

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. über die Beschwerde des Bf, Adr, vertreten durch V., Adr1, gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 8. Februar 2012, betreffend Aufhebung eines Bescheides (zweite Berufungsvorentscheidung) nach § 299 BAO,

zur Recht erkannt:

1. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.
2. Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) unzulässig.

## Entscheidungsgründe

### I. Verfahrensgang:

Mit Bescheid des Finanzamtes X. vom 8. Februar 2012 wurde der Bescheid (zweite Berufungsvorentscheidung) vom 18. Februar 2011, mit dem der Berufung vom 2. Jänner 2009 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen stattgegeben wurde, gemäß § 299 BAO aufgehoben.

Das Finanzamt begründete dies damit, dass der Beschwerdeführer in seiner Einvernahme am 13. Jänner 2012 angegeben habe, dass sich sein Mittelpunkt der Lebensinteressen im verfahrensgegenständlichen Zeitraum (2003 bis 2007) in Italien befunden habe.

Er lebe mit seiner Familie seit den 1990er Jahren in A.. Seine Tochter habe dort auch die Schule besucht. Der Schwerpunkt seiner wirtschaftlichen Betätigung liege ebenfalls in Italien. Die Wohnung in X., St.4, habe seiner 2011 verstorbenen Mutter gehört. Seine Ehegattin, die gemeinsame Tochter und er seien an dieser Adresse in X. auch gemeldet. Die Wohnung sei jedoch nicht geeignet gewesen, um einen Wohnsitz zu begründen. Eine feste örtliche Betriebsstätte gäbe es in Österreich nicht. In den Jahren 2005 und 2006 wäre er jeweils drei Tage und 2007 vier Tage in Österreich tätig gewesen. In Italien habe es damals keine Möglichkeit der Versicherung gegeben. Daher habe er den Betrieb (das

Gewerbe) in Österreich angemeldet und die Sozialversicherungsbeiträge in Österreich bezahlt.

Das Finanzamt folgerte daraus, dass der Beschwerdeführer durch die Angabe von unwahren Tatsachen und Verhältnissen das Meldeamt, die Gewerbebehörde, die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft und das Finanzamt getäuscht habe. Die Familienbeihilfe sei daher in Österreich zu Unrecht bezogen worden, weshalb die stattgebende (zweite) Berufungsvorentscheidung vom 18. Februar 2011 aufzuheben gewesen sei.

Dagegen wurde mit Eingabe vom 13. März 2012 form- und fristgerecht Berufung erhoben und im Wesentlichen begründend vorgebracht, dass die Familie zwar an der Adresse seiner Mutter in X. gemeldet sei. Eine allfällige unzulässige Anmeldung sei aber nicht verfahrensrelevant.

Der Vorwurf der Täuschung der Gewerbebehörde sei zurückzuweisen. Für die Anmeldung eines Gewerbes bei Vorliegen eines Wohnsitzes in einem EWR-Staat, sei ein inländischer Wohnsitz nicht zwingend erforderlich. Gewerbetreibende seien als Mitglieder der Wirtschaftskammer nach dem GSVG pflichtversichert. Von einer Täuschung könne daher nicht gesprochen werden.

Bezüglich des Anspruches auf Familienbeihilfe sei auf die maßgebliche VO (EWG) 1408/71 zu verweisen. Nach dessen Art. 13 Abs. 2 lit. b unterliege eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaates eine selbständige Tätigkeit ausübe, den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Staates wohne. In der Verordnung sei geregelt, welcher Mitgliedstaat für die Familienbeihilfe aufzukommen habe. Sie werde dem Staat zugewiesen, der für die Versicherung zuständig ist. Damit ergebe sich eine Auszahlungsverpflichtung für Österreich.

Es bestehe daher kein Grund für eine Aufhebung nach § 299 Abs. 1 BAO. In der Bescheidbegründung fehle überdies die Darlegung des Ermessens als gesetzlich unabdingbarer Begründungsbestandteil. Das Finanzamt habe es außerdem verabsäumt, einen neuen Sachbescheid zu erlassen.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

## II. Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer ist österreichischer Staatsangehöriger und wohnte im Streitzeitraum Jänner 2003 bis August 2007 mit seiner Gattin, italienische Staatsangehörige, und seiner Tochter S. in A. (Italien). Der Wohnsitz in Italien war der gewöhnliche Wohnsitz (Mittelpunkt der Lebensinteressen) der Familie. Gleichzeitig war die Familie am Wohnort der Mutter des Beschwerdeführers in X. als Hauptwohnsitz gemeldet, ohne jedoch dort einen weiteren Wohnsitz zu begründen.

Der Beschwerdeführer war selbständig als Masseur tätig und als Inhaber eines österreichischen Gewerbescheines nach dem GSVG pflichtversichert.

Seine Haupttätigkeit übte der Beschwerdeführer in Italien aus. In Österreich wurde der Beschwerdeführer nur an wenigen Tagen pro Jahr tätig. Aufgrund der geringfügigen Einkünfte wurde der Beschwerdeführer in Österreich auch nicht zur Einkommensteuer veranlagt.

