



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat über die Berufung des Bw., W., U.gasse, vertreten durch Brauneis Klauser Prändl Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Bauernmarkt 2, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 8/16/17 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Jänner 2005 bis 31. Dezember 2009 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Der Rückforderungsbetrag vermindert sich um den in gleichr Höhe zustehenden Differenzbetrag und beträgt daher € 0,00.-

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber, in der Folge Bw. genannt, stellte am 24.11.2005 den Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für die Kinder M., C. und Ma..

Der Bw. ist x. Staatsbürger.

Im Antrag gab er als Beruf „alleiniger Geschäftsführer der A. Austria GmbH“ und als Dienstgeber die „A. Austria GmbH“ an.

Weiters sei er am 11.8.2005 aus Deutschland nach Österreich eingereist.

Sowohl die nicht berufstätige Ehegattin, die lt. Schreiben vom 18.8.2006 auf ihren Anspruch auf Familienbeihilfe verzichtete, als auch die Kinder des Bw. leben mit diesem im gemeinsamen Haushalt in Österreich.

Lt. Bestätigung der Fa. A. Austria vom 21.9.2005, zugleich mit dem Antrag beim Finanzamt eingereicht, sei der Bw. seit 1.3.2005 als Geschäftsführer beschäftigt. Vom Bruttogehalt von € 10.035,50 werde xx Sozialversicherung in Höhe von € 590.- und Lohnsteuer i.H. von € 5.108,34 abgezogen, sodass ein Auszahlungsbetrag von € 4.337,16 verbleibe.

Im März 2006 erfolgte von Seiten des zuständigen Wohnsitzfinanzamtes eine Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe, ebenso im August 2006.

Im Akt findet sich ein Vermerk des zuständigen Sachbearbeiters, dass der Bw. „lt Firma ca. 3 Jahre in Wien bleiben werde“.

Am 22.2.2007 langte beim Finanzamt ein Schreiben des Bundesministeriums für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz (BMSG) ein mit folgendem Betreff:

„Formular E 102 betreffend Verlängerung der Entsendung nach Art. 14 Z 1 lit. b der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 für Bw. , VNr. AXXX“

Aus dem beigelegten Formular E 102 des xxx Ausstellers INPS (Istituto Nazionale della Previdenza Sociale= „Soziale Fürsorge“) geht hervor, dass für den Bw., der bereits für den Zeitraum von 1.3.2005 bis 28.2.2006 für die Firma E. bei der A. Austria GmbH arbeitete, das Einverständnis erklärt wird, dass dieser für den Zeitraum 1.3.2006 bis 28.2.2007 weiterhin der „Gesetzgebung“ (den Rechtsvorschriften) für soziale Sicherheit des Staates I. unterworfen sein soll. Dieses Schreiben vom 20.7.2006 langte am 31.7.2006 beim BMSG ein und wurde zugleich mit der am 9.2.2007 ausgestellten Bestätigung des BMSG über die Einverständniserklärung des BMSG, dass der „Dienstnehmer der Firma E. , vorübergehend tätig bei der A. Austria GmbH“, weiterhin den Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit des Entsendestaates unterstellt bleibt, am 22.2.2007 beim Finanzamt vorgelegt. Im Detail wurde in dieser Einverständniserklärung des BMSG bezüglich des Tätigkeitszeitraumes angeführt:

„bereits tätig seit 1.3.2005-28-2-2007(E101/102), Dauer der Tätigkeit: 1.3.2007-28.2.2008“

Am 22.12.2009 verständigte das nunmehr zuständige Bundesministerium für Wirtschaft, Familien und Jugend das Finanzamt, dass, die den Bw. betreffende Ausnahmerevereinbarung nach Art. 17 der VO 1408/71 durch die vorzeitige Aufgabe der Tätigkeit in Österreich mit 31.8.2009 beendet sei. Als Zeiträume der bisherigen Ausnahmen wurden 1.3.2005-28.2.2009 und 1.3.2009-28.2.2010 angegeben.

