

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Silvia Gebhart in der Beschwerdesache der ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch Breitenecker Kolbitsch Vana, Rechtsanwälte, Taborstraße 10 Stiege 2, 1020 Wien, diese vertreten durch Dr Heinrich Vana, über die Beschwerden vom 29. September 2017 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 8/16/17 vom 6. September 2017, SVNr ***3***, vertreten durch Reg.Rat ADir. Eckhart Mold, betreffend Abweisung des nach Unionsrecht gestellten Antrags und alternativ nach nationalem Recht gestellten Antrags auf Gewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages ab September 2016 für die Kinder ***1*** (geb 2011), ***2*** (geb 2015), zu Recht erkannt:

- I. Der Bescheidbeschwerde wird, soweit sie den Kalendermonat September 2016 betrifft, stattgegeben.
- II. Der angefochtene Bescheid wird, soweit er über den Kalendermonat September 2016 abspricht, gemäß § 279 Bundesabgabenordnung ersatzlos aufgehoben.
- III. Im Übrigen bleibt der angefochtene Bescheid vorläufig unverändert.
- IV. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Die Beschwerdeführerin (Bf) besitzt die deutsche Staatsbürgerschaft und stand seit 6.9.2016 zu einem in Österreich ansässigen Verein, der in der Entwicklungshilfe tätig ist (***4***), in einem Beschäftigungsverhältnis. Ihr Einsatzland war Uganda. Sie betrachtete sich als Wanderarbeitnehmerin iSd der Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (in der Folge kurz: VO 883/2004) und Österreich als Beschäftigungsstaat, weshalb sie am 5.10.2016 die österreichischen Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) beantragte. Dass Österreich Beschäftigungsstaat iSd VO 883/2004 sei, werde nach ihrer Ansicht im konkreten Fall durch § 13 Abs 1 Entwicklungshelfergesetz erhärtet. Die mit Wirkung vom

5.9.2016 gestellten Anträge wies die belangte Behörde mit Bescheid vom 06.09.2017 als unbegründet ab.

Dagegen erhob die Bf fristgerecht Bescheidbeschwerde. Im Wesentlichen führte die Bf aus, sie könne die im angefochtenen Bescheid verlangten Tatbestandsmerkmale, wie ihren Aufenthalt und Mittelpunkt der Lebensinteressen oder Aufenthalt der Kinder in Österreich, nicht erfüllen, weil sie als Entwicklungshelferin ständig im Ausland beschäftigt sei und verwies auf § 13 Entwicklungshelfergesetz (EHG).

Das Rechtsmittel wurden von der belangten Behörde mit Beschwerdevorentscheidung vom 09.08.2018 als unbegründet insbesondere mit der Begründung abgewiesen, dass der Fall nicht von der VO (EG) 883/2004 erfasst werde und auch nicht die national-gesetzlichen Tatbestandsmerkmale der §§ 2 Abs 1 und 8 sowie 5 Abs 3 FLAG erfüllen würde und schließlich § 13 Abs 1 EHG daran nichts ändere, weil diese Norm lediglich einen zuvor bestandenen Beihilfenanspruch perpetuiere, jedoch nicht originär begründe.

Dagegen richtete sich der Vorlageantrag vom 20.08.2018.

Im vom BFG ergänzend durchgeführten Ermittlungsverfahren wurde die Bf um Vorlage der deutschen Kindergeldbescheide ersucht. Mit Bescheid der Familienkasse Bayern Süd vom 26. September 2016, F31-KG-Nr- ***5***, wurde der Bewilligungsbescheid ab dem Monat Oktober 2016 gemäß § 70 Abs 2 EStG aufgehoben. Nach Bekanntgabe der Doppelbeantragung in Österreich und in Deutschland „stelle die Bf ihren Antrag vom 5. Oktober 2016 um und beantrage die Familienbeihilfe ab Oktober 2016“ (Schriftsatz vom 10. März 2020).

