

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf., X., gegen die Bescheide des Finanzamtes Baden Mödling vom 11.09.2014, betreffend Ausgleichszahlung zur Familienbeihilfe betreffend

Zeitraum Mai bis Dezember 2005,  
Zeitraum Jänner bis Dezember 2006,  
Zeitraum Jänner bis Dezember 2007 und  
Zeitraum Jänner bis Dezember 2008,

zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird stattgegeben.

Die angefochtenen Bescheide werden laut der untenstehenden Tabelle abgeändert.

Familienbeihilfe inkl. Kinderabsetzbetrag	
Mai 2005 - Dezember 2005	€ 1.279,60
2006	€ 1.963,20
2007	€ 2.132,30
2008	€ 4.223,30

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

## Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (Bf.), ein polnischer Staatsbürger, ist verheiratet und stellte erstmals im März 2010 einen Antrag auf Ausgleichszahlung zur Familienbeihilfe (Zeitraum Mai 2005 bis Dezember 2008) für seine mit der Gattin und Kindesmutter in Polen lebenden Kinder S., geb. 2002, und T., geb. 2007.

Das Finanzamt wies die Anträge wegen sogen. Scheinselbständigkeit ab.

Der Bf. brachte gegen die Abweisungsbescheide Beschwerde ein und wurden dieser mit Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes vom 21. August 2014, RV/7102583/2011, stattgegeben und die angefochtenen Bescheide aufgehoben.

Das Finanzamt gewährte in der Folge Ausgleichszahlungen, dies unter Anrechnung einer fiktiven polnischen Beihilfe.

Mai 2005 bis Dezember 2005	€ 1.196,00
Jänner 2006 bis Dezember 2006	€ 1.831,32
Jänner 2007 bis Dezember 2007	€ 1.952,67
Jänner 2008 bis Dezember 2008	€ 3.838,82

Der Bf. legte dagegen unter Übermittlung einer Bestätigung der ausländischen Behörde, wonach im strittigen Zeitraum in Polen keine Familienleistungen bezogen wurden, Beschwerde ein.

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung vom 29. Juli 2015 mit der Begründung ab, dass die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in der bis 30. April 2010 gültigen Fassung regle, welcher Mitgliedsstaat für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet sei. Vorrangig müsse grundsätzlich jener Mitgliedstaat die Familienleistungen gewähren, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt werde.

Würden die Elternteile in verschiedenen Mitgliedstaaten erwerbstätig sein, treffe die vorrangige Verpflichtung zur Gewährung der Familienleistungen jenen Mitgliedsstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen.

Seien die Familienleistungen im anderen Mitgliedsstaat höher, bestehe dort gegebenenfalls ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages nach Artikel 76 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Verbindung mit Art. 10 der DVO 574/72.

Werde in jenem Mitgliedsstaat, der vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen verpflichtet sei, kein Antrag gestellt, so könne gemäß Artikel 76 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 der andere Mitgliedsstaat dennoch jene Leistungen, die bei Antragstellung gewährt worden wären, bei der Berechnung der Ausgleichszahlung berücksichtigen.

Der Bf. habe trotz Aufforderung keinen Nachweis vorgelegt, dass im betreffenden Zeitraum in Polen kein Anspruch auf Familienleistungen bestanden habe. Es sei lediglich nachgewiesen worden, dass kein Antrag gestellt worden sei.

Da der Bf. trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht eingebracht habe und dadurch seiner Mitwirkungspflicht nach § 115 Bundesabgabenordnung nicht nachgekommen sei, müsse angenommen werden, dass im oben genannten Zeitraum nur Anspruch auf die Ausgleichszahlung bestanden habe bzw. bestehe.

Außerdem werde darauf hingewiesen, dass bei Auslandssachverhalten eine erhöhte Mitwirkungspflicht bestehe.