Im Februar 2010 erfolgte neuerlich eine Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe.

Mit Bescheid vom 9.11.2010 wurden die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum September 2005 bis Dezember 2009 für die drei Kinder in Höhe von insgesamt € 29.583.- zurückgefordert. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, dass der Bw. lt. vorliegender Bestätigungen für die Zeit seiner Beschäftigung bei der A. Austria GmbH weiterhin den Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit des Entsendestaates, somit I. , unterlegen sei.

Gegen diesen Bescheid wurde mit Schriftsatz vom 2.12.2010 fristgerecht berufen. Zugleich wurden ein Antrag auf Nachsicht gem. § 236 BAO und ein Antrag auf Ratenzahlung gem.

§ 212a BAO eingebracht.

Zur Begründung wurde folgendes vorgebracht:

Der Bw. sei den österreichischen Rechtsvorschriften unterlegen, was auch im Anstellungsvertrag ausdrücklich geregelt worden sei.

Da die Familienangehörigen im gleichen Mitgliedstat wohnten wie der Bw., käme die VO 1408/71 gar nicht zur Anwendung.

Sollte die zweite Instanz gegenteiliger Auffassung sein, sei auf Art. 76 der VO zu verweisen, wonach durch die Auszahlung der Familienbeihilfe in Österreich der zumindest grundsätzliche Anspruch in I. ruhte. Der Umstand, dass die Behörde vor fünf Jahren eine falsche Entscheidung getroffen habe, wirke sich nun zum gravierenden Nachteil für den Bw. aus, der sich auf die behördliche Entscheidung gutgläubig verlassen habe und die gewährten Zahlungen gutgläubig verwendet habe.

Gelange die Behörde zur Auffassung, dass die VO 1408/71 nicht zur Anwendung gelange, sei auf § 2 FLAG zu verweisen, wonach demjenigen Familienbeihilfe zustehe, der in Österreich wohne oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe. Dass der Bw. seinen Sozialversicherungsbeitrag in I. leiste, sei dem Finanzamt bekannt gewesen und sei nicht schädlich, da die Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen in Österreich nicht Anspruchsvoraussetzung sei.

Dass das Finanzamt mehr als vier Jahre nach ordnungsgemäßer Antragstellung die Rückforderung angeblich zu Unrecht bezogener Beihilfen fordere und diese darauf stütze, dass eine Erwerbstätigkeit im Ausland vorgelegen sei, sei schlichtweg unrichtig.

Sollte die VO 1408/71 anwendbar sein, habe der Bw. gem. § 4 Abs. 3 FLAG Anspruch auf eine Ausgleichszahlung in Höhe der Differenz zwischen der xxx Beihilfe und der österreichischen.

Da dem Bw. auf Grund der Höhe seines Einkommens in I. kein Kindergeld zusteht, hätte er Anspruch auf eine Ausgleichzahlung in Höhe der Differenz, somit des gesamten Rückforderungsbetrages.

Sollte der Anspruch auf Familienbeihilfe doch nicht bestehen, stelle er den Antrag auf Nachsicht gem. § 236 BAO. Die Einhebung wäre unbillig, da die Behörde trotz aller bereits bei Antragstellung vorgelegter Unterlagen mehr als fünf Jahre später die Rückzahlung verlange, obwohl sich die Umstände nicht geändert hätten.

In eventu stellte der Bw. einen Antrag auf Ratenzahlung.

In der Vorhaltsbeantwortung vom 23.2.2012 wurde ergänzend ausgeführt, dass die gesamte Familie seit 11.8.2005 bis dato durchgehend in Österreich gemeldet sei. Es erscheine hingegen unrichtig, dass der Versicherungsdatenauszug keine Versicherungszeiten aufweise. Sowohl der Bw. als auch die anderen Familienmitglieder hätten eine E-card, was nicht der Fall wäre, wenn sie nicht in Österreich sozialversichert wären. Der Bw. sei ab 1.9.2009 für die E. Gruppe in R. tätig gewesen, habe seinen Hauptwohnsitz jedoch weiter bei seiner Familie in Österreich gehabt. Als Nachweise für das nunmehrige Vorbringen wurden ein Lohnzettel von September bis Dezember 2009 und das Formular E 106 der Familie L. vorgelegt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Der Unabhängige Finanzsenat geht von folgendem Sachverhalt aus:

Der Bw. ist x. Staatsbürger.

