

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch R in der Beschwerdesache Bf., T1 über die Beschwerde vom 15.12.2016 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Wien 4/5/10 vom 30.11.2016 betreffend Abweisung des Antrages auf Ausgleichszahlung für den Zeitraum ab August 2014 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

Mit Antrag vom 25.4.2016 beantragte die Beschwerdeführerin (Bf.) die Gewährung von Familienbeihilfe für die Kinder J. und B. ab August 2014.

Sie gab an, dass sie geschieden sei und sich der gemeinsame Haushalt mit den Kindern in Bl. 399 befinde.

Auf Seite 2 des Antrages gab sie an, dass Kinder im Haushalt des Vaters lebten.

Der Antrag wurde mit Bescheid vom 30.11.2016 mit der Begründung abgewiesen, dass nicht alle abverlangten Unterlagen vorgelegt worden seien.

In der Beschwerde vom 15.12.2016 brachte die Bf. vor, dass sie bereits zweimal alle erforderlichen Unterlagen vorgelegt habe und ersuche um Abänderung des Bescheides.

In einem ergänzenden Vorbringen vom 20.12.2016 verwies die Bf. darauf, dass sie geschieden sei und die Kinder nach dem Gesetz und Recht zu ihr gehörten. Obwohl sie seit September 2016 keinen gemeinsamen Wohnort hätten, finanziere sie das Leben der Kinder hinsichtlich Studium, Essen, Kleider usw. mit. Das Haus in Bl. habe immer ihr und ihrem Mann zusammen gehört.

Die Beschwerde wurde mit Beschwerdevorentscheidung vom 22.12.2016 mit der Begründung als unbegründet abgewiesen, dass die Kinder nach Angaben der Bf. beim Kindesvater wohnhaft seien und sie keine Unterlagen über ihre monatlichen Unterhaltszahlungen an die Kinder übermittelt habe.

Im Vorlageantrag vom 21.1.2017 verwies die Bf. darauf, dass lt. vorgelegtem Scheidungsurteil die Kinder ihr zugesprochen worden seien. Die Kinder leben und

studieren in Br. Bis August 2016 hatten sie einen gemeinsamen Wohnort. Obwohl sie nicht verpflichtet sei Unterhalt zu leisten, zahle sie regelmäßig die Ausbildung, Kleidung, Haus und Taschengeld.

Folgende Unterlagen wurden dem Finanzamt u.a. vorgelegt:

- das Scheidungsurteil, rechtskräftig am ****2011
- Honorarnoten aus ihrer selbständigen und unselbständigen Tätigkeit als Personenbetreuerin von August 2014 bis Mai 2016.
- Bankauszüge

Sowohl in den Honorarnoten als auch auf den Bankauszüge ist die Adresse der Bf. mit K 4 angegeben.

- Studienbestätigungen des Sohnes J., der seit Herbst 2012 in Br Soziologie studiert
- Schulbesuchs- und Studienbestätigungen des Sohnes B.
- Bestätigung des zuständigen slowakischen Amtes vom 4.4.2016, dass die Kinder ihren Hauptwohnsitz an der Adresse Bl. 399 haben
- Bestätigung des zuständigen Amtes in der Slowakei, dass die Bf. dort seit August 2014 keine Familienleistungen bezog
- das Formular E 411 ,wonach
- die Bf. von 8/14 bis laufend keine Familienleistungen bezogen habe
- der Ehegatte von 8/14 bis 10/15 und von 2/16 bis laufend beschäftigt gewesen sei und keinen Antrag gestellt habe sowie
- von 11/15 bis 1/16 nicht beschäftigt gewesen sei und keinen Anspruch gehabt habe

Mit Vorhalt des Bundesfinanzgerichtes vom 9.1.2018 wurde die Bf. um Beantwortung folgender Fragen ersucht:

Sie bringen vor, bzw. ist aus dem Schreiben vom 2.10.2017 zu entnehmen, dass seit September 2016 kein gemeinsamer Haushalt mit den Kindern besteht, da diese in Br studieren und Sie Ihren Hauptwohnsitz nach T verlegt haben.

