



Bescheid

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Berufungsverbrechers (Bw) vom 20. August 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 23. Juli 2010 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab November 2009 entschieden:

**Der angefochtene Bescheid und die Berufungsvorentscheidung betreffend
Abweisung eines Antrages auf Familienbeihilfe ab November 2009 werden
gemäß [§ 289 Abs. 1 der Bundesabgabenordnung \(BAO\)](#) idGf unter
Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz
aufgehoben.**

Begründung:

Für den Zeitraum ab November 2009 bis einschließlich August 2012 war der Bw laut Versicherungsdatenauszug vom 8.2.2013 als gewerblich selbständig Erwerbstätiger pflichtversichert im Sinne des Art. 1 lit. a sublit. i der [Verordnung \(EWG\) Nr. 1408/71](#) bzw. übte er eine selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne des [Art. 1 lit. b Verordnung \(EG\) Nr. 883/2004](#) aus.

Ab 5. Oktober 2012 ging er einer Beschäftigung als Arbeitnehmer im Sinne des [Art. 1 lit. a Verordnung \(EG\) Nr. 883/2004](#) nach.

Auf Grund dieser Versicherungen bzw. Tätigkeiten fällt der Bw unter den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) 1408/71 und der dieser Verordnung

ab Mai 2010 nachfolgenden [Verordnung \(EG\) Nr. 883/2004](#). Es besteht daher grundsätzlich die Möglichkeit eines Anspruches auf Familienbeihilfe oder auf eine Ausgleichszahlung für den Zeitraum ab November 2009 bis August 2012 und ab Oktober 2012. Hinsichtlich Anwendbarkeit der Verordnungen wird auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes, VwGH vom 22. Februar 2012, Zl. [2011/16/0236](#), verwiesen.

Für die Beurteilung eines allfälligen Anspruches auf Familienbeihilfe für den Bw nach Gemeinschaftsrecht bedarf es der näheren Überprüfung, welcher der beiden betroffenen Mitgliedstaaten nun nach den Regeln der Verordnungen bzw. der zu ihrer Durchführung ergangenen Durchführungsverordnung (DVO), der [Verordnung \(EWG\) Nr. 574/72](#), für die Zahlung der Familienleistungen zuständig ist.

Diesbezüglich enthalten die [Verordnung \(EWG\) Nr. 1408/71](#) und die Durchführungsverordnung (DVO), [Verordnung \(EWG\) Nr. 574/72](#), Prioritätsregeln. Die in Frage kommenden Antikumulierungsbestimmungen sind [Art. 76 der Verordnung \(EWG\) Nr. 1408/71](#) und Art. 10 der Durchführungsverordnung (DVO), der [Verordnung \(EWG\) Nr. 574/72](#) und [Art. 68 der Verordnung \(EG\) Nr. 883/2004](#).

Der Umstand, dass die Anspruchsvoraussetzungen im Wohnstaat nicht erfüllt werden, ist dabei für die Anwendung des Art. 10 irrelevant (EuGH vom 7. Juni .2005, Rs C-543/03 Christine Dodl, Petra Oberholzenzer, Rn 61).

Im vorliegenden Fall ist der Eintritt einer Kumulierung möglich: In Polen sind Kinder bis zum vollendeten 24. Lebensjahr anspruchsberechtigt, sofern sie lernen oder studieren, und der Bw hat nach Art. 73 iVm [Art. 13 Verordnung \(EWG\) Nr. 1408/71](#) grundsätzlich im Beschäftigungsstaat einen Anspruch auf Familienleistungen für seine Tochter im gleichen Zeitraum erworben.

Art. 10 der Durchführungsverordnung (DVO), der [Verordnung \(EWG\) Nr. 574/72](#), ist anwendbar, wenn das Risiko einer Kumulierung des Anspruches aus [Art. 73 der Verordnung \(EWG\) Nr. 1408/71](#) und des Anspruches auf Familienleistungen nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften des Wohnstaates besteht, der nicht von einer Erwerbstätigkeit abhängt. Dies ist hier der Fall.

Nach der Auslegung des Europäischen Gerichtshofes, EuGH vom 7. Juni 2005 in der Rechtssache (Rs) C-543/03 Christine Dodl, Petra Oberholzenzer (Rn 56 bis 59), bestimmt Artikel 10 Abs. 1 lit. a der Durchführungsverordnung (DVO), [Verordnung \(EWG\) Nr. 574/72](#):

Räumen die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsmitgliedstaates und die des Wohnmitgliedstaates eines Arbeitnehmers für denselben Familienangehörigen und für

denselben Zeitraum Ansprüche auf Familienleistungen ein, so ist der für die Gewährung dieser Leistungen zuständige Mitgliedstaat nach [Artikel 10 Abs. 1 lit. a Verordnung \(EWG\) Nr. 574/72](#) grundsätzlich der Beschäftigungsstaat.