Lt. Anfragen im Zentralen Melderegister leben bis dato die Ehefrau sowie die drei Kinder mit ihm im gemeinsamen Haushalt in Österreich.

Mit Schreiben vom 18.8.2006 verzichtete die Ehegattin zu Gunsten ihres Ehegatten auf ihren Anspruch auf Familienbeihilfe.

Soweit in der Folge Bezug auf das im xxx Original vorliegende Formular E 102 genommen wird, ist auf die Homepage der WGKK zu verweisen, auf der von der Referentin in das E 102 in deutscher Sprache Einsicht genommen wurde und das mit der xxx Version direkt vergleichbar ist.

Lt. dem vorliegenden Formular E 102 war der Bw. Arbeitnehmer der Firma E. Spa Divisione Refining & Marketing in R. .

Ab 1.3.2005 war er bei der Firma A. Austria GmbH als Geschäftsführer beschäftigt.

Unter Pkt. 3 des Formulars wird er als „entsandt an die Firma A. Austria GmbH“ angeführt.

Es wird ersucht, dass für den Bw. für die Zeit von 1.3.2006 bis 28.2.2007 weiterhin die Rechtsvorschriften I.s zur Anwendung kommen sollen.

Dem Finanzamt wurde im Februar 2007 vom BMSG mitgeteilt, dass sich dieses unter Anwendung des Art. 17 der VO 1408/71 mit der Befreiung von den österreichischen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit für die Zeit der Entsendung nach Art. 14 Zif. 1 lit. b der VO nach Österreich einverstanden erklärt habe. Dies, wie sich aus den vorliegenden Schreiben des BMSG sowie des in der Folge zuständigen BMWFJ ergibt, insgesamt für den Zeitraum 1.3.2005 bis 28.2.2010.

Dem Finanzamt war daher seit Februar 2007 bekannt, dass der Bw. hinsichtlich der Gewährung von Familienleistungen den xxx Rechtsvorschriften unterlag.

Der Bw. unterlag daher für diese Zeit seiner Tätigkeit in Österreich weiterhin den xxx Rechtsvorschriften für Familienleistungen und der xxx Sozialversicherung.

Dementsprechend scheinen auch in Österreich lt. einem im Akt erliegenden Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung vom 27.7.2011 keine Versicherungszeiten in Österreich auf.

Am 31.8.2009 beendete der Bw. seine Tätigkeit in Österreich.

Ab 1.9.2009 behielt er zwar nach wie vor seinen Familienwohnsitz in Österreich bei, war aber für die E. Gruppe in R. tätig.

An diesen Sachverhalt knüpfen sich folgende rechtliche Konsequenzen:

Die VO 1408/71 kommt grundsätzlich immer dann zur Anwendung, wenn das Risiko einer Kumulierung von Ansprüchen nach innerstaatlichem Recht und aus Art. 13 bzw. Art.73 der VO besteht, weil der Anspruchswerber in einem Mitgliedstaat beschäftigt ist, aber in einem anderen wohnt.

Der Bw. fällt daher grundsätzlich in den Anwendungsbereich der VO 1408/71.

Nach § 2 Abs. 8 FLAG besteht Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich befindet, wobei der Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat liegt, zu dem die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen bestehen. Nach einhelliger Auffassung in der Judikatur befindet sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer verheirateten Person dort, wo sie mit ihrer Familie lebt.

Diese trifft auf den Bw. für Österreich zu.

