

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache Bf, über die Beschwerde vom 21.11.2014 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Wien 2/20/21/22 vom 31.10.2014, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Oktober 2011 bis September 2013, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

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

## Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (Bf.), seine Ehegattin und seine am xx.xx.1990 geborene Tochter T sind slowenische Staatsbürger und leben in Slowenien. Der Bf. bezieht eine Pension aus Slowenien in Höhe von monatlich 16,36 € und eine Berufsunfähigkeitspension aus Österreich in Höhe von monatlich 1.476,52 €. Die Ehegattin ist Hausfrau. Die Tochter studierte ab Oktober 2011 an der juristischen Fakultät der Universität Maribor.

Der Bf. bezog für seine Tochter im Streitzeitraum Oktober 2011 bis September 2013 in Österreich Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 31.10.2014 forderte das Finanzamt vom Bf. die von ihm für seine Tochter im Zeitraum Oktober 2011 bis September 2013 bezogene Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge in Höhe von insgesamt 5.066,40 € gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 iVm § 33 Abs. 3 EStG 1988 zurück. In der Begründung ist Folgendes ausgeführt:

*„Gemäß Art. 67 der Verordnung (EG) 883/2004 in der ab 1. Mai 2010 gültigen Fassung sind Familienleistungen für Kinder von Rentnern grundsätzlich von dem Staat zu gewähren, der zur Zahlung einer Rente verpflichtet ist.*

*Nach Art. 11 der VO(EG) 883/2004 ist nur ein Staat zur Zahlung von Familienleistungen zuständig.*

*Werden daher Renten auf Grund von Rechtsvorschriften verschiedener Staaten bezogen, bestimmt Art. 68 Abs. 1 lit. b der VO(EG) 883/2004 den Wohnortstaat der Kinder als den zuständigen Staat.“*

Der Bf. erhob gegen den Rückforderungsbescheid Beschwerde, in welcher er im Wesentlichen Folgendes ausführte:

Aus Artikel 11 und Artikel 68 der Verordnung (EG) 883/2004 ergebe sich, dass nicht nur ein Mitgliedstaat für die Gewährung der Familienleistungen zuständig sein kann. Der Artikel 68 der Verordnung (EG) 883/2004 bestimme die Prioritätsregeln im Falle, dass Familienleistungen von mehreren Mitgliedstaaten gewährt werden. Wenn für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren sind, werde in Artikel 68 ein primär, ein sekundär (und so weiter) Mitgliedstaat bestimmt, der für die Zahlung von Familienleistungen zuständig ist. Dabei müsse der primär zuständige Mitgliedstaat den vollen Betrag von Familienleistungen zahlen und der sekundär zuständige Mitgliedstaat den Unterschiedsbetrag (den Betrag, der über der vom primär zuständigen Mitgliedstaat geleisteten Zahlung liegt).

Dies ergebe sich auch aus dem EuGH-Urteil vom 26.11.2009, C-363, Slanina.

Für Rentner gelte der Artikel 67 der Verordnung (EG) 883/2004, wo ausdrücklich bestimmt sei, dass ein Rentner Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats hat. Wenn ein Rentner Ansprüche auf Familienleistungen aus mehreren Mitgliedstaaten hat, gelte der Artikel 68 Abs. 1 Buchstabe b Ziffer ii der Verordnung (EG) 883/2004. Dabei werde nicht nur der Wohnort der Kinder, sondern subsidiär auch die längste Dauer der nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten berücksichtigt.

Er sei in Österreich 31 Jahre bzw. 374 Monate (bis zu seiner Pensionierung nach einem Arbeitsunfall) beschäftigt gewesen. In Slowenien sei er nur 14 Monate (vor seinem Dienstverhältnis in Österreich) beschäftigt gewesen. Er bekomme deshalb in Slowenien eine sehr niedrige Pension in Höhe von etwa 16,36 €. Aufgrund der enormen Differenz zwischen seinen Versicherungszeiten in Slowenien und Österreich sei es in seinem Fall angemessener, die längste Versicherungszeit zu berücksichtigen. Deshalb sei Österreich primär und Slowenien nur sekundär zuständig für die Gewährung der Familienleistungen. Denselben Standpunkt vertrete auch die zuständige slowenische Behörde. Aus dem beiliegenden Formular E 411 sei ersichtlich, dass Slowenien nicht primär zuständig ist und dass in Slowenien keine Familienleistungen gewährt werden.