1.:

- Dem Bundesfinanzgericht liegt eine Bestätigung der Gemeinde Bl. vom 4.4.2016 vor, wonach die Kinder dort mit Hauptwohnsitz gemeldet sind.

2.:

- Besteht ein gemeinsamer Haushalt der Kinder mit dem Kindesvater in Bl. 399?

Dies wäre dann der Fall, wenn dieser nachwievor dort wohnt und sie regelmäßig dorthin zurückkehren und sich nur zu Studienzwecken in Br aufhalten.

3.:

- Falls sich der Hauptwohnsitz der Kinder nach April 2016 geändert hat, wird ersucht den neuen Hauptwohnsitz durch eine Meldebestätigung oder Kopien der Personalausweise bekanntzugeben.

4.:

- Wenn die Kinder weder dem Haushalt der Mutter noch des Vaters angehören, besteht sowohl nach Unionsrecht als auch nach innerstaatlichem, österreichischem Recht nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe für den Elternteil, der den Unterhalt der Kinder überwiegend trägt (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967).

5.:

- Wenn Sie Anspruch auf Familienbeihilfe erheben, müssten Sie daher nachweisen, dass Sie überwiegend den Unterhalt der Kinder tragen. Dies erfolgt in der Weise, dass die tatsächlichen Kosten der Lebensführung, also die Kosten für Wohnung (Miete, Strom, Gas), Essen, Studium, Freizeit Ihren Zahlungen an die Kinder gegenübergestellt werden.

- Sie werden daher ersucht, eine solche Aufstellung für die Monate **September** und **Dezember 2016** sowie **März** und **Dezember 2017** vorzulegen und Zahlungen, für die Belege vorhanden sind, z.B. Mietvorschreibungen, Stromabrechnungen, Studiengebühren und für Ihre Zahlungen Banküberweisungen vorzulegen. Diese Belege müssen nicht übersetzt werden, es wird jedoch ersucht, sie in deutscher Sprache zu bezeichnen, z.B. "Miete".

6.:

- Ein allfälliges eigenes Einkommen der Kinder ist ebenfalls bekanntzugeben.

7.:

- Da die Familienbeihilfe monatlich ausbezahlt wird, könnte ein allfälliger Anspruch monatlich überprüft werden. Nach der Rechtsprechung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes (VwGH vom 21.3.1996, 93/15/0208) genügt u.U. auch eine Schätzung, wenn die Angaben plausibel sind. Es werden daher nur Nachweise, für die o.a. Monate abverlangt."

Das Schreiben wurde am 24.1.2018 mit folgendem handschriftlichen Vermerk der Bf unter der Frage 2 an das Bundesfinanzgericht retourniert:

"Der Zustand hat sich nicht geändert"

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Bf. ist slowakische Staatsbürgerin.

Sie ist seit August 2014 teils selbständig, teils unselbständig in Österreich erwerbstätig.

Sie ist (rechtskräftig) seit ***** geschieden.

Hinsichtlich des Haushaltes, dem die Kinder angehören, sind die Angaben der Bf. widersprüchlich. So gibt sie auf Seite 1 des Beihilfenantrages als (ihren) gemeinsamen Wohnort mit den Kindern außerhalb Österreichs die Adresse Bl. 399 an. Auf Seite 2 des Antrages gibt sie an, die Kinder leben am gemeinsamen Wohnort beim Vater. Dessen Adresse sei ebenfalls Bl. 399 .

Darüberhinaus scheint auf diversen vorgelegten Unterlagen als Adresse der Bf. K 4 auf. Zumindest seit Oktober 2017 hat sie ihren Hauptwohnsitz in T .

