

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache
Bf1, ***Bf1-Adr***, vertreten durch ***, über die Beschwerde vom 29. November
2019 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 1/23, nunmehr Finanzamt Österreich, vom
7. November 2019 betreffend Abweisung des Antrages vom 8. Juli 2019 auf (ungekürzte)
Familienbeihilfe ab Jänner 2019,
Steuernummer ***Bf1-StNr***, zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird ersatzlos aufgehoben.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Am 08.07.2019 langte das von der Beschwerdeführerin (Bf.) unterfertigte Schreiben
Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe vom 31.05.2019 zum Finanzamt zurück:

Angaben zur anspruchsberechtigten Person

(Bf.) Staatsbürgerschaft: Ungarn

Personenstand: verheiratet

Kindererziehung: gemeinsam mit Ehemann

derzeitige Tätigkeit: unselbständig erwerbstätig

Postleitzahl: H-9400 Wohnort Sopron

Adresse ...

Angaben zur Partnerin/zum Partner, von dem Sie nicht dauernd getrennt leben, oder zur
Lebensgefährtin/zum Lebensgefährten

(Nachname und Vorname des Ehegatten der Bf.)

Staatsbürgerschaft: Österreich

... (Auslandsbeamter)

Angaben zum Kind

H.V. Geburtsdatum: ...***GebDat*** weiblich Staatsbürgerschaft: Ungarn

Das Kind wohnt ständig bei mir X

Für das Kind besteht Anspruch auf eine ausländische Familienbeihilfe (z.B. Kindergeld) nein

Sind die leiblichen Elternteile bereits als antragstellende Person und als Partner/

Lebensgefährte angeführt? Nein X

Werden die Unterhaltskosten für das Kind vom getrennt lebenden leiblichen Elternteil

überwiegend finanziert? Nein X

derzeitige Tätigkeit des Kindes: Schülerin (voraussichtliche Dauer: bis Sommer 2020)

Bezeichnung und Anschrift der Schule, die das Kind besucht: BRG Mattersburg

(Handschriftliche Ergänzung:)

Ich lebe vom KV seit 2004 getrennt bzw. bin seit 2004 von ihm geschieden. Bitte um Einsichtnahme in die da. Akten. Bezgl. Rolle des KV gibt es umfangreiche da. Akten und wurde 2018 von der ö. Finanzbehörde abschließend geklärt, dass dem KV keine Rolle bei der Beurteilung der Fam.Beih. zukommt.

Diesem Schreiben sind beizulegen:

Schulbestätigung für V...

Bekanntgabe eventueller weiterer Ausbildung

Tätigkeitsnachweis von V... (Datum 4.7.19, Unterschrift der Bf.)

Dem Schreiben war das Semesterzeugnis 2018/2019 der Tochter der Bf. beigelegt.

Am 09.07.2019 übermittelte die Bf. ein Schreiben (Antrag) mit folgendem Wortlaut:

... ich beziehe für meine Tochter V. die Familienbeihilfe.

Seit Jänner 2019 erhalte ich nur den gem. § 8a Familienlastenausgleichsgesetz reduzierten Betrag für Ungarn.

Lt. § 8a FLAG sind 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, entsprechend zu kürzen.

Meine Tochter hält sich jedoch nicht „ständig“ in einem anderen MS auf, sondern besucht seit 2012 das Bundesrealgymnasium in Mattersburg. V. hält sich somit an mehr als der Hälfte aller Tage des Jahres tagsüber in Österreich auf, wodurch der Wortlaut und Sinn des § 8a FLAG nicht erfüllt ist.

Ich bitte um Nachzahlung der Differenzen seit Jänner 2019.

Sollte die Finanzbehörde meinem Antrag nicht zustimmen, bitte ich um Gewährung des Parteiengehörs iSd AVG und iwF um bescheidmäßige Ausführung der da. Entscheidung.

Das Finanzamt wies diesen Antrag (vom 08.07.2019; richtig vom 09.07.2019) auf Familienbeihilfe für die 2001 geborene Tochter der Bf. ab Jänner 2019 mit dem nunmehr in Beschwerde gezogenen *Bescheid* vom 07.11.2019 mit folgender Begründung ab:

Ihr Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe in Höhe der in § 8 Abs. 3 und 4 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 festgelegten Beträge und auf Gewährung des Kinderabsatzbetrages in Höhe des in § 33 Abs. 3 erster Satz des Einkommensteuergesetzes 1988 festgelegten Betrages wird abgewiesen.

