

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Mag. Christian Doktor über die Beschwerde des ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vom 1. August 2019, gegen den Bescheid des Finanzamtes Hollabrunn Korneuburg Tulln vom 17. Juli 2019, betreffend Gewährung der nicht indexierten Familienbeihilfe (Ausgleichszahlung) und Kinderabsetzbetrag ab Jänner 2019, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird ersatzlos aufgehoben.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Verfahrensgang

Der Beschwerdeführer (Bf.) ist tschechischer Staatsbürger und bezog auf Grund seiner laufenden Beschäftigung in Österreich für die Kinder Nikola, geb. 2005, und Ales, geb. 2009, die Ausgleichszahlung zur Familienbeihilfe.

Das Finanzamt zahlte die Ausgleichszahlung zur Familienbeihilfe auf Grund der ab Jänner 2019 gültigen Gesetzeslage (§ 8 Abs. 3 und 4 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) in Verbindung mit § 33 Abs. 3 erster Satz Einkommensteuergesetzes 1988 (EStG) ab Jänner 2019 indexiert aus.

Der Bf. richtete an das Finanzamt am 10. Juni 2019 ein Schreiben, in dem er ausführte, dass er auf seinen Kontoauszügen festgestellt habe, dass sich durch die Indexierung eine Kürzung der Ausgleichszahlung zur Familienbeihilfe ergeben habe. Da er damit nicht einverstanden sei, stelle er den Antrag auf Gewährung der Differenz.

Das Finanzamt wies den Antrag mit **Bescheid vom 17. Juli 2019** mit folgender Begründung ab:

„Ihr Schreiben vom 13. Juni 2019 wird als Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe in Höhe der in § 8 Abs. 3 und 4 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 festgelegten Beträge und auf Gewährung des Kinderabsetzbetrages in Höhe des in § 33 Abs. 3 erster Satz des Einkommensteuergesetzes 1988 festgelegten Betrages gewertet.

Gemäß § 8a des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 sind die Beträge an Familienbeihilfe und gemäß § 33 Abs. 3 Z 2 des Einkommensteuergesetzes 1988 ist der Kinderabsetzbetrag für Kinder, die sich ständig in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei des Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz aufhalten, an das Preisniveau des Wohnortstaates anzupassen. Die Beträge an Familienbeihilfe nach § 8a des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 und des Kinderabsetzbetrages nach § 33 Abs. 3 Z 2 des Einkommensteuergesetzes 1988 wurden mit der Familienbeihilfe-Kinderabsetzbetrag-EU-Anpassungsverordnung (BGBl. II Nr. 318/2018) kundgemacht und gelten ab 1.1.2019.“

Der Bf. erhob gegen den Abweisungsbescheid am 27. Juli 2019 folgende **Beschwerde**:

„Der vorgenommene Kürzung ist rechtswidrig da sie in eklatanter Weise gegen geltendes EU Recht verstößt. Eine Indexierung von Familienleistungen sieht das EU-Recht nicht vor.

Ich verweise hierzu auf nachfolgende Verordnungen/Rechtsprechungen:

(EG) Nr. 883/2004, Art. 48 AEUV, VO (EU) 492/2011, Art. 67 der VO 883/2004, Art. 4 der VO 883/2004 und Art. 45 AEUV wie auch die Rechtssache "Pinna 41/84" - Urteil des EuGH vom 15.01.1986, ECU-Identifikator: ECLI:EU:C:1986:1, Verbot von Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit - Generalklausel in Art. 12 EGV, die aussagen, dass alle EU-Bürger in gleicher Weise zu behandeln sind.

Vergl. hierzu "Österreichische Gesellschaft für Europapolitik - Prof. Dr. Franz Leidenmühler" und die Stellungnahme der Volksanwaltschaft - MR Dr. Heidi Pacher vom 15.01.2018 an Frau Mag. Dr. Juliane Bogner Strauß.

Durch die Indexierung werde ich zweifelsfrei gegenüber Ihren Landsleuten diskriminiert und zwar nur deshalb, dass meine Kinder im Ausland wohnen.