Demgegenüber regelt die VO 1408/71 folgendes:

Der persönliche Geltungsbereich der Verordnung(EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ist in Artikel 2 definiert. Gemäß **Artikel 2** Absatz 1 gilt die - als unmittelbares Recht anzuwendende - VO 1408/71 insbesondere für "Arbeitnehmer und Selbständige, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten".

"Arbeitnehmer" oder "Selbständiger" ist **Art. 1 lit a** VO 1408/71 zufolge jede Person,

i) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige oder einem Sondersystem für Beamte erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist;

ii) die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfasst werden, auf die diese Verordnung anzuwenden ist, wenn diese Person auf Grund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Arbeitnehmer oder Selbständiger unterschieden werden kann oder wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige errichteten Systems oder eines Systems der Ziffer iii) gegen ein anderes in Anhang I bestimmtes Risiko pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist oder wenn auf sie bei Fehlen eines solchen Systems in dem betreffenden Mitgliedstaat die in Anhang I enthaltene Definition zutrifft;

iii) die gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für die gesamte Landbevölkerung nach den Kriterien des Anhangs I geschaffenen einheitlichen Systems der sozialen Sicherheit pflichtversichert ist;

iv) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für Arbeitnehmer, für Selbständige, für alle Einwohner eines Mitgliedstaats oder für bestimmte Gruppen von Einwohnern geschaffenen Systems der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats freiwillig versichert ist, wenn sie im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt ist oder eine selbständige Tätigkeit ausübt oder, wenn sie früher im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige desselben Mitgliedstaats errichteten Systems gegen das gleiche Risiko pflichtversichert war.

Gemäß **Art. 13 Abs. 1** der VO 1408/71 unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, vorbehaltlich der Artikel 14c und 14f den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

Nach **Abs. 2 leg. cit.** gilt, soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, folgendes:

a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaates abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet des anderen Mitgliedstaates wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates hat:

Entsprechend dem **Artikel 14** der VO 1408/71 gelten vom Grundsatz des Artikels 13 Absatz 2 Buchstabe a) folgende Ausnahmen und Besonderheiten:

1. a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats von einem Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört, abhängig beschäftigt wird und die von diesem Unternehmen zur Ausübung einer Arbeit für dessen Rechnung in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaates entsandt wird, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaates, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und sie nicht eine andere Person ablöst, für welche die Entsendungszeit abgelaufen ist;

b) geht eine solche Arbeit, deren Ausführung aus nicht vorhersehbaren Gründen die ursprünglich vorgesehene Dauer überschreitet, über zwölf Monate hinaus, so gelten die Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaates bis zur Beendigung dieser Arbeit weiter, sofern die zuständige Behörde des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet der Betreffende entsandt wurde, oder die von dieser Behörde bezeichnete Stelle dazu ihre Genehmigung erteilt, diese Genehmigung ist vor Ablauf der ersten zwölf Monate zu beantragen. Sie darf nicht für länger als zwölf Monate erteilt werden.

Entsprechend der Bestimmung des **Artikel 17** der VO 1408/71 können zwei oder mehr Mitgliedstaaten, die zuständigen Behörden dieser Staaten oder die von diesen Behörden bezeichneten Stellen im Interesse bestimmter Personengruppen oder bestimmter Personen Ausnahmen von den Artikel 13 bis 16 vereinbaren.

Laut dem im Akt dokumentierten Genehmigungsverfahren durch das österreichische BMSG bzw. in der Folge BMWFJ unterlag der Bw. für den Zeitraum seiner Entsendung nach Österreich also ab dem 1.3.2005 bis zum 31.8.2009, nach dem Willen seines Arbeitgebers, der Firma E., und der Genehmigung der zuständigen österreichischen Behörden, ausschließlich den Rechtsvorschriften des Entsendestaates, somit I.s.

