

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Silvia Gebhart in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, unvertreten, über die Beschwerde vom 6. Juni 2019 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 24. Mai 2019, nunmehr Finanzamt Österreich, in der Fassung des Vorlageantrages, betreffend Abweisung des Antrages auf Familienbeihilfe in Form der Ausgleichszahlung und Kinderabsetzbetrag iVm der VO (EG) 883/2004 für das Kind ***K2***, geboren 2018, für den Zeitraum 1. Oktober 2018 bis 31. Dezember 2019 SVN R ***1***, zu Recht erkannt:

- I. Der Beschwerde idF des Vorlageantrages wird gemäß § 279 BAO teilweise Folge gegeben. Der angefochtene Bescheid wird bis 31. Dezember 2019 begrenzt und, soweit er über das Kind ***K2*** abspricht, aufgehoben.
- II. Die belangte Behörde hat für das Kind ***K2*** eine Mitteilung gemäß § 12 Abs 1 FLAG 1967 über den Zeitraum 1. Oktober 2018 bis 31. Dezember 2019 zu erlassen und darin die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag in nicht indexierter Höhe zu gewähren und auszuzahlen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Der Beschwerdeführer (Bf) besitzt die ungarische Staatsbürgerschaft und übte im Streitzeitraum in Österreich eine nichtselbständige Tätigkeit im Baugewerbe, konkret im Straßenbau, aus. Die Lebensgefährtin ***2*** und der Bf sind die leiblichen Eltern des im Spruch genannten Kindes. Das weitere Kind ***K1*** brachte die Lebensgefährtin in die Lebensgemeinschaft mit. Der Familienwohnsitz aller Personen befand sich in Ungarn.

Am 07.01.2019 stellte der Bf für das spruchgegenständliche Kind zwei kalenderjahrbezogene Anträge Beih1 und für das weitere Kind drei kalenderjahrbezogene Anträge Beih1. Sämtliche

Anträge bezeichneten ein Beginn- (1.1.) und ein Enddatum (31.12.). Die Kindesmutter gab eine Verzichtserklärung ab.

Mit dem **angefochtenen Bescheid** wies die belangte Behörde die Anträge als unbegründet ab, weil der Bf die angeforderten Unterlagen nicht beigebracht, damit gegen seine Mitwirkungspflicht verstoßen hätte und deshalb davon auszugehen sei, dass im streitgegenständlichen Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden habe bzw. bestehe. Dagegen erhob der Bf mit Schriftsatz vom 30.05.2019 frist- und formgerecht die als Berufung bezeichnete **Bescheidbeschwerde** und führte aus, dass er nochmals die angeforderten Unterlagen vorlege. Weiters führte er aus, dass er mit der Kindesmutter nicht verheiratet sei und dass nur das Kind *****K2***** das gemeinsame Kind sei. Der Bf bezeichnete das Kind *****K1***** als sein Stiefkind, er habe es nicht adoptiert. Mit **Beschwerdevorentscheidung** vom 16.12.2019 wies die belangte Behörde die Bescheidbeschwerde als unbegründet ab, weil für das Kind *****K1***** kein Kindschaftsverhältnis iSd § 2 Abs 3 LAG 1967 vorliege und im Übrigen trotz mehrmaliger Anfragen kein Nachweis erbracht worden sei, welchen Rechtsvorschriften der Bf unterläge. Mit Schriftsatz vom 15.01.2020 erhob der Bf frist- und formgerecht den als Berufung bezeichnetem **Vorlageantrag**, legte nochmals die Unterlagen zu seinem Arbeitsvertrag vor und schränkte seine Bescheidbeschwerde mit folgenden Worten ein: *„Ich möchte die Familienbeihilfe nur für *****K2***** ab Geburt also ab Oktober 2018 beantragen.“*

Mit **Vorlagebericht** vom 31.01.2020 wurde die Bescheidbeschwerde elektronisch mit den Bezug habenden Unterlagen dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vorgelegt. Die belangte Behörde beantragte darin die Abweisung der Beschwerde als unbegründet, und zwar für das Kind *****K1***** deshalb, weil kein Kindschaftsverhältnis im Sinne des FLAG bestehe, und für das Kind *****K2***** deshalb, weil der Bf Unterlagen, die eine Beurteilung zugelassen hätten, welchen Rechtsvorschriften er unterliegt, nicht beigebracht hätte.

