

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch R in der Beschwerdesache Bf., W, über die Beschwerde vom 01.12.2016 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Wien 2/20/21/22 vom 10.11.2016 betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung einer Ausgleichszahlung zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO (Bundesabgabenordnung) als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

Die Beschwerdeführerin, in der Folge Bf. genannt, ist polnische Staatsbürgerin, lebt in Österreich und bezieht Kinderbetreuungsgeld.

Sie beatrags am 30.6.2016 die Gewährung einer Ausgleichszahlung für ihre Tochter E., geb. xx, für den Zeitraum September 2013 bis November 2015.

Lt. Antrag lebt die Tochter bei Frau M in Polen.

Der Antrag wurde mit Bescheid vom 10.11.2016 mit der Begründung abgewiesen, dass das Kind bei der Großmutter lebe und nach geänderter Rechtsansicht die Ausgleichszahlung nicht dem unterhaltsleistenden Elternteil, sondern jener Person zustehe, bei der das Kind haushaltszugehörig sei. Dies sei die Großmutter.

In der Beschwerde vom 1.12.2016 verwiese die Bf. darauf, dass Ihre Mutter im November 2013 verstorben sei. Eine diesbezügliche Sterbeurkunde wurde nachgereicht.

Weiters brachte die Bf. im Ergänzungsschreiben vom 19.2.2017 vor, dass ihre Tochter im Zeitraum September 2013 bis November 2015 bei ihrer Schwester M, also Ewelinas Tante, gelebt habe. Während dieser Zeit habe sie ihr € 130-150 gesendet.

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 15.3.2017 wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Zur Begründung wurde folgendes ausgeführt:

Nach geänderter Rechtsansicht (vgl. BFG vom 24.10.2016, RV/7101771/2015) habe Anspruch auf Familienbeihilfe nicht der unterhaltsleistende Elternteil, sondern die Person,

in deren Haushalt das Kind lebe. Das Kind habe bei der Schwester der Bf. gelebt, daher habe sie keinen Anspruch.

Im Vorlageantrag vom 12.4.2017 verwies die Bf. darauf, dass ihre Tochter ständig mit ihrer Mutter gelebt habe und sie ihr nicht nur die € 130-150 monatlich gegeben habe, sondern tatsächlich mehr, etwa Kleidung und Essen gekauft habe, Fahrkarten von Polen nach Wien und retour anlässlich zumindest monatlich stattfindender Besuche in Wien, Eintrittskarten usw.. Die Tochter habe auch Sommer-und Winterferien in Wien verbracht.

Sie wolle nur das Beste für ihr Kind und habe daher auch für sie die Ausgleichszahlung beantragt. Die Tochter wolle in Polen bleiben und dort ihren Schulabschluss machen.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Bf. hat ihren Lebensmittelpunkt in Österreich und war im beschwerdegegenständlichen Zeitraum in Österreich beschäftigt bzw. bezog sie Kinderbetreuungsgeld.

Die Tochter, für die sie die Gewährung einer Ausgleichszahlung für den Zeitraum September 2013 bis November 2015 beantragte, lebte in diesem Zeitraum im Haushalt der Schwester der Bf., also der **Tante** des Kindes, in Polen.

Bei dem Vorbringen im Vorlageantrag, die Tochter habe bei der Großmutter gelebt dürfte es ich im Hinblick auf die von der Bf. vorgelegte Sterbeurkunde betreffend ihre Mutter, um einen Irrtum handeln, es sei denn die Tochter habe im Zeitraum September 2013 (Beginn des Antragszeitraumes) bis November 2013 (Sterbemonat der Mutter der Bf.) bei dieser gelebt.

Die Bf. unterstützte die Tochter mit monatlich € 130-150 und kam auch für darüberhinausgehende nicht regelmäßig anfallenden Aufwendungen auf.

Die Tochter vollendete am 5.4.2014 das 18. Lebensjahr.

Rechtlich ist dieser Sachverhalt unter Berücksichtigung von Unionsrecht und innerstaatlichem Recht wie folgt zu würdigen:

Gemäß Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gilt diese Verordnung für die Bf. und deren Kind, da diese polnische Staatsbürger und damit Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union sind. Da aber weiters auch die Schwester der Bf. - wie unten noch näher ausgeführt wird - als Familienangehörige iSd obigen Bestimmungen anzusehen ist, gilt die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 auch für sie.

Der Kindesmutter unterliegt aufgrund ihrer nichtselbständigen Erwerbstätigkeit in Österreich bzw. auf Grund der einer Erwerbstätigkeit gleichgestellten Situation im Sinne des Artikel 1 lit. a der Vo 883/2004 (Bezug von Wochengeld) gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 den österreichischen Rechtsvorschriften, die Schwester bzw. Tante unterliegt den polnischen Rechtsvorschriften.

