

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R. in der Beschwerdesache BF, über die Beschwerde vom 28.11.2017 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Graz-Umgebung vom 13.11.2017, betreffend Familienbeihilfe ab September 2017 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**

### **Verfahrensablauf**

Der Beschwerdeführerin (BF), einer in Österreich erwerbstätigen und wohnhaften rumänischen Staatsbürgerin, wurde der Bezug der Ausgleichszahlung (Familienbeihilfe) für den Zeitraum 05/2014 bis 12/2017 für die Tochter A B C, welche in Rumänien wohnhaft blieb, gewährt.

Mit Schreiben vom 21.08.2017 wurde der BF vom Finanzamt mitgeteilt, dass die Ausgleichszahlung für die Tochter nur mehr bis 08/2017 ausbezahlt werde.

Mit Schreiben, eingegangen am 09.10.2017, ersuchte die BF um eine rechtsmittelfähige Entscheidung samt Begründung und Benennung der behaupteten Gesetzesänderung. Sie habe in der Zwischenzeit geheiratet, ein weiteres Kind in Österreich geboren, an der Situation der in Rumänien lebenden Tochter habe sich nichts geändert. Sie ersuche um Fortsetzung der Ausbezahlung der Familienbeihilfe an ihre Mutter, bei der die Tochter lebe.

Im Abweisungsbescheid vom 13.11.2017 zur Ausgleichszahlung ab 09/2017 führte das Finanzamt begründend aus, dass aufgrund einer Gesetzesänderung für Kinder, die nicht im gemeinsamen Haushalt mit dem antragstellenden Elternteil leben, kein Anspruch auf Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung bestehe.

Löse ein Elternteil im Sinne des § 2 Abs. 3 FLAG 1967 mit einer Erwerbstätigkeit in Österreich einen Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe aus, stehe diese Leistung dem Elternteil zu, der das Kind im Ausland im gemeinsamen Haushalt habe, und nicht mehr demjenigen, der die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trage.

Wohne das Kind im Haushalt keines Elternteiles, bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung.

Die Tochter lebe im Haushalt der Großmutter in Rumänien.

Der Antrag sei daher abzuweisen gewesen.

Mit 28.11.2017 erhob die BF Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid und führte begründend aus, dass der Bescheid auf einer Gesetzesänderung gründe, welche im Ablehnungsbescheid nicht angeführt und dieser folglich nicht nachvollziehbar sei; über die Existenz dieser Gesetzesänderung würde sie gerne informiert werden.

Dass, nur weil sich ein Vater um seine Tochter nicht kümmere und daher die angesprochene Voraussetzung, im Haushalt eines Elternteiles zu leben, nicht erfüllt werden könne, ein Kind seinen Anspruch auf Familienbeihilfe verliere, sei nicht verständlich.

In der abweisenden Beschwerdevorentscheidung vom 30.11.2017 führte das Finanzamt aus:

*"Aufgrund des EuGH-Erkenntnisses Trapkowski vom 22.10.2015 (C-378/14) besteht für Kinder, die nicht im gemeinsamen Haushalt mit dem antragstellenden Elternteil leben, kein Anspruch auf Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung. Löst ein Elternteil im Sinne des § 2 Abs. 3 FLAG 1967 mit einer Erwerbstätigkeit in Österreich einen Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung aus, steht diese Leistung dem Elternteil zu, der das Kind im Ausland im gemeinsamen Haushalt hat und nicht mehr dem, der die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967). Ihre Tochter A lebt im Haushalt der Großeltern in Rumänien. Da A nicht in Ihrem gemeinsamen Haushalt in Österreich wohnhaft ist, besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung. Ihre Beschwerde war somit abzuweisen."*

Dagegen brachte die BF einen Vorlageantrag vom 26.12.2017 ein: Es gehe um die Auszahlung für ein im Ausland lebendes Kind. Dem zitierten Erkenntnis Trapkowski liege ein anderer Sachverhalt zugrunde. Außerdem stamme das Erkenntnis aus dem Jahr 2015, einer Zeit, in der die Familienbeihilfe im gegenständlichen Fall sehr wohl ausbezahlt worden sei.

## **Sachverhalt**

Die Beschwerdeführerin ist rumänische Staatsbürgerin mit Wohnsitz in Österreich und hat eine Tochter, die in Rumänien lebt. Nach den Angaben der BF und den Feststellungen des Finanzamtes lebt die Tochter nicht beim (von der BF getrennten) rumänischen Kindesvater, sondern bei der Großmutter mütterlicherseits.

Ob bzw. wo der Kindesvater (im beschwerdegegenständlichen Zeitraum) erwerbstätig ist, ist unbekannt und nicht nachgewiesen.

Für den Zeitraum 05/2014 bis 08/2017 wurde der BF für die Tochter Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung gewährt, da diese den überwiegenden Unterhalt für die Tochter leistete und in Österreich erwerbstätig war/ist.

Mit September 2017 wurden diese Familienleistungen seitens des Finanzamtes eingestellt, mit dem Hinweis auf die fehlende gemeinsame Haushaltsführung mit der Tochter und das Erkenntnis des EuGH vom 22.10.2015 C-378/14, Tomislaw Trapkowski.

### **Beweiswürdigung**

Der Sachverhalt ergibt sich aus der Aktenlage.

### **Rechtslage /Erwägungen**

Gemäß Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gilt diese Verordnung für die BF, den Kindesvater und deren Tochter, da diese rumänische Staatsbürger und damit Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union sind.

Da aber weiters auch die Mutter 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.

