

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag. Helga Hochrieser in der Beschwerdesache des Bf., Adr., Ungarn, über die Beschwerde vom 8.09.2016 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart vom 8.8.2016, betreffend Abweisung des Antrags auf Ausgleichszahlung (Familienbeihilfe) ab Jänner 2014 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

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

## **Entscheidungsgründe**

### **Sachverhalt**

Der in Ungarn wohnhafte Beschwerdeführer (Bf.) ist ungarischer Staatsbürger und übt in Österreich eine selbständige Erwerbstätigkeit aus. Die Kindesmutter lebt mit dem Kind gemeinsam in Ungarn; seit 1.1.2012 leben sie getrennt vom Kindesvater. Die Kindesmutter ist Hausfrau, das Kind besucht in Ungarn die Schule. Die Ehe wurde am 2015 geschieden. Daraufhin leistete der Kindesvater monatlichen Unterhalt für den Sohn iHv HUF 50.000,-- (~ Euro 160,--). Er hat auch eine Vorsorge für den Sohn abgeschlossen, für die er monatlich Euro 30,-- bezahlt. Nach Angaben der Kindesmutter würde aber diese für die überwiegenden Unterhaltskosten für den gemeinsamen Sohn aufkommen.

Der Beschwerdeführer beantragte die Zuerkennung von Familienbeihilfe für seinen Sohn für den Zeitraum ab 1.1.2014 mit Antrag vom 15.5.2015.

Mit Bescheid vom 8.8.2016 wies das Finanzamt diesen Antrag im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass der Bf. mit dem Kind nicht in einem Haushalt lebte, daher bestehe kein Anspruch auf Ausgleichszahlung in Österreich. Die monatlichen Unterhaltsleistungen in Höhe von HUF 50.000,-- reichten nicht für einen Anspruch auf Ausgleichszahlung in Österreich aus.

In der gegen diesen Bescheid eingebrachten Beschwerde vom 8.9.2016 wies der Beschwerdeführer darauf hin, dass die Kindesmutter kein Einkommen habe. Er bezahle

50.000 Ft Unterhalt + 30 Euro Vorsorge für das Kind (B., geb.:Mai2005). Somit bezahle er überwiegend die Kosten des Kindes.

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 20.1.2017 im Wesentlichen mit folgender Begründung ab: „Gemäß den Prioritätsregeln des Art. 68 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 stehen an erster Stelle die durch eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche. Daraus folgt, dass der Anspruch der Familienbeihilfe des Kindesvaters auf Grund seiner Erwerbstätigkeit in Österreich dem der Mutter in Ungarn vorgeht.

Die Familienbeihilfe erhält derjenige, der den Anspruch auf die Familienbeihilfe (z.B. auf Grund der Erwerbstätigkeit) auslöst. Voraussetzung dafür ist aber, dass dieser Elternteil ein Naheverhältnis zum Kind aufweist. Unter Naheverhältnis wird ein gemeinsamer Haushalt oder die überwiegende Kostentragung des Kindes verstanden. Da das Kind nicht beim Beschwerdeführer lebt, ist auf die überwiegende Kostentragung abzustellen. Eine überwiegende Kostentragung liegt vor, wenn der zu zahlende Unterhalt mindestens die Höhe der Familienbeihilfe einschließlich des Kinderabsetzbetrages beträgt. Laut gerichtlicher Vereinbarung ist der Beschwerdeführer verpflichtet, monatlich 50.000,-- HUF (rund 163 Euro) an Kindesunterhalt zu Bezahlungen. Zusätzlich sorgt er für das Kind vor, indem er monatlich 30 Euro in eine auf das Kind ausgestellte Lebensversicherung (Vertragsnummer LLL1010136121) einbezahlt. Zusammengerechnet ergibt sich ein Betrag von rund 193 Euro. Dies übersteigt jedoch nicht die von der Republik Österreich, bei Vorliegen aller Voraussetzungen, zu gewährende Familienbeihilfe einschließlich des Kinderabsetzbetrages, weshalb eine überwiegende Kostentragung nicht vorliegt und die Beschwerde abzuweisen war."