Wie noch näher auszuführen sein wird, kommt es für die Frage wer Anspruch Familienbeihilfe hat, ausschließlich darauf an, wessen Haushalt die Kinder angehören, nicht jedoch darauf, wem gerichtlich die Obsorge übertragen wurde, wer zur Zahlung von Unterhalt verpflichtet ist oder wer freiwillig Unterhalt zahlt.

Da die Bf. vom Kindesvater seit 2011 geschieden ist, ist nicht anzunehmen, dass sie mit diesem und den Kindern zu Beginn des Rückforderungszeitraumes, nämlich August 2014 im gemeinsamen Haushalt lebte. Lt. Antrag leben die Kinder im gemeinsamen Haushalt mit dem Kindesvater. Auf die Frage :

Besteht ein gemeinsamer Haushalt der Kinder mit dem Kindesvater in Bl. 399?

Dies wäre dann der Fall, wenn dieser nachwievordort wohnt und sie regelmäßig dorthin zurückkehren und sich nur zu Studienzwecken in Br aufhalten,

antwortete sie, dass sich an dem Zustand nichts geändert habe.

Im Oktober 2017 gab sie die Änderung des Hauptwohnsitzes bekannt.

Auf Grund des bisherigen Vorbringens der Bf. bzw auf Grund dessen, dass keine anderen Nachweise über den Wohnort der Kinder erbracht wurden, geht das Bundesfinanzgericht in freier Beweiswürdigung davon aus, dass die Kinder im beschwerdegegenständlichen Zeitraum in der Slowakei im gemeinsamen Haushalt mit dem Kindesvater im lebten und immer noch leben (siehe auch die Ausführungen unten und die entsprechende Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes).

Hinsichtlich des von der Bf. geltend gemachten Anspruches auf Familienbeihilfe für ihre im Haushalt des Vaters lebenden Kinder, von dem die Bf. dauernd getrennt lebt ist daher rechtlich folgendes auszuführen:

Ab Mai 2010 gilt die Verordnung (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit mit der Durchführungsverordnung (EG) 987/2009 für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union. (vgl. Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz 19 und 20 zu § 53).

Da die Bf. Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der europäischen Union ist, fällt sie unter den persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung.

Diese Verordnungen sind anwendbar, wenn ein Sachverhalt vorliegt, der zwei oder mehr Mitgliedstaaten berührt.

Auf Grund des Wohnsitzes und der Beschäftigung der Bf. in Österreich einerseits und des Wohnortes der Kinder in der Slowakei andererseits liegt ein grenzüberschreitender Sachverhalt mit Unionsbezug vor.

Der Vater unterliegt den slowakischen Rechtsvorschriften.

Unzweifelhaft handelt es sich bei der beantragten Familienbeihilfe um eine Familienleistung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. j VO 883/2004.

Im Hinblick darauf, dass die Bf. ihren Wohnort im Sinne des Art. 1 lit. j VO 883/2004 in Österreich hatte, seit August 2014 zusätzlich in Österreich selbständig tätig bzw. nicht selbständig beschäftigt war und in der Slowakei keiner Beschäftigung nachging, sind die österreichischen Rechtsvorschriften auf die Bf. anwendbar.

Durch den Wohnort der Kinder in der Slowakei sind die Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten betroffen.

In diesem Fall finden die Prioritätsregeln des Art. 68 der VO 883/2004 Anwendung.

Aufgrund der Anwendbarkeit der VO 883/2004 im gegenständlichen Fall finden die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen des § 2 Abs. 1 FLAG 1967, welche den Familienbeihilfenbezug auf den Wohnort im Bundesgebiet abstellt, des § 2 Abs. 8 FLAG 1967, welche auf den wesentlich durch den Wohnort bestimmten Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet abstellt und des § 5 Abs. 3 FLAG 1967, das einen vom Wohnort abhängigen Ausschluss der Familienbeihilfe bei ständigem Aufenthalt des Kindes im Ausland vorsieht, zufolge des Art. 7 VO 883/2004 und dessen Anwendungsvorrangs insoweit keine Anwendung. Zuzufolge des in Art. 4 VO 883/2004 normierten Gleichbehandlungsgrundsatzes für Personen, für die diese Verordnung gilt, finden die durch den Anwendungsvorrang dieser Bestimmung verdrängten Bestimmungen des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG 1967 mit besonderen Voraussetzungen für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, keine Anwendung. (Vgl. VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067).

In diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung des EuGH vom 22.10.2015, C-378/14 (Tomislaw Trapkoski) zu beachten:

³⁸Aus Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 in Verbindung mit Art. 60 Abs. 1 der Verordnung Nr. 987/2009 ergibt sich zum einen, dass eine Person Anspruch auf Familienleistungen auch für Familienangehörige erheben kann, die in einem anderen als dem für ihre Gewährung zuständigen Mitgliedstaat wohnen, und zum anderen, dass die Möglichkeit, Familienleistungen zu beantragen, nicht nur den Personen zuerkannt ist, die in dem zu ihrer Gewährung verpflichteten Mitgliedstaat wohnen, sondern auch allen

„beteiligten Personen“ im Sinne von Art. 60 Abs. 1 der Verordnung Nr. 987/2009 fallen, nicht ausschließen, dass ein Elternteil, der in einem anderen als dem zur Gewährung dieser Leistungen verpflichteten Mitgliedstaat wohnt, diejenige Person ist, die, sofern im Übrigen alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind, zum Bezug dieser Leistungen berechtigt ist.

⁴⁰ *Es obliegt der zuständigen nationalen Behörde, zu bestimmen, welche Personen nach nationalem Recht Anspruch auf Familienleistungen haben.*

⁴¹ *Nach alledem ist Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 987/2009 dahin auszulegen, dass die in dieser Bestimmung vorgesehene Fiktion dazu führen kann, dass der Anspruch auf Familienleistungen einer Person zusteht, die nicht in einem Mitgliedstaat wohnt, der für die Gewährung der Leistung zuständig ist, sofern alle anderen durch das nationale Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Gewährung erfüllt sind, was von dem vorlegenden Gericht zu prüfen ist.“*

Die bisherige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH vom 24.2.2010, 2009/13/0241, 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), ist damit überholt.

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 vom 24.08.2017, RV/5101270/2017, BFG vom 31.05.2017, RV/5100349/2016, BFG vom 07.02.2017, RV/7106469/2016, BFG vom 15.11.2016, RV/7103786/2015, BFG vom 19.08.2016, RV/76101889/2016)

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 vom 24.08.2017, RV/5101270/2017, BFG vom 31.05.2017, RV/5100349/2016, BFG vom 07.02.2017, RV/7106469/2016, BFG vom 15.11.2016, RV/7103786/2015, BFG vom 19.08.2016, RV/76101889/2016).

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 vom 07.02.2017, RV/7106469/2016, BFG vom 15.11.2016, RV/7103786/2015, BFG vom 19.08.2016, RV/76101889/2016)

Es ist daher im gegenständlichen Fall nach österreichischem Recht zu prüfen, ob die Bf einen Familienbeihilfenanspruch bzw. einen Anspruch auf Differenzzahlung hat oder nicht, wobei zu fingieren ist, dass alle Familienangehörigen in Österreich wohnen (weshalb – wie bereits ausgeführt – die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen außer Acht zu lassen sind).

§ 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 ab, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. Einem Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des zweiten Satzes des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 steht der ausschließliche Anspruch einer Person, bei der das Kind im strittigen Zeitraum haushaltszugehörig war, zwingend entgegen. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Für die Beantwortung der Frage, mit wem das Kind eine Wohnung teilt, kommt es darauf an, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtigt, jedenfalls dann, wenn die betreffende Person die mit der Nächtigung in Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen übernimmt (VwGH vom 25.02.1987, 86/13/0158, VwGH vom 27.09.2012, 2012/16/0054, VwGH 18.04.2007, 2006/13/0120).