Anmerkung:

Die Grundlage für das Gesetz zur Indexierung von Familienleistungen basiert auf einem "Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Familienbeihilfe für Kinder, die im EU-Ausland leben für das BM für Finanzen, erstattet von Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal Wien, den 20. Februar 2017". Weitere Gutachten wurden hier nicht zu Rate gezogen.

Dieses Gutachten vernachlässigt die Tatsache, dass für eine Indexierung der Familienleistungen zuerst die EU-Verordnung 883/2004 zu ändern ist. Hierzu wäre eine % Mehrheit der noch verbliebenen EU-Staaten erforderlich. Eine derartige Abstimmung im EU Parlament diesbezüglich ist derzeit weder geplant, noch absehbar.

Entsprechende Mehrheiten werden kaum zu erreichen sein.

Daher gilt folgendes festzustellen:

Die Abgaben entrichte ich in der gleichen Höhe wie ein Österreichischer Staatsbürger. Der EuGH bereitet zwischenzeitlich ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich vor. Die zuständige

EU-Sozialkommissarin Marianne Thyssen hatte Österreichs Pläne in der Vergangenheit wiederholt kritisch beurteilt und vor einer Diskriminierung gewarnt. So hatte Frau Thyssen erst vor wenigen Wochen in der Antwort auf eine parlamentarische Anfrage daran erinnert, dass der EU-Vertrag jegliche Diskriminierung - direkt oder indirekt- von Arbeitnehmern auf Grundlage der Nationalität verbiete.

Nach geltendem EU-Recht haben mobile Arbeiter denselben Anspruch auf Familienleistungen wie lokale Arbeitnehmer, „unabhängig vom Wohnort der betroffenen Kinder“. Für dieselben gezahlten Beiträge in einem Arbeitskontext haben dieselben Leistungen anzufallen und zu gelten. Das EU-Parlament hat sich gegen eine Indexierung ausgesprochen.

Insofern meine Beschwerde abgelehnt wird, werde ich entsprechende Rechtsmittel einlegen, eine Staatshaftungsklage gegen die Österreichische Republik vor dem EuGH veranlassen, sowie eine Rückforderung der mir ergangenen Verluste nebst Zinsen erwirken.“

Das Finanzamt wies die Beschwerde nach Wiedergabe des Beschwerdevorbringens mit **Beschwerdevorentscheidung vom 31. Jänner 2020** mit folgender Begründung ab:

„Nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften des § 8a FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 Z 2 des EStG 1988 sind die Beträge an Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für Kinder, die sich ständig in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz aufhalten, an das Preisniveau des Wohnortstaates anzupassen. Die Beträge an Familienbeihilfe nach § 8a des FLAG 1967 und des Kinderabsetzbetrages nach § 33 Abs. 3 Z 2 des EStG 1988 wurden mit der Familienbeihilfe-Kinderabsetzbetrag-EU-Anpassungsverordnung (BGBl. II Nr. 318/2018) kundgemacht und gelten ab 1.1.2019.

Da sich Ihr/Ihre Kinder ständig in der Tschechischen Republik aufhalten, besteht nur ein Anspruch auf die Familienbeihilfe nach § 8a FLAG 1967 sowie den Kinderabsetzbetrag nach § 33 Abs. 3 Z 2 EStG 1988 (= indexierte Beträge).“

Der Bf. stellte am 12. März 2020 einen **Vorlageantrag** mit im Wesentlichen gleichlautenden Ausführungen wie in der Beschwerde vom 27. Juli 2019.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Sachverhalt

Der Bf., seine Lebensgefährtin und die Kinder sind tschechische Staatsbürger und leben in Tschechien im gemeinsamen Haushalt.

Der Bf. ist laufend in Österreich beschäftigt und übt ausschließlich in Österreich eine Beschäftigung aus.

Seine Lebensgefährtin ist laufend in Tschechien beschäftigt.