Da sich Ihr Kind ständig in Ungarn aufhält, besteht nur Anspruch auf die Familienbeihilfe nach § 8a des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 sowie auf den Kinderabsatzbetrag nach § 33 Abs. 3 Z 2 des Einkommensteuergesetzes 1988, und Ihr Antrag wird daher abgewiesen.

Die Bf. erhob gegen den Abweisungsbescheid Beschwerde vom 29.11.2019, eingebracht am gleichen Tag, mit folgender Begründung:

Ich beziehe für meine Tochter V..., mit der ich gemeinsam nahe der österreichischen Grenze in Ungarn wohne, die österreichische Familienbeihilfe bzw. eine Ausgleichszahlung und wird mir der Kinderabsatzbetrag gewährt.

Seit Jänner 2019 wird die Höhe der Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung nicht mehr nach § 8 FLAG bzw. der Kinderabsatzbetrag nicht mehr nach § 33 Abs 3 erster Satz

Einkommensteuergesetz jeweils in (der) vollen Höhe gewährt, sondern nur mehr in verminderter Höhe gem. § 8a bzw. § 33 Abs. 3 Z 2 der oben benannten Rechtsgrundlagen.

Ich habe beim Finanzamt Wien 1/23 mit Schreiben vom 09.07.2019 beantragt, die Familienbeihilfe in voller Höhe gem. § 8 FLAG zu erhalten bzw. die fehlenden Beträge nachbezahlt zu bekommen. Die explizite Erwähnung des Kinderabsatzbetrages habe ich in diesem Schreiben vergessen, mein Antrag bezog sich jedoch sowohl auf Familienbeihilfe als auch auf Kinderabsatzbetrag, was ich hiermit richtig stelle bzw. nachtrage.

Mein Begehren hatte ich damit begründet, dass eine Verminderung von Familienbeihilfe bzw. Kinderabsatzbetrag auf Grund der oben genannten Rechtsnormen für Kinder vorgesehen ist, „die sich ständig in einem anderen Mitgliedstaat der EU [...] aufhalten“, meine Tochter ist jedoch nicht „ständig“ in einem anderen MS aufhältig, sondern besucht trotz grenznahem Wohnsitz in Ungarn seit 2012 das Bundesrealgymnasium in Mattersburg und hält sich somit regelmäßig zumindest tagsüber in Österreich auf, wodurch der Wortlaut und Sinn des § 8a FLAG nicht erfüllt ist.

In meinem Schreiben bat ich die Finanzbehörde, mir im Falle einer Ablehnung meines Antrages Parteiengehör iSd AVG zu gewähren bzw. um eine bescheidmäßige Erledigung der Entscheidung.

Mitte November erhielt ich mit der Post den ggst. Bescheid, der am 7. November ausgestellt wurde und in dem mein Antrag abgewiesen wurde. In der Begründung, der kein Parteiengehör vorausgegangen war, wurde auf meine Ausführungen nicht eingegangen und mitgeteilt „Da sich Ihr Kind ständig in Ungarn aufhält, besteht nur Anspruch auf ... und Ihr Antrag wird daher abgewiesen“.

Ich fechte diesen Bescheid insbesondere wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und auch wegen Verletzung der Verfahrensvorschriften an.

Die Finanzbehörde ist in Ihrer Begründung auf meine Ausführungen, wonach sich meine Tochter

nicht „ständig im Ausland“ aufhält, sondern in Österreich in die Schule geht, nicht eingegangen und hat, wie oben ausgeführt, trotz unbestrittenem und der Behörde dokumentiert vorliegendem Sachverhalt (Schulzeugnisse des BRG Mattersburg) im Abweisungsbescheid angeführt „Da sich das Kind ständig in Ungarn aufhält“ und mein Begehren abgelehnt. Die Finanzbehörde hat mir auch nicht vor Ausfertigung des Bescheides die Möglichkeit gegeben, mit der beabsichtigten Entscheidung der Behörde konfrontiert zu werden und eine abschließende Stellungnahme abzugeben.

Ich begründe die Rechtswidrigkeit der Beschwerde einerseits und insbesondere mit Verweis auf den Wortlaut des Gesetzestextes und der Tatsache, dass die Formulierung „ständig aufhältig“ sprachlich eindeutig ist und jemand, der als ordentlicher Schüler ein österreichisches Gymnasium absolviert, unmöglich „ständig außerhalb Österreichs aufhältig“ sein kann, auch wenn er in Ungarn seinen Wohnsitz hat und meist dort übernachtet.