Der Bf. stellte fristgerecht einen Vorlageantrag an das Bundesfinanzgericht und führte darin begründend aus, dass er als Nachweis, dass er in den Kalenderjahren 2005 bis 2008 für seine in Polen ansässigen Kinder keine Familienleistungen bezogen habe, eine Bescheinigung des polnischen Trägers vom 27. August 2015 samt einer Übersetzung vom 28. August 2015 beilege.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

#### **Folgender Sachverhalt ist aktenkundig und wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:**

Der Bf., seine Gattin und die in den Jahren 2002 und 2007 geborenen Kinder sind polnische Staatsbürger. Der Bf. ist seit 27. April 2005 mit einem Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet und übt bis dato eine Beschäftigung in Österreich aus. Er erzielte im Jahr 2005 ein Einkommen von rd. € 10.000,00, im Jahr 2006 € 13.800,00, 2007 € 11.880,00 und 2008 € 8.450,00. Die Gattin wohnt mit den beiden Kindern in Polen. Sie ist nicht berufstätig.

Laut übersetzter Bescheinigung wurde in Polen weder ein Antrag auf Gewährung von Kindergeld gestellt noch hat die Gattin Kindergeld bezogen bzw. bezieht sie Kindergeld.

Im Juni 2008 wurde der Gattin des Bf. wegen der Geburt der Tochter ein einmaliger Zuschlag ausgezahlt.

#### **Gesetzliche Bestimmungen und rechtliche Würdigung:**

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

§ 3 FLAG 1967 legt zusätzliche Voraussetzungen für Personen und für Kinder fest, die nicht österreichische Staatsbürger sind.

Gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. In diesem Zusammenhang bestimmt jedoch § 53 Abs 1 FLAG 1967, dass § 5 Abs 3 FLAG 1967 in Bezug auf EWR-Staatsbürger grundsätzlich nicht gilt, diese sind in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Die Kinder des Bf befinden sich ständig mit der Kindesmutter in Polen, weshalb grundsätzlich der Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 ausgeschlossen wäre. Da sie aber EWR-Bürger sind, ist § 53 Abs 1 FLAG 1967 auf sie anzuwenden, demnach sind sie österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt und § 5 Abs 3 FLAG 1967 kommt nicht zur Anwendung.

Nach § 4 Abs. 2 iVm § 53 FLAG haben österreichische Staatsbürger sowie Staatsbürger von Vertragsparteien des EWR Anspruch auf eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person Anspruch haben, geringer ist, als die Familienbeihilfe, die ihnen ansonsten zu gewähren wäre.

Der Bf., seine Gattin und die Kinder sind als polnische Staatsbürger auch Unionsbürger. Der Bf. hat im Streitzeitraum in Österreich gewohnt und gearbeitet. Seine Gattin wohnte im Streitzeitraum mit den Kindern in Polen. Sie hat dort keine Berufstätigkeit ausgeübt.

Es sind daher im Beschwerdefall nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten. Vielmehr ist die Verordnung (EWG) Nr 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern des Rates vom 14. Juni 1971 idgF (in der Folge "VO 1408/71") zu beachten. Diese hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat ("Durchgriffswirkung"). Die VO geht dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor ("Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts").

Gemäß Artikel 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern iVm der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Zwischen den Parteien des Verwaltungsverfahrens ist unstrittig, dass dem Bf. eine Ausgleichszahlung zusteht.

Strittig ist ausschließlich, ob (fiktive) ausländische Beihilfenansprüche von den inländischen Familienleistungen abgezogen werden können, obwohl die Gattin des Bf. in Polen weder einen Antrag auf Familienleistungen gestellt noch solche bezogen hat.

### **Anspruch auf ausländische Familienbeihilfe maßgebend**

Nach den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen hat Polen für den Bf. im genannten Streitzeitraum keine Familienleistungen erbracht.

Der EuGH hat zu früheren Fassungen des Art. 76 VO 1408/71 judiziert, Leistungen nach Art. 76 VO 1408/71 seien nur insoweit auszusetzen, als Leistungen tatsächlich im Wohnstaat gezahlt werden (vgl. EuGH 9.12.1992, C-119/91, Una McMenamin; EuGH 13.11.1984, 191/83, Salzano; EuGH 23.4.1986, 153/84, Ferraioli). Art. 76 VO 1408/71 sei dahingehend auszulegen, dass der Anspruch auf Leistungen nach Art. 73 VO 1408/71 nicht ausgesetzt wird, wenn die Familienleistungen oder -beihilfen in dem Mitgliedstaat, in dem Familienangehörige wohnen, nur deshalb nicht weiter zu zahlen sind, weil ein

entsprechender Antrag nicht oder nicht mehr gestellt wurde (EuGH 4.7.1990, C-117/89, Klaus Jürgen Kracht).