Dem Unabhängigen Finanzsenat obliegt es nicht die Rechtmäßigkeit dieses Verfahrens zu überprüfen, da er ansonsten in eine Kompetenz eingreifen würde, die ihm rechtlich nicht zusteht (vgl. auch die Entscheidungen des UFS RV/3933-W/08 vom 21.1.2009 und RV/0571-W/09 vom 24.6.2009, wonach bei Vorliegen einer von der MA 35 ausgestellten Anmeldebescheinigung für EU-Bürger von einem rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich auszugehen ist und die für deren Ausstellung notwendigen Voraussetzungen nicht von den Abgabenbehörden zu überprüfen sind). Insofern ändert sich die rechtliche Würdigung auch dadurch nicht, wenn, wie der Bw. vorbringt, im Anstellungsvertrag die Anwendung der österreichischen Rechtsvorschriften vereinbart worden sein sollte, weshalb die Vorlage dieses Vertrages verzichtet werden konnte.

Damit ist aber nach dem Arbeitnehmerbegriff der VO 1408/71 die Anwendung der Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes für jenen Zeitraum ausgeschlossen, in dem der Bw. zwar nachweislich in Österreich tätig, aber in I. versichert war.

Der Bw. war somit in Österreich nicht "Arbeitnehmer" i.S. der VO 1408/71 und konnte ihm daher aus dieser keine Ansprüche auf Familienleistungen erwachsen.

Zu beachten ist hinsichtlich des Rückforderungszeitraumes, dass der Bw. seine Tätigkeit in Österreich lt. Mitteilung des BMWFJ an das zuständige Wohnsitzfinanzamt mit 31.8.2009 beendete. Es ist daher davon auszugehen, dass die vereinbarte Anwendung der Rechtsvorschriften I.s mit diesem Zeitpunkt zunächst endete.

Die Familienbeihilfe sowie die Kinderabsetzbeträge wurden bis einschließlich Dezember 2009 zurückgefordert. Zu überprüfen war daher, welche Rechtsvorschriften hinsichtlich Familienleistungen auf den Bw. in diesem Zeitraum anwendbar waren:

Der Familienwohnsitz befand sich auch nach dem 31.8.2009 in Österreich, sämtliche Familienmitglieder sind seit 10.5.2005 bis dato durchgehend in Österreich gemeldet.

Ab 1.9.2009, war der Bw. für die E. -Gruppe in R. tätig.

Lt. dem Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung vom 27.7.2011 scheinen für den Bw. keine Versicherungszeiten in Österreich auf. Wurde in der Berufung noch außer Streit gestellt, dass der Bw. seine Sozialversicherungsbeiträge in I. abführte, so hegt der Bw. in der Vorhaltsbeantwortung vom 23.2.2012 Zweifel an der Richtigkeit des Versicherungsdatenauszuges, da der Bw. und seine Familienmitglieder eine E-card besäßen.

Dazu ist jedoch folgendes auszuführen:

Wie dem vorgelegten E106 zu entnehmen ist (von der Referentin wurde das in x. Sprache vorgelegte Formular mit einer im Internet recherchierten deutschen Fassung verglichen) handelt es sich dabei um eine „Bescheinigung des Anspruches der in einem anderen Staat (hier Österreich) als dem zuständigen Staat (hier I.) wohnenden Versicherten auf Sachleistungen bei Krankheit und Mutterschaft“. Eine versicherungspflichtige Tätigkeit in Österreich ist somit nicht unbedingte Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Sachleistung im Krankheitsfall mittels E-card.

Bei Fehlen einer österreichischen Pflichtversicherung bzw. einer freiwilligen Weiterversicherung fällt der Bw. jedoch nicht in den persönlichen Anwendungsbereich der VO 1408/71 in Österreich, sehr wohl aber im Beschäftigungsland I. .

Für die Gewährung von Familienleistungen ab dem 1.9.2009 ist daher ebenfalls das Beschäftigungsland I. zuständig.

Es bestand daher für den vom Bescheid vom 9.11.2010 umfassten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge nach dem FLAG.

