

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache A, Adr, vertreten durch Steuerberater, über die Beschwerde vom 04.11.2016 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Kitzbühel Lienz vom 30.09.2016, SV-Nr, betreffend die Abweisung des Antrages auf die Gewährung von Familienbeihilfe für das Kind B, geb. xx2002, für den Zeitraum Jänner 2016 bis April 2016 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der Beschwerdeführerin stehen für den Zeitraum Jänner 2016 bis April 2016 folgende Beträge an Familienbeihilfe (FB) zuzüglich Kinderabsetzbetrag (KG) in Höhe von insgesamt € 788,80 zu :

Zeitraum	FB in Euro	KG in Euro	Summe Euro
01/2016	138,80	58,40	197,20
02/2016	138,80	58,40	197,20
03/2016	138,80	58,40	197,20
04/2016	138,80	58,40	197,20
SUMME			€ 788,80

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

Entscheidungsgründe

Mit Formblatt Beih1 hatte Frau A (= Beschwerdeführerin, Bf) am 29.6.2016 für den Sohn B, geb. xx2002, für den Zeitraum "ab 01/2016 – laufend" die "Zuerkennung der Familienbeihilfe/Differenzzahlung" (lt. Begleitschreiben) beantragt. Die Bf sei Personenbetreuerin in X und leiste "SVA ab 18.11.15 – laufend". Sie und der Sohn sind slowakische Staatsbürger.

Zum Nachweis wurden – teils in deutscher, teils in slowakischer Sprache – folgende Unterlagen beigebracht:

eine Geburtsurkunde des Kindes; die Formulare E 401, E 402, E 411; Bestätigung und Aufstellung des slowakischen Sozialversicherungsträgers über die von der Bf in den Jahren 2015 und 2016 in der Slowakei bezogene Familienleistung; ein mit Frau C am 8.2.2016 abgeschlossener "Werkvertrag über Leistungen in der Personenbetreuung" betr. Betreuung des Herrn D im Inland in X; drei diesbezügliche Leistungsabrechnungen der Bf im Zeitraum 30.1. – 4.5.2016; ein Meldezettel der Bf vom Feber 2016.

Dem kann ua. Folgendes entnommen werden:

Kindesvater ist Herr E, slowak. Staatsbürger, der mit der Kindesmutter (KM) nicht verhehlicht ist. Die KM/Bf und deren mj. Sohn sind an der slowakischen Adresse in Y, mit gemeinsamem Wohnsitz gemeldet (E 401), an welchem Ort der Sohn seit 2010 die Grundschule besucht (E 402).

Im vorgelegten Formular E 411 vom 7.6.2016 der zuständigen slowakischen Behörde (= *"der für Familienleistungen zuständige Träger des Wohnortes der Familienangehörigen"*) wird betr. den Anspruch auf Familienleistungen im Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen, unter Punkten 6.1. und 6.2. bescheinigt, dass die in Feld 2 genannte Person, di. der Kindesvater

- seit November 2015 keine berufliche Tätigkeit ausgeübt hat;
- Anspruch auf Familienleistungen bis 30.11.2015 hat;
- Familienleistungen bis 30.4.2016 von mtl. € 23,52 bezogen hat;
- keinen Anspruch auf Familienleistungen hat " *vom 1.5.2016, weil Mutter arbeitet in Austria, Vater nicht arbeitet in Slowakei*".

Dazu wird unterhalb von Feld 6. mit "*" gekennzeichnet von der Behörde in slowakischer Sprache samt deutscher Übersetzung vermerkt:

"Die Verpflichtung, die Kindergeld in Höhe von 117,60 EUR zurück".

Laut Bestätigungen des Sozialversicherungsträgers (Aufstellungen *"Potvrdenie..."*) vom 7.6.2016 hat die Bf von Jänner bis Dezember 2015 sowie von Jänner bis einschließlich April 2016 slowakische Familienleistungen in Höhe von mtl. € 23,52 bezogen; diese wurden ab Mai 2016 eingestellt (Bezug € 0,00).

Die Bf arbeitet auf Basis Werkvertrag seit 30.1.2016 als Personenbetreuerin im Inland und bezieht daraus Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit (lt. beigebrachtem Werkvertrag und Abrechnungen).

Aus einer im Akt erliegenden Abfrage des Finanzamtes im Zentralen Melderegister (ZMR) geht hervor, dass die Bf seit 18.11.2015 durchgehend im Inland, zuletzt seit 8.2.2016 am Wohnsitz der zu betreuenden Person in X, mit Nebenwohnsitz gemeldet ist.