Im Streitzeitraum bezog der Beschwerdeführer in Österreich Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge in Höhe von insgesamt € 10.180,80. In Italien wurden keine Familienleistungen bezogen.

### III. Beweiswürdigung:

Der relevante Sacherhalt ergibt sich aus dem Familienbeihilfenakt, insbesondere aus den am 13. Jänner 2012 niederschriftlich festgehaltenen schlüssigen und unbestrittenen Angaben des Beschwerdeführers und den Feststellungen im Zuge des Berufungsverfahrens betreffend die Veranlagung zur Einkommensteuer (UFS 28.02.2013, GZ RV/718-I/12).

Die Aussagen bezüglich des Wohnsitzes decken sich auch mit einer früheren Feststellung des Finanzamtes, das der Beschwerdeführer an der Meldeadresse trotz mehrfacher Versuche nicht angetroffen und auch kein Hinweis auf eine Massagepraxis festgestellt werden konnten.

### IV. Rechtliche Erwägungen:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein solches Kind hat nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.

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.

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

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Strittig ist im Beschwerdefall, ob der Beschwerdeführer im Streitzeitraum Jänner 2003 bis August 2007 den österreichischen Rechtsvorschriften unterlag.

Da im gegenständlichen Fall ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt, sind die Bestimmungen 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 durch die Verordnung (EG) Nr. 118/97 des Rates vom 2. Dezember 1996 (ABl. 1997, L 28, S. 1) geänderten und aktualisierten Fassung, diese wiederum geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1606/98 des Rates vom 29. Juni 1998 (ABl. L 209, S. 1) (im Folgenden Verordnung 1408/71) zu berücksichtigen.

Titel II ("Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften") Art. 13 ("Allgemeine Regelung") der Verordnung 1408/71 lautet auszugsweise:

*"(1) Vorbehaltlich der Artikel 14c und 14f unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.*

*(2) Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, gilt folgendes:*

*a) ...*

*b) eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt;"*

Artikel 14a ("Sonderregelung für andere Personen als Seeleute, die eine selbständige Tätigkeit ausüben") der Verordnung 1408/71 lautet auszugsweise:

*"Vom Grundsatz des Artikels 13 Absatz 2 Buchstabe b) gelten folgende Ausnahmen und Besonderheiten:*

*1. a) Eine Person, die eine selbständige Tätigkeit gewöhnlich im Gebiet eines Mitgliedstaats ausübt und die eine Arbeit im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats ausführt, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet;"*

*b) ...*

*2. Eine Person, die eine selbständige Tätigkeit gewöhnlich im Gebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sie wohnt, wenn sie ihre Tätigkeit zum Teil im Gebiet dieses Mitgliedstaats ausübt. ..."*

Wie der EuGH in seinem Urteil vom 12. Juni 2012 in der Rs. C 611/10 und C 612/10 (Waldemar Hudzinski und Jaroslaw Wawrzyniak), Rn 41, in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen hat, bezwecken die Vorschriften des Titels II der Verordnung 1408/71, nach denen sich die auf innerhalb der Europäischen Union zu- und abwandernde Erwerbstätige anzuwendenden Rechtsvorschriften bestimmen, dass die Betroffenen grundsätzlich dem System der sozialen Sicherheit eines einzigen Mitgliedstaates unterliegen, so dass die Kumulierung anwendbarer nationaler Rechtsvorschriften und die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben können, vermieden werden.

Weiters führt der EuGH darin aus, dass das Primärrecht der Union einem Versicherten nicht garantieren könne, dass ein Wechsel in einen anderen Mitgliedstaat hinsichtlich der sozialen Sicherheit neutral ist. Somit könne die Anwendung - gegebenenfalls aufgrund der Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71 - einer nationalen Regelung, die in Bezug auf Leistungen der sozialen Sicherheit weniger günstig ist, grundsätzlich mit den Anforderungen des Primärrechts der Union auf dem Gebiet der Personenfreizügigkeit vereinbar sein (vgl. Rn 43 des zitierten EuGH-Urteils).

Vor diesem rechtlichen Hintergrund ergibt sich beim gegebenen Sachverhalt, dass der Beschwerdeführer aufgrund des "*Schwerpunktes seiner wirtschaftlichen Tätigkeit*" im Streitzeitraum seine gewöhnliche selbständige Tätigkeit im Mitgliedstaat seines gewöhnlichen Wohnsitzes ausübte und deshalb auch den Rechtsvorschriften des Wohnsitzmitgliedstaates Italien unterlag. Wie der Beschwerdeführer im Veranlagungsverfahren zur Einkommensteuer selbst einräumte, beschränkte sich seine (selbständige) Tätigkeit im Streitzeitraum in Österreich auf wenige Tage im Jahr. Eine mehr als zwölf Monate dauernde Tätigkeit wurde weder behauptet, noch ergibt sie sich aus den vorgelegten Unterlagen. Es ist daher von einer nennenswerten Tätigkeit in Italien auszugehen, die auch jederzeit nach der vorübergehenden Tätigkeit in Österreich wieder fortgesetzt werden konnte.