Seit 1.1.2012 gebe es in Slowenien wegen einer Gesetzesänderung keine Familienleistungen für Kinder ab dem 18. Lebensjahr. Da seine Tochter älter als 18 Jahre ist, bestehe seit dieser Gesetzesänderung kein Anspruch auf slowenische Familienleistungen. Es komme daher zu gar keiner Anspruchskonkurrenz im Sinne des Artikel 68 der Verordnung (EG) 883/2004. Weil es keine Anspruchskonkurrenz zwischen den Ansprüchen auf Familienleistungen mehr gibt, sei Österreich nicht nur primär zuständiger

Mitgliedstaat, sondern der einzige Mitgliedstaat, in dem Familienleistungen gewährt werden. Österreich sei daher gemäß Artikel 67 der Verordnung (EG) 883/2004 zuständig für die Gewährung der Familienleistungen in voller Höhe.

Auch die zuständige österreichische Behörde habe in der Berufungsvorentscheidung vom 12.9.2012 entschieden, dass ihm gemäß der Verordnung (EG) 883/2004 Familienleistungen zustehen. Obwohl sich die Verordnung (EG) 883/2004 seither nicht geändert hat, werde die Verordnung nun von der österreichischen Behörde anders interpretiert.

Mit der Rückforderung der gewährten Familienleistungen greife die Behörde rückwirkend in schon erworbene Rechte ein und verstoße gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit.

In einem die Beschwerde ergänzenden Schriftsatz führte der Bf. aus, mit dem angefochtenen Bescheid habe die Behörde auch den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz verletzt. Die Behörde habe ihn anders behandelt als andere Personen in einer gleichartigen Situation.

Mit Beschwerde vorentscheidung vom 24.6.2015 wies das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet ab. In der Begründung ist Folgendes ausgeführt:

*„Der sachliche Geltungsbereich der VO(EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit umfasst laut Art. 3 unter anderem Leistungen bei Krankheit, Invalidität, Alter, bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten und Familienleistungen.*

*Nach den Bestimmungen des Art. 11 Abs. 1 der VO(EG) Nr. 883/2004 unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, nur **einem** Mitgliedstaat.*

*Sie sind auf Grund dieser Bestimmungen auch nicht in Österreich, sondern ausschließlich in Slowenien versichert, auch wenn sie aus beiden Staaten eine Pension beziehen Gemäß Art. 11 Abs. 2 der VO(EG) Nr. 883/2004 schafft der Bezug einer Pension oder Rente keine einer Beschäftigung „gleichgestellte Situation“ (vgl. Art. 1 Buchstabe a VO).*

*Zu Art. 11 Abs. 3 der VO(EG) 883/2004 wird auf das Urteil des EuGH vom 20.05.2008, C-352/06 (Bosmann) verwiesen, wonach es dem Grundsatz, dass jede Person, für die die Verordnung gilt, nur den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates unterstellt ist, nicht entgegensteht, dass eine Person nach den Rechtsvorschriften des Wohnortstaates auch Familienleistungen im Wohnmitgliedstaat bezieht. Da Sie in Slowenien wohnen, gilt für Sie auch slowenisches innerstaatliches Recht.*

*Werden Leistungen, in Ihrem Fall Pensionsleistungen, aus verschiedenen Mitgliedstaaten gezahlt, regelt Art. 68 welcher Staat primär zur Zahlung von Familienleistungen zuständig ist. Ein Anspruch ein und derselben Person auf eine (Differenz)zahlung in dem pensionsauszahlenden Staat, der die höheren Familienleistungen vorsieht, wird in der VO(EG) Nr. 883/2004 nicht bestimmt. Unmaßgeblich ist daher in diesem Zusammenhang, dass Slowenien geringere oder gar keine Familienleistungen vorsieht.*