Das Finanzamt hat daraufhin mit Bescheid vom 30.9.2016, SV-Nr, den Antrag der Bf auf Familienbeihilfe (FB) für den Sohn B für den Zeitraum Jänner bis April 2016 abgewiesen und begründend unter Verweis auf § 5 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG), BGBl 1967/376 idgF., ausgeführt:

Da die Bf für den Sohn bis April 2016 Anspruch auf Kindergeld in der Slowakei (*"gleichartige ausländische Beihilfe"*) gehabt habe, könne für diese Monate nicht die volle (österreichische) Familienbeihilfe ausgezahlt werden. Eine Ausgleichszahlung könne nur über Antrag mittels Formular Beih 38 gewährt werden; ab Mai 2016 werde die volle FB überwiesen.

In der dagegen erhobenen Beschwerde wird eingewendet, laut Bescheinigung E 411, Punkt 6.1., bestehe kein FB-Anspruch, der Bezug habe Eur 0,00 betragen. Der Kindesvater sei nicht beschäftigt gewesen und habe sein Anspruch auf slowakische FB mit 30.11.2015 geendet (Punkt 6.2.).

Die abweisende Beschwerdeentscheidung vom 20.1.2017 wurde im Wesentlichen – unter Bezugnahme auf §§ 5 Abs. 4 und 4 Abs. 1 FLAG - wie folgt begründet:

Nach dem Gesetz sei unabhängig vom tatsächlichen Bezug nur auf den entsprechenden ausländischen Anspruch auf FB abzustellen. Zusage E 411, Punkt 6.2., habe der Bf für das Kind ein Anspruch auf slowakisches Kindergeld bis inklusive April 2016 in Höhe von mtl. € 23,52 zugestanden, was auch aus der vorgelegten Bestätigung (*"Potvrdenie"*) hervorgehe. Damit bestehe kein FB-Anspruch in Österreich, wobei es der Bf unbenommen bleibe, eine Differenzzahlung mit dafür vorgesehenem Formular Beih 38 zu beantragen.

Mit Antrag vom 24.2.2017 wurde die Vorlage der Beschwerde zur Entscheidung durch das Bundesfinanzgericht (BFG) ohne weitere Begründung begehrt. Die Entscheidung durch den Gesamtsenat sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde beantragt.

Das BFG hat mit Vorhaltschreiben vom 22.3.2017 an die Bf zunächst die geltende Rechtslage (ua. Verordnung (EG) 883/2004) sowie den bislang vom Finanzamt angenommenen Sachverhalt dargestellt, ist anschließend auf die aus Punkt 6. des vorgelegten Formulars E 411 konkret hervorkommenden Bescheinigungen im Einzelnen eingegangen und hat im Weiteren ausgeführt:

"... 5.) Soweit für das BFG verständlich wäre sohin nach obigen Angaben im E 411 in Zusammenhalt mit den weiters beigebrachten Bestätigungen (Aufstellungen "Potvrdenie ...") über Leistungen an A von mtl. € 23,52 ua. im Zeitraum Jänner bis April 2016 vorderhand davon auszugehen, dass

- für den **Kindesvater** ein Anspruch auf slowak. FB oder Kindergeld lediglich bis 30.11.2015 bestanden hatte und*
- er aufgrund des tatsächlichen Bezuges bis 30.4.2016 den Überbezug für 5 Monate à € 23,52, ds. die gesamt angeführten € 117,60, lt. Anmerkung der Behörde zurückzahlen hatte, sowie*
- dass im selbigen Zeitraum das slowak. Kindergeld lt. vorl. Bestätigung offenkundig von der Kindesmutter bezogen wurde.*

Demzufolge wäre – entgegen dem Beschwerdevorbringen – von einem Anspruch der A auf Kindergeld in der Slowakei auszugehen, weshalb ausschließlich die Zuerkennung einer Differenzzahlung im Streitzeitraum Jänner – April 2016 in Betracht käme.

6.) Zu Obigem wird um schriftliche Stellungnahme gebeten. Gegenteilige Behauptungen wären durch geeignete Unterlagen (zB behördliche Bestätigungen) *nachzuweisen*. ...".

