

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R in der Beschwerdesache BF, über die Beschwerde vom 17.11.2015 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Grieskirchen Wels vom 21.10.2015 zu Zl. 001, mit dem ein Antrag auf Gewährung von Differenzzahlungen (Ausgleichszahlungen) im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 für die beiden Kinder K1 und K2 für den Zeitraum Jänner bis Dezember 2014 abgewiesen wurde, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

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

## Entscheidungsgründe

### Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin ist ungarische Staatsbürgerin und lebt mit ihren beiden minderjährigen Kindern in einem gemeinsamen Haushalt in Ungarn.

Der Kindesvater, ebenfalls ungarischer Staatsbürger, lebt von der Beschwerdeführerin und den Kindern getrennt und ist in Österreich erwerbstätig.

Mit einem am 15.6.2015 beim Finanzamt eingelangten Formblatt Beih 38 beantragte die Beschwerdeführerin die Gewährung von Differenzzahlungen im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 für die beiden Kinder für den Zeitraum 1.1.2014 bis 31.12.2014.

Die in Ungarn in diesem Zeitraum für die Kinder bezogenen, der österreichischen Familienbeihilfe gleichartigen Beihilfen bezifferte die Beschwerdeführerin mit 355.200,00 HUF.

**Mit Bescheid vom 21.10.2015** wies das Finanzamt diesen Antrag im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass der Kindesvater, der mit seiner Beschäftigung in Österreich den Anspruch auf Familienbeihilfe auslöse, diese auch dann erhalte, wenn die Kinder im Haushalt der Kindesmutter in Ungarn leben. Dem Anspruch der Kindesmutter stehe § 2 Abs. 8 FLAG entgegen, wonach Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe hätten, wenn ihr Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet gelegen sei. Da der

Kindesvater seiner Unterhaltszahlungsverpflichtung nachkomme, werde der Antrag der Beschwerdeführerin abgewiesen.

In der gegen diesen Bescheid eingebrachten **Beschwerde vom 17.11.2015** wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass ihr die Ablehnung ihres Antrages nicht verständlich sei, „da die Gesetze der in Ungarn mit den Kindern lebenden Mutter ermöglichen (auch im Falle von geschiedenen Eltern), dass sie eine Familienbeihilfe-Differenz – aufgrund des Rechtes des in Österreich lebenden Vaters – in Anspruch nimmt.“ Ferner bestritt die Beschwerdeführerin mit näherer Begründung eine überwiegende Tragung der Unterhaltskosten für die Kinder durch den Kindesvater.

Nach Durchführung eines umfangreichen Ermittlungsverfahrens gelangte das Finanzamt zur Ansicht, dass der Kindesvater die überwiegenden Unterhaltskosten für die beiden Kinder trage, und wies die gegenständliche Beschwerde mit

**Beschwerdevorentscheidung vom 27.6.2016** im Wesentlichen mit folgender Begründung ab: „In der im Beschwerdefall gegebenen Konstellation steht die Ausgleichszahlung demjenigen Elternteil zu, der den Anspruch auf diese Leistung, aufgrund einer Erwerbstätigkeit und eines Wohnsitzes in Österreich, auslöst (siehe Erkenntnis des VwGH vom 16. Dezember 2009 ZI 2009/15/0207-9). Voraussetzung ist jedoch, dass dieser ein Naheverhältnis zu seinen Kindern (gemeinsamer Haushalt oder überwiegende Kostentragung) nachweist. Arbeitet der leibliche Vater des Kindes in Österreich und lebt das Kind in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union mit der vom Kindesvater geschiedenen Mutter im gemeinsamen Haushalt, wurde bereits anerkannt, dass ein aufgrund unionsrechtlicher Vorschriften zu gewährender Anspruch auf Familienbeihilfe seitens des Kindesvaters besteht, wenn dieser überwiegend die Unterhaltskosten für das Kind trägt (vgl. VwGH vom 24.2.2010, 2009/13/0241). Nur dann, wenn der auslösende Elternteil (hier der Kindesvater) kein Naheverhältnis zum Kind aufweist, kann der andere Elternteil (hier die Beschwerdeführerin) nach nationalem Recht den Anspruch über die Grenze ziehen und selber geltend machen. Es war daher zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin oder der Kindesvater im Beschwerdezeitraum überwiegend die Unterhaltskosten für ihre/seine Kinder getragen hat. Wie der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom VwGH 21.3.1996, 93/15/0208, ausgesprochen hat, hängt es einerseits von der Höhe der gesamten Unterhaltskosten für ein Kind in einem bestimmten Zeitraum und andererseits von der Höhe der im selben Zeitraum tatsächlich geleisteten Unterhaltsbeträge ab, ob eine Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend getragen hat. Ohne zumindest schätzungsweise Feststellung der gesamten Unterhaltskosten für ein Kind lässt sich in der Regel nicht sagen, ob die Unterhaltsleistung in einem konkreten Fall eine überwiegende war (vgl Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG-Kommentar, § 2 Rz 149). Aufgrund der durchgeföhrten Ermittlungen des Finanzamtes wurden die gesamten Lebenshaltungskosten für die beiden Kinder der Beschwerdeführerin iHv. € 422,62 ermittelt. Aufgrund der monatlichen Unterhaltszahlungen des Kindesvaters iHv. rund € 300,00 steht daher fest, dass dieser überwiegend (> € 211,31) zu den Unterhaltskosten seiner Kinder bzw. im Ausmaß von

rund 70 Prozent beigetragen hat und daher kein Anspruch auf eine Ausgleichszahlung für die Beschwerdewerberin besteht.“