*Art. 68 Abs. 1 lit. b sublit. ii normiert einen Familienbeihilfenanspruch bei Pensionsbezug aus verschiedenen Mitgliedstaaten im Wohnortstaat der Kinder.*

*Sollten die Kinder nicht in einem der die Pensionen auszahlenden Staaten wohnen, sondern in einem dritten Mitgliedstaat, richtet sich der Leistungsanspruch nach der Dauer der Versicherungszeiten im jeweiligen Staat. Diese Regelung trifft aber auf Sie nicht zu, da die Kinder in Slowenien wohnen.*

*Nachdem festgestellt wurde, welcher Staat für EINE Person (in der Regel für einen Elternteil) zur Zahlung von Familienleistung für einen Familienangehörigen (für ein Kind) verpflichtet ist, ist nach Art. 68 der VO(EG) Nr. 883/2004 auch noch die Kollision zwischen den Eltern aufzulösen. Besteht bei dieser Fallkonstellation in beiden Staaten Anspruch auf Familienleistungen und leben die Kinder in einem dieser Staaten, ist vorrangig der Wohnortstaat der Kinder zur Zahlung verpflichtet. Sieht der andere Staat höhere Familienleistungen vor, zahlt dieser eine Ausgleichszahlung in Höhe der Differenz.*

*Das in der Beschwerde angeführte EuGH Urteil zum Fall Slanina C-363/08 spricht nicht die Rechtsfrage an, welcher Staat bei Pensionsbezügen aus verschiedenen Mitgliedstaaten durch eine Person zur Zahlung von Familienleistungen zuständig ist, sondern behandelt die Frage der sachlichen Anwendbarkeit der VO(EG) Nr. 883/2004 auf zwei Leistungsberechtigte.*

*Das FLAG 1967 verneint im § 5 Abs. 3 einen Anspruch für ständig im Ausland lebende Kinder.*

*Gem. § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat eine Person die zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe zurückzuzahlen.*

*Der Verwaltungsgerichtshof unterstreicht diesen Rechtsstandpunkt in seinem Erkenntnis vom 13.3.1991, 90/13/0241, in dem er auf die objektive Erstattungspflicht des § 26 Abs. 1 FLAG verweist und feststellt, dass derjenige, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, ohne Rücksicht darauf, ob die bezogenen Beträge gutgläubig empfangen worden sind oder nicht und ob die Rückgabe eine Härte bedeutet, diese rückzuerstatten hat. Die Rückerstattungspflicht besteht daher auch dann, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich auf einer Fehlleistung der Behörde besteht.*

*Zusammenfassend kann gesagt werden, dass bei Pensionsbezügen aus zwei Mitgliedstaaten durch ein und dieselbe Person der Wohnortstaat der Kinder für die vorrangige und ausschließliche Zuständigkeit eines Staates maßgebend ist. Da die Kinder in Slowenien wohnen, besteht für Österreich weder nach der VO(EG) Nr. 883/2004 noch nach nachrangig anzuwendendem innerstaatlichen Recht eine Leistungsverpflichtung.“*

Der Bf. stellte gegen die Beschwerdevorentscheidung einen Vorlageantrag und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Bescheides.

Auf Vorhalt des Bundesfinanzgerichtes vom 13.3.2019 übermittelte der Bf. dem Bundesfinanzgericht mit Schreiben vom 20.3.2019 eine Verzichtserklärung seiner Ehegattin gemäß § 2a Abs. 2 FLAG 1967.

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

#### **I Nationale Rechtsvorschriften**

Nach § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet werden – unter näher geregelten Voraussetzungen – Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Nach § 3 Abs. 1 und 2 FLAG haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten, und für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann, wenn sich diese nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§ 4 Abs. 1 FLAG 1967 normiert, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe haben.