Abgesehen von der Wortinterpretation beziehe ich mich auch auf die Intention des Gesetzgebers, wonach es der Sinn der Familienbeihilfe ist, einen teilweisen finanziellen Ausgleich für die Mehrbelastung zu schaffen, die durch die tatsächlich anfallenden Lebenshaltungskosten der Kinder entsteht. Da meine Tochter in Österreich in die Schule geht, sind die Kosten, die mit der Schule verbunden sind (Lernmaterialien, Utensilien, Klassenausflüge, Klassenreisen, Schikurse, Landschulwochen, etc), und Kosten für Verpflegung während des Aufenthaltes in Österreich die gleichen, wie für jedes andere Kind das in Österreich wohnt. Ebenso ergibt sich aus dem seit 2012 andauerndem Schulbesuch in Österreich, dass sich nahezu das komplette soziale Umfeld meiner Tochter in Österreich befindet und daher auch sonstige Kosten für das Privatleben (Unterhaltung, Transportkosten, Lokalbesuche, teilweise auch Einkäufe) zu einem Großteil in Österreich bzw. nach österreichischem Preisniveau ergeben. Ich beantrage die Änderung des Bescheides vom 7. November 2019; die Behörde möge feststellen, dass meine Tochter V. auf Grund der geschilderten Lebenssituation nicht als „sich ständig im Ausland aufhältig“ zu betrachten ist und die Familienbeihilfe sowie der Kinderabsetzbetrag in voller Höhe gem. § 8 FLAG bzw. § 33 Abs 3 erster Satz Einkommensteuergesetz gewährt wird.

Nach Vorhalteschreiben des Finanzamtes wiederholte die Bf. (Antwort über FinanzOnline vom 20.12.2019), sie habe nicht behauptet, dass ein ständiger Wohnsitz ihrer Tochter in Österreich vorliege. Die gesetzlichen Bestimmungen des FLAG bzw. Einkommensteuergesetz zu Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag sehen eine Minderung dann vor, wenn sich das Kind ständig in einem anderen Mitgliedstaat aufhält. Das Gesetz verlange somit als Erfordernis für eine ungekürzte Auszahlung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nicht einen ständigen Aufenthalt in Österreich, sondern lediglich, dass das Kind nicht ständig in einem anderen Mitgliedstaat aufhältig sei. Der Schulbesuch in Österreich führe faktisch dazu, dass ihr Kind nicht ständig in Ungarn aufhältig sei.

Nach einem weiteren Vorhalteschreiben des Finanzamtes stellte die Bf. im Antwortschreiben vom 14.01.2020 (persönlich überreicht am 15.01.2020) ihre Wohnsituation dar:

Mein Ehemann ist Auslandsbeamter iSd § 26/3 BAO und wohnt seit 2017 an seinem Dienstort Pressburg/Slowakei.

Meine Tochter V. und ich wohnten bis Dezember 2019 gemeinsam in Ödenburg (Sopron), Ungarn.

Ich bin im Dezember 2019 zu meinem Ehemann nach Pressburg übersiedelt; meine Tochter wohnt nun alleine in Ödenburg. Ich bin weiterhin bei der Stadt Wien ... beschäftigt. ...

Meine Tochter ist Schülerin und verfügt über kein Einkommen; mein Ehemann und ich tragen die Unterhaltskosten iSd § 2 (2) FLAG 1967.

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 21.01.2020 wurde die Beschwerde mit nachstehender Begründung als unbegründet abgewiesen:

Ihre Beschwerde betreffend Gewährung der Familienbeihilfe in Höhe der in § 8 Abs. 3 und 4 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 festgelegten Beträge und auf Gewährung des Kinderabsatzbetrages in Höhe des in § 33 Abs. 3 erster Satz des Einkommensteuergesetzes 1988 festgelegten Betrages wird abgewiesen.

Da sich Ihr Kind ständig in Ungarn aufhält, besteht nur Anspruch auf die Familienbeihilfe nach § 8a des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 sowie auf den Kinderabsatzbetrag nach § 33 Abs. 3 Z 2 des Einkommensteuergesetzes 1988, und Ihre Beschwerde wird daher abgewiesen. Wie Sie selbst in Ihrem Schreiben vom 14.01.2020 angeben, haben Sie bis Dezember 2019 mit Ihrer Tochter in Sopron gewohnt, waren daher nicht in Österreich ansässig. Es bestand auch kein gemeinsamer Haushalt mit Herrn E. [Ehegatte], daher kann auch kein gemeinsamer Wohnsitz in Sinne des § 26 Absatz 3 BAO vorgelegen haben.