Eine günstigere österreichische Bestimmung, die einen Anspruch auf Familienbeihilfe auch bei Nichterfüllung der Verordnungsbestimmungen vorsieht, besteht nicht. Die Gewerbeanmeldung und die damit verbundene Pflichtversicherung nach dem GSVG, welche nach Eigenangaben nur deshalb erfolgte, weil es in Italien damals keine Möglichkeit der Versicherung gegeben habe, vermag für sich allein keinen Familienbeihilfanspruch in Österreich zu begründen.

Der vorliegende Sachverhalt ist auch nicht mit dem vom VwGH zu Zahl 2012/16/0066 entschiedenen Fall zu vergleichen. In jenem Fall handelte es sich um eine slowakische Personenbetreuerin mit Wohnsitz in der Slowakei, die nur in Österreich eine selbständige Tätigkeit ausübte und diese Tätigkeit bei aufrechter Gewerbeberechtigung deshalb kurzfristig unterbrechen musste, weil die zu pflegenden Person verstorben war und erst eine neue Pflegestelle gesucht werden musste, was nicht als Unterbrechung der selbständigen Tätigkeit beurteilt wurde.

Mit seinem Hinweis in der Berufung (nunmehr Beschwerde) auf Art. 13 Abs. 2 lit b der Verordnung 1408/71 übersieht der Beschwerdeführer, dass im gegenständlichen Fall nicht eine ausschließliche Tätigkeit im Inland vorliegt, sondern nach seinen eigenen Angaben die Haupttätigkeit in Italien stattfand. Art. 13 Abs. 2 der Verordnung 1408/71 gilt jedoch nur, wenn die Artikel 14 bis 17 nicht etwas anderes bestimmen.

Die Aufhebung der (zweiten) Berufungsvorentscheidung vom 18. Februar 2011, mit der der Berufung gegen den Rückforderungsbescheid stattgegeben worden ist, erfolgte daher zu Recht.

Bescheidaufhebungen nach § 299 BAO sind Ermessensentscheidungen und müssen sich gemäß § 20 BAO unter Berücksichtigung aller in Betracht kommender Umstände in den Grenzen von Zweckmäßigkeit und Billigkeit halten.

Zweckmäßigkeit bedeutet das öffentliche Interesse, insbesondere an der Einbringung der Abgaben; Billigkeit die Angemessenheit in Bezug auf berechtigte Interessen der Partei, wobei unter anderem auch Treu und Glauben und die wirtschaftlichen Verhältnisse zu berücksichtigen sind (vgl. *Ritz*, BAO<sup>5</sup>, § 20 Tz 5ff).

Die Ermessensübung hat sich am Zweck der Norm zu orientieren. Bei einer Bescheidaufhebung nach § 299 BAO kommt dem Prinzip der Rechtmäßigkeit (Gleichmäßigkeit der Besteuerung) der Vorrang vor jenem der Rechtssicherheit (Rechtskraft von Bescheiden) zu (*Ritz*, aaO, § 299 Tz 52ff).

Im vorliegenden Fall erfolgte die Stattgabe der Berufung durch die (zweite)Berufungsvorentscheidung vom 18. Februar 2011 aufgrund unvollständiger und unzutreffender Angaben durch den Beschwerdeführer. Im gegenständlichen Fall ist daher jedenfalls dem Prinzip der Rechtmäßigkeit der Vorrang vor jenem der Rechtssicherheit zu geben. Aus dem gleichen Grund steht einer Bescheidaufhebung auch nicht der Grundsatz von Treu und Glauben entgegen. Nicht unberücksichtigt bleiben darf, dass § 26 FLAG 1967 eine objektive Erstattungspflicht zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe normiert.

Billigkeitsgründe werden weder vorgebracht, noch ergeben sie sich aus dem Akteninhalt. Der Beschwerdeführer kann sich im Hinblick auf die Höhe des Rückforderungsbetrages auch nicht darauf berufen, dass die Auswirkungen lediglich als geringfügig anzusehen seien.

Mit dem Vorbringen, dass die Abgabenbehörde es verabsäumt habe, mit der Aufhebung gleichzeitig auch einen neuen Sachbescheid zu erlassen, übersieht der Beschwerdeführer, dass die Abgabenbehörde zur Erlassung einer neuerlichen zweiten Berufungsvorentscheidung mit einem dem Berufungsbegehren nicht Rechnung tragenden Inhalt nicht zuständig war. Die Aufhebung der zweiten Berufungsvorentscheidung erfolgte somit ersatzlos.

## V. Unzulässigkeit einer Revision

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Rechtsfrage der Zuständigkeit des Mitgliedstaates nach der Verordnung 1408/71 ist beim gegebenen Sachverhalt durch die zitierte Rechtsprechung des EuGH geklärt.