§ 4 Abs. 2 FLAG 1967 sieht vor, dass österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, eine Ausgleichszahlung erhalten, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person (§ 5 Abs. 5) Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 1967 sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Bei gemeinschaftsrechtlichen Sachverhalten werden die innerstaatlichen Normen durch die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen überlagert. Infolge des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts (Art. 7 der Verordnung Nr. 883/2004) finden die auf den Wohnort im Bundesgebiet abstellenden Bestimmungen des § 2 Abs. 1 FLAG 1967, des § 2 Abs. 8 FLAG 1967 und des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 im vorliegenden Fall keine Anwendung. Zufolge des in Art. 4 der Verordnung Nr. 883/2004 normierten Gleichbehandlungsgrundsatzes für Personen, für die diese Verordnung gilt, finden die durch den Anwendungsvorrang dieser Bestimmung verdrängten Bestimmungen des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG mit besonderen Voraussetzungen für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, im vorliegenden Fall keine Anwendung (vgl. VwGH 27.9.2012, 2012/16/0066; VwGH 22.11.2016, Ro 2014/16/0067 ).

## II Unionsrecht

Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: Verordnung Nr. 883/2004) gilt gemäß ihrem Art. 2 Abs. 1 u.a. für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen.

Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen der Verordnung Nr. 883/2004 lauten:

### *„Artikel 11*

#### *Allgemeine Regelung*

*(1) Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.*

*(2) Für die Zwecke dieses Titels wird bei Personen, die aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben. Dies gilt nicht für Invaliditäts-, Alters- oder Hinterbliebenenrenten oder für Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten oder für Geldleistungen bei Krankheit, die eine Behandlung von unbegrenzter Dauer abdecken.*

*(3) Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt Folgendes:*

*a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;*

*b) ein Beamter unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, dem die ihn beschäftigende Verwaltungseinheit angehört;*

*c) eine Person, die nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats Leistungen bei Arbeitslosigkeit gemäß Artikel 65 erhält, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;*

*d) eine zum Wehr- oder Zivildienst eines Mitgliedstaats einberufene oder wiedereinberufene Person unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;*

*e) jede andere Person, die nicht unter die Buchstaben a bis d fällt, unterliegt unbeschadet anders lautender Bestimmungen dieser Verordnung, nach denen ihr Leistungen aufgrund der Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zustehen, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats.*

*(4) ...“*

### *„Artikel 67*

#### *Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen*

*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. Ein Rentner hat jedoch Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats.“*

#### *„Artikel 68*

##### *Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen*

*(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. Im letztgenannten Fall werden die Kosten für die Leistungen nach in der Durchführungsverordnung festgelegten Kriterien aufgeteilt;*

*ii) bei Ansprüchen, die durch den Bezug einer Rente ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass nach diesen Rechtsvorschriften eine Rente geschuldet wird, und subsidiär gegebenenfalls die längste Dauer der nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;*

*iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.*

*(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. Ein derartiger Unterschiedsbetrag muss jedoch nicht für Kinder gewährt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschließlich durch den Wohnort ausgelöst wird.*

*(3) ...“*

Nach Art. 11 Abs. 3 Buchst. e der Verordnung Nr. 883/2004 unterliegt der Bf. als Rentenbezieher den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats (Slowenien).

Ein Rentner hat nach Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats.

Bei Bezug von Renten aus mehreren Mitgliedstaaten bestimmt Art. 68 Abs. 1 Buchst. b Z ii der Verordnung Nr. 883/2004 welche Rechtsvorschriften Vorrang haben. Dies sind primär die Rechtsvorschriften jenes Staates, in dem die Kinder wohnen, vorausgesetzt, dass aus diesem Staat eine Rente bezogen wird. Nur in Fällen, in denen sich der Wohnort der Kinder in einem Staat befindet, aus dem keine Rente bezogen wird, ist subsidiär die Länge der Versicherungs- oder Wohnzeiten entscheidend.

Da die Tochter des Bf. in Slowenien wohnt und der Bf. aus diesem Staat eine Rente bezieht, haben die Rechtsvorschriften Sloweniens Vorrang. Im vorliegenden Fall ist daher Slowenien der für die Gewährung der Familienleistungen primär zuständige Mitgliedstaat.