In Tschechien werden auf Grund des zu hohen Einkommens keine Familienleistungen bezogen.

Seit Jänner 2019 wird dem Bf. die Familienbeihilfe ohne Abzug einer ausländischen Familienleistung indexiert ausbezahlt.

Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ergibt sich aus dem Familienbeihilfenakt sowie aus den vom Bf. vorgelegten Unterlagen.

Gesetzliche Grundlagen und rechtliche Beurteilung

§ 8a FLAG 1967 idF 05.12.2018 normiert:

(1) Die Beträge an Familienbeihilfe (§ 8) für Kinder, die sich ständig in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz aufhalten, sind auf Basis der vom Statistischen Amt der Europäischen Union veröffentlichten vergleichenden Preisniveaus für jeden einzelnen Mitgliedstaat der EU, jede Vertragspartei des Europäischen Wirtschaftsraumes und die Schweiz im Verhältnis zu Österreich zu bestimmen.

(2) Die Beträge an Familienbeihilfe nach Abs. 1 gelten erstmals ab 1. Jänner 2019 auf Basis der zum Stichtag 1. Juni 2018 zuletzt veröffentlichten Werte nach Abs. 1. Die Beträge sind in der Folge jedes zweite Jahr auf Basis der zum Stichtag 1. Juni des Vorjahres zuletzt veröffentlichten Werte anzupassen.

(3) Die Bundesministerin für Frauen, Familien und Jugend oder der Bundesminister für Frauen, Familien und Jugend hat gemeinsam mit der Bundesministerin für Finanzen oder dem Bundesminister für Finanzen die Berechnungsgrundlagen und die Beträge nach Abs. 1 und 2 sowie die Beträge nach § 33 Abs. 3 Z 2 EStG 1988 mit Verordnung kundzumachen.

§ 33 Abs. 3 EStG idgF ab 01.01.2019 lautet:

Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Abweichend davon gilt:

1. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu.
2. Für Kinder, die sich ständig in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz aufhalten, ist die Höhe des Kinderabsetzbetrages auf Basis der vom Statistischen Amt der Europäischen Union veröffentlichten vergleichenden Preisniveaus für jeden einzelnen Mitgliedstaat der EU, jede Vertragspartei des Europäischen Wirtschaftsraumes und die Schweiz im Verhältnis zu Österreich zu bestimmen:

- a) Die Höhe der Kinderabsetzbeträge ist erstmals ab 1. Jänner 2019 auf Basis der zum Stichtag 1. Juni 2018 zuletzt veröffentlichten Werte anzupassen. Die Höhe der Kinderabsetzbeträge ist in der Folge jedes zweite Jahr auf Basis der zum Stichtag 1. Juni des Vorjahres zuletzt veröffentlichten Werte anzupassen.
- b) Die Höhe der Kinderabsetzbeträge ist gemäß § 8a Abs. 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 kundzumachen.

Auf Grund der vorstehend angeführten und ab 1. Jänner 2019 geltenden Gesetzeslage zahlt das Finanzamt die Familienbeihilfe seit Jänner 2019 indexiert aus.

Das Bundesfinanzgericht legte dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Artikel 267 AEUV folgende Frage zur Vorabentscheidung vor:

"Sind Artikel 18 und Artikel 45 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Artikel 7 Absätze 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, Artikel 4, Artikel 5 Buchstabe b, Artikel 7 und Artikel 67 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit sowie Artikel 60 Absatz 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 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 dahin auszulegen, dass sie der Anwendung einer nationalen Regelung entgegenstehen, die vorsieht, dass Familienleistungen für ein Kind, das sich nicht tatsächlich ständig in dem diese Familienleistungen zahlenden Mitgliedstaat, sondern tatsächlich in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union, einer anderen Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz aufhält, auf Basis der vom Statistischen Amt der Europäische Union veröffentlichten vergleichenden Preisniveaus für den jeweiligen Staat im Verhältnis zu dem die Familienleistungen zahlenden Mitgliedstaat anzupassen?"