Mit an den Bf und an die belangte Behörde gerichteten hg Beschluss vom 02.03.2021 wurden Fragen gestellt und folgende Falllösung unterbreitet:

*„Da der Vorlageantrag nur die mit Beschwerdevorentscheidung bestätigte Abweisung des Antrages auf die österr Familienleistungen für das Kind K2 anführt, ist der angefochtene Bescheid, soweit er über das von der Lebensgefährtin in die Lebensgemeinschaft mit dem Beschwerdeführer (Bf) mitgebracht Kind *****K1***** abspricht, bereits einen Monat nach Zustellung der Beschwerdevorentscheidung vom 16.12.2019 in Rechtskraft erwachsen. Das im Oktober 2018 geborene zweite Kind eröffnet nach § 4 FLAG 1967 mindestens einen Zeitraum bis September 2019 (1 Jahr) und reicht damit in den Zeitraum der Indexierung.*

*Für *****K2***** wurden zwei gesonderte Anträge über die Zeiträume vom 1.10.2018 bis 31.12.2018 und vom 1.1.2019 bis 31.12.2019 gestellt. Der weitere Antrag über den Zeitraum 1.1.2019 bis 31.12.2019 ist wegen der Indexierung einer endgültigen Erledigung nicht*

zugänglich. Da die Gewährung der Familienbeihilfe ein antragsgebundener Verwaltungsakt ist, ist der Bescheidzeitraum mit 31.12.2019 begrenzt. Ab 1.1.2020 wäre ein weiterer Antrag zu stellen.

Folgender Sachverhalt ergibt sich aus der Aktenlage:

Der Beschwerdeführer (Bf) ist laut unbefristetem Vertrag vom 11.7.2018 laut Kollektivvertrag-Bauindustrie bei der österreichischen ***3*** angestellt (im Folgenden: Rahmenvertrag) und wurde von dieser als angelernter Bauarbeiter konzernintern auf Baustellen in der Slowakei und in Deutschland an Konzerngesellschaften überlassen. Über die Überlassungen wurden Ergänzungsverträge vorgelegt:

- vom 2.8.2018 bis voraussichtlich 28.2.2019 wurde der Bf für ein spezielles Bauvorhaben an eine Konzerngesellschaft in Bratislava überlassen.
- vom 13.5.2019 bis voraussichtlich 30.6.2019 wurde der Bf konzernintern an eine Konzerngesellschaft in Deutschland überlassen.

Dazwischen war der Bf laut eigenem Vorbringen in Wien für die ***3*** tätig. Für sämtliche Arbeitsverträge und auch für Zeiträume in anderen EU-Mitgliedstaaten gilt österreichisches Arbeitsrecht. Aus der österreichischen Sozialversicherungsnummer wird geschlossen, dass der Bf vom österreichischen Sozialversicherungssystem erfasst wird. Der Rahmenvertrag begrenzt nicht den Einsatzort oder Ort der Überlassung auf die Mitgliedstaaten der EU, des EWR und der Schweiz.

Es fehlen somit Nachweise über die Arbeitseinsätze ab Juli 2019 hinsichtlich des zweiten Antrags.

Dass der Sachverhalt in den Geltungsbereich der VO 883/2004 fällt, stellt die belangte Behörde zutreffend nicht in Frage. Die Abweisung erfolgte, weil der Beschwerdeführer keinen Nachweis erbracht habe, welchen Rechtsvorschriften er unterliege. Zu dieser Beurteilung kam die Behörde, weil vom Bf übermittelte Unterlagen offenbar bei ihr nicht eingelangt waren.

Die Bestimmung des anwendbaren Rechts erfolgt nach Titel II der VO (EG) 883/2004, Artikel 11 bis 16.

Artikel 11 der Verordnung 883/2004 enthält die „Allgemeine Regelung“ und lautet:

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

...

(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;

...

e) jede andere Person, die nicht unter die Buchstaben a bis d fällt, unterliegt unbeschadet anders lautender Bestimmungen dieser Verordnung, nach denen ihr Leistungen aufgrund der Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zustehen, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats.“

Die Art 12 bis 16 der Verordnung 883/2004 enthalten Sonderregelungen, die für Personen gelten, die innerhalb des Raumes EU/EWR/Schweiz entsandt sind (Art 12) oder die Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausüben (Art 13). Die weiteren Artikel erscheinen hier nicht anwendbar.