Gegen diese Entscheidung richtet sich der **Vorlageantrag vom 1.8.2016**, in dem die Beschwerdeführerin zusammengefasst einwendet, dass die von ihr getragenen Kosten für den Unterhalt der Kinder höher gewesen wären als vom Finanzamt berücksichtigt. Diese (detailliert aufgeschlüsselten) Kosten hätten monatlich mindestens 632,00 € betragen, der Kindesvater habe jedoch monatlich nur 270,00 € an Unterhaltsleistungen für die Kinder überwiesen.

Am 9.9.2016 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor.

Am 15.12.2016 sprach der Kindesvater beim Finanzamt vor und legte weitere Unterlagen vor, die seiner Ansicht nach eine überwiegende Kostentragung durch ihn belegen würden.

### **Rechtslage und Erwägungen**

Gemäß Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gilt diese Verordnung für die Beschwerdeführerin, den Kindesvater und deren gemeinsame Kinder, da diese ungarische Staatsbürger und damit Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union sind.

Der Kindesvater unterliegt aufgrund seiner nichtselbständigen Erwerbstätigkeit in Österreich gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. a dieser Verordnung den österreichischen Rechtsvorschriften, die Kindesmutter unterliegt den ungarischen Rechtsvorschriften.

In diesem Fall werden nach den in Art. 68 der Verordnung normierten Prioritätsregeln die Familienleistungen primär nach den ungarischen Rechtsvorschriften gewährt; ein Unterschiedsbetrag in Höhe der darüber hinausgehenden Familienleistungen ist nach den sekundär anzuwendenden österreichischen Bestimmungen zu gewähren (Differenzzahlungen).

Das Bestehen eines solchen Anspruches auf Differenzzahlungen ist im vorliegenden Fall unbestritten und bedarf keiner näheren Erörterung. Zu klären ist lediglich die Frage, ob dieser Anspruch dem Kindesvater oder der beschwerdeführenden Kindesmutter zusteht.

Dazu bestimmt Art. 60 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009:

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.

Die in der Beschwerdevorentscheidung dargestellte Rechtsansicht des Finanzamtes ist seit der Klarstellung der Rechtslage durch den EuGH im Urteil vom 22.10.2015, C-378/14, Tomislaw Trapkowski, überholt. In dieser Entscheidung hat der EuGH unter Hinweis auf die Familienbetrachtungsweise (Rn 36) mehrfach betont, dass die Frage, wem der Anspruch auf Differenzzahlungen zusteht, ausschließlich nach den österreichischen Rechtsvorschriften zu prüfen ist (siehe insbesondere die Rn 38 ff dieser Entscheidung), was sich im Übrigen schon unmissverständlich aus dem klaren und unzweideutigen Wortlaut des Art. 60 Abs. 1 zweiter Satz der Durchführungsverordnung (EG) Nr. 987/2009 ergibt. Der EuGH stellte daher fest, dass der Anspruch auf Familienleistung auch einer Person zustehen kann, die nicht in dem Mitgliedsstaat wohnt, der für die Gewährung der Leistungen zuständig ist, sofern alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind (Rn 41).

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 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. Im vorliegenden Fall steht daher einem allfälligen Anspruch des Kindesvaters auf Familienbeihilfe im Sinne des zweiten Satzes des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 wegen überwiegender Unterhaltskostentragung der ausschließliche Anspruch der Kindesmutter, bei der die Kinder haushaltszugehörig sind, zwingend entgegen.

Das Bundesfinanzgericht hat daher bereits wiederholt erkannt, dass in Fallkonstellationen wie der gegenständlichen auch bei mitgliedstaatsübergreifendem Sachverhalt ein vorrangiger Beihilfenanspruch der haushaltführenden Kindesmutter besteht (eingehend BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016; vgl. auch BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015 und insbesondere BFG 7.2.2017, RV/7106469/2016: in dieser Entscheidung wurde explizit der vorrangige Anspruch der in Ungarn wohnhaften haushaltführenden Kindesmutter auf Differenzzahlungen betont). Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (zuletzt VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067) ist durch die dargestellte Rechtsprechung des EuGH überholt. Die Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes, dass eine überwiegende Kostentragung eines in Österreich erwerbstätigen Unionsbürgers, die bei bestehender Haushaltszugehörigkeit der Kinder zum anderen Elternteil 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 Kindesmutter) gegenüber inländischen Staatsbürgern.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden. Ergänzend wird noch festgehalten, dass im vorliegenden Fall der angefochtene Bescheid lediglich ersatzlos aufzuheben war, da die Gewährung der Differenzzahlungen nicht bescheidmäßig erfolgt, sondern bei Entstehen des Anspruches vom Finanzamt lediglich eine Mitteilung im Sinne des § 12 FLAG auszustellen ist (BMF 31.1.2013, BMF-110901/0001-V/2/2013).

## **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 das Erkenntnis von der – wenn auch durch die zitierte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ohnedies überholten – Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig (vgl. VwGH 21.4.2015, Ra 2015/09/0006).

Linz, am 9. Oktober 2017