Die für die Streitzeiträume (Mai bis Dezember 2005, Jänner bis Dezember 2006, Jänner bis Dezember 2007 und Jänner bis Dezember 2008) anzuwendende Fassung des Art. 76 VO 1408/71 sieht jedoch vor, dass der zuständige Träger des Beschäftigungsstaates den Anspruch auf Familienleistungen bis zur Höhe der durch den Wohnmitgliedstaat zu gewährenden Familienleistungen ruhen lassen kann, wenn im Wohnmitgliedstaat kein Antrag auf Gewährung von Familienleistungen gestellt worden ist. Diese Änderung von Art. 76 VO 1408/71 ist in Reaktion auf die dargestellte ältere Rechtsprechung des EuGH erfolgt, um das in dessen Abs. 1 vorgesehene Ruhenlassen des Anspruchs auf Familienleistungen auch dann zu ermöglichen, wenn im Wohnmitgliedstaat kein Antrag auf Leistungsgewährung gestellt worden ist (vgl. EuGH 6.11.2014, C-4/13, Susanne Fassbender-Firman).

Diese Vorschrift ermöglicht es dem Beschäftigungsmitgliedstaat, den Anspruch auf Familienleistungen auch dann ruhen zu lassen, wenn im Wohnmitgliedstaat kein Antrag auf Leistungsgewährung gestellt worden ist und dieser Mitgliedstaat folglich keine Zahlung geleistet hat (vgl. EuGH 14.10.2010, C-167/09, Gudrun Schwemmer; EuGH 20.10.2011, C-225/10, Pérez García u. a.).

Aus dem Wortlaut von Art. 76 Abs. 2 VO 1408/71 ergibt sich, dass er ein Ruhenlassen des Anspruchs auf die nach den Rechtsvorschriften des Beschäftigungsmitgliedstaats geschuldeten Familienleistungen bis zu dem in den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats vorgesehenen Betrag nicht vorschreibt, sondern erlaubt.

Art. 76 Abs. 2 VO 1408/71 erlaubt es dem Beschäftigungsmitgliedstaat, in seinen Rechtsvorschriften vorzusehen, dass der zuständige Träger den Anspruch auf Familienleistungen ruhen lässt, wenn im Wohnmitgliedstaat kein Antrag auf Gewährung von Familienleistungen gestellt worden ist. Unter solchen Umständen verfügt der zuständige Träger nicht über ein Ermessen in Bezug darauf, ob er gemäß Art. 76 Abs. 2 der VO die in Art. 76 Abs. 1 der VO 1408/71 vorgesehene Antikumulierungsregel anwendet, sondern er ist dazu verpflichtet, wenn ihre Anwendung in den Rechtsvorschriften des Beschäftigungsmitgliedstaats vorgesehen ist und die dort aufgestellten Voraussetzungen dafür vorliegen.

So hat der EuGH entschieden, Art. 76 Abs. 2 VO 1408/71 in der durch die VO 118/97 geänderten und aktualisierten Fassung, zuletzt geändert durch die VO 1606/98 sei dahin auszulegen, dass er es dem Beschäftigungsmitgliedstaat erlaubt, in seinen Rechtsvorschriften vorzusehen, dass der zuständige Träger den Anspruch auf Familienleistungen ruhen lässt, wenn im Wohnmitgliedstaat kein Antrag auf Gewährung von Familienleistungen gestellt worden ist. Unter diesen Umständen ist der zuständige Träger, falls der Beschäftigungsmitgliedstaat in seinen innerstaatlichen Rechtsvorschriften ein solches Ruhenlassen des Anspruchs auf Familienleistungen vorsieht, bei Vorliegen der in diesen Rechtsvorschriften aufgestellten Voraussetzungen nach Art. 76 Abs. 2

verpflichtet, den Anspruch ruhen zu lassen, ohne dass er insoweit über ein Ermessen verfügt (EuGH 6.11.2014, C-4/13, Susanne Fassbender-Firman).

Gleiches gilt für die Rechtslage ab Mai 2010 nach Art. 68 Abs. 2 VO 883/2004.

