



Bescheid

Der Unabhängige Finanzsenat hat über den Devolutionsantrag gemäß [§ 311 Abs. 2 der Bundesabgabenordnung](#) (BAO), [BGBI. Nr. 194/1961](#) i.d.g.F., der Bw, vertreten durch Dr. Wolfgang Rainer, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Schwedenplatz 2/74, vom 11. Juni 2011, eingelangt am 13. Juni 2011, betreffend Erlassung eines Bescheides durch das Finanzamt Wien 4/5/10 hinsichtlich Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum April 2007 bis April 2009 entschieden:

Der Devolutionsantrag wird gemäß [§ 273 Abs. 1 BAO](#) als unzulässig zurückgewiesen.

Begründung

Der Devolutionswerberin (Dw.) T I wurde über ihren Antrag vom 31.7.2007 vom Finanzamt Wien 4/5/10 zunächst Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag ab April 2007 für ihre 2007 geborene Tochter A ausbezahlt.

Mit Bescheid vom 27.5.2009 wurde vom Finanzamt Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für A für den Zeitraum April 2007 bis April 2009 zurückgefördert.

Über Berufung der Dw. vom 30.6.2009 wurde dieser Rückforderungsbescheid – ebenso wie die spätere Berufungsvorentscheidung - vom Unabhängigen Finanzsenat mit Bescheid UFS 3.3.2010, RV/4134-W/09, gemäß [§ 289 Abs. 1 BAO](#) unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

Dieser Bescheid der Berufungsbehörde wurde der Dw. – zu Handen ihres damaligen Zustellungsbevollmächtigten – und dem Finanzamt jeweils am 4.3.2010 zugestellt.

Am 13.6.2011 langte mit Telefax und am 14.6.2011 im Original nachstehender Devolutionsantrag vom 11.6.2011 beim Unabhängigen Finanzsenat ein, in welchem zunächst die Bevollmächtigung des rechtsfreundlichen Vertreters bekannt gegeben und anschließend ausgeführt wurde:

„....II. Mit Bescheid vom 27.05.2009 verpflichtete das Finanzamt für den 4., 5. und 10. Bezirk in Wien die Betroffene unter Berufung auf § 26 Abs.1 FLAG iVm. § 33 Abs.4 Z.3 lit. a EStG zur Rückzahlung der für ihre Tochter A B I (VNr. ...00 00 00) im Zeitraum von April 2007 bis April 2009 bezogenen Familienbeihilfen und Kinderabsetzbeträge im Gesamtbetrag von EUR 4.042,90.

In Erledigung der hiergegen fristgerecht erhobenen Berufung wurde dieser Bescheid mit Berufungsentscheidung des Unabhängigen Finanzsenates vom 03.03.2010, RV/4134-W/09, zugestellt am 04.03.2010, gemäß § 289 Abs.1 BAO unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

In der Folge erging seitens des Finanzamts unter dem 29.03.2010 eine „Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe“, demzufolge die Betroffene die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für das genannte Kind von Mai 2009 bis März 2010 in den nächsten Tagen auf ihr Bankkonto überwiesen erhalten werde.

Weiters erging unter dem 30.03.2010 eine „Buchungsmitsellung Nr.2“, worin unter Bezugnahme auf eine „Berufungsvorentscheidung“ vom selben Tag die ursprünglich zurückgeförderten Familienbeihilfe- und Kinderabsetzbeträge von zusammen EUR 4.042,90 wiederum gutgebucht wurden.

Eine derartige Entscheidung ist jedoch nie an die Betroffene oder ihren bisherigen Vertreter zugestellt worden; am 30.03.2010 war überdies auch gar keine, einer Vorentscheidung zugängliche, Berufung mehr anhängig. Auch sonst ist seit Erlassung der Berufungsentscheidung vom 03.03.2010 keine bescheidmäßige Erledigung der Angelegenheit ergangen, insbesondere handelt es sich auch bei einer Buchungsmitsellung um keinen Bescheid (vgl. zB VwGH vom 24.02.1999, 98/13/0234).