Laut Ihren Angaben wohnt Ihre Tochter seit Ihrem Auszug weiterhin in Sopron. Daher kann nicht von einem gemeinsamen Haushalt mit Ihnen ausgegangen werden.

Aufgrund der o.a. Gründe war Ihre Beschwerde abzuweisen.

Der Vorlageantrag vom 28.01.2020 wurde eingebracht wie folgt:

Ich bitte das Gericht um Überprüfung der Entscheidung. Insbesondere bemerke ich, dass sich die Finanzbehörde nicht mit meinen in der Beschwerde vom 29.11.2019 dargelegten Argumenten (ständig aufhältig und Wohnsitz bzw. Argumentation der Mehrkosten bei Schulbesuch/sozialem Umfeld in Österreich) auseinandergesetzt hat.

Die Finanzbehörde verwendet die Formulierung „ständig in Ungarn aufhält“, obwohl dies nachweislich nicht der Fall ist, da meine Tochter in Österreich in die Schule geht.

Die Gesetztestexte beziehen sich auf Kinder, die sich ständig in einem anderen Mitgliedsstaat aufhalten.

Die Finanzbehörde verdreht bei ihrer Auslegung die Formulierungen. Eine Person, die in Österreich in die Schule geht und in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, hält sich keinesfalls ständig in einem anderen Mitgliedsstaat auf, da es unmöglich ist, sich ständig in Ungarn aufzuhalten und in Österreich in die Schule zu gehen.

Die im vor- und drittletzten Absatz der BVE genannten Fakten (Wie Sie selbst und laut Ihren

Angaben) werden selbstredend nicht in Abrede gestellt bzw. wurden von mir selbst thematisiert, haben aber mit der fraglichen Problematik nichts zu tun.

Mit Eingabe vom 24.09.2020 wiederholte die Bf. ihr Vorlagebegehren auf Gewährung der vollen, nicht indexierten Familienbeihilfe bzw. des Kinderabsetzbetrages ab Jänner 2019.

Die Beschwerdevorlage erfolgte mit nachstehendem Sachverhalt und Anträgen:

Sachverhalt:

Die Antragstellerin wohnte bis Dezember 2019 mit ihrer Tochter V... geb. ***GebDat*** in Sopron. Die Tochter besuchte das Gymnasium in Mattersburg. Seit Wintersemester 2020/21 studiert sie in Wien, wohnt weiterhin allein in Sopron. Die Antragstellerin ist mit ihrem Ehemann E. an die Österreichische Botschaft in *** gezogen. Sie beansprucht die volle österreichische Familienbeihilfe mit der Begründung, dass ihre Tochter den gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat, obwohl sich der Wohnsitz nach wie vor in Sopron befindet. Es liegt kein gemeinsamer Wohnsitz mit der Kindesmutter und dem Stiefvater vor.

Stellungnahme:

Es wird um Abweisung der Beschwerde ersucht, da kein inländischer Wohnsitz der Tochter vorliegt.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Die Bf., eine ungarische Staatsbürgerin, wohnte im Jahr 2019 (bis Dezember; vgl. die unbestrittenen Angaben der Bf. bspw. im Schreiben vom 14.01.2020 und die Ausführungen des Finanzamtes in der Beschwerdevorlage) gemeinsam mit ihrer Tochter, ebenfalls eine ungarische Staatsbürgerin, in Sopron, Ungarn.

Im Jahr 2019 bezog die Bf. aus einer nichtselbständigen Beschäftigung in Österreich Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit.

Die Tochter besuchte ein Realgymnasium in Mattersburg.

Die Tochter der Bf. kehrte wohl regelmäßig zum Wohnsitz in Ungarn zurück, weil die Bf. zu erkennen gab, dass diese dort meist übernachtet hat.

Dass die Tochter den Wohnsitz in Ungarn hatte und beibehielt, wird durch folgende Angaben der Bf. im Schreiben vom 14.01.2020 untermauert:

„Ich bin im Dezember 2019 zu meinem Ehemann nach Pressburg übersiedelt; meine Tochter wohnt nun alleine in Ödenburg. Ich bin weiterhin bei der Stadt Wien ... beschäftigt. ...