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Die Bf hat lediglich ein amtliches Formular Beih1 ausgefüllt; somit liegt nur ein körperlicher Antrag vor. Aus ihren Ausführungen geht von Beginn des Beihilfenverfahrens an hervor, dass sie ihren Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe auf das unionsrechtlich eingerichtete Beschäftigungslandprinzip stützt, das sie durch § 13 EHG erhärtet sind. Für den Monat September 2016 droht aufgrund der noch erfolgten Auszahlung des deutschen Kindergeldes für beide Kinder eine ungerechtfertigte Kumulierung mit der österreichischen Familienbeihilfe. Eine vom zuständigen deutschen Träger ausgestellte Information iSd Art 59 Abs 2 der DVO 987/2009 oder ein Aktenvermerk über eine allenfalls telefonisch erfolgte Unterrichtung liegt dem vorgelegten Verwaltungsakt nicht ein.

2. Beweiswürdigung

Obige Sachverhaltsfeststellung ergab sich schlüssig aus dem vorgelegten Verwaltungsakt sowie aus dem Kindergeldbescheid des deutschen Trägers vom 26.9.2016 und dem Spruch der angefochtenen Bescheide, der den Monat September 2016 mitumfasst.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Rechtsgrundlagen

Unionsrecht:

Artikel 11 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: VO 883/2004) enthält allgemeine Regeln zur Bestimmung des anwendbaren Rechts. Seine Abs 1 bis 3 Buchstabe a) lauten:

„(1) Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Für die Zwecke dieses Titels wird bei Personen, die aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben. Dies gilt nicht für Invaliditäts-, Alters- oder Hinterbliebenenrenten oder für Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten oder für Geldleistungen bei Krankheit, die eine Behandlung von unbegrenzter Dauer abdecken.

(3) Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt Folgendes:

a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats; ...“

Artikel 67 der VO 883/2004 trägt die Überschrift *„Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen“* und lautet:

„Eine Person hat auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden. ...“

Artikel 68 Abs 1 bis 3 der VO 883/2004 enthält „Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen“ und lautet:

„(1) Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten folgende Prioritätsregeln:

a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge: an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.

b) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren, so richtet sich die Rangfolge nach den folgenden subsidiären Kriterien:

i) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird, und subsidiär gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung. Im letztgenannten Fall werden die Kosten für die Leistungen nach in der Durchführungsverordnung festgelegten Kriterien aufgeteilt;

ii) bei Ansprüchen, die durch den Bezug einer Rente ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass nach diesen Rechtsvorschriften eine Rente geschuldet wird, und subsidiär gegebenenfalls die längste Dauer der nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;

iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.

(2) Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Absatz 1 Vorrang haben. Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren. Ein derartiger Unterschiedsbetrag muss jedoch nicht für Kinder gewährt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschließlich durch den Wohnort ausgelöst wird.

(3) Wird nach Artikel 67 beim zuständigen Träger eines Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften gelten, aber nach den Prioritätsregeln der Absätze 1 und 2 des vorliegenden Artikels nachrangig sind, ein Antrag auf Familienleistungen gestellt, so gilt Folgendes:

a) Dieser Träger leitet den Antrag unverzüglich an den zuständigen Träger des Mitgliedstaats weiter, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, teilt dies der betroffenen Person mit und zahlt unbeschadet der Bestimmungen der Durchführungsverordnung über die vorläufige Gewährung von Leistungen erforderlichenfalls den in Absatz 2 genannten Unterschiedsbetrag;

b) der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, bearbeitet den Antrag, als ob er direkt bei ihm gestellt worden wäre; der Tag der Einreichung

des Antrags beim ersten Träger gilt als der Tag der Einreichung bei dem Träger, der vorrangig zuständig ist.“

Artikel 59 der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: DVO 987/2004) regelt „den Fall, in dem sich die anzuwendenden Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen ändern“ und lautet:

„(1) Ändern sich zwischen den Mitgliedstaaten während eines Kalendermonats die Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen, so setzt der Träger, der die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gezahlt hat, nach denen die Leistungen zu Beginn dieses Monats gewährt wurden, unabhängig von den in den Rechtsvorschriften dieser Mitgliedstaaten für die Gewährung von Familienleistungen vorgesehenen Zahlungsfristen die Zahlungen bis zum Ende des laufenden Monats fort.