Übt jedoch eine Person, die das Kind betreut, eine Erwerbstätigkeit iSd der [Verordnung \(EWG\) Nr. 1408/71](#) im Wohnmitgliedstaat aus, so sind die Familienleistungen nach Art. 10 Abs. 1 lit. b sublit. i [Verordnung \(EWG\) Nr. 574/72](#) von diesem Mitgliedstaat zu gewähren, unabhängig davon, wer der in den Rechtsvorschriften dieses Staates bezeichnete unmittelbare Empfänger dieser Leistungen ist. In diesem Fall ruht die Gewährung der Familienleistungen durch den Beschäftigungsmitgliedstaat bis zur Höhe der in den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaates vorgesehenen Familienleistungen.

Ab Mai 2010 trifft [Art. 68 der Verordnung \(EG\) Nr. 883/2004](#) eine inhaltlich gleichlautende Regelung.

Für die Feststellung, welcher Mitgliedstaat zur Zahlung verpflichtet ist, bedarf es daher der Beantwortung der Frage, ob die Gattin des Bw im fraglichen Zeitraum eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat. Sollte diese Frage bejaht werden, dann wäre in erster Linie Polen zur Zahlung von Familienleistungen zuständig.

In einem nächsten Schritt müsste geklärt werden, ob und in welcher Höhe in Polen Familienbeihilfe bezogen wurde. Sollte in Polen Familienbeihilfe bezogen worden sein, so ruht der Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich bis zur Höhe der in Polen bezogenen Familienleistung.

Da sich diesbezügliche Erhebungen nur für den Zeitraum bis 31.10.2009 im Akt (AS 30) befinden, kann der Unabhängige Finanzsenat nicht feststellen, ob der Bw die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Familienbeihilfe oder Differenzzahlung in Österreich für den strittigen Zeitraum ab November 2009 bis August 2012 und ab Oktober 2012 erfüllt. Der Sachverhalt ist damit nicht hinreichend erforscht, dass er einer abschließenden Beurteilung in Form eines Bescheides zugänglich wäre. Der Tatbestand des § 289 Abs. 1 ist somit verwirklicht.

Es ist Sache der Finanzbehörde, die fehlenden Ermittlungsschritte vor einer allfälligen Erlassung eines neuen Sachbescheides nachzuholen und die oben angeführten Fragen betreffend eine Erwerbstätigkeit der Ehegattin des Bw und betreffend eines allfälligen Bezuges von Familienleistungen in Polen einer Klärung zuzuführen.

Zweck der Kassationsmöglichkeit des [§ 289 Abs. 1 BAO](#) ist die Entlastung der Abgabenbehörde zweiter Instanz und die Beschleunigung des zweitinstanzlichen

Berufungsverfahrens. Zur diesbezüglichen Ermessensübung wies der Verwaltungsgerichtshof darauf hin (VwGH 21.11.2002, [2002/20/0315](#)), dass die Anordnungen des Gesetzgebers über ein zweitinstanzliches Verfahren unterlaufen würden, wenn es wegen des Unterbleibens eines Ermittlungsverfahrens in erster Instanz zu einer Verlagerung nahezu des gesamten Verfahrens vor die Berufungsbehörde käme und damit die Einrichtung von zwei Entscheidungsinstanzen zur bloßen Formsache würde. Es sei nicht im Sinne des Gesetzes, wenn die Berufungsbehörde, statt ihre umfassende Kontrollbefugnis wahrnehmen zu können, jene Behörde ist, die erstmals den entscheidungswesentlichen Sachverhalt ermittelt und einer Beurteilung unterzieht (Ritz, BAO, § 289, Tz 5).

Im Hinblick auf die vorzunehmenden Ermittlungen, insbesondere der Prüfung der Beschäftigung der Ehegattin des Bw im Zeitraum ab November 2009 und das Vorliegen eines allfälligen Bezuges von Familienleistungen in Polen, was eine erstmaligen Erforschung des Sachverhaltes darstellt, war der Aufhebung der Vorrang vor der Ermittlung des Sachverhaltes durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz zu geben, da es sich um mehr als eine notwendige Ergänzung des Ermittlungsverfahrens handelt. Da der Sachverhalt in dieser Form erstmalig erforscht werden muss, war das Ermessen auch im Hinblick auf die Wahrung des Parteiengehörs und vom Gesichtspunkt der Erhaltung des vollen Instanzenzuges für den Bw in Richtung Aufhebung des Bescheides zu üben.

Wien, am 18. Februar 2013