Daher kommt zunächst § 26 FLAG zur Anwendung. Dieser normiert eine objektive, d.h. verschuldensunabhängige Rückzahlungsverpflichtung. Subjektive Momente, wie Verschulden, Gutgläubigkeit oder die Verwendung der Familienbeihilfe, sind nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (z.B. VwGH vom 24.6.2009, 2007/15/0162). Eine Rückzahlungsverpflichtung besteht selbst bei ausschließlichen Verschulden des Finanzamtes (UFS vom 14.12.2009, RV/3589-W/09).

Der Bw. verweist allerdings zu Recht auf Art. 76 der VO 1408/71, wonach dann, wenn die Familienleistungen in dem einen Mitgliedstaat höher sind als in dem anderen, ein Anspruch auf Gewährung des Differenzbetrages besteht. Dieses Vorbringen ist als Antrag, die allenfalls zu Recht bestehende Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge mit dem Anspruch auf Differenzzahlung zu verrechnen, zu werten.

Dazu ist auszuführen, dass die VO 1408/71, in deren grundsätzlichen Anwendungsbereich der Bw. wie bereits ausgeführt fällt, gewährleisten soll, dass die Empfänger von Familienleistungen entweder auf dem Niveau des Wohnsitzstaates oder des Beschäftigungsstaates erhalten-je nachdem, welches das höhere ist.

Der Wohnortstaat der Kinder (hier Österreich) muss seine Familienleistungen zu Gänze bzw. teilweise bezahlen, wenn es im Beschäftigungsstaat der Eltern (hier I.) keine oder nur geringere gleichartige Familienleistungen gibt.

Auch die innerstaatliche Rechtsvorschrift des § 4 FLAG entspricht diesen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Demnach haben Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe. Sie erhalten jedoch eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre (wobei dazu anzumerken ist, dass das Erfordernis der österreichischen Staatsbürgerschaft im Anwendungsbereich der VO 1408/71 zufolge deren Vorrangs nicht zum Tragen kommt, siehe auch VwGH vom 23.5.2007, ZI 2006/13/0074).

Da der Bw. nach den Rechtsvorschriften des Beschäftigungsstaates I. auf Grund der Höhe seines Einkommens keinen Anspruch auf Familienleistungen hat, steht ihm demnach eine Differenzzahlung in Höhe der österreichischen Familienbeihilfe inklusive Kinderabsetzbeträgen zu.

Der Rückforderungsbetrag vermindert sich somit auf € 0,00.-.

Hinsichtlich des Antrages auf Nachsicht gemäß § 236 BAO, der sich infolge der vollinhaltlichen Stattgabe des Berufungsbegehrens ohnehin erübrigt, ist folgendes auszuführen:

Die Entscheidungsbefugnis der Abgabenbehörde zweiter Instanz ist durch den das Rechtmittelverfahren betreffenden Gegenstand begrenzt. Eine Nachsicht ist ein von der Rückforderung getrenntes Verfahren. Auch der Verwaltungsgerichtshof verweist immer wieder darauf, dass die Berufung auf die Unbilligkeit der Nachforderung und damit eine Billigkeitsmaßnahme im Sinne des § 236 BAO nicht Gegenstand dieses Verfahrens (Beschwerde gegen eine abweisende Berufungsentscheidung i.Z.m einer Rückforderung von zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe), sondern ein eigenes Verfahren ist (vgl. Csarszar/Lenneis/Wanke, FLAG-Kommentar, Tz, 21 und 24 zu § 26).

Gleiches gilt für den in eventu gestellten Antrag auf Ratenzahlung gem. § 212a BAO.

In Ergänzung wird darauf hingewiesen, dass die Ehegattin des Bw. nach den Bestimmungen der § 2 Abs. 8 und 2a Abs.1 FLAG uneingeschränkten Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge hätte, wenn sie nicht, zu Gunsten des anderen Elternteiles verzichtet hätte. Ungeachtet der Tatsache, dass sie zu Gunsten eines Nichtanspruchsberechtigten verzichtet hat, kann gem. Abs. 2 leg.cit. ein Verzicht jederzeit für Zeiträume, für die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde, widerrufen werden.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 16. Mai 2012