Da die Kinder, wie bereits oben ausgeführt, dem Haushalt des Vaters in der Slowakei angehören, hat der Vater gem. § 2 Abs. 1 FLAG 1967 den vorrangigen Anspruch auf Familienbeihilfe/Differenzzahlung (vgl. auch BFG vom 09.10.2017, RV/5101534/2016).

Auf die überwiegende Unterhaltsleistung des anderen Elternteiles kommt es, wie bereits oben ausgeführt in diesem Fall, nicht an, sodass diesbezügliche Überprüfungen unterbleiben können. Anderes wäre der Fall, wenn die Kinder nicht dem Haushalt des primär anspruchsberechtigten Elternteil angehören würden.

Hinsichtlich des Antragsrechtes wird auf das Erkenntnis des BFG vom 5.12.2017, RV/7102456/2017 verwiesen, worin es heißt:

In diesem Zusammenhang sein nochmals auf das Urteil des EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomislaw Trapkowski, verwiesen, in dessen Randziffer 38 der Gerichtshof ausführt:

"Aus Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 in Verbindung mit Art. 60 Abs. 1 der Verordnung Nr. 987/2009 ergibt sich zum einen, dass eine Person Anspruch auf Familienleistungen auch für Familienangehörige erheben kann, die in einem anderen als dem für ihre Gewährung zuständigen Mitgliedstaat wohnen, und zum anderen, dass die Möglichkeit, Familienleistungen zu beantragen, nicht nur den Personen zuerkannt ist, die in dem zu ihrer Gewährung verpflichteten Mitgliedstaat wohnen, sondern auch allen „ beteiligten Personen “ , die berechtigt sind, Anspruch auf diese Leistungen zu erheben, zu denen die Eltern des Kindes gehören, für das die Leistungen beantragt werden."

Familienleistungen können daher auch von allen „beteiligten Personen“, die berechtigt sind, Anspruch auf diese Leistungen zu erheben, beantragt werden, wozu nach innerstaatlichem Recht auch die Großmutter, bei der Kinder wohnen, gehört, und die nach innerstaatlichem Recht primären Anspruch auf Familienbeihilfe hat.

Somit wird gemäß Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009 das österreichische Finanzamt den von der Kindesmutter gestellten Antrag auf Ausgleichszahlung/Differenzzahlung, wenn und soweit diesem ein Anspruch der haushaltsführenden Großmutter vorgeht, zugunsten des Anspruchs der Großmutter auf österreichische Familienleistungen zu berücksichtigen haben, da diese - wiederum nach innerstaatlichem Recht - iSd Art. 60 Abs. 1 dritter Satz der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 als Elternteil behandelt wird (sh. BFH 28.4.2016, III R 68/13 "Zu den 'beteiligten Personen' gehören daher die nach dem nationalen Recht Anspruchsberechtigten").

Ungeachtet des Umstandes, dass der Antrag der Bf. im Beschwerdefall als Antrag der Großmutter gilt, konnte dennoch die Beschwerde als unbegründet abgewiesen werden, da Partei dieses Verfahrens iSd § 78 BAO nur die Bf. ist und sich daher die Wirkung dieses Erkenntnisses nur auf sie erstreckt (aA BFG 15.11.2016, RV/7103786/2015; BFG 7.2.2017, RV/7106469/2016, wo mit Feststellungsbescheid nach § 92 BAO vorgegangen wurde).

Dies bedeutet im gegenständlichen Fall, dass der Antrag der Bf. abzuweisen war, jedoch als Antrag zu Gunsten des Vaters gilt. Dieser ist jedoch (noch) nicht Partei des Verfahrens, sodass über dessen Anspruch in diesem Erkenntnis nicht abgesprochen werden kann.

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 5. Februar 2018