Meine Tochter ist Schülerin und verfügt über kein Einkommen; mein Ehemann und ich tragen die Unterhaltskosten iSd § 2 (2) FLAG 1967.“

Laut Familienbeihilfendatenbank wurden an die Bf. bis einschließlich Dezember 2018 Leistungen an österreichischer Familienbeihilfe nach § 8 Abs. 1 bis 3 FLAG 1967 und an Kinderabsetzbeträgen nach § 33 Abs. 3 erster Satz EStG 1988 für ihre Tochter in voller Höhe erbracht.

Mit 1. Jänner 2019 wurde die Anpassung der österreichischen Familienbeihilfe an die Kaufpreisverhältnisse am Wohnort eingeführt.

Ab Jänner 2019 wurden der Bf. die österreichische Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag gekürzt nach § 8a FLAG 1967 sowie § 33 Abs. 3 Z 2 EStG 1988 (Indexierung) ausbezahlt.

Der Antrag der Bf. auf Auszahlung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages ohne Indexierung ab 1. Jänner 2019 wurde vom Finanzamt mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid abgewiesen; der Abspruch über dieses Beschwerdebegehren (zuletzt im Vorlageantrag vom 28.01.2020 und im Schreiben vom 24.09.2020 wiederholt) ist trotz zwischenzeitig seitens des Finanzamtes ergangener Bescheidaufhebungen und erlassener Beschwerdeentscheidungen inhaltlich nicht erledigt und Gegenstand dieses Erkenntnisses.

2. Beweiswürdigung

Die Sachverhaltsfeststellungen beruhen auf der Aktenlage und Datenbankabfragen und sind unstrittig.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I. (Stattgabe)

Eingangs ist festzuhalten, dass der Streitzeitraum, für den mit der gegenständlichen Entscheidung über die Höhe der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages abzusprechen ist, durch den in Beschwerde gezogenen Erstbescheid des Finanzamtes (vom 07.11.2019) begrenzt wird. Da im Erstbescheid lediglich der Beginn des Zeitraums festgehalten wird ("ab Jän. 2019"), ist für das Ende des Streitzeitraums das Datum der Bescheiderlassung maßgeblich (vgl. VwGH 30.01.2014, 2012/16/0052, argumento "jeweils aber bis zum Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides"). Abzusprechen ist daher über den Zeitraum Jänner 2019 bis November 2019.

Zur Sache:

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 Mitgliedsstaat 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 FLAG 1967 und des Kinderabsetzbetrages nach § 33 Abs. 3 Z 2 EStG 1988 wurden mit der Familienbeihilfe-Kinderabsetzbetrag-EU-Anpassungsverordnung (BGBl. II Nr. 318/201/) kundgemacht und gelten ab 01.01.2019.

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat am 16. Juni 2022 betreffend Indexierung der Familienbeihilfe sowie bestimmter familienbezogener Steuerbegünstigungen auf Grund einer Klage der Europäischen Kommission entschieden.

Der Tenor des Urteils EuGH 16. 6. 2022, C-328/20, Kommission gg. Österreich, ECLI:EU:C:2022:468, lautet:

1. Die Republik Österreich hat durch die – auf die Änderung von § 8a des Bundesgesetzes betreffend den Familienlastenausgleich durch Beihilfen vom 24. Oktober 1967 in der durch das Bundesgesetz, mit dem das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, das Einkommensteuergesetz 1988 und das Entwicklungshelfergesetz geändert werden, vom 4. Dezember 2018 geänderten Fassung und von § 33 des Bundesgesetzes über die Besteuerung des Einkommens natürlicher Personen vom 7. Juli 1988 in der durch das Jahressteuergesetz 2018 vom 14. August 2018 und das Bundesgesetz, mit dem das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, das Einkommensteuergesetz 1988 und das Entwicklungshelfergesetz geändert werden, vom 4. Dezember 2018 geänderten Fassung zurückgehende – Einführung eines Anpassungsmechanismus in Bezug auf die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für Erwerbstätige, deren Kinder ständig in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 4 und 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 aus Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union verstoßen.