Das Finanzamt ist somit, was die ihm in der Berufungsentscheidung vom 03.03.2010 aufgetragene neuerliche Erledigung der Angelegenheit anlangt, säumig.

Mag das Finanzamt auch - wie aus der Buchungsmitsellung vom 30.03.2010 erschließbar - von einer weiteren Rückforderung der bezughabenden Familienbeihilfe- und Kinderabsetzbeträge Abstand genommen haben, so ist eine Beschwerde der Betroffenen nach wie vor gegeben, zumal die Wiener Gebietskrankenkasse mit Bescheid vom 23.06.2009 ebenfalls das der

Betroffenen für das genannte Kind für die Zeit vom 12.04.2007 bis 03.04.2009 zuerkannte Kinderbetreuungsgeld samt Zuschuß widerrufen und einen Gesamtbetrag von EUR 14.886,57 zur Rückzahlung auferlegt hat. Diesbezüglich behängt zu 17 Cgs 1xx/09y des Arbeits- und Sozialgerichts Wien eine Klage der Betroffenen, wobei das hierüber geführte Verfahren mit Beschluß vom 12.10.2009 im Hinblick auf die Präjudizialität des gegenständlichen Verfahrens gemäß § 74 Abs.1 ASGG iVm. § 190 ZPO bis zu dessen rechtskräftigem Abschluß unterbrochen wurde. Die Betroffene hat für dieses Klagsverfahren bereits Rechtsvertretungskosten in Höhe von EUR 1.746,68 aufwenden müssen, an deren Ersatz sie naturgemäß Interesse hegt.

Sohin ergeht in Ausübung des durch § 311 Abs.2 BAO eingeräumten Rechts an den Unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz der

ANTRAG,

die seit Erlassung des Berufungsbescheides vom 03.03.2010 unerledigte Angelegenheit im Sinne dieser Entscheidung sowie auch der zwischenzeitig bekanntgewordenen höchstgerichtlichen Klarstellungen (vgl. zB VwGH vom 27.01.2010, 2009/16/0124 mwN.), mithin also im Sinne einer Abstandnahme von einer Rückforderung der von der Betroffenen für ihre Tochter im Zeitraum April 2007 bis April 2009 bezogenen Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge, einer bescheidmäßigen Erledigung zuzuführen."

§ 311 BAO lautet:

„§ 311. (1) Die Abgabenbehörden sind verpflichtet, über Anbringen (§ 85) der Parteien ohne unnötigen Aufschub zu entscheiden.

(2) Werden Bescheide der Abgabenbehörden erster Instanz der Partei nicht innerhalb von sechs Monaten nach Einlangen der Anbringen oder nach dem Eintritt der Verpflichtung zu ihrer amtsweigigen Erlassung bekanntgegeben (§ 97), so kann jede Partei, der gegenüber der Bescheid zu ergehen hat, den Übergang der Zuständigkeit zur Entscheidung auf die Abgabenbehörde zweiter Instanz beantragen (Devolutionsantrag). Devolutionsanträge sind bei der Abgabenbehörde zweiter Instanz einzubringen.

(3) Die Abgabenbehörde zweiter Instanz hat der Abgabenbehörde erster Instanz aufzutragen, innerhalb einer Frist bis zu drei Monaten ab Einlangen des Devolutionsantrages zu entscheiden und gegebenenfalls eine Abschrift des Bescheides vorzulegen oder anzugeben, warum eine Verletzung der Entscheidungspflicht nicht oder nicht mehr vorliegt. Die Frist kann einmal verlängert werden, wenn die Abgabenbehörde erster Instanz das Vorliegen von in der

Sache gelegenen Gründen nachzuweisen vermag, die eine fristgerechte Entscheidung unmöglich machen.