**Der EuGH hat mit Entscheidung C-328/20 vom 16.6.2022 im Verfahren
Kommission/Österreich,**

die Indexierung von Familienleistungen für unzulässig erklärt.

Geänderte Rechtslage:

Der Gesetzgeber trug diesem Judikat mit BGBl. I Nr. 135/2022 vom 28. Juli 2022 Rechnung:

Familienbeihilfe (FLAG):

§ 8a entfällt.

In § 14 Abs. 4 entfällt die Wendung „und § 8a“.

4. Die Abschnitte II und IIb entfallen.

5. § 53 Abs. 4 entfällt.

6. Dem § 55 werden folgende Abs. 55 bis 57 angefügt:

(55) Die Abschnitte II und IIb in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 135/2022 treten mit dem der Kundmachung des genannten Bundesgesetzes folgenden Tag außer Kraft.

(56) § 8a entfällt rückwirkend ab 1. Jänner 2019 mit folgenden Maßgaben:

1. Die Nachzahlungen an Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig in Bulgarien, Deutschland, Estland, Griechenland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Portugal, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn oder Zypern aufgehalten haben oder aufhalten, erfolgen automationsunterstützt, soweit auf Grund der im Familienbeihilfenverfahren vorhandenen Daten eine Auszahlung durchführbar ist. Ist mangels Vorliegen von Daten keine Auszahlung durchführbar, ist ein Antrag zu stellen, wobei § 10 Abs. 3 keine Anwendung findet.

2. Familienbeihilfenbeträge für Kinder, die sich ständig in Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Irland, Island, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Schweden, Schweiz oder dem Vereinigten Königreich aufgehalten haben oder aufhalten, gelten bis zum 30. Juni 2022 in Bezug auf die Höhe als rechtmäßig zuerkannt.

Artikel 2 Änderung des Einkommensteuergesetzes 1988

Das Einkommensteuergesetz 1988, BGBl. Nr. 400/1988, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 63/2022, wird wie folgt geändert:

3. § 33 Abs. 3 lautet: „(3) Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.“

4. § 33 Abs. 3a Z 2 und Z 5 entfallen.

5. § 33 Abs. 4 Z 4 und 5 entfallen.

6. In § 33 Abs. 7 entfallen die Z 2 sowie die Nummerierung „1.“ und im letzten Satz entfällt die Wortfolge „oder den an seine Stelle tretenden Betrag.“

§ 33 Abs. 3 in der Fassung vor BGBl. I Nr. 135/2022 entfällt rückwirkend ab 1. Jänner 2019 und § 33 Abs. 3 in der Fassung BGBl. I Nr. 135/2022 tritt mit 1. Jänner 2019 in Kraft.

Dabei gilt:

a) Die Nachzahlungen des Kinderabsetzbetrages für Kinder, die sich ständig in Bulgarien, Deutschland, Estland, Griechenland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Portugal, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn oder Zypern aufgehalten haben oder aufhalten, erfolgen im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe automationsunterstützt, soweit auf Grund der im Familienbeihilfenverfahren vorhandenen Daten eine Auszahlung durchführbar ist.

b) Der Kinderabsetzbetrag für Kinder, die sich ständig in Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Irland, Island, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Schweden, Schweiz oder dem Vereinigten Königreich aufgehalten haben oder aufhalten, gilt bis zum 30. Juni 2022 in Bezug auf die Höhe als rechtmäßig zuerkannt.

Würdigung:

Da die ursprünglich geltenden, angefochtenen Bestimmungen des FLAG und des EStG rückwirkend auf den 1.1.2019 nicht mehr dem Rechtsbestand angehören und die Nachzahlung der zu Unrecht gekürzten Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag von Amts wegen zu erfolgen hat, war spruchgemäß zu entscheiden.

Unzulässigkeit der 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. Der Gesetzgeber hat das Gesetz der Judikatur des EuGH's angepasst. Die Entscheidung basiert ausschließlich auf aktuell geltendem Recht. Eine Revision ist daher nicht zulässig.

Wien, am 3. August 2022