



## Bescheid

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., Adresse, vom 21. Juni 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Stadt vom 14. Juni 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für Mai 2007 entschieden:

Der angefochtene Bescheid und die Berufungsvorentscheidung werden gemäß § 289 Abs. 1 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl Nr. 1961/194 idGf, unter Zurückweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

### Begründung

Die Berufungswerberin ist österreichische Staatsbürgerin und wohnte bis 28. April 2007 mit ihrer Familie in Großbritannien, ihr Gatte ist britischer Staatsbürger. Die beiden Kinder besitzen eine Doppelstaatbürgerschaft. Ende April 2007 übersiedelte die Familie nach Österreich, wobei die Berufungswerberin im Berufungszeitraum in Österreich keiner Beschäftigung nachging. Die Berufungswerberin beantragte am 29. Mai 2007 Familienbeihilfe für den Sohn A (geb. 24. November 1990), für ihre Tochter B (geb. 22. August 1988) sowie für ihren im gemeinsamen Haushalt lebenden Enkel C (geb. 4. September 2006 – Sohn der Tochter B). Ihre Tochter absolvierte Deutschkurse und möchte ab Herbst 2007 ein Fernstudium mit einer wöchentlichen Studienzeit von 20 Stunden betreiben. Ihr Ehegatte erhalte eine Firmenpension aus Krankheitsgründen.

Das Finanzamt Salzburg-Stadt wies mit Bescheid vom 14. Juni 2007 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die beiden Kinder und das Enkelkind unter Hinweis auf die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, wonach vorrangig jener Mitgliedsstaat Familienleistungen zu gewähren habe, in dem die Erwerbstätigkeit ausgeübt werde, ab. Gemäß Artikel 77 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 würden Familienleistungen für unterhaltsberechtigte Kinder von Rentnern grundsätzlich von dem Staat gezahlt, der zur Zahlung der Rente verpflichtet sei. Da der Gatte der Berufungswerberin eine Firmenpension in Großbritannien beziehe, sei für die Auszahlung der Familienbeihilfe auch Großbritannien zuständig.

In der daraufhin eingebrochenen Berufung schränkte die Berufungswerberin den Antrag auf Familienbeihilfe auf ihre beiden Kinder ein. Laut Schreiben der britischen Familienbeihilfenstelle (HM Revenue & Customs – Child Benefit Office) zahle Großbritannien ab Mai 2007 keine Familienbeihilfe mehr.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 17. Juli 2007 wurde die Berufung vom Finanzamt abgewiesen, wobei wieder auf die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 verwiesen wurde.

Am 20. August 2007 brachte die Berufungswerberin einen Vorlageantrag an die Abgabenbehörde zweiter Instanz ein und führte dabei ergänzend aus, dass die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht auf ihre Familienumstände zutreffen würde, da ihr Gatte in Großbritannien keine Erwerbstätigkeit ausübe und den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich habe. Bei der Pensionszahlung handle es sich nicht um eine vom britischen Staat ausbezahlte Pension, sondern um eine private Firmenpension, die ihm anlässlich seines Ausscheidens aus der Firma aus Krankheitsgründen gewährt worden sei. Die britische Staatspension werde ihrem Gatten erst nach Vollendung seines 64. Lebensjahres ausbezahlt.

Laut Schreiben der britischen Familienbeihilfenstelle (HM Revenue & Customs – Child Benefit Office) vom 16. August 2007 zahle Großbritannien ab Mai 2007 keine Familienbeihilfe für die beiden Kinder, da weder die Berufungswerberin noch ihre Ehegatte in Großbritannien Sozialversicherungsbeiträge zahlten oder Zahlungen aufgrund von geleisteten Sozialversicherungsbeiträgen erhielten.

### **Dazu hat der Unabhängige Finanzsenat erwogen:**

Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder und für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben unter den in lit. b dargelegten Voraussetzungen. Kinder können den Anspruch auf Familienbeihilfe im Allgemeinen nur vermitteln, einen eigenen Anspruch auf Familienbeihilfe haben sie nur ausnahmsweise, wenn sie Vollwaisen bzw. Kinder sind, deren Eltern ihrer Unterhaltpflicht nicht nachkommen (vgl. § 6 FLAG).

