

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf., über die Beschwerde vom 14.01.2015 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart vom 12.12.2014, betreffend Abweisung eines Antrages auf Ausgleichszahlung (richtig: Differenzzahlung) ab Jänner 2013 zu Recht erkannt:

1) Soweit der angefochtene Bescheid über den Zeitraum Jänner 2013 bis Jänner 2014 abspricht, wird er ersatzlos aufgehoben.

2) Im Übrigen wird die Beschwerde 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 am 10.2.2014, eingelangt im Finanzamt am 28.2.2014, die Gewährung einer Differenzzahlung für seine beiden 1993 und 1996 geborenen Kinder. Aus dem Antrag ist ersichtlich, dass er mit seiner Frau und den gemeinsamen Kindern in Ungarn in einem gemeinsamen Haushalt wohnt.

Eine Verzichtserklärung der Kindesmutter nach § 2a FLAG 1967 liegt nicht vor.

In der Rubrik "Für nachstehendes Kind beantrage ich die Differenzzahlung" war die Angabe "für den Zeitraum von - bis" bei beiden Kindern nicht ausgefüllt.

In weiterer Folge hat das Finanzamt festgestellt, dass der Bf. an einer burgenländischen Adresse ein Maler- und Anstreicher gewerbe angemeldet hat. Bei einer Nachschau an dieser Adresse konnte allerdings nicht festgestellt werden, dass sich dort tatsächlich eine Betriebsstätte befindet.

Mit Bescheid von 12.12.2014 wies das Finanzamt den Antrag auf Ausgleichszahlung (richtig: Differenzzahlung) ab Jänner 2013 mit der Begründung ab, der Bf. verfüge über keine inländische Betriebsstätte.

Sowohl die Beschwerde als auch die Beschwerdevorentscheidung und der Vorlageantrag beziehen sich ausdrücklich auf die Existenz oder Nichtexistenz einer Betriebsstätte.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Zeitraum Jänner 2013 bis Jänner 2014

Wie oben angegeben, hat der Bf. in seinem Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung die Passage "für den Zeitraum von - bis" nicht ausgefüllt. Nach § 10 Abs. 2 und 3 iVm Abs. 1 FLAG 1967 ist der Antrag daher erst ab dem Beginn des Kalendermonats wirksam, in dem der Antrag gestellt wurde, also ab Februar 2014. Dem Zeitraum Jänner 2013 bis Jänner 2014 liegt daher kein Antrag zugrunde. Soweit der Bescheid über diese Monate abspricht, hätte er nicht ergehen dürfen und war daher aufzuheben.

2. Zeitraum ab Februar 2014

2.1 Zeitliche Wirksamkeit des Bescheides

Die zeitliche Wirksamkeit eines einen Beihilfenantrag "ab" ohne Angabe eines Enddatums abweisenden Bescheides erstreckt sich auf den Zeitraum bis zum Eintritt einer Änderung der Sach- oder Rechtslage (sh. VwGH 29.9.2004, 2000/13/0103), jedenfalls aber bis zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides.

2.2 Betriebsstätte

Die Auffassung des Finanzamts, für die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit i.S.d. VO 883/2004 sei das Vorliegen einer Betriebsstätte in Österreich erforderlich, hat das Bundesfinanzgericht bereits mehrfach verneint (BFG 25.5.2016, RV/7100414/2016; BFG 7.2.2017, RV/7106469/2016; BFG 25.7.2017, RV/7100804/2016). Auch das Finanzamt selbst ist zwischenzeitig von seiner ursprünglichen Rechtsansicht abgegangen. Auf das mögliche Fehlen einer inländischen Betriebsstätte kann somit die Abweisung des Antrags nicht gestützt werden.

2.3 Anspruch auf Familienbeihilfe für den Bf. oder für die Kindesmutter?

2.3.1 Sachverhaltsfeststellungen

Sachverhaltsmäßig ist als erwiesen anzunehmen, dass der Bf. mit seiner Frau und den gemeinsamen Kindern in Ungarn in einem gemeinsamen Haushalt wohnt. Eine Verzichtserklärung der Ehegattin nach § 2a FLAG 1967 liegt nicht vor.

2.3.2 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, soweit er in Österreich selbständig erwerbstätig ist, 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."

Da der Bf. im Streitzeitraum einen gemeinsamen Haushalt mit seiner Ehegattin geführt haben, steht einem Anspruch auf Familienbeihilfe der Umstand entgegen, dass der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vorhegt. Dies war eindeutig - da der Bf. zumindest teilweise in Österreich berufstätig war - ebenfalls die Kindesmutter. Das Gegenteil wurde auch nicht nachgewiesen. 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.

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 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 (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).

Somit war schon aus diesem Grund die Beschwerde abzuweisen.