Dies schließt jedoch nicht aus, dass der Bf. nach Art. 68 Abs. 2 der Verordnung Nr. 883/2004 Anspruch auf den Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Familienleistungen nach den sekundär anzuwendenden österreichischen Bestimmungen (Differenzzahlung) hat.

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 12.6.1980 in der Rechtssache 733/79 (Laterza, Slg. 1980, 1915) zur Auslegung des (dem Art. 68 Abs. 1 Buchst. b Z ii der Verordnung Nr. 883/2004) vergleichbaren Art. 77 Abs. 2 Buchst. b Z i der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (in der Folge: Verordnung Nr. 1408/71), Folgendes ausgeführt:

*„Wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 6. März 1979 in der Rechtssache 100/79 (Rossi, Slg. 1979, 831) ausgeführt hat, haben die Verordnungen über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer kein gemeinsames System der sozialen Sicherheit geschaffen, sondern „eigene Systeme bestehen lassen, die eigene Forderungen gegen eigene Träger gewähren, gegen die dem Leistungsberechtigten unmittelbare Ansprüche entweder allein nach nationalem Recht oder erforderlichenfalls nach durch Gemeinschaftsrecht ergänztem nationalen Recht zustehen“. In dem gleichen Urteil hat der Gerichtshof außerdem klargestellt, daß „vorbehaltlich ausdrücklich vorgesehener vertragskonformer Ausnahmen ... die Gemeinschaftsregelung so anzuwenden [ist], daß sie dem Wanderarbeitnehmer oder den ihm gegenüber Berechtigten nicht einen Teil der Leistungen nach dem Recht eines Mitgliedstaats aberkennt“ oder zu einer Verminderung der Leistungen führt, die nach diesem **durch das Gemeinschaftsrecht ergänzten Recht** geschuldet werden. Die Verordnung Nr. 1408/71 geht bei dem Erlaß und der Erweiterung der Regeln zur Koordinierung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften von dem in der siebten und achten Begründungserwägung niedergelegten Grundprinzip aus, daß diese Regeln den Arbeitnehmern, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, alle ihnen*



**in den einzelnen Mitgliedstaaten zustehenden Leistungen bis zum Höchstbetrag dieser Leistungen sichern sollen.“** (Rn 8, Hervorhebungen durch das BFG)

**„Gemäß diesen Grundsätzen dürfen daher die Bestimmungen des Artikels 77 Absatz 2 Buchstabe b Ziffer i der Verordnung Nr. 1408/71 nicht so angewendet werden, daß dem Arbeitnehmer durch die Ersetzung der in einem anderen Mitgliedstaat geschuldeten Leistungen der Vorteil der günstigeren Leistungen entzogen wird. Die der Verordnung Nr. 1408/71 zugrunde liegenden Prinzipien gebieten vielmehr, daß dann, wenn in dem in Artikel 77 Absatz 2 Buchstabe b Ziffer i vorgesehenen Fall der Betrag der vom Wohnstaat gezahlten Leistungen unter dem der von dem anderen verpflichteten Staat gewährten Leistungen liegt, dem Arbeitnehmer der höhere Betrag erhalten bleibt und er vom zuständigen Träger des letztgenannten Staates eine Zusatzleistung in Höhe des Unterschieds zwischen den beiden Beträgen erhält.“**  
(Rn 9, Hervorhebungen durch das BFG)

Im Urteil vom 14.3.1989, C-1/88, Rs Baldi, hat der EuGH Folgendes ausgeführt:

**„Sowohl für die Zeit, die unter Artikel 77 Absatz 2 Buchstabe a (Bezug einer Rente nur nach den italienischen Rechtsvorschriften), als auch für die Zeit, die unter Artikel 77 Absatz 2 Buchstabe b Ziffer i fällt (Bezug einer Rente jeweils nach den italienischen und den belgischen Rechtsvorschriften), hat der Kläger gegen die Ausgleichskasse [Belgiens] Anspruch auf einen Zuschlag zu den belgischen Familienbeihilfen, wenn der Betrag dieser Familienbeihilfen höher ist als der der italienischen Familienbeihilfen. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes sollen nämlich die Regeln der Verordnung Nr. 1408/71 den Arbeitnehmern, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, alle ihnen in den einzelnen Mitgliedstaaten zustehenden Leistungen bis zum Höchstbetrag dieser Leistungen sichern; gemäß diesen Grundsätzen darf Artikel 77 Absatz 2 Buchstabe b Ziffer i der Verordnung nicht so angewandt werden, daß dem Arbeitnehmer durch die Ersetzung der in einem Mitgliedstaat geschuldeten Leistungen durch die in einem anderen Mitgliedstaat geschuldeten der Vorteil der günstigeren Leistungen entzogen wird (Urteil vom 12. Juni 1980 in der Rechtssache 733/79, Laterza, Slg. 1980, 1915; im gleichen Sinne das Urteil vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 242/83, Patteri, Slg. 1984, 3171). Dieselben Überlegungen gelten hinsichtlich der Anwendung von Artikel 77 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1408/71.“** (Rn 22, Hervorhebungen durch das BFG)

Im Urteil vom 27.2.1997, C-59/95, Rs Bastos Moriana, hat der EuGH Folgendes ausgeführt:

**„Die Artikel 77 und 78 dienen der Bestimmung des Mitgliedstaats, nach dessen Recht sich die Gewährung von Leistungen für unterhaltsberechtigte Kinder von Rentnern und für Waisen regelt; die Leistungen werden dann grundsätzlich nach dem Recht allein dieses Mitgliedstaats gewährt. Nach dem jeweiligen Absatz 2 Buchstabe b Ziffer i dieser Artikel werden die in Rede stehenden Leistungen nach dem Recht des Staates gewährt, in dessen Gebiet der Rentner oder die Waise des verstorbenen Arbeitnehmers wohnt, wenn**

für den Rentner oder den verstorbenen Arbeitnehmer die Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten gelten beziehungsweise gegolten haben.

**Jedoch sind diese Bestimmungen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes so auszulegen, daß der Anspruch auf Familienleistungen gegen den Staat, in dessen Gebiet der Empfänger einer Invaliditäts- oder Altersrente beziehungsweise die Waise wohnt, nicht den zuvor gegen einen anderen Mitgliedstaat eröffneten Anspruch auf höhere Familienleistungen beseitigt. Vielmehr schuldet letzterer eine Zusatzleistung in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen den beiden Leistungen.** (vgl. insbesondere die Urteile vom 12. Juni 1980 Rs 733/79 (Laterza, Slg. 1980, 1915), vom 9. Juli 1980 Rs 807/79 (Gravina, Slg. 1980, 2205).

Diese Auslegung der Artikel 77 und 78 der Verordnung beruht auf dem vom Gerichtshof vielfach bekräftigten Grundsatz, daß der Zweck der Artikel 48 bis 51 EG-Vertrag verfehlt würde, wenn die Arbeitnehmer, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen, deswegen Vergünstigungen der sozialen Sicherheit verlören, die ihnen allein nach dem Recht eines Mitgliedstaats zustehen (insbesondere Urteil vom 21. Oktober 1975 in der Rechtssache 24/75, Petroni, Slg. 1975, 1149, Rn 13). **Daher dürfen die Bestimmungen der Verordnung nicht angewandt werden, wenn sie zu einer Verringerung der Leistungen führten, die dem Betroffenen nach dem Recht eines Mitgliedstaats allein aufgrund der dort zurückgelegten Versicherungszeiten zustehen** (vgl. in diesem Sinne Urteil Petroni, a. a. O., Rn 16).“ (Rn 15 bis 17, Hervorhebungen durch das BFG)