(2) Er unterrichtet den Träger des anderen betroffenen Mitgliedstaats oder die anderen betroffenen Mitgliedstaaten von dem Zeitpunkt, zu dem er die Zahlung dieser Familienleistungen einstellt. Ab diesem Zeitpunkt übernehmen der andere betroffene Mitgliedstaat oder die anderen betroffenen Mitgliedstaaten die Zahlung der Leistungen.“

Österreichisches Recht:

§ 4 Abs 1 bis 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (im Folgenden: FLAG) lautet:

„(1) Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, haben keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

(2) Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person (§ 5 Abs. 5) Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.

(3) Die Ausgleichszahlung wird in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet.“

§ 10 Abs 1 HS 1 FLAG lautet.

„Die Familienbeihilfe wird, abgesehen von den Fällen des § 10a, nur auf Antrag gewährt;“

3.2. Zu Spruchpunkt I. bis III.

Anzahl der Anträge:

Wie beide Seiten zutreffend ausführen, wird das Beschäftigungslandprinzip durch Art 11 Abs 3 Buchstabe a) der VO 883/2004 verwirklicht. Jener Mitgliedstaat, der aus dem Titel II der VO 883/2004 hervorgeht, hat den nach Art 67 der VO 883/2004 gestellten Antrag anhand der dort angeordneten Fiktion – meist iVm der ergänzenden Fiktion nach Art 60 Abs 1 der DVO 987/2009 - zu bearbeiten. Beide Fiktionen gemeinsam verfolgen das Ziel, nationale Bestimmungen, die eine mittelbare (indirekte) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bewirken könnten, im Wege des Anwendungsvorranges zu verdrängen (Gebhart in Lenneis/Wanke (Hrsg.), FLAG2, § 53, Rz 85ff, 278ff, 282 Fiktion des Sachverhaltsimports). Wäre demnach Österreich Beschäftigungsstaat nach Unionsrecht, so würden die zuvor genannten unionsrechtlichen Rechtsvorschriften die innerstaatlichen Anspruchsvoraussetzungen wie Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt der anspruchsberechtigten Person im Inland (§ 2 Abs 1 FLAG), Mittelpunkt der Lebensinteressen der anspruchsberechtigten Person im Inland (§ 2 Abs 8 FLAG), Haushaltszugehörigkeit der Kinder zu einem inländischen Haushalt (§ 2 Abs 2 S 1 FLAG), Entfall des Anspruchs für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten (§ 5 Abs 3 FLAG) qua Anwendungsvorrang verdrängen (Gebhart in Lenneis/Wanke (Hrsg.), FLAG2, § 53, Rz 28ff). Auf § 13 Entwicklungshelfergesetz (im Folgenden: EHG) kommt es im unionsrechtlichen Zusammenhang mit der VO 883/2004 nicht an.

§ 13 EHG vermag daher nicht, den Standpunkt für Art 11 Abs 3 Buchstabe a) der VO 883/2004 zu erhärten. In § 13 EHG kann daher kein kumulativer Rechtsgrund erblickt werden, der Österreich zum Beschäftigungsstaat kraft Unionsrecht machen würde. § 13 EHG als alternativen Rechtsgrund anzusehen, scheidet ebenso aus, weil Art 67, 68 Abs 3 der VO 883/2004 für einen unionsrechtlichen Antrag ein eigenständiges unionsrechtliches Prozedere vorschreiben, der von grundsätzlich zumindest stets zwei involvierten Mitgliedstaaten gemeinsam zu bearbeiten ist (argumento Wortlaut „den Antrag“ in Art 68 Abs 3 Buchstabe a) und b) der VO 883/2004). Nach dem ausdrücklichen Wortlaut der leg.cit. bedürfte es für die Differenzzahlung nach Art 68 Abs 2 der VO 883/2004 keines eigenständigen Antrages im nachrangigen Mitgliedstaat.

Vergleichbar der EuGH-Rechtssache Hudzinski und Wawrzyniak sieht das österreichische Recht neben dem grundsätzlichen Beihilfenanspruch nach den Bestimmungen des FLAG mit § 13 EHG eine alternative Norm für Familienleistungen vor. Was in der genannten Rechtssache die im dtEstG eingerichtete Opting-in-Erklärung ist, mit der der Anspruch auf Kindergeld verknüpft ist, ist im konkreten Fall § 13 EHG (Urteil vom 12. Juni 2012, Hudzinski und Wawrzyniak, Rn). Allein aufgrund der gebotenen Weiterleitungspflicht des nach Unionsrecht gestellten Antrages, für dessen Erledigung Österreich möglicherweise keine Zuständigkeit besitzt, ist von einem

zweiten, ausschließlich nationalen Antrag, der auf § 13 EHG als alternativer Rechtsgrundlage gestützt wird, auszugehen.

