

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf., über die Beschwerde vom 04.03.2015 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart vom 26.02.2015, betreffend Abweisung von Anträgen auf Gewährung einer Ausgleichs-/Differenzzahlung für die Jahre 2012 und 2013 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) zulässig.

## **Entscheidungsgründe**

### **I. Verfahrensgang**

Der Beschwerdeführer (Bf.), ein ungarischer Staatsbürger, beantragte für 2012 im Juni 2013 und für 2013 im Mai 2014 die Gewährung einer Differenzzahlung für seine beiden in Ungarn lebenden, 1993 und 2002 geborenen Töchter. Als Familienstand gab er in beiden Jahren "geschieden" an. Der Antrag 2013 enthält den offensichtlich vom Bf. stammenden handschriftlichen Vermerk, dass sich die Kindeseltern haben scheiden lassen, vorläufig aber noch in einem Haushalt leben.

Mit der Begründung, dass die vorgelegten Unterhaltsleistungen für die Kinder zu gering seien, wies das Finanzamt die Anträge auf Differenzzahlung ab.

Als Beilage zu seiner dagegen gerichteten Beschwerde übermittelte der Bf. dem Finanzamt Belege über weitere erbrachte Unterhaltsleistungen.

Mit der Begründung, die nachgewiesenen Unterhaltszahlungen lägen nicht zumindest in der Höhe des Betrages der Familienbeihilfe, weshalb kein Anspruch auf Differenzzahlung bestünde, erließ das Finanzamt eine abweisende Beschwerdevorentscheidung.

Der Bf. brachte ohne weitere Begründung einen Vorlageantrag ein und übermittelte weitere Unterlagen.

Aus den Aufstellungen und Unterlagen gehen folgende Zahlungen hervor:

Alimente lt. Kontoauszug

Zeitraum 02-12/2012 Ft 50.000 (=€ 163,00)

Alimente lt. Kontoauszug für das Kind S.:

03/2013 Ft 20.000 (=€ 65,00)  
05/2013 Ft 10.000 (=€ 32,00)  
06/2013 Ft 20.000 (=€ 65,00)  
07-09/2013 Ft 25.000 (=€ 81,00)  
10/2013 Ft 33.000 (=€ 107,00)  
11/2013 Ft 70.000 (=€ 228,00)  
12/2013 Ft 30.000 (=€ 97,00)

Alimente lt. Kontoauszug für das Kind T.

02-05/2013 Ft 50.000 (=€ 163,00)  
06/2013 Ft 55.000 (=€ 179,00)  
07-08/2013 Ft 32.000 (=€ 104,00)  
09-10/2013 Ft 25.000 (=€ 81,00)  
11/2013 Ft 75.000 (=€ 244,00)

Für Bekleidung (bestätigt von der Kindesmutter)

Zeitraum 01-03/2012 Ft 80.000 (=€ 260,00)  
Zeitraum 04-12/2012 Ft 75.000 (=€ 244,00)  
Zeitraum 01-03/2013 Ft 70.000 (=€ 228,00)  
Zeitraum 04-11/2013 Ft 75.000 (=€ 244,00)  
Zeitraum 12/2013 Ft 80.000 (=€ 260,00)

Im Akt liegt ferner ein Schreiben der geschiedenen Gattin vom 18.9.2014 an das Finanzamt, in dem sie mitteilt, sie erziehe die Kinder in Ungarn allein und bekomme keinen Eurocent des vorgenannten Kindergeldes von ihrem geschiedenen Mann. Sie bitte um Information, seit wann ihr geschiedener Mann Kindergeld bekomme, und ob sie wenigstens einen bestimmten Teil des Kindergeldes offiziell bekommen dürfe.

## **II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **1. Sachverhaltsfeststellungen**

Sachverhaltsmäßig ist es als erwiesen anzunehmen, dass die Kinder des Bf. im Haushalt der Kindesmutter, von der der Bf. geschieden ist, leben. Auch der Bf. selbst hat nach seinen Angaben im Streitzeitraum noch im gleichen Haushalt gewohnt. Ob dies tatsächlich im (gesamten) Streitzeitraum der Fall war, kann allerdings - sh. unten - dahingestellt bleiben. Eine Verzichtserklärung der Kindesmutter nach § 2a FLAG 1967 liegt nicht vor.

Der Bf. hat Unterhaltszahlungen in der oben ausgewiesenen Höhe aufgrund seiner Kontoauszüge nachgewiesen. Ob er auch die obigen Beträge für Kleidung tatsächlich (in voller Höhe) bezahlt hat, ist zwar aufgrund des Umstandes, dass kein Grund dafür erkennbar ist, dass zwar die Unterhaltsleistungen mittels Überweisungen getätigt worden sind, die Beträge für Kleidung aber bar übergeben worden sein sollen, unglaublich,

spielt allerdings - wie unten zu zeigen ist - für die Entscheidung über die Beschwerde keine Rolle.

## **2. Rechtliche Würdigung**

Gemäß Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gilt diese Verordnung für den Bf., die Kindesmutter 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 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 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).

Ein Anspruch auf Differenzzahlungen ist im vorliegenden Fall grundsätzlich gegeben. Zu klären ist lediglich die Frage, ob dieser Anspruch dem Kindesvater oder der 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."*

Im Urteil des EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomislaw Trapkowski, hat der EuGH unter Hinweis auf die Familienbetrachtungsweise (Rn 36) mehrfach betont, dass die Frage, wem der Anspruch auf Differenzzahlungen zusteht, ausschließlich nach den innerstaatlichen (hier also 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."*

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

Sollte der Bf. daher im Streitzeitraum (bzw in einem Teil des Streitzeitraumes) keinen gemeinsamen Haushalt mit seiner geschiedenen Ehegattin geführt haben, steht einem Anspruch auf Familienbeihilfe der Umstand entgegen, dass primären Anspruch auf Familienbeihilfe die Person hat, zu deren Haushalt das Kind gehört, hier also die Kindesmutter.

Sollte der Bf. aber im Streitzeitraum (bzw in einem Teil des Streitzeitraumes) einen gemeinsamen Haushalt mit seiner geschiedenen Ehegattin geführt haben, steht daher einem Anspruch auf Familienbeihilfe der Umstand entgegen, dass der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vorgeht. Dies war eindeutig - da der Bf. in Österreich berufstätig war - ebenfalls die Kindesmutter. 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. Der im Verwaltungsverfahren erörterten Frage der überwiegenden Kostentragung durch den Bf. kommt keine Entscheidungsrelevanz zu, wobei hinzuzufügen ist, dass aufgrund der relativ geringen Unterhaltszahlungen in den weitaus überwiegenden Monaten des Streitzeitraumes keine überwiegende Kostentragung durch den Bf. vorliegen dürfte.

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 (sh. 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).

Ungeachtet des Umstandes, dass der Antrag des Bf. 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).

### **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 überholten – Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig (vgl. VwGH 21.4.2015, Ra 2015/09/0006).

Wien, am 27. November 2017