In Beantwortung des Vorhaltes wurde mit Schreiben vom 12.4.2017 seitens der Bf mitgeteilt:

Der Anspruch auf die slowakische FB habe, wie in E 411 angeführt, für die Bf nur bis zum 30.11.2015 bestanden. Diese Leistungen seien zwar bis 04/2016 ausbezahlt, allerdings die zuviel bezahlten Leistungen aufgrund der VO 883/2004 wieder zurückverlangt worden. Zum Nachweis wurden zwei neue Bestätigungen ("Potvrdenie") der slowakischen Behörde, ausgestellt am 12.4.2017, übermittelt. Daraus geht hervor, dass die Bf für den Sohn slowakische Familienleistungen im Zeitraum 1.9.2002 bis 30.11.2015 bezogen hatte; laut nunmehriger Aufstellung sind die im gesamten Jahr 2016 von der Bf bezogenen FB-Beträge mit monatlich € 0,00 ausgewiesen.

Die vormals gestellten Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Entscheidung durch den Senat wurden zurückgezogen.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Im Beschwerdefall ist anhand der eigenen Angaben, der vorgelegten Unterlagen und der durchgeführten Erhebungen (siehe eingangs) an Sachverhalt davon auszugehen, dass die Bf vermutlich bereits seit November 2015, jedenfalls aber – laut dem vorgelegten Werkvertrag – seit dem Jänner 2016 als Personenbetreuerin laufend im Inland beschäftigt ist und daraus Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit bezieht.

Sie ist seither im Inland durchgehend mit Nebenwohnsitz gemeldet. In der Slowakei besteht der gemeinsame Familienwohnsitz mit dem leibl. mj. Sohn B, der dort lebt und die Schule besucht.

Laut Bescheinigung E 411 hatte der Kindesvater Anspruch auf slowakische Familienleistungen in der Höhe von mtl. € 23,52 bis 30.11.2015, die jedoch bis April 2016 bezogen wurden und anschließend für fünf Monate (gesamt € 117,60) zurückzuzahlen waren.

Zufolge der nunmehr beigebrachten Bestätigungen des zuständigen slowakischen Sozialversicherungsträgers wurde der vormals ausgewiesene Bezug an slowakischen Familienleistungen durch die Bf in Höhe von mtl. € 23,52 im Zeitraum Jänner bis April 2016 auf monatlich € Null berichtigt.

Die Bf, deren Sohn wie auch der Kindesvater sind Staatsbürger der Slowakei, die seit 1.5.2004 Mitglied der Europäischen Union ist.

Gemäß Art. 2 Abs. 1 der **Verordnung (EG) 883/2004** zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden abgekürzt: VO), die am 1.5.2010 in Kraft getreten ist, gilt diese Verordnung für Staatsangehörige eines Mitgliedsstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedsstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedsstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

Für Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck "Familienangehöriger" jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird (Art. 1 lit. i Zif. 1 sublit. i der VO).

Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedsstaates. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach dem zweiten Titel der Verordnung (§ 11 Abs. 1 der VO).

Vorbehaltlich der (im gegenständlichen Fall nicht zur Anwendung gelangenden) Art. 12 bis 16 der Verordnung unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedsstaat eine Beschäftigung oder *selbständige Erwerbstätigkeit* ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedsstaats (Art. 11 Abs. 3 lit. a der VO).

Aufgrund der nachgewiesenen durchgehenden Beschäftigung der Bf im entscheidungsrelevanten Zeitraum Jänner bis April 2016 in Österreich (selbständige Erwerbstätigkeit) unterliegt sie gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. a VO den österreichischen Rechtsvorschriften, der Kindesvater den slowakischen Rechtsvorschriften.

In Kapitel 8 der VO betreffend "Familienleistungen" ist unter **Art. 67** zu *"Familienangehörigen, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen"* angeführt:

"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 ..."

Art. 68 der VO trifft für den Fall des Zusammentreffens von Ansprüchen auszugsweise (soweit für den gegenständlichen Fall von Relevanz) folgende Prioritätsregeln:

(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, und subsidiär gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung.

(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.

Sowohl die Verordnung Nr. 1408/71 wie auch die Verordnung Nr. 883/2004 stellen zum Begriff des Familienangehörigen auf das die betreffende Leistung gewährende innerstaatliche Recht ab (vgl. VwGH 27.9.2012, 2012/16/0054); der diesbezügliche Anspruch ist daher nach den Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG), BGBl 1967/376 idgF, zu beurteilen:

Gem. **§ 2 Abs. 1 FLAG** 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,
a) 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.

Die in **§ 4 FLAG** 1967 geregelte "Ausgleichszahlung bei Anspruch auf eine geringere ausländische Beihilfe", worauf (sowie daneben auch auf § 5 Abs. 4 FLAG) das Finanzamt Bezug nimmt, kommt (lediglich) dann zum Zug, wenn ein Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe durch *Drittstaaten* besteht.

