

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache Bf, über die Beschwerde vom 19.10.2017 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Wien 2/20/21/22 vom 10.05.2017, betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung einer Ausgleichszahlung ab Juli 2016, 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

Der Beschwerdeführer (Bf.) ist polnischer Staatsbürger mit Wohnsitz in Österreich und in Polen. Er ist in Österreich unselbstständig erwerbstätig.

Der Bf. ist seit Datum \*\*\*2009 geschieden und lebt mit seiner Lebensgefährtin und zwei gemeinsamen Kindern (geboren xx.xx.2012 und xx.xx.2017) in Wien.

Der Bf. beantragte am 22.1.2017 die Gewährung einer Ausgleichszahlung für seine 1997 geborene Tochter T (polnische Staatsbürgerin) für den Zeitraum Juli 2016 bis Dezember 2017. Er gab im Antrag an, die Tochter lebe bei der Kindesmutter in Polen und befindet sich dort in Berufsausbildung. Er trage die überwiegenden Unterhaltskosten für die Tochter.

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 10.5.2017 wies das Finanzamt den Antrag für den Zeitraum ab Juli 2016 ab. In der Begründung ist Folgendes ausgeführt:

*„Nach der geänderten Rechtsansicht zu den Bestimmungen der VO(EG) 883/2004 steht die Ausgleichszahlung nicht mehr dem unterhaltsleistenden Elternteil zu, wenn das Kind bei einer anderen anspruchsberechtigten Person im gemeinsamen Haushalt lebt. Da das Kind T zur Kindesmutter haushaltsgerechtig ist, kann keine Ausgleichszahlung mehr an Sie ausbezahlt werden (vgl. BFG vom 24.10.2016, RV/7101771/2015).“*

Der Bf. erhob gegen den Abweisungsbescheid vom 10.5.2017 Beschwerde und legte zugleich eine schriftliche Erklärung seiner Tochter vom 17.10.2017 betreffend ihre Haushaltsgerechtigkeit vor.

Die Tochter des Bf. führt im Schreiben vom 17.10.2017 Folgendes aus:

Ihr Hauptwohnsitz sei an der Adresse xxxx U xx, Polen (Adresse ihrer Mutter).

Ihr Nebenwohnsitz sei an der Adresse xxxxxx O, xxxxxxxxxxxxxxxx, Polen (Adresse ihres Vaters).

Sie erkläre hiermit, dass sie immer bei ihrem Vater unter der Adresse xxxxxx O, xxxxxxxxxxxxxxxx, haushaltszugehörig war und es nach wie vor sei. Am 17.10.2017 habe sie sich zusätzlich an dieser Adresse bis 17.10.2019 als Nebenwohnsitz angemeldet.

Der Beschwerde waren weiters eine Meldebescheinigung vom 17.10.2017 (betreffend die Nebenwohnsitz-Meldung der Tochter in O) sowie eine Bescheinigung der Berufsschule für Gymnasialabsolventen xxxxxxxx in W (Polen) vom 28.9.2017 angeschlossen.

In der Bescheinigung vom 28.9.2017 wird bestätigt, dass die Tochter des Bf. Studentin im 3. Semester in der Fachrichtung Massage Fachfrau/Fachmann ist (Ausbildungsbeginn: 29.9.2016, voraussichtlicher Ausbildungsabschluss: 30.6.2018).

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 19.1.2018 wies das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet ab.

Der Bf. stellte gegen die Beschwerdevorentscheidung einen Vorlageantrag.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

Gemäß Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gilt diese Verordnung für den Bf., die Kindesmutter und deren gemeinsame Tochter, da diese polnische 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 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).

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

*"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. 1 FLAG 1967 haben Personen unter den in dieser Bestimmung näher angeführten Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder.

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.

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

Gemäß § 7 FLAG 1967 wird Familienbeihilfe für ein Kind nur einer Person gewährt.

§ 2 Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 stellt hinsichtlich des Familienbeihilfenanspruchs primär auf die Haushaltzugehörigkeit mit einem Kind ab und nur subsidiär (§ 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG 1967) darauf, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß § 7 FLAG 1967 für ein Kind Familienbeihilfe nur **einer** Person gewährt, andererseits gibt es unter dem Gesichtspunkt „Haushaltzugehörigkeit“ keine Regelungen über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit. Lediglich dann, wenn ein Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, kennt das FLAG einen „Konkurrenzfall“, der in § 2a geregelt ist (VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120; VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058; VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214).

Die Bedingungen einer Haushaltzugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG 1967 näher umschrieben. Demnach kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an (vgl. VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120 ; VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214 ).

Der Bf. ist seit Datum\*\*\*\* 2009 geschieden. Nach den Angaben des Bf. in seinem Antrag auf Ausgleichszahlung (Formular Beih 38) vom 22.1.2017 wohnt seine Tochter bei ihrer Mutter (seiner Ex-Ehegattin) in Polen. Sie gehört demnach deren Haushalt an.

Da der Bf. keinen gemeinsamen Haushalt mit seiner geschiedenen Ehefrau führt, steht seinem Anspruch auf Familienbeihilfe der Umstand entgegen, dass primären Anspruch auf Familienbeihilfe die Person hat, zu deren Haushalt das Kind gehört, hier also die Kindesmutter.

Zu der Erklärung der Tochter im Schreiben vom 17.10.2017, sie sei (gemeint offenbar: auch) bei ihrem Vater an seinem polnischen Wohnsitz in O haushaltzugehörig, ist darauf hinzuweisen, dass – wie oben angeführt – eine Haushaltzugehörigkeit das Vorliegen einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft voraussetzt, was im gegenständlichen Fall nach der Aktenlage auszuschließen ist. Dagegen spricht zudem der Umstand, dass sich die Tochter an dieser Adresse erst am 17.10.2017 angemeldet hat und dass es sich um eine Nebenwohnsitz-Meldung handelt.

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 Haushaltsgleichheit 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.

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 haushaltführenden Mutter vorgeht, zugunsten des Anspruchs der Mutter auf österreichische Familienleistungen zu berücksichtigen hat (vgl. 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, war dennoch die Beschwerde als unbegründet abzuweisen, da Partei dieses Verfahrens im Sinne des § 78 BAO nur der Bf. ist und sich daher die Wirkung dieses Erkenntnisses nur auf ihn erstreckt (vgl. BFG 27.11.2017, RV/7103534/2015).

### **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 19. September 2018