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Vorlageantrag vom 8.2.2017, in dem der Beschwerdeführer einwendet, dass laut EU VO 883/2004 und laut Stellungnahme des Finanzamts bei getrennt lebenden Elternteilen der nicht mit dem Kind lebende Vater Anspruch auf Familienbeihilfe habe, falls er über 170,-- Euro Unterhalt bezahle.

Am 1. Juni 2017 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor.

Eine Verzichtserklärung der Kindesmutter nach § 2aFLAG 1967 ist nicht aktenkundig.

### **Rechtslage und Erwägungen**

Gemäß Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gilt diese Verordnung für den Beschwerdeführer, die Kindesmutter und deren gemeinsames Kind, da diese ungarische Staatsbürger und damit Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union sind.

Der Kindesvater unterliegt aufgrund seiner selbständigen 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 Beschwerdeentscheidung 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).

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 24.08.2017, RV/5101270/2017; BFG 31.05.2017, RV/5100349/2016; BFG 07.02.2017, RV/7106469/2016 ; BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015; BFG 19.08.2016, RV/7101889/2016; BFG 17.10.2017, RV/7101596/2016).

Die nach Art. 67 VO 883/2004 iVm Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO 987/2009 vorzunehmende Fiktion bewirkt, dass die Wohnsituation auf Grundlage der im Streitzeitraum im anderen EU-Mitgliedstaat gegebenen Verhältnisse (fiktiv) ins Inland übertragen wird. Diese Fiktion besagt aber nur, dass zu unterstellen ist, dass alle Familienangehörigen im zuständigen Mitgliedstaat wohnen. Ob etwa ein gemeinsamer Haushalt besteht, ist dagegen sachverhaltsbezogen festzustellen (BFG 24.08.2017, RV/5101270/2017; BFG 31.05.2017, RV/5100349/2016; BFG 07.02.2017, RV/7106469/2016 ; BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015; BFG 19.08.2016, RV/7101889/2016; BFG 17.10.2017, RV/7101596/2016).

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 07.02.2017, RV/7106469/2016 ; BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015; BFG 19.08.2016, RV/7101889/2016; BFG 17.10.2017, RV/7101596/2016).

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.

§ 2a FLAG 1967 lautet:

*"(1) Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt.*

*(2) In den Fällen des Abs. 1 kann der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden."*

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. Ein Verzicht nach § 2a Abs. 2 FLAG 1967 liegt nicht vor.

Der vorrangige Anspruch auf Familienleistungen steht somit bei dem gegebenen Sachverhalt der Kindesmutter zu, solange die Anspruchsvoraussetzungen dem Grunde nach in der Person des Bf erfüllt sind.

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 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 haushaltsführenden Kindesmutter) gegenüber inländischen Staatsbürgern.

Im gegenständlichen Fall ist dabei weiters zu beachten, dass gemäß Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 das österreichische Finanzamt den vom Vater gestellten Antrag auf Ausgleichszahlung/Differenzzahlung bzw. Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag), wenn und soweit diesem ein Anspruch der haushaltsführenden Mutter vorgeht, zugunsten des Anspruchs der Mutter auf österreichische Familienleistungen zu berücksichtigen hat (siehe BFH 28.4.2016, III R 68/13 und BFG 19.8.2016, RV/7101889/2016; BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015; BFG 7.2.2017, RV/7106469/2016).

Das Bundesfinanzgericht hat daher bereits wiederholt erkannt, dass in Fallkonstellationen wie der gegenständlichen auch bei mitgliedsstaatsübergreifendem Sachverhalt ein vorrangiger Beihilfenanspruch der haushaltsführenden 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 haushaltsführenden Kindesmutter auf Differenzzahlungen betont) sowie RV/7102126/2016 vom 11.12.2017.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **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).

Wien, am 29. Jänner 2018