Besteht hingegen – wie hier – Anspruch auf Familienleistungen durch *EU-Staaten*, dann liegt ein Anwendungsfall der VO (EG) 883/2004 vor, nach deren in Art. 68 getroffenen Prioritätsregeln (siehe oben) durch den vorrangigen Mitgliedstaat Familienleistungen bis zum Höchstbetrag bzw. erforderlichenfalls ein Unterschiedsbetrag zu gewähren ist.

Die Leistung in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen in- und ausländischen Familienleistungen nach der VO wird als "Differenzzahlung" bezeichnet, die sich aber inhaltlich nicht wesentlich von der Ausgleichszahlung nach § 4 FLAG unterscheidet. Diese ist zu gewähren, wenn eine Person Anspruch auf eine ausländische Beihilfe hat, diese jedoch geringer ist als die österreichische FB.

Der Gesetzgeber will damit verhindern, dass im Inland und im Ausland für dieselben Kinder (jeweils die volle) Beihilfe bezogen wird.

Es kommt dabei nicht darauf an, ob aufgrund eines bestehenden Anspruches auf eine gleichartige ausländische Beihilfe diese auch tatsächlich bezogen wird (siehe zu vor: *Csaszar/Lenneis/Wanke*, Kommentar FLAG, Rzn 1-3, 11 und 31 f. zu § 4).

Nach **§ 10 Abs. 2 FLAG** 1967 wird die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats an gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden.

Im Beschwerdefall wurde mittlerweile nachgewiesen, dass der für den Streitzeitraum ausgewiesene Bezug von slowakischen Familienleistungen durch die Bf letztlich Euro Null betragen hat, dh. der ursprünglich ausgewiesene Bezug offenkundig für die betreffenden Monate zur Gänze zurückzuzahlen war. Laut Bescheinigung der dort zuständigen Behörde

hat damit im betr. Zeitraum für die Bf – im Gegensatz zu einem bloß tatsächlich nicht erfolgten Bezug - **kein Anspruch auf die slowakische FB** bestanden.

Diesfalls steht der Bf zufolge der oben dargelegten und hier anzuwendenden Regelungen der Verordnung (EG) 883/2004 aufgrund ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit im Inland der Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe für den mj. Sohn in voller Höhe zu.

Diese beträgt der Höhe nach für das am xx2002 geborene Kind gemäß § 8 Abs. 2 Z 2 FLAG 1967 idF BGBl I Nr. 53/2014 ab dem 1. Jänner 2016 monatlich **€ 138,80** (ab Vollendung des 10. Lebensjahres).

Ferner steht der Bf auch der Kinderabsetzbetrag (KG) gemäß § 33 Abs. 3 EStG in Höhe von mtl. **€ 58,40** zu.

Nach § 33 Abs. 3 zweiter Satz EStG idF BGBl 111/2010 und BGBl 112/2011 hat für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Kinderabsetzbetrag zugestanden. Durch das AbgÄG 2012 (BGBl I 112/2012) wurde diese Regelung mit Wirksamkeit ab 1.1.2013 dahingehend abgeändert, dass nur für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, kein Kinderabsetzbetrag zusteht. Mit dieser Gesetzesänderung wurde der Gesetzestext an die bereits zuvor bestehende europarechtliche Rechtslage angepasst. § 33 Abs. 3 EStG idF vor dem AbgÄG wurde im Anwendungsbereich der VO (EG) 883/2004 durch deren Art. 67 verdrängt.

Auch der Kinderabsetzbetrag gilt wie die Familienbeihilfe als Familienleistung im Sinne der Verordnung. Gehört ein Kind zum ausländischen Haushalt eines Unionsbürgers (EWR-Bürgers), auf den die Verordnung anzuwenden ist, stand schon nach der Rechtslage bis zum AbgÄG 2012 der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland der Gewährung des Kinderabsetzbetrages als Familienleistung nicht entgegen (*Wiesner/Grabner/Wanke*, EStG, § 33 Anm 30 bis 32; vgl. zum Wesen des Kinderabsetzbetrages als Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe und nicht als Verminderung der Tarifsteuer: *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 1 Tz 23 mwN).

Es war daher der Beschwerde Folge zu geben und spruchgemäß zu entscheiden.

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.

Im Rahmen der Beweiswürdigung zu klärende Sachverhaltsfragen - wie hier die Frage, ob von der Bf eine ausländische Familienleistung bezogen wurde oder aber

kein diesbezüglicher Anspruch bestanden hatte, was durch Bestätigung seitens der zuständigen Behörde zu erweisen war - stellen keine Rechtsfragen dar.
Eine Revision ist aus diesem Grund nicht zulässig.

Innsbruck, am 26. April 2017