Art 12 VO 883/2004 lautet:

„(1) Eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit für dessen Rechnung auszuführen, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit 24 Monate nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere entsandte Person ablöst.

(2) Eine Person, die gewöhnlich in einem Mitgliedstaat eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt und die eine ähnliche Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Tätigkeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet.“

Artikel 13 Abs 1 VO 883/2004, der die Ausübung einer **Beschäftigung** in zwei oder mehr Mitgliedstaaten regelt, lautet:

„(1) Eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten **eine Beschäftigung** ausübt, unterliegt:

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

b) wenn sie im Wohnmitgliedstaat keinen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt,

i) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem **das Unternehmen oder der Arbeitgeber** seinen Sitz oder Wohnsitz hat, sofern sie bei einem Unternehmen bzw. einem Arbeitgeber beschäftigt ist, oder

ii) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem die Unternehmen oder Arbeitgeber ihren Sitz oder Wohnsitz haben, wenn sie **bei zwei oder mehr Unternehmen oder Arbeitgebern** beschäftigt ist, die ihren **Sitz oder Wohnsitz in nur einem Mitgliedstaat** haben, oder

iii) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen oder der Arbeitgeber außerhalb des Wohnmitgliedstaats seinen Sitz oder Wohnsitz hat, sofern sie **bei zwei oder mehr Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt** ist, die ihre Sitze oder Wohnsitze in zwei Mitgliedstaaten haben, von denen einer der Wohnmitgliedstaat ist, oder

iv) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, sofern sie **bei zwei oder mehr Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt** ist, von denen mindestens zwei ihren Sitz oder Wohnsitz in verschiedenen Mitgliedstaaten außerhalb des Wohnmitgliedstaats haben.

...

(5) Die in den Absätzen 1 bis 4 genannten Personen werden für die Zwecke der nach diesen Bestimmungen ermittelten Rechtsvorschriften so behandelt, als ob sie ihre gesamte Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit in dem betreffenden Mitgliedstaat ausüben und dort ihre gesamten Einkünfte erzielen würden.“

Da der Bf nur EINEN Arbeitgeber hat, ist Art 13 Abs 1 lit a bis lit a sublit ii der VO 883/2004 heranzuziehen. Die anderen Bestimmungen des Abs 1 leg.cit. sprechen Fälle mit mehreren Arbeitgebern/Unternehmen an und sind demnach nach ha Ansicht nicht einschlägig. Österreich ist Sitzstaat der Arbeitgeberin, der *****3*****. Die Bestimmung des anzuwendenden Rechts hat nach Ansicht des BFG zwischen Art 13 Abs 1 lit a (Ungarn als Wohnstaat) und lit b sublit i der VO 883/2004 (Österreich als Sitzstaat des Arbeitgebers) zu erfolgen. Zu ermitteln ist, ob ein wesentlicher Teil (25%) der Beschäftigung im Wohnstaat Ungarn oder über einen längeren Zeitraum in einem Drittstaat erbracht (Auffangtatbestand des Art 11 Abs 3 lit e der VO 883/2004) wurde, was im Zeitraum Oktober 2018 bis Juni 2019 nicht gegeben ist, sodass Österreich für diesen Zeitraum iVm der unionsrechtlichen Verordnung Beschäftigungsstaat wird. Damit stünden nach Ansicht des BFG die Familienbeihilfe samt KAB entsprechend dem für *****K2***** erstbeantragten Zeitraum 1.10.2018 bis 31.12.2018 zu.

Fragen an den Beschwerdeführer:

- 1.) Legen Sie bitte den Nachweis Ihres unionsrechtlichen Aufenthaltstitels in Österreich zumindest für den Zeitraum ab Oktober 2018 bis Dezember 2019 vor (Aufenthalt als Arbeitnehmer nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz)
- 2.) Haben Sie in Österreich einen Wohnsitz? Information: Einen Wohnsitz hat eine Person dort, wo er sie Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, dass sie die Wohnung beibehalten und benutzen wird. Das kann mitunter auch ein Untermietzimmer sein.

