

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter AAA in der Beschwerdesache der Frau Bfin. , gegen die Bescheide des Finanzamtes Bruck Leoben Mürzzuschlag vom 22. August 2014,

- a) betreffend die Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind XY, für den Zeitraum vom 1. März 2013 bis 30. April 2014, und
- b) betreffend die Rückforderung der für das Kind XY für den Zeitraum vom 1. Juli 2012 bis 31. März 2013 ausgezahlten Familienbeihilfe und der entsprechenden Kinderabsetzbeträge (Gesamtrückforderungsbetrag 948,60 Euro),  
zu Recht erkannt:

Zu a): Der Bescheid, betreffend die Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum vom 1. März 2013 bis 30. April 2014, und die Beschwerdevorentscheidung vom 5. März 2015 werden hinsichtlich des Monats März 2013 aufgehoben.

Hinsichtlich des Zeitraumes vom 1. April 2013 bis 30. April 2014 werden der angefochtene Bescheid und die Beschwerdevorentscheidung vom 5. März 2015 gemäß § 278 Abs. 1 BAO aufgehoben und die Sache an die Abgabenbehörde zurückverwiesen.

Zu b): Der Bescheid, betreffend die Rückforderung der für das Kind für den Zeitraum vom 1. Juli 2012 bis 31. März 2013 ausgezahlten Familienbeihilfe und der entsprechenden Kinderabsetzbeträge, und die Beschwerdevorentscheidung vom 5. März 2015 werden gemäß § 278 Abs. 1 BAO aufgehoben und die Sache an die Abgabenbehörde zurückverwiesen.

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

## Entscheidungsgründe

Am 27. Juni 2014 ist der von den Vertretern der Beschwerdeführerin mit 25. Juni 2014 datierte Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Monate April 2013 bis April 2014 eingebracht worden.

Die Abweisung des (nicht gestellten) Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Monat März 2013 erfolgte somit ohne einen entsprechenden Antrag der Beschwerdeführerin und hätte auch von Amts wegen nicht erlassen werden dürfen.

Der Bescheid erweist sich somit hinsichtlich des Monats März 2013 schon aus diesem Grunde als rechtswidrig und war daher, wie im Spruch geschehen, aufzuheben.

Hinsichtlich des Zeitraumes vom 1. Juli 2012 bis 30. April 2014 ist auszuführen:

Im oben genannten Antrag und in einem diesen ergänzenden Schreiben vom 11. Juli 2014 führte die Beschwerdeführerin durch ihre Vertreter auszugsweise aus, dass sie eine Pension beziehe, dass sie und der Vater des Kindes seit Juni 2012 getrennt lebten (der Vater, deutscher Staatsangehöriger, in Deutschland) und dass das gemeinsam Kind ab 30. April 2014 im Haushalt seines Vaters lebte, weshalb Familienbeihilfe nur für die Zeit bis einschließlich April 2014 beantragt werde.

Der Vater habe in Deutschland keinen Antrag auf Gewährung von Familienleistungen gestellt. Das Finanzamt eruierte in der Folge, dass der Vater für die Zeit der Haushaltsgehörigkeit zur Mutter zu einer monatlichen Unterhaltsleistung von 200,00 Euro verpflichtet war.

Eine Antwort auf die an die Familienkasse NN gestellte Frage, „in welchem Zeitraum der Kindesvater in Deutschland einer Tätigkeit nachgegangen ist bzw. in welchem Zeitraum gleichgestellte Verhältnisse vorlagen“, sowie auf die Frage, ob vom Vater des Kindes in Deutschland ein Antrag auf Kindergeld gestellt worden war und zutreffendenfalls, für welchen Zeitraum Kindergeld in welcher Höhe gewählt wurde, hat das Finanzamt nicht erhalten.

Aus einem nachfolgenden Schriftverkehr mit der Familienkasse Baden-Württemberg West geht nur hervor, dass in der bundesweiten Kindergelddatei keine Daten für den Vater des Kindes erfasst waren.

Mit den nunmehr angefochtenen, im Spruch genannten, Bescheiden hat das Finanzamt zum einen die für die Monate Juli 2012 bis einschließlich März 2013 bereits ausgezahlten Familienleistungen, reduziert um eine errechnete Ausgleichszahlung (die Berechnung wurde entgegen der Ankündigung im Bescheid nicht dargestellt und ist auch nicht aktenkundig) zurückgefördert, zum anderen wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Weitergewährung der Familienbeihilfe abgewiesen

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, Deutschland sei nach Unionsrecht vorrangig zur Erbringung der Familienleistungen verpflichtet gewesen, weshalb Österreich nur mehr eine Ausgleichszahlung leisten könne.

Die gegen die beiden Bescheide fristgerecht eingebrachten Beschwerden wurden mit Beschwerdevorentscheidungen jeweils vom 5. März 2015 abgewiesen. Sie gelten jedoch zufolge der fristgerecht eingebrachten Vorlageanträge wiederum als unerledigt.