2. Die Republik Österreich hat durch die – auf die Änderung von § 8a des Bundesgesetzes betreffend den Familienlastenausgleich durch Beihilfen vom 24. Oktober 1967 in der durch das Bundesgesetz, mit dem das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, das Einkommensteuergesetz 1988 und das Entwicklungshelfergesetz geändert werden, vom 4. Dezember 2018 geänderten Fassung und von § 33 des Bundesgesetzes über die Besteuerung des Einkommens natürlicher Personen vom 7. Juli 1988 in der durch das Jahressteuergesetz 2018 vom 14. August 2018 und das Bundesgesetz, mit dem das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, das Einkommensteuergesetz 1988 und das Entwicklungshelfergesetz geändert werden, vom 4. Dezember 2018 geänderten Fassung zurückgehende – Einführung eines Anpassungsmechanismus in Bezug auf den Familienbonus Plus, den Alleinverdienerabsetzbetrag, den Alleinerzieherabsetzbetrag und den Unterhaltsabsetzbetrag für Wanderarbeitnehmer, deren Kinder ständig in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 492/2011 verstoßen.

Die vom Gerichtshof der Europäischen Union mit Urteil EuGH 16. 6. 2022, C-328/20 getroffene Auslegung ist auch im gegenständlichen Beschwerdeverfahren vor dem Bundesfinanzgericht zu beachten.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind die Wirkungen des Grundsatzes des Vorrangs des Unionsrechts für alle Einrichtungen eines Mitgliedstaats verbindlich, ohne dass dem insbesondere die innerstaatlichen Bestimmungen, auch wenn sie – was hier nicht der Fall ist – Verfassungsrang haben, entgegenstehen könnten (vgl. EuGH 17. 12. 1970, 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, EU:C:1970:114, Rn. 3; EuGH 21. 12. 2021, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 und C-840/19, Euro Box Promotion u. a., EU:C:2021:1034, Rn 251; EuGH 22. 2. 2022, C-430/21, RS, EU:C:2022:99, Rn. 50).

Der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts besagt, dass das Unionsrecht dem Recht der Mitgliedstaaten vorgeht. Dieser Grundsatz verpflichtet daher alle mitgliedstaatlichen Stellen, den verschiedenen Bestimmungen des Unionsrechts volle Wirksamkeit zu verschaffen, wobei das Recht der Mitgliedstaaten die diesen Bestimmungen zuerkannte Wirkung im Hoheitsgebiet dieser Staaten nicht beeinträchtigen darf. Nach diesem Grundsatz ist ein nationales Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat und nationale Rechtsvorschriften nicht im Einklang mit den Anforderungen des Unionsrechts auslegen kann, verpflichtet, für die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede – auch spätere – entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste (vgl. EuGH 15. 7. 1964, 6/64, Costa, 6/64, EU:C:1964:66, S. 1270 und 1271; EuGH 19. 11. 2019, C-585/18, C-624/18 und C-625/18, A. K. u. a., EU:C:2019:982, Rn. 157, 158 und 160; EuGH 6. 10. 2020, C-511/18, C-512/18 und C-520/18, La Quadrature du Net u. a., EU:C:2020:791, Rn. 214 und 215; EuGH 5. 4. 2022, C-140/20, G. D., EU:C:2022:258, Rn. 118).

Die Entscheidungen des EuGH binden alle Gerichte der Mitgliedstaaten auch für andere Fälle; sie schaffen objektives Recht (vgl. OGH 29. 2. 1996, 8 ObA 211/96 u. v. a.). Alle Gerichte der Mitgliedstaaten haben im Rahmen ihrer Zuständigkeit das Unionsrecht uneingeschränkt anzuwenden und für die volle Wirksamkeit der unionsrechtlichen Normen Sorge zu tragen, indem sie erforderlichenfalls jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lassen (vgl. VfGH 5. 3. 1999, B 3073/96 u. a.).

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union wird durch die Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts, die der Gerichtshof vornimmt, erläutert und verdeutlicht, in welchem Sinne und mit welcher Tragweite diese Vorschrift seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre. Daraus folgt, dass die Gerichte die Vorschrift in dieser Auslegung auch auf Rechtsverhältnisse, die nach Inkrafttreten

dieser Vorschrift und vor Erlass des auf das Ersuchen um Auslegung ergangenen Urteils entstanden sind, anwenden können und müssen, wenn alle sonstigen Voraussetzungen für die Anrufung der zuständigen Gerichte in einem die Anwendung dieser Vorschrift betreffenden Streit vorliegen (vgl. EuGH 5. 9. 2019, C-331/18, TE, EU:C:2019:665, Rn. 53; EuGH 13. 12. 2018, C-385/17, Hein, EU:C:2018:1018, Rn. 56 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Nur der Gerichtshof kann in Ausnahmefällen und aus zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit eine vorübergehende Aussetzung der Verdrängungswirkung herbeiführen, die eine unionsrechtliche Vorschrift gegenüber mit ihr unvereinbarem nationalem Recht ausübt (vgl. EuGH 5. 4. 2022, C-140/20, G. D., EU:C:2022:258, Rn. 119).