Dass dem vorgelegten Verwaltungsakt nur ein amtliches Formular Beih1 sowie nur ein korrespondierender Bescheidschriftsatz einliegen, steht obiger rechtlicher Beurteilung nicht entgegen. Auch wenn formal nicht zwei Beih1 ausgefüllt wurden, so geht aus dem Parteinovbringen zweifelsfrei hervor, dass die Bf ihren Beihilfenanspruch sowohl auf die VO 883/2004 als auch - alternativ bzw eventualiter - auf § 13 EHG gestützt hat. Auch der Abweisungsbescheid hat sich inhaltlich mit beiden Vorbringen auseinandergesetzt und damit materiell-rechtlich beide Anträge erledigt, sodass unter rechtlichen Aspekten zwei Abweisungsbescheide ergangen sind, die auch rechtswirksam angefochten wurden. Die Zusammenfassung in einem einzigen Bescheidschriftsatz ist rechtlich unbedenklich. Eine Willenserklärung dahingehend, nach den *allgemeinen* gesetzlichen Voraussetzungen des FLAG die österreichische Familienbeihilfe zu erlangen, wurde hingegen nicht abgegeben, sodass der nationale Antrag ausschließlich auf die Alternativnorm des § 13 EHG gestützt wurde. Die formale Trennung beider Anträge ist auch deshalb geboten, weil ein rein nach nationalem Recht gestellter Antrag in formaler und materieller Hinsicht der nationalen Rechtsordnung unterliegt. Das Erkenntnis des BFG vom 14.04.2014, RV/7100365/2014, greift daher zu kurz.

Zurücknahme der Anträge für den Monat September 2016:

Der Grundsatz der Antikumulierung von Familienleistungen ist im Bereich zwischenstaatlicher Sozialhilfeabkommen allgemein anerkannter Standard und wird auch mit Art 68 Abs 1 und 2 VO 883/2004 umgesetzt. Daneben kennen auch die mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften selbst Antikumulierungsanordnungen, wie Österreich mit § 4 FLAG. Laut Sachverhalt droht eine solch ungerechtfertigte Kumulierung für den Kalendermonat September 2016.

Wie § 10 FLAG zeigt, ist das Familienbeihilfenverfahren – abgesehen von der hier nicht interessierenden Ausnahme - ein antragsgebundenes Verfahren. Mit der Formulierung „die Bf stellt den Antrag um und beantragt nur mehr ab Oktober 2016“ erfolgte erkennbar die Zurücknahme des Antrages hinsichtlich des Monats September 2016. Da, wie oben ausgeführt, rechtlich betrachtet *zwei* verschiedene Anträge vorliegen, erstreckt sich auch die Zurücknahme auf beide Anträge. Der Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe ist der Kalendermonat, sodass die gezielte Zurücknahme von Anträgen bezüglich bestimmter Monate – dies auch im Laufe des Bescheidbeschwerdeverfahrens – zulässig ist. Für den Monat September 2016 ist auch keine Mitteilung zu erlassen, weshalb die Aufhebung ersatzlos auszusprechen war.

Zeitraum ab Oktober 2016:

Darüber hinaus wird bemerkt, dass dazu unter der Zahl RE/710002/2020 mit gesondertem Beschluss ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof ergeht. Sobald der Europäische Gerichtshof dieses beantwortet haben wird, werden das Verfahren für die

ersten beiden Kinder ab Oktober 2016 unter der GZ RV/7100923/2020 und jenes für das dritte Kind unter der GZ RV/7105887/2019 von Amts wegen fortgesetzt werden.

3.3. Zu Spruchpunkt IV. (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.

Zur Rechtsfrage, wie gleichzeitig nach Unionsrecht und nach ausschließlich nationalem Recht gestellte Beihilfenanträge verfahrensrechtlich zu beurteilen sind, fehlt bislang eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, weshalb die ordentliche Revision zuzulassen war.

Wien, am 27. Mai 2020