Über die Beschwerden wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1976 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Vorweg muss die Frage, ob im vorliegenden Fall neben dem ohne jeden Zweifel anzuwendenden innerstaatlichen Recht auch Unionsrecht, nämlich die Verordnung (EG) Nr. 884/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 (so genannte Grundverordnung, in der Folge kurz: VO), und die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 (so genannte Durchführungsverordnung, in der Folge kurz: DVO), anzuwenden ist.

Es besteht kein Zweifel, dass sowohl die Beschwerdeführerin als österreichische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Österreich als auch der Vater des Kindes als deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Deutschland gemäß Art. 2 in den persönlichen Anwendungsbereich der VO fallen, und dass sowohl das deutsche Kindergeld einerseits als auch die österreichische Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag Familienleistungen im Sinn des Art. 3 Abs.1 Buchst. j VO iVm Art. 1 Buchst. z VO darstellen und damit in den sachlichen Geltungsbereich der VO fallen.

Zur von den Parteien unterschiedlich gelöste Frage, ob der Vater des Kindes als „Haushaltssangehöriger“ anzusehen ist oder nicht, ist auf die VO und das FLAG 1967 zu verweisen:

Gemäß Art. 1 Buchst. i Nr. 1 VO gilt als Familienangehöriger jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltssangehöriger bezeichnet wird.

Die entsprechende nationale Regelung findet sich in § 2 Abs. 2 FLAG 1967 und § 2 Abs. 3 FLAG 1967. Der § 2 Abs. 2 FLAG 1967 sieht einen Beihilfenanspruch primär für die

haushaltszugehörigen Kinder vor, und nur sekundär einen Anspruch bei überwiegender Tragung der Unterhaltskosten. Leibliche Kinder zählen als „Nachkommen“ jedenfalls zu den Kindern im Sinn des § 2 Abs. 3 FLAG 1967.

Zu beachten ist im vorliegenden Fall auch Art. 1 Buchst. i Nr. 3 V0:

*„Wird nach den gemäß Nummern 1 und 2 anzuwendenden Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familien- oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Versicherten oder dem Rentner in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Versicherten oder dem Rentner bestritten wird“*

Aus der Sicht der VO ist daher sicherzustellen, dass die Familienleistungen entweder der den Haushalt führenden Person oder der den überwiegenden Unterhalt leistenden Person gewährt werden (vgl. dazu VwGH 16.12.2009, 2009/15/0207). Das bedeutet folglich, dass durch die VO fingiert wird, dass derjenige Elternteil, der die Kosten des Unterhalts für das im Wohnland lebende Kind überwiegend trägt, vom Beschäftigungsland so zu behandeln ist, als gehöre dieses Kind seinem Haushalt an.

Da der Vater des Kindes nach den unbestritten gebliebenen Feststellungen des Finanzamtes

den Unterhalt für das Kind überwiegend getragen hat, ist er nach der VO so zu behandeln, als gehöre dieses Kind (auch) seinem Haushalt an.

Ob der Vater des Kindes im maßgeblichen Zeitraum einer Beschäftigung nachging, ob er selbstständig erwerbstätig war, ob eine der Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit gleichgestellte Situation vorlag, wurde vom Finanzamt nicht ermittelt sondern lediglich unterstellt, dass eine Beschäftigung vorlag. Diese Frage kann daher vom Verwaltungsgericht nicht beantwortet werden. Es sei in diesem Zusammenhang jedoch auf die einschlägigen Begriffsbestimmungen in Art. 1 V0 hingewiesen.

Bei Richtigkeit der Annahme des Finanzamtes, nämlich bei Vorliegen einer Beschäftigung des Vaters des Kindes in Deutschland, ist auf Art. 68 Abs. 1 Buchstabe a V0 hinzuweisen:

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

Die durch eine Beschäftigung oder eine selbständige Erwerbstätigkeit (oder einer gleichgestellten Situation) des Vaters des Kindes in Deutschland ausgelösten Ansprüche gehen daher grundsätzlich den (nur) durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüchen der Beschwerdeführerin vor.

Zum Verfahren ist auf die nachfolgend zitierten Bestimmungen der V0 und der DVO hinzuweisen:

Art. 68 Abs. 3 V0:

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

- a) *Dieser Träger leitet den Antrag unverzüglich an den zuständigen Träger des Mitgliedstaats weiter, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, teilt dies der betroffenen Person mit und zahlt unbeschadet der Bestimmungen der Durchführungsverordnung über die vorläufige Gewährung von Leistungen erforderlichenfalls den im Absatz 2 genannten Unterschiedsbetrag.*
- b) *der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, bearbeitet den Antrag, als ob er direkt bei ihm gestellt worden wäre; der Tag der Einreichung des Antrags beim ersten Träger gilt als der Tag der Einreichung bei dem Träger, der vorrangig zuständig ist.“*

Art. 60 DVO:

*„Verfahren bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung“*

- (1) Die Familienleistungen werden bei dem zuständigen Träger beantragt. Bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung ist, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen. Nimmt eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahr, berücksichtigt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, einen Antrag auf Familienleistungen, der von dem anderen Elternteil, einer als Elternteil behandelten Person oder von der Person oder Institution, die als Vormund des Kindes oder der Kinder handelt, gestellt wird.
- (2) Der nach Absatz 1 in Anspruch genommene Träger prüft den Antrag anhand der detaillierten Angaben des Antragstellers und berücksichtigt dabei die gesamten tatsächlichen und rechtlichen Umstände, die die familiäre Situation des Antragstellers ausmachen. Kommt dieser Träger zu dem Schluss, dass seine Rechtsvorschriften nach Artikel 68 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung prioritär anzuwenden sind, so zahlt er die Familienleistungen nach den von ihm angewandten Rechtsvorschriften.  
Ist dieser Träger der Meinung, dass aufgrund der Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats ein Anspruch auf einen Unterschiedsbetrag nach Artikel 68 Absatz 2 der Grundverordnung bestehen könnte, so übermittelt er den Antrag unverzüglich dem zuständigen Träger des anderen Mitgliedstaats und informiert die betreffende Person; außerdem unterrichtet er den Träger des anderen Mitgliedstaats darüber, wie er über den Antrag entschieden hat und in welcher Höhe Familienleistungen gezahlt wurden.

(3) Kommt der Träger, bei dem der Antrag gestellt wurde, zu dem Schluss, dass seine Rechtsvorschriften zwar anwendbar, aber nach Artikel 68 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung nicht prioritär anwendbar sind, so trifft er unverzüglich eine vorläufige Entscheidung über die anzuwendenden Prioritätsregeln, leitet den Antrag nach Artikel 68 Absatz 3 der Grundverordnung an den Träger des anderen Mitgliedstaats weiter und informiert auch den Antragsteller darüber. Dieser Träger nimmt innerhalb einer Frist von zwei Monaten zu der vorläufigen Entscheidung Stellung.

Falls der Träger, an den der Antrag weitergeleitet wurde, nicht innerhalb von zwei Monaten nach Eingang des Antrags Stellung nimmt, wird die oben genannte vorläufige Entscheidung anwendbar und zahlt dieser Träger die in seinen Rechtsvorschriften vorgesehenen Leistungen und informiert den Träger, an den der Antrag gerichtet war, über die Höhe der gezahlten Leistungen.

(4) Sind sich die betreffenden Träger nicht einig, welche Rechtsvorschriften prioritär anwendbar sind, so gilt Artikel 6 Absätze 2 bis 5 der Durchführungsverordnung. Zu diesem Zweck ist der in Artikel 6 Absatz 2 der Durchführungsverordnung genannte Träger des Wohnorts der Träger des Wohnorts des Kindes oder der Kinder.

(5) Der Träger, der eine vorläufige Leistungszahlung vorgenommen hat, die höher ist als der letztlich zu seinen Lasten gehende Betrag, kann den zu viel gezahlten Betrag nach dem Verfahren des Artikels 73 der Durchführungsverordnung vom vorrangig zuständigen Träger zurückfordern.

Das Finanzamt hätte somit vorerst nicht nur auf informellem Wege durch Mail-Verkehr sondern auf offiziellem Wege festzustellen gehabt, ob der Vater des Kindes im maßgeblichen Zeitraum tatsächlich einer Beschäftigung nachging, ob er selbstständig erwerbstätig war, ob eine der Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit gleichgestellte Situation vorlag.

Bei Zutreffen hätte das Finanzamt somit nach den zitierten Anordnungen der Verordnung keinen Bescheid (keine Bescheide) erlassen dürfen sondern hätte nach diesen Anordnungen vorzugehen gehabt. Diese Vorgehensweise wurde im Übrigen auch von der Oberbehörde des Finanzamtes ausdrücklich angeordnet:

So lautet Punkt 10.2.12 der Durchführungsrichtlinien zum FLAG 1967 auszugsweise:  
„ *Es ist eine vorläufige Entscheidung darüber zu treffen, dass ein anderer Staat vorrangig zuständig ist.*“

*Der Antrag (in Kopie) [Anmerkung: im vorliegenden Fall die Anträge] mitsamt der Information über diese vorläufige Entscheidung ist an den zuständigen Träger des anderen Mitgliedstaats weiterzuleiten.*

*Der Antragsteller ist über diese Weiterleitung zu informieren, wobei aber kein Abweisungsbescheid zu erlassen ist.*

*Der Träger des anderen Mitgliedstaats bearbeitet den Antrag, als ob er direkt bei ihm gestellt worden wäre. ...*

*Weiteres Verfahren : ...“*

Diese durch die zitierten Verordnungen erfolgten Verfahrensanordnungen hat das Finanzamt nicht beachtet, sondern entgegen dieser Anordnungen Bescheide erlassen. Die im Spruch genannten Bescheide mussten daher gemäß § 278 Abs. 1 BAO aufgehoben und die Sache an die Abgabenbehörde zur Durchführung des angeordneten Verfahrens zurückverwiesen werden.

### **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.

Graz, am 4. Juli 2016