Im Urteil vom 11.6.1991, Rechtssache C-251/89 (Athanasopoulos u.a., Slg. 1991, I-2797), hat der EuGH ausgeführt, dass „Artikel 77 Absatz 2 Buchstabe b Ziffer i und Artikel 78 Absatz 2 Buchstabe b Ziffer i der Verordnung Nr. 1408/71 nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht so ausgelegt werden dürfen, daß der Erwerbstätige oder die Waise eines verstorbenen Erwerbstätigen deshalb, weil die von einem Mitgliedstaat gewährten Leistungen durch in einem anderen Mitgliedstaat geschuldete Leistungen ersetzt werden, nicht mehr die höheren Leistungen erhält. Wenn daher in den durch diese Vorschriften erfassten Fällen der Betrag der vom Wohnstaat gezahlten Leistungen niedriger ist als der Betrag der von dem anderen leistungspflichtigen Staat gewährten Leistungen, so erhält der Erwerbstätige oder die Waise des verstorbenen Erwerbstätigen weiterhin den höheren Betrag und hat gegenüber dem zuständigen Träger des letztgenannten Staates Anspruch auf eine Zusatzleistung in Höhe des Unterschieds zwischen den beiden Beträgen (siehe Urteil vom 14. März 1989 in der Rechtssache 1/88, Baldi, Slg. 1989, 667; im gleichen Sinn Urteil vom 9. Juli 1980 in der Rechtssache 807/79, Gravina, Slg. 1980, 2205, Randnr. 8).“ (Rn 17)

Der EuGH hat weiters ausgeführt dass „die Verordnung Nr. 1408/71 im Lichte des mit Artikel 51 EWG-Vertrag — ihrer Rechtsgrundlage — verfolgten Ziels auszulegen ist, die **Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu sichern**. Dieses Ziel würde aber nicht erreicht, wenn das Recht eines Mitgliedstaats über die Fälle hinaus, die die gemeinschaftsrechtliche Regelung im Einklang mit den Zielen des Vertrages ausdrücklich vorsieht, die Gewährung der Vergünstigungen der sozialen Sicherheit, die nach diesem Recht geschuldet werden,

von der Voraussetzung abhängig machen würde, daß der Arbeitnehmer im betreffenden Mitgliedstaat wohnt. **Bezüglich der Leistungen für unterhaltsberechtigter Kinder von Rentnern und der Leistungen für Waisen sehen die Artikel 77 Absatz 2 und 78 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 ausdrücklich vor, daß diese Leistungen nach Maßgabe dieser Vorschriften ohne Rücksicht darauf gewährt werden, in welchem Mitgliedstaat die Rentner und die Kinder oder aber die Waisen oder die Person, die ihren Unterhalt bestreitet, wohnen.**“ (Rn 19, 20, Hervorhebungen durch das BFG)

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes entfaltet Art. 13 der Verordnung Nr. 1408/71 keine Sperrwirkung für die Anwendung des Rechts des nicht zuständigen Mitgliedstaats (vgl. BFH 16.5.2013, III R 8/11; BFH 18.7.2013, III R 51/09; BFH 12.9.2013, III R 32/11). Die frühere gegenteilige Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes (z.B. BFH 24.3.2006, III R 41/05) ist zwischenzeitlich überholt. Dies hat in gleicher Weise für die im Wesentlichen inhaltsgleiche Regelung des Art. 11 der Verordnung Nr. 883/2004 zu gelten.

Da der Bf. für seine im Streitzeitraum in Berufsausbildung stehende Tochter nach dem Erreichen des 18. Lebensjahres der Tochter in Slowenien keinen Anspruch auf Familienleistungen mehr hatte, steht ihm die österreichische Familienbeihilfe in voller Höhe zu (vgl. auch BFG 22.3.2018, RV/7103009/2015, betreffend eine polnische Staatsbürgerin, die im Streitzeitraum Renten aus Österreich und aus Polen bezog).

Die Rückforderung der im Zeitraum Oktober 2011 bis September 2013 bezogenen Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge ist somit zu Unrecht erfolgt.

Es war daher 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.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall vor, da zu der gegenständlichen Rechtsfrage eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehlt.

Wien, am 29. März 2019