§ 2 Abs. 2 FLAG bestimmt weiters, dass für ein in Absatz 1 genanntes Kind die Person Anspruch auf Familienbeihilfe hat, zu deren Haushalt das Kind gehört oder wenn sie überwiegend die Unterhaltskosten für das Kind trägt. Die Haushaltsgemeinschaft eines Kindes ist dann gegeben, wenn es sich bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit der genannten Person teilt. Nicht aufgehoben gilt die Haushaltsgemeinschaft, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält (§ 2 Abs. 5 lit.a FLAG 1967) oder wenn das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausbildung eine Zweitwohnung bewohnt (§ 2 Abs. 5 lit.b FLAG1967).

Gemäß § 5 Absatz 4 Familienlastenausgleichsgesetz besteht für jene Kinder kein Anspruch auf Familienbeihilfe, für die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht. Die Gewährung einer Ausgleichszahlung (§ 4 Abs. 2 FLAG) wird dadurch nicht ausgeschlossen.

Die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten (siehe die hg. Erkenntnisse vom 24. September 2002, 96/14/0125, vom 27. März 2002, 2000/13/0104, vom 21. Februar 2001, 96/14/0139, und vom 24. Oktober 2000, 95/14/0119). Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe ist, wie sich dies den Regelungen des § 10 Abs. 2 und 4 FLAG entnehmen lässt, der Kalendermonat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind kann somit je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (Hinweis E 28. November 2001, 96/13/0076).

Gemäß Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 Artikel 13 unterliegen Personen - vorbehaltlich der Artikel 14c und 14f -, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel. Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, gilt gemäß Absatz 2 lit. a folgendes:

*„Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat.“*

Artikel 73 dieser Verordnung normiert Regelungen für Arbeitnehmer, deren Familienangehörige in einem anderen Mitgliedstaat als dem zuständigen Staat wohnen:

*„Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.“*

Gemäß Artikel 77 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 sind Leistungen im Sinne dieses Artikels die Familienbeihilfen für Empfänger von Alters- oder Invaliditätsrenten, Renten wegen eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit sowie die Kinderzuschüsse zu solchen Renten, mit Ausnahme der Kinderzulagen aus der Versicherung bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten. Die Leistungen werden ohne Rücksicht darauf, in welchem Mitgliedstaat die Rentner oder die Kinder wohnen, wie folgt gewährt: Der Rentner, der nach den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats Rente bezieht, erhält die Leistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rente zuständigen Staates.

Im vorliegenden Fall wird vom Finanzamt nicht in Zweifel gezogen, dass die Berufungswerberin grundsätzlich die Voraussetzungen des § 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG) für den Bezug von Familienbeihilfe für ihre Kinder erfüllt. Das Finanzamt vertritt allerdings die Auffassung, dass Großbritannien hinsichtlich der Gewährung von Kindergeld zuständig sei, weshalb der Berufungswerberin kein Anspruch auf die beantragte Familienbeihilfe zukomme. Richtig ist, dass es gegenständlich darauf ankommt, ob für die Kinder der Berufungswerberin ausländische (konkret: britische) Ansprüche bestehen. Das ergibt sich aus § 5 Abs. 4 FLAG, wonach kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder besteht, für die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht.

Ob Ansprüche in Großbritannien in Betracht kommen, ist nach der auch im angefochtenen Bescheid angesprochenen Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (im Folgenden: VO) zu beurteilen. Dazu ist im gegebenen Zusammenhang festzuhalten, dass der Ehemann der

Beschwerdeführerin nach ihrem eigenen Vorbringen eine britische Firmenpension erhält, weshalb er unzweifelhaft dem persönlichen Geltungsbereich dieser VO unterfällt. Artikel 13 Abs. 1 der VO bestimmt, dass - vorbehaltlich hier nicht in Betracht kommender Sonderbestimmungen - Personen, für die diese VO gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats unterliegen. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel. Damit wird auf Art. 13 Abs. 2 der VO sowie auf die nachfolgenden Artikel 14 bis 17a verwiesen, welche Vorschriften sich insoweit als Kollisionsnormen darstellen und die mit der Anwendbarkeit der Rechtsordnung eines Mitgliedstaates zugleich auch dessen (internationale) Zuständigkeit zur Vollziehung festlegen.