Artikel 68 Abs. 2 spricht ausdrücklich von der „Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags“ und nicht von einem „geschuldeten Betrag“. Es sind daher auch jene Beträge an Familienleistungen auszusetzen, die nicht beantragt wurden oder wegen Verjährung auch gar nicht mehr beantragt werden können (vgl. EUGH 4.7.1990, C-117/89, Kracht; EUGH 23.4.1986, C-153/84, Ferraioli). Sh. *Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 53 Rz. 195.

Nach österreichischem nationalen Recht kommt es daher - unionsrechtskonform - darauf an, ob der Bf oder eine andere Person - hier: die Ehegattin - in den Streitzeiträumen Mai bis Dezember 2005, Jänner bis Dezember 2006, Jänner bis Dezember 2007 und Jänner bis Dezember 2008 Anspruch auf eine polnische Familienleistung gehabt hat.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. zB VwGH 19.12.2013, 2012/16/0012; VwGH 19.6.2013, 2011/16/0227) ist der Fall der "Nichtstellung eines Familienbeihilfenantrages" im Wohnsitzstaat des Kindes, bei dem nach der EG-Verordnung so vorzugehen wäre, als wäre der Antrag dennoch gestellt und in der Folge die ausländische Familienbeihilfe gewährt worden, nicht einem aus inhaltlichen Gründen abgelehnten Antrag, dh. einem festgestellten nicht zustehenden Anspruch, gleichzuhalten. Eine gegenteilige Auffassung ist laut VwGH der Verordnung nicht zu entnehmen. Nur in dem Fall, dass im primär verpflichteten Mitgliedstaat bei erfolgter Antragstellung aus inhaltlichen Gründen kein Anspruch auf Familienleistungen zusteht, scheidet demnach ein Ruhen österreichischer Ansprüche bis zur Höhe von ausländischen Ansprüchen begrifflich bereits aus.

Familienleistungen werden in Polen an polnische Staatsangehörige und zwar an die Eltern oder an den tatsächlichen Betreuer des Kindes gezahlt, soweit das monatliche Pro-Kopf-Einkommen der Familie - hier im Streitzeitraum 2005 bis 2008 - im Monat PLN 539 (ca. € 132) nicht überschreitet (MISSOC Database).

Der Bf. erzielte in Österreich im Jahr 2005 ein Einkommen von rd. € 10.000,00 im Jahr 2006 € 13.800,00, 2007 € 11.880,00 und 2008 € 8.450,00. Seine Gattin bezog in Polen keine Einkünfte.

Dem Bf. bzw. seiner Gattin stehen somit auf Grund der Höhe ihrer Einkommen in Polen keine Familienleistungen zu.

Wenn in einem der beiden Mitgliedstaaten, entweder im Beschäftigungsstaat oder im Wohnsitzstaat, kein Anspruch auf Beihilfe aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften besteht, kann es auch zu keiner Kumulierung von Ansprüchen kommen. Deswegen sind in einem Fall wie dem vorliegenden die "Antikumulierungs"-Regeln der VO EWG 1408/71 sowie der DVO EWG 574/72 nicht anzuwenden. In diesem Fall ist somit nach den Vorschriften des Artikels 73 der VO EWG 1408/71 der Beschäftigungsstaat für die

Familienleistungen zuständig (wiederum EuGH Rs C-543/03, Dodl und Oberhollenzer, Rz 63, vgl. auch UFS GZ RV/1745-W/04).

Der nach inländischem Recht gegebene Anspruch auf Familienbeihilfe war somit nicht auf Basis der Bestimmungen des Art 76 Abs 1 und 2 Verordnung (EWG) 1408/71 bzw. Art 10 der Verordnung (EWG) 547/72 (Verordnung EWG 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung EWG 1408/71) zu kürzen.

Der Beschwerde war somit stattzugeben.

### **Zulässigkeit einer Revision**

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor. Steht nämlich sachverhaltsmäßig fest, dass der Bf. aufgrund des Überschreitens der Einkommensgrenzen, von denen im polnischen Recht der Bezug von Familienleistungen abhängt, auch dann keinen Anspruch in Polen gehabt hätte, wenn ein Antrag gestellt worden wäre, hat eine Anrechnung ausländischer Familienleistungen zu unterbleiben. Dabei handelt es sich um keine Rechts-, sondern um eine Sachverhaltsfrage.

Wien, am 1. April 2016