- 3.) *Wenn Sie einen Wohnsitz in Österreich haben, geben Sie bitte die Adresse bekannt.*
- 4.) *Wie viele Tage im Jahr 2018 und 2019 hielten Sie sich in Österreich auf? (Einschließlich Arbeitstage mit Unterbringung am Einsatzort, zB im Zeitraum Februar bis Mai 2019.)*
- 5.) *Wie und wo waren Sie während der Baustelleneinsätze untergebracht, bzw wohnhaft?*
- 6.) *Wurden Sie von der ***3*** im Zeitraum bis Juni 2019 auf Baustellen in Ungarn eingesetzt, wenn ja, über welchen Zeitraum?*

Die folgenden Fragen beziehen sich ausschließlich auf den Zeitraum von Juni bis Dezember 2019

- 7.) *Wurden Sie von der ***3*** auch auf Baustellen in Ungarn eingesetzt bzw überlassen, wenn ja, über welchen Zeitraum?*
- 8.) *Waren Sie auch bei anderen Arbeitgebern beschäftigt? Wenn ja, bei welchen und über welchen Zeitraum?*
- 9.) *Auf welchen Baustellen in den Mitgliedstaaten der EU, des EWR und der Schweiz und für welchen Arbeitgeber wurden Sie eingesetzt bzw überlassen?*
- 10.) *Wurden Sie von Ihrem österreichischen oder einem anderen Arbeitgeber auch auf Baustellen außerhalb der Mitgliedstaaten der EU, des EWR und der Schweiz im Sinn des Art 12 VO 883/2004 entsendet? In diesem Fall legen Sie bitte Ihre Entsendebescheinigungen (A1-Formulare) vor.*

Frage an die belangte Behörde:

Welchen Nachweis über die anzuwendenden Rechtsvorschriften, denen der Bf unterliegt, hätte der Beschwerdeführer vorlegen sollen?“

Mit Schriftsatz vom 12.04.2021 beantwortete die Bf den Vorhalt und legte die angeforderten Unterlagen vor. Mit Stellungnahme vom 14.04.2021 schloss sich die belangte Behörde der Rechtsansicht des BFG an.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Rechtsgrundlagen

Unionsrecht

Verordnung Nr 883/2004

Die Erwägungsgründe 8, 12 und 16 der Verordnung Nr 883/2004 lauten:

„(8) Der allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung ist für Arbeitnehmer, die nicht im Beschäftigungsmitgliedstaat wohnen, einschließlich Grenzgängern, von besonderer Bedeutung.

(12) Im Lichte der Verhältnismäßigkeit sollte sichergestellt werden, dass der Grundsatz der Gleichstellung von Sachverhalten oder Ereignissen nicht zu sachlich nicht zu rechtfertigenden Ergebnissen oder zum Zusammentreffen von Leistungen gleicher Art für denselben Zeitraum führt.

(16) Innerhalb der Gemeinschaft ist es grundsätzlich nicht gerechtfertigt, Ansprüche der sozialen Sicherheit vom Wohnort der betreffenden Person abhängig zu machen; in besonderen Fällen jedoch – vor allem bei besonderen Leistungen, die an das wirtschaftliche und soziale Umfeld der betreffenden Person gebunden sind – könnte der Wohnort berücksichtigt werden.“

Art 1 Buchst z der Verordnung Nr 883/2004 bestimmt:

„Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

...

z) ‚Familienleistungen‘ alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen nach Anhang I.“

Art 3 Abs 1 Buchst j der Verordnung Nr 883/2004 sieht vor:

„Diese Verordnung gilt für alle Rechtsvorschriften, die folgende Zweige der sozialen Sicherheit betreffen:

...

j) Familienleistungen.“

Art 4 („Gleichbehandlung“) der Verordnung Nr 883/2004 lautet:

„Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.“

In Art 5 („Gleichstellung von Leistungen, Einkünften, Sachverhalten oder Ereignissen“) der Verordnung Nr 883/2004 heißt es:

„Sofern in dieser Verordnung nicht anderes bestimmt ist, gilt unter Berücksichtigung der besonderen Durchführungsbestimmungen Folgendes:

a) Hat nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats der Bezug von Leistungen der sozialen Sicherheit oder sonstiger Einkünfte bestimmte Rechtswirkungen, so sind die entsprechenden Rechtsvorschriften auch bei Bezug von nach den Rechtsvorschriften eines

anderen Mitgliedstaats gewährten gleichartigen Leistungen oder bei Bezug von in einem anderen Mitgliedstaat erzielten Einkünften anwendbar.

