Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung (Familienbeihilfe) ab Jänner 2016 für seine Tochter E.. Gleichzeitig wurden eine Schulbesuchsbestätigung und die monatlichen Bestätigungen der vom Antragsteller getrennt lebenden Mutter über die Unterhaltszahlungen in Höhe von jeweils € 200,00 vorgelegt.

Das Finanzamt Innsbruck, an welches der Antrag zuständigkeitsshalber im Hinblick auf den letzten Wohnsitz des Antragstellers in Österreich weitergeleitet wurde, wies den Antrag mit Bescheid vom 20. März 2017 unter Hinweis auf Hinweis auf § 2 Abs. 2 Familienlasten-ausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) mit der Begründung ab, dass das Kind im Haushalt der Kindesmutter lebe und diese daher trotz der Unterhaltsleistungen durch den getrennt lebenden Kindesvater vorrangig Anspruch auf Familienleistungen habe.

Mit Eingabe vom 11. April 2017 erhaben der Beschwerdeführer dagegen eine Beschwerde und führte begründend aus, dass laut Gesetz derjenige Elternteil Anspruch auf Familienbeihilfe habe, der für das Kind überwiegend Unterhalt leiste.

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung vom 9. Mai 2017 ab, wogegen der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 30. Mai 2017 einen Vorlageantrag stellte. Laut EU-Verordnung 883/2004 und laut Stellungnahme des Finanzamtes habe bei getrennt lebenden Eltern der nicht mit dem Kind lebende Vater Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn dieser mehr als € 170,00 Unterhalt bezahle.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer ist ungarischer Staatsangehöriger und in Österreich erwerbstätig. Der Wohnort befindet sich in Ungarn. Die vom Beschwerdeführer getrennt lebende Kindesmutter wohnt gemeinsam mit der Tochter E., geboren am nn.xxxxxxx.nnnn, in Ungarn. Der Kindesvater leistet Unterhalt in Höhe von monatlich € 200,00.

Beweiswürdigung:

Der relevante Sachverhalt ergibt sich unstrittig aus dem vorgelegten Familienbeihilfenakt des Finanzamtes, insbesondere aus den Angaben des Antragstellers.

Rechtslage:

§ 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) lautet auszugsweise:

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

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

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

- (3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person*
- a) deren Nachkommen,*
  - b) ..."*

§ 53 Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

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

*in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten."*

Artikel 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABl. L 166, S. 1, in der durch die Verordnung (EU) Nr. 465/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2012 (ABl. L. 149, S. 4) geänderten Fassung (im Folgenden Verordnung Nr. 883/2004) lautet auszugsweise:

*"Artikel 1*

*Für Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:*

*...*

*i) "Familienangehöriger":*

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

Artikel 2 der Verordnung Nr. 883/2004 lautet:

*"Artikel 2*

*Persönlicher Geltungsbereich*

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

Artikel 7 der Verordnung Nr. 883/2004 lautet:

*"Artikel 7*

*Aufhebung der Wohnortklauseln*

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

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

*"Artikel 11*

*Allgemeine Regelung*

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

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

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

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

b) ..."

Artikel 67 der Verordnung Nr. 883/2004 lautet:

*"Artikel 67*

*Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen*

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

Artikel 68 der Verordnung Nr. 883/2004 lautet:

*"Artikel 68*

*Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen*

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

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

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

i) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird, und subsidiär

*gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung. Im letztgenannten Fall werden die Kosten für die Leistungen nach in der Durchführungsverordnung festgelegten Kriterien aufgeteilt;*

- ii) bei Ansprüchen, die durch den Bezug einer Rente ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass nach diesen Rechtsvorschriften eine Rente geschuldet wird, und subsidiär gegebenenfalls die längste Dauer der nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;*
- iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.*

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

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

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

Artikel 60 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden Verordnung Nr. 987/2009) lautet:

*"Artikel 60*

*(1) Die Familienleistungen werden bei dem zuständigen Träger beantragt. Bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung ist, insbesondere was das*

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

*(2) Der nach Absatz 1 in Anspruch genommene Träger prüft den Antrag anhand der detaillierten Angaben des Antragstellers und berücksichtigt dabei die gesamten tatsächlichen und rechtlichen Umstände, die die familiäre Situation ausmachen.*