In diesem Fall werden nach den in Art. 68 der Verordnung normierten Prioritätsregeln die Familienleistungen primär nach den polnischen 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 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."

Das Finanzamt verweist im bekämpften Bescheid und in der Beschwerdevorentscheidung unter Hinweis auf das Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes vom 24.10.2016, RV/7101771/2015 zur Recht auf das Urteil des EuGH vom 22.10.2015, C-378/14, Tomislaw Trapkowski, in dem dieser 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).

Nach Art. I, Buchstabe i, Nummer 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 bezeichnet der Ausdruck "Familienangehöriger" *"jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltzugehöriger bezeichnet wird."*

Innerstaatlich gilt folgendes:

Gemäß § 2 Abs. 3 FLAG 1967 *"sind Kinder einer Person*

- a) *deren Nachkommen,*
- b) *deren Wahlkinder und deren Nachkommen,*
- c) *deren Stiefkinder,*
- d) *deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches.)*

Aus dem bereits oben zitierten Urteil des EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomislaw Trapkowski, geht hervor, dass auch die Frage, welche Personen als Familienangehörige iSd Art. I, Buchstabe i, Nummer 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, anzusehen sind, nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen ist. Dies ergibt sich aus den Rz 29-31 dieses Urteils:

"29 Wie jedoch das vorlegende Gericht darlegt, steht der Anspruch auf Familienleistungen für ein Kind nach deutschem Recht den mit dem Kind im ersten Grad verwandten Eltern zu, gleich ob sie verheiratet sind oder nicht.

30 Auf dieser Grundlage meint das vorlegende Gericht, das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Kind und seine Mutter seien, was den Anspruch auf Familienleistungen betreffe, als Familienangehörige von Herrn Trapkowski im Sinne des deutschen Rechts anzusehen.

31 Es ist indessen nicht Sache des Gerichtshofs, eine solche Feststellung, die auf das nationale Recht in der Auslegung durch das nationale Gericht gestützt ist, in Frage zu stellen (vgl. in diesem Sinne Urteil Slanina, C-363/08, EU:C:2009:732, Rn. 27)."

Die Schwester der Bf. bzw. Tante des Kindes hätte innerstaatlich allenfalls dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn die Tochter der Bf. in deren Haushalt gelebt hat und überdies ein Pflegschaftsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 3 lit. d FLAG vorliegen würde.

Dies könnte im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH vom 21.10.1999, 97/15/0196) dann vorliegen, wenn eine dem Verhältnis zur leiblichen Mutter und nahe kommende Beziehung zur Tante bestanden hätte und diese sämtliche Pflege und Erziehung hätte.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass ein Pflegschaftsverhältnis nur für minderjährige Kinder unterstellt werden kann, die Tochter der Bf. jedoch bereits am 5.4.2014, also innerhalb des Antragszeitraumes (bis November 2015) das 18. Lebensjahr vollendete.

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, 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.

Gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs.5 dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft Voraussetzung für die Haushaltzugehörigkeit eines Kindes, wobei es unmaßgeblich ist, wer die Mittel für die Führung des Haushaltes zur Verfügung stellt. Wohl kommt es darauf an, dass über diese Mittel im Rahmen einer einheitlichen Wirtschaftsführung verfügt wird. Die Bedürfnisse des Kindes müssen daher in dieser einheitlichen Wirtschaftsführung entsprechend Berücksichtigung finden.

Die Tochter der Bf. gehörte im Antragszeitraum jedenfalls nicht ihrem Haushalt an.

Selbst wenn daher die Bf. ihre Tochter regelmäßig finanziell unterstützt hat, wird sie, abgesehen von der Frage, ob sie dadurch überwiegend den Unterhalt leistet, dadurch noch nicht anspruchsberechtigt, solange ein anderer haushaltführender Familienangehöriger vorrangig anspruchsberechtigt ist.

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 Haushaltzugehörigkeit 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.

Der Antrag der Bf. war daher abzuweisen.

Ergänzend wird folgendes ausgeführt:

In etlichen Erkenntnissen des Bundesfinanzgerichtes, z.B. RV/7102456/2017 vom 5.12.2017, wurde judiziert, dass unionsrechtlich der Antrag des in Österreich beschäftigten Elternteiles zwar abzuweisen ist, jedoch als Antrag zu Gunsten des haushaltführenden Familienangehörigen, etwa der Großmutter, gilt.

Ob z.B. die Mutter oder die Großmutter haushaltführend ist, ist eine Tatsachenfrage.

Ob jedoch, wie hier, ein Pflegschaftsverhältnis vorliegt, ist eine Sachverhaltsfrage, die noch nicht beantwortet werden kann und auch nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist, da die Schwester der Bf. nicht Partei dieses Verfahrens ist.

Es war daher wie im Spruch 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 überholten – Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig (vgl. VwGH 21.4.2015, Ra 2015/09/0006).

Wien, am 20. Februar 2018