b) Hat nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats der Eintritt bestimmter Sachverhalte oder Ereignisse Rechtswirkungen, so berücksichtigt dieser Mitgliedstaat die in einem anderen Mitgliedstaat eingetretenen entsprechenden Sachverhalte oder Ereignisse, als ob sie im eigenen Hoheitsgebiet eingetreten wären.“

Art 7 („Aufhebung der Wohnortklauseln“) der Verordnung Nr 883/2004 sieht vor:

„Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, dürfen Geldleistungen, die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten oder nach dieser Verordnung zu zahlen sind, nicht aufgrund der Tatsache gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, dass der Berechtigte oder seine Familienangehörigen in einem anderen als dem Mitgliedstaat wohnt bzw. wohnen, in dem der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat.“

Titel II der Verordnung 883/2004 trägt die Überschrift „Bestimmung des anwendbaren Rechts“ und sieht als allgemeine Regelung vor:

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

...“

Art 13 der Verordnung 883/2004 regelt die „Ausübung von Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten“ und sieht vor:

„(1) Eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Beschäftigung ausübt, unterliegt:

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

b) wenn sie im Wohnmitgliedstaat keinen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt,

i) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen oder der Arbeitgeber seinen Sitz oder Wohnsitz hat, sofern sie bei einem Unternehmen bzw. einem Arbeitgeber beschäftigt ist, oder ...“

Art 67 („Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen“) der Verordnung Nr 883/2004 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. Ein Rentner hat jedoch Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats.“

Art 68 der Verordnung Nr 883/2004 legt die Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen wie folgt fest:

„(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, ...

...

(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. ...“

innerstaatliches Recht

Nach § 2 Abs 1 lit a FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Gemäß § 2 Abs 3 FLAG 1967 sind im Sinne dieses Abschnittes 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).

§ 4 FLAG sieht vor:

„(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. [4] 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. [4]) 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.

...

(6) Die Ausgleichszahlung gilt als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes; die Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe finden jedoch auf die Ausgleichszahlung keine Anwendung.“

2. Sachverhalt

Aufgrund des Ergebnisses des vom BFG ergänzend durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:

Der Bf war ab dem Zeitraum Oktober 2018 in Österreich nichtselbstständig bei der inländischen Firma ***3*** beschäftigt und wurde innerhalb des ***3*** Konzerns im Straßenbau sowohl im Inland als auch in anderen Mitgliedstaaten der Union außer seinem Herkunfts- und Wohnmitgliedstaat Ungarn im Wege der Arbeitskräfteüberlassung eingesetzt. Im Streitzeitraum war der Bf vom 02.07.2018 bis 28.02.2019 an die slowakische ***4*** zu dem Bauvorhaben ***5***/Slowakei, vom 13.05.2019 bis 31.12.2019 an die deutsche ***6*** zum Bauvorhaben „***7***“ nach Deutschland, überlassen. Während seiner Arbeiten im EU-Raum übernachtete der Bf in Arbeiterquartieren seiner Arbeitgeber.

Die Mutter des gemeinsamen Kindes ist die Lebensgefährtin des Bf. Die Lebensgefährtin hat in die am 01.01.2018 begonnene Lebensgemeinschaft mit dem Bf das Kind ***K1*** aus einer vorangegangenen Beziehung mitgebracht. Der Bf bezeichnet dieses Kind als sein Stiefkind. Das

im Spruch bezeichnete Kind ist das leibliche Kind des Bf. Der Familienwohnsitz befand sich in Ungarn.

3. Beweismittel und Beweiswürdigung

Das Ergebnis des vom BFG zu den Einsatzorten ergänzend durchgeführten Ermittlungsverfahrens ergab sich widerspruchsfrei aus den nachreichten Unterlagen des Arbeitgebers über die Einsatzorte und wurde der belangten Behörde bekanntgegeben. Sie hat ausdrücklich geäußert, dass dem Bf dem Grunde nach für das gemeinsame Kind die österreichischen Familienleistungen vorrangig zustehe.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zu Spruchpunkt I.

Bescheidbeschwerde und Vorlageantrag sind form- und fristgerecht. Die Bescheidbeschwerde idf des Vorlageantrages ist begründet.

Der Streitzeitraum erfasst auch Zeiträume, für die die österreichischen Rechtsvorschriften die Indexierung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages vorsehen. Aufgrund der Indexierung wurde der Ausgang des von der Europäischen Kommission gegen Österreich geführten Vertragsverletzungsverfahrens EuGH C-328/20 abgewartet.