(4) Die Zuständigkeit zur Entscheidung geht erst dann auf die Abgabenbehörde zweiter Instanz über, wenn die Frist (Abs. 3) abgelaufen ist oder wenn die Abgabenbehörde erster Instanz vor Ablauf der Frist mitteilt, dass keine Verletzung der Entscheidungspflicht vorliegt.

(5) Devolutionsanträge sind abzuweisen, wenn die Verspätung nicht auf ein überwiegendes Verschulden der Abgabenbehörde erster Instanz zurückzuführen ist.

(6) Obliegt die Entscheidung über Devolutionsanträge dem unabhängigen Finanzsenat, so sind die §§ 270 bis 272, 278, 279 sowie 282 bis 287 sinngemäß anzuwenden. Aufträge und Verlängerungen nach Abs. 3 sowie Aufträge nach § 311a Abs. 2 obliegen dem Referenten."

Die Zulässigkeit eines Devolutionsantrags nach [§ 311 Abs. 2 BAO](#) setzt unter anderem voraus, dass die erstinstanzliche Behörde entweder über ein Anbringen ([§ 85 BAO](#)) der Partei ([§ 78 BAO](#)) nicht entschieden hat oder ihrer Verpflichtung zur amtsweigigen Erlassung eines Bescheides nicht zeitgerecht nachgekommen ist.

Die Devolutionswerberin (Dw.) T I beantragte am 31.7.2007 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag ab April 2007 für ihre 2007 geborene Tochter A. Hierbei handelt es sich um ein Anbringen nach [§ 85 BAO](#), das der Entscheidungspflicht unterliegt (vgl. *Hebenstreit* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG (Gamlitzer Kommentar), § 12 Rz. 3).

Die Erledigung eines gestellten Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe durch Erlassung eines Bescheides erfolgt gemäß der ausdrücklichen Anordnung des § 13 FLAG zweiter Satz (abweichend von der allgemeinen Regelung des [§ 92 Abs. 1 BAO](#)) nur dann, wenn dem Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe nicht oder nicht vollinhaltlich stattgegeben wird.

Die Erlassung eines Bescheides bei Gewährung von Familienbeihilfe (von Kinderabsetzbeträgen) ist nicht vorgesehen (vgl. *Hebenstreit* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG (Gamlitzer Kommentar), § 13 Rz. 2).

Nach dem Vorbringen der Dw. hat diese vom Finanzamt für ihre Tochter A Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge im Gesamtbetrag von € 4.042,90 für den Zeitraum April 2007 bis April 2009 ausbezahlt erhalten.

Das Anbringen der Dw. vom 31.7.2007 wurde somit vom Finanzamt im Sinne des Gesetzes erledigt.

Nach dem Vorbringen der Dw. wurde offenbar auch ein Antrag der Dw. für den Folgezeitraum durch Auszahlung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für A für den Zeitraum Mai 2009 bis März 2010 erledigt.

Das Verfahren zur Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum April 2007 bis April 2009, das zum Rückforderungsbescheid des Finanzamtes vom 27.5.2009 führte, geht nicht auf ein diesbezügliches Anbringen der Dw. zurück, sondern wurde vom Finanzamt von Amts wegen eingeleitet.

Über die gegen diesen Bescheid erhobene Berufung hat zunächst das Finanzamt mit Berufungsvorentscheidung und später der Unabhängige Finanzsenat mit dem Bescheid UFS 3.3.2010, RV/4134-W/09, entschieden. Das Berufungsverfahren ist damit beendet, über die diesbezüglichen Anbringen (Berufung, Vorlageantrag) wurde entschieden.

Der UFS hat mit dem Bescheid vom 3.3.2010 den Rückforderungsbescheid des Finanzamtes vom 27.5.2009 gemäß [§ 289 Abs. 1 BAO](#) unter Zurückverweisung der Sache an die erstinstanzliche Behörde aufgehoben.

Der Rückforderungsbescheid vom 27.5.2009 gehört daher nicht mehr dem Rechtsbestand an.