Eine solche zeitliche Beschränkung der Wirkungen einer Auslegung des Unionsrechts durch den Gerichtshof ist im Urteil EuGH 16. 6. 2022, C-328/20 nicht erfolgt.

Nationales Recht, das in einer konkreten Konstellation im Widerspruch zu unmittelbar anwendbarem Unionsrecht steht, wird für diese Konstellation verdrängt. Nationales Recht bleibt insoweit unangewendet, als ein Verstoß gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht gegeben ist. Steht der Anwendung einer nationalen Norm der Anwendungsvorrang unmittelbar anwendbaren Unionsrechts entgegen, wäre die Anwendung der nationalen Norm einer denkbaren Gesetzesanwendung gleichzuhalten, die mit den Vorgaben des gleichheitsrechtlichen Willkürverbotes nicht zu vereinbaren ist (vgl. VfGH 4. 3. 2021, E 3131/2020). Die Verdrängungswirkung des Unionsrechts hat zur Folge, dass die nationale gesetzliche Regelung in jener Gestalt anwendbar bleibt, in der sie nicht mehr im Widerspruch zum Unionsrecht steht.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs erreicht die Verdrängung des nationalen Rechts „bloß jenes Ausmaß, das gerade noch hinreicht, um einen unionsrechtskonformen Zustand herbeizuführen“ (vgl. VwGH 24. 6. 2021, Ro 2018/16/0040; VwGH 19. 3. 2013, 2010/15/0065; VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064).

Lässt das Unionsrecht für eine bestimmte Konstellation mehrere Lösungen zu, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, innerhalb des vom Unionsrecht vorgegebenen Rahmens eine nationale Regelung zu normieren. Solange der Gesetzgeber diese Entscheidung nicht getroffen hat, und soweit dem Unionsrecht unmittelbare Anwendbarkeit zukommt, muss der Rechtsanwender eine „bereinigte Rechtslage“ zur Anwendung bringen. Bestehen mehrere gleichwertige unionsrechtskonforme Lösungen, hat nach dieser Rechtsprechung der Rechtsanwender nicht ein freies Wahlrecht, sondern hat nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs jene Lösung zur Anwendung zu bringen, mit welcher materiell am wenigsten in das nationale Recht eingegriffen wird. Soweit als möglich ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs die normative Anordnung des nationalen Gesetzgebers aufrechtzuerhalten (vgl. VwGH 24. 6. 2021, Ro 2018/16/0040; VwGH 19. 3. 2013, 2010/15/0065; VwGH 25. 10. 2011, 2011/15/0070).

Ein derartiger Fall liegt hier nicht vor. Der EuGH hat eindeutig ausgesprochen, dass Art. 67 VO 883/2004 dahin auszulegen ist, dass die Familienleistungen, die ein Mitgliedstaat (Vertragsstaat) Erwerbstätigen gewährt, deren Familienangehörige in diesem Mitgliedstaat (Vertragsstaat) wohnen, exakt jenen entsprechen müssen, die er Erwerbstätigen gewährt, deren Familienangehörige in einem anderen Mitgliedstaat (Vertragsstaat) wohnen (Rn. 47). Kaufkraftunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten (Vertragsstaaten) rechtfertigen im Hinblick auf diese Bestimmung nicht, dass ein Mitgliedstaat (Vertragsstaat) dieser zweiten Personengruppe Leistungen in anderer Höhe gewährt als der ersten Personengruppe (Rn. 47).

Im Hinblick auf die Wohnsitzfiktion des Art. 67 VO 883/2004 und der Beiträge von Wanderarbeitnehmern zur Finanzierung der sozialpolitischen Maßnahmen des Aufnahmemitgliedstaats dürfen die Mitgliedstaaten (Vertragsstaaten) gemäß dieser Verordnung die Familienleistungen nicht nach Maßgabe des Wohnstaats der Kinder des Begünstigten anpassen (Rn. 51).