Die Kindesmutter unterliegt gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 aufgrund ihrer nichtselbständigen Erwerbstätigkeit in Österreich den österreichischen Rechtsvorschriften, die Großmutter unterliegt den rumänischen Rechtsvorschriften. Welchen Rechtsvorschriften der Kindesvater (Beschäftigungsort?) unterliegt, ist nicht bekannt.

In diesem Fall werden nach den in Art. 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 normierten Prioritätsregeln die Familienleistungen primär nach den rumänischen Rechtsvorschriften gewährt; ein Unterschiedsbetrag in Höhe der darüber hinausgehenden Familienleistungen ist nach den sekundär anzuwendenden österreichischen Bestimmungen zu gewähren, solange die BF in Österreich erwerbstätig ist (Differenzzahlungen).

Ein Anspruch auf Differenzzahlungen ist im vorliegenden Fall grundsätzlich gegeben. Zu klären ist aber 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."*

Im Urteil des EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomislaw Trapkowski, hat der EuGH unter Hinweis auf die Familienbetrachtungsweise (Rn. 36 *"als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen"*) 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 eindeutigen 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 Mitgliedstaat 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; BFG 05.12.2017, RV/7102456/2017).

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 aber 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; BFG 05.12.2017, RV/7102456/2017).

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; BFG 05.12.2017, RV/7102456/2017).

Nach Art. 1, 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 Haushaltszugehöriger bezeichnet wird."*

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. 1, Buchstabe i, Nummer 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, anzusehen sind, nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen ist. Dies ergibt sich aus den Rn. 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)."*

Da somit der Kindesbegriff des § 2 Abs. 3 FLAG 1967 auch die Großeltern umfasst (lit. a: "deren Nachkommen"), ist im Beschwerdefall die Großmutter als Familienangehörige zu betrachten.

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.

§ 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.

Transformiert man nun entsprechend den Regelungen des Art. 67 VO 883/2004 iVm Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO 987/2009 die im Ausland bestehende Wohnsituation fiktiv ins Inland, und beurteilt die Frage, ob ein gemeinsamer Haushalt vorliegt, aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse, so ergibt sich, dass die Mutter der BF mit der Tochter der BF bei einheitlicher Haushaltsführung eine Wohnung teilt (vgl. § 2 Abs. 5 FLAG 1967). Die Tochter der BF gehört daher zum Haushalt ihrer Großmutter.

Der vorrangige Anspruch auf Familienleistungen steht somit bei dem gegebenen Sachverhalt grundsätzlich der Mutter der BF zu, (in Österreich) solange die Anspruchsvoraussetzungen dem Grunde nach in der Person der BF erfüllt sind. Die im Verwaltungsverfahren angesprochene Frage der überwiegenden Kostentragung durch die BF ist demnach nicht entscheidungsrelevant.

Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (zuletzt VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067) ist durch die dargestellte Rechtsprechung des EuGH überholt. Hier hat der VwGH die Ansicht vertreten, dass für den Differenzzahlungsanspruch entscheidend und zu prüfen ist, ob ein in Österreich erwerbstätiger Unionsbürger die Kosten für das im Haushalt der Mutter (im anderen Mitgliedstaat) lebende Kind überwiegend trägt. Bejahendenfalls bestünde ein Beihilfenanspruch des in Österreich erwerbstätigen Unionsbürgers (im Erkenntnis war es der leibliche Vater) nach innerstaatlichem Recht. Diese Rechtsansicht führt im Ergebnis aber regelmäßig zu einer Diskriminierung von Unionsbürgern (nämlich dem haushaltsführenden Elternteil) gegenüber inländischen Staatsbürgern, was unzulässig ist.

In diesem Zusammenhang sei nochmals auf das Urteil des EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomislaw Trapkowski, verwiesen, in dessen Randnummer 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 gehört, bei der ein Kind wohnt, und die nach innerstaatlichem Recht bei der gegebenen Sachlage primären Anspruch auf Familienbeihilfe hätte.

Die Verordnung Nr. 883/2004 stellt zum Begriff des Familienangehörigen auf das die betreffende Leistung gewährende innerstaatliche Recht ab (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 27.09.2012, 2012/16/0054). Auch wenn das FLAG keine Legaldefinition des Begriffes "Familienangehöriger" enthält, kann in diesem Zusammenhang § 2 Abs. 3 FLAG herangezogen werden (vgl. das Erkenntnis vom 27.09.2012, 2012/16/0054 und VwGH vom 22.11.2016, Ro 2014/16/0067). Die Großmutter des Kindes ist demzufolge nach § 2 Abs. 3 lit. a FLAG 1967 Familienangehörige.

Ein Antrag der Großmutter ist im beschwerdegegenständlichen Fall aber nicht zu beurteilen bzw. liegt ein solcher nicht vor, die BF ist die Antragstellerin.

Das Finanzamt wird einen Antrag auf Ausgleichszahlung/Differenzzahlung, wenn dieser von der haushaltsführenden Großmutter gestellt wird, zu prüfen haben, da diese - wiederum nach innerstaatlichem Recht - iSd Art. 60 Abs. 1 dritter Satz der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 als Elternteil behandelt wird (vgl. BFH 28.4.2016, III R 68/13 "Zu den 'beteiligten Personen' gehören daher die nach dem nationalen Recht Anspruchsberechtigten").

Die Beschwerde war als unbegründet abzuweisen, da Partei dieses Verfahrens iSd § 78 BAO nur die BF ist und sich daher die Wirkung dieses Erkenntnisses nur auf sie erstreckt.

### **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 21.04.2015, Ra 2015/09/0006).

Graz, am 20. Juli 2018