Die Aufhebung ist eine das Berufungsverfahren abschließende Erledigung (*Ritz*, BAO³, § 289 Tz. 17).

Die Aufhebung beseitigt mit dem angefochtenen Bescheid auch die aus ihm resultierende Nachforderung (*Ritz*, BAO³, § 289 Tz. 17).

Das Finanzamt hat somit richtigerweise dem Umstand, dass der Rückforderungsbescheid aus dem Rechtsbestand ausgeschieden ist, durch entsprechende Buchung auf dem beim Finanzamt geführten Beihilfenkonto Rechnung getragen und die Rückforderung wieder ausgebucht, was zu einer Gutschrift des Betrages von € 4.042,90, mit welchem das Konto vorher belastet war, geführt hat.

Dass zufolge ungenügender Möglichkeiten der elektronischen Datenverarbeitung der Finanzverwaltung diese Gutschrift offenbar unzutreffend als „Berufungsvorentscheidung“ ausgewiesen wurde, ändert nichts daran, dass hiermit materiell dem Aufhebungsbescheid der zweitinstanzlichen Behörde Rechnung getragen wurde.

Durch die Bescheidaufhebung nach [§ 289 Abs. 1 BAO](#) tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung des angefochtenen Bescheides befunden hat, d.h. im gegenständlichen Fall, dass der ausbezahlte Betrag an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen nicht mehr nach § 26 FLAG zurückgefördert ist.

Die Berufungsbehörde hat in ihrem Bescheid vom 3.3.2010 Mängel des bisherigen Ermittlungsverfahren festgestellt.

Der Aufhebung, die in der Beseitigung des aufgehobenen Bescheides aus dem Rechtsbestand besteht, kann ein geänderter Sachbescheid folgen (vgl. *Stoll*, BAO-Kommentar, 2895), dies muss aber nicht der Fall sein.

Ob das Finanzamt ein neuerliches Rückforderungsverfahren einleitet, in einem neuerlichen Verfahren zur Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen die ihm überbundenen Ermittlungen durchführt oder bei neuerlicher Prüfung der Sachlage unter Berücksichtigung der rechtlichen Ausführungen der Berufungsbehörde endgültig von der Erlassung eines neuerlichen Rückforderungsbescheides Abstand nimmt, ist Sache des Finanzamtes.

Ein Rückforderungsbescheid ist nach § 26 Abs. 1 FLAG nur zu erlassen, wenn Familienbeihilfe (Kinderabsetzbeträge) zu Unrecht bezogen wurden.

Dieser Bescheid ist von Amts wegen zu erlassen.

Erfolgt keine Rückforderung, hat nach dem FLAG kein „Nichtrückforderungsbescheid“ zu ergehen.

Das Finanzamt Wien 4/5/10 wäre daher nur säumig, wenn es nach Ansicht der Dw. einen Rückforderungsbescheid (von Amts wegen) zu erlassen hätte.

Dass die Dw. die Erlassung eines Rückforderungsbescheids – wonach sie zur Zurückzahlung bereits ausbezahilter Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen verpflichtet wird – anstrebt, ist allerdings nicht ersichtlich und stünde dies auch im Widerspruch zu ihrem Vorbringen.

In dem mit dem (zwischenzeitig nicht mehr dem Rechtsbestand angehörigen) Rückforderungsbescheid vom 27.5.2009 abgeschlossenen bisherigen Rückforderungsverfahren bestand bis zur Berufung gegen den Rückforderungsbescheid vom 27.5.2009 keine Entscheidungspflicht des Finanzamtes.

Da durch die Aufhebung des Rückforderungsbescheides vom 27.5.2009 das Verfahren in die Lage zurücktrat, in der es sich vor Erlassung des aufgehobenen Bescheides befunden hat, besteht erneut keine Entscheidungspflicht des Finanzamtes, da die diesbezüglichen Voraussetzungen des [§ 311 BAO](#) nicht vorliegen.