Eine Indexierung von Sozialleistungen für Kinder, die in einem anderen Mitgliedstaat (Vertragsstaat) wohnen als der Arbeitnehmer, an Hand der Kaufkraftunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten (Vertragsstaaten) wäre, selbst wenn dies das Sekundärrecht zuließe, was nicht der Fall ist, nach dem Primärrecht der Union (Art. 45 AEUV) ungültig (Rn. 57 unter Hinweis auf EuGH 15. 1. 1986, 41/84, Pinna, EU:C:1986:1).

Die Bf. in der hier anhängigen Rechtssache ist Unionsbürgerin, in Österreich erwerbstätig, ihr Kind wohnt – folgt man der für die Abgrenzung des vorübergehenden Aufenthalts nach § 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967 vom ständigen Aufenthalt nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ergangenen Rechtsprechung – *ständig* in einem anderen Mitgliedstaat der Union.

Die einzige unionsrechtskonforme Lösung der hier anhängigen Rechtssache kann nur darin bestehen, gemäß dem Urteil EuGH 16. 6. 2022, C-328/20 § 8a FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 Z 2 EStG 1988 infolge Verdrängung durch das Unionsrecht nicht anzuwenden.

Infolgedessen kann dahingestellt bleiben, dass die Argumentation der Bf. in der Beschwerde, *„meine Tochter ist jedoch nicht ‚ständig‘ in einem anderen Mitgliedsstaat aufhältig, sondern besucht trotz grenznahem Wohnsitz in Ungarn seit 2012 das Bundesrealgymnasium in Mattersburg und hält sich somit regelmäßig zumindest tagsüber in Österreich auf“* der Beschwerde wahrscheinlich nicht zum Erfolg verholfen hätte, da es bei der Frage des ständigen Aufenthaltes wie i.S.d. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 um objektive Kriterien geht, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen sind (vgl. etwa VwGH 22.04.2009, 2008/15/0323; VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055; VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103). Für die Entscheidung ist somit nicht relevant, ob die Tochter der Bf. auf Grund des Schulbesuchs die überwiegende Zeit in Österreich verbracht hat oder doch in Ungarn, wo sie zum Haushalt der Mutter zugehörig gewesen ist, wobei es *nicht* erforderlich gewesen ist, dass sie *ständig* in diesem Haushalt anwesend gewesen ist.

Der angefochtene Bescheid erweist sich daher als rechtswidrig (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG), er ist gemäß § 279 BAO ersatzlos aufzuheben.

Das FLAG 1967 kennt keine bescheidmäßige Zuerkennung von Familienbeihilfe. Gleiches gilt für den gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 gemeinsam mit der Familienbeihilfe auszahlenden Kinderabsetzbetrag.

Steht Familienbeihilfe zu, ist diese gemäß § 11 FLAG 1967 vom Finanzamt auszusahlen und hierüber vom Finanzamt gemäß § 12 FLAG 1967 eine Mitteilung auszustellen. Diese Mitteilung ist nicht rechtskraftfähig. Nur wenn einem Antrag auf Familienbeihilfe nicht oder nicht zur Gänze stattzugeben ist, ist hinsichtlich des (monatsbezogenen) Abspruchs über die Abweisung gemäß § 13 Satz 2 FLAG 1967 ein Bescheid (Abweisungsbescheid) auszufertigen (vgl. Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG² 2020 § 26 Rz 3 m. w. N.).

Gemäß § 25 Abs. 1 BFGG und § 282 BAO ist das Finanzamt verpflichtet, im gegenständlichen Fall mit den ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Bundesfinanzgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen und die Auszahlung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags im ausgeführten Umfang, also ohne Anwendung der Indexierungsbestimmungen von § 8a FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 Z 2 EStG 1988, vorzunehmen.

3.2. Zu Spruchpunkt II. (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 Gerichtshof der Europäischen Union hat die Rechtsfrage, ob ein Anpassungsmechanismus in Form der Indexierung nach der Kaufkraft in den einzelnen Mitgliedsstaaten bzw. Vertragsstaaten in Bezug auf die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für Erwerbstätige, deren Kinder ständig in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, mit dem Unionsrecht vereinbar ist, eindeutig beantwortet. Basierend auf der geltenden österreichischen Rechtslage gibt es nur eine unionsrechtskonforme Lösung, nämlich auf Aufhebung des angefochtenen Bescheids und damit die Auszahlung der Familienbeihilfe ohne Anwendung einer Indexierung in Bezug auf Kaufkraftunterschiede in den einzelnen Mitgliedstaaten. Es liegt daher nunmehr keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor. Die Revision ist daher nicht zuzulassen.

Wien, am 28. Juli 2022