Für das weitere bei der Kindesmutter durchzuführende Verfahren ist hinsichtlich der Frage, ob ihr ein (von der Beschäftigung ihres Mannes in Österreich abgeleiteter) Familienbeihilfenanspruch zusteht, allerdings Folgendes zu beachten:

2.4 Erwerbstätigkeit in Österreich

Art. 13 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 lautet:

„(2) Eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt

a) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt, oder

b) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sich der Mittelpunkt ihrer Tätigkeiten befindet, wenn sie nicht in einem der Mitgliedstaaten wohnt, in denen sie einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt.“

Art. 14 Abs. 6, 7 und 9 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 führen dazu näher aus:

“(6) Bei der Anwendung von Artikel 13 Absatz 2 der Grundverordnung beziehen sich die Worte ‚eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt‘ insbesondere auf eine Person, die gleichzeitig oder abwechselnd eine oder mehrere gesonderte selbständige Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt, und zwar unabhängig von der Eigenart dieser Tätigkeiten.

(7) Um die Tätigkeiten nach den Absätzen 5 und 6 von den in Artikel 12 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung beschriebenen Situationen zu unterscheiden, ist die Dauer der Tätigkeit in einem oder weiteren Mitgliedstaaten (ob dauerhaft, kurzfristiger oder vorübergehender Art) entscheidend. Zu diesem Zweck erfolgt eine Gesamtbewertung aller maßgebenden Fakten, einschließlich insbesondere, wenn es sich um einen Arbeitnehmer handelt, des Arbeitsortes, wie er im Arbeitsvertrag definiert ist.“

“(9) Bei der Anwendung von Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe b der Grundverordnung wird bei Selbständigen der ‚Mittelpunkt ihrer Tätigkeiten‘ anhand sämtlicher Merkmale

bestimmt, die ihre berufliche Tätigkeit kennzeichnen; hierzu gehören namentlich der Ort, an dem sich die feste und ständige Niederlassung befindet, von dem aus die betreffende Person ihre Tätigkeiten ausübt, die gewöhnliche Art oder die Dauer der ausgeübten Tätigkeiten, die Anzahl der erbrachten Dienstleistungen sowie der sich aus sämtlichen Umständen ergebende Wille der betreffenden Person.“

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob der Bf. tatsächlich einen wesentlichen Teil der Tätigkeit in Österreich ausübt; lt. seinen Einkommensteuererklärungen hat er 2014 ein Einkommen von € 6.275,59 erzielt.

Aus den von ihm gelegten Rechnungen ist ersichtlich, dass er im Jahr 2014 Leistungen in den Monaten 05/2014, 06/2014, 09/2014, 10/2014, 11/2014 und 12/2014 erbracht hat, wobei davon ausgegangen wird, dass das Rechnungsdatum als Leistungszeitpunkt anzusehen ist.

Für die Monate 02-04/2014 und 07-08/2014 wurde somit kein Nachweis erbracht, dass eine Tätigkeit in Österreich tatsächlich ausgeübt wurde, weshalb nach dem derzeitigen Sachverhalt kein Familienbeihilfenanspruch für diese Monate besteht.

2.5 Berufsausbildung der Kinder

Die Tochter des Bf., geb. 1993, studiert ab 09/2012 Architektur an der Universität in Liverpool (UK). Voraussetzung für einen Familienbeihilfenanspruch ist, dass das (ausländische) Studium ernsthaft und zielstrebig betrieben wird. Da keine Zeugnisse vorliegen, kann derzeit nicht überprüft werden, ob diese Voraussetzung erfüllt ist.

Weiters wäre zu ermitteln, ob seit dem Studium in Liverpool nach § 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967 noch eine Haushaltsgeselligkeit der Tochter des Bf. zu den Eltern gegeben ist.

Für den Sohn des Bf., geb. 1996 liegen Schulbesuchsbestätigungen 2011/12, 2012/13, 2013/14, 2014/15 eines Gymnasiums im Akt auf. Er hat 05/2014 das 18. Lebensjahr vollendet, sodass ab 06/2014 Zeugnisse erforderlich wären, ob eine Ernsthaftigkeit und Zielstrebigkeit der Berufsausbildung vorliegt.

2.6. Zusammenfassend wird daher festgehalten:

Derzeit kann aufgrund der bisher nicht durchgeführten Ermittlungen nicht festgestellt werden, ob und wenn ja zu welchem Zeitpunkt eine Änderung der Sachlage eingetreten ist. Bis zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides hat jedenfalls (potentiell) die Kindesmutter einen vorrangigen Anspruch auf Familienbeihilfe.

In welchem Umfang dieser gegeben ist, wird - wie oben aufgezeigt - für die Monate ab Februar 2014 vom Finanzamt noch zu klären sein.

3. 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 11. Dezember 2017