Mit dem Vorlageantrag führte der Bf ausdrücklich aus, dass er „*die Familienbeihilfe **nur für ***K2*** ab Geburt also ab Oktober 2018 beantragen möchte***“. (Hervorhebung durch BFG). Diese Parteierklärung ist entweder dahin zu verstehen, dass der Bf den Antrag hinsichtlich des von der Lebensgefährtin in die Beziehung mitgebrachten, aus einer früheren Beziehung stammenden Kindes zurücknimmt. Diesfalls wäre der angefochtene Bescheid, da die Familienbeihilfe von der hier nicht interessierenden Ausnahme ein Antragsverfahren ist und soweit der Bescheid das Kind *****K1***** betrifft, als rechtswidrig geworden anzusehen und daher aus dem Rechtsbestand zu beseitigen.

Rechtlich vertretbar wäre auch die Lesart, obige Erklärung dahin zu verstehen, dass der Bf den Anspruch auf die Familienbeihilfe mit der Beschwerde in der Fassung des Vorlageantrages nur noch für das gemeinsame Kind *****K2***** weiterverfolgen möchte und damit eine Einschränkung des Beschwerdeantrages gemeint ist. Bei diesem Rechtsverständnis wäre die Beschwerdevorentscheidung, soweit sie *****K1***** betrifft, mangels diesbezüglichen Vorlageantrages bereits in Rechtskraft erwachsen.

Indem die belangte Behörde im Vorlagebericht Überlegungen zur Kindeseigenschaft des *****K1***** ins Treffen führte, ging sie davon aus, dass das BFG über *****K1***** eine materielle Entscheidung zu treffen haben werde. Damit hat sie die Rechtslage verkannt. Der

Abweisungsbescheid (Rückforderungsbescheid) im Familienbeihilfenverfahren, der über mehrere Kinder und mehrere Kalendermonate abspricht, ist ein Sammelbescheid und nach Kindern und Kalendermonaten (Erhebungszeitraum) teilbar. Im Beschwerdefall begehrte der Bf die Teilung nach Kindern.

Der Begriff des „Stiefkindes“ ist ein juristischer Begriff. Als Stiefkind ist das Kind eines Elternteils (hier der Kindesmutter) zu verstehen, das dieser aus einer früheren Ehe durch Heirat in die Ehe mitbringt und die unehelichen Kinder dieses Ehepartners (Verfassungsgerichtshof VfGH 18.03.1966, G 15/65). Der Stiefvater ist aufgrund der Heirat mit der Kindesmutter mit dem Stiefkind verschwägert. Die Schwägerschaft wird durch die Tatbestände einer Ehe und einer Verwandtschaft begründet. Da laut Sachverhalt der Bf und die Kindesmutter nicht verheiratet sind, ist ***K1*** nicht Stiefkind des Bf (BFG 09.012.2021, RV/7106500/2016; UFS 14.11.2008, RV/0369-G/08). Mit der Abweisung des Antrages durch die belangte Behörde in diesem Punkt wurde kein subjektives Recht verletzt.

Aber auch die Teilbarkeit nach Erhebungszeiträumen (Kalendermonaten) ist im Beschwerdefall beachtlich, denn der Bf hat für das Kind ***K2*** zwei Anträge über den Gesamtzeitraum vom 01.10.2018 bis 31.12.2019 gestellt. Demgegenüber spricht der angefochtene Bescheid für den Zeitraum ab Oktober 2018 ohne Enddatum und damit über Zeiträume ab, die über den Antrag hinausreichen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs *„gilt ein Bescheid über die Abweisung eines Antrages auf Gewährung der (erhöhten) Familienbeihilfe "ab" einem bestimmten Anspruchszeitraum, ohne im Spruch einen Endpunkt festzusetzen, nach der ständigen Rechtsprechung jedenfalls für den Zeitraum bis einschließlich jenes Kalendermonats, in welchem der Bescheid erlassen wird, ungeachtet dessen, ob sich zwischen dem Anfangszeitpunkt und diesem Zeitpunkt die Sach- oder Rechtslage geändert hat. Ein solcher Bescheid gilt jedoch über diesen Zeitpunkt der Bescheiderlassung hinaus solange weiter, als sich die der Bescheiderlassung zugrunde liegende Sach- oder Rechtslage nicht ändert“* (vgl ausdrücklich VwGH 29.09.2011, 2011/16/0065, und VwGH 25.03.2010, 2009/16/0121; VwGH 26.04.2018, Ra 2018/16/00039). Im Beschwerdefall reichte die Wirksamkeit des angefochtenen Bescheides über den Antragszeitraum hinaus und war für Zeiträume ab 01.01.2020 rechtswidrig.