*Kommt dieser Träger zu dem Schluss, dass seine Rechtsvorschriften nach Artikel 68 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung prioritär anzuwenden sind, so zahlt er die Familienleistungen nach den von ihm angewandten Rechtsvorschriften.*

*Ist dieser Träger der Meinung, dass aufgrund der Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats ein Anspruch auf einen Unterschiedsbetrag nach Artikel 68 Abs. 2 der Grundverordnung bestehen könnte, so übermittelt er den Antrag unverzüglich dem zuständigen Träger des anderen Mitgliedstaats und informiert die betreffende Person; außerdem unterrichtet er den Träger des anderen Mitgliedstaats darüber, wie er über den Antrag entschieden hat und in welcher Höhe Familienleistungen gezahlt wurden."*

Rechtliche Erwägungen:

Aufgrund der Erwerbstätigkeit des Vaters des Kindes E. in Österreich und des Wohnortes der Kindesmutter der gemeinsamen Tochter in Ungarn liegt ein grenzüberschreitender Sachverhalt mit Unionsbezug vor. Es finden daher die Vorschriften der Verordnung Nr. 883/2004 und der Verordnung Nr. 987/2009 Anwendung.

Strittig ist im Beschwerdefall, wer Anspruch auf die Differenzzahlung nach Art. 68 Abs. 2 der Verordnung Nr. 883/2004 hat.

Nach § 2 Abs. 1 FLAG 1967 wären die Anspruchsvoraussetzungen in der Person des Beschwerdeführers grundsätzlich erfüllt. Der Beschwerdeführer ist in Österreich erwerbstätig, die Kindesmutter lebt in Ungarn und hat in Österreich weder einen Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt. Dennoch ist die Kindesmutter vorrangig anspruchsbe rechtigt. Denn nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf die Familienbeihilfe für ein in Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Die auf den Wohnort abstellende Bestimmung des § 2 Abs. 1 FLAG 1967 findet zufolge des Art. 7 der Verordnung Nr. 883/2004 und dessen Anwendungsvorrang im Beschwerdefall keine Anwendung (vgl. auch VwGH 27.09.2012, 2012/16/0066).

Nach Art. 60 Abs. 1 zweiter Satz der Verordnung Nr. 987/2009 ist bei der Anwendung von Art. 67 und 68 der Verordnung Nr. 883/2004, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsordnung des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen. Art. 67 erster Satz der Verordnung Nr. 883/2004, der bestimmt, dass eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats hat, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden, ist ungeachtet dessen anzuwenden, dass es bereits nach nationalem Recht nicht darauf ankommt, ob das Kind seinen Wohnsitz im Inland oder in einem EU-Mitgliedstaat hat (§ 53 FLAG 1967).

Zu den beteiligten Personen im Sinn des Art. 60 Abs. 1 zweiter Satz der Verordnung Nr. 987/2009 gehören die Familienangehörigen im Sinne des Art. 1 Buchst. i) Nr. 1 Buchst. i) der Verordnung Nr. 883/2004. Darunter sind alle Personen zu verstehen, die nach nationalem Recht berechtigt sind, Anspruch auf Familienleistungen zu erheben (vgl. EUGH-Urteil vom 22. Oktober 2015, Rs C-378/14, EU:C:2015:720, "Tomislav Trapkowski", Rz 38)

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

Somit ist auch für den Anspruch auf die Differenzzahlung zu fingieren, dass gemäß Art. 60 Abs. 1 zweiter Satz der Verordnung Nr. 987/2009 die getrennt lebende Kindesmutter mit dem gemeinsamen Kind in einem eigenen Haushalt in Österreich lebt und damit bei gegebenen Sachverhalt vorrangig Anspruch auf die Differenzzahlung hat, solange die Anspruchsvoraussetzungen dem Grunde nach in der Person des Beschwerdeführers erfüllt sind.

Es mag sein, dass bisher in der Verwaltungspraxis bei gleichgelagerten Fällen beim Familienbeihilfenanspruch auf die Unterhaltszahlung abgestellt und dabei die Leistung eines Betrages von über € 170,00 als ausreichend angesehen wurde. Dies entspricht jedoch nicht der hierzu ergangenen neueren Rechtsprechung.

Die Abweisung eines Anspruchs des Beschwerdeführers erfolgte daher zu Recht.

Unzulässigkeit einer Revision:

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

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

Innsbruck, am 5. September 2017