Nun bringt die Dw. vor, das Bestehen des Anspruchs auf Familienbeihilfe sei Voraussetzung für einen Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld und habe die Wiener Gebietskrankenkasse mit Bescheid vom 23.6.2009 ebenfalls das der Betroffenen für das genannte Kind für die Zeit vom 12.4.2007 bis 3.4.2009 zuerkannte Kinderbetreuungsgeld samt Zuschuss widerrufen und

einen Gesamtbetrag von € 14.886,57 rückgefordert, worüber ein Rechtsstreit vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien anhängig sei.

Es ist zutreffend, dass Voraussetzung für das Kinderbetreuungsgeld unter anderem gemäß [§ 2 Abs. 1 Z 1 KBGG](#) der Bezug von Familienbeihilfe ist und gemäß [§ 31 Abs. 2 KBGG](#) eine Rückzahlungsverpflichtung des Leistungsempfängers unter anderem auch dann besteht, „wenn rückwirkend eine Tatsache festgestellt wurde, bei deren Vorliegen kein Anspruch besteht“, wozu auch die Rückforderung von Familienbeihilfe zählt.

[§ 92 BAO](#) sieht die Erlassung von Feststellungsbescheiden auch über Rechte und Rechtsverhältnisse vor, wenn dies von einer Partei beantragt wird, diese ein rechtliches Interesse an der Feststellung hat, es sich um ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung handelt oder wenn die Feststellung im öffentlichen Interesse liegt; dies jeweils unter der weiteren Voraussetzung, dass die maßgeblichen Rechtsvorschriften eine Feststellung dieser Art nicht ausschließen (vgl. Ritz, BAO³, § 92 Rz. 9 unter Hinweis auf VwGH 14.8.1991, [89/17/0174](#); VwGH 22.11.1996, [92/17/0207](#); VwGH 25.3.1998, [98/12/0007](#)).

Im gegenständlichen Fall besteht allerdings auch kein Anlass für den Erlass eines allgemeinen Feststellungsbescheides nach [§ 92 BAO](#), wonach für den Zeitraum April 2007 bis April 2009 für A i.S.d. [§ 2 Abs. 1 Z 1 KBGG](#) Anspruch auf Familienbeihilfe nach dem FLAG 1967 bestand und Familienbeihilfe für dieses Kind tatsächlich bezogen wurde.

Dass tatsächlich Familienbeihilfe für A für den Rückforderungszeitraum betreffend Kinderbetreuungsgeld von der Dw. bezogen wurde, ist aktenkundig und lässt sich durch die Dw. auch selbst durch die entsprechende Mitteilung des Finanzamtes sowie die Zahlungsbelege, gegebenenfalls durch Anforderung entsprechender Buchungsbelege, nachweisen. Hierzu bedarf es keines eigenen Feststellungsbescheides.

Der Umstand, dass für den Rückforderungszeitraum betreffend Kinderbetreuungsgeld Anspruch auf Familienbeihilfe bestand, ergibt sich nach der Aktenlage aus der Tatsache, dass Familienbeihilfe ausbezahlt wurde – ohne Anspruch auf Familienbeihilfe auch keine Auszahlung durch das Finanzamt ([§ 2 Abs. 1 FLAG 1967](#) i.V.m. [§ 13 FLAG 1967](#)) – und ein zu Unrecht erfolgter Bezug von Familienbeihilfe derzeit vom Finanzamt nicht festgestellt ist (der Rückforderungsbescheid gemäß [§ 26 FLAG 1967](#) vom 27.5.2009 gehört – wie ausgeführt – nicht mehr dem Rechtsbestand an). Auch hier ist die Erlassung eines eigenen Feststellungsbescheides, der ausspricht, dass Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden habe, nicht erforderlich – sollte der Anspruch vom Finanzamt verneint werden und dieses einen Rückforderungsbescheid nach [§ 26 FLAG 1967](#) erlassen, kann dieser mit Berufung ([§ 243 BAO](#)) gekämpft werden und ist daher der Rechtsschutz gewährleistet.