Der Bf war als Bauhilfsarbeiter bei der österreichischen ***3*** angestellt und wurde innerhalb des ***3*** Konzerns in Europa, konkret Österreich, Slowakei, Deutschland, bei Bauvorhaben eingesetzt. Das Kind ***K2*** und die Lebensgefährtin sind Familienangehörige iSd VO 883/2004 iVm § 2 Abs 3 FLAG 1967. Die Familienbeihilfe nach dem FLAG 1967 und der Kinderabsetzbetrag sind Familienleistungen iSd VO 883/2004. Damit wird der Geltungsbereich der VO 883/2004 in persönlicher und sachlicher Hinsicht erfüllt.

Da der Bf von seinem österreichischen Arbeitgeber in andere Mitgliedstaaten außer seinem Wohnmitgliedstaat Ungarn entsendet wurde und die Entsendung nach Art 12 VO 883/2004 unter 24 Monaten lag, ist Österreich als Beschäftigungsstaat für die Leistung der Familienbeihilfe vorrangig zuständig.

Wie das Bundesfinanzgericht mit Vorabentscheidungsbeschluss BFG 21.10.2020, RE/7100004/2020, dargelegt hat, kann nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und nach herrschender Lehre gegen gültiges und unmittelbar anwendbares Unionsrecht kein unionsrechtswidriges nationales Recht gebildet werden. Die Bindung der Höhe der österreichischen Familienleistungen an die Kaufkraftverhältnisse am Wohnort ist eine unionsrechtswidrige Wohnklausel iSd Art 7 der Verordnung 883/2004. Folglich wurde dem Vorabentscheidungsbeschluss BFG 21.10.2020, RE/7100004/2020, die Frage nach der Gültigkeit des Art 7 der Verordnung 883/2004 gestellt, deren Überschrift ausdrücklich „Aufhebung von Wohnortklauseln“ lautet, gestellt. Dieses Vorabentscheidungsersuchen ist noch nicht entschieden, doch ergibt sich die vom BFG vertretene Rechtsansicht aus dem Urteil EuGH 16.07.2022, C-328/20, Vertragsverletzungsverfahren Österreich. Bezüglich weiterer rechtlicher Ausführungen wird auf das genannte EuGH-Urteil verwiesen.

Rechtlich folgt, dass § 8a FLAG 1967 idF des Bundesgesetzes vom 04.12.2018, mit dem das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, das Einkommensteuergesetz 1988 und das Entwicklungshelfergesetz geändert werden, BGBl I 83/2018, und § 33 Abs 1 Z 2 EStG 1988, idF des Jahressteuergesetzes 2018 vom 14.08.2018, BGBl I 62/2018, mitsamt den jeweiligen Verordnungen niemals Rechtswirksamkeit erlangt haben. Die die sog Indexierung regelnden Normen des österreichischen Rechts sind und waren stets ein rechtliches nullum und folglich unbeachtlich. Auch deren Aufhebung mit ex-tunc-Wirkung mit Gesetzesbeschluss des Nationalrates wäre daher lediglich deklaratorisch.

4.2. Zu Spruchpunkt II.

Gemäß § 25 Abs 1 BFGG sind die Verwaltungsbehörden, wenn das Bundesfinanzgericht einer Beschwerde stattgegeben hat, verpflichtet, in dem betreffenden Fall mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Bundesfinanzgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

Das BFG garantiert mit diesem Erkenntnis die Wirksamkeit des Unionsrechts, wonach Wohnortklauseln unbeachtlich sind.

4.3. Zu Spruchpunkt III. (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.

Mit dem Erkenntnis wird gemäß EuGH 16.07.2022, C-328/20, Rs Österreich vs Europäische Kommission („Indexierung“), die Wirksamkeit des Unionsrechts garantiert. Da eine Rechtsfrage im obigen Sinn nicht aufgeworfen wurde, war die ordentliche Revision nicht zuzulassen.

Wien, am 16. August 2022