Festzuhalten ist, dass die Art der Pensionszahlungen, die der Ehegatte der Berufungswerberin von Großbritannien erhält, von grundlegender Bedeutung sein wird. Wenn beide Elternteile keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, ist der Wohnsitzstaat zur Zahlung der Familienleistungen verpflichtet. Entscheidungswesentlich wird dabei sein, ob es sich bei den Leistungen aus Großbritannien an den Ehegatten um eine Rente im Sinne der VO 1408/71 handelt. Derartige Erhebungen hat die Behörde im gegenständlichen Verfahren bisher aber nicht durchgeführt, womit aber ein anderes Beweisergebnis und daraus resultierend auch ein anderer Bescheid für den streitgegenständlichen Monat entstehen hätte können. Weiters wurde bisher nicht erhoben, ob es sich bei den von der Tochter der Berufungswerberin absolvierten Kursen um eine Berufsausbildung im Sinne des § 2 Abs. 1 lit b FLAG 1967 handelt.

Die belangte Behörde hätte daher ergänzende Ermittlungen zur britischen Rechtslage - der Grundsatz "iura novit curia" gilt in Bezug auf ausländisches Recht nicht - anstellen und klären müssen, inwieweit dem Ehemann der Beschwerdeführerin ausgehend von der zu Grunde gelegten konkreten Situation des Berufungsfalles äquivalente britische Leistungen zustehen. Diese Ermittlungspflicht besteht vor dem Hintergrund des zweiten Satzes des § 5 Abs. 4 FLAG insbesondere auch bezüglich der Höhe dieser Leistungen.

Gemäß § 115 Abs. 1 BAO haben die Abgabenbehörden die abgabepflichtigen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln, die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind.

Gemäß § 289 Abs. 1 BAO kann die Abgabenbehörde zweiter Instanz die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Berufungsvorentscheidungen unter Zurückweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz erledigen, wenn Ermittlungen (§ 115 Abs. 1) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders

lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können. Dass das Finanzamt jegliche Ermittlungshandlungen zur Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes unterlassen hat, begründet einen Verfahrensmangel, bei dessen Vermeidung das Ergehen eines inhaltlich anders lautenden Bescheides nicht ausgeschlossen werden kann. Ob tatsächlich ein anders lautender Bescheid zu erlassen sein wird, hängt vom Ergebnis des nunmehr durchzuführenden Ermittlungsverfahrens ab.

Ob der UFS als Abgabenbehörde zweiter Instanz von der Möglichkeit einer kassatorischen Berufungserledigung Gebrauch macht, liegt in seinem Ermessen. Aus nachstehenden Gründen wird eine Aufhebung nach § 289 Abs. 1 BAO als zweckmäßig erachtet: Der Gesetzgeber hat ein zweitinstanzliches Verfahren in Abgabensachen vorgesehen. Es würde die Anordnungen des Gesetzgebers unterlaufen, wenn es wegen des Unterbleibens eines Ermittlungsverfahrens in erster Instanz zu einer Verlagerung nahezu des gesamten Verfahrens vor die Berufungsbehörde käme und die Einrichtung von zwei Entscheidungsinstanzen damit zur bloßen Formsache würde. Weiters normiert § 276 Abs. 6 erster Satz BAO, dass die Abgabenbehörde erster Instanz eine Berufung erst nach Durchführung der etwa noch erforderlichen Ermittlungen der Abgabenbehörde zweiter Instanz vorzulegen hat.

Es ist nicht im Sinn 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 (vgl. Ritz, BAO-Kommentar, § 289 Tz 5 unter Hinweis auf VwGH vom 21.11.2002, 2002/200315). Will der UFS der ihm zugedachten Rolle eines unabhängigen Dritten gerecht werden, muss er sich im Wesentlichen auf die Funktion eines Kontroll- und Rechtsschutzorganes beschränken (vgl. Beiser, SWK 3/2003, S 102 ff). Würde der UFS im berufungsgegenständlichen Fall sämtliche Ermittlungen erstmals durchführen, müsste dies auch zu einer nicht unbeträchtlichen Verfahrensverzögerung führen, weil alle Ermittlungsergebnisse immer der jeweils anderen Verfahrenspartei zur Stellungnahme bzw. Gegenäußerung unter Beachtung des Parteiengehörs iSd § 115 Abs. 2 BAO zur Kenntnis gebracht werden müssten, was bei der Ermessensübung iSd § 289 Abs. 1 BAO jedenfalls Beachtung zu finden hat.

Es war daher wie im Spruch ersichtlich zu entscheiden.

Salzburg, am 30. Juli 2009