Es ist zwar nicht auszuschließen, dass nach Durchführung eines entsprechenden Ermittlungsverfahren festzustellen ist, dass entgegen diesem Anschein kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestand, jedoch ist die Dw. im Beihilfenverfahren in ihren Rechten nicht verletzt, wenn das Finanzamt keinen Rückforderungsbescheid erlässt.

Einen Anspruch auf bescheidmäßige Feststellung des Bestehens eines Anspruchs auf Familienbeihilfe durch die Abgabenbehörden sieht weder das FLAG oder das [KBGG](#) noch das [ASGG](#) oder die [ZPO](#) vor.

Der in dem Rückforderungsbescheid vom 27.5.2009 zum Ausdruck kommende Rechtsstreit über das Bestehen eines Anspruchs auf Familienbeihilfe für April 2007 bis April 2009 wurde mit dem Bescheid des UFS vom 3.3.2010 dahingehend beendet, dass der Rückforderungsbescheid aus dem Rechtsbestand ausgeschieden ist.

Anhängig gemacht i.S.d. [§ 190 ZPO](#) ist ein Verfahren mit der Einbringung der Klage bei Gericht bzw. mit der Stellung eines Antrages im außerstreitigen Verfahren oder vor der Verwaltungsbehörde bzw. mit der amtswegigen Eröffnung eines Verfahrens (vgl. *Schrage*/in *Fasching/Konecny*² § 190 ZPO).

Dass weiterhin ein Rechtsstreit über diesen Anspruch i.S.d. [§ 190 ZPO](#) bei den Abgabenbehörden anhängig ist, vermag der Unabhängige Finanzsenat nicht festzustellen. Das bisherige Rückforderungsverfahren wurde mit dem Bescheid vom 3.3.2010 beendet. Ein Antrag der Dw. bei der Verwaltungsbehörde auf Rückforderung ist nicht ersichtlich und würde ihrem einen Rückforderungsanspruch bestreitendem Vorbringen widersprechen. Ebenso nicht ersichtlich ist derzeit, dass das Finanzamt nach Aufhebung des Rückforderungsbescheids vom 27.5.2009 neuerlich ein Rückforderungsverfahren amtswegig eröffnet und einen neuerlichen – von der Dw. bekämpften - Rückforderungsbescheid erlassen hat.

Nach Ansicht der Berufungsbehörde ist – ohne eine Gerichtsentscheidung vorwegnehmen zu wollen - der Grund für die Unterbrechung des Sozialrechtsverfahrens mit dem Ergehen des Aufhebungsbescheides vom 3.3.2010 weggefallen.

Das Arbeits- und Sozialgericht Wien wird daher die dortige Vorfrage des Bestehens eines Anspruchs auf Familienbeihilfe im Zeitraum April 2007 bis April 2009 selbst zu lösen haben, wobei zur rechtlichen Beurteilung des Unabhängigen Finanzsenats und auf die nach Ansicht der Berufungsbehörde noch zu treffenden Tatsachenfeststellungen auf die Ausführungen im Aufhebungsbescheid vom 3.3.2010 verwiesen wird. Die rechtlichen Interessen der Dw. sind daher auch ohne Erlassung eines eigenen abgabenbehördlichen Feststellungsbescheides gewahrt.

Das Finanzamt Wien 4/5/10 ist somit hinsichtlich eines Rückforderungsverfahrens betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für A für den Zeitraum April 2007 bis 2009 nicht säumig.

Ein Devolutionsantrag ist u.a. zurückzuweisen, wenn überhaupt keine Entscheidungspflicht besteht oder diese erloschen ist (vgl. *Ritz*, BAO³, § 311 Tz. 41, unter Hinweis auf VwGH 22.6.2001, [2000/13/0178](#)).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 20. Juni 2011